

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

1/2022

36. Jahrgang
Seiten 1–175

Aus dem Inhalt

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



286202612201



C.F. Müller

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

Heft 1, 36.. Jahrgang 2022, Seiten 1–175

Abhandlungen

Anfänge und Entwicklung des Instituts

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

Ausländisches Sozialrecht

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

Rechtsordnungsübergreifender Vergleich

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

Internationales und Europäisches Sozialrecht

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

Modernisierung des Sozialrechts

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

40 Jahre Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik



I.

Das auf der vorherigen Seite abgedruckte Foto stammt von der Einweihungsfeier des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht. Der dort zu sehende Redner ist der damalige Präsident der Max-Planck-Gesellschaft, Prof. Dr. *Reimar Lüst*. Das Institut begann seine Tätigkeit am 1. Januar 1980. Seine offizielle Eröffnung fand aber erst am 3. Juni 1982 statt. Denn das Institut war 1982 innerhalb von München in die Leopoldstraße umgezogen und hatte damit, nach einer vorläufigen Unterbringung in der Akademiestraße, seine erste Heimstatt gefunden.

Das Institut konnte seinen 40. Geburtstag also bereits im Jahr 2020 feiern. Wenn wir erst am 3. Juni 2022 an die Gründung des Instituts erinnern und auf seine Tätigkeit in den ersten Jahrzehnten zurückblicken, geschieht das auf den Tag genau 40 Jahre nach der Einweihungsfeier. Die Geschichte wiederholt sich in diesem Punkt: Das zu feiernde Ereignis und dessen feierliche Begehung fallen auch heute gut zwei Jahre auseinander. Insofern ergibt sich eine historische Parallele, die allerdings nicht räumlichen Gegebenheiten zu verdanken ist, sondern dem Coronavirus, das größere Veranstaltungen in den letzten beiden Jahren verhinderte.

II.

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht baute auf der Arbeit der 1976 gegründeten Projektgruppe „Vergleichendes und internationales Sozialrecht“ auf. Leiter der Projektgruppe und erster Direktor am Institut war Prof. Dr. *Hans F. Zacher*. Diese stufenweise Gründung war neu und der damaligen wirtschaftlichen Situation geschuldet, es wurde aber dann zu einem Modell, das zumindest früher mehrfach von der Max-Planck-Gesellschaft genutzt wurde, um erst ein Feld zu explorieren, bevor die dort zu betreibende Forschung verstetigt wird.

Auch von den Forschungsgegenständen und -methoden her gesehen führte das Institut die mit der Projektgruppe begonnene Arbeit fort – selbst wenn geplant war, die in ihm tätige Zahl der „wissenschaftlichen Referenten“, wie es damals hieß, von fünf auf zehn zu verdoppeln, ein Ziel, das tatsächlich nie im Verlaufe der nächsten Jahre erreicht wurde. Insgesamt erscheinen die Anfangsjahre als eine erste Phase der sozialrechtlichen Forschung, die der grundlegenden Verortung des Sozialrechts in internationaler Perspektive diente. Es ging im Kern um den Begriff des Sozialrechts, seine Entwicklung und Systematisierung und den Sozialrechtsvergleich.

Eine zweite Phase begann, nachdem der Gründungsdirektor 1990 Präsident der Max-Planck-Gesellschaft geworden war und der zweite Institutsdirektor, Prof. Dr. *Bernd von Maydell*, 1992 seine Tätigkeit aufgenommen hatte. Europa befand sich in einem Prozess der Neuordnung. Die politischen und wirtschaftlichen Umwälzungen in Osteuropa führten auch zu einer Transformation der dortigen Sozialleistungssysteme, die wissenschaftliche Begleitung erforderte. Zugleich wurde der Rechtsvergleich mit Japan und China intensiviert.

Kurz nach der Jahrtausendwende und ziemlich genau vor 20 Jahren starteten die anschließenden und in die Gegenwart hineinreichenden Phasen der Forschung am Institut. Zum einen ging und geht es in der zunächst begonnenen Phase darum, die Eigenart des Sozialrechts vor dem Hintergrund seiner Veränderungen in drei grundlegenden gesellschaftlichen Prozessen – der Modernisierung, der Internationalisierung und der Europäisierung sowie der Transformation – zu erfassen. Sozialrecht wird in diesem Zusammenhang als ein verwaltungsrechtliches Instrument der Implementierung von Sozialpolitik einerseits und als grundlegender Ausdruck der Verfasstheit von politischen Gemeinschaften andererseits verstanden. Zum anderen erfuhr das Institut 2011 eine wesentliche Veränderung. Mit der Einrichtung einer zweiten, ökonomischen Abteilung erweiterte es seine Ausrichtung um eine sozialwissenschaftliche Disziplin und um neue Forschungsperspektiven. Das Munich Center for the Economics of Aging antizipiert und begleitet mikro- und makroökonomische Aspekte des demographischen Wandels. Aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht wurde das Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik.

III.

Das Institut war von Beginn an ein Ort der Begegnung und des wissenschaftlichen Austausches. Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus aller Welt kamen, um in München sozialrechtliche Forschung zu betreiben. Was sie mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts zusammenbrachte und bis heute zusammenbringt, ist die Eröffnung von Möglichkeiten: in einer relativ kleinen, spezialisierten Einrichtung konzentriert der Sozialrechtswissenschaft nachgehen, dabei in Gesprächen um Ideen und Einschätzungen ringen und die eigenen Horizonte erweitern und dafür mit einer weltweit einmaligen Bibliothek ein immer noch zentral wichtiges Arbeitsmittel nutzen zu können. Der Aufbau dieser Bibliothek begann 1975, und er beschränkt sich nicht auf Neuland: Denn das Gebiet, das es zu erschließen galt, war noch nicht vermessen. Zugleich bleiben seine Ränder bis heute schwer abgrenzbar, zumal wenn die Perspektive eine vergleichende ist, die verschiedenste Rechtsordnungen einbeziehen will. Das Sozialrecht mag in seinem Sozialleistungskern überschaubar sein. Verstanden werden kann es aber nur, wenn seine sozialpolitischen Grundlagen, seine historische Entwicklung und seine vielfältigen Verbindungen zu anderen Rechtsgebieten, vom Verfassungs- und Verwaltungsrecht über das Arbeitsrecht bis hin zum Vertrags-, Familien- und Erbrecht, in den Blick genommen werden.

Die vielen Gäste aus dem In- und Ausland kamen oft mehrfach an das Institut, manche begleiteten über Jahrzehnte dessen Entwicklung. So konnte das Institut auch dazu beitragen, dass in allen Teilen der Welt sozialrechtliche Aufsätze, Qualifikationsschriften und andere Monographien erschienen, seine Forschungsansätze und -ergebnisse fanden Verbreitung, und es etablierte sich ein globales Netzwerk von Sozialrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern, das es bis heute ermöglicht, aktuelle Fragestellungen in einer vergleichenden Perspektive zu betrachten und daraus neue Erkenntnisse zu gewinnen.

IV.

Die folgenden Beiträge, die in den Heften 1 und 2 des Jahrgangs 2022 der vom Institut herausgegebenen Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) abgedruckt sind, reflektieren die vorstehend nur kurz angerissene Entwicklung und Bedeutung des Instituts. Sie beginnen mit Einblicken in die Anfänge und weiteren Phasen der Forschung am Institut (I.) und wenden sich dann dessen Forschungsschwerpunkten zu: dem ausländischen Sozialrecht (II.), dem rechtsordnungsübergreifenden Vergleich (III.), der Internationalisierung und Europäisierung (IV.) und der Modernisierung (V.) von Sozialleistungssystemen.

Zu danken ist an dieser Stelle vor allem den Autoren. Sie entstammen dem Kreis früherer und gegenwärtiger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie dem Institut in besonderer Weise verbundener Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. Ihre Beiträge bezeugen in ihrer Vielfalt in jeweils eigener und unterschiedlich expliziter Weise wissenschaftliche Bezüge zum Institut und spiegeln damit facettenhaft auch dessen Wirken wider. Außerdem zu danken ist den zahlreichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die geholfen haben, die Texte in die vorliegende Form zu bringen. Hervorheben möchte ich nur für die sprachliche Betreuung *Christina McAllister*, für die redaktionelle Prof. Dr. *Hans-Joachim Reinhard* und die Gesamtbetreuung Dr. *Julia Hagn* und vom Verlag *Judith Hamm*. Den Leserinnen und Lesern wünsche ich viel Spaß bei der Exploration der hier präsentierten ganz unterschiedlichen Spuren, die das Institut in seiner bisherigen 40jährigen Geschichte hinterlassen hat.

München, im April 2022

Ulrich Becker

Auf der Suche nach dem Internationalen Sozialrecht

Inhaltsübersicht

- A. Weg zum Max-Planck-Institut (MPI) für ausländisches und internationales Sozialrecht
- B. Neuausrichtung der Arbeit am MPI in den 1980er Jahren
- C. Internationales Sozialrecht wird entdeckt
 - I. Zwischenstaatliche Verflechtungen im Sozialrecht verlangen nach Deutung
 - II. Internationales Sozialrecht und Territorialprinzip
 - III. Erste theoretische Bemühungen um das Internationale Sozialrecht setzen ein
- D. Das MPI fundiert Internationales Sozialrecht
 - I. Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht
 - II. Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland
 - III. Internationales Sozialrecht Frankreichs
- E. Wirkungsgeschichte
 - I. Rechtspolitische Wirkungen
 - II. Internationales Sozialrecht schafft transnationale Rechtsansprüche
 - III. Lohnte sich die Mühe?

A. Weg zum Max-Planck-Institut (MPI) für ausländisches und internationales Sozialrecht

Mein Weg in das MPI verlief unorthodox. Während der Beschäftigung als Assistent wurde ich von der Universität des Saarlandes im Sommersemester 1979 promoviert.¹ Am 1. Januar 1980 ging ich an das Bundessozialgericht (BSG) und nahm eine mir von dessen Präsidenten Prof. Dr. Georg Wannagat im Frühjahr 1978 nach dem 2. Staatsexamen eingeräumte Möglichkeit wahr, mich dort als wissenschaftlicher Mitarbeiter zu betätigen.

Kurz nach meinem Dienstantritt zum 1. Januar 1980 präsentierte Prof. Dr. Hans F. Zacher anlässlich des in Kassel veranstalteten Kontaktseminars des Deutschen Sozialgerichtsverbands im Februar 1980 die Arbeit der Projektgruppe und stellte das künftige Institut vor. Nach dem Vortrag begab ich mich zu Zacher und bekundete mein Interesse an der Institutsarbeit. Zacher hatte von 1963 bis 1970 in Saarbrücken gewirkt und kannte meinen akademischen Lehrer Günther Jahr. In einigen Telefonaten mit Jahr, Wannagat und weiteren ehemaligen Saarbrücker Kollegen machte sich Zacher ein Bild von mir. Meine Interessenbekundung führte im Mai 1980 zur Aufnahme an das Institut ab Februar 1982.

Zacher und ich verabredeten, dass ich an der Universität Saarbrücken eine Habilitation im Bürgerlichen, Arbeits- und Sozialrecht anstrebe; er schlug dafür vor, Privatrecht und Sozialrecht aus dem Blickwinkel des Internationalen Rechts zu

¹ Eberhard Eichenhofer, „Leitende Angestellte“ als Begriff des Unternehmensrechts (Annales Universitatis Saraviensis Band 92), Köln 1980.

untersuchen. Am Institut sollte ich mich mit Internationalem Sozialrecht sowie Kanada und den USA befassen.

Zwischen dieser Absprache und meinem Dienstantritt am MPI lagen viele, lange Monate. Diese konnte ich – neben meinen Dienstpflichten am BSG – für die künftige Arbeit nutzen. Ich übertrug dafür die in meinem Zimmer vollständig zugängliche Rechtsprechung des BSG zum Internationalen Sozialrecht auf DIN A5-Karteikarten. Am 1. Februar 1982 trat ich am Institut meine Tätigkeit an. So hatte ich inzwischen vom Internationalen Sozialrecht zwar Anschauung, aber noch keinen Begriff. Meine von 1982 bis 1989 verbrachten Münchener Jahre galten also rückschauend der Suche nach dem Internationalen Sozialrecht.

B. Neuausrichtung der Arbeit am MPI in den 1980er Jahren

1982 stand das Institut vor dem räumlichen, personellen und thematischen Aufbruch. Aus der Projektgruppe war das Institut geworden. Die für jene angemieteten Räume in der Akademiestraße waren zu eng geworden. Zwei lichte Geschosse in der Leopoldstraße 24 in einem von der minimalistischen Eleganz der 1950er Jahre geprägten ehemaligen Versicherungsgebäude schufen einen großzügigen Rahmen für eine anspruchsvolle Zukunft.

Mit den internationalen sozialen Menschenrechten im Rahmen von Internationaler Arbeitsorganisation (IAO) und Europarat² wuchsen die internationalen Verflechtungen in der sozialen Sicherheit. Sie wurden, hergebracht durch bilaterale völkerrechtliche Verträge – ihrerseits von IAO-Übereinkommen³ angeleitet – normiert, und fanden seit Bestehen der EWG für deren Mitgliedstaaten in den Normen europäischen Rechts ihren rechtlichen Ausdruck⁴.

Projektgruppe und Institut nahmen sich der damit verbundenen Rechtsfragen an. Seit Beginn schrieb Bernd Schulte⁵ vor allem auch zum europäischen, die Rechte der Mitgliedstaaten zwischenstaatlich verflechtenden Recht sozialer Sicherheit. Die Projektgruppe setzte anfangs ihren Akzent auf die Identifikation der internationalen = völkerrechtlichen Einflüsse auf die Sozialgesetzgebung der Staaten. Der „vertikale Sozialrechtsvergleich“⁶ sollte so veranschaulicht werden.

Das Recht grenzüberschreitender zwischenstaatlicher Beziehungen des Sozialrechts trat in solcher Perspektive jedoch nicht in das Blickfeld. Mit der Umwand-

2 Hans F. Zacher (Hg.), Internationales und Europäisches Sozialrecht, Percha, 1976; Pierre Laroque, *Problèmes internationaux de sécurité sociale*, 1952, p.1 et sequ., 127 et sequ.

3 Eberhard Eichenhofer, Internationales Sozialrecht, München 1994; IAO, Übereinkommen und Empfehlungen 1919-1966, Genf, 1991; N. Valticos, *International Labour Law*, Geneva, 1979.

4 Bernd Schulte, Europäische Sozialpolitik – Eine Zwischenbilanz, Sozialer Fortschritt 1986, 1 ff.; ders., Das Recht auf ein Mindesteinkommen in der Europäischen Gemeinschaft. Nationaler Status quo und supranationale Initiativen, Sozialer Fortschritt 1991, 7 ff.; Stephan Leibfried/Florian Tenfelde (Hg.), Politik der Armut und Spaltung der Gesellschaft, Frankfurt/Main 1986, 383.

5 Vgl. die Berichterstattung durch Bernd Schulte über die Rechtsprechung des EuGHs zum Sozialrecht in dem von Georg Wannagat seit 1979 herausgegebenen Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart und seine im Verlag C.H. Beck unter dem Titel „Soziale Sicherheit in der EG. Verordnung Nr. 1408/17 und 574/72“; es wurden zunächst die einschlägigen Bestimmungen öffentlich gemacht und dann erläutert; vgl. Eberhard Eichenhofer, Bernd Schulte – Entdecker des Sozialrechts, ZIAS 2016/1, 20 ff.

6 Hans F. Zacher, Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich, in ders. (Hg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, Berlin 1977, S. 10, 45 ff.

lung der Projektgruppe in das Institut musste dieser Fragenkreis aber von nun an in das Zentrum der Arbeit rücken.⁷

C. Internationales Sozialrecht wird entdeckt

I. Zwischenstaatliche Verflechtungen im Sozialrecht verlangen nach Deutung

Als die ersten Mitarbeiter die Projektgruppe verlassen hatten, folgten ihnen jüngere nach. Sie sollten sich einer theoretischen Grundlegung des sozialrechtlichen Kollisions- und Koordinationsrechts widmen.

Die praktische Notwendigkeit dafür war offenkundig: die Kriegsopferversorgung entschädigte Menschen für Kriegsverwundungen, welche sie sich auf den Schlachtfeldern Europas oder Afrikas zuzogen oder für Zeiten der in Frankreich, Großbritannien oder der Sowjetunion verbrachten Kriegsgefangenschaft. Für Deutsche, welche aus der Tschechoslowakei, Rumänien, Jugoslawien, Polen oder der Sowjetunion vertrieben waren, wurden Versicherungs- und Beschäftigungszeiten anerkannt. Die Prozesse vor den seit 1954 bestehenden Sozialgerichten waren von diesen Fragestellungen beherrscht; Grundlagen für die Lösung der damit verbundenen Rechtsfragen waren aber nicht in Sicht.

Nach 1949 entstanden mit den westlichen Nachbarstaaten Abkommen über die Sozialversicherung. Sie sicherten die Rechte von Beschäftigten im grenzüberschreitenden Verkehr. Die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in der EWG machte deren erstes Regelungswerk über die Koordination der sozialen Sicherung der Wanderarbeitnehmer (VO (EWG) Nr.3 und 4/1958) wirksam. In den 1960er Jahren setzte die Anwerbung von Gastarbeitern aus Griechenland, der Türkei und Jugoslawien ein; damit traten unmittelbare sozialrechtliche Folgen ein, welche Internationales Sozialrecht erforderten und danach forderten.

II. Internationales Sozialrecht und Territorialprinzip

Der Diskussionsstand dieser Fragestellungen in der Rechtswissenschaft war dürftig, ja trostlos! Alle Fragen schienen scheinbar vom „Territorialprinzip“ beantwortet zu werden.⁸ Geriet seine schlichte und tautologische Maxime: „Inlandssozialrecht gilt für Inlandssachverhalte!“ bei „Ein- und Ausstrahlung“ (§§ 4 -5 SGB IV) in Verlegenheit, etikettierte die Lehre die gegebenen rechtlichen Antworten als „Durchbrechungen des Territorialprinzips“. Niemand vermochte freilich zu sagen, wann das „Prinzip“ und wann die „Durchbrechung“ gilt und vor allem nicht – warum!

In den 1970er Jahren wurde klar, dass das vorgebliche „Prinzip“ nichts erklärt, ja auf seinem Boden nicht einmal die Frage nach dem Internationalen Sozialrecht gestellt werden konnte. Schon die schlichte Frage, was den Sachverhalt inländisch mache, konnte das Territorialprinzip nicht beantworten; geschweige denn,

⁷ Hans F. Zacher, Grundfragen des internationalen Sozialrechts, MittLVA Ober- und Mittelfranken 1983, 481.

⁸ Bruno Rauscher, Von der Territorialität der Sozialgesetze, VSSR 1982, 319 ff.

dass es erklären konnte, dass Auslandssachverhalte im Kriegsoferversorgungs- und Fremdretenrecht nahezu durchgängig für inländisches Sozialrecht Wirkungen zeitigten!

Das Internationale Sozialrecht war gefordert, wenn die Zuordnung eines Sachverhalts zum Recht eines Staates wegen Auslandsberührung zweifelhaft wird. Das Territorialprinzip machte glauben, Internationales Sozialrecht folge aus Prinzipien und nicht aus konkreten Normen, obgleich Gesetze, zwischenstaatliche Verträge und europäisches Recht Regeln setzten, welche Auslandssachverhalte für inländisches Sozialrecht wirksam machte; dieses Regelwerk wollte konkret entdeckt und begrifflich erfasst sein.

III. Erste theoretische Bemühungen um das Internationale Sozialrecht setzen ein

Eine erste Positionsbestimmung gab Bernd von Maydell mit seiner Untersuchung von 1971 über Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialrecht.⁹ Darin fragte er nicht nach Aufgaben und Institutionen Internationalen Sozialrechts, sondern versuchte, die aus dem Internationalen Privatrecht bekannte Unterscheidung zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht auf das Internationale Sozialrecht zu übertragen.

Weil von Maydell die dort eingeführte Unterscheidung von Kollisions- und Sachnormen auf das Internationale Sozialrecht erstreckte, bestimmte er den Standort Internationalen Sozialrechts zwischen Internationalem Privatrecht und Internationalem Verwaltungsrecht. In seiner Nachfolge setzten in den 1970er Jahren verschiedene theoretische Bemühungen um das Internationale Sozialrecht ein.¹⁰

D. Das MPI fundiert Internationales Sozialrecht

I. Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht

Meine 1987 angenommene Saarbrücker Habilitationsschrift „Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht“¹¹ begann mit der Feststellung, dass Arbeit, Familie und Schadensausgleich Materien sind, welche durch das Sozial- wie Privatrecht geregelt werden. Daraus folgten Konkurrenz- und Präjudizialitätslagen zwischen beiden Rechtsgebieten, die in zahlreichen Zusammenhängen sichtbar wurden. Die Untersuchung verfolgte danach die Frage, wie diese Lagen in grenzüberschreitenden Fällen normiert werden. Hieran wurde das Zusammenspiel Internationalen Privat- und Sozialrechts sichtbar, etwa im Hinblick auf die

⁹ Bernd von Maydell, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialrecht, Berlin 1971; dazu Eberhard Eichenhofer, Kollisionsnormen und Sachnormen im Internationalen Sozialrecht, in Boecken/Ruland/Steinmeyer (Hg.), Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa, Festschrift für Baron von Maydell, Neuwied 2002, 203 ff.

¹⁰ Walter Selb, Internationales Sozialversicherungsrecht (Versuch einer Emanzipation), VSSR 1976, 293.

¹¹ Eberhard Eichenhofer, Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht, Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Band 6, Baden-Baden 1987.

Frage, welche Folgen aus polygamen Ehen für die Witwenversorgung¹² (vgl. § 34 II SGB I) entstehen und ob eine solche bei hinkenden Ehen¹³ geschuldet ist.

Schließlich klärte die Arbeit die Verwandtschaft zwischen Internationalem Privatrecht und Internationalem Sozialrecht im Hinblick auf den Unterschied von privatem und öffentlichem Recht. Danach wird jenes durch allseitige Kollisionsnormen, dieses dagegen von einseitigen Kollisionsnormen bestimmt; letzteres sicherte die internationalen Wirkungen nationalen Sozialrechts durch Äquivalenzregeln und damit spezielle Sachnormen für internationale Sachverhalte. Kollisionsnormen des Internationalen Sozialrechts sind einseitig, weil sich im Sozialrecht weder für Träger, noch die zu ihrer Kontrolle berufenen Gerichte die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt. Die berufenen Träger und Behörden wenden entweder ihr eigenes Recht an oder keines und stehen daher nicht vor der Frage nach der Anwendung von Rechten anderer Staaten.¹⁴

Die notwendige Einseitigkeit der sozialrechtlichen Kollisionsnormen erklärt sich aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter von Sozialrecht, das wie alles öffentliche Recht einseitig die Beziehungen der Einzelnen zu einem bestimmten Staat regeln.¹⁵ Rechtsanwendung bedeutet in öffentlichem Recht und Privatrecht also Unterschiedliches: Im Privatrecht Beurteilung grenzüberschreitender Lebensverhältnisse am Maßstab des sach nächsten Rechts; im öffentlichen Recht dagegen einseitige Gestaltung von Lebensverhältnissen zwischen Einzelnen und Trägern öffentlicher Gewalt durch einseitige staatliche Macht.¹⁶ Auf diesem Befund beruht die Subjektstheorie als die heute herrschende Abgrenzungslehre zwischen öffentlichem und privatem Recht. Sie findet ihre Pointe in der Erkenntnis, dass alles öffentliche Recht öffentliche Träger und Behörden einseitig als Sonderrecht berechtigt.

II. Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland

Rolf Schulers Tübinger Dissertation „Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland“¹⁷ bildete die umfassende, um die völker- wie kollisionsrechtliche Grundlegung erweiterte Nachzeichnung des in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Internationalen Sozialrechts. Sie war als das einschlägige „Handbuch“ zur Thematik angelegt und erfüllte diesen Anspruch. Die Untersuchung erfasste sämtliche Zweige des deutschen Sozialrechts – namentlich der Einrichtungen sozialer Vorsorge, Entschädigung, Förderung und Hilfe- und schildert deren Regelungsgehalt auf der die Materie prägenden europarechtlichen Grundlage.

12 Reutlinger Generalzeiger vom 29.8.1986

13 BVerfGE 62, 322.

14 Eingehender Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht der EU, 2018 (7. Aufl.), Rn138.

15 Karl Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. IV, München/Berlin, 1936, 79.

16 Eingehender Eberhard Eichenhofer, Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht, Baden-Baden, 1987, 220 ff.

17 Rolf Schuler, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Band 7, Baden-Baden 1988.

III. Internationales Sozialrecht Frankreichs

Otto Kaufmanns¹⁸ in französischer Sprache verfasste Pariser Dissertation zeichnet das Internationale Sozialrecht Frankreichs nach und schildert vor allem das Beziehungsgeflecht zwischen Frankreich und den westafrikanischen Staaten nach.

E. Wirkungsgeschichte

I. Rechtspolitische Wirkungen

Das inzwischen seine Tätigkeit entfaltende Institut war in der Fachwelt Ende der 1980er Jahre anerkannt. Seine Arbeiten wurden beachtet und konnten sich einer pflichtschuldigen Erwähnung sicher sein. Eine gute Aufnahme fanden die Untersuchungen unter den IPR -Vertretern. Die partielle Parallelität der Fragestellung schuf fachliche Nähe und erbrachte Aufmerksamkeit, eine gute Resonanz und weiterführende Anregungen. Im Sozialrecht gab es auch die pflichtschuldige Notiz, die zentralen Botschaften kamen jedoch dort nie an.

II. Internationales Sozialrecht schafft transnationale Rechtsansprüche

Die zentrale Botschaft der Arbeit am Internationalen Sozialrecht lautete: Sein zentraler Gegenstand sind transnationale Rechtsansprüche statt Fragen des Kollisionsrechts. Diese Sicht war durch das traditionelle, letztlich von Savignys Sitztheorie bestimmte und damit aus dem 19. Jahrhundert überkommene Bild vom Kollisionsrecht als Rechtsanwendungsrecht geleitet, das einzig in der Bestimmung des auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt anzuwendenden Rechts seinen Gegenstand finden soll. Nach dieser Annahme gehöre jeder Mensch der Rechtsordnung eines Staates eindeutig zu und Internationales Recht habe deswegen diesen zuständigen Staat zu finden. Die Annahme von transnationalen Rechtsansprüchen liegt vor diesem Hintergrund fern und erscheint eher gewagt, denn zwingend.

Das heute in der VO(EG) Nr. 883/2004 niedergelegte EU-Sozialrecht umfasst kollisions- und koordinationsrechtliche Bestimmungen. Art. 5 VO (EG) 883/2004 enthält die Tatbestandsgleichstellung und damit die Äquivalenzregeln, die das Internationale Sozialrecht als Sachnormen für internationale Sachverhalte prägen. Auf letzteren liegt der entscheidende Akzent: Das Internationale Sozialrecht der EU schafft transnationale Rechtsansprüche und damit materielles Sonderrecht für grenzüberschreitende Lagen. Soviel zur Bedeutung der EU für soziale Rechte!

¹⁸ Otto Kaufmann, *La sécurité sociale dans les relations entre la France et les pays d'Afrique au sud du Sahara* (Dissertation Université Paris Sorbonne), 1989.

III. Lohnte sich die Mühe?

Die Mühen waren nicht vergebens. Die tradierte, sich selbst genügende, von Begriffen und Theorien nicht angefochtene Werkelei der sozialrechtlichen und sozialgerichtlichen Praxis in Isolation vom Rest juristischer Fächer ist nicht verschwunden. Auch das „Territorialprinzip“ steht noch immer hoch im Kurs. Obwohl über Alternativen wahrlich hinlänglich belehrt, wurden die Lektionen sichtlich nicht gelernt!

Neuere Ansätze im Internationalen Sozialrecht gelten nicht mehr den Grundfragen, sondern sind entweder fallbezogen oder vor allem – wie eh und je – von der Sorge nach zutreffenden Ergebnissen als der korrekten begrifflichen und theoretischen Herleitung angetrieben. In der fortschreitenden Europäisierung erfahren rechtsquellenorientierte Zugriffe eine Aufwertung. Die mit der Europäisierung verbundene Öffnung stärkte aber nicht die begrifflichen und theoretischen Bemühungen um die internationalrechtlichen Grundlagen, weil das Europarecht Fragen der Zuständigkeit wichtiger nimmt als internationalrechtliche Sachfragen.

Gerhard Igl, Hamburg

Von der Projektgruppe zum Institut – was bleibt davon in der Welt des Sozialrechts? Zu den Prägungen eines Lebens in der Rechtswissenschaft

Inhaltsübersicht

- A. Voraussetzungen für die Einstellung als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht
- B. Von der Vorgeschichte zum Forschungszuschnitt
- C. Wissenschaftliche Prägungen und begleitende Aktivitäten während und nach der Institutszeit
 - I. Das Sachthema: Soziale Sicherung des langfristigen Gebrechens
 - 1. Vom langfristigen Gebrechen zur Pflegebedürftigkeit
 - 2. Ein vorrechtliches Sozialproblem ohne Begrifflichkeit
 - 3. Pflegebedürftigkeit und Behinderung
 - 4. Pflegebedürftigkeit im Zusammenhang mit Heimunterbringung
 - 5. Pflegebedürftigkeit und der Zusammenhang mit dem Alter
 - II. Forschungen zum Europarat
 - III. Sozialrecht anderer Länder und der Entwicklungsländer
 - 1. Frankreich
 - 2. Vergessene oder vergebliche Entwicklungsländersozialrechtsforschung?
 - IV. Windfallprofits
 - V. Wie war es mit der Rechtsvergleichung? Oder: Zur Wahrnehmung der europäischen Dimension des Sozialrechts
- D. Ein- und Ausblicke

A. Voraussetzungen für die Einstellung als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht

Nach dem Ersten juristischen Staatsexamen (München 1971) ermöglichte mir ein Auslandsstipendium der Studienstiftung des Deutschen Volkes einen Studienaufenthalt in Frankreich (Aix-en-Provence, September 1971 bis Juli 1972), den ich zur Vorbereitung einer rechtsvergleichenden Dissertation auf dem Gebiet des Umweltrechts nutzen konnte. Diese Arbeit an der Dissertation führte ich dann in Straßburg, damals schon Referendar in Baden-Württemberg, unter Nutzung der Bibliothek des Europarates weiter. Die Dissertation wurde dann 1975 fertig, 1976 war die Promotion.¹ Nach dem Zweiten juristischen Staatsexamen (Juli 1975, Baden-Württemberg) konnte ich beim Europarat mit kleineren Aufträgen zum Umweltrecht arbeiten. In diese Zeit fiel auch die Lektüre einer Zeitungsanzeige einer Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft in München mit dem Anforderungsprofil: entsprechende Examensnoten, zwei Fremdsprachen, möglichst rechtsvergleichende Dissertation, Kenntnisse im Sozialrecht. Auf meine Bewerbung hin erhielt ich schnell

¹ Igl, Gerhard, Die rechtliche Behandlung der industriellen Luftverunreinigung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1976.

eine Einladung zum Vorstellungsgespräch nach München und dann ziemlich schnell die Bestätigung der Einstellung zum 1. Januar 1976. Zur Überbrückung in der Zwischenzeit sollte ich beim Europarat eine Studie zu den sozialpolitischen Aktivitäten des Europarates anfertigen.

Nach dem Dreikönigstag 1976 nahm ich als erster von vier weiteren wissenschaftlichen Mitarbeitern² meine Arbeit in der damaligen Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht auf. Bei Gelegenheit sprach ich später den Leiter der Projektgruppe, Prof. Dr. *Hans F. Zacher*, darauf an, warum er mich als Bewerber auf die Stelle ausgewählt habe, ich hätte ihm doch gesagt, dass ich vom Sozialrecht nur wisse, dass es ein Rechtsgebiet sei, und dass es in Sozialversicherung, Fürsorge und Versorgung gegliedert werde. Vom Sozialrecht hätte ich sonst keine Ahnung. Antwort des Projektgruppenleiters (wörtlich): „Wenn Sie behauptet hätten, Sie würden etwas vom Sozialrecht verstehen, hätte ich Sie nicht genommen. Vom Sozialrecht verstehe nur ich etwas.“

B. Von der Vorgeschichte zum Forschungszuschnitt

Zu Beginn der Projektgruppenarbeit lag dem Forschungsprogramm der wissenschaftlichen Mitarbeiter jeweils folgende Struktur zugrunde: Zuständigkeit für ein Land oder eine Ländergruppe (bei mir die frankophonen europäischen Länder, also primär Frankreich, am Rande Belgien), für ein Entwicklungsland (bei mir: Algerien), für eine sozialpolitisch relevante Institution (bei mir: Europarat), und für ein rechtsvergleichend zu bearbeitendes Sachthema (bei mir: Soziale Sicherung des langfristigen Gebrechens).

Nur kurz zur anfänglichen Arbeitssituation in der Projektgruppe: Eine Bibliothek existierte nicht, nur leere Regale. Ein nicht geringer Teil der Arbeitszeit wurde auf Recherchen zur einschlägigen Länder- und Fachliteratur in, so bei den Entwicklungsländern, zum Teil schwer zugänglichen Katalogen verwendet. Da die Max-Planck-Gesellschaft (MPG) die Projektgruppe großzügig mit Bibliotheksmitteln ausgestattet hatte, war man zumindest von Abwägungen frei, ob ein teures Buch nun wirklich der Anschaffung wert war. Die Bibliothek ist dann ziemlich schnell angewachsen. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter hatten den Vorteil, dass sie fast jedes für ihre Arbeitsbereiche einschlägige Buch kannten. Schon die zweite Generation der wissenschaftlichen Mitarbeiter konnte auf eine rundherum gut funktionierende Bibliothek mit hoch engagierten und kundigen Mitarbeiterinnen zurückgreifen. Nicht lange hat es dann gedauert, dass 1982 die in den Status eines Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht erhobene Projektgruppe als erstes geisteswissenschaftliches Institut der MPG weltweit EDV-basierte Anschlüsse an nationale und internationale Datenbanken hatte, damals noch auf Basis einer eigens dafür in Auftrag gegebenen Software. Die Hardware war ein Nixdorf-Bankrechner im Format einer großen Waschmaschine, mehr gab es damals nicht. Auch im Punkt der EDV-technischen (heute: IT-)Ausstattung war das Institut ein Pionier. Dass ich als EDV-Verantwortlicher im Insti-

2 Das bei *Eichenhofer, Eberhard*, Das Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik 1975-2002, Preprint 11, Berlin 2020, S. 21, genannte Einstellungsdatum ist insofern zu korrigieren.

tut dann auch die anderen rechtsvergleichenden Institute beraten sollte, verstand sich fast von selbst.

Die Aufbauarbeit, die die erste Generation der wissenschaftlichen Mitarbeiter (Mitarbeiterinnen gab es erst später) leistete, beanspruchte ein nicht unerhebliches Zeitvolumen. Die für eine wissenschaftliche Betätigung notwendigen sachlichen und technischen Voraussetzungen mussten erst geschaffen werden.³ Dass es trotzdem gelungen ist, bei den Sachthemen verhältnismäßig früh gemeinsame Diskussionsgrundlagen herzustellen, war auch Ausdruck einer wissenschaftlichen Aufbruchsstimmung.

C. Wissenschaftliche Prägungen und begleitende Aktivitäten während und nach der Institutszeit

I. Das Sachthema: Soziale Sicherung des langfristigen Gebrechens

1. Vom langfristigen Gebrechen zur Pflegebedürftigkeit

Der Begriff „langfristiges Gebrechen“ war auch noch Mitte der siebziger Jahre nicht ungebräuchlich. Noch in den sechziger Jahren wurde in München an einer Straßenbahnhaltestelle in Giesing das „Krüppelheim“ ausgerufen.⁴ Dass man Mitte der siebziger Jahre das, was man heute als Menschen mit Pflegebedarf bezeichnet, als langfristiges Gebrechen bezeichnete, ist für heutige Verhältnisse auch ohne spezifische Wokeness unaussprechlich.⁵ Damals war es die von vielen als adäquat verstandene Wahrnehmung eines sozialen Risikos – eines neuen sozialen Risikos. Damals wurde kaum in personalen Kontexten einer Person gedacht.⁶ Sondern anders, regelungsorientiert: Was ist das Risiko? Und wie können wir es absichern? Und noch einmal: Das entscheidende Definitionselement war die „Langfristigkeit“. Heute ist das international gebräuchlich: *longterm care*. Schon damals war in der Bezeichnung „langfristiges Gebrechen“ die Langfristigkeit Bestandteil. Aber nach wie vor terminologisch schwieriger zu fassen ist, was damals als Gebrechlichkeit bezeichnet worden ist. Bis heute haben wir keinen international akzeptablen Begriff für Pflegebedürftigkeit. Wir definieren heute, weltweit, eine bestimmte gesundheitliche und soziale Situation über den Hilfebedarf, der in long-term care besteht. Auch im SGB XI wurde erst spät (2015) ein moderner

3 Auch das ist zu berücksichtigen, wenn bei *Eichenhofer* (Fn. 2), S. 33 berichtet wird, dass die wissenschaftlichen Möglichkeiten der Referenten nicht bis zu den Grenzen gefordert wurden. Immerhin haben die damaligen Mitarbeiter im Zeitraum zwischen 1977 und 1980 mehr als 80 Publikationen produziert, was aus der Veröffentlichungsübersicht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht (Januar 1985) hervorgeht.

4 Die frühere „Landesanstalt für krüppelhafte Kinder“ wurde 1968 umbenannt in „Bayerische Landesschule für Körperbehinderte“ und heißt jetzt nur noch „Bayerische Landesschule“.

5 Diese Terminologie hatte mich schon damals gestört. Der Leiter der Projektgruppe ließ sich davon aber zunächst nicht abbringen. Immerhin konnte ich im Titel meines Buches hierzu von Pflegebedürftigkeit sprechen (*Igl, Gerhard*, Pflegebedürftigkeit und Behinderung im Recht der sozialen Sicherheit. Eine rechtsvergleichende Untersuchung für die Bundesrepublik Deutschland und Frankreich, Baden-Baden 1987).

6 Die lange Geschichte der Reformvorschläge zur Sicherung bei Pflegebedürftigkeit war zum Teil sehr institutionensichernd geprägt, so mit Blick auf die Entlastung der Sozialhilfeträger, s. dazu *Igl, Gerhard*, Pflegeversicherung, in: *Ruland, Franz/Becker, Ulrich/Axer, Peter* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2018, S. 969 ff. (971 ff.).

Begriff der Pflegebedürftigkeit eingeführt (§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB XI): „Pflegebedürftig sind Personen (...), die gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten aufweisen und deshalb der Hilfe durch andere bedürfen.“

Mehrere Erkenntnisse waren mit der Befassung mit diesem Sachthema verbunden.

2. Ein vorrechtliches Sozialproblem ohne Begrifflichkeit

Zur ersten Erkenntnis: Das Sachthema hatte nur in der Bundesrepublik Deutschland einen Namen, so etwa Sicherung bei Pflegebedürftigkeit oder Sicherung im Pflegefall. Im Sozialrecht Frankreichs gab es kein Pendant. Bei meinen Nachfragen in Ministerien und bei Sozialversicherungs- und Sozialhilfeträgern wurde mir nach längeren Erklärungen immer nur gesagt, ich meine wohl die *tierce personne*. Damit war eine Zulage zur Invalidenrente bei Pflegebedürftigkeit gemeint, etwa vergleichbar mit der Pflegezulage im Versorgungsrecht (vgl. § 35 BVG). Anhand dieser bis heute existierenden Erhöhung der Invaliditätsrente (*majoration pour aide constante d'une tierce personne* = Erhöhungsbetrag für die Hilfe einer Person, die der pflegebedürftigen Person zur Seite steht)⁷ konnte man das exemplifizieren, was Zacher in dem grundlegenden Beitrag zu den Methoden des Sozialrechtsvergleichs als „vorrechtliches Sozialproblem“ bezeichnet hat.⁸ In der französischen Begrifflichkeit war das vorrechtliche Sozialproblem der Hilfebedarf und die Abhilfe durch die Unterstützung einer Person.

Meine Beschäftigung mit der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit fiel fast zeitgleich in die ersten Bemühungen in der Bundesrepublik, dieses Sicherungsproblem auszumachen, zu formulieren und schließlich 1994 mit der Einführung der Sozialen Pflegeversicherung sozialleistungsrechtlich zu bewältigen. Diese Beschäftigung brachte mich in viele verbandliche und politische Gremien, zu Sachverständigenanhörungen im Bundestag, schließlich auch zur sachverständigen Beratung eines Dokumentes des Europarates zur Sicherung bei Pflegebedürftigkeit.⁹ Gleichzeitig lief eine mehrjährige intensive interdisziplinäre Regierungsberatung bei der Vorbereitung der luxemburgischen Pflegeversicherung.¹⁰ Das Thema der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit hat dann auch in Frankreich sozialpolitische Resonanz gefunden, bis hin zur Einführung einer

⁷ Art. L355-1 Code de la sécurité sociale.

⁸ Zacher, Hans F., Vorfagen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: Zacher, Hans F. (Hrsg.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs*, Berlin 1977, S. 21 ff., 40.

⁹ Igl, Gerhard, La situation de dépendance par rapport à la protection par la sécurité sociale. 6e Conférence des Ministres européens responsables de la sécurité sociale, Lisbonne, 19–31 mai 1995. Conseil de l'Europe, MSS-6(95) 1-F, Strasbourg 1995. 71 p.

¹⁰ Igl, Gerhard/Kerschen, Nicole /Joël, Marie-Eve/Knipscheer, Kees, La dépendance des personnes âgées, vol. 1. Prise en charge et Financement en Allemagne, en France et aux Pays-Bas; vol. 2 Bilan du système luxembourgeois et propositions d'évolution. Etude commandée et financée par le Gouvernement du Grand Duché de Luxembourg, juillet 1993. Zu dieser Studie Kerschen, Nicole, 20 ans d'assurance dépendance au Luxembourg, in: *Revue de droit sanitaire et social*, Mai-Juin 2019, p. 404–424. S. auch Kerschen, Nicole/Hajdu, Jozsef/Igl, Gerhard/Joël, Marie-Eve/Knipscheer, Kees/Tomes, Igor, Long-term care for older people. In: *Bulletin luxembourgeois des questions sociales* 2005, volume 19, Long-term care for Older People. Conference organised by the Luxembourg Presidency with the Social Protection Committee of the European Union, Luxembourg, 12 and 13 May 2005, p. 9–147.

Pflegeversicherung.¹¹ Vorher war ich dort wie auch in anderen Ländern mit Vorträgen unterwegs. Das Interesse an der deutschen Pflegeversicherung war immer konstant. Das gilt besonders, und bis heute, auch für Japan¹² und Korea,¹³ wohin mich mehrere Forschungs- und Studienaufenthalte führten.¹⁴

3. Pflegebedürftigkeit und Behinderung

Zweite Erkenntnis: Zur Zeit meiner damaligen Beschäftigung mit diesem Thema konnte man von einem Recht der behinderten Menschen in der heutigen Form des SGB IX nicht sprechen. Behindertenrecht war in der Hauptsache Schwerbehindertenrecht. Alle anderen Probleme dieses Personenkreises wurden in der Sozialhilfe abgedient. Bei meinen rechtsvergleichenden Forschungen wurde mir bald klar, dass die sozialrechtliche Lage von pflegebedürftigen Menschen im Zusammenhang mit der sozialrechtlichen Lage von behinderten Menschen gesehen werden musste. Ich musste den Institutsdirektor nicht besonders von diesem Zusammenhang überzeugen und konnte mein Sachthema dann entsprechend ändern, was sich auch im Titel der dazugehörigen Publikation niedergeschlagen hat.¹⁵ Dass das Recht der behinderten Menschen damals nicht in einem guten Zustand war, hatte auch damit zu tun, dass sich damals in Deutschland nur wenige Autoren rechtswissenschaftlich mit diesem Thema beschäftigten.¹⁶ Dem Institutsdirektor lag damals sehr daran, dieses Rechtsgebiet voranzubringen und das Recht der behinderten Menschen für diese förderlich zu gestalten. Er selbst hat 1981 in einem Beitrag die ersten Grundlagen hierfür geschaffen¹⁷ und diese Befassung dann später weitergeführt.¹⁸ Dieses Rechtsgebiet fortschrittlich zu ge-

11 Kessler, Francis, Le risque de dépendance en France: quelques points remarquables au regard des expériences étrangères, in: Revue de droit sanitaire et social, Mai-Juin 2019, p. 379–392.

12 Igl, Gerhard/ Rothgang, Heinz, Long-term Care in Germany. In: The Japanese Journal of Social Security Policy, vol. 6 no. 1, March 2007, p. 54–84. Für März 2020 war ein vom Deutsches Institut für Japanstudien, Tokyo, der Friedrich-Ebert-Stiftung Tokyo und des Japanisch-Deutschen Zentrum Berlin organisierter Workshop „Ageing and Elderly Care in German and Japanese Communities“ geplant, der jetzt im November 2022 stattfinden soll. Mein Thema in diesem Workshop „The responsibilities of municipalities in the provision of elderly care – actual situation and problems in Germany“.

13 Igl, Gerhard, Why and how take care of long-term care? In: Kangwon Law Review, vol. 18, 2004(6) (The Institute of Comparative Legal Studies, Kangwon National University, South Korea), p. 85 – 99.

14 Meinen letzten Tag als amtierender Universitätsprofessor habe ich am 30. September 2014 an der University of Tsukuba, Japan, erlebt, wo ich mehrere internationale Seminare zur Sicherung bei Pflegebedürftigkeit anlässlich des Kongresses „Borderless Challenges of Global Ageing“ leitete. Für November 2022 ist in Tokyo ein pandemiebedingt bereits mehrmals verschobener Workshop „Ageing and Elderly Care in German and Japanese Communities“ geplant, der vom Deutschen Institut für Japanstudien, Tokyo, der Friedrich-Ebert-Stiftung, Tokyo und dem Japanisch-Deutschen Zentrum, Berlin, organisiert wird. Die entsprechende Publikation ist bereits im Entstehen. Mein Beitrag lautet: „The responsibilities of municipalities in the provision of elderly care – actual situation and problems in Germany“.

15 Igl (wie Fn. 5).

16 Behindertenrecht wurde vor allem in der arbeitsrechtlichen Dimension als Schwerbeschädigtenrecht, später dann als Schwerbehindertenrecht verstanden. Die sozialrechtliche Dimension wurde zuerst von Mroczynski, Peter, Rehabilitationsrecht, München 1979 gesehen.

17 Zacher, Hans F., Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung, in: Zacher, Hans F., Abhandlungen zum Sozialrecht, hrsg. von Bernd Baron von Maydell und Eberhard Eichenhofer, Heidelberg 1993, S. 533 ff.

18 Zacher, Hans F., Der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderung, in: Igl, Gerhard/Welti, Felix (Hrsg.), Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaats für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation. Interdisziplinäre wissenschaftliche Tagung des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und der LVA Schleswig-Holstein, 23./24. November 2000, Lübeck. Sozialpolitik in Europa, Band 7. Wiesbaden 2001, S. 1 ff.

stalten, war unser gemeinsames Anliegen. Bei meinem Weggang vom Institut war mir klar, dass ich diese Aufgabe in Angriff nehmen musste. Mein damaliger Mitarbeiter an der Universität Hamburg und dann später wissenschaftlicher Assistent an der Universität Kiel, *Felix Welti*,¹⁹ hat das opus magnum hierzu geliefert.²⁰ All das wurde begleitet durch zahlreiche von uns organisierten Veranstaltungen.²¹ *Welti* wurde damit sehr schnell national und international ein gefragter Experte auf diesem Gebiet und ist es bis heute noch. Auch das kann als Fernwirkung der frühen Befassung mit diesem Thema im MPI Sozialrecht verzeichnet werden.

Hans F. Zacher hatte nicht nur ein Gespür für sozialrechtliche Zukunftsthemen, sondern sah sich als Sozialrechtler in der sozialstaatlichen Verantwortung gerade auch für die Personen, denen damals sozialpolitisches Augenmerk versagt war. Insofern hatte die Sachthemenwahl, die damals schon der Projektgruppe zugrunde lag, eine fruchtbare Fernwirkung gezeigt. Am Rande nur sei erwähnt, dass ich neben meiner MPI-Tätigkeit auch eine Rechtsanwaltszulassung hatte, die ich dazu nutzte, behinderten Menschen zu ihrem Recht zu verhelfen, besonders wenn es darum ging, stationär untergebrachten behinderten Menschen die Möglichkeit einer ambulanten Versorgung zu erstreiten. Meine Erfolge in dieser Hinsicht verdanke ich auch der Tatsache, dass die Verwaltungsgerichte mit mir rechtlich fundiert sprechen konnten, wobei diese Fundierung wiederum meiner rechtswissenschaftlichen Befassung mit diesen Themen im Institut geschuldet war.²² Für einen Sozialrechtler, der stets der Überzeugung war, dass das Sozialrecht gelebt werden muss,²³ war es eine Genugtuung, noch lange Zeit nach diesen Prozessen von den betreffenden Personen ein respektvolles Dankeschön zu hören. Damit sind wir auch beim dritten Ergebnis.

19 *Felix Welti* ist Professor für Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung an der Universität Kassel

20 *Welti, Felix*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 2005. Dazu die fast hymnische Rezension von *Hans F. Zacher*, JZ 2006, S. 781: „Das ist ein Werk, das Maßstäbe setzt. Das Buch zeigt, wie schwierig es geworden ist, gültig über Sozialrecht zu schreiben. Und es zeigt auch, welches Talent und welche Ausdauer, ja welche Moral nötig ist, um die Schwierigkeiten zu meistern.“

21 S. dazu Fn. 18, sowie *Igl, Gerhard/Welti, Felix* (Hrsg.), Gesundheitliche Prävention im Sozialrecht. Interdisziplinäre wissenschaftliche Tagung des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, der AOK Schleswig-Holstein und der LVA Schleswig-Holstein, 14./15. November 2002, Lübeck. Sozialpolitik in Europa, Band 12. Wiesbaden 2003; *Igl, Gerhard/Welti, Felix* (Hrsg.), Recht der Rehabilitation und der Teilhabe. Zwischenbilanz zum SGB IX: Kritische Reflexion und Perspektiven, Sozialpolitik in Europa, Bd. 13, Wiesbaden 2004; *Igl, Gerhard/Welti, Felix* (Hrsg.), Recht der Rehabilitation und der Teilhabe. Zwischenbilanz zum SGB IX: Kritische Reflexion und Perspektiven, Sozialpolitik in Europa, Bd. 13, Wiesbaden 2004; *Igl, Gerhard/Welti, Felix* (Hrsg.), Der Schutz der Gesundheit und Teilhabe am Arbeitsleben behinderter, chronisch kranker und älterer Menschen. Zeitschrift für Sozialreform (Journal of Social Policy Research), Sonderheft 2005.

22 Die Gerichtsverfahren hatten damals eine bundesweite Presseresonanz. S. zu den Nebenbeschäftigungen und Verfolgung eigener Projekte der wissenschaftlichen Referenten *Eichenhofer* (Fn. 2), S. 33.

23 Auf diesen das Sozialrecht besonders auszeichnenden Aspekt wurde in verschiedenen Beiträgen eingegangen: *Igl, Gerhard*, Bestimmungselemente einer Rechtstatsachenforschung im Sozialrecht. In: *Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch (ZfSH)* 1986, S. 473–486; *ders.*, Die Bedeutung von Rechtstatsachen für die Sozialhilfe. In: *Schulin, Bertram/Dreher, Wolfgang* (Hrsg.), Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven. Konstanz 1987, S. 111 – 122; *ders.* Rechtstatsachenforschung im Sozialrecht – ein Novum? Dargelegt am Beispiel des Sozialhilferechts. In: *Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV)* 1987, S. 130–137.

4. Pflegebedürftigkeit im Zusammenhang mit Heimunterbringung

Dritte Erkenntnis: Pflegebedürftige und behinderte Menschen wurden damals in der Regel in Heimen untergebracht. Dort gingen sie darüber hinaus in der Regel ihrer Rechte verlustig. Anders als heute bei den pandemiebedingten Grundrechtseinschränkungen galt es damals als Normalität, dass untergebrachte Menschen Grundrechtseinschränkungen hinzunehmen hatten. Heimunterbringung galt als faktische Grundrechtsschranke. *Hans F. Zacher* hat diese rechtliche Unerträglichkeit sehr früh erkannt, auch weil er sie biografisch anhand des Schicksals einer Kollegin an der Universität Saarbrücken erlebt hat. Er schlug dieses Thema als Befassungsgegenstand der Sozialrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentages 1978 vor.²⁴ Ich durfte Sekretär dieser Abteilung sein, konnte mich schon vorher in einigen Beiträgen dazu äußern.²⁵ Der Bundesgesetzgeber hatte schon 1975 ein Heimgesetz auf den Weg gebracht. 1978 durfte ich in einem Gutachten für das Bundesministerium für Justiz etwas zur Ausgestaltung des Heimvertrages beitragen.²⁶ Ein namhafter Sozialhilferechtler²⁷ hat mich daraufhin zur Kommentierung des Heimgesetzes eingeladen. Dessen Frau redigiert noch heute den mittlerweile auf vier Bände angewachsenen Kommentar. Dieses Rechtsgebiet hat sich dann fortentwickelt ins Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz für die zivilrechtlichen Elemente und in mittlerweile 16 Landesgesetze, die ich bis heute als Herausgeber zusammen mit anderen kommentiere.²⁸

5. Pflegebedürftigkeit und der Zusammenhang mit dem Alter

Vierte Erkenntnis: In den Anfängen der Diskussion um eine Reform der Sicherung bei Pflegebedürftigkeit ging es auch um die finanzielle Situation der pflegebedürftigen Menschen, dies insbesondere bei Heimunterbringung. Gerade die älteren pflegebedürftigen Menschen sahen sich dem Rückgriff auf ihr Einkommen, in der Regel ihre Altersrente, ausgesetzt. In die sozialrechtliche Debatte eingeführt wurde dieser Aspekt des Verlustes von Altersersatzeinkommen von dem damaligen Präsidenten des Bundessozialgerichts, Professor Dr. *Georg Wannagat*,²⁹ der dann konsequenterweise eine Lösung in der gesetzlichen Rentenversicherung

24 *Igl, Gerhard*, Bericht über die Verhandlungen der Sozialrechtlichen Abteilung des 52. Deutschen Juristentages. Thema: Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln? In: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 7(1979)2/3, S. 231–237.

25 *Igl, Gerhard*, Rechtserhaltung, Rechtsgestaltung und Rechtsdurchsetzung in sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnissen. In: Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung (ZfS) 32(1978)7/8, S. 181–191; *ders.*, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse. In: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 6(1978)3, S. 201–255.

26 *Igl, Gerhard*, Heimvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses des Heimbewohners zum Heimträger im BGB? In: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bd. 1, Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesell. 1981, S. 951–1048.

27 Zu Dieter Giese s. *Igl, Gerhard*, Dieter Giese: Urgestein des Sozialhilferechts. Nachruf. In: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE), Heft 70, 2009, S. 1–2.

28 Ab Dezember 2009 alleinige Herausgeberschaft des Kommentars, jetzt in der Form: Heimrecht des Bundes und der Länder, 4. Bde., begründet von Dahlem, Otto und Giese, Dieter, herausgegeben von Igl, Gerhard, Köln-Berlin-Bonn-München, aktuell 86. Lfg. Januar 2022.

29 Zur Rolle von *Wannagat* bei der Gründung der Projektgruppe s. die Hinweise bei *Eichenhofer* (Fn. 2), S. 21.

suchte.³⁰ Dieser Zusammenhang von Pflegebedürftigkeit und Alter war Anlass für mich, mich später auch jenseits der finanziellen Sicherung im Alter³¹ mit altersspezifischen Themen auseinanderzusetzen. Bei einem Forschungsaufenthalt in den USA³² konnte ich mich mit der US-Altersdiskriminierungsgesetzgebung vertraut machen. Einige Erkenntnisse daraus flossen in meinem ersten Beitrag zu Fragen des Rechts der älteren Menschen.³³ Dies war Anlass für eine führende deutsche Gerontologin,³⁴ mich wissenschaftlich in diese Szene einzubinden. Zu dieser Szene gehörte auch das von Prof. Dr. *Gerhard Naegele* geleitete Institut für Gerontologie der Technischen Universität Dortmund, mit dem ich noch bis vor kurzem zusammenarbeitete.³⁵ Seit 1995 bis heute bin ich Mitherausgeber der Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie. Eines der besonders gefragten Themen im Alterszusammenhang waren die Altersgrenzen im Recht.³⁶ Die Thematik Alter und Recht wurde später dann auch vom MPI Sozialrecht und dessen Direktor Prof. Dr. *Ulrich Becker* aufgegriffen.³⁷ Auch seniorenpolitisch war diese Thematik für die Bundesregierung von Relevanz.³⁸

In Frankreich wurde ich regelmäßig als Mitglied eines wissenschaftlich beratenden Gremiums eines gerontologischen Forschungsinstituts eingeladen. Der

30 *Wannagat, Georg*, Altenheimpflege, Altenpflegegeld, neue Leistungen für die Rentenversicherung, ZfS 1974, 205 ff.

31 *Igl, Gerhard*, Grundsatzfragen der Alterssicherung – Sinn und Ausprägung der Rentenversicherung. In: Becker, Ulrich/Kaufmann, Franz-Xaver/Baron von Maydell, Bernd/Schmähl, Winfried/Zacher, Hans F. (Hrsg.): Alterssicherung in Deutschland. Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag. Baden-Baden 2007, S. 43–45.

32 The Heller School for Social Policy and Management at Brandeis University, Waltham.

33 *Igl, Gerhard*, Das „Recht der älteren Menschen“ – Ist es wünschenswert, für die älteren Menschen besondere rechtliche Vorkehrungen zu treffen? In: Zeitschrift für Gerontologie, Band 23, Heft 2, März/April 1990, S. 62–67. Das Thema wurde dann weiterverfolgt mit den folgenden Beiträgen: Recht und Alter – ein diffuses Verhältnis. In: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Becker, Hans Peter Bull, Otfried Seewald, 1993, S. 747–767; zusammen mit *Klie, Thomas*, Recht der älteren Menschen. In: *Igl, Gerhard/Klie, Thomas* (Hrsg.), Das Recht der älteren Menschen. Baden-Baden 2007, S. 17–47.

34 Prof. Dr. *Ursula Lehr*; s. auch den Beitrag von *Lehr, Ursula/Naegele, Gerhard*, Ältere Arbeitnehmer – gestern gejagt, morgen gefragt? In: Welti, Felix/Fuchs, Maximilian/Fuchsloch, Christine/Naegele, Gerhard/Udsching, Peter (Hrsg.), Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation – Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog. Festschrift für Gerhard Igl, Baden-Baden 2017, S. 273–285.

35 *Igl, Gerhard*, Rechtsfragen: Ehrenamtliche Gesundheitsbegleitung – sozialrechtliche Finanzierungsmöglichkeiten. In: Forschungsgesellschaft für Gerontologie e. V. / Institut für Gerontologie an der TU Dortmund / Leben im Alter e. V. / Institut für Zukunftsfragen der Gesundheits- und Sozialwirtschaft der Evangelischen Hochschule Darmstadt (Hrsg.): Band 4 der Handbuchreihe zum Projekt: „Gesundheitszentrum Spork: Aufbau und Vernetzung eines wirtschaftlich tragfähigen, interdisziplinären und zivilgesellschaftlichen Wertschöpfungsnetzwerkes im Quartier“. Dortmund 2020, 90 S.

36 *Igl, Gerhard*, Zur Problematik der Altersgrenzen aus juristischer Perspektive. In: Kruse, Andreas/Pfendtner, Pirjo/Wahl, Hans-Werner (Hrsg.), Altersforschung vor neuen gesellschaftlichen Herausforderungen. IV. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Gerontologie und Geriatrie, 21.-23.9.1998, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie, Supplement 1, Band 33, 2000, S. 57–70; *ders.*, Bereiche, Funktionen und Berechtigung gesetzlicher Höchstaltersgrenzen. In: Martinek, Michael/Rawert, Peter, Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010. Berlin – New York 2010, S. 1009–1025; *ders.*, Altersgrenzen als altersspezifisches Regelungsinstrument. In: Becker, Ulrich / Roth, Markus: Recht der Älteren. Berlin – Boston 2013, S. 165–191.

37 S. Becker/Roth (Hrsg.) Recht der Älteren (wie Fn. 33).

38 Damit befasste sich insbesondere der 4. Altenbericht der Bundesregierung, deren stellvertretender Kommissionsvorsitzender ich war: Deutscher Bundestag, Drucksache 14/8822, Vierter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland: Risiken, Lebensqualität und Versorgung Hochaltriger – unter besonderer Berücksichtigung dementieller Erkrankungen, darin: S. 313 – 318, 322 – 342, 345 – 352 (zusammen mit Hans-Ludwig Schreiber und Siegfried Kanowski).

Leiter dieses Instituts, *Jean-Claude Henrard*, machte sich in Frankreich für die Einrichtung einer Pflegeversicherung stark.³⁹

II. Forschungen zum Europarat

Um es vorwegzunehmen: Meine Forschungen zum Europarat sind in einem Aktenordner geblieben. Bis auf einen eher deskriptiven Beitrag zum Europäischen Wanderarbeitnehmerabkommen⁴⁰ gab es keine Veröffentlichungen aus meiner Feder dazu. Was es gab, waren diverse Aktivitäten. Als erstes ist die Mitarbeit bei einem vom Europarat in Auftrag gegebenen Bericht zu Sozialhilfeleistungen in den Mitgliedstaaten des Europarates zu nennen.⁴¹ Dann gab es eine über lange Jahre dauernde Mitgliedschaft im Comité d'experts en matière de sécurité sociale, das die Überwachung des Code européen de sécurité sociale zum Gegenstand hatte.⁴² Aus dieser Betätigung resultierte auch ein Expertenbesuch im Rahmen dieses Comités⁴³ in der Ukraine im September 2000.

Die intensivste Beschäftigung mit den sozialpolitischen Aktivitäten des Europarates war eine Expertentätigkeit zur Vorbereitung eines Berichts zur Situation bei Pflegebedürftigkeit für die europäischen Sozialminister.⁴⁴ Daraus ist dann eine entsprechende Empfehlung des Europarates⁴⁵ erwachsen.

III. Sozialrecht anderer Länder und der Entwicklungsländer

1. Frankreich

Die Befassung der ersten Referenten der Projektgruppe mit den ihnen zugewiesenen Ländern führte zu einer frühen gemeinsamen Veröffentlichung zum Sozialrecht Frankreichs, Italiens und Großbritanniens.⁴⁶ Bei mir folgten Beiträge zum

39 *Henrard, Jean-Claude*, Répondre à la dépendance et aux handicaps : 5e risque ou 5e branche de sécurité sociale ? *Gérontologie et société* 2007/4 (vol. 30 / n° 123), p. 213–227.

40 *Igl, Gerhard*, Ein neues Instrument zum Schutz der Wanderarbeitnehmer: das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des Wanderarbeitnehmers. In: *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW/AWD)* 23(1977)11, S. 443–446.

41 *Berger, J.-M.; Gökmen, R.; Guerra, R. F.; Iacovides, J.; Igl, G.*, Les prestations d'assistance sociale. En espèces et en nature, dans les états membres du Conseil de l'Europe et en Finlande. Rapport préparé par le groupe du programme de bourses de recherches coordonnées 1980–1981. In englischer Sprache: *Social assistance benefits*. Strasbourg: Conseil de l'Europe 1982.

42 Art. 74, 78 des Code. Später war auch der zweite Institutsdirektor, Prof. Dr. *Bernd Baron von Maydell*, Mitglied dieses Comités.

43 Etude de compatibilité entre la législation ukrainienne en matière de sécurité sociale et le Code européen de sécurité sociale, Conseil de l'Europe- Programme d'activités pour le développement et la consolidation de la stabilité démocratique (ADACS), Programme de la visite des experts du Conseil de l'Europe, Kiev le 25 et le 26 septembre 2000.

44 La situation de dépendance par rapport à la protection par la sécurité sociale. 6e Conférence des Ministres européens responsables de la sécurité sociale, Lisbonne, 19–31 mai 1995. Conseil de l'Europe, MSS-6(95) 1-F, Strasbourg 1995. 71 p.

45 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation N° R (98) 9 du Comité des Ministres aux États membres relative à la dépendance (adoptée par le Comité des Ministres le 18 septembre 1998, lors de la 641e réunion des Délégués des Ministres).

46 *Igl, Gerhard/Schulte, Bernd/Simons, Thomas*, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Frankreich, Großbritannien und Italien. Berlin 1977 (VSSR Beih. 1. S. 1–148).

französischen Familienleistungsrecht,⁴⁷ später mit einer der wenigen Spezialistinnen des französischen Behindertenrechts Rechtsvergleichendes zum Behindertenrecht.⁴⁸ Für französische Zeitschriften lieferte ich Beiträge zum Heimrecht.⁴⁹ Diese Funktion der Berichterstattung über das deutsche Sozialrecht in französischen Zeitschriften hat sich bis vor kurzem fortgesetzt.⁵⁰ Das rechtsvergleichende Buch zur sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit und Behinderung war bei meinem Weggang vom Institut (März 1985) fertiggestellt, wurde aber erst 1987 veröffentlicht.⁵¹

Auf meiner ersten Stelle als Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Sozialrecht, an der Universität Hamburg wurde mir sehr schnell klar, welch komfortables Rechtsvergleicherleben ich im MPI führen konnte. Die Finanzierung von Dienstreisen war völlig unproblematisch. Jährlich konnte ich mehrmals in Paris die einschlägigen Ministerien, Sozialversicherungsträger und Sozialbehörden und ihre Verbände sowie einschlägig befassende Hochschullehrer besuchen. Die Bibliothek im französischen Arbeitsministerium war so etwas wie ein zweiter Arbeitsplatz in Paris. Ich konnte über zehn Jahre lang in Frankreich auf ein tief gefächertes Netzwerk zurückgreifen. Auch der Besuch einschlägiger internationaler Kongresse war seitens des Institutsdirektors erwünscht. Die Einladung zu Vorträgen und die Vergabe von Forschungsstipendien trug wesentlich dazu bei, dass dieses Netzwerk stabil blieb, bis hin zu einer späteren Einladung an das von *Jean-Pierre Laborde* geleitete Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale der Universität Bordeaux (Forschungsaufenthalt März 1990).⁵²

2. Vergessene oder vergebliche Entwicklungsländersozialrechtsforschung?

Die Entwicklungsländerforschung auf dem Gebiet des Sozialrechts und noch mehr der Sozialpolitik war in den 70er Jahren in jeder Hinsicht abenteuerlich. Bei meinem ersten Aufenthalt im Herbst 1977 in Algerien war ich in Algier im Goethe-Institut untergebracht, neben der deutschen Botschaft, die unterhalb der DDR-Botschaft gelegen war. Algier liegt vom Hafen an hoch aufsteigend am Berg, zum Goethe-Institut führten lange Serpentinien. Ich kannte niemanden in Algier und nur ganz wenige Personen aus der Literatur. Um nur eines der vielen

47 *Igl, Gerhard*, Teilreform der französischen Familienhilfen. In: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) (1977)7, S. 443–446.

48 *Igl, Gerhard/Prigent, Marie-Annick*, Quelques problèmes de la protection sociale des enfants handicapés: analyse au regard de la situation en France et en République fédérale d'Allemagne. In: Revue de Droit Sanitaire et Social 18 (1982) 69, S. 137–156.

49 *Igl, Gerhard*, Le concept d'hébergement dans les systèmes d'action sociale en France et en Allemagne fédérale. In: Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 15(1979)57, S. 1–23.

50 *Igl, Gerhard*, La prise en charge de la dépendance des personnes âgées: les discussions et les solutions en Allemagne. In: Kessler, Francis (sous la direction), La dépendance des personnes âgées: Un défi pour le droit de la protection sociale. Actes du colloque international du Centre de Recherche de Droit Social de l'Université Robert Schuman, Strasbourg (Presses Universitaires de Strasbourg), 1994, p. 9 – 17; *ders.*, L'assurance dépendance allemande sur 25 ans: évolutions, succès et leçons. In: Revue de droit sanitaire et social, Mai-Juin 2019, p. 379–392.

51 S. Fn. 15.

52 Daraus ist auch folgender Beitrag entstanden: *Igl, Gerhard*, La solitude du grand âge. In: Insertions et solitudes. Actes du colloque des 5 et 6 mai 1992. Université Bordeaux I. Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale. Textes réunis par Isabelle Daugareilh et Jean-Pierre Laborde. Editions de la Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 1993, S. 65–76.

Abenteuer loszuwerden: Es gab drei Tage lang nur ganz spärlich Wasser, was das für die hygienischen Verhältnisse bedeutete, bedarf keiner Schilderung. Oder: Kopierpapier musste an einem weit entfernten Markt beschafft werden. Die gelebten sozialen Umstände in Algerien haben mich geprägt in der Wahrnehmung der Entwicklungsländersozialpolitik. Bei einem meiner Interviews zur Sozialpolitik in Algerien war ich bei der Staatsgewerkschaft. Der Gesprächspartner musste zu Beginn des Treffens vor allem anbringen, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Entwicklungsländersubventionsverpflichtungen um soundsoviel Prozent unterschritten hätte und er deshalb mit mir nicht reden würde.

Glücklicherweise gelang es mir, andere Gesprächspartner ausfindig zu machen. So etwa einen westlich orientierten Anwalt, der mir viele Türen öffnete. Ein ausgesprochener Glückszufall war es, eine der wenigen Personen zu treffen, die in der französischen Literatur zur algerischen Gesellschaft Grundlegendes veröffentlicht hat, *Père Henri Sanson*, Gründer und Leiter des *Secrétariat social d'Alger*. Ich wusste nicht, wo er lebte, wie er ausfindig zu machen war. Zur Story: In Algier gab es Taxinotstand – ein Taxi zu finden, kam einem Zufall gleich. Um meiner Behausung im Goethe-Institut näher zu kommen, wanderte ich einige Male vom Zentrum die Straßenserpentinien entlang, mit ausgestrecktem Arm und Daumen hoch auf ein Taxi hoffend. Eines Mittags lief hinter mir eine Frau mit buchgefülltem Korb. Wir verständigten uns darauf, gemeinsam die Daumen zu heben, in der Hoffnung, dass das unsere Taxisuche erleichtere. Dabei stellte sich heraus, dass besagte Frau die Leiterin der Stadtbibliothek in Algier war. Meine Taxifrage: Wo wollen Sie hin? Sie: Zu *Père Sanson*. Kenne ich aus der Literatur, war meine verblüffte Antwort. Sie: Wollen Sie mitfahren dorthin? Er ist sehr gastfreundlich. So konnte ich den einzigen algerischen Sozialpolitikspezialisten treffen und lange Gespräche mit ihm führen. Meine erste Frage an ihn: Wo ist das *Secrétariat social d'Alger*? Seine Antwort: Es sitzt vor Ihnen. Ich war von der Bibliothekarin vorgewarnt worden, dass er mich staatsexamenmäßig nach meinen Kenntnissen über Algerien ausfragen würde, aber den Test konnte ich bestehen. Soviel zu den Mühseligkeiten und hier einmal erfreulichen Zufällen der damaligen Forschungen auf dem Gebiet der Entwicklungsländersozialpolitik.⁵³

Zurück zur Wissenschaft: In Algerien wurde damals als großer Fortschritt ein Gesetz namens „Allgemeines Arbeiterstatut“⁵⁴ verkauft. In der Universitätsbibliothek verbrachte ich einen halben Nachmittag nach der Suche auf Literatur zu diesem Gesetz. Nur per Zufall geriet ich in die Karteikarten zum *Service Public* (= öffentlicher Dienst, nach deutscher Terminologie). Da war dann einiges zu finden.

53 Über die Mühen der Entwicklungsländerforschung findet man leider nichts in der Geschichtsschreibung zum Institut (vgl. *Eichenhofer*, wie Fn. 2, S. 38 f., 54). Warum für die Darstellung der frühen Zeiten der Projektgruppe auf oral history, geliefert in Person der noch heute lebenden und miteinander kommunizierenden – s. die Beiträge in den jeweiligen Festschriften für Eberhard Eichenhofer, Gerhard Igl und Maximilian Fuchs – ehemaligen Mitarbeitern des Instituts verzichtet wird, ist nicht ganz nachvollziehbar. Leider ist auch nicht das von mir anlässlich der Auflösung des Instituts für Sozialrecht und Gesundheitsrecht der Universität Kiel an das MPI Sozialrecht weitergegebene frühe Archivmaterial aus der Projektgruppenphase genutzt worden. Dieses Material enthält sämtliche Protokolle der damaligen Besprechungen der Projektgruppe inklusive der ersten Papiere der Mitarbeiter zu ihren Sachthemen.

54 *Igl, Gerhard*, Das algerische Gesetz über das Allgemeine Arbeiterstatut. In: *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW/AWD) 1979, S. 315–320; *ders.*, Le statut général du travailleur en Algérie. In: *Annuaire de l'Afrique du Nord* 17(1978), S. 315–338.

Warum beim öffentlichen Dienst? Später, nicht damals, habe ich es verstanden: In den sozialistischen Staaten galt der Arbeitnehmer virtuell als Bediensteter des Staates, und Staatsbedienstete unterliegen, wie wohl überall, wo es sie gibt, einem besonderen Statut.

Die Berichte der damals für die Entwicklungsländer zuständigen Referenten stießen im Fachbeirat des MPI bei den international tätigen Juristen auf großes Interesse, für die nur nationalrechtlich geprägten Juristen fiel das in die Kategorie irrelevanter Abenteuerurlaubsgeschichten.

Anders als *Maximilian Fuchs* habe ich kein grundlegendes Werk zur Entwicklungsländersozialpolitik⁵⁵ verfasst. Meine wenigen kleinen Beiträge dazu sind in Deutschland⁵⁶ und in einer französischen Zeitschrift⁵⁷ erschienen.

IV. Windfallprofits

Gemäß dem Arbeitsstrukturprogramm der Projektgruppe war damals *Bernd Schulte* für die Gesundheitsberufe zuständig. Seine Frau war Psychologin. Es lag nahe, dass er den Beruf des Psychologen zu seinem Hauptbeschäftigungsgegenstand machte. Da gab es später bahnbrechende Urteile des BVerwG⁵⁸ zur sektoralen Heilpraktikererlaubnis. Obwohl *Bernd Schulte* die hauptzuständige Person für Gesundheits- und Sozialberufe war, wurde ich auch auf dieses Thema als Betreuer für einen Doktoranden angesetzt, der die französischen Sozial- und Gesundheitsberufe im Visier hatte.⁵⁹

Es war, retrospektiv gesehen, ein Thema, das mich damals, jenseits meiner beratenden Dissertationsbetreuungsobliegenheiten, nicht richtig interessiert hat. Heute sind die Gesundheits- und Sozialberufe eines meiner zentralen Themen.⁶⁰ Auch auf die jüngere Heilberufegesetzgebung konnte Einfluss genommen werden.⁶¹

55 *Fuchs, Maximilian*, Soziale Sicherheit in der Dritten Welt. Baden-Baden 1985. Welche internationale positive Resonanz dieses Werk gefunden hat, geht aus einer Rezension eines führenden Entwicklungsländerspezialisten hervor: *Hayden, Robert G.*, Sozial Welfare In The Third World: A Study From Germany, *Journal of International & Comparative Social Welfare*, 2:1–2, 46–50.

56 *Igl, Gerhard*, Das algerische Gesetz über das Allgemeine Arbeiterstatut. In: *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW/AWD)* 1979, S. 315–320; *ders.*, Sozialpolitik, soziale Sicherheit und Sozialrecht in Algerien. In: *Afrika-Spektrum* 16 (1981) I. S. 37–56.

57 *Igl, Gerhard*, Le statut général du travailleur en Algérie. In: *Annuaire de l'Afrique du Nord* 17(1978) S. 315–338.

58 BVerwG, Urt. v. 21.01.93 – 3 C 34.90 –, BVerwGE 91, 356 ff. 1993

59 *Hörz, Armin*, Die Rechtsstellung des Sozialarbeiters in Frankreich. Berlin 1983.

60 *Igl, Gerhard*, Weitere öffentlich-rechtliche Regulierung der Pflegeberufe und ihrer Tätigkeit – Voraussetzungen und Anforderungen. München 2008; *ders.*, Öffentlich-rechtliche Regulierung nichtärztlicher Gesundheitsfachberufe und ihrer Tätigkeit auf den Gebieten der Diätetik, der Medizintechnik, der Orthoptik und der Pharmazie. München 2010; *ders.*, Gesetz über das Studium und den Beruf von Hebammen (Hebammengesetz – HebG), Studien- und Prüfungsverordnung für Hebammen (HebStPrV). Gesetzes- und Verordnungsbegründungen – Erläuterungen. Heidelberg 2020; *ders.*, Gesetz über die Pflegeberufe (Pflegeberufegesetz – PflBG). Praxiskommentar, 3. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg 2021.

61 *Igl, Gerhard/Welti, Felix*, Öffentlich-rechtliche Grundlagen für die Entwicklung vorbehaltener Aufgabenbereiche im Berufsfeld Pflege. In: VSSR 1999, Heft 1, S. 21–55. Mit diesem auf einem Gutachten beruhenden Beitrag wurde der Weg für die erstmalige Einführung vorbehaltener Tätigkeiten für die Pflegefachberufe geebnet, vgl. § 4 Pflegeberufegesetz (PflBG). Ob mein schon 2013 vorgebrachter Vorschlag zur Schaffung eines allgemeinen Heilberufegesetzes, der jetzt im Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 82, enthalten ist, zu einem entsprechenden Gesetz führen wird, bleibt abzuwarten; s. *Igl, Gerhard*: Gesundheits-

V. Wie war es mit der Rechtsvergleichung? Oder: Zur Wahrnehmung der europäischen Dimension des Sozialrechts

Die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Sozialrechts war zur damaligen Zeit ein Novum. Es gab sie vorher nicht. Mit den frühen Arbeiten von *Zacher* und in zahlreichen international besetzten Kolloquien des MPI konnten wir ein Verständnis dafür erlangen. Die Formulierung des „vorrechtlichen Sozialproblems“⁶² war der Ausgangspunkt für diese Rechtsvergleichung, zumindest wenn es um soziale Lagen, Risiken etc. ging. Immer hatten wir Diskussionen darüber, ob das vorrechtliche Problem eigentlich das zugrundeliegende sozialpolitische Problem ist. Aber schnell merkten wir, dass das zu kurz gegriffen war. Der Band zur Altersversicherung im Rechtsvergleich⁶³ ist ein Prototyp für die Formulierung des vorrechtlichen Problems verbunden mit einem systemischen Ansatz, weiter ausgreifend, als es in der Sozialpolitik je formuliert worden wäre.

Rechtsvergleichung als solche ist eine Luxuswissenschaft, an der Universität kaum leistbar, hierzulande vor allem den entsprechenden rechtsvergleichenden MPIs anvertraut. Die rechtswissenschaftlichen Fakultäten haben vor allem einen Ausbildungs-, weniger einen Forschungsauftrag. An den beiden Universitäten, Hamburg und Kiel, an denen ich nach zehnjähriger Tätigkeit in der Projektgruppe und im MPI unterrichten und forschen durfte, war im Nischenfach Sozialrecht kein Preis mit der Rechtsvergleichung zu gewinnen, es wurde auch kein Preis dafür gezahlt. Was aber möglich war, war die Herausstellung der europäischen Dimension des Sozialrechts. In Hamburg ist es mir gelungen, Anfang der 90er Jahre eine Forschungsstelle für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa einzurichten. Diese existiert bis heute weiter als Forschungsstelle für Sozialrecht⁶⁴ und ist in der Region bekannt für ihre durchaus anspruchsvollen Veranstaltungen.⁶⁵ Sie wird geleitet von meiner Nachfolgerin auf die Stelle in Hamburg, Prof. Dr. *Dagmar Felix*.

In Kiel habe ich die Annahme des Rufs von der Gründung eines Instituts mit der Bezeichnung „Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa“ abhängig gemacht. Es gab unerwarteten Gegenwind von Seiten eines Ökonomieprofessors, der der Meinung war, Sozialpolitik sei ein wirtschaftswissenschaftliches Fach. Der „Verein für Socialpolitik“ war für ihn wohl ein Alleinstellungsmerkmal.

berufe neu regeln. Rechtsexpertise. In: Robert Bosch Stiftung GmbH (Hrsg.): Arbeitsgruppe der Robert Bosch Stiftung „Gesundheitsberufe neu denken, Gesundheitsberufe neu regeln“. Robert Bosch Stiftung, Stuttgart 2013, S. 235–431 (417 ff.). Ebenfalls im Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 82, enthalten ist die Forderung nach Einrichtung eines neuen Berufsbildes der „Community Health Nurse“; s. hierzu *Burgi, Martin /Igl, Gerhard*, Rechtliche Voraussetzungen und Möglichkeiten der Etablierung von Community Health Nursing (CHN) in Deutschland. Nomos Baden-Baden 2021, 250 S.; *dies.*, Community Health Nursing. Wege für eine Etablierung in Deutschland. In: Hildebrandt, Helmut/Stuppardt, Rolf (Hrsg.): Zukunft Gesundheit – regional, vernetzt, patientenorientiert. Heidelberg, Medhochzwei Verlag 2021, S. 261–274.

62 S. dazu schon oben Abschnitt 3.1.1, Fn. 8.

63 *Zacher, Hans F.* (Hrsg.), Alterssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1991.

64 www.jura.uni-hamburg.de/forschung/institute-forschungsstellen-und-zentren/sozialrecht-sozialpolitik.html.

65 Der amtierende MPI-Direktor Prof. Dr. *Ulrich Becker* wurde zu der Zeit, als dieser Beitrag verfasst worden ist, zu einem Vortrag zum sozialen Entschädigungsrecht eingeladen.

Glücklicherweise waren meine Kieler Kollegen, denen bis auf eine Person⁶⁶ das Sozialrecht eher fremd war, ohne Mühe davon zu überzeugen, dass Sozialrecht ohne sozialpolitisches Verständnis überhaupt nicht gehe.

Um zur Sozialrechtsvergleichen zurückzukommen: Zwar habe ich für lange Zeit in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung die Abteilung Sozial- und Arbeitsrecht administrativ betreut. In dieser Abteilung ging es aber bei den Veranstaltungen meistens um Arbeitsrecht, nicht um Sozialrecht. So hat auch bei mir die Sozialrechtsvergleichen ein Outfading erlebt, selbst wenn noch für einige Zeit, insbesondere im Rahmen von Auslandsaufenthalten im Rahmen von Forschungssemestern, einige Bestrebungen in dieser Richtung realisiert werden konnten.⁶⁷ Ansonsten ist sie zur Berichterstattung über deutsches Recht verkümmert.⁶⁸ In meinem letzten Forschungssemester im Sommersemester 2011 habe ich an der *École des hautes études en santé publique (EHESP)* in Rennes einen Vortrag über die deutsche Pflegeversicherung gehalten, später einen Aufsatz in einer französischen Zeitschrift⁶⁹ dazu veröffentlicht, angeregt von einem ehemaligen Institutsstipendiaten.⁷⁰ Von Professoren der der EHESP, damals noch *Ecole Nationale de Santé Publique (EPNS)*, wurde ich schon in den 90er Jahren und später zu Veranstaltungen und Vorträgen eingeladen.⁷¹

Die Wahrnehmung der europäischen Dimension des Sozialrechts wurde in puncto Pflegeversicherung ein einziges Mal sehr konkret, als der EuGH zum ersten Mal über die Einordnung der Pflegeleistungen in die Koordinierungsverordnung 1408/71 zu entscheiden hatte.⁷² Zu diesem Thema hatte ich bei einer europarechtlichen Tagung in Stockholm einen Vortrag gehalten.⁷³ Eine Kollegin in der EG-Kommission, die dem Institut sehr verbunden war, hatte davon gehört, und wollte meinen damals noch unveröffentlichten Vortrag dem Generalanwalt zu-

66 Prof. Dr. *Albert von Mutius* hat sich damals sehr um die Einrichtung eines sozialrechtlichen Lehrstuhls mit der Bezeichnung „Öffentliches Recht und Sozialrecht“ eingesetzt. Dieser Lehrstuhl wurde zum ersten Mal mit meiner Person besetzt. Nach meinem Weggang von der Universität Kiel im Oktober 2014 wurde dieser Lehrstuhl in eine W-2-Professur für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht umgewidmet. Mittlerweile ist die Lehrstuhlbezeichnung „Öffentliches Recht und Medizinrecht“. Das Institut für Sozialrecht und Gesundheitsrecht wurde ebenfalls aufgelöst. Seit November 2020 existiert ein Zentrum für Gesundheitsrecht, das vom Lehrstuhlinhaber Prof. Dr. *Graf von Kielmansegg* und von Prof. Dr. *Susanne Lilian Gössl* geleitet wird.

67 S. z. B. *Igl, Gerhard*, Sozialrecht und Verfassungsrecht in den Vereinigten Staaten – Ein Überblick anhand der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika. In: *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)* 1990, Heft 4, S. 293–327.

68 S. z. B. *Igl, Gerhard*, La rencontre du médical et du social en RFA. In: *Les politiques de santé en France et en Allemagne* (sous la direction de Bruno Jobert et de Monika Steffen), Observatoire européen de la protection sociale. Espace Social Européen. Dossier spécial N° 4, Supplément à Espace Social Européen N° 258, Paris 1994, p. 163 – 177.

69 Wie Fn. 49.

70 Prof. Dr. *Francis Kessler*.

71 *Igl, Gerhard*, La prise en charge de la dépendance des personnes âgées: quelques observations à partir du cas allemand. In: *Martin, Claude* (sous la direction de): *La dépendance des personnes âgées. Quelles politiques en Europe*, Presses Universitaires de Rennes, Editions ENSP, Rennes 2003, p. 217 – 225.

72 Rechtssache *Molenaar*, C-160/96.

73 *Igl, Gerhard*, Co-ordination and New Forms of Social Protection. In: *25 Years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers – Past Experiences, Present Problems and Future Perspectives*. Report from the European Conference on Social Security, Sweden, June 1996. Swedish National Social Insurance Board – European Commission, Stockholm 1997, p. 91 – 109.

kommen lassen. Dieser hat mich in seinen Schlussanträgen zitiert,⁷⁴ wenn auch leider als abweichende Meinung. Lange konnte ich bis zum Beweis des Gegenteils behaupten, dass ich der einzige Mitarbeiter des Instituts war, der die Ehre eines solchen Zitats hatte. Nun muss ich dieses Alleinstellungsmerkmal mit einem Kollegen, der auch am Institut war, teilen. Ihm ist vor kurzem höhere Ehre widerfahren. Sein von ihm herausgegebener Kommentar⁷⁵ wurde als einer der leading commentaries bezeichnet.⁷⁶

D. Ein- und Ausblicke

In (auto-)biografischen Rück- und Ausblicken⁷⁷ ist die Tendenz zur Verschönerung (als Bayer: zum Aufbrezeln) sozusagen systemimmanent. Angesichts dessen: Ja, der überwiegende Teil meiner wissenschaftlichen Beschäftigung ist bis heute direkt oder indirekt von der Tätigkeit im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht und in der Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht geprägt. Zehn solcher Jahre bleiben nicht spurlos, gerade auch, weil diese Zeit in eine sozialrechtliche Aufbruchphase fällt.⁷⁸ Das von *Zacher* geprägte strukturelle Denken, gepaart mit sozialpolitischem Impetus, ist der Grund dafür. Heute würde man sich diese Reflektiertheit wieder wünschen, das Hintersichtreten im Denken (= „re“flektieren). Aber leider wird auch der sozialpolitische Diskurs oft nur mehr vordergründig thematisch geführt.⁷⁹ Das Wertvolle, was wir an grundlegenden sozialrechtlichen Erkenntnissen mitgenommen und lange Zeit auch unterrichtet haben, lässt sich heute oft nur noch schwer vermitteln.

74 Schlussanträge des Generalanwalts Georges Cosmas vom 9. Dezember 1997, unter II. 3, Fn. 1 (ECLI:EU:C:1997:599).

75 *Fuchs, Maximilian* (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2018.

76 EuGH, C-866/19, Rn. 58.

77 *S. Welti, Felix*, Ein Wissenschaftler des sozialen Rechtsstaats: Gerhard Igl, in: FS für Gerhard Igl (wie Fn. 34), S. 19–23.

78 So wurde in dieser Zeit wichtige Teile des Sozialgesetzbuchs konzipiert, an dessen Zustandekommen *Hans F. Zacher* als langjähriger Vorsitzender der Sozialgesetzbuchkommission maßgeblich Anteil hatte.

79 Bezeichnend hierfür ist etwa die Verwendung des Begriffs „Respektrente“ für das Grundrentengesetz. Problematischer als solche Begriffsverwendung ist jedoch die Vernachlässigung lange Zeit anerkannter rentenrechtlicher Grundsätze, s. dazu *Ruland, Franz*, Der Kompromiss der Koalition zur Grundrente – der Vorschlag bleibt verfassungswidrig, ineffizient und ungerecht, NZS 2019, S. 881 ff.

Soziale Sicherheit in Entwicklungsländern – ein Rückblick

Inhaltsübersicht

- A. Der Start
- B. Die Erschließung des Themas
- C. Rahmenbedingungen
- D. Soziale Sicherheit in Entwicklungsländern
- E. Das Buchprojekt
- F. Ein Entwicklungsländerkolloquium
- G. Das Buch „Soziale Sicherheit in der Dritten Welt“
 - I. Allgemeiner Teil
 - II. Fallstudie Kenia
- H. Schlussbetrachtung

A. Der Start

Am 1. Oktober 1980 habe ich meine Tätigkeit als Wissenschaftlicher Referent am MPI aufgenommen. Dass ich diese Stelle bekommen habe, sie aber auch wollte, hat naturgemäß einen Hintergrund. Mein Berufsweg hatte schon eine gewisse Ausrichtung bekommen. Ich bin 1978 mit einer Dissertation über die allgemeine Theorie des Rechts des italienischen Staatsrechtlers und Rechtstheoretikers Santi Romano, die er in der Schrift mit dem Titel *L'ordinamento giuridico* verfasst hatte, an dem damals noch so lautenden Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Regensburg promoviert worden.¹

Anschließend trat ich eine Stelle an der Universität Regensburg bei Prof. Landau als Wissenschaftlicher Assistent an und erhielt ein Habilitationsangebot. Deshalb kam mir das im Sommer 1980 erschienene Inserat des MPI, mit dem ein Wissenschaftlicher Referent gesucht wurde, zunächst in zeitlicher Hinsicht nicht unbedingt gelegen. Aber die Max-Planck-Gesellschaft übte für mich als Wissenschaftsorganisation hohe Strahlkraft aus. Und der Inhalt der Tätigkeit, ausländisches Recht zu erforschen, entsprach genau meinen beruflichen Vorstellungen und letztlich dem, was ich während meiner Dissertation schon praktiziert hatte. Von daher fühlte ich mich für die ausgeschriebene Stelle qualifiziert. Ich wollte jedenfalls die Möglichkeit ausloten und bewarb mich. Und erfreulicherweise erhielt ich schon bald eine Einladung von Prof. Zacher, dem Institutsdirektor, zu einem Bewerbungsgespräch. Ich hatte während des Studiums zwar die Wahlfachgruppe Kollektives Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht gewählt, vermutete aber, dass mein Wissen für das Bewerbungsverfahren nicht ausreichte. Erst später erfuhr ich, dass kein einziger der Referenten, die im Rahmen der der Institutsgründung vorausgegangenen Projektgruppe eingestellt wurden, Vorkenntnisse im Sozialrecht mitgebracht hatte.

¹ Fuchs, Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos, 1979.

Das Gespräch verlief auch ganz anders als von mir vorgestellt. Eine sozialrechtliche Prüfung oder auch nur Diskussion fand nicht statt. Die von mir eingereichten Unterlagen hatte Prof. Zacher intensiv studiert. Im Gespräch war er ausschließlich an meiner Dissertation und meinen auslandsrechtlichen Aktivitäten interessiert. Dass ich solide Kenntnisse der englischen, französischen und italienischen sowie gute Kenntnisse der spanischen Sprache vorweisen konnte, schien ihm ebenfalls wichtig zu sein. Für mich war natürlich der Inhalt meiner Tätigkeit im Falle meiner Einstellung bedeutsam. Dass ich mich mit dem Sozialrecht von Entwicklungsländern befassen sollte, war für mich doch eine große Überraschung. Zacher trug seine Gedanken und Erwartungen dazu vor. Ich kann heute nicht mehr exakt sagen, wie meine Reaktion konkret war. Dass ich aber ein Unbehagen verspürte, fühle ich noch heute. Denn es handelte sich um eine Materie, über die ich mir zu keiner Zeit Gedanken gemacht, geschweige denn Wissen erworben hatte. Ich habe aber wohl auch keine Ablehnung erkennen lassen. Denn zu meiner wirklichen Überraschung leitete Zacher rasch das Ende des Gesprächs mit dem bemerkenswerten Satz ein: „Ich könnte mir gut vorstellen, dass die niederbayerische Phalanx am Institut durch Sie verstärkt werden könnte.“² Nach ca. zehn Tagen bekam ich das Angebot, das ich rasch annahm.

B. Die Erschließung des Themas

Vor diesem Hintergrund bin ich mit Elan an meine Arbeit gegangen. Das war auch nötig, denn ich konnte rasch feststellen, dass im Institut kein literarischer Fundus zu diesem Thema vorhanden war. Literaturbeschaffung war deshalb die erste und zentrale Aufgabe. Dabei war im Hinblick auf das im Zuge meiner Dissertation erworbene Verständnis klar, dass nicht einfach eine Beschäftigung mit dem gesetzten Sozialrecht dieser Länder begonnen werden konnte. So wenig das Sozialrecht von hochentwickelten Industrienationen ohne den ökonomischen, sozialen und politischen Kontext erfasst werden kann, aus dem heraus es entstanden ist und sich entwickelt hat, so wenig konnte eine zielführende Beschäftigung mit dem Sozialrecht von Entwicklungsländern ohne diese Zusammenhänge erfolgen. Die Beschaffung und Lektüre von Literatur beschränkte sich deshalb in den ersten Monaten fast ausschließlich auf Publikationen der Entwicklungsländerforschung, vor allem ökonomischer und soziologischer Ausrichtung. Mein Ziel war es, aus der Kenntnis der wichtigsten Strukturmerkmale, die die Länder der Dritten Welt jenseits nationaler Besonderheiten kennzeichnen, einen theoretischen Rahmen zu schaffen, der später bei der Behandlung des Sozialrechts dieser Länder stets mitzudenken war. Anzueignen waren deshalb vornehmlich Theorien, die eine Erklärung für das Phänomen Unterentwicklung lieferten.³ Es konkurrierten im Wesentlichen zwei Theorienstränge, die mir schon in Umrissen zu erkennen gaben, dass sie notgedrungen auch auf Inhalt und Entwicklung des Sozialrechts Einfluss hatten.

² Das war in Anspielung auf unsere beiderseitige niederbayerische Herkunft gemeint.

³ Sehr nützlich hierzu der Reader Schmidt (Hg.), Strategien gegen Unterentwicklung, 1978.

Da ich diese theoretischen Konzepte als wegweisend für meine sozialrechtliche Arbeit erachtete, wollte ich den Ertrag aus der Lektüre festhalten, bevor ich die Arbeit aufnahm. Ich habe mir deshalb viel Zeit für einen Beitrag genommen, in dem ich neben der Wiedergabe der zentralen Theorieinhalte diejenigen Elemente besonders in den Vordergrund rückte, von denen ich erwarten konnte, dass sie für meinen sozialrechtlichen Diskurs eine entscheidende Orientierung leisteten.⁴

C. Rahmenbedingungen

An dieser Stelle ist der Bericht über den Fortgang meiner Arbeiten zu unterbrechen. Diese Unterbrechung entspricht genau der Chronologie des Auftauchens und Verarbeitens von Informationen und Gedanken, die von der Arbeit am Forschungsgegenstand zu trennen sind. Diese findet ja nicht in Isolation statt, sondern wird von der Arbeitsumgebung, dem gesamten Institutsgeschehen beeinflusst. Mit der Dauer meiner Tätigkeit wuchs die Integration in das Institut. Die Begegnung und der Gedankenaustausch mit den wissenschaftlichen Referenten (es gab noch keine Referentin!), den übrigen Mitarbeitern des Instituts und dem Institutsdirektor verdichteten sich. Die erste Information, die mich verständlicherweise aufhorchen ließ, betraf den Stellenwert und die Akzeptanz der Entwicklungsländerforschung am Institut. Ich erfuhr, dass meine Referentenstelle dem Umstand zu verdanken war, dass ein anderer Referent, dem die Arbeit ursprünglich zugedacht war, sich ihr versagt hatte. In zahlreichen Gesprächen unter den Referenten war es allgemeine Meinung, dass man sich mit der Entwicklungsländerarbeit keine langfristigen Meriten verdienen konnte, vielmehr damit allein das Interesse des Instituts bedient wurde. Dies kollidierte aber mit dem Interesse des jeweiligen Referenten. Denn die Zeit der Tätigkeit am Institut – so auch die vom Institutsdirektor vorgegebene Linie – sollte zeitlich begrenzt sein.⁵ Das bedeutete aber auch, dass die Institutsarbeit nicht nur Erfüllung des Arbeitsvertrages, sondern auch Grundlage individueller Qualifikation für spätere berufliche Tätigkeiten darstellen musste. Und hierzu hatte sich im Kreis der Kollegen schon eine klare Auffassung gebildet. Weder in der Sozialadministration noch im Richteramt würde diese Forschungstätigkeit Bedeutung und Wertschätzung finden können. Und erst recht würde sie für eine universitäre Laufbahn nicht förderlich, wenn nicht gar abträglich sein. Namen von Betroffenen kursierten, die sich in der (juristischen) Entwicklungsländerforschung verdient gemacht hatten, aber trotz Habilitation keinen Berufungserfolg hatten. Ein früherer Mitarbeiter der Projektgruppe, der zu Fragen und Problemen der sozialen Arbeit in lateinamerikanischen Ländern eine Studie erarbeitet hatte, war mit der vorbeschriebenen Lage wohl vertraut. Er nahm rasch einen Ruf auf eine Professur an einer Universität an, weil er seine beruflichen Erwartungen bei Fortsetzung der Entwicklungsländerarbeit zu schwinden befürchtete.

4 Der Beitrag wurde unter dem Titel „Recht und Entwicklungsländer“ in der Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 1991, 355–373 veröffentlicht.

5 In anderen Max-Planck-Instituten wurde dieser Grundsatz weniger hochgehalten.

Ich hatte keine Zweifel an der Richtigkeit der unter den Referenten bestehenden Meinung. Ich habe auch den Institutsdirektor damit einmal konfrontiert. Er vertrat die Auffassung, dass es nicht darauf ankomme, welches Thema man behandle, sondern auf die Qualität der Bearbeitung. Das war eine aus der Sicht der Interessen der Institutsleitung verständliche Antwort, die im Kreis der Referenten aber niemanden zufrieden stellte. Ich war bemüht, diese Überlegungen weitestgehend zu verdrängen. Sie manifestierten sich aber dennoch immer wieder. Alle übrigen Referenten hatten ein Sachthema und europäische Länder zu beobachten oder wie Gerhard Igl Frankreich und die ehemalige Kolonie Algerien. Damit war für sie immer auch ein Bezug zum deutschen Sozialrecht gegeben und wegen des rechtsvergleichenden Charakters ihrer Arbeit auch ein hohes Interesse in der sozialrechtlichen community vorhanden. Sie bekamen deshalb auch Einladungen zu Vorträgen bei wissenschaftlichen oder Praktiker-Tagungen und Aufträge zur Anfertigung wissenschaftlicher Expertisen, national wie international. Ähnliches ist bei mir ausgeblieben. Es versteht sich, dass ich daraus Konsequenzen ziehen musste und auch gezogen habe. Auf die inhaltliche Arbeit hatten diese Gedanken keinerlei Einfluss, wie im Folgenden belegt werden wird.

D. Soziale Sicherheit in Entwicklungsländern

Die oben beschriebenen Aktivitäten waren sozusagen die Prolegomena der eigentlichen, mir gestellten Kernaufgabe. Naheliegenderweise begann diese Phase mit der Sichtung und Auswertung vorhandener Literatur zu Recht und Institutionen sozialer Sicherheit in der Dritten Welt. Mit der Wahl des Terminus soziale Sicherheit folgte ich dem internationalen Sprachgebrauch, wobei ich mich inhaltlich auf die in der ILO-Konvention Nr. 102 aufgelisteten Bereiche beschränkte. Der Bezeichnung Dritte Welt gab ich den Vorzug, ebenfalls ein Trend der damaligen Zeit, weil der Begriff Entwicklungsländer für manche Länder nicht adäquat erschien. Wichtige Quellen hierzu waren namentlich Schriften von Autoren, in denen diese ihre Erfahrungen insbesondere im Rahmen ihres Dienstes bei internationalen Organisationen wie ILO oder IVSS niederlegten. Wegen meiner vom Institutsdirektor vorgeschriebenen Konzentration auf die ostafrikanischen Länder Kenia und Tansania war insbesondere das Werk von Mouton, *Social Security in Africa*, Genf 1975, bedeutsam; im Übrigen habe ich aber natürlich auf die reichliche Literatur auch zu asiatischen und lateinamerikanischen Ländern zugegriffen. Um aber über die positivrechtliche, deskriptive Erfassung von Recht und Institutionen der sozialen Sicherheit hinauszugelangen, musste ein Tableau von Untersuchungskriterien geschaffen werden, das diesem Ziel Rechnung trug. Und hier konnte in der Tat auf Vorarbeiten aufgebaut werden, die zwar nicht für die Entwicklungsländerforschung entwickelt worden waren, aber ihre Tauglichkeit hierfür erweisen sollten. Zacher hatte in einer Skizze über die Methoden der Sozialrechtsvergleichung einige Kategorien des Verstehens und Bewertens formuliert, die ein nützliches Umfeld zur Erfassung von Sozialrecht bildeten.⁶ Die schon in

⁶ Zacher, Vorfagen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: Zacher (Hg.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs*, 1977, S. 61–67.

der Projektgruppe vorangetriebene Untersuchung der Entstehung von Sozialversicherung lieferte ebenfalls wichtige Einsichten, die auch für meine Aufgabenstellung fruchtbar gemacht werden konnten.⁷

E. Das Buchprojekt

In dieser Phase der Überlegungen entstand auch die Idee eines Buchprojektes, in das alle meine bisherige Arbeit einfließen und – schon in Vorahnung meines zeitlichen Verbleibs im Institut – einen gebührenden Abschluss darstellen sollte. Angedacht war eine thematische Zweiteilung des Buches. In einem ersten Teil sollte eine Zusammenfassung der wesentlichen Aspekte des Themas soziale Sicherheit in der Dritten Welt enthalten sein, in der ein möglichst großer Vorrat an Fakten und Problemstellungen Platz finden sollte, in der Erwartung, dass sich daraus ein möglichst konkretes Bild des gestellten Themas ergeben würde. Ein zweiter Teil sollte die Tauglichkeit dieses methodischen Vorgehens im ersten Teil dokumentieren. Eine Fallstudie zum System der sozialen Sicherheit in Kenia schien das geeignete Forum hierfür zu bilden.

Professor Zacher, dem ich diese Idee präsentierte, war davon sehr angetan. Was den ersten Teil anbelangt, äußerte er den Wunsch, meiner Arbeit Außenwirkung zu verleihen und beauftragte mich deshalb ein Symposium vorzubereiten. Das kam mir entgegen, weil ich die Vorbereitung der Veranstaltung mit meinen Recherchen zum ersten Teil koppeln konnte. Und parallel dazu war im Hinblick auf die Fallstudie eine Forschungsreise nach Kenia vorzubereiten.

Im Frühsommer 1981 begann ich mit der Planung einer 3-wöchigen Forschungsreise nach Kenia. Flug und Reise buchte ich über den African Safari Club, das war die preiswerteste Alternative. Der Erhalt des Visums dauerte, ging aber letztlich glatt. Weniger erfreulich war die Anbahnung eines Besuchs beim National Social Security Fund (NSSF). Prof. Zacher hatte den Präsidenten, den er bei einem Kongress kennengelernt hatte, angeschrieben, aber keine Rückantwort erhalten. Als ich im September 1981 meine gebuchte Reise antrat, musste ich mit dieser Ungewissheit vorliebnehmen. Gesundheitseinrichtungen, die ich kontaktiert hatte, antworteten sehr positiv, ebenso ein Soziologieprofessor an der Universität Nairobi. Die Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) in Nairobi erklärte ihre Unterstützung und sollte sich als die vielleicht wichtigste meines gesamten Besuchs erweisen.

Die Rechtsquellen der sozialen Sicherheit Kenias hatte ich schon vorab auf unterschiedlichen Wegen beschaffen können. Sie bildeten eine nützliche Grundlage für die Interviews. In den Buchhandlungen konnte ich bedeutsame Begleitmaterialien beschaffen. Dass Abstriche in der Informations- und Materialbeschaffung zu machen waren, darauf hatte ich mich schon zuvor eingestellt. Meine mitgebrachte größte Sorge, keinen Zugang zum NSSF zu bekommen, wendete sich zum Besseren. Man hatte meine Korrespondenz nicht ignoriert. Bei einem Telefonat stellte

7 Köhler, Entstehung der Sozialversicherung-ein Zwischenbericht, in: Zacher (Hg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, 1979, 19–88.

sich heraus, dass ich zu einem Interview mit der Vizepräsidentin kommen konnte. Ebenfalls ertragreich war das Gespräch mit einem Mitarbeiter des Kenya National Council of Social Services. Dass der Aufenthalt letztlich zu einem sehr positiven Ergebnis führte, verdanke ich zusätzlich der großartigen Unterstützung durch den Vertreter der FES. Dort bekam ich nicht nur qualifizierte Auskünfte und Unterlagen zum kenianischen System der sozialen Sicherheit, sondern auch zu den Industrial Relations, die in meinem Buch eine wichtige Rolle spielen sollten.

In München zurückgekehrt, machte ich mich an die Auswertung der Informationen und des Materials. Um schon einmal den positiv-rechtlichen Rahmen des kenianischen Systems abzustecken und in Vorbereitung der Buchpublikation, verfasste ich einen Aufsatz unter dem Titel Arbeits- und Sozialrecht in Kenia.⁸ Im Frühjahr 1982 bereite ich eine weitere Forschungsreise vor, die in ihrer Bedeutung dem Aufenthalt in Nairobi gleichkam. Meinem Forschungsansatz entsprechend musste der historischen Entwicklung der sozialen Sicherheit in Kenia nachgegangen werden. Kenia war bis 1963 britische Kolonie. Es war deshalb meine Aufgabe, die Kolonialgeschichte und die Zeit nach dem Eintritt der Unabhängigkeit so zu erfassen, dass von dort der Blick auf das Entstehen und den Ausbau der sozialen Sicherheit gerichtet werden konnte. Eine erste Anlaufstation waren British Library und die School of Oriental and African Studies in London; Genehmigungen waren rasch zu erreichen. Auf Grund verschiedener Recherchen erfuhr ich, dass die Bodleian Library in Oxford wertvolles Material zu Kenia, insbesondere zur Kolonialgeschichte, beherbergte. Hierzu wandte ich mich an den Herausgeber der African Law Reports am Trinity College Oxford, Allen Milner. Er verschaffte mir Zugang zur Bibliothek, insbesondere zur Rhodes House Library, was bedeutete, dass ich auf Material des kolonialen Labour Department und des Medical Department zugreifen konnte. Aber das war nicht der einzige Glücksfall. Denn kurz vor meiner Abreise nach London/Oxford erhielt ich noch den Hinweis, dass eine weitere Fundgrube für meine Arbeit die Bibliothek des Foreign and Commonwealth Office sei. Ich ermittelte eine Anschrift und fragte an, ob eine Benutzung der Bibliothek möglich sei. Hoffnung auf eine positive Antwort hatte ich nicht. Aber es kam in letzter Minute der Brief, der mir erklärte, dass ich als Bibliotheksbenutzer willkommen sei. Dass dieser Besuch dann zu einem überragenden Erlebnis würde, konnte ich da noch nicht ahnen. Das Überwältigende lag vor Ort darin, dass ich Kolonialakten zum Bereich des Arbeits- und Sozialrechts auf den Tisch bekam. Von der im September bis Anfang Oktober 1982 dauernden 10-tägigen Reise bin ich reich beladen zurückgekehrt.

F. Ein Entwicklungsländerkolloquium

Ich musste das mitgebrachte Material zunächst aber einfach lagern. Denn es stand das Entwicklungsländerkolloquium am 21./22. Oktober 1982 an, das in einem schönen Saal der Siemensstiftung in München-Nymphenburg stattfand. Es war ein Treffen von Experten, die im nationalen oder im Bereich internationaler Organisationen mit der Entwicklungsländerforschung oder -arbeit betraut waren.

8 Veröffentlicht in: *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1982, 248–256.

Ich hielt als keynote speaker das Einführungsreferat. Dabei ging es darum – so wie Zacher sich das gewünscht hatte – meine bisherige Arbeit nach außen zu präsentieren. Am besten geeignet schien mir, auf der Basis der einschlägigen Publikationen zum Thema des Sozialrechts in Entwicklungsländern eine Bilanz vorzulegen, wie sie sich aus dem Inhalt des Schrifttums, aber auch den persönlichen Gesprächserfahrungen⁹ erstellen ließ.¹⁰ Die Veranstaltung und mein persönlicher input waren für mich von eminenter Bedeutung. War es doch das erste Mal, dass ich vor einer Öffentlichkeit meine Ideen und Gedanken einem größeren Publikum vortragen konnte. Ich war ja allein auf weiter Flur, national wie international, weil keiner mit einer ähnlichen Forschungsaufgabe betraut war, und damit aber der Möglichkeit beraubt, ein feedback zu bekommen. Die Resonanz, die mir der Vortrag bescherte, ging weit über das hinaus, was ich mir erwartet hatte, und war für mich Ansporn, den eingeschlagenen Weg konsequent fortzusetzen.

G. Das Buch „Soziale Sicherheit in der Dritten Welt“

I. Allgemeiner Teil

Unmittelbar danach konnte mit der Ausarbeitung des Buches begonnen werden. Ich arbeitete an den beiden Teilen im Wechsel. Mit dem ersten Teil, der sich ganz allgemein mit der Situation der sozialen Sicherheit in Entwicklungsländern befassen sollte, verfolgte ich das Ziel, einen breit angelegten Fundus zu schaffen, der für einen interessierten Leserkreis als eine Informationsquelle dienen konnte. Dies sollte einmal durch einen Abschnitt weitgehend deskriptiver Darstellung der Systeme sozialer Sicherheit mit den in der ILO-Konvention aufgelisteten Zweigen geschehen. Dabei stützte ich mich auf die reichlich vorhandene Literatur und Datenmaterialien, die ich in einen umfassenden Fußnotenapparat aufnahm, um dem Leser weitergehende Studien zu ermöglichen. Der zweite Abschnitt (Grundfragen sozialer Sicherheit in der Dritten Welt) sollte dagegen analytischer Natur sein. Die oben genannten Kriterien des Erfassens und Verstehens der Systeme sozialer Sicherheit sollten zur Anwendung gebracht werden. Vier zentrale Themenkomplexe greife ich dabei heraus:

Ein wichtiger Aspekt war, die Bedeutung der gesellschaftlichen Spaltung in einen traditionellen und modernen Sektor für die soziale Sicherung herauszustreichen. Hier musste die Entwicklungssoziologie zu Wort kommen.¹¹ Ein zweiter Themenstrang war die Einbeziehung der Weltmarktbeziehungen als Determinanten sozialer Sicherheit.¹² Und schließlich musste das vor allem von lateinamerikanischen Autoren befürwortete Erklärungsmodell Berücksichtigung finden, wonach soziale Sicherheit in ihrer Entstehung und Ausgestaltung ausschließlich auf die Macht von Interessengruppen zurückzuführen sei. Das weltweit beachtete

9 Namentlich möchte ich zwei herausgreifen: Johannes Schregle, Direktor der Hauptabteilung Arbeitsbeziehungen bei der ILO und Vladimir Rys, Generalsekretär der IVSS.

10 Der Beitrag mit dem Titel „Zum Stand der Forschung auf dem Gebiet des Sozialrechts in Entwicklungsländern“ ist veröffentlicht in VSSR 2083, 5–19.

11 Beispielhaft Elwert, Die Elemente der traditionellen Solidarität. Eine Fallstudie aus Westafrika, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1980, S. 681–704.

12 Heussen, Weltmarkt und soziale Not. Über die Unsicherheit sozialer Sicherheit in der Dritten Welt, 1980.

Buch hierzu hatte Mesa-Lago verfasst.¹³ Nicht zuletzt im Hinblick auf den Inhalt des zweiten Teils des Buches ist für eine analytische Betrachtung der sozialen Sicherheit der Dritten Welt die historische Dimension hervorzuheben. Nur in ihrem historischen Werden finden wir Zugang zu und Verständnis von bestehenden Systemen.

II. Fallstudie Kenia

Die den zweiten Teil bildende Fallstudie Kenia war nicht nur quantitativ umfangreicher, sondern für mich persönlich auch der wichtigere Part. Während ich im ersten, sozusagen allgemeinen Teil auf vorhandene Literatur zurückgreifen konnte, musste ich hier – wenn der Ausdruck nicht zu hoch gegriffen ist – Pionierarbeit leisten. Die Erkenntnisse des ersten Teils, vor allem aber sein methodischer Abschnitt mit seinem analytischen Instrumentarium, waren selbstverständlich auch in der Fallstudie stets präsent. Allerdings mussten die analytische Trennung der Untersuchungsfelder aufgegeben werden und die einzelnen analytischen Kategorien in einer Gesamtbetrachtung aufgehen, um das in der Realität gegebene Zusammenspiel und die gegenseitige Bedingtheit der einzelnen Faktoren auszuloten.

Das wird bereits im ersten Kapitel der Fallstudie sichtbar. Wenn es zutrifft, dass Sozialrecht in welchem Land auch immer von der wirtschaftlichen, sozialen und politischen Entwicklung eines Landes geprägt ist, dann ist deren Kenntnis Grundvoraussetzung für das Erfassen, Verstehen und Charakterisieren einer Sozialrechtsordnung. Und weil das Sozialrecht nicht von den industriellen Beziehungen und ihrer Gestaltung durch Arbeitsrecht isoliert werden darf, musste auch darauf eingegangen werden. Vor diesem Hintergrund mussten die Daten hierfür zunächst für die Kolonialzeit (1895–1963) ermittelt werden. Und darauf konnte dann der für diesen Zeitraum zentrale Abschnitt „Soziale Sicherheit in der Kolonialzeit“ gestützt werden. In der Ausarbeitung dieses Teils konnte ich den ungeheuren Wert meiner oben beschriebenen Recherchen in Oxford und London erst richtig erkennen. Der Einblick in die Kolonialakten erlaubte es mir, das Recht und die Institutionen der sozialen Sicherheit kennen zu lernen.

Vor diesem Hintergrund beschäftigte sich das erste Kapitel eingehend mit der wirtschaftlichen, sozialen und politischen Entwicklung Kenias in der Kolonialära und deren Gestaltung durch die Kolonialgesetzgebung und die Vorrang beanspruchende Kolonialadministration.¹⁴ Im Folgenden sollen in aller Kürze wesentliche Daten geliefert werden, weil nur so die Anlage des Buches, seine wesentlichen Ergebnisse und seine Resonanz verständlich werden. Die erste Phase der Kolonialisierung war gekennzeichnet durch den Aufbau einer „settler economy“ im Sinn einer exportorientierten Farmwirtschaft. Zur Erreichung dieses ökonomischen Ziels bedurfte es der Inbesitznahme des Landes durch europäische Siedler und zum anderen der Rekrutierung von Lohnarbeitern. Letztere war im Hinblick auf die soziale Sicherung der bedeutsamste Vorgang. Seine Realisierung erwies

13 Mesa-Lago, *Social Security in Latin America. Pressure Groups, Stratification and Inequality*, 1978.

14 Fuchs, *Soziale Sicherheit in der Dritten Welt*, S. 86–96.

sich als besonders schwierig, weil die vorherrschende Lebensweise einer familiär organisierten Subsistenzökonomie der Begründung von Lohnarbeitsverhältnissen im Wege stand. Die Lösung lag zum einen in mit brutaler Gewalt durchgesetzter Zwangsarbeit, zum andern in subtileren Formen wie der Beschränkung bebaubaren Landes und der Abgabe von Steuern, wodurch ein erheblicher Anreiz zur Leistung von Lohnarbeit geschaffen wurde. Es entwickelte sich das sogenannte „squatter-system“. Das heißt, die Afrikaner lebten mit ihren Familien auf der Farm oder Plantage eines europäischen Siedlers, wo ihnen eine begrenzte Fläche Land zur eigenen Nutzung zur Verfügung stand. Entscheidend war aber, dass sie nicht Pächter, sondern Lohnarbeiter waren und damit der Labour Ordinance unterlagen, die auch den Umfang der Arbeitszeit festlegte, die der Siedler beanspruchen konnte. Eine weitere wichtige Form der Lohnarbeit wurde von Wanderarbeitnehmern (migrant workers) verrichtet, die nach Erbringung der Arbeitsleistung wieder in ihr Heimatdorf zurückkehrten. Damit konnte von der Etablierung einer ersten rudimentären wage labour force gesprochen werden, die rechtlich fundiert war.

Für das Funktionieren der Kolonialwirtschaft ist die Gruppe der asiatischen Einwanderer mit ihren Aktivitäten als Handwerker und Händler zu nennen, der – wie zu zeigen war – auch im System der sozialen Sicherheit eine Sonderstellung eingeräumt wurde. Jedenfalls ist für das Verständnis des kolonialen Kenias die Ausprägung eines nach Klassen und Rassen gegliederten Gesellschaftssystems grundlegend. Dabei war die Situation des kenianischen Bevölkerungsteils durch großes Elend gekennzeichnet, weil die Löhne ganz überwiegend unter dem Existenzminimum lagen. Im Laufe der Zeit entstanden erste Ansätze kollektiver Interessenvertretungen der Arbeiter, die aber ebenso wie Streiks von Seiten der Siedler und der Kolonialverwaltung mit äußerster Härte beantwortet wurden. Ein signifikanter Wandel zeichnete sich während und nach dem Zweiten Weltkrieg ab, als internationales Kapitel zu einem ökonomischen Strukturwandel führte. Kurz gesagt lässt sich von einer Ablösung der überkommenen settler-economy durch eine neue Klasse von industriellen entrepreneurs sprechen. Und damit war der Grundstein für die Herausbildung eines Systems von Industrial Relations gelegt, deren markanteste Elemente die Gründung einer nationalen Gewerkschaft¹⁵ und eines nationalen Arbeitgeberverbandes¹⁶ waren.

Der Inhalt des im Vorangegangenen kurz skizzierten ersten Kapitels bildet das Fundament für die Darstellung und Analyse des kolonialen Systems der sozialen Sicherheit im zweiten Kapitel. Und wir können sehen, dass die Gestalt der sozialen Sicherung eng mit der ökonomischen Basis verknüpft ist. Der settler-economy entspricht ein Ausbleiben staatlich organisierter sozialer Sicherheit, deren Herstellung bleibt der Subsistenzökonomie überlassen.¹⁷ Nur die Mitglieder der Kolonialadministration verfügen über ein System sozialer Sicherheit, das ausreichende Mittel zur Verfügung stellt, um die üblichen Risiken abzudecken, für die auch Beiträge aus dem Gehalt zu zahlen waren. Eine Organisation sozialer Si-

15 Kenya Federation of Registered Trade Unions (KFRTU).

16 Federation of Kenya Employers (FKE).

17 Sehr treffend beschrieben von Stichter, *Labour and National Development in Colonial Kenya*, 1972, S. 27 f., der nachweist, dass dies auch der erklärten Auffassung der Kolonialherren entsprach.

cherheit für die übrige Bevölkerung bildet sich allmählich mit der zunehmenden Verallgemeinerung von Lohnarbeit heraus. In der Kolonialadministration wuchs die Einsicht, dass es in ihrem genuinen Interesse war, zur Aufrechterhaltung der Wirtschaft Sozialschutz zu gewährleisten. Dabei sind es zunächst die Asiaten, die davon profitieren, erst in einer zeitlich weit fortgeschrittenen Phase afrikanische Lohnarbeiter, so dass man auch von einem nach rassischen Merkmalen¹⁸ geprägten System der sozialen Sicherheit sprechen kann. Organisatorisch und inhaltlich entsteht ein System sozialer Sicherheit, das schon als modern bezeichnet werden kann, wenn man den Blick darauf aus der Warte der in den europäischen Kolonialmächten existierenden Systeme richtet. Das trifft vor allem für den beitragsfinanzierten Provident Fund für Geldleistungen bei Arbeitsunfällen und im Alter, aber auch für verschiedene Formen arbeitgeberfinanzierter Einrichtungen zu. Der Befund zur sozialen Sicherheit bestätigt, dass das von Mesa-Lago für Lateinamerika beschriebene Prinzip der Schichtung (stratification) sozialer Sicherheit auch für Kenia im fraglichen Zeitraum Geltung besitzt. Dabei zeigt sich, dass die Kriterien vor allem rassistischer Natur waren, aber auch pressure groups ihre Interessen erfolgreich durchsetzten.

Dem vorangegangenen Abschnitt ist ein hoher Stellenwert beizumessen und er ist aus Überlegungen entstanden, die aus der Lektüre der zahlreichen Literatur hervorgegangen sind, die sich mit dem 1963 unabhängig gewordenen Staat Kenia befasst. Dass in der entwicklungspolitischen Literatur die Meinung vorherrschend war, dass der neue und unabhängige Staat Kenias wesentlich das Produkt und Erbe der Kolonialmacht war und durch letztere Entscheidungen und Strukturen gesetzt worden waren, die für den Inhalt und die Art des politischen Lebens prägend sein sollten, war für mich ein wichtiger Fingerzeig. Denn zu fragen war, ob dies auch für den Bereich der sozialen Sicherheit galt.

Um diese Frage beantworten zu können, musste zunächst im dritten Kapitel eine knappe Darstellung der Entwicklung des Landes nach der Unabhängigkeit erfolgen. Wie bei jedem anderen Land kam es dabei vor allem auf Daten zur Wirtschafts- und Gesellschaftsstruktur einschließlich der demographischen Situation an, die deutlich den rasanten Fortgang der industriellen Entwicklung unter Geltung einer streng liberalistischen Ausrichtung zeigen, ohne an der gesellschaftlichen Schichtung etwas zu ändern. Diesem Konzept entspricht auch die sozialpolitische Orientierung.

Im Anschluss daran enthält das vierte Kapitel eine detaillierte Darstellung des Systems der sozialen Sicherheit. Dem Leser kann durchaus empfohlen werden, vor Beginn der Lektüre des Kapitels die zusammenfassenden Schlussbemerkungen zu lesen. Dort ist pointiert dargetan, dass die strukturelle Aufrechterhaltung des Status Quo, wie er im kolonialen Kenia begründet wurde, oder um einen gängigen Ausdruck zu benutzen colonial legacy, ein signifikantes Entwicklungsprinzip der sozialen Sicherheit im unabhängig gewordenen Kenia darstellt. Mesa-La-

18 Der Begriff bedarf einer Erklärung. Seine Benutzung an dieser Stelle will der Denk- und Sprechweise der damaligen Zeit Rechnung tragen. Die koloniale Präsenz in Afrika hat zu einem ausgeprägten Denken in der Kategorie von Rassen geführt. Darauf weist die jüngste Jenaer Erklärung der Deutschen Zoologischen Gesellschaft mit Bezug zu Afrika hin: aus dem Rassismus werden Rassen.

gos These findet uneingeschränkt seine Bestätigung. Aber während dieser Autor sein Hauptwerk ausschließlich auf die Untersuchung staatlicher Systeme sozialer Sicherheit beschränkte, habe ich auch betriebliche Sozialleistungen einbezogen. Das ermöglicht eine noch präzisere, verfeinerte Aussagestruktur.

H. Schlussbetrachtung

Ich bin Ende August 1983 aus dem Institut ausgeschieden, also nach etwa drei Jahren Tätigkeit. Der Grund hierfür lag nicht in der Unzufriedenheit mit der Situation des Instituts. Vielmehr steuerte ich langfristig eine andere Tätigkeit an. Das Buch war noch nicht fertig. Ich habe aber dem Institutsdirektor, der ausdrücklich seinen Wunsch zum Verbleib am Institut zum Ausdruck gebracht hatte, die verbindliche und für mich ganz selbstverständliche Zusage gegeben, das Buch fertig zu stellen. Im August 1984 war es so weit, Anfang 1985 ist das Buch erschienen.

Heute noch mehr als damals erfüllt mich das Buch mit Stolz. Ich scheue mich nicht zu sagen, dass es eine Pionierarbeit für die damalige Zeit darstellt. Es ist entstanden in intensiver Beschäftigung mit der wissenschaftlichen Literatur der Entwicklungsländer und dem Schrifttum zur sozialen Sicherheit in diesen Ländern. Die Reise nach Kenia hat mir weiteres Material erschließen helfen und in zahlreichen Gesprächen mit Experten ist das Bild der sozialen Sicherheit dieses Landes vervollständigt worden. Als einen Glücksfall und als ein besonderes Privileg betrachte ich, dass ich Zugriff auf einschlägige Kolonialakten in der Bodleian Library in Oxford und in der Bibliothek des britischen Außenministeriums in London nehmen konnte. An dieser Stelle gedenke ich auch dem verstorbenen Kollegen Bernd Schulte, der mir seinerzeit als Referent für das Vereinigte Königreich wichtige Adressen lieferte, um an diese Institutionen zu gelangen. Dem Werk konnte ich damit eine rechtsgeschichtlich relevante Unterfütterung geben. Das freut mich auch deshalb, weil ich damit auch meine Lehrjahre am Lehrstuhl von Prof. Landau nutzbringend zur Anwendung bringen konnte. Vor diesem gesamten Hintergrund wird der Leser dieser Zeilen verstehen, weshalb ich das Buch in meinem persönlichen Ranking meiner wissenschaftlichen Publikationen ganz weit oben platziere.

Ganz anders stellt sich das Problem des Wertes eines Buches mit Blick auf die Leserschaft. Wer hat Interesse daran? Üblicherweise ist zunächst die inländische Reaktion auf ein Werk der Maßstab. Ich kann mich nicht erinnern, dass es eine Rezension gegeben hätte, allenfalls Buchanzeigen mit ein paar erläuternden Worten. Das belegt das weitgehende Desinteresse an einer Erforschung des Sozialrechts von Entwicklungsländern.¹⁹ Umso erfreulicher war es, dass ein renommierter amerikanischer Entwicklungsländerforscher, Professor Robert G. Hayden von der Tulane University, in einem umfangreichen Review Essay das Buch analysierte.²⁰ Für einen Autor, der im eigenen Land keine Buchbesprechung erfahren hat, ist es natürlich erfreulich, vom Rezensenten gleich im zweiten Absatz ein detailliertes positives Urteil zu erhalten. Deshalb erlaubt der Autor sich, diesen

19 Das MPI selbst hat an einer punktuellen Entwicklungsländerforschung stets festgehalten.

20 In: *Journal of International & Comparative Social Welfare*, 1985, 46–50.

Passus hier wiederzugeben: „The book provides a careful, up to date (1984) and for the most part thorough review and evaluation of social welfare institutions, policies and programs in Third world nations, with special attention to Kenya. Considerable descriptive and historical information is given. The detailed footnotes and comprehensive bibliography are not merely testimonials to scholarship, they are in and of themselves exceedingly valuable tools for both specialists and those with general interests. Regrettably neither the book nor its bibliography has been translated into English. The style and format of the German language original can not help but reinforce the salutary stereotypes concerning German scholarship: it is thorough (gründlich) and well disciplined; an altogether serious effort. Not surprisingly its reading requires fluency in written German and a firm grasp of the contemporary social welfare idiom there.“

Dieses Urteil über das Buch ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Beklagen wir uns doch häufig darüber, dass Engländer und Amerikaner mit einer gewissen Selbstverständlichkeit von der lingua franca ihrer Sprache ausgehen, was sich regelmäßig auch insofern in ihren Publikationen niederschlägt, als dort meist nur englischsprachige Literatur verwertet wird. Auf Hayden trifft dieser Vorwurf freilich nicht zu, im Gegenteil misst er dem Stil und dem Format der deutschen Sprache Gründlichkeit und Disziplin zu.

Das Interesse an der Rezension gilt natürlich primär der inhaltlichen Argumentation. Hier zeigt sich der Autor als erfahrener Kenner der Materie, der deshalb in einer Rezension, die diesen Namen verdient, Schwachpunkte und Stärken hervorhebt. Was erstere betrifft, kritisiert er, dass der von mir gewählte Ansatz zu breit und zu allgemein ist, um überprüfbare Hypothesen oder eine induktive Entwicklung überzeugender kausaler Zusammenhänge zu kreieren. Zur Untermauerung seiner Auffassung bringt er die Werke zahlreicher Autoren in Stellung, die sich mit dem Aspekt von professional imperialism befassen. Ohne Frage ist diese Diskussion nicht in der vom Rezensenten als notwendig erachteten Weise in meine Darstellung eingeflossen. Dieser formuliert deshalb das Desiderat, dass ich in einer nicht zu fernen Zukunft mit einem Werk aufwarte, das Hypothesen erarbeitet, die einer empirischen Überprüfung zugänglich sind. Das ist nicht geschehen, weil wie oben angedeutet meine berufliche vita sich anderen Aufgaben widmen wollte.

Während diese kritisch angemerkten Elemente sich fast ausschließlich auf den ersten (allgemeinen) Teil des Buches erstrecken, ist die Zustimmung zu Inhalt und Methode bei der Fallstudie Kenia ungleich größer. Die unter dem Einfluss des theoretischen Konzepts Mesa-Lagos vorgenommene Analyse des kenianischen welfare system's überzeugte den Rezensenten, ebenso die Betonung der Notwendigkeit einer Sozialpolitik, die auf dem social need-approach fußt anstatt einer social risk-strategy. Freilich gingen auch hier die Vorstellungen des Rezensenten weiter. Er begrüßt, dass ich das damals richtungsweisende Werk von George Gilder, *Wealth and Poverty*, zitiert habe, das den mit den Namen Reagan und Thatcher verknüpften neokonservativen sozialpolitischen Doktrinen und ihrem Einfluss auf die Dritte Welt gewidmet ist. Aber dieser Thematik gebührend Rechnung zu tragen, hätte wohl ein neues Buch oder zumindest eine erhebliche Erweiterung des vorhandenen erfordert.

Franz Ruland, München

Zur miterlebten und ein wenig mitgestalteten 40jährigen Geschichte des MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik

Inhaltsübersicht

- A. Die Beziehungen zum Gründer des Instituts: Hans F. Zacher
- B. Das Institut in einer Zeit des Umbruchs und des Wandels unter Bernd Baron von Maydell
- C. Das Institut unter Ulrich Becker später zusammen mit Axel Börsch-Supan
- D. Das Institut – eine Bereicherung meines Lebens

2022 feiert das – wie es seit 2011 heißt – Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik sein 40-jähriges Bestehen. Über 25 Jahre habe ich Gremien des Instituts angehört, zuerst dem Kuratorium, dann dem Fachbeirat und jetzt wieder dem Kuratorium. Aber mich verbindet noch mehr mit diesem Institut. Darüber will ich in diesem Beitrag aus Anlass des 40. Geburtstags des Instituts schreiben. Es ist auch für mich ein Blick zurück; einem fast Achtzigjährigen sei dies erlaubt.

A. Die Beziehungen zum Gründer des Instituts: Hans F. Zacher

Angefangen hat es, als ich während meines Jura-Studiums 1964 von Bonn nach Saarbrücken wechselte und dort u. a. Vorlesungen zum Verwaltungsrecht bei Prof. Dr. Hans F. Zacher¹ besuchte. Näher kennen gelernt haben wir uns 1966 während eines Seminars. An dessen Ende bot Herr Zacher mir, bei entsprechender Examensnote, eine Assistentenstelle an, die ich zum 1. August 1967 antrat. Ich wurde Mitglied eines Teams, das Herrn Zacher bei der Vorbereitung seines Referats auf dem 47. Deutschen Juristentag 1968 zur Reform der sozialen Sicherung der Frau unterstützen sollte.² Mir kam die Aufgabe zu, im Rahmen meines Dissertationsvorhabens die Beziehungen zwischen dem „Familiären Unterhalt und den Leistungen der Sozialen Sicherheit“ aufzuarbeiten. Das Thema zwang mich, tief in das Familien-, Sozial- und Verfassungsrecht einzudringen und brachte mich anfangs angesichts der ungeheuren Fülle des Stoffes und der Schwierigkeit, ihn systematisch zu ordnen, fast zur Verzweiflung. Am Ende wurde dann doch etwas daraus.³ Zwischenzeitlich war Herr Zacher einem Ruf nach München gefolgt. Er hatte mir angeboten, auch nach München zu kommen, um mich dort bei ihm zu

1 Zu ihm: Ruland, Hans F. Zacher - Zu Person und Werk, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, FS Zacher, 1998, S. XVII ff.; s.a. Becker, Hans F. Zacher 75 Jahre, *ZIAS* 2003, 243 ff.; Kaufmann, *Denker des Sozialstaats: Hans F. Zacher 80 Jahre*, *ZSR* 2008, 419 ff.; von Maydell, Hans F. Zacher und das Sozialrecht, *ZIAS* 1998, 268 ff.

2 Zacher, *Empfiehl es sich, die gesetzlichen Vorschriften über die soziale Sicherung der nicht berufstätigen Frau während und nach der Ehe, insbesondere im Falle der Scheidung zu ändern?* Sitzungsbericht O zum 47. Deutschen Juristentag, 1968, S. 7 ff.

3 *Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit*, 1973; dazu Zacher, Franz Ruland 65 – Eine Zwischenbilanz, in: Becker/Kaufmann/von Maydell/Schmähl/Zacher (Hrsg.), *Alterssicherung in Deutschland*, FS Ruland, 2007, S. 718 f.; s.a. Maier, *DAngVers* 1974, 408.

habilitieren. Ab Oktober 1972 war ich dann Assistent am Lehrstuhl für öffentliches Recht, insbesondere deutsches und bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht im Institut für Politik und öffentliches Recht der Ludwigs-Maximilians-Universität in München (LMU).

Schon zu dieser Zeit beschäftigte eine Initiative u. a. des damaligen Präsidenten des Bundessozialgerichts (BSG), Prof. Dr. Georg Wannagat, die Gremien der Max-Planck-Gesellschaft (MPG), ein Institut für vergleichendes und internationales Sozialrecht in Kassel am Sitz des BSG zu gründen. Es war eine Zeit, in der die Defizite im Wissen um das Sozialrecht und in der Lehre und Forschung des Sozialrechts immer offenkundiger wurden⁴ und Abhilfe dringend geboten war. In den sozialpolitischen Diskussionen wurde man sich zudem mehr und mehr bewusst, dass man darüber, wie andere Staaten in Grunde vergleichbare sozialpolitische Probleme lösen, viel zu wenig wusste. Es entsprach daher einem verbreitet empfundenen Bedürfnis, als die MPG 1973 beschloss, für fünf Jahre eine Projektgruppe für vergleichendes und internationales Sozialrecht zu errichten. Mit ihrer Leitung sollte Herr Zacher betraut werden, der aber 1974 erst zustimmte, nachdem er durchgesetzt hatte, dass München Sitz der Projektgruppe wird. Zacher wollte seinen Lehrstuhl, aber auch seine bayerische Heimat und sein Haus in der Nähe des Starnberger Sees behalten.

Er hatte eine starke Verhandlungsposition, weil man vor allem ihm einen erfolgreichen Aufbau eines solchen Instituts zutraute. Er hatte sich zu einem der innovativsten Sozialrechtler entwickelt. Man wusste von seiner „monumentalen“ Habilitationsschrift zum „Verfassungsrecht der sozialen Intervention“, aber man kannte sie kaum, da sie erst später, 1980, gedruckt erschien,⁵ als Zacher bereits Direktor des Instituts war. Das Renommee, das er sich – nicht nur im Sozialrecht – schnell erworben hatte, beruhte vor allem auf seinen schon damals wegweisenden Publikationen und Vorträgen, die sich vor allem durch seine Fähigkeit zur Systematisierung auszeichneten.⁶ So hat er die „Anatomie des Sozialrechts“ herausgearbeitet.⁷ Die überkommene Einteilung in Sozialversicherung, Versorgung und Fürsorge, die nicht nach dem Grund der Umverteilung gefragt hat und deshalb auch nicht ihre Binnengerechtigkeit aufdecken konnte, hat er ersetzt durch die heute allgemein gebräuchliche Einteilung in Vorsorge-, Entschädigungs- und Ausgleichssysteme, eine Einteilung, die er dann immer weiter verfeinerte. Neben seinen grundsätzlichen Arbeiten zum Sozialverfassungsrecht und speziell zum Sozialstaatsprinzip und zur Dogmatik der sozialen Umverteilung ist er in vielen Publikationen der Frage nachgegangen, ob die Komplexität des Sozialrechts und die Komplexität der Gerechtigkeit einander entsprechen.

Zacher hat die hohen Erwartungen, die auch in der MPG in ihn gesetzt wurden, nicht enttäuscht. Bereits nach knapp 11 Monaten, nachdem die MPG „grünes Licht“ gegeben hatte, nahm die Projektgruppe mit fünf, später sechs, wissenschaftlichen Mitarbeitern ihre Arbeit auf. In der Zeit vorher gab es viel zu orga-

4 Dazu Zacher, Die Lehre des Sozialrechts an den Universitäten der Bundesrepublik Deutschland, 1968; ders., Das Sozialrecht im neuen Ausbildungs- und Prüfungsrecht, ZSR 1971, S. 645 ff.

5 Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980.

6 Vgl. nur: Zacher, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DÖV 1970, 3 ff.

7 Zacher, Die Anatomie des Sozialrechts, SGB 1982, 329 ff.

nisieren. Die Räume mussten gesucht,⁸ die Mitarbeiter und das sonstige Personal gefunden und das wissenschaftliche Programm definiert werden.⁹ In rascher Folge erschienen – auch als Ergebnis von Colloquien – Arbeiten zur Methodik der Rechtsvergleichung, zum Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, zum Europäischen Sozialrecht, Arbeiten zu Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, zu einem Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz und Beiträge zu Geschichte und aktueller Situation der Sozialversicherung. Gegründet wurde die Zeitschrift für „Internationales Arbeits- und Sozialrecht“ (ZIAS). Aufgebaut wurde auch ein Netz an ausländischen Wissenschaftlern, die mit ihren Expertisen viel geholfen haben, Entwicklung und Systematik der ausländischen Sozialrechte zu verstehen. Der Lohn dieser immensen Aufbauarbeit blieb nicht aus. Bereits vor Ablauf der 5-jährigen Probezeit hat der Senat der MPG 1980 die Errichtung des Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht beschlossen und Hans F. Zacher zu dessen Leiter berufen. Feierlich eröffnet wurde das Institut 1982 – deshalb 2022 die 40 Jahr-Feier; doch rechnet man auch die Zeit der Projektgruppe hinzu, ist das Institut deutlich älter.

Der Lehrstuhl Zacher war an dieser Aufbauarbeit nur am Rande beteiligt. Er hat sie insbesondere in der ersten Zeit, als die Mannschaft des Instituts noch nicht stand, intensiver begleitet, aber je mehr sich die Mannschaft des Instituts komplettierte, umso mehr übernahm sie auch die Verantwortung. Ich selbst war in Absprache mit Herrn Zacher trotz meines großen Interesses am Sozialrecht am Lehrstuhl geblieben, meine angestrebte Venia sollte sich nicht auf das Sozialrecht beschränken, sondern das gesamte öffentliche Recht umfassen. Unsere Aufgabe am Lehrstuhl war neben den üblichen Assistententätigkeiten Herrn Zacher möglichst den Rücken für seine Aufbauarbeit am Institut freizuhalten. Aber es blieb auch viel Zeit für eigene Arbeiten, im Vordergrund bei mir stand natürlich die Habilitationsschrift zum Thema „Schadensausgleich zwischen Hoheitsträgern“, außerdem erschien 1976 mein Buch über den Versorgungsausgleich, die erste ausführliche Gesamtdarstellung dieses neuen schwierigen Rechtsgebiets. In der Folge habe ich dann über viele Jahre hinweg vor allem Anwälte und Notare in dieser neuen Rechtsmaterie geschult.

1977 ergab sich dann für mich eine überraschende neue berufliche Entwicklung. Der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR),¹⁰ der Spitzenverband der gesetzlichen Rentenversicherung, suchte für seine Rechts- und Grundsatzaufteilung einen Leiter. Herr Zacher, der zusammen mit Dr. Rudolf Kolb,¹¹ dem damaligen Geschäftsführer des VDR, der Sachverständigenkommission für die soziale Sicherung der Frau und der Hinterbliebenen angehörte, hatte ihn auf mich aufmerksam gemacht. Im April 1978 übernahm ich diese Aufgabe in Frankfurt,

⁸ Zuerst Akademiestraße 7, dann Leopoldstraße 24 jeweils in München.

⁹ Dazu Zacher, Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, VSSR 1975, 388 ff.; ders., in: FS für Lorenz, 1991, S. 847 ff.; Zacher/Schulte, VSSR 1981, 165 ff.

¹⁰ Zu ihm: Ruland, Die Geschichte des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR), DRV 2005, 354 ff.

¹¹ Zu ihm: Ruland, Dr. Rudolf Kolb (1927 – 2020) – ein Nachruf, DRV 2020, 321 ff.

das Vorhaben meiner Habilitation lief weiter. Es wurde im Herbst des Jahres abgeschlossen mit einer etwas ungewöhnlichen *Venia* für Staats- und Verwaltungsrecht, Sozial- und Familienrecht. Auch wenn die räumliche Distanz zu Herrn Zacher und dem Institut größer geworden war, die Verbindung blieb erhalten. Ich war oft Gast bei Veranstaltungen des Instituts. 1980 übernahm ich, nachdem ich 1979 einen Ruf nach Hamburg abgelehnt und obwohl der VDR nichts unterlassen hatte, mich zu halten, eine ordentliche Professur für öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Recht der sozialen Sicherung in Hannover. Es war, auch wegen der dort durchgeführten einstufigen Juristenausbildung, eine für mich sehr spannende Zeit mit vielen neuen Erfahrungen und netten Kollegen. Die damals von der Bundesregierung eingesetzte Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme, der u. a. Zacher, Kolb und mein Fakultätskollege Hans-Peter Schneider angehörten, beauftragte mich mit einem Gutachten zu den „Möglichkeiten und Grenzen einer Annäherung der Beamtenversorgung an die gesetzliche Rentenversicherung“ (1983), das damals für einige Diskussionen¹² sorgte und von der Politik in einigen Punkten übernommen wurde. Die Zeit in Hannover dauerte aber nicht lange, da Herr Kolb mich zum VDR zurückholen wollte zunächst als seinen Stellvertreter, danach als seinen Nachfolger. 1983 erfolgte meine Wahl. 1984 war ich dann wieder beim VDR in Frankfurt,¹³ dort wurde ich 1987 zum Honorarprofessor ernannt. Der gute Kontakt zu Herrn Zacher und zum Institut blieb erhalten. Er referierte auf einer Mitgliederversammlung des Verbandes,¹⁴ ich auf einer Tagung des Instituts zum Versorgungsausgleich.¹⁵

In der MPG übernahm Prof. Zacher immer mehr Verantwortung. 1990 wurde er an seinem 62. Geburtstag als erster Jurist in das Amt des Präsidenten der MPG eingeführt, in das er 1989 gewählt worden war. Die kommissarische Leitung seines Instituts behielt er vorläufig bei. Auf der Suche nach einem neuen Leiter schied Michael Stolleis aus, der 1991 die Leitung des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte übernehmen wollte. Auch ich wurde gefragt, sagte aber, obwohl mich die Aufgabe mit ihren Möglichkeiten und Chancen, aber auch mit ihren Risiken sehr gereizt hätte, nach einem für mich sehr schweren Entscheidungsprozess ab, weil ich mich der Rentenversicherung gegenüber im Wort fühlte, die mich mit der Nachfolge von Dr. Kolb als Geschäftsführer des VDR betrauen wollte, was 1992 auch geschah.¹⁶ Auch schienen mir die Verantwortung und die rentenpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten in dieser Position größer zu sein. Sie entsprach zudem mehr meiner Neigung, wissenschaftliche Tätigkeit mit politischer Einflussmöglichkeit zu verbinden. Ich fühlte mich in meiner Entscheidung bestätigt, weil Prof. Dr. Bernd von Maydell, der dann Nachfolger von Herrn Zacher wurde, das Institut in einer so beeindruckend weltoffenen Weise reprä-

12 So wurde ich auf einer Jahrestagung des Beamtenbundes bei einem Vortrag lange und ausgiebig ausgepöf-fen.

13 Dazu: Nullmeier/Rüb, Die Transformation der Sozialpolitik – Vom Sozialstaat zum Sicherungsstaat, 1993, S. 321.

14 Zacher, Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung, DRV 1987, 714 ff.

15 In: Zacher (Hrsg.), Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Bd. 11, 1985, S. 167 ff.

16 Ich hatte dieses Amt bis zum Inkrafttreten der Organisationsreform Ende 2005 inne. Von 2009 bis 2013 war ich dann Vorsitzender des Sozialbeirats der Bundesregierung.

sentierte, besser als es mir möglich gewesen wäre. Herr Zacher war über meine Entscheidung enttäuscht, aber er hat sehr bald gespürt, dass sie für mich, aber auch für das Institut die richtige war. Wir blieben freundschaftlich verbunden. Er hat mir, als ich als Geschäftsführer des VDR war, insbesondere als ich das Forschungsnetzwerk Alterssicherung (FNA) initiierte, mit viel Rat geholfen. Auch er war der Auffassung, dass eine Institution, wie die gesetzliche Rentenversicherung, mit einer so großen gesellschaftlichen und finanziellen Bedeutung ganz maßgeblich auch Verantwortung für eine sachangemessene Forschung der mit ihr zusammenhängenden Fragen trägt. Die Festschrift zu Hans Zachers 70. Geburtstag habe ich zusammen mit dem (damaligen) Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier, der zuvor Nachfolger auf Zachers Lehrstuhl geworden war, und Bernd von Maydell herausgegeben. Darüber und auch über meine biografischen Ausführungen „zu Person und Werk“ hat er sich sehr gefreut. Auch nach seiner Emeritierung gab es, nicht nur an den „runden“ Geburtstagen, häufig Anlass zu Begegnungen. Als mir zum 65. Geburtstag eine Festschrift gewidmet wurde, war Herr Zacher, neben Ulrich Becker, Franz-Xaver Kaufmann, Bernd von Maydell und Winfried Schmähl, einer der Mitherausgeber und er hat mir eine Laudatio geschrieben, in der eine inzwischen sehr enge Freundschaft und Nähe Ausdruck gefunden haben und für die ich zutiefst dankbar bin.¹⁷ Wenige Tage vor seinem Tode am 18. Februar 2015 im Alter von 86 Jahren habe ich ihn auf seinen Wunsch hin noch einmal zu Hause besucht und lange mit ihm gesprochen. Er war nicht krank, aber alt und gebrechlich und er wusste, dass es bald mit ihm zu Ende gehen würde. Er trug es, geistig voll präsent, mit einer zutiefst beeindruckenden Fassung in der Gewissheit einer außergewöhnlichen Lebensleistung, die ihm auch in allen Nachrufen bestätigt wurde.¹⁸

B. Das Institut in einer Zeit des Umbruchs und des Wandels unter Bernd Baron von Maydell

Sein Nachfolger wurde 1992 Bernd Baron von Maydell, zuvor Professor und Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit an der Universität in Bonn. Er hatte als einer der Ersten die internationale und supranationale Dimension des Sozialrechts erkannt und zum Gegenstand seiner Arbeiten gemacht. Wegweisend war seine bereits 1967 erschienene Arbeit zu den „Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht“.¹⁹ Zahlreiche weitere Arbeiten trugen nicht nur der gestiegenen Bedeutung des internationalen

¹⁷ Vgl. Fn. 2.

¹⁸ Ruland, Hans F. Zacher (1928 – 2015), NZS 2015, 241 ff.; Becker, Nachruf auf Hans F. Zacher, ZIAS 2015, 139 ff.; s. a. den Nachruf von Prantl auf den „großartigen Juristen Hans Zacher“ in der Süddeutschen Zeitung vom 21. Februar 2015, S. 17.

¹⁹ Bd. 3 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Berlin, 1967.

Sozialversicherungsrechts,²⁰ des europäischen Sozialrechts²¹ und des nationalen Auslandsrentenrechts²² Rechnung, sie waren – zusammen mit seinen rechtsvergleichenden Arbeiten²³ – auch die Grundlage für seine Berufung zum neuen Leiter des Münchener Instituts. Daneben wurde er Honorarprofessor an der Münchener Ludwig-Maximilians-Universität für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit.

Schon zu seiner Bonner Zeit waren wir befreundet. Schon damals hatten wir gemeinsam viele Projekte realisiert, u. a. das Sozialrechtshandbuch (SRH) herausgegeben und – zusammen mit Heinz-Werner Lueg – den Gemeinschaftskommentar zum SGB VI gegründet. Es waren dies zwei Projekte, die uns viele Jahre zusammenarbeiten ließen, bei dem Sozialrechtshandbuch war von Maydell bis zur 5. Auflage (2012) und bei dem Gemeinschaftskommentar bis 2008 dabei. Auf seinen Wunsch hin bin ich 1995 in das Kuratorium des Instituts berufen worden. Die Mitgliedschaft dauerte nur drei Jahre. 1998 wurde ich in den Fachbeirat berufen und von ihm zu seinem Vorsitzenden gewählt. Ich hatte dieses Amt die zwei möglichen Amtszeiten bis 2006 inne.

Als Baron von Maydell die Institutsleitung übernahm, befand sich das Sozialrecht in einer Phase des Umbruchs. Am 3. Oktober 1991 erlebte Deutschland die Wiedervereinigung. Sie war ein großes Glück, stellte Deutschland aber vor völlig neue und schwierige Herausforderungen, so mussten u. a. die sehr weit auseinander gedrifteten Sozialsysteme in West- und Ostdeutschland zusammengeführt werden, eine Aufgabe, die nicht nur Politik, Verwaltung und Gerichte mit völlig neuen Fragestellungen konfrontierte, es war auch die Wissenschaft gefordert, nach sachgerechten, akzeptablen und finanzierbaren Lösungen zu suchen. Bernd von Maydell und ich haben oft darüber gesprochen. Auch Anregungen von ihm²⁴ sind in das von mir zusammen mit Rudolf Kolb verfasste Papier „Die Renten-

-
- 20 Probleme des internationalen Sozialversicherungsrechts, DVBl. 1971, 905 ff.; Internationales Sozialversicherungsrecht, in: Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Köln, 1979, S. 943 ff.; Was kann ein internationales Sozialversicherungsrecht leisten?, in: Auslandsberührungen in der Sozialversicherung, Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 13, 1980, S. 1 ff.
 - 21 Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, Festgabe aus Anlaß des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, Köln, 1984, S. 757 ff.; Das Recht der Europäischen Gemeinschaften und die Sozialversicherung, ZVersWiss. 1989, 1 ff.; Die europäische Charta sozialer Grundrechte, in: Soziale Rechte in der EG, Beiträge zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht, Bd. 8, Berlin, 1990, S. 122 ff.; Einführungsreferat aus sozialrechtlicher Sicht, in: Schulte/Zacher (Hrsg.), Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin, 1991, S. 11 ff.
 - 22 Gedanken zur Formulierung von Kollisionsnormen im geplanten Sozialgesetzbuch, ZSR 1972, 264 ff., 328 ff.; Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme des Auslandsrentenrechts, DRV 1983, 186 ff.
 - 23 Sozialrechtsvergleich und internationales Sozialrecht, in: Zacher (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Berlin, 1977, S. 97 ff.; Die Soziale Alterssicherung der Frau im internationalen Vergleich, DAngVers 1981, 222 ff.
 - 24 Von Maydell, ZSR 1990, 515 ff.; ders., DRV 1990, 387 ff.; ders./Neumann u. a., Die Umwandlung der Arbeits- und Sozialordnung, Berichte der Kommission für die Erforschung des sozialen und politischen Wandels in den neuen Bundesländern, Bd. 6, 1996; ders., Die Umwandlung der Arbeits- und Sozialordnung in den neuen Bundesländern, in: van Langendonck (Hrsg.), FS Dillemans, Brüssel, 1997, S. 517 ff.; ders., in: Anzinger/Wank (Hrsg.), Entwicklungen im Arbeitsrecht und im Arbeitsschutzrecht, FS Wlotzke, 1996, S. 713 ff.; ders., in: Pitschas/Uhle (Hrsg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik, FS Scholz, 2007, S. 55 ff.

versicherung in einem sich einigenden Deutschland²⁵ eingegangen, das den Weg aufgezeigt hat, den der Gesetzgeber später mit dem Rentenüberleitungsgesetz eingeschlagen hat.²⁶

Deutschland war insoweit kein Einzelfall. Der Ost-West-Konflikt schien zu Ende gegangen. Die Staaten in Mittel- und Osteuropa befanden sich auch im Hinblick auf ihre sozialen Sicherungssysteme in einem Transformationsprozess. Für ihr Sozialrecht bedeutete dies eine sehr schwierige Phase der „Entsozialisierung“. Aber auch weltweit stand und steht das Sozialrecht vor großen Veränderungen. Die Gründe hierfür waren und sind vielfältig: die Globalisierung, d. h. die grenzüberschreitende Mobilität von Menschen und Kapital verbunden mit einem immer stärkeren internationalen Wettbewerb der nationalen Wirtschaften und auch ihrer Sozialsysteme, der technische Wandel hin zur Informationsgesellschaft, die Veränderung familiärer Strukturen und eine verstärkte Frauenerwerbstätigkeit, das Altern der Gesellschaften, der Trend zur Berufskarrieren mit häufigeren Wechseln zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit. All das schaffte und schafft Anpassungszwänge in den sozialen Sicherungssystemen, die umgebaut, aber auch um die Absicherung neuer Risiken, wie z. B. Pflege, erweitert werden mussten. Völlig neue Probleme stellten sich bei den im Aufbau befindlichen Systemen sozialer Sicherung in den Schwellen- und Entwicklungsländern.

In Europa hatte die EU-Kommission, um den Prozess der Veränderung des Sozialrechts in den Mitgliedstaaten zu steuern und zu begleiten, eine „offene Methode der Koordinierung“ eingesetzt. Mit ihr sollten auf EU-Ebene gemeinsame Ziele und Leitlinien festgelegt und mittels gemeinsam vereinbarter Indikatoren die Fortschritte gemessen sowie bewährte Praktiken identifiziert und verglichen werden. Mangels korrespondierender Kompetenzen der Gemeinschaft ging es nicht um eine Harmonisierung der verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit. Vielmehr sollte die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit durch diese neue Methode des Rechtsvergleichs intensiviert, aber auch der Einfluss der Kommission erweitert werden. Der Sozialrechtsvergleich wurde zum Politikum. Da berührten sich die Interessen des Instituts mit denen des VDR. Er veranstaltete im November 2001 zusammen mit dem Bundesarbeitsministerium und dem MPI eine sehr gut besuchte internationale Tagung zum Thema der „Offenen Koordinierung der Alterssicherung in der Europäischen Union“,²⁷ der sich 2003 eine weitere internationale Tagung zu diesem Thema anschloss.²⁸ Aus der auch aus diesen Tagungen gewonnenen Erkenntnis heraus, dass das europäische Recht einen immer größeren Einfluss auch auf die Sozialversicherungssysteme nimmt, haben die deutschen Spitzenverbände auf meine Initiative hin 1993 eine Europavertretung in Brüssel ins Leben gerufen, deren Aufgabe es ist, die Mitgliedsverbände über sozialpolitische Entwicklungen in Brüssel zu informieren und zusammen mit der von ihr gegründeten European

25 DRV 1990, 141 ff.

26 Vom 25. Juli 1992 (BGBl. I, S. 1606); dazu auch Ritter, Der Preis der deutschen Einheit, 2006, S. 197 ff.; Schmähl, Alterssicherungspolitik in Deutschland, 2018, S. 871 f.

27 Abgedruckt in DRV-Schriften Bd. 34, 2002; dazu Eichenhofer, DRV 2002, 75 ff.

28 Abgedruckt in DRV-Schriften Bd. 47, 2003; dazu Schulte, in: FS Ruland (Fn. 3), S. 671 ff.

Social Insurance Platform (ESIP), die 50 Sozialversicherungen in anderen Ländern vertritt, die Interessen der staatlichen Versicherungssysteme in die politische Meinungsbildung in Brüssel einzubringen.

Die intensive Beschäftigung des Instituts mit diesen neuen aktuellen Themen hat zu einer Verschiebung des Schwerpunkts seiner wissenschaftlichen Arbeit geführt. Es war nahezu das einzige, das rechtsvergleichend entsprechendes Wissen bereithielt.²⁹ Und es war gefordert, so dass es auf Grund zahlreicher Anfragen sein Wissen in diese Änderungsprozesse eingebracht hat, um den Beratungsbedarf der Politik zu befriedigen. Das hat im Vergleich zu der Zeit vorher zu mehr anwendungsorientierter Forschung geführt. Andererseits hat das Institut damit die ansonsten meist verschlossene Möglichkeit erhalten, an (Hintergrund-)Informationen zu kommen, die es für seine Grundlagenforschung benötigt. Grundlagen- und Anwendungsforschung haben sich ergänzt. Angesichts der für die jeweiligen Gesellschaften bedeutsamen und unter hohem Zeitdruck stehenden Veränderungsprozesse in Deutschland und vor allem in Mittel- und Osteuropa wäre es nicht zu verantworten gewesen, die mit einer Beratung verbundenen Möglichkeiten einer Einflussnahme nicht zu nutzen. Dies auch deshalb, weil damals andere Institutionen mit viel Einfluss und Geld versucht haben, die Veränderungsprozesse im Sinne ihrer Interessen zu gestalten, erinnert sei nur an die Weltbank,³⁰ an Banken und Versicherungen. Das Kapital des Instituts waren seine Wissenschaftlichkeit und seine Unabhängigkeit, gerade deshalb war seine Beratung so wichtig. Natürlich gab es auch einen anderen Grund: Bernd von Maydell war ein politischer und politisch denkender Mensch. Er wollte helfen, gestalten und Einfluss nehmen. So kamen Notwendigkeit und Neigung zusammen. Das führte dann aber auch dazu, dass von Maydell sehr häufig nicht in München, sondern unterwegs in China, Japan, Polen, Russland, im Baltikum, in der (damals) Tschechoslowakei, in Belgien, Israel oder in den Niederlanden und in der Schweiz war; die Liste des Weiteren ließe sich noch verlängern. Sein Leben war davon geprägt, unterwegs zu sein,³¹ unterwegs zu verschiedenen Ländern, deren Rechtssystem er verstehen und denen er bei den notwendigen Änderungen ihres Sozialsystems beratend helfen wollte und sollte. Das Institut hat zu all den aufgeworfenen Fragen eine Vielzahl von zum Teil wegweisenden Beiträgen publiziert.³²

Der Fachbeirat, dem inländische (u. a. Coester-Waltjen, Lehner, Simma, Steiner, Stolleis) und ausländische Professoren (u. a. Berghman, Czúz, Pieters, Tröster) angehörten, hat in all diesen Jahren in einem zweijährigen Turnus die Arbeit des Instituts sehr gründlich evaluiert. Er hat dabei die zahlreichen Beratungsaktivitäten begrüßt und als notwendig angesehen, er konnte aber nach intensiver Prüfung stets auch feststellen, dass durch diese Beratungstätigkeit die Grundla-

29 Vgl. von Maydell, Sozialpolitik und Rechtsvergleich, in: FS Zacher (Fn. 1), S. 608 ff.

30 Zu ihr: Weltbank, *Averting the Old-Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford, 1994; dazu Jorens (Hrsg.), *The influence of the International Organisation on National Security Law in the European Union. The Example of Old-Age Pension*, Baden-Baden, 2002; s. a. Ruland, *Der Einzug von Sozialversicherungsbeiträgen in Tschechien – Zur Problematik des von der Weltbank propagierten Modells einer integrierten Einnahmenverwaltung*, ZESAR 2009, 14 ff.

31 Hänlein/Nußberger, Bernd Baron von Maydell – ein Nachruf, JZ 2018, 620 (621).

32 Darüber habe ich in: Bernd von Maydell und das Max-Planck-Institut für Sozialrecht in München, VS-SAR 2020, 73 ff., ausführlich berichtet.

genforschung nicht zu kurz gekommen war. Immer wieder wurde auch die Arbeitsweise des Instituts diskutiert. Dessen innere Struktur war und ist durch ein Referatssystem geprägt, bei dem die wissenschaftlichen Referenten, zumeist Juristen mit speziellen Sprachkenntnissen die sozialpolitischen und sozialrechtlichen Entwicklungen in ausgewählten Ländern beobachten und beschreiben. Daneben wurde von jedem Referenten ein spezielles Sachthema bearbeitet. Informationen über andere Länder erhielt das Institut über ein weit gespanntes Netz von Korrespondenten. Obwohl dies zu einer Spezialisierung der Mitarbeiter führt, haben Institutsleitung und Fachbeirat diese Arbeitsweise des Instituts stets für richtig gehalten, weil ohne eine Spezialisierung der Mitarbeiter bzw. Mitarbeiterinnen, verbunden meist mit speziellen Sprachkenntnissen, weder eine Grundlagenforschung noch rechtsvergleichende Arbeiten möglich sind. Angesichts der begrenzten Zahl von Mitarbeitern war und ist dem Institut trotz oder wegen der Schwerpunktbildung letztlich nur eine selektive, aber exemplarische Forschung möglich. Neben der umfangreichen wissenschaftlichen und beratenden Tätigkeit, gab es für von Maydell auch viele organisatorische Fragen zu entscheiden. Eine der wichtigsten war der Umzug des Instituts in die Amalienstraße 33 in München.

C. Das Institut unter Ulrich Becker später zusammen mit Axel Börsch-Supan

Als sich das Ende der Amtszeit von Bernd von Maydell abzeichnete, hat der Präsident der MPG im Februar 1999 eine Kommission bestellt, die u. a. die Frage prüfen sollte, ob unter Berücksichtigung der bestehenden universitären und außeruniversitären Forschungseinrichtungen das Institut für Sozialrecht weitergeführt werden soll oder geschlossen werden kann. Diese Kommission, der auch ich angehört habe, hat sich ganz eindeutig für einen Fortbestand des Instituts und für seine Erweiterung um eine zweite Direktorenstelle ausgesprochen. In die gleiche Richtung zielten eine Entschließung des Kuratoriums und eine Empfehlung des Fachbeirats. Das Institut habe die in es gesetzten Erwartungen voll erfüllt und seine Spitzenstellung in der in- und ausländischen Sozialrechtswissenschaft gefestigt und ausgebaut. Sein Fortbestand und seine Erweiterung um eine weitere Direktorenstelle seien notwendig. Darüber bestand dann auch in allen Gremien der MPG Einigkeit.

Gefolgt sind die Gremien der MPG auch dem Vorschlag der Findungskommission, in die ich auch berufen worden war, Prof. Dr. Ulrich Becker zum Nachfolger von Bernd Baron von Maydell zu bestellen. Er hatte sich gegen mehrere Kandidaten aus dem In- und Ausland durchgesetzt. Gründe hierfür waren u. a. seine bisherige Tätigkeit in Regensburg in den Jahren seit 1996 als Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Sozialrecht und seine zahlreichen Veröffentlichungen hierzu. So hatte sich seine Habilitationsschrift mit dem Thema „Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht“ beschäftigt, ein Vergleich der Risikoabsicherungssysteme in Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien. Ihm ging der Ruf eines herausragenden Fachmanns für interna-

tionales Sozialrecht voraus.³³ Der Übergang auf den neuen Institutsdirektor erfolgte am 1. September 2002. Er hatte für die künftige Arbeit des Instituts drei Schwerpunkte gesetzt: die Internationalisierung und Supranationalisierung des Sozialrechts, die Reform und die Modernisierung entwickelter Sozialrechtssysteme und die Transformation bzw. den Aufbau neuer Sozialrechtssysteme in sich entwickelnden Ländern. Diese Schwerpunkte sind dann, wie der Fachbeirat immer wieder feststellen konnte, in einer Vielzahl von Arbeiten aus dem Institut aufgearbeitet und vertieft worden.

Der Aufbau der zweiten Abteilung des Instituts ließ auf sich warten. Zunächst bis 2007 waren Haushaltsengpässe in der MPG der Grund, warum es nicht voran ging. Außerdem musste die fachliche Ausrichtung der zweiten Abteilung bestimmt werden. Sehr schnell war man sich einig, dass es nicht sinnvoll wäre, einen zweiten Sozialrechtler zu berufen. Das hätte nicht die angestrebte Erweiterung des wissenschaftlichen Spektrums des Instituts gebracht. Auch die Berufung eines Arbeitsrechtlers schied aus. An der LMU war es infolge einer Stiftung zu einem Ausbau des ohnehin schon gut vertretenen Arbeitsrechts gekommen und es war zu erwarten, dass sich einer der neuen Lehrstuhlinhaber rechtsvergleichend auch mit dem ausländischen Arbeitsrecht beschäftigen wird. Auch sonst ließ sich im Arbeitsrecht, selbst im Bereich der betrieblichen Altersversorgung, kein Forschungsdefizit erkennen, das ein Einspringen der MPG gerechtfertigt hätte. Auch für die Berufung eines Steuerrechtlers sprach wegen der guten Beziehungen zu dem ebenfalls in München ansässigen MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht keine Notwendigkeit. Von Herrn Zacher kam die Anregung, die zweite Abteilung der Erforschung und ggf. der Entwicklung einer „Weltsozialordnung“ zu widmen. Dies sei als Ergänzung zu den Bemühungen, zu einer „Weltwirtschaftsordnung“ zu kommen, dringend notwendig, zumal sich die Wissenschaft des Themas nicht annehmen würde. Es waren diese Überlegungen, die mit dazu geführt haben, dass Frau Prof. Dr. Angelika Nußberger, Inhaberin des Lehrstuhls für Ostrecht an der Universität Köln, der Ruf auf die zweite Direktorenstelle erteilt wurde. Sie war von 1993 bis 2001 am MPI tätig gewesen und hatte sich 2005 bei Prof. von Maydell mit einer Arbeit zu den „Sozialstandards im Völkerrecht – Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates zu Fragen des Sozialschutzes“ habilitiert und im Sozialrechtshandbuch den Abschnitt über das Sozialrecht der internationalen Organisationen geschrieben.³⁴ Doch ihre Berufung zerschlug sich, weil Frau Nußberger 2010 zur Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewählt wurde und für das Institut nicht mehr zur Verfügung stand. Ihre spätere Karriere bis hin zur Vizepräsidentin dieses Gerichts hat bestätigt, wie wohl berechtigt der Ruf an Frau Nußberger war.

Für die Frage der Ausrichtung der zweiten Abteilung war dadurch jedoch alles wieder auf Null gestellt. Von mir sehr unterstützt gingen die Überlegungen

33 Wiegand, in: Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Hrsg.), Ein Social Event, Festveranstaltung zur Einrichtung der zweiten Abteilung am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, 2012, S. 49.

34 In: von Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl., 2003, S. 1677 ff.; s. bereits: von Maydell/Nußberger (Hrsg.), Social Protection by Way of International Law, 1996.

nun dahin, das Institut um eine Abteilung „Sozialpolitik“ zu erweitern. Das Sozialrecht ist in seinen Argumentationen und in der Evaluation der bestehenden Systeme sehr stark auf sozialpolitische Analysen angewiesen; die Sozialpolitik kommt ohne intensive Kenntnisse des Sozialrechts nicht aus. Dieses enge Zusammenspiel von Sozialrecht und Sozialpolitik war mir in meiner Funktion als Geschäftsführer des VDR immer mehr bewusst geworden. 2010 erging der Ruf dann an Prof. Axel Börsch-Supan PhD, Professor für Makroökonomie und Public Policy an der Fakultät für Volkswirtschaftslehre und Statistik der Universität Mannheim und Leiter und Gründer des Mannheimer Forschungsinstituts Ökonomie und demografischer Wandel (Mannheim Research Institute for the Economics of Aging [MEA]). Er war seit einiger Zeit der in der Wissenschaft führende Sozialpolitiker in Deutschland. 2011 nahm er seine Tätigkeit in München auf. Seit 2012 ist er zudem Inhaber des Lehrstuhls für Economics of Aging an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität München. Mit der Aufnahme der Tätigkeit der zweiten Abteilung bekam das Institut eine neue, seine heutige Bezeichnung: Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik.

Axel Börsch-Supan kannte ich schon länger sehr gut. Wir waren beide Mitglieder der von der Bundesregierung eingesetzten „Kommission zur Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme“ gewesen, der sog. Rürup-Kommission. In ihr waren wir die beiden Moderatoren für den Bereich Rentenversicherung. Hinter dieser Berufung stand die Erwartung, dass Axel Börsch-Supan die Interessen der privaten Vorsorge(institutionen) und ich die der gesetzlichen Rentenversicherung vertreten sollte. Wir haben uns in intensiven Diskussionen „zusammen gerauft“ und dadurch mit dazu beigetragen, dass die Kommission wenigstens zur Weiterentwicklung der Rentenversicherung Vorschläge unterbreiten konnte,³⁵ die der Gesetzgeber dann später übernommen hat.³⁶ Diese enge Zusammenarbeit hat dann auch dazu geführt, dass sich unsere sozialpolitischen Einschätzungen stark angenähert haben. Deshalb habe ich die Berufung von Axel Börsch-Supan sehr begrüßt. Es hat mich sehr gefreut, dass ich von beiden Direktoren des Instituts gebeten wurde, bei der Festveranstaltung zur Einrichtung der zweiten Abteilung am 14. November 2011 einen Vortrag zum Thema „Sozialpolitik aus Sicht des Sozialrechts“ zu halten.³⁷ Es war zugleich meine „Abschiedsvorstellung“ als Vorsitzender des Fachbeirats des Instituts.

Die zweite Abteilung hat sozialpolitisch großen Einfluss gewonnen. Axel Börsch-Supan ist der prominenteste, sehr pressewirksame Kritiker der überaus kritikwürdigen Sozialpolitik der letzten zehn Jahre geworden. Die beiden Abteilungen haben jeweils eine Fülle von sehr wichtigen Forschungsergebnissen publiziert. Das Institut hat in diesen Jahren seine Spitzenstellung in der sozialrechtlichen und sozialpolitischen Forschung ausgebaut. Die jeweiligen Forschungs-

35 Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (Hrsg.), *Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme – Bericht der Kommission*, 2003, S. 65 ff.

36 Gesetz zur Sicherung der nachhaltigen Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung v. 21. Juli 2004 (BGBl. I, S. 1791).

37 Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Fn. 33), S. 37 ff.; abgedruckt auch unter dem Titel „Sozialrecht und Sozialpolitik“ in NZS 2012, 321 ff.

berichte belegen dies deutlich.³⁸ Nicht verschwiegen sei aber auch eine gewisse Enttäuschung. Im Kuratorium habe ich immer darauf gedrängt, dass die beiden Abteilungen intensiver zusammenarbeiten sollten. Das war die Hoffnung, die ich mit meinem Einsatz für die zweite Abteilung „Sozialpolitik“ verbunden hatte. Rückblickend muss ich jedoch konstatieren, dass es zu dieser Zusammenarbeit leider nahezu nicht gekommen ist.³⁹ Dabei hätte es in den zehn Jahren des Mit- oder Nebeneinanders der beiden Abteilungen eine Fülle von Themen gegeben, die sowohl sozialrechtlich als auch sozialpolitisch von großem Interesse gewesen wären, aus meiner Sicht etwa die Einführung der Grundrente, die Rente mit 63 oder die Diskussion um die Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens. Axel Börsch-Supan, der nun die Altersgrenze überschritten hat, wird in absehbarer Zeit Emeritus des Instituts sein, möchte aber davon getrennt sein MEA weiterführen. Wie es mit der zweiten Abteilung und später mit dem Institut überhaupt dann weiter gehen wird, ist offen. Soweit ich es kann, würde ich mich, bekäme ich eine Chance, sehr für seinen Fortbestand einsetzen. An der Notwendigkeit eines solchen Instituts hat sich nichts geändert. Die Sozialpolitik ist dringender denn je auf unabhängige Expertisen zum deutschen und ausländischen Recht angewiesen, auch die Bedeutung des europäischen Sozialrechts nimmt ständig zu.

D. Das Institut – eine Bereicherung meines Lebens

Für mich persönlich war und ist das Institut eine große Bereicherung meines Lebens, für die ich sehr dankbar bin. Grund vor allem waren die besonderen Menschen, denen ich begegnen und mit denen ich zusammenarbeiten, mit denen ich diskutieren und von denen ich lernen durfte. Hans F. Zacher, der als überaus beeindruckende Persönlichkeit meinen Werdegang sehr geprägt hat und mit dem mich eine fünfzig Jahre währende Beziehung und Freundschaft verband. Bernd von Maydell, der mir ein liebenswürdiger Kollege und Freund war, mit dem das Zusammensein und die vielfältige Zusammenarbeit stets Freude gemacht haben, der leider 2018 verstorben ist.⁴⁰ Ulrich Becker, der nun zusammen mit Prof. Dr. Peter Axer und mir mit viel Einsatz das Sozialrechtshandbuch herausgibt und der sich, wofür ich sehr dankbar bin, so viele Mühe mit der Herausgabe und der Übergabe meiner Festschrift gemacht hat. Axel Börsch-Supan, mit dem mich viel sozialpolitisches Engagement und Übereinstimmung verbinden. Aber auch mit Mitarbeitern des Instituts haben sich freundschaftliche Beziehungen herausgebildet, etwa zu dem viel zu früh verstorbenen Bernd Schulte⁴¹ oder zu Gerhard Igl⁴². Heute ist die große und gut geführte Bibliothek des Instituts aus meiner Arbeitssituation nicht hinweg zu denken, die immer, wenn ich es brauche, mich

38 Vgl. z. B. Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), Report 2018 – 2020, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, 2021.

39 Vgl. die magere Ausbeute in dem Report 2018 – 2020 (Fn. 38), S. 24 – 34.

40 Zu ihm die Nachrufe von Boecken u. a., NZS 2018, 570; Hänlein/Nußberger, JZ 2018, 620 f.; Ruland, NZS 2018, 488 ff.; s. a. das Sonderheft der ZIAS 2/2018 mit Beiträgen zum Gedenken an Bernd von Maydell.

41 Zu ihm das Sonderheft: In memoriam Dr. Bernd Schulte, Heft 1/2016 der ZIAS.

42 Zu ihm: Welti/Fuchs u. a. (Hrsg.), Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation – Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog, FS Igl, 2017, S. 7 f.

dankenswerterweise unterstützt. So habe ich viel Grund zu hoffen, dass ich noch eine Zeitlang von dieser Beziehung zu dem MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik profitieren kann, auch wenn meine Besuche in der Bibliothek seltener werden, mir aber stets noch sehr viel Freude bereiten.

Andreas Hänlein, Kassel

Das Leistungserbringungsrecht als Thema der Sozialrechtswissenschaft und das MPI für Sozialrecht

Inhaltsübersicht

- A. Das MPI in den Jahren 1995 – 2002
- B. Wissenschaftliche Grundlegung des Leistungserbringungsrechts innerhalb und außerhalb des MPI
 - I. Frühe Arbeiten im MPI, insbesondere von Igl, zu sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnissen
 - II. Grundlagenarbeiten außerhalb des MPI: Die Habilitationsschriften von Schmitt und Neumann
- C. Eigene Arbeiten zum Leistungserbringungsrecht am MPI
 - I. Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Dienstleistungen
 - II. Rechtsquellen des Sozialversicherungsrechts, insbesondere des Leistungserbringungsrechts
- D. Fortsetzung der Arbeiten an der Universität Kassel: Sozialrecht als Wirtschaftsrecht (seit 2002)
- E. Schlussbemerkung

A. Das MPI in den Jahren 1995 – 2002

Meine Tätigkeit am MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht dauerte – mit Unterbrechungen – von 1995 bis 2002. Unter der Leitung von Institutsdirektor Bernd von Maydell bot das Institut Raum zum Nachdenken über eine Reihe von Themen und Forschungsansätzen, die mich auch in späteren Jahren beschäftigt haben: Die Sozialrechtsvergleichung bestimmte den wissenschaftlichen Alltag;¹ für mich bestand dieser Alltag in einer Annäherung an das Recht der Türkei, insbesondere an das Sozialrecht des Landes,² in dem sich damals die Herrschaft einer islamischen Partei abzuzeichnen begann, als im Juni 1996 Necmettin Erbakan (RP) zum Ministerpräsidenten gewählt wurde. Und: der EuGH hatte damals den Regularien des Assoziationsrechts EWG/Türkei Relevanz auch für das Sozialrecht abgewonnen.³ Die Tätigkeit des Institutsdirektors im Sachverständigenausschuss der Internationalen Arbeitsorganisation war ein Hintergrund für verschiedene Arbeiten

1 Vgl. z.B. Reinhard/Kruse/von Maydell (Hrsg.), Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1998.

2 Hänlein, Solidarität und Eigenverantwortung in der Sozialversicherung. Anmerkung zu drei Entscheidungen des türkischen Verfassungsgerichts, in: EuGrZ 1998, S. 489-494; ders., Die Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgerichts zur Kranken- und Rentenversicherung, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1998, S. 252-267 = Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hastalık ve Emeklilik Sigorta Hakkındaki İctihat Kararları, in: Türkiye'de ve Almanya'da Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Reformu. 18-19 Aralık 1997. Ankara: Konrad-Adenauer-Vakfı 1998, S. 41-58; ders., Die soziale Sicherung für den Fall der Invalidität in der Türkei, in DRV 1998, S. 556-572; ders., Neue Arbeitslosenversicherung in der Türkei – oder: Experimentelle Gesetzgebung als Aufgabe für die Praxis, RIW 2001, S. 284-287.

3 EuGH, Urt. v. 4.5.1998 – C-262/96 (Rs. Sürül); vgl. auch Hänlein, Problems concerning Decision No 3/80 of the Council of Association. A point of view from a EU perspective, in: European social security law and third country nationals. in: Jorens/Schulte (Hrsg.), Brügge/München 1998, S. 299-322, und dens., Die

zum Völkerrecht des Sozialen, die damals im Institut entstanden.⁴ Prof. von Maydell hat den Um- und Aufbau sozialrechtlicher Ordnungen in der damaligen post-sozialistischen Welt beobachtend und beratend begleitet; Transformation in diesem Sinne, ohnehin ein zentrales Thema in jenen Jahren, spielte auch im Institut eine prominente Rolle.⁵ Das galt natürlich auch für das europäische Recht: das Koordinierungsrecht war schon ein Thema der Projektgruppe gewesen, und auch nach der Institutsgründung ist an diesem Thema ständig gearbeitet worden, auch in der zweiten Hälfte der 90er Jahre⁶. In jenen Jahren wurden außerdem zunehmend die sozialrechtlichen Implikationen des Binnenmarktes reflektiert, befördert insbesondere durch die Entscheidungen des EuGH zu den Rechtssachen Decker und Kohll aus dem Jahr 1998.⁷ Diese Entscheidungen rückten im Institut erneut in den Blick, was einige Jahre zuvor schon wegen der Entscheidung in der Rechtssache Höfner und Elser⁸ deutlich geworden war, dass nämlich Sach- und Dienstleistungen der Sozialleistungssysteme auch Wirtschaftsgüter sind, die zumindest partiell nach wirtschaftsrechtlichen Regeln behandelt werden. Damit entstand aus spezifisch europarechtlichen Gründen ein Interesse am Leistungserbringungsrecht. Dieser Teilbereich des Sozialrechts war freilich auch aus anderen Gründen von großem wissenschaftlichem Interesse; im Institut ergab sich in den späten neunziger Jahren die Möglichkeit, verschiedene Facetten dieses Forschungsfeldes auszuleuchten.

B. Wissenschaftliche Grundlegung des Leistungserbringungsrechts innerhalb und außerhalb des MPI

1. Frühe Arbeiten im MPI, insbesondere von Igl, zu sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnissen

Hans F. Zacher, den Gründungsdirektor des MPI, hatten Fragen des Leistungserbringungsrechts durchaus interessiert, allerdings eher bei Gelegenheit seiner Tätigkeit am Institut. Bekannt wurde vor allem ein Beitrag, der aus einem Rechtsgutachten für den Zentralverband der Augenoptiker hervorgegangen war; darin war Zacher der Frage nachgegangen war, ob die „Selbstabgabe von Brillen“ seitens der Krankenkassen als zulässig angesehen werden könne.⁹ Zacher verneinte

Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit der EG-Mitgliedstaaten auf türkische Arbeitnehmer nach dem Beschluß Nr. 3/80 des Assoziationsrats der EWG/Türkei. In: ZAR 1998, S. 21–27.

- 4 Wagner, Internationales Schutz sozialer Rechte. Die Kontrolltätigkeit des Sachverständigenausschusses der ILO, Baden Baden 2002; Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht, 2005.
- 5 Vgl. insbesondere die Beiträge zur Tagung „Transformation von Systemen sozialer Sicherheit als Gegenstand rechtlicher sowie wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Forschung“ am 21.11.1997, abgedruckt in ZIAS 1998, Heft 1, S. 1 – 140.
- 6 Etwa: Schulte, Einleitung in: Schulte (Hrsg.), Soziale Sicherheit in der EG, Textausgabe, 3. Aufl. 1997, S. IX –LXXIII; vgl. auch Hänlein, Invalidität im internationalen und supranationalen Recht, in: Reinhard/Kruse/von Maydell (Hrsg.), Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1998, S. 659–709 (zur Koordinierung: S. 678 – 703).
- 7 EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – C 120/95 (Rs. Decker) und C-158/96 (Rs. Kohll); vgl. auch Jorens/ Schulte (Hrsg.), Grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Gemeinsamen Markt, Baden Baden, 2003.
- 8 EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – C- 41/90 (Rs. Höfner und Elser/ Macrotron).
- 9 Zacher / (Friedrich-Marzyk), Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst, Heidelberg 1980; dazu kritisch Leibfried/Tennstedt, Verfehlte Optik? Gezielte Rezeptur? – Einiges über Eigenbetriebe der Krankenkassen und ein privat(isierend)es Rechtsgutachten –, ZSR 1980, S. 695 – 714.

damals diese Frage, da es an einer dafür von ihm für erforderlich gehaltenen gesetzlichen Ermächtigung fehlte.¹⁰ Im Sinne dieses Gutachtens gab einige Jahre später der BGH einer Unterlassungsklage von Augenoptikern gegen eine Ortskrankenkasse statt.¹¹

In der von Zacher geleiteten Projektgruppe und später auch im von ihm geleiteten Institut wurden freilich auch Grundlagen des Leistungserbringungsrechts ausgearbeitet. Zu erwähnen sind hier neben Beiträgen zu Einzelthemen des Leistungserbringungsrechts¹² insbesondere grundlegende Arbeiten des wissenschaftlichen Referenten Gerhard Igl. Bereits 1978 dachte Igl über die rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse nach.¹³ 1981 veröffentlichte er ein Gutachten zur Frage, ob sich eine besondere Regelung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses des Heimbewohners zum Heimträger im BGB empfehle.¹⁴ In diesem Gutachten entwickelte Igl einen Vorschlag eines „Gesetzes über den Heimvertrag“.¹⁵

II. Grundlagenarbeiten außerhalb des MPI: Die Habilitationsschriften von Schmitt und Neumann

Die rechtlichen Beziehungen, die sich ergeben, wenn Sozialleistungsträger Sach- oder Dienstleistungen zu gewähren haben und wenn sie sich dabei Dritter bedienen, sind erst einigermaßen spät zum Gegenstand systematischer wissenschaftlicher Betrachtung geworden. Grundlegend waren zwei große Studien, die Anfang der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts entstanden sind, als Habilitationsschriften ohne Zusammenhang mit dem Münchner MPI. 1990 wurde die Arbeit von Jochem Schmitt, „Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht“, veröffentlicht, eine (Bayreuther) Habilitationsschrift mit einer umfassenden Bestandsaufnahme quer durch alle Sozialleistungsbereiche. 1992 erschien die Frankfurter Habilitationsschrift von Volker Neumann über „Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat“, die an das Thema als Untersuchung über die Finanzierung der freien Wohlfahrtspflege heranging, ebenfalls umfassend die verschiedenen Sozialleistungsbereiche durchmusterte und dabei vor allem auch der Tragweite der Grundrechte der Träger der freien Wohlfahrtspflege nachging, aber auch die rechtlichen Beziehungen der Sozialleistungsberechtigten zu diesen Trägern betrachtete.

10 Dieselbe Auffassung vertrat im Übrigen auch der spätere Direktor des Instituts Bernd von Maydell in einem von ihm zusammen mit Rupert Scholz ebenfalls im Auftrag des Zentralverbands der Augenoptiker erstellten Gutachten: Von Maydell/Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, Berlin 1980.

11 BGH, Urt. v. 18.2.1981 – I ZR 82, 375, BGHZ 82, 375; überzeugende Kritik am Urteil des BGH bei Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, Köln/Berlin/Bonn/München 1992, S. 41 ff.

12 v. Maydell/Kötter, Zur Aufgabenverteilung zwischen Hilfsmittelerbringern und Ärzten bei der Versorgung mit Hörgeräten, Berlin 1994; Kötter, Die Steuerung der vertragsärztlichen Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden Baden 2000.

13 Igl, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse. In: VSSR 1978, S. 201 – 255.

14 Igl, Heimvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses des Heimbewohners zum Heimträger im BGB? In: Bundesminister der Justiz (Hrsg.) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1981, Band 1, S. 951 – 1048.

15 Text des Entwurfs ebd., S. 1040 ff; Begründung ebd., S. 1018 ff.

C. Eigene Arbeiten zum Leistungserbringungsrecht am MPI

In einem konzeptionellen Beitrag über die Forschungsthemen des Instituts, der 1995 nach zwanzigjähriger Arbeit des Instituts erschien und für den Institutsdirektor v. Maydell verantwortlich zeichnete, wurde die Bedeutung sozialer Dienst- und Sachleistungen als Forschungsthema ausdrücklich hervorgehoben.¹⁶ In den Jahren ab 1995 gab es dementsprechend im Institut zahlreiche Diskussionen und vielfältige Anregungen für Studien zu Aspekten des Leistungserbringungsrechts.¹⁷

I. Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Dienstleistungen

Wichtige Impulse ergaben sich in diesem Zusammenhang aus den marktbezogenen Regelungen des europäischen Rechts. Neben der bereits erwähnten „Entdeckung“ der Bedeutung der Dienstleistungs- und der Warenverkehrsfreiheit für die grenzüberschreitende Erbringung sozialer Sach- und Dienstleistungen spielte dabei auch das europäische Kartellrecht eine Rolle. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Höfner und Elser¹⁸, die die Bundesanstalt für Arbeit als Unternehmen im Sinne der kartellrechtlichen Vorgaben des Primärrechts eingeordnet hatte, war in den späten 90er Jahren in der Rechtsprechung der Kartellgerichte die Frage virulent geworden, ob die gesetzlichen Krankenkassen ebenfalls als Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechts anzusehen sind. Diese Frage stellte sich aus Anlass von Klagen einiger Hersteller von Arznei- oder Hilfsmitteln, die eine Krankenkasse auf Unterlassung der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel bzw. Hilfsmittel verklagt hatten. Dies war der Anlass für eine kleine Studie über die Einflüsse des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, die mein Institutskollege Jürgen Kruse und ich gemeinsam unternahmen.¹⁹

II. Rechtsquellen des Sozialversicherungsrechts, insbesondere des Leistungserbringungsrechts

Vor allem aber bot sich mir am Institut die Möglichkeit, meine (Freiburger) Habilitation über das Thema „Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht“ zu erstellen.²⁰ Der Zugang zu diesen Rechtsquellen war von rechts- und demokratietheoretischen Überlegungen geprägt. Bei der Durcharbeitung des Materials zeigte sich dann, dass die Vielfalt des Untersuchungsgegenstandes zu einem ganz erheblichen Teil aus den organisationalen Traditionen der gesetzlichen Krankenversicherung herrührte, genauer: aus dem Kassenarztrecht, dessen Organisationsmuster und

16 Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), Berichte und Mitteilungen, Heft 2/(19)95, S. 24 ff.

17 Auch in späteren Jahren unter Leitung des Institutsdirektors Prof. Becker hat sich das Institut mit dem Leistungserbringungsrecht befasst; hinzuweisen ist insbesondere auf Becker et al., Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht, VSSR 2011, S. 323 – 359 und VSSR 2012, S. 103 – 130.

18 Oben, Fn. 8.

19 Hänlein/Kruse, Einflüsse des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2000, S. 165–176; auch in: Boecken/Kruse/Hänlein (Hrsg.), Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken. Colloquium zum 65. Geburtstag Bernd Baron von Maydells, Baden Baden 2000, S. 215 – 242.

20 Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht – System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, Berlin/Heidelberg/New York 2001, S. 345 – 508.

Rechtsquellenformen später auch das Krankenhausrecht und das Leistungserbringungsrecht der Pflege maßgeblich beeinflusst haben. Dementsprechend stammt eine Vielzahl der untersuchten Rechtsquellenphänomene meiner Studie aus diesen Bereichen des Leistungserbringungsrechts; als Beispiele lassen sich etwa der Honorarverteilungsmaßstab nennen, auch die Einheitlichen Bewertungsmaßstäbe oder die Vereinbarungen über Entgeltkataloge für Krankenhäuser.

D. Fortsetzung der Arbeiten an der Universität Kassel: Sozialrecht als Wirtschaftsrecht (seit 2002)

Die in den 90er Jahren im Institut geführten Diskussionen haben mich zu weiteren Untersuchungen, insbesondere auch zu Untersuchungen über Probleme des Leistungserbringungsrechts in späteren Jahren angeregt,²¹ die ich nach meinem Ruf auf die Professur für „Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht“ an der Universität Kassel im Jahr 2002 durchführen konnte. Vor dem Hintergrund der Entwicklungen des europäischen Marktrechts lag es nahe auszuloten, in welcher Weise „Sozialrecht als Wirtschaftsrecht“²² begriffen werden kann, insbesondere in Bezug auf das Leistungserbringungsrecht.

Eine neue Ausprägung des europäischen Wirtschaftsrechts geriet im Zusammenhang mit den Reformen des Arbeitsförderungsrechts der Jahre ab 2003 in den Blick, die auf den Einsatz des Vergaberechts bei der Erteilung von Aufträgen seitens der Bundesagentur für Arbeit an dienstleistende Unternehmen setzten, die arbeitsmarktbezogene Dienstleistungen erbringen. Die umfangreiche Rechtsprechung der Kartellgerichte zu diesem Thema führte damals zur Erarbeitung einer kleinen Studie.²³

Wirtschaftsrechtliche Ansätze helfen auch weiter, wenn es um Deutung und Konkretisierung der Rechtsbeziehungen der Sozialleistungsberechtigten zu Unternehmen geht, die soziale Dienstleistungen erbringen und ihre Vergütung ganz oder teilweise von Sozialleistungsträgern erhalten. In diesem Zusammenhang erschien es als sinnvoller Ansatz, etwa Heimverträge als Verbraucherverträge zu konzipieren,²⁴ ein Ansatz, wie er wenige Jahre später dem Wohn- und Betreu-

21 Anregungen zu späteren Studien ergaben sich auch in Bezug auf andere Themen; vgl. z. B. Hänlein/Hofmann, Verankerung von Sozialstandards in internationalen Handelsabkommen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, in: Scherrer/Hänlein (Hrsg.), Sozialkapitel in Handelsabkommen, Baden Baden 2012, S. 103 – 140.

22 Hänlein, Sozialrecht als Wirtschaftsrecht, NZS 2003, S. 617 – 624 (Kasseler Antrittsvorlesung); auch in: Journal of Inner Mongolia Normal University, Vol. 43 (2014), Nr. 4, S. 31 – 39, und in Zhang Shiming/Wang Jidong (Hrsg.), Systematization and Methodology of Economic Law. New Development of Competition Law, Peking, 2018, S. 107 – 129 (Übers.: Zhang Shiming, Remin Universität, Peking); vgl. ferner Hänlein, Arbeitslosenversicherung und Wettbewerb, in: Bodiřoga-Vukobrat, Nada (Hrsg.), Socijalna sigurnost i trzisno natjecanje – europski zahtjevi nacionalna rjesenja – Soziale Sicherung und Wettbewerb – europäische Vorgaben und nationale Regelungen, Rijeka 2008, S. 361 – 379 (kroatische Version ebd. S. 343 – 360).

23 Hänlein, Vergabe in der Arbeitsförderung, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV) 60, Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe, Berlin 2011, S. 111 – 135.

24 Hänlein, Die Rechtsnatur des Heimvertrags, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE), Heft 57 (2005), S. 1 – 21.

ungsvertragsgesetz zugrunde gelegt wurde, der aber auch in anderen Sozialleistungsbereichen als der Pflegeversicherung und Sozialhilfe eine Rolle spielt.²⁵

Die Universität Kassel und die Hochschule Fulda haben im Jahr 2010 einen kooperativen Masterstudiengang „Sozialrecht und Sozialwirtschaft“ eingerichtet. In diesem gut nachgefragten Studiengang gibt es u. a. eine vierstündige Lehrveranstaltung zum „Recht der Leistungserbringung“, in der über die verschiedenen Sozialleistungsbereiche hinweg die rechtlichen Beziehungen der Anbieter sozialer Dienstleistungen zu den Sozialleistungsträgern und zu den Sozialleistungsberechtigten als ihren Kunden behandelt werden. Der Unterstützung der Lehre in dieser Lehrveranstaltung dient das 2018 erschienene Lehrbuch „Recht der sozialen Dienste“²⁶, das sich darum bemüht, die Einsichten aus vielen der in diesem Beitrag erwähnten Studien, aus den eigenen und aus denen anderer, für die Lehre zusammenzuführen und weiterzuentwickeln.

E. Schlussbemerkung

Während der hier thematisierten Jahre am Institut gab es zahlreiche Gelegenheiten des wissenschaftlichen Austauschs mit vielfältigen Anregungen. Den damaligen Kolleginnen und Kollegen, den vielen ausländischen Gästen des Instituts, vor allem aber dem damaligen Institutsdirektor Prof. von Maydell bin ich dafür sehr dankbar.

25 Hänlein, Müssen die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Verbraucherschutz im Sozialrecht geändert werden?, RsDE 73 (2011), S. 28 – 46; auch in: Igl, Gerhard (Hrsg.), Verbraucherschutz im Sozialrecht. Sozialleistungsberechtigte als Verbraucher, Nutzer und Mitgestalter sozialer Leistungen: Auf dem Weg zu einem eigenständigen Verbraucherschutz im Sozialrecht, Münster 2011, S. 153 – 166.

26 Hänlein, Recht der Sozialen Dienste, München 2018.

Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz

Das Thema der Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz verknüpft meinen persönlichen Werdegang vom Arbeits- zum Sozialrecht mit drei großen Projekten, an denen ich im Institut mitgewirkt habe. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Belarussischen Staatlichen Universität (BSU), habe ich neun Jahre als Hochschullehrerin/Hochschuldozentin für Arbeitsrecht und Sozialrecht am Lehrstuhl für Zivilprozess- und Arbeitsrecht der Juristischen Fakultät der BSU gearbeitet und zum rechtsvergleichenden Thema „Kollektivverträge und Kollektivvereinbarungen in Belarus, Russland und Polen“ promoviert. Nach meinem Umzug nach München war es für mich sehr wichtig, die rechtsvergleichende Forschungstätigkeit fortzusetzen. Da in vielen osteuropäischen Ländern, u. a. in Belarus, Lehrstühle und wissenschaftliche Fächer meistens Arbeits- und Sozialrecht zusammenfügen¹, war (und ist) unser Institut für meinen wissenschaftlichen Werdegang ein ausgezeichneter Ort, um meine sozialrechtlichen Kenntnisse zu vertiefen und rechtsvergleichende Forschungsprojekte durchzuführen. Außerdem gibt es zahlreiche Wechselbeziehungen zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht, die verschiedene Problemfelder für die Forschung mit sich bringen. Das Thema der Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz ist eines davon.

Seit November 2008 und über mehr als sechs Jahren hinweg hatte ich die Ehre, als wissenschaftliche Mitarbeiterin für Herrn Professor Zacher zu arbeiten. Theorie und Dogmatik von internalisierenden und externalisierenden Lösungen für soziale Problemen wurden in den Arbeiten von Professor Zacher grundlegend ausgearbeitet.² Eine internalisierende Lösung setzt im vorfindlichen Regelungsfeld (z. B. Organisation der Arbeit, Mietwesen, familiärer Unterhaltsverband) an und korrigiert bzw. durchsetzt diese mit sozialen Zielsetzungen. Bei externalisierenden Lösungen wird hingegen die soziale Korrektur aus diesem Zusammenhang gelöst.³ Beispielsweise lässt sich das Problem der „Gefahr der Arbeit“ internalisierend durch den Arbeitsschutz und die Haftung des Arbeitgebers für Betriebsunfälle lösen. Die Unfallversicherung ist hingegen eine externalisierende Lösung

1 *Becker*, Wissenschaftliche Forschung zum Sozialrecht – Bilanz und Perspektiven aus Sicht der Rechtswissenschaften, DRV 2015, S. 84-96.

2 *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: *Becker/Ruland* (Hrsg.) Abhandlungen zum Sozialrecht II, Heidelberg 2008, S. 53-55; *ders.*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: *Lücke/Ress/Will* (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln (u.a.) 1983, S. 943 ff.; *ders.*, Chancen und Grenzen des Sozialstaats, in: *Koslowski/Kreuzer/Löw* (Hrsg.), Chancen und Grenzen des Sozialstaats, Tübingen 1983, S. 66 ff.; *ders.*, Verfassung und Sozialrecht, in: *Maurer* (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz, FS für Günter Dürig, München 1990, S. 67 ff.

3 *Zacher*, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft (Fn. 2), S. 951; *ders.* Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: *Kübler* (Hrsg.) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 24 f.

für dasselbe Problem.⁴ Ein weiteres Beispiel für eine internalisierende Lösung ist die zeitlich begrenzte Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Das durch die Krankenversicherung ausbezahlte Krankengeld ist demgegenüber die externalisierende Lösung für dasselbe Problem. Teilweise wird vertreten, dass internalisierende sozialrechtliche Lösungen einen Unterfall der Indienstnahme des Arbeitgebers darstellen.⁵

In den Jahren 2016–2018 wurde von Professor Becker und mir ein Forschungsprojekt zum Thema „Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz in Russland: Rechtsvergleichende Perspektiven“ durchgeführt und ein Buch mit gleichlautendem Titel herausgegeben.⁶ Hauptziel dieses Projekts war es, die Wechselbeziehungen zwischen der Erfüllung der Arbeitgeberpflichten in der Sozialversicherung und im Bereich des Arbeitsschutzrechts und der Durchsetzung eines Anspruchs eines Versicherten auf Sozialleistungen zu untersuchen. Hierbei wurden die Vorteile und Nachteile der Indienstnahme des Arbeitgebers herausgearbeitet.

Dieses Thema hilft zugleich die Pfadabhängigkeit des Systems der sozialen Sicherheit in Russland zu verstehen. Den Arbeitgebern sind in ihren Eigenschaften als „Versicherern“ in Russland noch fast dieselben Verpflichtungen auferlegt, die sie in der UdSSR wahrgenommen haben: Sie tragen nach wie vor allein die Beitragslast zur Sozialversicherung und sie waren bis vor kurzem weiterhin zur Auszahlung einiger Leistungen der Sozialversicherung verpflichtet. Darüber hinaus wurden den Arbeitgebern neue Verpflichtungen im Rahmen der Sozialversicherung sowie des Arbeitsschutzes auferlegt: Melde- und Informationspflichten und die Pflicht, die spezielle Begutachtung der Arbeitsbedingungen zu organisieren usw.⁷

Im Rahmen der Sozialversicherung bewirkt die Übertragung von Aufgaben auf Arbeitgeber ohne Zweifel eine Entlastung des Sozialversicherungsfonds bzw. der Sozialversicherungsträger. Zum einen zeigt die russische Rechtsanwendungspraxis, dass durch die Indienstnahme der Arbeitgeber die Leistungserbringung nicht immer optimiert, sondern in einigen Fällen gefährdet wird. Fälle von Beitrags hinterziehung, Nichtzahlung von Sozialleistungen, Unterlassen der Untersuchung von Arbeitsunfällen usw. gehörten, seitdem die Betriebe nicht mehr im Staatseigentum stehen bzw. nicht mehr Teil des staatlichen Systems sind, immer wieder zur Tagesordnung, insbesondere in Zeiten wirtschaftlicher Krisen. Hierdurch wurde und wird die zuverlässige Erfüllung von Sozialleistungsansprüchen und letztendlich die Stabilität des Sozialversicherungssystems in Frage gestellt, weil es zu sehr davon abhängig ist, dass die Arbeitgeber die ihnen auferlegten Pflich-

4 Zacher, Der Sozialstaat als Aufgabe der Rechtswissenschaft (Fn. 2), S. 951; ders. Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts (Fn. 3).

5 Helmrich, Grenzen internalisierenden Sozialrechts – das Beispiel allgemeiner Mindestlohn, VSSR 2015, S. 305 f.

6 Chesalina/Becker (Hrsg.) Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz in Russland – Rechtsvergleichende Perspektiven, Baden-Baden 2018.

7 Vasileva, Pflichten des Arbeitgebers nach der Gesetzgebung über die spezielle Begutachtung der Arbeitsbedingungen und Anspruch des Arbeitnehmers auf Frühverrentung: Probleme in der Praxis, in: Chesalina/Becker (Hrsg.) Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz in Russland – Rechtsvergleichende Perspektiven (fn. 6), S. 127–139.

ten erfüllen. Die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte in Russland haben deutlich gezeigt, dass es nicht möglich ist, die Ansprüche der Versicherten aus der Sozialversicherung zu garantieren, ohne Auffang- bzw. Einstandsverantwortung des Staats bei Verletzung/Nichterfüllung der in diesem System den Arbeitgebern auferlegten Pflichten. Daher hat der Gesetzgeber von der Indienstnahme der Arbeitgeber im Bereich der Auszahlung von Sozialleistungen (Mutterschaftsleistungen und Krankengeld) komplett abgesehen, weil eine effektive Durchsetzung der Leistungsansprüche mit einer bloßen Auffangverantwortung nicht möglich war. Das Verrechnungssystem⁸ bei der Auszahlung von Mutterschaftsleistungen und Krankengeld durch den Arbeitgeber wurde ab dem 1. Januar 2021⁹ komplett durch direkte Auszahlungen dieser Leistungen durch die Regionalbehörden des Sozialversicherungsfonds ersetzt.

Im Rahmen des Forschungsprojekts des Instituts „Existenzsicherung in der Coronakrise: Sozialpolitische Maßnahmen“ habe ich im Jahr 2021 in meinem Länderbeitrag die Situation in Russland analysiert. In der Coronakrise zeigt sich erneut, dass Russland den Pfad der internalisierenden Lösungen nicht verlassen hat. Vielmehr wurden in der Krise Arbeitgeber nicht nur zum Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmern in die Pflicht genommen, sondern es wurden Ihnen auch weitreichende Pflichten zur Lohnfortzahlung trotz Unmöglichkeit der Leistungserbringung (wegen staatlicher Anordnung arbeitsfreier Tage) und auch zum Erhalt von Arbeitsplätzen auferlegt.

In vielen Ländern wurde das Instrument der „Kurzarbeit“ eingesetzt, um Arbeitsplätze während der Pandemie zu erhalten. In Russland gibt es weder eine Arbeitslosenversicherung¹⁰ noch dem Kurzarbeitergeld vergleichbare Sozialleistungen aus dem Staatshaushalt. Trotzdem war und ist die staatliche Sozialpolitik darauf ausgerichtet, dass die Arbeitgeber im Laufe der Pandemie Kündigungen, Arbeitszeitkürzungen und unbezahlten Urlaub vermeiden. Wenn die Arbeit (pandemiebedingt) ausfällt und die Arbeitnehmer ihre Arbeitspflichten nicht erfüllen können (vorübergehende Betriebsschließung), muss der Arbeitgeber ihnen 2/3 ihres Arbeitslohns weiterbezahlen. Jedoch haben die Arbeitgeber häufig rechtswidrig die Arbeitnehmer veranlasst, unbezahlten Urlaub zu nehmen oder aus persönlichen (und nicht aus wirtschaftlichen) Gründen zu kündigen; außerdem kürzten die Arbeitgeber häufig die Löhne oder zahlten sie gar nicht.

Zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer wurden Arbeitgebern weitreichende Pflichten auferlegt, wie z. B. die Pflicht zur Beaufsichtigung des Regimes der Selbstisolation von Arbeitnehmern ab dem 65ten Lebensjahr, die Aussetzung der Arbeit von nicht geimpften Arbeitnehmern, die Pflicht zur Tragung der Kosten der Impfung für ausländische Arbeitnehmer. Gerade erst, im Oktober 2021

8 Die ausgezahlten Summen konnten die Arbeitgeber dann bei der Einziehung der Versicherungsbeiträge gegenrechnen, d. h. die Summe, der durch den Arbeitgeber an den Sozialversicherungsfonds zu zahlenden Versicherungsbeiträgen verringerte, sich um die Summe der ausgezahlten Leistungen (sog. Verrechnungssystem).

9 Vgl., Föderales Gesetz No. 243 vom 3 Juli 2016.

10 Die Arbeitslosenversicherung gab es in Russland nur von 1991 bis 2001, danach und bis heute wird das Arbeitslosengeld aus dem Staatshaushalt als eine Form der staatlichen Unterstützung gezahlt.

wurde den Arbeitgebern empfohlen, den Arbeitnehmern nach der Covid-Impfung (auf Kosten des Arbeitgebers zu bezahlende) freie Tage zu gewähren.

Zur „Sicherstellung des sanitären und epidemiologischen Wohlbefindens der Bevölkerung“ wurde im Jahr 2020 in Russland zudem mit „bezahlten arbeitsfreien Tagen“ ein neues internalisierendes Instrument eingeführt¹¹ und seitdem mehrmals eingesetzt¹², um die Ausbreitung der Pandemie zu verlangsamen und das Leben und die Gesundheit der Bürger zu schützen. Im Jahr 2020 durften während der arbeitsfreien Tage nur Arbeitnehmer systemrelevanter Unternehmen und Telearbeiter arbeiten. Die Arbeitgeber müssen allen ihren Arbeitnehmern den vollen Lohn bezahlen, unabhängig davon, ob sie ihrer Arbeit nachgehen (z. B. in Telearbeit) oder ob sie von der Arbeitspflicht befreit sind. Eine Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist während der arbeitsfreien Tage nur auf Initiative der Arbeitnehmer möglich, durch Vereinbarung zwischen den Parteien oder durch Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrags. Trotzdem ist einigen Schätzungen zufolge die Zahl der registrierten Arbeitslosen im Jahr 2020 während der arbeitsfreien Tage um fast 30 % gestiegen.¹³ Als Reaktion auf die niedrige Effizienz der Indienstnahme wurde im Jahr 2021 die Regelung zu den bezahlten arbeitsfreien Tagen gelockert und den Arbeitgebern erlaubt, selbst die Anzahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, die das Funktionieren des Unternehmens während der arbeitsfreien Tage sicherstellen sollen (mit anderen Worten, wer während diesen Tagen arbeiten darf). In der Folge haben viele (private) Arbeitgeber die Mehrheit ihrer Arbeitnehmer in diese Kategorie aufgenommen. Dieses Beispiel zeigt erneut, dass wenn Arbeitgebern zu viele Pflichten, die mit erheblichen Kosten verbunden sind, auferlegt werden, sie versuchen, diese finanziellen Lasten und Risiken auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. In der russischen juristischen Literatur wird zwar erläutert, dass der Staat die Finanzierungslast der einschränkenden Maßnahmen auf den Arbeitgeber übertragen hat. Es fehlt aber eine juristische Diskussion und gerichtliche/verfassungsrechtliche Klagen zu der Frage, ob dieser Eingriff in die Grundrechte der Arbeitgeber gerechtfertigt ist. Insbesondere fehlt es an einer Auseinandersetzung mit der Frage, worin die besondere Sachverantwortung des Arbeitgebers¹⁴ für die durch diese Eingriffe geschützten Gemeinwohlbelange liegt. Im Augenblick ist offen, ob zumindest einige der den Arbeitgebern auferlegten Pflichten künftig doch vom Staat finanziert oder erfüllt werden, weil eine unentgeltliche Indienstnahme ineffektiv ist und in einer längeren Perspektive eher zum Anstieg der Arbeitslosigkeit führen kann (mit entsprechend erhöhter finanzieller Belastung für den Staat im Hinblick auf das Arbeitslosengeld) und/oder zum Ausweichen auf die Beschäftigung von Solo-Selbstständigen und den damit einhergehenden Gefahren für die Tragfähigkeit des Sozialversicherungssystems.

11 Vgl. Dekrete des Präsidenten der RF No. 206 vom 25. März 2020; No. 239 vom 2. April 2020; No. 294 vom 28. April 2020; No. 242 vom 23. April 2021; No. 595 vom 20. Oktober 2021.

12 Arbeitsfreie Tage wurden vom 30. März bis zum 30. April 2020, vom 6. bis zum 8. Mai 2020, vom 4. bis zum 7. Mai 2021, vom 30. Oktober bis zum 7. November 2021 erklärt.

13 Sabelnikova, Operative Überwachung der sozialen Prozesse, www.forecast.ru/_ARCHIVE/MON_SC/2020/sm2.pdf.

14 Vgl. Kube, Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast, Die Verwaltung 2008 (41), S. 1 ff.

Ein weiteres großes Projekt, das von Professor Becker und mir durchgeführt wurde, berührt ebenfalls das Problem der Verantwortung Dritter für den sozialen Schutz. Gegenstand unseres Projekts „Social Law 4.0: New Approaches to Ensuring and Financing Social Security for the Digital Age“ (Sozialrecht 4.0: Neue Ansätze bezüglich des Zugangs zum sozialen Schutz und der Finanzierung der sozialen Sicherheit für das digitale Zeitalter) waren Fragen des Zugangs zum sozialen Schutz und der Finanzierung der sozialen Sicherheit in der veränderten digitalen Arbeitswelt 4.0. in den EU-Mitgliedstaaten und auf europäischer Ebene.¹⁵ Digitale Technologien haben mit der „Plattformarbeit“ ein neues Geschäfts- und Marktmodell und eine neue Form der atypischen Beschäftigung ins Leben gerufen. De jure sind die Plattformbeschäftigten in den meisten Ländern Selbständige, auch wenn es viele Merkmale gibt, die sie von Selbständigen unterscheiden. Das Wachstum der Plattformökonomie und die Verbreitung von wirtschaftlich abhängigen Selbständigen führen zu Abwälzung der Finanzierung der Sozialversicherung von Plattformprovidern auf Plattformbeschäftigte. Es besteht das Risiko der Erosion der Beitragsbasis der Sozialversicherungssysteme und für die Plattformbeschäftigten das Risiko mangelnder sozialer Absicherung. Deswegen wurden im Rahmen des Projekts die folgenden Fragen untersucht: Unter welchen Voraussetzungen können Personen, die von der Leistungserbringung über Online-Plattformen profitieren (Plattformprovider bzw. Auftraggeber/Klienten) für die soziale Sicherung von Plattformbeschäftigten in die Verantwortung genommen werden? Wie lässt sich eine Verpflichtung von Plattformbetreibern bzw. Auftraggebern zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen dogmatisch begründen und rechtfertigen? Eine der Schlussfolgerungen aus dem Forschungsprojekts ist, dass die finanzielle Basis der sozialen Sicherheit erweitert werden muss, nicht nur durch Subventionen aus dem Staatshaushalt, sondern auch durch die Neudefinition sozialer Verantwortung.¹⁶ In einige Ländern lassen sich gute Beispiele dafür aufzeigen, wie bestimmte soziale Verantwortlichkeiten auf Plattformenprovider übertragen werden können. Die Herausforderungen des sozialen Schutzes für Plattformbeschäftigte weisen viele Ähnlichkeiten mit dem umfassenderen und älteren Problem des sozialen Schutzes für atypische Beschäftigte, Scheinselbstständige und Selbständige auf. Eine nachhaltige Lösung ist nicht nur in einer Sonderregelung für Plattformarbeiter zu finden, sondern für alle Personen, die in der Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit tätig sind. Grundsätzlich liegt die Rechtfertigung für die Auferlegung einer „Arbeitgeber“-Pflicht zur Zahlung von Sozialbeiträgen für Unternehmen, Auftraggeber, Kunden in der Anerkennung einer breiteren Kategorie wirtschaftlicher und sozialer Abhängigkeit/Unterordnung von Auftragnehmern, Heimarbeitern und anderen Kategorien von „Nicht-Arbeitnehmern“.¹⁷

15 Becker/Chesalina (Hrsg.) Social Law 4.0, New Approaches for Ensuring and Financing Social Security in the Digital Age, Baden-Baden 2021.

16 Becker/Chesalina, Social Law 4.0: Challenges and Opportunities in Social Protection, in: Becker/Chesalina (Hrsg.) Social Law 4.0, New Approaches for Ensuring and Financing Social Security in the Digital Age (Fn. 15).

17 Chesalina, Extending Social Security Schemes for „Non-Employees“: A Comparative Perspective, ZIAS, 2020, S. 3–12.

Zusammenfassend, kann man sagen, dass das Thema der Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz länderübergreifend von sehr großer Bedeutung ist und bleibt, sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht, insbesondere im digitalen Zeitalter während und auch nach der COVID-Pandemie.

Anmerkungen zur Armutsbekämpfung in der VR China

Inhaltsübersicht

- A. Historische Entwicklung der Armutsbekämpfung
- B. Armutsbekämpfung unter Xi Jinping
- C. Chinesische Politik der Armutsbekämpfung als Modelle für andere Staaten
- D. Perspektiven
- E. Literaturverzeichnis

Im Frühjahr 2021 verkündete der amtierende Präsident, Xi Jinping, dass die Armut in der Volksrepublik China besiegt sei.¹ Wenn in der Volksrepublik China Armut nicht mehr existiert, wäre die Art und Weise, wie die VR China (im Folgenden kurz China) dieses Ziel erreicht hat, wegweisend für andere Staaten. Ein Grund, sich diesem Thema in einer Jubiläumsschrift des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik zu widmen. Während meiner Zeit am Max-Planck-Institut habe ich mich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, wie Systeme soziale Sicherung entstehen. Zu den Kernthesen zählte vor zehn Jahren, dass ein Land einen gewissen Wohlstand erreicht haben muss, um sich zu demokratisieren und um soziale Sicherungssysteme aufzubauen, welche mittels finanzieller Transfers soziale Ungleichheit und vor allem Armut eliminieren sollen. Die Volksrepublik China stellt in diesen Überlegungen immer ein Novum dar, weil sie entweder der Falsifikation dient oder ein völlig anderes System sowohl politischer, struktureller als auch kultureller Natur ist, sodass ein Vergleich mit anderen Staaten irreführend sein kann. Kann die Volksrepublik trotz dieser Divergenzen ein Vorbild in der Armutsbekämpfung für andere Staaten sein? Nach Auffassung der Weltbank und nicht wenigen Autoren ist die Armutsbekämpfung seit den Wirtschaftsreformen 1978 erfolgreich, und die Zahlen sind eindrucksvoll.² Andererseits wies der chinesische Ministerpräsident Li Keqiang am 28. Mai 2020 darauf hin, dass es in China 600 Millionen Menschen mit niedrigem Einkommen gibt, und ihr durchschnittliches monatliches Einkommen bei etwa 1.000 Yuan (etwa 127 Euro) pro Monat läge. Die relative Armut sei daher in der VR China weiterhin recht hoch.³

Die Frage, ob flächendeckende Armut in China herrscht, ist für mein jetziges Tätigkeitsfeld als Professorin, die auf dem Gebiet der Wirtschaft Chinas lehrt und forscht, von Bedeutung; denn wenn die chinesische Bevölkerung nicht konsumieren kann, weil sie arm ist, hat das immense Auswirkungen auf die chinesische Wirtschaft und damit auf die Weltwirtschaft. Dieses Themengebiet stellt eine sehr gute Verknüpfung mit meinem Tätigkeitsfeld am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik dar.

¹ Böge, 2021.

² Taubmann, 2003, S. 33.

³ Xinhua, 2020.

Zunächst soll die historische Entwicklung der Armutsbekämpfung skizziert werden. Dann folgt eine Darstellung der Politik unter Xi Jinping. Schließlich wird die Frage diskutiert, ob China ein Modell für andere Staaten sein kann.

A. Historische Entwicklung der Armutsbekämpfung

In der chinesischen Geschichte traten immer wieder Hungersnöte auf, die durch Naturkatastrophen oder Missmanagement verursacht wurden, wie auch in anderen Ländern. Der chinesische Kaiser hatte in diesen Fällen die Verantwortung, die er an die lokale Verwaltung delegierte, indem dort Lebensmittelreserven angelegt werden mussten, um diese bei Hungersnöten an die Bevölkerung zu verteilen. Das 18. Jahrhundert war durch politische Kämpfe im Inneren und Äußeren gekennzeichnet, sodass Hungersnöte die Folge waren. Außerdem wuchs die Bevölkerung in dieser Zeit von 56 Millionen im Jahr 1644 auf 400 Millionen Menschen im Jahr 1911 an;⁴ problematisch war, dass die Agrarwirtschaft nicht genügend Lebensmittel für dieses Bevölkerungswachstum produzierte. Hinzu kommt, dass die Volksrepublik in ihren heutigen Grenzen 7% des weltweit landwirtschaftlich nutzbaren Gebietes besitzt und damit 1,4 Milliarden Menschen, ein Fünftel der Weltbevölkerung, ernähren muss.⁵ Die Frage der Nahrungsmittelversorgung bleibt also bis in die Gegenwart virulent.

Nach Gründung der Volksrepublik China durch die Kommunistische Partei im Jahr 1949 besserte sich die Lage zunächst, um dann mit dem großen Sprung nach vorne in den Jahren 1958 bis 1961 – einer politischen Kampagne zur Beschleunigung der Industrialisierung – in einer Katastrophe zu münden. In dieser Zeit starben zwischen 35 bis 70 Millionen Menschen in China an Hunger. Ursachen waren Missmanagement im Rahmen der Planwirtschaft und Naturkatastrophen.⁶ Die ideologischen Kampagnen Maos und die Kollektivierung der Landbevölkerung führten zu sehr hoher Armut der Landbevölkerung, die zu dieser Zeit bei über 80% der gesamten Bevölkerung lag.⁷ Dies änderte sich mit der Reform- und Öffnungspolitik ab Ende der 1970er unter Deng Xiaoping, dessen Devise lautete, dass die wirtschaftliche Entwicklung Vorrang vor politischen Ideologien habe.

Wenn bei der Armutsbekämpfung das Jahr 1978 als Referenzjahr genommen wird, startet die Armutsbekämpfung auf einem sehr niedrigen Niveau. Zumal ab diesem Zeitpunkt die Wirtschaftsreformen begannen, die einen sehr hohen Einfluss auf die Armutsreduktion in der Bevölkerung haben.⁸ In den 1980ern lag der Fokus zunächst auf der Entkollektivierung der Landwirtschaft und dem Haushaltsverantwortlichkeitssystem, bei dem Bauern zumindest in Teilen in eigener Verantwortung ihre Äcker bewirtschaften durften. Dies hatte bereits enorme positive Auswirkungen auf die ländliche Armut. Ab 1999 stand die Entwicklung des Westens im Vordergrund, bei der durch wirtschaftliche Förderung die Armut in den westlichen Gebieten gemindert werden sollte. Der Nord-Osten, welcher

4 Deng, 2015.

5 Kliem, 2020.

6 Dikötter, 2014.

7 Bikales, 2021, S. 2.

8 Bikales, 2021, S. 2.

ehemals die Schwerindustrie beherbergte und seit den 1980ern zunehmend an wirtschaftlicher Bedeutung verlor, wurde ab dem Jahr 2004 mit einem Programm bedacht, dass die Wirtschaft fördern und vor allem die Arbeitslosigkeit beheben sollte. In dem Plan zum Aufstieg Zentralchinas aus dem Jahr 2005 wurden Programme zur wirtschaftlichen Entwicklung in Zentralchina zusammengefasst. Zentralchina besteht aus den sechs Provinzen Shanxi, Henan, Anhui, Hubei, Hunan und Jiangxi.⁹ Im Jahr 2006 wurde von der Zentralregierung der „Aufbau der neuen sozialistischen Dörfer“ proklamiert. Dabei standen der Bau besseren Wohnraums, der Ausbau der Infrastruktur und die Schaffung von Arbeitsplätzen außerhalb der Landwirtschaft im Vordergrund.¹⁰

Die Ära 2002 bis 2011 unter Regierungsführung des ehemaligen Staatspräsidenten Hu Jintao und des ehemaligen Premierministers Wen Jiabao widmete sich den sozialen Verwerfungen: Die Wirtschaftsreformen führten in den 1990er zu erheblichen Einkommensdifferenzen, weshalb ab dem Jahr 2001 ein Armutsbekämpfungsplan für die folgenden 10 Jahre erarbeitet wurde. Im Jahr 2000 lebten nach offiziellen Angaben 30 Millionen Personen in Armut. Allerdings wurde in diesem Jahr die Armutsgrenze angehoben, sodass ab 2001 94,2 Millionen Menschen in Armut lebten. Nach dem 10-Jahresprogramm waren es dann im Jahr 2010 26,9 Millionen Menschen, die unter der Armutsgrenze lebten.¹¹

Zu den Instrumenten der Armutsbekämpfung zählen unter anderem Systeme sozialer Sicherung. Gerade die Regierung unter Hu und Wen hat in diesem Bereich viele Initiativen begonnen, die am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik gut dokumentiert sind.¹² Das Problem der sozialen Sicherungssysteme in China ist jedoch, dass die Systeme sehr fragmentiert sind. Besonders Wanderarbeiter haben aufgrund der restriktiven Einwohnermeldebestimmungen, die ihnen häufig nur soziale Sicherung auf dem Land gewährleisten, Schwierigkeiten, eine adäquate Gesundheitsversorgung oder Schulbildung für ihre Kinder zu erhalten.¹³ Insgesamt existiert in der ländlichen armen Bevölkerung ein geringer Bildungsstand, ein schlechter Gesundheitszustand, eine starke Abhängigkeit von der Landwirtschaft, geringe landwirtschaftliche, insbesondere bewässerte, Fläche, oft eine Zugehörigkeit zu ethnischen Minoritäten, außerdem gab es wenig agrarische Gerätschaften und geringe Wohnflächen.¹⁴

Für die Armutsbekämpfung, aber auch die Implementation sozialer Sicherungssysteme stellen die regional sehr unterschiedlichen Lebensbedingungen eine Herausforderung dar, zumal die Armutsreduktion auf Kreisebene organisiert wird. In einer Stadt wie Shanghai sind die Lebenshaltungskosten mit denen europäischer Städte vergleichbar, während in den mittleren bzw. westlichen Provinzen teilweise noch Bedingungen wie in sehr armen afrikanischen Ländern herrschen. Einheitliche Armutskriterien für ganz China sind daher wenig sinnvoll. Schwierig

9 Xinhua, 2005.

10 Ahlers, 2014.

11 Bikales, 2021, S. 3.

12 Wie z. B. Becker, et al., 2005, Darimont, 2004, Liu, 2011.

13 Bikales, 2021, S. 5.

14 Taubmann, 2003, S. 39.

ist, vergleichbare Kriterien für die einzelnen Jahre zu eruieren, um die Armutsgebiete zu verschiedenen Zeiten abzugrenzen oder zu vergleichen.

B. Armutsbekämpfung unter Xi Jinping

Xi Jinping führte bei seinem Amtsantritt neue Leitlinien in der Armutsbekämpfung ein, und zwar die „zielgerichtete Armutsbekämpfung“, bei der die Zielgruppen vorab festgelegt werden. Nach Xi soll die Armutsbekämpfung auf die Steigerung der Agrarwirtschaft, die Bildung, auf die Umsiedlung, auf ökologische Kompensation und soziale Hilfe fokussiert werden. Im Jahr 2014 wurde landesweit eine Untersuchung gestartet, bei der knapp 90 Millionen Menschen als arm identifiziert wurden. Für diese Personengruppe sollte im Rahmen des 13. Fünfjahresplans die extreme Armut beseitigt werden, sodass bis 2020 keine extreme Armut in China mehr existieren sollte.¹⁵ Dieses Ziel wurde laut Xi im Frühjahr 2021 erreicht. Am 6. April 2021 veröffentlichte die Volksrepublik ein Weißbuch mit dem Titel „Armutsbekämpfung: Chinas Erfahrung und Beitrag“¹⁶, in dem proklamiert wird, dass China mit einem Fünftel der Weltbevölkerung die absolute Armut vollständig beseitigt und die Armutsbekämpfungsziele der Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen zehn Jahre vor dem Zeitplan erreicht habe.

Die chinesische Politik der Armutsbekämpfung hat mehrere Millionen Menschen aus der Armut befreit. Der von Xi verfolgte Ansatz, in Bildung, Infrastruktur und Gesundheit der Bevölkerung zu investieren, entspricht den aktuellen Ansätzen der Armutspolitik. Das erklärte Ziel, knapp 90 Millionen Menschen aus der Armut zu befreien, wurde eingehalten. Allerdings existieren kaum Daten, mit denen das Erreichen des Ziels überprüft werden könnte. Ein weiteres Problem besteht darin, dass Armut dynamisch ist.¹⁷ Gerade im Rahmen der Covid-19-Pandemie dürften nicht wenige Menschen wieder in die Armut abgerutscht sein.

Daher stellt sich die Frage, wer in der Volksrepublik als arm definiert wird. Xi hat bei seiner Kampagne vorab eine Zielgruppe festgelegt, die als extrem arm definiert wurde. Im Jahr 2014 hat der chinesische Staatsrat eine Liste mit 832 verarmten Landkreisen in 22 Regionen Chinas veröffentlicht. Ende 2020 verkündete der Staatsrat, dass die letzten neun Landkreise in der Provinz Guizhou von der Armutsliste gestrichen wurden. Im Jahr 2012 hat die offizielle Statistik 98,99 Mio. arme Menschen erfasst, Ende 2019 waren es noch 5,51 Mio.¹⁸ Im Frühjahr 2021 dann niemand mehr. Damit ist für Xi der Kampf gegen die Armut zwar gewonnen, aber wenn Standarddefinitionen für extreme Armut zugrunde gelegt werden, gibt es keine Grundlage für die Behauptung, dass die extreme Armut tatsächlich beseitigt wurde. Zwar hatte die chinesische Politik Erfolge in den letzten sieben Jahren, aber ein Nachweis für die Beseitigung der extremen Armut existiert nicht.¹⁹

15 Bikales, 2021, S. 3.

16 Staatsrat, 2021.

17 Bikales, 2021, S. 4.

18 Staatsrat, 2021.

19 Bikales, 2021, S. 28.

Außerdem ist Armut dynamisch. Daher ist eine andere Überlegung, ob die Volksrepublik relative Armut als Maßstab nehmen sollte, um in Zukunft die Armut und vor allem die Ungleichheit in der Gesellschaft zu bekämpfen. Zukünftig dürfte Armut vor allem bei Wanderarbeiterfamilien und im informellen Sektor, d. h. in der Plattform- bzw. Gig-Ökonomie, auftreten. Ferner ist die alternde Bevölkerung bisher nur sehr gering sozial abgesichert.²⁰ Ob die Erfolge der Armutsbekämpfung daher nachhaltig sind, bleibt abzuwarten.

C. Chinesische Politik der Armutsbekämpfung als Modelle für andere Staaten

Sowohl von der chinesischen Politik als auch von Wissenschaftlern wird betont, dass die Armutsbekämpfung der Volksrepublik zur Nachahmung für andere Staaten geeignet ist.²¹ Die Besonderheiten der chinesischen Armutsbekämpfung liegen zum einen in den hohen Investitionen in die Infrastruktur, und zum anderen in der Aktivierung der Fähigkeiten der Landbevölkerung. Ersteres zählt nur indirekt zur Armutsbekämpfung.

Eine Besonderheit des chinesischen Ansatzes, der möglicherweise zur Nachahmung geeignet ist, sind Agritainment-Aktivitäten. Darunter werden agrarbezogener Tourismus oder agrarbezogene Unterhaltungsaktivitäten, die gegen ein Entgelt auf landwirtschaftlichen Flächen zu Erholungs- oder Bildungszwecken erlaubt oder genehmigt werden, verstanden. Ferner sind Initiativen erfolgreich, bei denen die ländliche Bevölkerung mittels digitaler Plattformen ihre Produkte verkauft.²² Der Gedanke, Entwicklungshilfe und damit Armutsbekämpfung über digitale Formate zu organisieren, wurde in Afrika bereits versucht, allerdings mit nur mäßigem Erfolg. Im Ergebnis ist die Zusammenarbeit zwischen Afrika und China vorwiegend kommerzieller Natur und der Aufbau digitaler Plattformen wurde nicht forciert. Zwar besteht in Afrika der Wunsch, sich aus der Armut zu befreien, aber die westliche, finanzielle Unterstützung ist limitiert und meistens an viele Bedingungen geknüpft. China ist bereit sich zu engagieren, aber das Engagement ist auf die eigenen wirtschaftlichen Interessen begrenzt und nicht wirklich von dem Gedanken der Armutsbekämpfung getragen.²³ Eine eigene Plattformökonomie für Afrika wurde in den Projekten nicht etabliert. Der Ansatz, mit der Plattformökonomie Armut zu beseitigen, bleibt jedoch ein mögliches Modell.

²⁰ Bikales, 2021, S. 37.

²¹ Statt aller Lin, 2012.

²² Darimont, et al., 2020.

²³ Gagliardone, 2019, 95–96.

D. Perspektiven

Das Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik hat sich über Jahrzehnte mit der Entwicklung von sozialen Sicherungssystemen in China und Afrika beschäftigt.²⁴ Gerade im Hinblick auf Initiativen zur Zusammenarbeit von China und Deutschland bei afrikanischen Projekten wären Fragen der Armutsbekämpfung in den beiden Ländern ein fruchtbarer Forschungsbereich. In Zeiten geopolitischer Auseinandersetzungen und Polarisierung zählt die Armutsbekämpfung zu einem Themenbereich, an dem alle Nationen Interesse haben sollten. Austausch und Dialog im Bereich der sozialen Sicherheit sind gegenwärtig jedenfalls notwendiger denn je.

E. Literaturverzeichnis

- Ahlers, A. L., 2014. Rural Policy Implementation in Contemporary China: New Socialist Countryside. s. l.: Taylor & Francis.
- Becker, U., Zheng, G. & Darimont, B., 2005. Grundfragen und Organisation der Sozialversicherung in China und Deutschland. Baden-Baden: Nomos.
- Bikales, B., 2021. Reflection on Poverty Reduction in China. Quelle: www.eda.admin.ch/dam/countries/countries-content/china/en/20210608-Poverty-Reduction-China_EN.pdf.
- Böge, F., 2021. Hat China die Armut wirklich besiegt?. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5 März.
- Darimont, B., 2004. Sozialversicherungsrecht der V. R. China: Unter besonderer Berücksichtigung der Rentenversicherung und ihrer Reformfragen. Baden-Baden: Nomos.
- Darimont, B., Friedrich, M. & Henselmann, J., 2020. E-Commerce. In: B. Darimont, ed. *Wirtschaftspolitik der Volksrepublik China*. Wiesbaden: Springer Gabler, pp. 192–197.
- Deng, K., 2015. China's Population Expansion and Its Causes during the Qing Period, 1644–1911. In: The London School of Economics and Political Science (Hrsg.): *Economic History Working Papers*. Band 219; Quelle: <http://eprints.lse.ac.uk/64492/1/WP219.pdf>, Mai.
- Dikötter, F., 2014. Maos Großer Hunger: Massenmord und Menschenexperiment in China (1958–1962). Stuttgart: Klett-Cotta.
- Gagliardone, I., 2019. China, Africa, and the future of the Internet. London: Zed.
- Kliem, S., 2020. Landwirtschaftspolitik und Nahrungsmittelversorgung. In: B. Darimont, ed. *Wirtschaftspolitik der Volksrepublik China*. Wiesbaden: Springer Gabler, pp. 259–281.
- Lin, Y., 2012. The Quest for Prosperity: How Developing Economies Can Take Off. s. l.: Princeton University Press.
- Liu, D., 2011. Reformen des Sozialleistungsrechts in der Volksrepublik China: Unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Verfassung und des Einflusses internationaler Organisationen. Baden-Baden: Nomos.
- Mpedi, L. & Darimont, B., 2007. The dualist approach to social security in developing countries: Perspectives from China and South Africa. *Journal of Social Development in Africa*. Bd. 22., pp. 9–33.

²⁴ Mpedi & Darimont, 2007,

- Staatsrat, 2021. *Poverty Alleviation: China's Experience and Contribution*, s. l.: Xinhua: www.xinhuanet.com/english/2021-04/06/c_139860414.htm.
- Taubmann, W., 2003. Ländliche Armut und ihre Bekämpfung in der VR China. *ASIEn*, Juli, pp. 33–50.
- Xinhua, 2005. New Strategy to Develop the Central Region. Quelle: www.china.org.cn/english/2005/Apr/127545.htm.
- Xinhua, 2020. 怎么看“6亿人每月收入1000元”. Xinhua; Quelle: https://web.archive.org/web/20201016191828/www.xinhuanet.com/politics/2020-06/22/c_1126144559.htm, 22 Juni.

Lorena Ossio Bustillos, La Paz

Herausforderungen für das Recht der Sozialleistungen für indigene Völker in Lateinamerika

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Diversidad y Derecho social
- C. Marco histórico – Jurídico de la diversidad cultural en Bolivia
 - I. Los derechos indígenas en los tratados internacionales ratificados por Bolivia
 - II. Derechos indígenas en la Constitución Boliviana de 2009
 - III. El Tribunal Constitucional Plurinacional y la legislación especial sobre el derecho indígena
- D. Conclusiones

A. Einführung

Der vorliegende Aufsatz ist in Spanisch verfasst und entstand durch verschiedene Lernphasen und motivierende akademische Projekte im interkulturellen Gedankenaustausch mit Weggefährten aus meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht. Besonders herausgefordert und bereichert hat mich zudem der Aufbau einer Partnergruppe zwischen dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik und der katholischen Universität in Bolivien (2021–2025).

Die „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“ ein Gedanke, den Professor Hans F. Zacher in unserem Gespräch in Zusammenhang mit Sozialrechtsforschung und Entwicklungsländern erwähnte, bedient sich einer figurativen Sprache, die den Stand der auf der Welt gültigen Rechtsentwicklungen und Rechtsverständnisse zutreffend beschreibt. Wenn die Wirklichkeit und die Komplexität der gesellschaftlichen Vielfalt und Ordnungsentwürfe von uns die Bereitschaft zu immer neuen Perspektivenwechseln verlangt, kann ein wissenschaftliches Gespräch Quelle sein, um rechtliche Probleme zu erfassen und Lösungsansätze für die Herausforderungen von wenig erforschten Rechtssystemen zu finden.

Der Zugang zu der MPISOC Bibliothek und die wissenschaftlichen Gespräche, die Professor Ulrich Becker leitete, waren eine solche Quelle für meine Weiterentwicklung und rufen in mir immer wieder aufs Neue eine große Begeisterung hervor. In diesen Räumen lässt sich die Wissenschaftsfreiheit tief atmen. Der Gewinn von rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen und die Ermöglichung einer gemeinsamen Kommunikationsebene des wissenschaftlichen Austauschs ebnen den Weg für ein universales Verständnis der Rechtswissenschaft und fördern die Bereitschaft, auf interdisziplinäre Methoden einzugehen. Diese Überzeugung begleitet meinen wissenschaftlichen Weg hin zu der Rechtsvergleichung. Das aber bedeutet nicht, dass die Erkenntnisse überall gleichgesehen und gleich aufgenommen werden. Als Rechtsvergleichende erleben wird das besonders im globalen Süden, wenn wir die Grenze überqueren und andere Verständnisse für grundsätzliche Begriffe wie Rechtsquellsysteme und Gewaltenteilungsprinzip in einer

anderen Verfassungsordnung entdecken. Die Erkenntnisse vermögen sich jeweils kennzeichnend – den nach Raum und Zeit besonderen Gegebenheiten (nicht weniger wichtig im Rechtsvergleich: die Gegebenheiten der Sprache) und Bedürfnissen gemäß – zu verkörpern.

B. Diversidad y Derecho social

La diversidad en América Latina desde una perspectiva cultural y legal es una herramienta metodológica útil para analizar el derecho frente a sociedades plurales. En este sentido la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la Cultura (UNESCO) se refiere a que „la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio” y establece así una comparación entre la diversidad cultural que es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos.¹ La diversidad cultural entonces así concebida refleja un proceso dinámico que se asume como una contribución positiva al desarrollo².

En el presente artículo analizaremos este proceso dinámico de la cultura y así como los elementos estáticos inherentes al derecho que como producto histórico normativo introduce definiciones legales o „categorías congeladas” en la historia de la legislación relativa a los pueblos indígenas, originarios y campesinos de Bolivia y su relación con las prestaciones sociales. De esta manera poder entender el contexto del derecho social en países en vías de desarrollo como el derecho de las prestaciones sociales y su compleja justificación.

La Constitución vigente de 2009, en su artículo segundo define la identidad cultural como producto de la herencia cultural³ de la historia precolonial de Bolivia. Desde una interpretación restringida se estaría excluyendo a quienes no tienen ese pasado precolonial, caso imaginable sería el de las poblaciones afrodescendientes que al no compartir historias precoloniales en la región no se considerarían de identidad indígena. En este artículo analizaremos las consecuencias de la inclusión o exclusión que puede generarse al introducir definiciones legales en la cultura respecto a los pueblos o naciones indígenas originarios campesinos frente a la nación boliviana y las dificultades de su interpretación constitucional.

El desafío planteado a los ordenamientos jurídicos y en el caso de la Constitución de Bolivia de 2009 en particular, consiste por tanto en identificar estructuras normativas que no pretendan homogeneizar esta diversidad, sino al contrario de lo que se trata aquí es analizar cómo puede la normatividad lidiar con esta diversidad y acomodarse a ésta en el tiempo. La respuesta a la diversidad cultural en lo político se denomina pluralismo cultural y para el derecho pluralismo jurídico. A veces la no regulación del Derecho puede conllevar situaciones positivas. En

1 Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, Art. 1 (2 de noviembre 2001) accesible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-IURL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

2 Ver la Declaración Universal diversidad cultural como factor de desarrollo en su artículo tercero.

3 Para diferenciar conceptualmente las categorías de identidad cultural, diversidad cultural y herencia cultural ver K-P. Sommermann, *Kultur im Verfassungsstaat* en: *VVDStRL* 65 (2006), S. 29 siguientes.

efecto, frente a la insuficiencia o indiferencia del Estado formal⁴ de dar respuesta ante esta diversidad cultural jurídica; los comunarios, originarios, indígenas y campesinos fortalecieron sus formas originarias de organización como recurso para responder a sus necesidades básicas y aplicaron sus propios criterios de normatividad.

La descripción tiene por objeto aproximar al lector a una realidad jurídica de difícil aprehensión y no pretende ser exhaustivas en los contenidos de los sistemas jurídicos indígenas para entender el contexto en donde se desarrolla el derecho social en sociedad del sur global.

C. Marco histórico – Jurídico de la diversidad cultural en Bolivia

En el caso boliviano la cultura administrativa carga con un legado colonial muy fuerte, que crea un espejismo entre las formas y sus contenidos. Por lo general la formalización adquiere una connotación negativa, largas colas para la espera de un documento, sellos y firmas son claros ejemplos para ello. Y se convierten en el verdadero desafío para cambios estructurales de la administración estatal y la toma de decisiones de manera eficiente y eficaz. Probablemente uno de los mayores desafíos para cualquier sistema jurídico es el encontrar la correspondencia justa entre la forma y su contenido. Es lo que se entiende al derecho social y su relación con el derecho público y a una buena administración pública de los recursos y las transferencias sociales.

Con la institucionalización del pluralismo jurídico, los sistemas jurídicos indígenas también deberán reflexionar sobre el impacto de esta formalización que viene del Estado al interior de sus sistemas, con ello se confronta además los efectos del manejo de la cosa pública. ¿Si las autoridades comunitarias se convierten en agentes del estado, existirá el riesgo que se pueda perder su flexibilidad y dinamismo y finalmente hasta su propia autoridad en la comunidad indígena? El concepto de función pública implica para algunos sistemas jurídicos indígenas una obligación con cargas económicas fuertes y no remuneradas. Lo que plantea a su vez un problema a momento de aplicar un principio de proporcionalidad entre las exigencias del cargo y la responsabilidad que deben asumir las autoridades indígenas cuando se formaliza su función como parte del Estado. Uno de los objetivos de las investigaciones es entender las justificaciones y la racionalidad jurídica para otorgar prestaciones sociales a las personas vulnerables y la definición del concepto de vulnerabilidad.

4 Las limitaciones económicas del Estado boliviano revelan a través de los siguientes datos su escasa presencia y alcance en el área rural: sólo el 55 % de los municipios del país disponen de un juez, el 23 % cuenta con un fiscal y sólo el 3 % cuenta con la presencia de un defensor público. Red Participación y Justicia MAPA DE SERVICIOS DE JUSTICIA. La Paz 2007.

I. Los derechos indígenas en los tratados internacionales ratificados por Bolivia

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, fue ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991, cuyo art. 8 señala que la legislación nacional debe tomar debidamente en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario de sus pueblos indígenas. Poco después, en 12 de agosto de 1994 se promulgó la Ley 1585, de Reforma a la Constitución Política del Estado, reconociendo el carácter multiétnico y pluricultural del país y el derecho de sus pueblos indígenas a administrar justicia sobre la base de su derecho consuetudinario (art. 1 y 171⁵).

El 13 de septiembre 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y es ratificada por el Estado boliviano como ley de la República en fecha 7 de Noviembre de 2007. A efectos prácticos, la real trascendencia de esta declaración comienza por el verdadero principio de toda la declaración (art. 3), el del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas no sólo política, donde dicha limitación opera, sino también económica, social y cultural, para lo que no hay limitación y cuyo campo está realmente abierto por todo el despliegue y especificación de derechos de la Declaración misma.

II. Derechos indígenas en la Constitución Boliviana de 2009

El segundo artículo de la Constitución boliviana, promulgada el 7 de febrero de 2009 se refiere a la libre determinación de naciones y pueblos indígena originario campesinos y a través de este artículo se entiende como libre determinación su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

El artículo treinta se refiere al concepto de Nación y derechos en los siguientes términos:

I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

En el párrafo segundo se refiere a los derechos colectivos de los pueblos indígenas como al derecho a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; a la libre determinación y territorialidad; a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado; a la titulación colectiva de tierras y territorios; la protección de sus lugares sagrados; a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios; a

5 El artículo 171 de la Constitución de 1995, que a la letra estipulaba en el párrafo tercero: „III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.”

que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados; a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo; a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo; al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales; al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

Específicamente para el derecho a los recursos naturales no renovables la consulta es obligatoria para lo demás casos gozan del derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

III. El Tribunal Constitucional Plurinacional y la legislación especial sobre el derecho indígena

El art. 196 de la Constitución de Bolivia de 2009 determina que „en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto“.

El poder ejecutivo editó una enciclopedia con 1840 legajos que representan 3490 documentos producidos en el proceso constituyente, en 5 tomos.⁶

6 En los debates del proceso constituyente la forma de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional giró en torno a quién debería realizar su elección, debate que se inclinó por la elección directa y el nombramiento por el congreso a través del Consejo de la Magistratura mediante concurso de méritos.

También se debatió sobre la naturaleza intercultural que debería mantener el TCP, situación que no fue comprendida por la minoría y más bien rechazaba una composición intercultural del TCP considerando que las causas indígenas no componen ni siquiera un número considerable del universo de acciones. Sin embargo, se impuso el elemento de pluralismo jurídico diseñado por la comisión de Visión País, que fue entendido como la necesidad de construir la institucionalidad del TCP guardando relación con la jurisdicción indígena en igualdad de condiciones, bajo la ausencia de elementos de subordinación.

En cuanto al conocimiento de causas, se estaba proponiendo que el TCP tuviese la posibilidad de seleccionar los casos que conocería en materia de tutela de derechos, bajo criterios de relevancia social, definición de contenido de derechos e interpretación necesaria que involucre un cambio de entendimiento sobre alguna norma o jurisprudencia. Propuesta que no prosperó como se puede evidenciar en el texto final de la Constitución. Asimismo, se intentó aperturar la legitimación activa en las acciones de inconstitucionalidad abstracta para que cualquier ciudadano tuviese la oportunidad de presentar esta acción. Hecho que no se habilitó y más bien se mantuvieron las mismas competencias del TCP que se hallaban en la Constitución anterior, que no derivó en mayor debate, añadiéndose la facultad de dirimir conflictos entre las entidades autónomas y la reafirmación de revisar las resoluciones de la jurisdicción indígena. No obstante, se tuvo presente en no aceptar omnipresencia, y más bien, establecer que el TC no se constituye en un poder o suprapoder, y por tanto no ejerza legislación positiva dentro de su actividad jurisdiccional; ello explicaría la introducción del criterio de la voluntad del constituyente como principal método de interpretación. (La autora agradece la investigación del Gustavo Medinacelli referente a los documentos de la Enciclopedia del Proceso Constituyente Boliviano que se reproduce en este pie de página).

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado una línea jurisprudencial al respecto que en un primer momento era de interpretación restringida siguiendo los procedimientos procesales como lo establecía la Sentencia Constitucional Plurinacional, SCP 0017/2015 que determinaba que por el sólo hecho de no haberse promovido „oportunamente” o „en un primer momento” el conflicto de competencias, ello implicaba automáticamente una „aceptación tácita de la jurisdicción” fue luego reemplazada por una nueva línea jurisprudencial, por la Sentencia Constitucional Plurinacional 0060/2016. Es así que la *„Consiguientemente, al constituir lo expresado un cambio de línea se entiende que en adelante los conflictos de competencias jurisdiccionales podrán suscitarse en cualquier estado del proceso no siendo exigible que el mismo sea promovido en determinado plazo por cuanto el principio del pluralismo jurídico así lo permite”*.

D. Conclusiones

La diversidad es una herramienta metodológica que abre la perspectiva para el estudio de las sociedades plurales y su relación con el fenómeno normativo, que debe superar su aproximación homogeneizante. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 toma en serio este desafío de flexibilizar las formas para adecuarse a esta diversidad cultural, no obstante todavía requiere de un apoyo institucional para los órganos del Estado sin intromisión políticas. El desafío consiste en preservar el principio de seguridad jurídica y precautelar los derechos y garantías constitucionales para todos los habitantes de un país en vías de desarrollo.

La bifurcación entre el derecho y la sociedad encuentra en esta valoración positiva de la diversidad cultural un puente de encuentro entre sistemas normativos que cumplen funcionalmente y formalmente con los contenidos de un „Rule of Law” en la acepción anglosajona o de un Estado Social de Derecho en su concepción continental europea o del Vivir Bien o Buen Vivir, que busca armonía como la aplicación de los valores en sociedades plurales e inclusivas.

Con la formalización del pluralismo jurídico a nivel constitucional se debe reflexionar sobre el impacto que tiene este proceso de constitucionalización a nivel interno de las comunidades indígenas originarias y campesinas; así como para los efectos del manejo de la cosa pública y la administración de la justicia.

Los estudios tanto a nivel antropológico-culturales como de la jurisprudencia constitucional sobre la jurisdicción originaria campesina son muy iniciales y requieren de una profundización respecto a su rigurosidad científica y objetividad en el manejo de la información y acceso transparente para evitar intromisión de cualquier interés económico o político, especialmente en materias que comprometen derechos políticos, propiedad de la tierra y sanciones en el ámbito del derecho penal.

Se requiere un análisis sistematizado y más profundo de la jurisprudencia en materia de pluralismo jurídico y de la aplicación de la jurisdicción indígena originaria campesina del Tribunal Constitucional Plurinacional y de otras funciones del Estado como de la introducción de las autonomías. La introducción de la au-

tonomía ha permitido el manejo de los propios recursos y la otorgación de prestaciones sociales sin contar con un sistema de criterios claramente definidos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrolla un pensamiento jurídico innovador para América Latina en la argumentación jurídica y quizá menos en las técnicas normativas de citación de publicaciones o informes de sustento una racionalidad muy particular, aunque quizá también revele precisamente a su vez las dificultades metodológicas de un tribunal diseñado para crear lineamiento generales tener que resolver casos que responden a un derecho consuetudinario casuístico en materia de derecho social.

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

A. Ein bedeutsames, aber unterbelichtetes Feld

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

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

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

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

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

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

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

B. Das Wissen über Rechtstransfers

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Richtungen künftiger Rechtstransferforschung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Mit ähnlichem Tenor Michaels, *ibid.*

Pursuit of gainful employment during sick leave and entitlement to sickness benefit – a German-Polish comparison¹

Table of Content

- A. Introduction
- B. Sickness benefit from social (sickness) insurance – brief characteristics of the benefit and protected risk
- C. Possibility of receiving sickness benefit and performing gainful employment at the same time – Polish regulations
- D. Possibility of receiving sickness benefit and performing gainful employment at the same time – German regulations
- E. Summary

The year 2022 marks an important anniversary in the calendar of social law scholarship. On 3 June 1982, the Max-Planck-Institut for foreign and international social law was founded. Since 2011 the Institute exist as the Max-Planck-Institut for Social Law and Social Policy. This institute has played and continues to play an important role in the world of social law scholarship not only in Germany – it is an institution with an international reputation that contributes to social law scholarship worldwide. The author of this text has had the honour and pleasure to visit the Institute several times, first as a scholarship holder of the Max-Planck-Gesellschaft, when he was preparing his doctoral dissertation on German long-term care insurance, and then as a scholarship holder of the Alexander von Humboldt Foundation. It would not be an exaggeration to say that the research stays at the Institute enabled me to prepare my dissertation and obtain a doctorate in law. Equally important, the cooperation between MPI for Social Law and Social Policy and the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, which was initiated by Prof. H. F. Zacher and Prof. H. Szurgacz many years ago, thus continued and I hope it will continue for many more years.

A. Introduction

The purpose of this paper is to discuss the similarities and differences between Polish and German social insurance law with regard to the possibility of gainful employment during sick leave and while receiving sickness benefit². Therefore, it has a comparative character and is based on the analysis of relevant legal regulations with the use of the dogmatic method. The comparative legal issues are

1 The text was written under the Alexander von Humboldt Foundation Humboldt Research Fellowship for Postdoctoral Researchers. It is a modified version of an original Polish version, which was published in *“Prawo pracy i prawo socjalne: teraźniejszość i przyszłość: księga jubileuszowa dedykowana Professorowi Herbertowi Szurgaczowi”*, eds. R. Babińska-Górecka, A. Przybyłowicz, K. Stopka, A. Tomanek, Wrocław 2021

2 For other aspects of Polish and German regulations on sickness benefit see A. Przybyłowicz, *Co kształtuje prawa do zasiłku chorobowego w polskim i niemieckim ubezpieczeniu chorobowym? Wybrane zagadnienia*,

undoubtedly an important part of the scientific objectives pursued for many years by the Institute, and are part of the range of issues raised in the pages of ZIAS as well.

B. Sickness benefit from social (sickness) insurance – brief characteristics of the benefit and protected risk

Sickness benefit in the Polish and German social insurance system is a benefit under sickness insurance³. It must be noted, however, that in these systems the concept of sickness insurance itself has a different meaning. German sickness insurance (*Krankenversicherung*) is divided into statutory sickness insurance (*gesetzliche Krankenversicherung*, referred to as GKV⁴) and private sickness insurance (*private Krankenversicherung*, known as PKV). This insurance covers health care benefits in the case of a sickness (benefits in kind and in the form of services) – regardless of whether the sickness has affected an insured person in gainful employment. The second type of benefit is a cash benefit for insured persons whose illness results in inability to work, i. e. it prevents them from performing gainful employment. This is mainly the sickness benefit (*Krankengeld*)⁵. Thus, it covers the social risk of illness understood as unhealthiness/ lack of health (defined as such in Polish literature, e. g. by J. Jończyk⁶) and risk of temporary incapacity due to illness⁷. Under the Polish system of social law, sickness insurance provides only cash benefits, thus it only covers situations where the state of health translates into an inability to perform gainful employment. Health care services, which are primarily aimed at restoring health are provided by health insurance, regulated in the Act of 27 August 2004 on health care services financed from public funds⁸, which from a formal point of view does not belong to social insurance⁹.

It is therefore reasonable to state that in both, Poland and Germany, the risk protected by sickness benefit is not the illness itself. It is only the cause of the social risk, which is the inability to work (understood as an economic consequence

Przegląd Prawa i Administracji. Vol. CXXIII, Wrocław 2020, pp. 43–59.

³ More precisely, in Poland it is insurance against sickness and maternity.

⁴ Regulated in Book V of the German Social Code (das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Gesetz vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482 as amended), accessed online at www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/ on 29.04.2021 – hereinafter referred to as SGB V.

⁵ R. Waltermann, *Sozialrecht*, Heidelberg 2018, p. 91; S. Muckel, *Sozialrecht*, München 2007, p. 146.

⁶ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2001, p. 18.

⁷ I. Jędrasik-Janowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2016, p. 210–211. The author stresses that by adding the adjective „temporary/transient“ it is possible to distinguish the risk in question from inability to work within the meaning of the disability insurance regulations. In the Act of 25 June 1999 on cash benefits from social insurance in case of sickness and maternity (consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 870 with amendments – hereinafter referred to as the Act of 25 June 1999) Polish legislator uses the notion of „inability to work due to illness“, and J. Jończyk, cited above, defines the risk in question as „the risk of inability to work or conduct activity“. (op. cit., p. 17); In Germany, the risk of incapacity for work in sickness insurance is referred to as „Arbeitsunfähigkeit“ and the risk covered by disability insurance is „Erwerbsminderung“.

⁸ Consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 1373 as amended.

⁹ Health insurance is not indicated as a type of social insurance in Article 1 of the Act of 13 October 1998 on the social insurance system (consolidated text: Journal of Laws 2019, item 300 as amended). According to the provision mentioned above, there are four types of social insurance in Poland: pension, disability, sickness and accident insurance.

of the illness)¹⁰. I therefore assume that the content of that risk is incapacity to work as a result of illness, entailing a loss of earnings¹¹. The essence of sickness benefit, both in Poland and in Germany, is that it is meant to replace (usually only partially¹²) wages not earned by the insured person because of his sickness¹³. Bearing this in mind, it seems obvious that performing gainful employment during the period of inability to work due to illness (i. e. during the period of sick leave) and earning income on this account must automatically exclude the right to the benefit. If the insured, despite the occurrence of illness, performs gainful employment, it should mean that sickness does not actually cause inability to perform work, and thus the social risk (understood as mentioned above), cannot be said to have been fulfilled at all¹⁴. *Prima facie* receipt of sickness benefit and simultaneous gainful employment during a period of sick leave should therefore be unacceptable.

C. Possibility of receiving sickness benefit and performing gainful employment at the same time – Polish regulations

The Polish Act of 25.06.1999 explicitly addresses the issue of performing gainful employment during sick leave. Pursuant to Article 17 section 1 of the Act of 25.06.1999, an insured person who performs paid work during the period of diagnosed inability to work or uses his/her leave in a manner inconsistent with the purpose of this leave loses the right to sickness benefit for the whole period of this leave. In this regard, the Polish legislator strictly links the right to sickness benefit with the actual occurrence of a social risk. Performing any kind of gainful employment excludes the possibility of receiving sickness benefit for the period of a given sick leave. At the same time, it should be noted that, as a general rule, the insured person will not be affected by the economic consequences of his/her illness because he/she will receive remuneration for this work. Pursuant to Polish labour law, work performed must be remunerated. If the insured person performs gainful employment on the basis of a civil law contract (e. g. a contract of mandate or contract for specific work), the performance of this contract will also result in the right to the agreed remuneration. However, this rule solely applies if the insured person only performs one gainful activity.

10 K. Ryś, *Wybrane problemy ubezpieczenia społecznego z tytułu niezdolności do pracy z powodu choroby*, *Ubezpieczenia społeczne. Teoria i praktyka*, No. 3/2017, p. 79; see more A. Napiórkowska, *Ryzyko w ubezpieczeniu społecznym*, *Państwo i Prawo*, No. 12/2012, pp. 63–64.

11 See also W. Szubert, *Ubezpieczenia społeczne. Zarys systemu*, Warszawa 1987, p. 90; J. Piotrowski, *Zabezpieczenie społeczne. Problematyka i metody*, Warszawa 1966, pp. 96–97.

12 See also J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia...*, *op. cit.*, pp. 203, 205.

13 I. Jędrasik-Jankowska, *Zasilek chorobowy jako świadczenie w razie czasowej niezdolności do pracy* [in:] *Ryzyko niezdolności do pracy w zabezpieczeniu społecznym*, eds. U. Jackowiak, R. Ziółkowska, Gdańsk 2006, p. 7; in the German literature: W. Fichte [in:] A. Erlenkämper, W. Fichte (eds.), *Sozialrecht. Allgemeine Rechtsgrundlagen. Sozialgesetzbücher und sonstige Sozialgesetze. Verfahrensrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, p. 311, also H. Sodan, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, München 2014, p. 291.

14 R. Babińska-Górecka, *Wykonywanie pracy zarobkowej jako przesłanka utraty prawa do zasiłku chorobowego (uwagi na tle art. 17 ustawy chorobowej)*, *Z Zagadnień Zabezpieczenia Społecznego*, No. 6(2014), p. 9.

This poses a problem insofar as many insured persons in Poland are currently simultaneously engaged in several types of paid work, which may at the same time constitute the title of social insurance – e. g. employment with two employers on the basis of two employment contracts¹⁵. Thus, the question arises, whether such an insured person may refrain from performing the first job and collect benefits due to incapacity for this work, and at the same time perform the second job. In practice, the Polish Social Insurance Institution assumes that it is not allowed to perform any work, not only the one which is the title of insurance and in which the issued sick leave justifies the absence from work. This means that in the case of having several titles of insurance (e. g. remaining in two employment relationships) the insured person is obliged to refrain from performing all of his/her gainful activities, or else losing the right to the benefit. Therefore, it is not possible to receive sickness benefit for refraining from one job and at the same time performing another job which is not prevented by the diagnosed illness¹⁶. For example, loss of voice prevents an academic from working as academic teacher, but if the person is also a lawyer, the condition does not necessarily prevent her from performing the duties of the other job. Polish literature emphasizes that such an interpretation is not correct and that the impact of a given disease on the ability to perform each of the jobs covered by the insurance should be assessed separately¹⁷. I fully agree with this position. However, it is not reflected in practice¹⁸. It should also be emphasized that the interpretation proposed in the doctrine would be beneficial for the risk community itself. In the case of two titles of sickness insurance, it would allow for parallel collection of benefit and remuneration, while the current practice of the Social Insurance Institution and the social insurance courts results in the necessity of paying two benefits, although sometimes the disease does not cause inability to perform the second job (i. e., in relation to one of the jobs the social risk has not been realized).

It is also worth noting here that in accordance with Article 17 section 1 of the Act of 25.06.1999 it is irrelevant whether the insured performed paid work during the entire period of sick leave or whether they did so for any period of time (even for a few hours). This provision constitutes the sanction of losing the right to benefit for the entire period of sick leave, which may give rise to doubts regarding the principle of proportionality. According to this provision the sickness benefit is not granted for periods of inability to work during which the insured retains the right to remuneration under the provisions on remuneration. On this basis, the insured person would lose sickness benefit only for the period in which he/she actually worked and for which he/she received remuneration¹⁹. In practice, the in-

15 A. Jabłoński, *Prawo do zasiłku chorobowego osoby wykonującej pracę w ramach kilku tytułów ubezpieczenia* [in:] *Z zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego. Księga jubileuszowa Profesora Herberta Szurgacza*, (eds.) Z. Kubot, T. Kuczyński, Warszawa 2011, p. 425

16 R. Babińska-Górecka, *Wykonywanie pracy...*, op. cit., p. 11

17 For example. I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, op. cit., p. 345. I fully endorse this author's view.

18 A. Jabłoński, *Prawo do zasiłku...*, op. cit., p. 426–427 and the judgements cited therein; A. Jabłoński himself adheres to the restrictive standpoint presented in the judicature.

19 I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, op. cit., p. 244

surance institution then applies Article 17 section 1 of the Act of 25.06.1999 and deprives the right to benefit for the entire period of sick leave.

D. Possibility of receiving sickness benefit and performing gainful employment at the same time – German regulations

In Germany, sickness benefit compensates (partially²⁰) lost earnings, and is therefore entitled when, due to illness, an employee is unable to work and thus earn wages. The economic aspect is of primary importance in determining the content of this social risk. This is confirmed by the regulations in §§ 49–50 SGB V. A provision analogous to Article 17 section 1 of the Polish Act of 25.06.1999 can be found in § 49 I 1 of SGB V, according to which the right to sickness benefit is suspended as long as the insured person receives remuneration for work or a business that is subject to contributions. The German legislator does not refer to the situation of work being performed, as the Polish legislator does in Article 17 section 1 of the Act of 25 June 1999, but to whether the insured person is remunerated during this period. What is at issue here is the remuneration actually paid²¹, e. g., sick pay or remuneration for work in the event of actual performance of work despite a confirmed inability to work. If the employer does not pay sick remuneration, the right to the benefit is not suspended, and if the employer pays part of the remuneration, the right to the benefit is suspended only with regard to the paid amount²². According to the wording used, in case of performing work (for which he receives remuneration in accordance with the provisions of the labour law) during a period of sick leave, the German insured is not deprived of the right to benefit for the entire period of sick leave, but only for the period actually worked, for which he received remuneration for work. This is a much more favourable regulation for the insured person than Article 17 section 1 of the Polish Act of 25 June 1999.

The situation of insured persons employed on the basis of several contracts is also different than in Poland. It is then assumed that the suspension of the right to the sickness benefit concerns the inability to work resulting exclusively from the title of insurance from which the benefit would be paid. In the case of parallel employment relationships (titles of insurance), the employee may receive the benefit from one title, and remuneration for work performed from another insurance title, if a given disease results in an inability to work with regard to one job only²³. As

20 70% of the regular remuneration earned and may not exceed 90% of the calculated net remuneration – § 47 I SGB V

21 And not just the creation of a claim for payment, see J. Joussen [in:] U. Becker / T. Kingreen (eds.), *SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar*, 7. Auflage 2020 (commentary to § 49 SGB V, Nb. 3; accessed online at www.beck-online.beck.de on 30.04.2021). This means that if the German employer does not pay sick pay contrary to the regulations, the employee can obtain sickness allowance for this period. Polish regulations do not provide for such a possibility, since the preservation of the right to remuneration (including sick pay) is a negative prerequisite for obtaining the right to sickness benefit (Article 12(1) of the Act of 25 June 1999).

22 J. Berchtold, *Krankengeld*, Baden-Baden 2004, s. 218

23 So for example S. Schifferdecker [in:] *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, A. Körner, S. Leitherer, V. Mutschler, C. Rolfs (eds.), Werkstand 112. EL September 2020 (Commentary to § 44 SGB V, Nb. 60a-60b; accessed online at www.beck-online.beck.de on 30.04.2021), or B. Tischler, [in:] C. Rolfs/R.

these are salaries subject to contributions, the entitlement to certain lump sums in the nature of reimbursement of expenses will not be suspended²⁴ – which in Poland is also sometimes treated by the Social Insurance Institution as performing paid work resulting in deprivation of the right to benefit (e. g. lump sums for social guardians).

The construction adopted in Germany is more in line with the social risk, because it deprives the insured of benefits only for the period in which they actually worked and received remuneration, and not for the entire period of sick leave. Polish regulations may deprive the insured of their means of subsistence, even if during a longer period of inability to work they only worked for a short time (e. g., one day) and received remuneration. Such a sanction may be inadequate to the degree of the insured's „fault”.

E. Summary

The considerations above lead to the conclusion that in the legislations of both states the sickness benefit protects the social risk of temporary inability to work due to illness, in which the economic effects of occurrence of an illness are of fundamental significance. In principle, performing gainful employment (and receiving remuneration for it) during sick leave excludes the reception of sick pay, which is reflected in the legal regulations of both states. However, the solutions adopted by both legislatures differ significantly in details.

German law allows for the simultaneous reception of salary and sickness benefit in the case of several titles of insurance. In other words, the social risk is related to a specific job, and an illness which prevents the performance of only one of several jobs does not exclude the possibility of performing another job while collecting benefits from the first one. This solution in my opinion better corresponds with the content of the risk of temporary inability to work, which should be referred to individually to a given job. Illness does not have to have a negative impact on the ability to conduct several different types of gainful activity. Therefore, this individualized and concrete risk should be a premise of the benefit (it may turn out that the earnings obtained from the second job are a sufficient source of maintenance, which does not affect the possibility of obtaining the benefit – despite the lack of need, the benefit is due when the risk is fulfilled, because the disease causes a loss of property). It is worth noting that such solutions also better protect the community from risks of sickness insurance. It allows individuals to receive one sickness benefit instead of two (from one insurance title instead of two), which is a smaller financial burden for the community. Polish regulations, on the other hand, force the insured to refrain from performing any work during the period of sick leave and if both titles constitute the title of sickness insurance, they oblige the risk community to finance two benefits, even though from the

Giesen/R. Kreikebohm/P. Udsching, *BeckOK Sozialrecht*, Beck Online 2021, Auflage 60, Nb. 4 (Commentary to § 49 SGB V, Nb 4; accessed online at www.beck-online.beck.de on 30.04.2021)

24 *Ibidem*, Nb. 6

medical point of view there may have been no need to refrain from performing both jobs.

A further important difference lies in the fact that under Polish law performing any kind of remunerative work during a period of sick leave results in the sanction of deprivation of the right to the benefit for the entire period of sick leave, even if this work would have been performed for even one day of a longer sick leave. However, if the insured person performed work for only one day, he will receive remuneration for one day, and for the period of actual refraining from work during the period of sick leave he will receive neither remuneration nor sickness benefit. The German legislator has adopted a more favorable solution for the insured in this respect, according to which the payment of benefits will be suspended only for the period in which the insured actually performed work for which he received remuneration. During this period the right to sickness benefit is suspended in accordance with § 49 I 1 of the SGB V but this suspension concerns only those periods for which the insured retains the right to remuneration.

In conclusion, the German solutions in the discussed scope seem to be more well-thought-out and relate better to the social risk category of temporary inability to work. They make it possible to assess the occurrence of this risk separately with respect to each of the insurance titles, if the insured person has more than one insurance title, which makes it possible to protect the community of risk from paying benefits the payment of which is not necessary due to the retained capacity for a given job despite the occurrence of incapacity for other work.

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Sevilla

Die Abgrenzung zwischen Sozialer Sicherheit und Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union

Inhaltsübersicht

- A. Das Max-Planck-Institut in München – Ein internationaler Maßstab für die Sozialrechtsforschung
- B. Die Frage der Terminologie
- C. Die Begriffe der Sozialhilfe und der Sozialen Sicherheit im ursprünglichen Recht der Europäischen Union
- D. Sozialhilfe im Sekundärrecht: Verordnung 883/2004 und Richtlinie 2004/38
- E. Die Vis Atractiva der Sozialen Sicherheit gegenüber der Sozialhilfe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
- F. Beitragsunabhängige Leistungen und Verordnung 883/2004
- G. Beitragsunabhängige Sicherheitsleistungen als Sozialhilfeleistungen im Sinne der Richtlinie 2000/38
- H. Die Umsetzung der Richtlinie 2004/38 in Spanien: Das Konzept der „ausreichenden Einkünfte“, um die Sozialhilfe nicht zu belasten
- I. Sozialhilfe versus Sozialhilfe: Richtlinie 2016/801
- J. Der Vorschlag zur Reform der Verordnung 883/2004
- K. Sozialer Schutz und die Europäische Säule der sozialen Rechte

A. Das Max-Planck-Institut in München – Ein internationaler Maßstab für die Sozialrechtsforschung¹

Ich übertreibe nicht, wenn ich behaupte, dass das Max-Planck-Institut in München in meiner Forschungslaufbahn, wie auch in der vieler anderer Kollegen, eine Schlüsselrolle gespielt hat, denn es war und ist ein Bezugspunkt für alle Sozialrechtswissenschaftler und ein Treffpunkt, aus dem fruchtbare Projekte hervorgegangen sind. Ich habe das Max-Planck-Institut immer als „mein zweites Zuhause“ betrachtet.

Mein erster Aufenthalt am Institut war 1994, als ich dort meine Doktorarbeit über die Anwendung des EU-Rechts auf beitragsunabhängige Sonderleistungen vorbereitete. Einige Jahre später hatte ich die Ehre, Dr. Bernd Schulte als eines der Mitglieder des Prüfungsausschusses für meine Dissertation zu haben, an den ich mich immer mit Bewunderung und Zuneigung erinnern werde. Ebenso wie an Prof. Dr. Bernd von Maydell, den Direktor des Instituts, der mir meine Forschung sehr erleichterte, indem er mir Arbeitsmöglichkeiten zur Verfügung stellte, die an meiner Heimatuniversität damals undenkbar waren. Anlässlich der Feier von Prof. Dr. Zachers 70. Geburtstag wurde ich beim gemeinsamen Kaffee mit Dr. Hans-Joachim Reinhard, Dr. Peter Köhler, Dr. Otto Kaufmann, Dr. Eva Maria

¹ Arbeiten im Rahmen des MINECO-Projekts “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: conflictos de leyes y protección Social” (DER2017-83040-C4-3-R) und des Exzellenznetzwerks „La Protección Social y la Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: Los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales (RED2018-102508-T).

Hohnerlein, Dr. Angelika Nussberger und Dr. Nada Bodriga-Vukobrat näher bekannt. Sie alle haben mich auf die eine oder andere Weise geprägt. Der spätere Direktor des Instituts, Prof. Dr. Becker, hat mich bei einem Forschungsprojekt über Familienleistungen unterstützt. An die Mitarbeiter des Instituts habe ich nur gute Erinnerungen und mit der Bibliotheksmitarbeiterin Frau Winkler korrespondiere ich noch heute.

Die Forschungslinie, die ich vor so vielen Jahren bei Max Planck begonnen habe, ist immer noch eines meiner Hauptforschungsgebiete. Deshalb habe ich hier das Thema der sozialen Wohlfahrt im Recht der Europäischen Union gewählt.

B. Die Frage der Terminologie

In der Vergangenheit wurden die Leistungen der Sozialhilfe im Gegensatz zu denen der Sozialversicherung definiert und umgekehrt. Diese Interpretationstechnik „*contrario sensu*“ geht davon aus, dass es möglich ist, die Definitions- und Unterscheidungsmerkmale jedes der nebeneinanderstehenden Begriffe zu bestimmen. Eine solche Aufgabe ist jedoch keineswegs einfach, wie die Tatsache zeigt, dass zu diesem Thema „Ströme von Tinte“ geschrieben wurden.

Der Begriff Sozialversicherung wurde nach der Verabschiedung des „Social Security Act“ durch den Senat der Vereinigten Staaten am 14. August 1935 populär. Obwohl der Begriff der sozialen Sicherheit heute für jeden europäischen Bürger ein geläufiger Ausdruck ist, sind seine historischen Ursprünge nicht nur umstritten, sondern es wird ihm auch eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen, je nachdem, ob es sich um internationales Recht, EU-Recht oder nationales Recht handelt.

Zur Veranschaulichung kann die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) angeführt werden, in der es in Art. 22 heißt: „jeder hat als Mitglied der Gesellschaft das Recht auf soziale Sicherheit und Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit sowie unter Berücksichtigung der Organisation und der Mittel jedes Staates in den Genuss der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen, die für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlich sind“.

Im Internationale Arbeitsorganisation (IAO) Übereinkommen Nr. 102 von 1952 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit wird nicht definiert, was unter sozialer Sicherheit zu verstehen ist. Und in Art. 9 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 heißt es nur lapidar, dass „die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Soziale Sicherheit an; diese schließt die Sozialversicherung ein“.

In Spanien wurde der Begriff Sozialversicherung im Gesetz 193/1963 vom 28. Dezember 1963 über die Grundlagen der sozialen Sicherheit verankert, das während der Diktatur von General Franco erlassen wurde.

Auch der Begriff Sozialhilfe hat keine eindeutige und friedliche Bedeutung. *Lødemel* und *Schulte*² wiesen darauf hin, dass sich die Sozialversicherung traditionell von der Sozialhilfe durch die Höhe der gewährten Leistungen und durch die Ausgestaltung des Rechts auf Sozialversicherungsleistungen als subjektives Recht des Leistungsempfängers auf Inanspruchnahme der Leistung unterscheidet.

Da die Sozialhilfe nun aber ihren Ermessens- oder „ex gratia“-Charakter verloren hat und nun als subjektives Recht ausgestaltet ist, hat sich der Hauptunterschied zwischen den beiden Konzepten verwischt.

Der Rückgriff auf das Kriterium der Finanzierung (Steuern/Beiträge) ist nutzlos, da sowohl die beitragsunabhängigen Sozialversicherungsleistungen als auch die Sozialhilfeleistungen durch Steuern finanziert werden. Es sollte nicht vergessen werden, dass die wissenschaftliche Lehre den Steuercharakter der Sozialversicherungsbeiträge schon vor Jahrzehnten anerkannt hat. Darüber hinaus fällt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH in den Anwendungsbereich dieser Verordnungen eine Steuerbelastung (unabhängig davon, ob es sich um Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder um Einkünfte aus Immobilien handelt), die in einem unmittelbaren und sachlichen Zusammenhang mit einigen der in den Koordinierungsverordnungen aufgeführten Zweigen der sozialen Sicherheit steht, d. h. „die zur Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit desselben Mitgliedsstaats bestimmt ist“. Für die Zwecke der Verordnung 883/2004 gelten solche Abgaben daher als Sozialbeiträge, „auch wenn sie keine unmittelbare Gegenleistung oder Vergünstigung in Form von Leistungen der sozialen Sicherheit bewirken“³.

Die tiefgreifenden Veränderungen, denen nicht nur die Sozialhilfe, sondern auch die Sozialversicherung unterworfen ist, die durch die Ausweitung ihres subjektiven und objektiven Wirkungsbereichs einen allgemeinen Schutz bieten will, führen dazu, dass, wie *Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*⁴ es ausdrücken, „die Grenzen zwischen Sozialhilfe und Sozialversicherung, solange letztere nicht das volle Ausmaß ihrer Entwicklung erreicht hat, vorübergehend elastisch sind“. Bereits im berühmten Beveridge-Bericht von 1942 wurde befürwortet, dass der Bereich der sozialen Wohlfahrt von vornherein eingeengt und allmählich verkleinert wird.

Angesichts dieser Überlegungen ist die Skepsis von *Dupeyroux*, für den der Begriff der sozialen Sicherheit an sich keine besondere Bedeutung hat, kaum verwunderlich⁵.

In Wirklichkeit hat die soziale Sicherheit, wie alle menschlichen Institutionen, einen sich entwickelnden Inhalt, der davon abhängt, was zu einem bestimmten

2 Lødemel, I y Schulte, B: (1992) „Social Assistance -A part of Social Security or the Poor Law in new Disguise?“ in: European Institute of Social Research, Reforms in Eastern and Central Europe. Beveridge 50 years after, Leuven, S. 522.

3 C. Sánchez-Rodas Navarro; La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004 in: Sánchez-Rodas Navarro (dir.); Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea. Laborum. Murcia. 2021, S. 23–39.

4 M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; „Pensiones No Contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social“. Relaciones Laborales n° 12/1988, S. 6.

5 Schlussanträge des Generalanwalts Henri Mayras vom 17. Mai 1972, ECLI:EU:C:1972:40.

Zeitpunkt durch spezifische Gesetze oder Techniken gefordert oder ausgedrückt wird.

In diesem Sinne kam *Rodríguez Cardo*⁶ zu dem Schluss, dass die Schwierigkeiten bei der klaren Unterscheidung zwischen den Begriffen der sozialen Sicherheit und der Sozialhilfe auf die Tatsache zurückzuführen sind, dass der Begriff der sozialen Sicherheit selbst sowohl zeitlich als auch räumlich bedingt ist und nicht in allen Ländern die gleiche Realität bezeichnet.

*Hurtado González*⁷ erklärte seinerseits, dass das Konzept der sozialen Sicherheit letztlich ein gesetzlich festgelegtes Konzept ist. Es ist das Gesetz, das durch die Festlegung des objektiven Geltungsbereichs den Teil individualisiert, den wir soziale Sicherheit nennen.

Daraus lässt sich schließen, dass es zwangsläufig eine große „Grauzone“ gibt, wenn es um die Abgrenzung zwischen sozialer Sicherheit und Sozialhilfe geht. Um die terminologische Debatte zu vermeiden, wird daher nicht selten der allumfassende Begriff „Sozialschutz“ verwendet, um die Gesamtheit der öffentlichen Maßnahmen wirtschaftlicher und sozialer Art, die auf die soziale Integration und damit auf einen größeren sozialen Zusammenhalt durch die Gewährung bestimmter Leistungen abzielen, zu bezeichnen.

In der spanischen Gesetzgebung findet der Begriff Sozialschutz erstmals im Gesetz 46/1985 Erwähnung.

In jedem Fall hat sich der Begriff weit verbreitet, wie unter anderem folgende Beispiele zeigen: In der 92/442/EWG Empfehlung des Rates vom 27. Juli 1992 über die Annäherung der Ziele und der Politiken im Bereich des sozialen Schutzes wurde ausgeführt, dass „der soziale Schutz [...] im Rahmen eines allgemeinen Rechts eines jeden auf sozialen Schutz ein wesentliches Instrument der Solidarität zwischen den Einwohnern der einzelnen Mitgliedstaaten“ sei. Sozialschutz ist auch der Begriff, der in den Artikeln 21 Abs. 3, 151 und 153 Abs. 1 Buchst. c) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verwendet wird. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass der soziale Schutz im Gemeinschaftsbereich nicht mit dem im nationalen Kontext verwendeten übereinstimmt, und der Gesundheitsschutz ausgeschlossen ist.

Sozialschutz ist ein Begriff, der sich nicht nur im EU-Recht, sondern auch im internationalen Recht durchgesetzt hat, wie die IAO-Empfehlung Nr. 202 von 2012 über Innerstaatlichen Sozialen Basisschutz zeigt.

6 *I. Rodríguez Cardo*, „El Concepto de Asistencia Social: un Foco de Permanente Tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas“ in: *Los Nuevos Marcos de Relaciones Laborales en el renovado Estado de las Autonomías*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, S. 797–816.

7 *L. Hurtado González*, „Prestaciones no Contributivas de Seguridad Social y Prestaciones de Asistencia Social“, in: *CARL; X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Trotta. Madrid. 1992, S. 261.

C. Die Begriffe der Sozialhilfe und der Sozialen Sicherheit im ursprünglichen Recht der Europäischen Union

In verschiedenen Bestimmungen des AEUV und seiner Protokolle wird auf den Begriff der sozialen Sicherheit Bezug genommen, doch findet sich in keiner dieser Bestimmungen eine rechtliche Definition dieses Begriffs. Der Begriff „Sozialhilfe“ hingegen wird in den Artikeln des Vertrags und seinen Protokollen nie verwendet, sondern Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung.

Im Hinblick auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) kann festgestellt werden, dass der Begriff „Soziales“ nicht ausdrücklich erwähnt wird. Entscheidend für die Zwecke dieser Studie ist Art. 34 GRCh mit dem Titel „Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung“. Letztere soll zwar „die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen“ und „all jenen ein menschenwürdiges Dasein sichern“, doch lässt sich mit einer solchen Beschreibung die Grenze zwischen beitragsunabhängigen Leistungen der sozialen Sicherheit und beitragsunabhängigen Leistungen der Sozialhilfe nicht ziehen. Selbst die Bedeutung des Begriffs der sozialen Sicherheit im Sinne der Charta ist nicht eindeutig, da keine klare Unterscheidung zwischen sozialer Sicherheit, sozialen Dienstleistungen und sozialen Vergünstigungen getroffen wird.

D. Sozialhilfe im Sekundärrecht: Verordnung 883/2004 und Richtlinie 2004/38

Gemeinschaftsverordnungen und Richtlinien haben gemeinsam, dass sie beide Quellen des sekundären Unionsrechts sind, aber sich nicht an dieselben Adressaten richten und ihre Umsetzung in nationales Recht erfolgt in unterschiedlicher Art und Weise. Streng genommen kann man nicht von einer hierarchischen Beziehung zwischen den beiden sprechen.

Für den Fall, dass die Art. einer Verordnung und einer Richtlinie übereinstimmen, ist keine spezielle Konfliktlösungsregel vorgesehen. Dies wirft die Frage auf, ob der restriktive Begriff der Sozialhilfe in der Verordnung 883/2004 mit der Auslegung dieses Begriffs in der Richtlinie 2004/38 übereinstimmen muss oder ob der Begriff im Gegenteil je nach der auf den Fall anwendbaren Gemeinschaftsvorschrift eine andere Tragweite und einen anderen Inhalt hat.

Es könnte argumentiert werden, dass dieser Konflikt durch die Anwendung des Prinzips der chronologischen Reihenfolge gelöst werden könnte. Auf der Grundlage dieses Kriteriums wurde die Richtlinie 2004/38 vom 29. April 2004 im Amtsblatt der Europäischen Union am 30. April 2004 veröffentlicht. Da die Richtlinien nicht als „unmittelbar anwendbar“ anerkannt werden, sondern in nationales Recht umgesetzt werden müssen, ist zu bedenken, dass die Frist für ihre Umsetzung in nationales Recht zwei Jahre später ablief: am 30. April 2006.

Die Verordnung 883/2004 vom 29. April 2004 wurde am 7. Juni 2004 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht, aber ihr Inkrafttreten wurde auf den 1. Mai 2010 verschoben.

Der Vergleich der Daten führt zu dem Schluss, dass die Verordnung Jahre nach der Richtlinie in Kraft getreten ist. Der Grundsatz der zeitlichen Abfolge wurde

jedoch vom Gerichtshof in den ihm zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zur Auslegung des Begriffs der Sozialhilfe im Sinne der Richtlinie 2004/38 nie beachtet.

Der größte Stolperstein für Juristen ist derzeit die Tatsache, dass der Gerichtshof nach den jüngsten Urteilen zum Begriff der Sozialhilfe im Sinne der Richtlinie 2004/38 selbst zu dem Schluss kommt, dass es kein einheitliches Gemeinschaftskonzept gibt, sondern dass mehrere Konzepte der sozialen Sicherheit oder der Sozialhilfe nebeneinander bestehen können, je nachdem, welche spezifischen Rechtsvorschriften der Europäischen Union auf den jeweiligen Fall anwendbar sind.

E. Die Vis Atractiva der Sozialen Sicherheit gegenüber der Sozialhilfe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Die Rechtsprechung des EuGH zu beitragsunabhängigen Leistungen beginnt mit dem Urteil Frilli⁸, in dem es um die Frage ging, ob das in den belgischen Rechtsvorschriften geregelte garantierte Mindesteinkommen für ältere Menschen eine beitragsunabhängige Altersrente oder eine Sozialhilfeleistung im Sinne des Gemeinschaftsrechts darstellt. Der Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass diese Rechtsvorschriften in der Tat eine doppelte Funktion erfüllen: zum einen die Gewährleistung eines Existenzminimums für Personen, die vollständig vom System der sozialen Sicherheit ausgeschlossen sind, und zum anderen die Gewährleistung eines zusätzlichen Einkommens für Empfänger von Sozialversicherungsleistungen, die nicht ausreichen. In letzterem Fall muss die Leistung als Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne des Gemeinschaftsrechts eingestuft werden.

Aus dem Frilli-Urteil geht hervor, dass eines der ersten Kriterien, die der EuGH zur Unterscheidung zwischen Sozialhilfe und Leistungen der sozialen Sicherheit herangezogen hat, die Rechtsstellung des Leistungsempfängers war. Das heißt, wenn eine Rechtsvorschrift den Leistungsempfängern eine rechtlich festgelegte Position einräumt, die außerhalb jeder individuellen und ermessensabhängigen Bewertung der Bedürfnisse oder der persönlichen Situation liegt, muss sie grundsätzlich als soziale Sicherheit eingestuft werden. Das gleiche Kriterium wurde auch in den Urteilen BIASON⁹, COSTA¹⁰, FOSSI¹¹ und VIGIER¹² angewandt.

Aus diesen gerichtlichen Äußerungen können wir schließen, dass der EuGH die Einstufung der Sozialversicherung bevorzugt, so dass die Sozialhilfe subsidiär ist und nur für Leistungen gilt, die eine „Beurteilung der persönlichen Situation und der Bedürftigkeit der betreffenden Person“ erfordern. Der Gerichtshof hat jedoch selbst eingeräumt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass einige Rechtsvorschriften aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und ihrer An-

8 Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1972. ECLI:EU:C:1972:56.

9 Urteil des Gerichtshofes vom 9. Oktober 1974. ECLI:EU:C:1974:99.

10 Urteil des Gerichtshofes vom 13. November 1974. ECLI:EU:C:1974:122.

11 Urteil des Gerichtshofes vom 31. März 1977. ECLI:EU:C:1977:59.

12 Urteil des Gerichtshofes vom 27. Januar 1981. ECLI:EU:C:1981:19.

wendungsmodalitäten mit den beiden Kategorien verbunden sind und sich jeder allgemeinen Klassifizierung entziehen.

In der Konsequenz hängt die Zuordnung einer Leistung zum Bereich der sozialen Sicherheit davon ab, ob dem Begünstigten ein subjektives Recht zuerkannt wurde. Die Lehre übte an diesem rechtswissenschaftlichen Kriterium dahingehend Kritik, dass dies de facto bedeutete, dass praktisch alle Sozialhilfeleistungen der Mitgliedstaaten in den Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung einbezogen wurden. Angesichts dessen musste der EuGH seine eigene Lehre präzisieren. So hat er sich dafür entschieden, bei der Bestimmung der Sozialleistungen, die in den Anwendungsbereich der Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit fallen, in einem zweiten Schritt im Wesentlichen die Tatbestandsmerkmale jeder Leistung zu berücksichtigen, insbesondere ihren Zweck und die Voraussetzungen für ihre Gewährung. Diese Kriterien wurden im Urteil in der Rechtssache Piscitello¹³ zusammengefasst und in den Rechtssachen Gillard¹⁴ und Even¹⁵ bekräftigt.

Ein weiterer wertvoller, aber nicht entscheidender Hinweis ist der ergänzende oder subsidiäre Charakter in Bezug auf die durch die Verordnung koordinierten Eventualitäten. Das, was *Rabanser*¹⁶ das „Referenz“-Kriterium nennt, d. h. der Zusatznutzen, bezieht sich auf ein Risiko, das in den Anwendungsbereich der Verordnung 1408/71 fällt.

Um festzustellen, ob eine Leistung mit „doppeltem Charakter“ zur sozialen Sicherheit gehört, muss seiner Ansicht nach dem Zweck, den sie verfolgt, und ihr Zusammenhang mit einer Grundleistung im Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung berücksichtigt werden, bei der die Zusatzleistung den Betrag der Grundleistung erhöhen soll. Das letztgenannte Kriterium findet sich in den Urteilen Scrivner¹⁷, Hoeckx¹⁸, Giletti¹⁹ und Acciardi²⁰.

In seinem Urteil in der Rechtssache Kommission/Frankreich²¹ stellte der EuGH fest, dass die streitige Regelung, soweit sie einen Anspruch auf zusätzliche Leistungen begründet, die die Höhe der Sozialversicherungsrenten unabhängig von einer Bewertung der individuellen Bedürfnisse und Situationen – einem charakteristischen Merkmal der Unterstützung – erhöhen sollen, unter das System der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung 1408/71 fällt.

Mit dem Newton-Urteil²² scheint der EuGH zu einer Position zurückzukehren, die der in der Rechtssache Frilli vertretenen sehr nahekommt.

13 Urteil des Gerichtshofes vom 5. Mai 1983. ECLI:EU:C:1983:126.

14 Urteil des Gerichtshofes vom 6. Juli 1978. ECLI:EU:C:1978:152.

15 Urteil des Gerichtshofes vom 31. Mai 1979. ECLI:EU:C:1979:144.

16 *W. Rabanser*; Soziale Sicherheit in EG und EWR. Die EWG-Verordnung 1408/71 über die Soziale Sicherheit im Österreichischen Sozialrecht. Schriftenreihe der Bundeswirtschaftskammer. Heft 75. Wien. 1993.

17 Urteil des Gerichtshofes vom 27. März 1985. ECLI:EU:C:1985:145.

18 Urteil des Gerichtshofes vom 27. März 1985. ECLI:EU:C:1985:139.

19 Urteil des Gerichtshofes vom 24. Februar 1987. ECLI:EU:C:1987:98.

20 Urteil des Gerichtshofes vom 2. August 1993. ECLI:EU:C:1993:341.

21 Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juni 1991. ECLI:EU:C:1991:245.

22 Urteil des Gerichtshofes vom 20. Juni 1991. ECLI:EU:C:1991:265.

In der Rechtssache Paletta²³ hat der Gerichtshof entschieden, dass für die Feststellung, ob eine Sozialleistung durch das Gemeinschaftsrecht koordiniert ist, im Wesentlichen die Bestandteile dieser Leistung, insbesondere ihr Zweck und die Voraussetzungen für ihre Gewährung, zu berücksichtigen sind, nicht hingegen der Umstand, ob eine Leistung nach nationalem Recht als Leistung der sozialen Sicherheit eingestuft ist. Das Gleiche gilt für die Rechtssache Kommission/Großherzogtum Luxemburg²⁴.

In der Rechtssache Hughes²⁵ legte der Gerichtshof eine beitragsunabhängige, bedürftigkeitsabhängige Leistung wie die „Familiengutschrift“ so aus, dass sie als Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung 1408/71 zu behandeln ist. Diese Familiengutschrift wird Familien gewährt, die bestimmte objektive Kriterien erfüllen, welche sich insbesondere auf die Zahl der Mitglieder, ihr Einkommen und ihre Mittel beziehen. Ungeachtet dessen räumte der Luxemburger Gerichtshof ein, dass es eine breite Grauzone gibt.

Die großzügige Auslegung des Begriffs der Leistung der sozialen Sicherheit durch den Gerichtshof bedeutete, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet waren, Leistungen an Personen zu gewähren, die nach ihrem nationalen Recht keinen Anspruch darauf hatten. Und selbst Leistungen, die nach nationalem Recht als Sozialhilfe eingestuft werden könnten, wurden vom Gerichtshof als in Drittstaaten exportierbar erklärt.

Auf diese Rechtsprechung reagierten die Mitgliedstaaten mit dem Erlass der Verordnung 1247/92. Dadurch wurde unter anderem ein neuer Art. 4.2a in die Verordnung 1408/71 aufgenommen, in dem die beitragsunabhängigen Sonderleistungen definiert wurden.

F. Beitragsunabhängige Leistungen und Verordnung 883/2004

Die derzeitige Verordnung 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wurde – wie ihre Vorgängerverordnungen 1408/71 und 3/58 – erlassen, um die Wirksamkeit des Rechts auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer, eines Grundpfeilers der Europäischen Union, zu gewährleisten, da es in den Staaten, in denen das EU-Recht gilt, kein einheitliches oder harmonisiertes gemeinsames System des sozialen Schutzes gibt. Die Mitgliedstaaten behalten zwar ihre Zuständigkeit für die Gestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit, müssen jedoch bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Unionsrecht beachten.

Art. 3 Abs. 2 VO 883/2004 schließt in ihren sachlichen Anwendungsbereich beitragsabhängige und beitragsunabhängige Leistungen der sozialen Sicherheit sowie besondere beitragsunabhängige Geldleistungen ein, bei denen es sich um Leistungen handelt, „die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und der Bedingungen für ihre Gewährung sowohl die Merkmale der Rechts-

23 Urteil des Gerichtshofes vom 2. Mai 1996. ECLI:EU:C:1996:182.

24 Urteil des Gerichtshofes vom 10. März 1993. ECLI:EU:C:1993:92.

25 Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juli 1992. ECLI:EU:C:1992:331.

vorschriften der sozialen Sicherheit als auch die Merkmale der Rechtsvorschriften der Sozialhilfe aufweisen“ (Art. 70 Abs. 1 VO 883/2004).

Ausgeschlossen bleiben Leistungen der „sozialen Fürsorge“ gemäß Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004. Aber weder die VO 883/2004 noch die Durchführungsverordnung enthält eine Definition dieser Begriffe. Es ist aber von entscheidender Bedeutung, ob eine Leistung als soziale Sicherheit oder als Sozialhilfe eingestuft wird, da sich daraus ihre Einbeziehung in die Verordnung 883/2004 oder ihr Ausschluss von ihr ableitet.

Das Erfordernis der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts, wonach die in den Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit verwendeten Begriffe weder durch die Besonderheiten der nationalen Rechtsvorschriften noch durch interne Auslegungen der im Gemeinschaftsrecht verwendeten Begriffe geändert werden dürfen, macht es erforderlich, sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Luxemburg zu konzentrieren. Und es ist klar, dass der Gerichtshof einem umfassenden Konzept des Anwendungsbereichs der Koordinierungsverordnungen den Vorzug gegeben hat, woraus folgt, dass der formale Ausschluss der Sozialhilfe gemäß Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004 nur restriktiv ausgelegt werden kann.

Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Leistung als Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne der VO 883/2004 angesehen werden, wenn sie den Leistungsempfängern unabhängig von einer individuellen und ermessensabhängigen Beurteilung der persönlichen Bedürfnisse aufgrund einer gesetzlich festgelegten Situation gewährt wird und wenn die Leistung eines der ausdrücklich in den sachlichen Anwendungsbereich der genannten Verordnung aufgenommenen Risiken betrifft.

Die Tatsache, dass die Gewährung einer Leistung von einer individuellen Bewertung der persönlichen Bedürfnisse des Antragstellers abhängt, wird vom Gerichtshof dagegen als „Merkmal der Sozialhilfe“ angesehen.

Der Fallstrick dieser Rechtsprechung besteht darin, dass sie eindeutig nicht ausreicht, um eine klare Abgrenzung zwischen beitragsunabhängigen Sozialhilfeleistungen (von der Koordinierung ausgeschlossen) und beitragsunabhängigen Sozialversicherungsleistungen (koordiniert) vorzunehmen. Die praktische Konsequenz ist, dass für die Zwecke der VO 883/2004 die Sozialhilfeleistung negativ definiert wird als das, was nicht als beitragsunabhängige Leistung der sozialen Sicherheit oder als besondere beitragsunabhängige Geldleistung der sozialen Sicherheit eingestuft werden kann.

Der Gerichtshof selbst ist sich dieser Einschränkung bewusst, da er anerkannt hat, dass bestimmte in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Leistungen aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und ihrer Durchführungsbestimmungen gleichzeitig zur sozialen Sicherheit und zur Sozialhilfe gehören können.

G. Beitragsunabhängige Sicherheitsleistungen als Sozialhilfeleistungen im Sinne der Richtlinie 2004/38

Die aktuelle Richtlinie 2004/38 vereinfachte das Einreise- und Aufenthaltsrecht der EU-Bürger, indem sie „einen einzigen Rechtsakt schuf, der die Instrumente des Unionsrechts, die dieser Richtlinie vorausgingen, kodifizierte und überarbeitete“.

Aus den Erwägungsgründen 10 und 16 sowie den Artikeln 7, 14 und 24 ergibt sich, dass das Aufenthaltsrecht nicht erwerbstätiger Personen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen und keinen ständigen Wohnsitz haben, nicht dazu führen darf, dass sie das Sozialhilfesystem des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen belasten. Die Richtlinie enthält jedoch keine Definition des Begriffs „Sozialhilfe“.

Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 regelt das Recht auf Aufenthalt in einem Mitgliedstaat für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten, wobei zwischen zwei verschiedenen Gruppen unterschieden wird: Erwerbstätige (Arbeitnehmer und Selbstständige) und Nichterwerbstätige (zu dieser Gruppe gehören etwa Studenten).

Für die Auslegung des Begriffs „Arbeitnehmer“ ist Art. 7 Abs. 3 heranzuziehen, in dem festgelegt ist, unter welchen besonderen Umständen ein Unionsbürger, der nicht mehr abhängig oder selbständig erwerbstätig ist, diesen Status behält. Außerdem, so der Gerichtshof, „behält eine Frau, die wegen der mit der letzten Phase der Schwangerschaft und der Zeit nach der Entbindung verbundenen körperlichen Einschränkungen aufhört, zu arbeiten oder eine Arbeit zu suchen, die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne dieses Artikels, sofern sie innerhalb einer angemessenen Frist nach der Geburt ihres Kindes wieder eine Arbeit aufnimmt oder eine Beschäftigung findet“.

In der Rechtssache Gusa²⁶, die einen erwerbstätigen Bürger betraf, stellte der EuGH klar, dass Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 nicht zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen im Aufnahmemitgliedstaat unterscheidet. Daher behält ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats den Status eines Selbständigen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) auch dann, wenn er sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten und dort eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat, diese Tätigkeit aber wegen eines ordnungsgemäß bescheinigten Mangels an Arbeit aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, aufgegeben hat und sich bei der zuständigen Arbeitsverwaltung des letztgenannten Mitgliedstaats gemeldet hat, um eine Arbeit zu finden.

Lediglich für Nichterwerbstätige und Studenten wird das Recht auf einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchstaben b und c der Richtlinie 2004/38 an zwei kumulative Bedingungen geknüpft: Sie müssen über eine Krankenversicherung verfügen, die alle Risiken im Aufnahmemitgliedstaat abdeckt, und sie müssen für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, damit sie nicht zur Belastung für das Sozialhilfesystem werden.

26 Urteil des Gerichtshofs vom 20. Dezember 2017. ECLI:EU:C:2017:1004.

Da die Richtlinie keine Definition des Begriffs Sozialhilfe enthält, hat sich der Gerichtshof im Urteil Brey mit der Definition des Begriffs Sozialhilfe im Sinne der Richtlinie 2004/38 befasst. Das Vorabentscheidungsersuchen betraf eine österreichische Leistung, die im Sinne der Verordnung 883/2004 als beitragsunabhängige Sonderleistung der sozialen Sicherheit gilt. Der Kläger, ein deutscher Rentner, der nach Österreich gezogen war, wurde nicht als ständiger Einwohner dieses Aufnahmestaates anerkannt.

Der Gerichtshof hat in der Rechtssache Brey den in der Richtlinie 2004/38 enthaltenen Begriff der Sozialhilfe umfassend ausgelegt und ihm einen eigenständigen Inhalt im Gegensatz zum Begriff der Sozialhilfe im Sinne der Verordnung 883/2004 gegeben: Er beziehe sich auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann.

Der Gerichtshof vertrat jedoch die Auffassung, dass die bloße Tatsache, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats eine Sozialhilfeleistung erhält, nicht ausreiche, um nachzuweisen, dass er eine übermäßige Belastung für das System des Aufnahmemitgliedstaats darstellt; dies gilt es zu betonen.

Mit anderen Worten: Ein Anspruch auf beitragsunabhängige Leistungen der sozialen Sicherheit oder der Sozialhilfe im Aufnahmemitgliedstaat kann nicht automatisch ausgeschlossen werden. Der Gerichtshof stellte daher fest, dass das Unionsrecht einer österreichischen Regelung entgegenstehe, die nicht erwerbstätigen Bürgern, die Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten sind, automatisch beitragsunabhängige Sonderleistungen verweigert. Das Urteil Brey steht unseres Erachtens im Einklang mit der Schlussfolgerung, zu der der Gerichtshof in seinem Urteil vom 7.10.2010, -162/09 (Lassal) gelangt ist: unter Berücksichtigung des Kontextes und der mit der Richtlinie 2004/38 verfolgten Ziele können ihre Bestimmungen nicht restriktiv ausgelegt werden und dürfen jedenfalls nicht ihrer nützlichen Wirkung beraubt werden.

Das Urteil in der Rechtssache Dano²⁷ führte jedoch zu einer radikalen Änderung der Rechtsprechung des Gerichtshofs: Frau Dano, eine Rumänin mit Wohnsitz in Deutschland – wenn auch ohne Anerkennung als Daueraufenthaltsberechtigte –, verfügte über keine beruflichen Qualifikationen und hatte nie eine berufliche Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt. Unter diesen Umständen beantragte sie eine deutsche Sozialleistung, die als beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne von Art. 70 der Verordnung Nr. 883/2004 eingestuft ist. Dieselbe Leistung wird jedoch für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie 2004/38 vom Gerichtshof als „Sozialhilfeleistung“ eingestuft. Und obwohl der Gerichtshof im Urteil Brey²⁸ an seiner autonomen Auslegung des Begriffs der Sozialhilfe im Sinne der Richtlinie 2004/38 festhielt, stellte er in Dano nicht mehr die automatische Ver-

27 Urteil des Gerichtshofs vom 11. November 2014. ECLI:EU:C:2014:2358.

28 Urteil des Gerichtshofs vom 19. September 2013. ECLI:EU:C:2013:565.

weigerung beitragsunabhängiger Sonderleistungen für nicht erwerbstätige Bürger, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, in Frage.

Dieselbe Lösung wählte der Gerichtshof in der Rechtssache Alimanovic²⁹, in der es um zwei Arbeitsuchende schwedischer Staatsangehörigkeit ging, die eine deutsche Leistung beantragten, die in Anhang X der Verordnung 883/2004 als beitragsunabhängige Sonderleistung der sozialen Sicherheit aufgeführt ist. Für die Zwecke der Richtlinie 2004/38 stufte der EuGH die fragliche Leistung jedoch als „Sozialhilfe“ ein und vertrat die Auffassung, dass Personen, die kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38 genießen, keinen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen unter denselben Bedingungen haben, die für Inländer gelten. Dies würde gegen eines der Ziele der Richtlinie verstoßen.

In der Rechtssache García Nieto³⁰ waren die Kläger Spanier und beantragten dieselbe deutsche Leistung, die Gegenstand des Alimanovic-Urteils war. Der Gerichtshof wies erneut darauf hin, dass die streitige Leistung als Sozialhilfeleistung im Sinne der Richtlinie 2004/38 anzusehen sei, und zwar unabhängig davon, dass die einem Antragsteller gewährte Unterstützung kaum als „übermäßige Belastung“ eines Mitgliedstaats im Sinne von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 qualifiziert werden kann, da zu diesem Zweck alle bei ihm gestellten Einzelanträge zusammengerechnet werden müssten.

Zusammenfassend ist der Gerichtshof der Ansicht, dass die Ausübung des Aufenthaltsrechts durch Unionsbürger den berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Finanzen, unterliegen kann. Für die Zwecke der Richtlinie 2004/38 legt der Gerichtshof den Begriff der Sozialhilfe weit aus, insofern er alle von öffentlichen Stellen auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene eingerichteten Beihilferegeln umfasse, die eine Person in Anspruch nehmen kann, die nicht über ausreichende Mittel zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse und der ihrer Familienangehörigen verfügt und die daher während ihres Aufenthalts zu einer Belastung für die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats werden kann.

Es ist auch die Richtlinie 2004/38, auf die sich der Gerichtshof³¹ stützte, um die Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen das Vereinigte Königreich in Bezug auf Kindergeld und Kindersteuergutschrift abzuweisen. Dabei handelt es sich um zwei Geldleistungen, die „zur Deckung der Familienkosten beitragen sollen und die nicht durch Beiträge der Leistungsempfänger, sondern durch die Erhebung von Steuern finanziert werden“. Obwohl sie für die Zwecke der Verordnung 883/2004 als beitragsunabhängige Familienleistungen der sozialen Sicherheit gelten, seien dieselben Leistungen für die Zwecke der oben genannten Richtlinie als Sozialhilfe einzustufen.

29 Urteil des Gerichtshofs vom 15. September 2015. ECLI:EU:C:2015:597.

30 Urteil des Gerichtshofs vom 25. Februar 2016. ECLI:EU:C:2016:114.

31 Urteil des Gerichtshofs vom 14. Juni 2016. ECLI:EU:C:2016:436.

H. Die Umsetzung der Richtlinie 2004/38 in Spanien: Das Konzept der „ausreichenden Einkünfte“, um die Sozialhilfe nicht zu belasten

Zur Klarstellung sei vorab angemerkt, dass in Spanien die Grenze zwischen Sozialhilfe und sozialer Sicherheit im Hinblick auf die Verteilung der Zuständigkeiten in den Artikeln 149.1.17 und 148.1.20 der Verfassung eindeutig ist: Wenn der Staat Gesetze erlässt, handelt es sich um soziale Sicherheit; wenn die autonomen Gemeinschaften Gesetze erlassen, handelt es sich um Sozialhilfe.

Die Umsetzung der Richtlinie 2004/38 erfolgte durch das Königliche Dekret 240/2007 vom 16. Februar, das mehrfach reformiert wurde. In seiner ursprünglichen Fassung verlangte das Königliche Dekret 240/2007 nicht den Nachweis ausreichender Einkünfte und einer Krankenversicherung, um sich legal in Spanien aufhalten zu können. Mit anderen Worten: Die Umsetzung der Richtlinie 2004/38 durch Spanien war unvollständig.

Der wirtschaftliche Schaden, den eine solche Gesetzgebungspolitik in Spanien verursachte und der vom Rechnungshof hervorgehoben wurde, führte dazu, dass im Jahr 2012, mitten in der Wirtschaftskrise, Art. 7 des Königlichen Dekrets 240/2007 durch das Königliche Gesetzesdekret 16/2012 im Rahmen der von der Regierung geförderten Sparpolitik geändert wurde. Seit ihrem Inkrafttreten in Spanien müssen Nichterwerbstätige „über ausreichende Einkünfte verfügen, damit sie während ihres Aufenthalts nicht die spanische Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen, sowie über eine Krankenversicherung, die alle Risiken in Spanien abdeckt“, um sich legal im Inland aufhalten zu können.

Art. 7 des Königlichen Dekrets 240/2007 wurde durch die Verordnung PRE/1490/2012 weiterentwickelt, die in ihrem Art. 3.2.c) 2^a und in Bezug auf das Aufenthaltsrecht von Personen, die keine Erwerbstätigkeit in Spanien ausüben, für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten Folgendes vorschreibt: „Die Beurteilung der ausreichenden Mittel muss auf individueller Basis und in jedem Fall unter Berücksichtigung der persönlichen und familiären Situation des Antragstellers erfolgen. Als ausreichende Anerkennung für die Erfüllung dieser Anforderung gilt der Besitz von Mitteln, die über dem Betrag liegen, der jedes Jahr durch das Allgemeine Staatshaushaltsgesetz festgelegt wird, um den Anspruch auf eine beitragsunabhängige Leistung zu begründen, wobei die persönliche und familiäre Situation des Betroffenen berücksichtigt wird“.

Da das Allgemeine Staatshaushaltsgesetz nur die Höhe der beitragsunabhängigen Sozialversicherungsleistungen (und nicht die Höhe der Sozialhilfeleistungen der autonomen Regionen) festlegen kann, muss sich dieser Verweis in der umgeschriebenen Bestimmung zwangsläufig auf erstere beziehen.

Mit anderen Worten: Der Erlass PRE/1490/2012 – der das Dano-Urteil und nachfolgende Urteile vorwegnimmt – identifiziert den Begriff der Sozialhilfe in der Richtlinie 2004/38 mit den spanischen beitragsunabhängigen Sozialversicherungsleistungen.

In Bezug auf Studenten verlangt Art. 3.2 der Verordnung PRE/1490/2012 lediglich eine „verantwortliche Erklärung, dass sie für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Mittel verfügen, um während ihres Aufenthalts

nicht die spanische Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen“. Es liegt also auf der Hand, dass das Erfordernis der Unterhaltsmittel bei Studenten viel flexibler gehandhabt wird. Außerdem gibt es für diese Gruppe keinen Hinweis auf beitragsunabhängige Leistungen die durch das „Ley de Presupuestos Generales del Estado“ (Allgemeines Staatshaushaltsgesetz) geregelt werden können. Daher ist der Ausdruck *Asistencia Social* im engeren Sinne auszulegen und bezieht sich auf die von jeder Autonomen Gemeinschaft geregelten beitragsunabhängigen Sozialleistungen.

Die Debatte über die Auslegung des Ausdrucks „keine Belastung für die Sozialhilfe“ in Spanien wurde indes von den spanischen Gerichten noch nicht direkt geführt.

I. Sozialhilfe versus Sozialhilfe: Richtlinie 2016/801

Als ob der Begriff der Sozialhilfe für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie 2004/38 nicht schon verworren und fragwürdig genug gewesen wäre, erhielt er mit der Richtlinie 2016/801 vom 11. Mai 2016 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Teilnahme an Forschungs- und Studienaufenthalten, Praktika, Freiwilligendiensten, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsprojekten und Au-pair-Aufenthalten eine neue Wendung.

Nach Art. 7 dieser Bestimmung muss ein Drittstaatsangehöriger für die Zulassung nach dieser Richtlinie unter anderem nachweisen, dass er in der Lage ist, für seinen Lebensunterhalt während des geplanten Aufenthalts ohne Inanspruchnahme des Sozialhilfesystems des Mitgliedstaats aufzukommen.

Es versteht sich von selbst, dass die Richtlinie diesen „neuen“, zwiespältigen und allumfassenden Begriff der „Sozialhilfe“ nicht definiert, der anscheinend den abgedroschenen und widersprüchlichen Begriff der Sozialhilfe überwinden soll, der aber gleichzeitig so weit ausgelegt werden könnte, dass er jede Art von Sozialleistung umfasst, die von einem Mitgliedstaat gewährt wird.

Mit anderen Worten: Es lässt sich nicht feststellen, ob der Begriff „Sozialhilfe“ für die Zwecke der Richtlinie 2016/801 eine ähnliche Tragweite hat wie die in Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 genannte „Unterhaltsbeihilfe in Form von Studienbeihilfen oder -darlehen, einschließlich Berufsausbildung, für andere Personen als Arbeitnehmer oder Selbstständige“, oder ob er im Gegenteil eine eigenständige Bedeutung erhalten hat. Wir müssen die Zeit und die oft unvorhersehbare Rechtsprechung des EuGH abwarten, um ihren tatsächlichen Inhalt zu bestimmen.

J. Der Vorschlag zur Reform der Verordnung 883/2004

Am 13. Dezember 2016 wurde der Vorschlag der Kommission zur Änderung der Verordnung 883/2004 veröffentlicht, mit dem aus Gründen der Transparenz und der Rechtssicherheit die Umstände geklärt werden sollen, unter denen die Mitgliedstaaten den Zugang zu Sozialleistungen, die von nicht erwerbstätigen EU-Bürgern beantragt werden, beschränken können.

Unter den vielen neuen Merkmalen, die sie einführt, beschränken wir uns für die Zwecke dieses Papiers darauf, die vorgeschlagene Reform von Art. 4 VO 883/2004 hervorzuheben.

Art. 4 mit dem Titel „Gleichbehandlung“ lautet in seiner jetzigen Fassung: „Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates“.

In dem von der Kommission am 13.12.2016 vorgelegten Reformvorschlag wird dem genannten Art. 4 jedoch ein zweiter Abs. hinzugefügt. Danach kann ein Mitgliedstaat den Zugang einer in seinem Hoheitsgebiet wohnhaften und nicht erwerbstätigen Person zu seinen Leistungen der sozialen Sicherheit von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts gemäß der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, abhängig machen.

Andererseits könnte man sich fragen, ob die von der Kommission vorgelegte Reform der Verordnung 883/2004 eine ausreichende Rechtsgrundlage hat. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass Erwägungsgrund 2 der geltenden Verordnung 883/2004 besagt, dass der Vertrag für den Erlass geeigneter Maßnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit für andere Personen als Arbeitnehmer keine anderen Handlungsbefugnisse vorsieht als die in Art. 308 – nun Art. 352 AEUV – genannten.

Genau aus diesem Grund wurde die Verordnung 883/2004 auf einer doppelten Grundlage erlassen: Art. 48 AEUV und Art. 352 AEUV. Da jedoch der Reformvorschlag vom 13.12.2016, der Nichterwerbstätige und nicht Arbeitssuchende betrifft, als einzige Rechtsgrundlage Art. 48 AEUV aufweist, muss festgestellt werden, dass diese Bestimmung allein keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Reform ist, die die Rechte von Nichterwerbstätigen und Arbeitssuchenden einschränkt. Auf diese ist Art. 48 AEUV nämlich nicht anwendbar, da sich das Recht der Nichterwerbstätigen und Arbeitssuchenden auf Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV ergibt. Dieses anerkannte Recht würde andernfalls eingeschränkt werden. Es ist jedoch klar, dass Art. 48 nicht auf nicht erwerbstätige Personen, die keine Arbeitssuchenden sind, angewandt werden kann und nicht anwendbar ist.

Da die Koordinierung der nicht-sozialen Sicherungssysteme (Art. 48 AEUV) nie Selbstzweck war, sondern ein Instrument zur Gewährleistung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, heißt es im Erwägungsgrund Nr. 2 der geltenden Verordnung 883/2004: „Für die Annahme geeigneter Maßnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit für andere Personen als Arbeitnehmer sieht der Vertrag keine anderen Befugnisse als diejenigen des Artikels 308 vor“. Aus diesem Grund wurde für

den Erlass der Verordnung 883/2004 eine doppelte Grundlage verwendet: Art. 48 AEUV und Art. 308 (nun Art. 352) AEUV.

K. Sozialer Schutz und die Europäische Säule der sozialen Rechte

Die Wirtschafts- und Finanzkrise, die 2007 begann, führte zu massiver Arbeitslosigkeit und einer Sparpolitik, bei der die Sozialausgaben gekürzt wurden, um das Haushaltsdefizit einzudämmen. Am 15. Juli 2014 wurde Jean-Claude Juncker zum Präsidenten der Europäischen Kommission gewählt. In seiner Rede vor der Abstimmung stellte er seine politischen Leitlinien für die nächste Europäische Kommission in einem Dokument mit dem aufschlussreichen Titel: „Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel“. Ein Jahr später, am 9. September 2015, kündigte Präsident Juncker anlässlich der Rede zur Lage der Union seine Absicht an, eine europäische Säule sozialer Rechte einzurichten, um einen fairen und wirklich paneuropäischen europäischen Markt zu schaffen.

Die Wirtschaftskrise hat zweifellos zu einer Enttäuschung und einem mangelnden Vertrauen großer Teile der europäischen Gesellschaft in die EU-Institutionen geführt. Dies äußert sich häufig in Gleichgültigkeit und Misstrauen gegenüber der Leistung der öffentlichen Behörden und schafft ein Vakuum, das nur allzu leicht von nationalistischer und populistischer Rhetorik gefüllt wird, wie es im Weißbuch „Zur Zukunft Europas“ (2017) heißt.

Dass die Europäische Union als gemeinsames Projekt ohne die Unterstützung ihrer Bürger nicht überleben kann, hat der Brexit deutlich gemacht. Aus diesem Grund haben die EU-Institutionen die Europäische Säule sozialer Rechte gefördert, die am 26. April 2017 in einer Empfehlung statuiert wurde. Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission haben am 17. November 2017 gemeinsam die Europäische Säule sozialer Rechte proklamiert. Die Säule stützt sich auf 20 wesentliche Rechte und Grundsätze, von denen elf auf die Förderung von Sozialschutz und sozialer Integration abzielen.

Trotz der Erwartungen, die der weit gefasste Titel „Europäische Säule“ wecken könnte, sollte sofort klargestellt werden, dass es sich nicht um neue Rechte handelt, die in die Art. des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union aufgenommen wurden. Auch wurde die Säule weder durch eine Verordnung noch durch eine Richtlinie geregelt, sondern lediglich in Form einer Empfehlung auf der Grundlage von Art. 292 AEUV umgesetzt.

Die Europäische Säule sozialer Rechte schafft, wie alle Empfehlungen der Europäischen Kommission, weder für die Bürger noch für die EU-Staaten rechtlich einklagbare Rechte und Pflichten. Die europäische Säule sozialer Rechte berührt auch nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Gesetzgebung in Bezug auf ihre Systeme der sozialen Sicherheit. Es ist daher nicht möglich, von einer Rechtsverbindlichkeit der europäischen Säule zu sprechen.

Aus der Europäischen Säule sozialer Rechte ist Nummer 12 mit dem Titel „Sozialschutz“ hervorzuheben, in dem es heißt: „Unabhängig von Art und Dauer ihres Beschäftigungsverhältnisses haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und

unter vergleichbaren Bedingungen Selbstständige das Recht auf angemessenen Sozialschutz”.

Zu Nummer 12 ist zunächst anzumerken, dass das Recht auf sozialen Schutz für Arbeitnehmer und Selbstständige bereits durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten geregelt ist, wobei letztere durch die Verordnung 883/2004 koordiniert werden. Zweitens ist Nummer 12 nicht nur hinsichtlich seines Wortlautes ungenau und allgemein gehalten, was den Umfang des anerkannten Rechts betrifft, sondern er ist auch, wie alle in der europäischen Säule enthaltenen „Rechte“, an sich nicht verbindlich. Infolgedessen ist zu seiner Umsetzung die Verabschiedung spezifischer Gesetzesinitiativen erforderlich, was sehr wahrscheinlich eine Erhöhung der Sozialausgaben bedeutet, was wiederum seine Umsetzung verlangsamen könnte. Unter anderem auf der Grundlage von Nummer 12 der Europäischen Säule sozialer Rechte ist die Empfehlung des Rates vom 8. November 2019 über den Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbstständige verabschiedet worden, die dem Bild des Sozialschutzes in der Europäischen Union nichts hinzufügt. Drittens ist auch das Fehlen einer ausdrücklichen Definition des Begriffs Sozialschutz zu kritisieren.

Viertens ist die Dichotomie zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen als „Inhaber“ des Rechts auf angemessenen Sozialschutz in vielen nationalen Systemen nichtzutreffend. Hierfür gibt es mehrere Gründe:

- Beamte werden nicht erwähnt, was bedeutet, dass sie im Sinne der europäischen Säule umfassend ausgelegt und als Arbeitnehmer behandelt werden müssen, unabhängig von der Einstufung, die nach nationalem Recht für sie gelten kann.
- Rechtsvorschriften – wie die spanische – berücksichtigen nicht die Tatsache, dass es sich um „Zwischengrößen“ handelt: wirtschaftlich abhängige Selbstständige.
- Zudem ist zu kritisieren, dass die Europäische Säule die Terminologie der aufgehobenen Verordnung 1408/71 in Bezug auf die Adressaten der Sozialschutzregelungen aufgreift, obwohl die aktuelle Verordnung 883/2004 diese endgültig abgelöst hat und die Adressaten der Bestimmungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit die Menschen (und nicht die Arbeitnehmer) sind.
- Für die Zwecke des Sozialschutzes ist es unerheblich, ob eine Person nach nationalem Recht als Arbeitnehmer (Arbeitnehmer oder Selbständiger) gilt oder nicht. Entscheidend dafür, dass eine Person (und ihre Familienangehörigen und Unterhaltsberechtigten) unter die Koordinierungsregeln fällt, ist, dass sie durch ein koordiniertes System der sozialen Sicherheit geschützt ist. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch das in Spanien und Portugal geltende Iberoamerikanische Multilaterale Abkommen über soziale Sicherheit als Adressaten seiner Koordinierungsregeln den Begriff „Personen“ anstelle von Arbeitnehmern und Selbständigen verwendet.
- Ebenso widerspricht die Verknüpfung des Rechts auf Schutz mit dem Status eines Erwerbstätigen (Arbeitnehmer oder Selbständiger) der Aussage in der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 26.4.2017 zur Europäischen

Säule sozialer Rechte, dass deren Adressaten „Unionsbürger und rechtmäßig ansässige Drittstaatsangehörige“ sind.

Gabriela Mendizábal Bermúdez, Cuernavaca

Perspectivas del Derecho Internacional de la Seguridad Social frente a la migración

Tabla de contenido

Resumen

A. Introducción

B. Reflexiones del DISS en un mundo global

I. DISS y derechos humanos

II. Seguridad social como mecanismo redistribuidor de la renta

III. Cambios a consecuencia de la cuarta revolución industrial

IV. Regionalización del DISS

C. A manera de conclusión: desafíos del DISS ante la migración internacional

D. Fuentes de investigación

Resumen

El artículo analiza el Derecho Internacional de la Seguridad Social desde las siguientes perspectivas: de los derechos humanos; el reposicionamiento de la seguridad social como mecanismo redistribuidor de la renta; la regionalización y los cambios laborales y de seguridad social por la cuarta revolución industrial, que permiten establecer desafíos para garantizar el derecho humano a la seguridad social de los migrantes.

A. Introducción

El 40 aniversario del Instituto Max Planck de Derecho Social y Política Social es una gran ocasión para agradecer el apoyo que este instituto brinda a investigadores de todas partes de mundo, y en especial a título personal, quiero mencionar la importancia para el desarrollo de mis líneas de investigación. Soy corresponsal desde el año 2014 y he tenido la fortuna de realizar varias estancias de investigación en el Instituto, pero la más importante hasta ahora ha sido una de 6 meses durante mi año sabático en el año 2017, a través de la cual, pude obtener la información no solo documental, sino también mediante entrevistas directas y el sano debate de las ideas con diversos investigadores con adscripción al propio Instituto y algunos profesores invitados, que me ayudaron a concretar el libro denominado “Derecho Internacional de Seguridad Social”.

Considero que es importante no solo por la poca literatura en español en ese tema, sino que, además, me ha servido de base para ampliar mi visión y analizar el tema de la migración y el derecho humano a la seguridad social desde una perspectiva global, lo que tiene efectos positivos en la formación de mis estudiantes, la conformación de nuevos proyectos de investigación y en las propuestas doctrinales en Latinoamérica.

Agradezco particularmente al Profesor y Dr. Ulrich Becker por su buena disposición y su apertura también para recibir a los estudiantes de maestría y doctoran-

dos mexicanos en el Instituto. Enhorabuena para el Instituto por sus 40 años de aportación al Derecho Social del mundo y en especial a Latinoamérica y felicidades a toda la comunidad que formamos parte de él.

La migración se ha convertido en un fenómeno global que afecta a personas de todo el mundo. Se estima que en el planeta hay cerca de 272 millones de migrantes internacionales, y que casi dos tercios de ellos son migrantes laborales.¹ Las causas son variadas e independientemente del motivo que orille a las personas a migrar, todos los migrantes requieren de la protección de la seguridad social.

Como señala Ulrich Becker “otorgar seguridad [social] a nivel nacional, ya no puede ser una tarea de una acción estatal aislada, por el contrario, en tiempos de movilidad fronteriza, la organización estatal alcanza sus propios límites en sus fronteras.”²

Con ello, el Derecho Internacional de la Seguridad Social (DISS)³ cobra importancia y poco se ha estudiado la reciente proyección en su desarrollo.

Por lo tanto, este artículo presenta los resultados de una investigación realizada bajo el método deductivo, en la que se parte de los supuestos generales establecidos en el DISS para analizarlos desde la óptica de las 4 premisas particulares mencionadas anteriormente.

De esa forma, el artículo se divide en 4 apartados: El primero es esta introducción; el segundo se ocupa de presentar las reflexiones del DISS a la luz de nuevas perspectivas y sirve como marco para hacer en el apartado, tercero un breve listado de sus desafíos ante la migración internacional; y, por último, el artículo cierra con las respectivas fuentes de investigación.

B. Reflexiones del DISS en un mundo global

El DISS es un derecho dinámico, cuyos cambios dependen directamente del desarrollo político de los países, de su economía, así como las directrices que marcan los organismos internacionales en la materia, con el objetivo de dar acceso a la seguridad social a los migrantes.

Desafortunadamente, aunque existe una gran cantidad de normas jurídicas y organismos internacionales, la apreciación desde la vivencia de los migrantes (sobre todo para los que se encuentran en situación migratoria irregular) es que de poco o nada les sirve.

Sin embargo, actualmente el DISS se encuentra frente a grandes oportunidades de desarrollo positivo para ellos, que son reconocibles a través de diversas temáticas que se analizan a continuación:

1 Organización Internacional para las Migraciones, Informe sobre las migraciones en el mundo 2020, Suiza, OIM-ONU, 2020, p. 2.

2 Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *Derecho internacional de la seguridad social*, México, Porrúa, 2020, p. XV.

3 En lo sucesivo se usará la sigla: DISS.

I. DISS y derechos humanos

La seguridad social es un derecho humano y el DISS contribuye al reconocimiento del derecho humano a la seguridad social, a través del reconocimiento normativo, el reconocimiento formal y el reconocimiento jurisprudencial internacional.

Por su parte, Martínez menciona que migrar también es un derecho humano, pero lo que posibilita verdaderamente la libertad al hombre es la garantía de un nivel de existencia mínimo digno y esto de forma colectiva con efectos exigibles solo lo garantiza la seguridad social.⁴

Desde esa perspectiva, el DISS encuentra una etapa importante de desarrollo, pues el derecho humano: primero se reconoce cada vez más en normas internas; segundo sirve de base para los instrumentos internacionales; y tercero los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales asumen en la justiciabilidad de ambos derechos humanos (a la seguridad social y a la migración) cada vez un papel más activo, en especial es de resaltar el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁵

Estos organismos jurisdiccionales contribuyen a establecer la exigibilidad de los derechos humanos contemplados dentro de los marcos normativos generados por el DISS mediante sus decisiones jurisdiccionales que imponen a los estados el cumplimiento y protección de estos en beneficio de sus poblaciones.

II. Seguridad social como mecanismo redistribuidor de la renta

En el mundo hay 7 mil 800 millones personas⁶ de las cuales el 50 % viven con menos de 2 USD al día⁷, lo que genera una desigualdad de la renta a nivel mundial.

La seguridad social construye el bienestar desde que se estableció como base precisamente del Estado de Bienestar; sin embargo, con el transcurrir de los años y el establecimiento de políticas neoliberales, se dismantelaron los derechos sociales y la seguridad social perdió esta característica.

Sin embargo, hoy en día, estamos frente a dos fenómenos positivos para el DISS: el reconocimiento de la importancia como mecanismo redistribuidor de la renta en instrumentos y la concientización internacional de ello.

Sobre el primero se puede decir que hemos sido testigos de cómo, a través de instrumentos internacionales, se intenta dar cobertura a nivel mundial, para cerrar

4 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, "Parámetros de protección del sistema interamericano de derechos humanos a la movilidad humana", *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2021, Vol. 15 núm. 47 enero- Junio, p. 45.

5 Por ejemplo: las Opiniones Consultivas sobre migrantes: números: OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la república argentina, la república federativa de Brasil, la república del Paraguay y la república oriental del Uruguay de la Corte interamericana de Derechos Humanos, en www.acnur.org/5b6ca2644.pdf.

6 Naciones Unidas México, *Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2019, p.5.

7 Organización Internacional del Trabajo, *Estadística y bases de datos*, Suiza: OIT, 2020, s. p.

esas grandes brechas de desigualdad. Sobresalen los siguientes: Convenio 102 sobre la seguridad social y la Recomendación sobre los pisos de protección social 2020 de la OIT; la agenda 2030 y los objetivos del milenio.

Sobre el segundo fenómeno: se puede señalar que, a lo largo de la historia de la seguridad social, ésta siempre ha florecido ante la crisis. Por poner un ejemplo: en la crisis para los obreros ocasionada por la revolución industrial, surgieron los seguros sociales de Bismarck.

En ese sentido, la pandemia ha visibilizado lo que es una realidad: los países con mejores sistemas de seguridad social han podido sortear mejor las consecuencias de la crisis, porque un sistema de seguridad social fuerte cumple con sus principales objetivos: proteger los medios de subsistencia y dar atención a la salud, independientemente de la contingencia que amenaza al individuo, ya sea si la contingencia es un riesgo de trabajo o las afectaciones a la salud a consecuencia de la pandemia.

III. Cambios a consecuencia de la cuarta revolución industrial

La cuarta revolución industrial transforma las modalidades tradicionales del trabajo y de las relaciones de trabajo, obligando a la adecuación de los marcos normativos de los Estados para subsanar las lagunas jurídicas que se suscitan con estos nuevos acontecimientos.

Al respecto vale la pena llamar la atención sobre dos puntos: la falta de subordinación en las nuevas relaciones de trabajo y el teletrabajo con el uso de tecnologías.

Tanto el Derecho del Trabajo, como el Derecho de la Seguridad Social se originaron bajo la premisa de relaciones de trabajo sustentadas en la subordinación⁸ y hasta la fecha muchos países tienen ligados los derechos de acceso a la seguridad social al derecho laboral.

Sin embargo, en los nuevos trabajos y formas de su desarrollo (trabajos digitales que se generan por proyecto, en plataformas digitales, etc.) la subordinación de desdibuja y eso genera cero garantías de seguridad social.

Aunado a ello, la OIT refiere que “más del 60 % de los trabajadores a nivel mundial no tienen un contrato laboral, menos de la mitad tienen un empleo completo y permanente y actualmente será necesaria la creación de 600 millones de empleos nuevos para dar respuesta al ritmo de crecimiento de las personas en edad de trabajar”⁹, dentro de las cuales la economía digital a través del trabajo en plataformas digitales contribuye a la suma de personas trabajadoras sin estabilidad de empleo y sin mecanismos de protección social.

Sobre el segundo punto: el aumento del teletrabajo digital a nivel internacional conlleva tanto oportunidades, como problemas para las personas trabajadoras, ya

8 Todolí Signes, Adrian, “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Revista de Relaciones Laborales, Lan Harremanak*, Núm. 41, 17–41, Valencia, España, 2019, p. 23.

9 Organización Internacional del Trabajo, *Estadística y bases de datos*, Suiza: OIT, 2021, s. p.

que en un primer momento los trabajos realizados en las plataformas digitales están abriendo nuevas posibilidades, en particular para las mujeres, las personas con discapacidad, los jóvenes y las personas que quedan al margen de los mercados laborales convencionales¹⁰. Habiendo dicho eso a la par se generan problemas en torno al marco jurídico regulador en materia de trabajo y de seguridad social, pues trabajadores realizan la actividad solicitada por un empleador, que muchas veces se encuentra en un país distinto, lo que genera una incertidumbre jurídica respecto a la exigibilidad de derechos laborales y de seguridad social, tales como condiciones de trabajo acorde a la legislación nacional vigente, estabilidad en el ingreso, la imposibilidad de gozar de prestaciones de seguridad social (servicios de salud, pensiones, etc.).

Es aquí donde el DISS puede contribuir al aseguramiento de las prestaciones de seguridad social de las personas trabajadoras digitales a través de los instrumentos internacionales o directrices al respecto.

IV. Regionalización del DISS

Existe una gran variedad de instrumentos jurídicos que internacionalizan la seguridad social, y aunque aún prevalece el enfoque bilateral de los convenios de seguridad social, que, si bien no es obsoleto, se reconoce la necesidad de la integración regional.¹¹

La experiencia internacional demuestra que primero se firman acuerdos comerciales, que se pueden ampliar en la conformación de los países signantes como unión aduanera; misma que se puede extender al intercambio de bienes y servicios. Cuando esto ocurre, se crean normas para coordinar y cooperar en temas no solo económicos, sino políticos, sociales, culturales, ambientales y por supuesto laborales, lo que fomenta el traslado de trabajadores y ampliación a la normativa de seguridad social. Y en el mejor de los casos, a través de la ratificación de los instrumentos internacionales, se extiende la integración hasta la regulación de la libre circulación de personas y su garantía de derechos de seguridad social.

El primer y más importante ejemplo de esa integración regional es la Unión Europea, pero se puede advertir un aumento de la integración regional en cada una de las regiones continentales del planeta materializando la portabilidad y reconocimiento de prestaciones de seguridad social, inmediatas como la atención a la salud o de largo plazo como las pensiones. Algunos ejemplos de los instrumentos jurídicos regionales que regulan el otorgamiento de esas prestaciones a los migrantes son: el *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad social (CMISS)* o el *Code on Social Security in the SADC*, por mencionar algunos.

De lo anterior, se puede decir que hoy más que nunca se fomenta la integración regional y que no se puede estar frente a una verdadera integración, si no existe

¹⁰ Idem.

¹¹ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, y Apáez Pineda, Oscar Javier, "Análisis del derecho humano de la seguridad social desde el convenio bilateral vigente entre México y España", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, España, 2020, Vol. V Núm. 1, p. 249.

el andamiaje jurídico adecuado en materia de seguridad social. Puesto que como derecho humano es indispensable que no esté limitado por las fronteras.

C. A manera de conclusión: desafíos del DISS ante la migración internacional

Las perspectivas anteriormente analizadas del DISS abren ventanas de oportunidad que bien aprovechadas pueden significar cambios positivos en la protección para los migrantes; sin embargo, para ello hay diversos desafíos que lograr, dentro de los que destacan, los que a continuación se enlistan no limitativamente, solamente a manera de ejemplo:

1° Consolidar el DISS regional para que se establezcan bloques de protección de seguridad social en regiones específicas, siguiendo el ejemplo de la UE.

2° Lograr la coordinación del otorgamiento de las prestaciones de seguridad social entre diversos países, así como entre los tribunales que administran la justicia en materia de seguridad social nacional y más aún entre los tribunales internacionales.

3° Ampliar la cobertura de seguridad social a los trabajadores informales, incluyendo a los migrantes.

4° Difundir la información sobre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales en la materia, con el objetivo de que los migrantes que ya hayan generado derechos en el país de acogida y en sus respectivas fuentes de trabajo.

5° Desarrollar normas de protección y otorgamiento de prestaciones de seguridad social a largo plazo, mediante reconocimiento y la portabilidad de derechos pensionarios. Brindar prestaciones de salud, no solo de emergencia, sino bajo el concepto de la OMS de salud.

6° Establecer normas para la protección de trabajadores ciudadanos en un país que se convierten en trabajadores asentados en un su país de origen, pero que laboran para patrones extranjeros, sin relación migratoria alguna con el país del trabajador.

7° Reconocer las necesidades de seguridad social acorde a los grupos etarios de los migrantes: El trabajo de los jóvenes migrantes, niños y adultos mayores, además con perspectiva de género.

El DISS es un derecho dinámico, cuyos cambios dependen directamente del desarrollo político de los países, de su economía, así como de los organismos internacionales en la materia, cuyas nuevas perspectivas ayudan a comprobar la hipótesis de que estamos viviendo una etapa de desarrollo positivo para la conformación del DISS, que podría tener efectos positivos para los migrantes, antes no alcanzados. Empero, no se puede soslayar que este desarrollo está vinculado a la integración económica regional y por ende al desarrollo económico de los países que las conformen, así como a grandes desafíos.

D. Fuentes de investigación

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Parámetros de protección del sistema interamericano de derechos humanos a la movilidad humana”, *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2021, Vol. 15 núm. 47 enero- junio.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, y Apáez Pineda, Oscar Javier, “Análisis del derecho humano de la seguridad social desde el convenio bilateral vigente entre México y España”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, España, 2020, Vol. V Núm. 1.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, *Derecho internacional de la seguridad social*, México, Porrúa, 2020. Naciones Unidas México, Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2019.

Opiniones Consultivas sobre migrantes: números: OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la república argentina, la república federativa de Brasil, la república del Paraguay y la república oriental del Uruguay de la Corte interamericana de Derechos Humanos, en www.acnur.org/5b6ca2644.pdf

Organización Internacional del Trabajo, *Estadística y bases de datos*, Suiza: OIT, 2021.

Organización Internacional del Trabajo, *Estadística y bases de datos*, Suiza: OIT, 2020.

Organización Internacional para las Migraciones, Informe sobre las migraciones en el mundo 2020, Suiza, OIM-ONU, 2020.

TODOLÍ SIGNES, Adrian, “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Revista de Relaciones Laborales, Lan Harremanak*, Núm. 41, 17–41, Valencia, España, 2019.

Daniel Eryk Lach, Poznań

Zu der Europäisierung der Definition der Leistung bei Pflegebedürftigkeit

Inhaltsübersicht

- A. Erinnerung als Einführung
- B. Die Definition der Leistung bei Pflegebedürftigkeit
 - I. Pflegebedürftigkeit als aktuelles Sozialrisiko und die Mobilität von EU-Bürgern
 - II. Auf der Suche nach der Definition der „Leistungen bei Pflegebedürftigkeit“ in der Verordnung Nr. 883/2004
 - 1. EuGH-Rechtsprechung
 - 2. Vorschlag der Ergänzung der Verordnung Nr. 883/2004
- C. Schlussbemerkungen
- D. Literatur

A. Erinnerung als Einführung

Ein Aufsatz für die ZIAS- Jubiläumsausgabe darf und soll mit der Bedeutung meiner Forschungstätigkeit am Institut für meine berufliche und wissenschaftliche Entwicklung begonnen werden. Zum ersten Mal hatte ich im Jahre 2011 die Gelegenheit das Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München zu besuchen. Als nicht mehr so junger Doktor, jedoch noch vor der Habilitation, nahm ich damals an der deutsch-polnischen Tagung „Die Realisierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zwischen Deutschland und Polen aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht“ teil¹. Es war für mich umso wichtiger, dass sich bei dieser Tagung die Gelegenheit bot, die Professoren Hans Zacher, Bernd von Maydell und Ulrich Becker kennenzulernen. Im Juli 2014 wurde ich erneut eingeladen, um die Problematik der grenzüberschreitenden Erbringung von Gesundheitsleistungen bei einem Seminar im Institut zu diskutieren. Damals hatte ich auch Professor Franz Ruland kennengelernt.

Lange Gespräche mit Prof. U. Becker, die nicht nur die Implementierung der Richtlinie Nr. 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, aber auch die Organisation des polnischen Systems der „Gesundheitsfürsorge“ betrafen, führten dazu, dass mir ein Stipendium für einen Forschungsaufenthalt gewährt wurde. Aus diesem Grund habe ich im Dezember 2014 zur Problematik der Europäisierung der Gesundheitsversorgung recherchiert und im Rahmen eines Seminars den Vortrag zum

¹ Mein Vortrag zum Thema „Zur grenzüberschreitenden Erbringung von Gesundheitsleistungen“ wurde später im von U. Becker, B. von Maydell und H. Szurgacz herausgegebenen Band 56 von Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik „Die Realisierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zwischen Deutschland und Polen aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht“ (Baden-Baden 2012) veröffentlicht.

Thema „Organisation (Akteure und Verhältnisse) im polnischen System der Gesundheitsfürsorge“ gehalten².

Im Jahre 2017 wurde ich als Experte des Interministeriellen Teams für die Entwicklung des Systems zur Begutachtung von Behinderung und Arbeitsunfähigkeit ernannt. Die Probleme, die von mir in diesem Rahmen analysiert wurden, haben mich dazu bewogen, die Forschung zum Thema Langzeitpflege und Pflegebedürftigkeit als soziales Risiko aufzunehmen. Dank der Einladung von Prof. U. Becker durfte ich erneut im Januar 2018 das Institut besuchen, um zum Thema „Die Evolution des Begriffes der Pflegebedürftigkeit und des Leistungsrechts der Pflegeversicherung“ zu recherchieren. Diese Forschungen haben es mir ermöglicht, eine Monographie zum Thema „Pflegebedürftigkeit als soziales Risiko“ vorzubereiten, welche die Grundlage des mir im September 2020 verliehenen Professorentitels war³.

B. Die Definition der Leistung bei Pflegebedürftigkeit

I. Pflegebedürftigkeit als aktuelles Sozialrisiko und die Mobilität von EU-Bürgern

Eines der wichtigsten Probleme, die ich in meinem Buch ausgearbeitet habe, lag in der Problematik der Organisation und Finanzierung der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit. In Polen gibt es kein einheitliches Leistungssystem, das mit der deutschen Pflegeversicherung vergleichbar wäre. Verschiedene Leistungen, die sich auf die Notwendigkeit der Langzeitpflege beziehen, sind in diversen Systemen des Sozialrechts geregelt: von der Gesundheitsversorgung, über die Pensions- und Rentenversicherung bis zu den Unterstützungssystemen⁴. Problematisch ist dabei, dass die verschiedenen Zweige des Sozialrechts ihre eigenen Kataloge über Leistungen bei Pflegebedürftigkeit bestimmen, welche unterschiedliche Geltungsbereiche und Funktionen haben⁵.

Die Bedeutung der demografischen Veränderung und die daraus resultierenden Herausforderungen für die Schöpfer der Sozialpolitik liegen auf der Hand⁶ und

2 Dieser Vortrag war ein Ausgangspunkt für den von U. Becker und mir herausgegebenen Band 65 von Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik „Die öffentliche Gesundheitsversorgung in Polen. Verfassungsrechtliche Vorgaben und das System der Gesundheitsfürsorge“ (Baden-Baden 2017).

3 Wichtig für den Erwerb des Professorentitels waren auch weitere Forschungsaufenthalte: im Dezember 2018 (Opferentschädigung als soziale Entschädigung), im Juni 2019 (Telemedizin und das System der Gesundheitsversorgung), in Oktober-November 2019 (Die Frage der ungerechtfertigten Bereicherung des Arbeitnehmers, für die der Arbeitgeber die Beiträge für die sozialen Versicherungen aus dem gerichtlich festgestellten Arbeitsverhältnis bezahlen muss) und – an der Pandemie-Schwelle – im März 2020 (Ambulant betreute Wohngruppen für Pflegebedürftige als Beispiel der Deinstitutionalisierung von Pflegeleistungen).

4 Mehr: A. Przybyłowicz, *The Legal Position of Persons Dependent on Long-Term Care in the Republic of Poland* [in:] U. Becker, H.-J. Reinhard (ed.), *Long-Term Care in Europe. A Juridical Approach*, Springer 2018, S. 381–413, Y. Jorens, B. Spiegel (ed.), *Coordination of Long-term Care Benefits – current situation and future prospects*. Think Tank Report 2011, 2011, S. 110–114.

5 Vgl. D. E. Lach, *Niesamodzielność jako ryzyko socjalne*, Poznań 2018, S. 174 ff., auch Y. Jorens, B. Spiegel (ed.), *Coordination...* S. 11.

6 Vgl. z.B. U. Becker, *Pflege in einer älter werdenden Gesellschaft – Anmerkungen zur Weiterentwicklung der Pflegeversicherung angesichts demographischer Veränderungen*, „Die Sozialgerichtsbarkeit“ Nr. 3/2013.

wurden mitunter bereits in der polnischen Literatur aufgearbeitet⁷. Heutzutage steht es außer Diskussion, dass die Pflegebedürftigkeit (long-term care dependency) ein Musterbeispiel für ein neues soziales Risiko ist⁸. Nichtsdestotrotz ist es nach wie vor problematisch die Pflegebedürftigkeit als soziales Risiko zu definieren. Eine entsprechende Definition muss nicht nur zahlreichen und unterschiedlichen Lebenssituationen, in welchen die Langzeitpflege erforderlich ist, Rechnung tragen, sondern auch die finanziellen, organisatorischen und ressourcenbezogenen Begrenzungen aufgreifen.

Das Definieren von bestimmten Leistungen als „Leistungen bei Pflegebedürftigkeit“ ist auch im Lichte der Koordination der sozialen Sicherheit auf der europäischen Ebene enorm wichtig. Nach Schätzungen der Europäischen Kommission haben insgesamt 80.000 mobile Bürger Anspruch auf „Leistungen bei Pflegebedürftigkeit“ mit einem Gesamtwert von 793 Mio. EUR (0,4 % der Gesamtausgaben für Leistungen bei Pflegebedürftigkeit in der EU)⁹. Gleichzeitig wurde aber das Risiko, bei elementaren Bedürfnissen des täglichen Lebens auf fremde Hilfe angewiesen zu sein, weder in der Aufzählung des Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 noch des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 ausdrücklich unter den Leistungsarten erwähnt, die in den Anwendungsbereich der betreffenden Verordnungen fallen.

II. Auf der Suche nach der Definition der „Leistungen bei Pflegebedürftigkeit“ in der Verordnung Nr. 883/2004

1. EuGH-Rechtsprechung

Es wäre zu weit gefasst, hier die Rechtsprechung des EuGHs hinsichtlich der Zulässigkeit des Exports von Geld- und Sachleistungen der Pflegeversicherung aufgrund der Koordinierungsvorschriften genauer zu besprechen¹⁰. Zusammenfassend kann aber gesagt werden, dass vor allem die Zuordnung von bestimmten Leistungen problematisch ist. In Bezug auf die verschiedenen Leistungen der sozialen Sicherheit hat der Gerichtshof entschieden, dass Leistungen, die objektiv aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands gewährt werden und die darauf abzielen, den Gesundheitszustand und die Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen zu verbessern, als „Leistungen bei Krankheit“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 zu betrachten sind¹¹. Der EuGH stellte aber heraus, dass er nur in Ermangelung von Vorschriften der Verordnung

⁷ Z.B.: M. Augustyn (ed.), *Opieka długoterminowa w Polsce. Opis, diagnoza, rekomendacje*, Warszawa 2010, J. Jończyk, *Zagadnienia trwałej opieki pielęgnacyjnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” Nr. 6/2009.

⁸ Vgl. U. Becker, *Long Term Care in Europe: An Introduction*, [in:] U. Becker, H.-J. Reinhard (ed.), *Long-Term Care in Europe. A juridical approach*, 2018, S. 5, B. Schulte, *New social risks: Introduction*, [in:] U. Becker, F. Pennings and T. Dijkhoff, *International standard-setting and innovations in social security*, Kluwer Law International 2013, S. 213.

⁹ COM(2016) 815 final.

¹⁰ Vgl. dazu D. E. Lach, *Świadczenia opieki długoterminowej a koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego w UE*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” Nr. 7/2018.

¹¹ Vgl. in diesem Sinne Urteile: vom 5. März 1998, Molenaar, C-160/96 vom 8. März 2001, Jauch, C-215/99, vom 21. Februar 2006, Hosse, C-286/03 und vom 18. Oktober 2007, Kommission/Parlament und Rat, C-299/05.

Nr. 1408/71, die sich speziell auf das Risiko der Pflegebedürftigkeit bezieht, bestimmte Leistungen, die dieses Risiko betreffen, den „Leistungen bei Krankheit“ gleichgestellt hat, gleichwohl aber stets anerkannte, dass Leistungen, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen, allenfalls ergänzenden Charakter gegenüber „klassischen“ Leistungen bei Krankheit haben. Es ist festzustellen, dass im Unterschied zu den Leistungen bei Krankheit im eigentlichen Sinne, Leistungen, die das Risiko der – in der Regel lange andauernden – Pflegebedürftigkeit betreffen, grundsätzlich nicht darauf angelegt sind, für kurze Zeit übernommen zu werden. Zudem lässt sich nicht ausschließen, dass die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffenden Leistungen, insbesondere durch ihre Anwendungsmodalitäten Merkmale aufweisen können, die in der Sache in gewisser Weise den in den Buchst. b und c der in Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 genannten Zweige, Invalidität und Alter nahekommen, ohne, dass sie einem von ihnen eindeutig zugeordnet werden können¹².

2. Vorschlag der Ergänzung der Verordnung Nr. 883/2004

Bemerkenswert ist, dass diese Umstände schon in den Erwägungsgründen der Verordnung Nr. 883/2004 erwähnt wurden. Darin wurde darauf hingewiesen, dass es erforderlich ist, „spezifische Bestimmungen vorzusehen, die ein Zusammenreffen von Sachleistungen bei Krankheit mit Geldleistungen bei Krankheit ausschließen, wie sie Gegenstand der Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen C-215/99 Jauch und C-160/96 Molenaar waren, sofern diese Leistungen das gleiche Risiko abdecken“. Entsprechende Regelung wurden in der Verordnung allerdings nicht vorgesehen.

Im Jahr 2016 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag zur Ergänzung der Verordnung Nr. 883/2004¹³ vorgelegt, der u.a die „Leistungen bei Pflegebedürftigkeit“ betrifft. Es soll ein kohärentes System für die Koordinierung der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit geschaffen werden, indem ein eigenes Kapitel für die Koordinierung in die Verordnung Nr. 883/2004 aufgenommen, eine Begriffsbestimmung eingeführt und eine Liste dieser Leistungen erstellt wird.

Im Auftrag der Kommission haben die Experten von trESS network¹⁴ versucht, ein gemeinsames Konzept zur Bestimmung der Definition der Pflegebedürftigkeit zu entwickeln. Ausgangspunkt waren die Definitionen, die in den EU-Mitgliedstaaten aufgenommen wurden. Auf deren Basis ermittelten die Experten die Elemente, die allen Definitionen gemein sind und die als gemeinsame Mindestkriterien zur Ermittlung von Pflegeleistungen herangezogen werden könnten. Zu diesen Kriterien gehören: (1) das Auftreten über einen längeren Zeitraum, (2) aufgrund von Alter, Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit (3) die verminderte oder verlorene oder nie (vollständig) erworbene körperliche, geistige, intellektuelle oder sensorische Autonomie, (4) welche eine erhebliche Hilfeleistung einer anderen

¹² Vgl. Urteil vom 30. Juni 2011, da Silva Martins, C-388/09 dazu Reinhard, Export von Pflegegeld ins Ausland, ASR 2011, S. 222-225.

¹³ COM(2016) 815 final.

¹⁴ <http://www.tress-network.org/>.

Person erforderlich macht, (5) wobei die Leistungen darauf abzielen, die Ausführung der wesentlichen Aktivitäten des täglichen Lebens zu ermöglichen¹⁵.

Auf dieser Grundlage hat die Europäische Kommission einen Änderungsvorschlag vorgelegt. Es wurde empfohlen, Art. 1 der Verordnung 883/2004 um eine Definition der „Leistung bei Pflegebedürftigkeit“ zu ergänzen. Demnach handelt es sich bei dieser Leistung um „eine Sachleistung, eine Geldleistung oder eine Kombination aus beiden für Personen, die über einen längeren Zeitraum aufgrund ihres Alters, einer Behinderung, einer Krankheit oder einer Beeinträchtigung beträchtliche Unterstützung zur Verrichtung grundlegender alltäglicher Tätigkeiten durch eine oder mehrere andere Personen benötigen, einschließlich der Unterstützung ihrer persönlichen Unabhängigkeit; dies umfasst Leistungen, die der Person bzw. für die Person gewährt werden, die eine derartige Unterstützung erbringt“¹⁶.

Das Europäische Parlament hat, entsprechend dem Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten vom 31. November 2018, diese Definition umgearbeitet, und die Abänderung folgenden Wortlauts vorgeschlagen: „>>Leistung bei Pflegebedürftigkeit<< – eine Sach- oder Geldleistung, deren Zweck es ist, den Betreuungsbedürfnissen von Personen nachzukommen, die aufgrund ihres Alters, einer Behinderung, einer Krankheit oder einer Beeinträchtigung über einen längeren Zeitraum, die Unterstützung zur Verrichtung ihrer grundlegenden Alltagshandlungen durch eine oder mehrere andere Personen, zur Unterstützung ihrer persönlichen Unabhängigkeit, unter anderem am Arbeitsplatz, benötigen; dies umfasst Leistungen, die zu demselben Zweck der Person bzw. den Personen gewährt werden, die eine derartige Unterstützung erbringt bzw. erbringen“¹⁷.

Abgesehen von zahlreichen sprachlichen und redaktionellen Umgestaltungen, welche die Definition der „Leistung bei Pflegebedürftigkeit“ grundsätzlich nicht beeinflussen, sind drei wichtige Änderungen hervorzuheben: Erstens schlägt das Europäische Parlament vor, auf das Merkmal „beträchtlich“ bei der Beschreibung der benötigten Unterstützung zu verzichten. Dies weitet den Umfang der potentiellen Unterstützungsleistungen sehr aus. Meiner Meinung nach ist diese Veränderung mit der Empfehlung verbunden, die Unterstützung der persönlichen Unabhängigkeit auch auf die Berufsaktivitäten zu beziehen („unter anderem am Arbeitsplatz“). Dieser Vorschlag würde eine grundlegende Änderung des Verständnisses des Begriffs der „Aktivitäten des täglichen Lebens“ bedeuten. Diese waren bisher eher eng im Sinne von ADL (IADL) Maßstab, als wiederkehrende Tätigkeiten zur Erfüllung der physischen und psychischen menschlichen Grundbedürfnisse¹⁸ (kurz: Selbstversorgung), auszulegen. Entsprechend dem Vorschlag des Parlaments sollen unter den „grundlegenden Alltagshandlungen“ auch die Aktivitäten am Arbeitsplatz zugerechnet werden. Die Bezeichnung einer pflege-

15 Vgl. Y. Jorens, B. Spiegel (ed.), *Coordination...* S. 13–14.

16 COM(2016) 815 final, 2016/0397(COD).

17 Bericht über den 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, (COM(2016)0815 – C8-0521/2016 – 2016/0397(COD)), S. 42.

18 Vgl. Pschyrembel – *Klinisches Wörterbuch*. De Gruyter, 1998.

bedürftigen Person wird damit bedeutend umgestaltet: es kann sich (auch) um eine beruflich aktive Person handeln, die in diesem Fall keine beträchtliche, sondern auf die Verrichtung der Arbeit gerichtete Unterstützung benötigt. Damit können die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit die – zeitlich begrenzten – Leistungen der beruflichen Rehabilitation ergänzen.

Allerdings scheint der wichtigste Vorschlag des Parlamentes die Hervorhebung der Bestimmung der „Leistung bei Pflegebedürftigkeit“ zu sein. Unabhängig von der Art der Leistung ist es wichtig, dass darauf abgezielt wird, den „Betreuungsbedürfnissen von Personen nachzukommen“. Dies erleichtert letztlich die funktionelle Auslegung der unterschiedlichen Gesetze der Mitgliedsstaaten im Lichte der Koordinierungsregeln, was im Grunde genommen Ziel der Ergänzung der Verordnung Nr. 883/2004 ist.

C. Schlussbemerkungen

Das Verfahren zur Ergänzung der Verordnung Nr. 883/2004 um eine Definition der „Leistung bei Pflegebedürftigkeit“ ist bisher nicht abgeschlossen. Dies wird aber hoffentlich bald sein Ende finden. Die demographisch bedingten Herausforderungen an die Schöpfer der Sozialpolitik im „ergauenden Europa“ erzwingen die (Um)Gestaltung von verschiedenen Leistungssystemen bezüglich der Pflegebedürftigkeit. Auf der EU-Ebene bedeutet dies auch die Notwendigkeit, den wachsenden Export von Pflegeleistungen zu koordinieren, was schon seit Jahrzehnten in der EuGH-Rechtsprechung deutlich wird.

Meiner Meinung nach wäre es gut, wenn die Vorschläge des Europäischen Parlamentes angenommen würden. Die Hervorhebung des Zwecks der Leistung bei der Pflegebedürftigkeit ist für die funktionelle Auslegung der unterschiedlichen Gesetze von praktisch hoher Relevanz. Es ist ersichtlich, dass dabei auch an die Arbeiten von Experten des trESS-networks angeknüpft wurde. Daneben ist auch die wichtig, dass zu den grundlegenden Alltagshandlungen auch die Berufsaktivitäten hinzugerechnet werden sollen. Dies kann unsere Vorstellung von pflegebedürftigen Personen wegweisend verändern.

D. Literatur

- Augustyn M. (ed.) (2010), *Opieka długoterminowa w Polsce. Opis, diagnoza, rekomendacje*, Warszawa
- Becker U. (2018), *Long Term Care in Europe: An Introduction*, [in:] U. Becker, H.-J. Reinhard (ed.), *Long-Term Care in Europe. A juridical approach*, Springer
- Becker U. (2013), *Pflege in einer älter werdenden Gesellschaft – Anmerkungen zur Weiterentwicklung der Pflegeversicherung angesichts demographischer Veränderungen*, „Die Sozialgerichtsbarkeit“ Nr. 3
- Jończyk J. (2009), *Zagadnienia trwałej opieki pielęgnacyjnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” Nr. 6
- Jorens Y., Spiegel B. (ed.) (2011), *Coordination of Long-term Care Benefits – current situation and future prospects*. Think Tank Report 2011
- Lach D. E. (2018), *Niesamodzielność jako ryzyko socjalne*, Poznań

- Lach D. E. (2018), Świadczenia opieki długoterminowej a koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego w UE, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* Nr. 7
- Przybyłowicz A. (2018), The Legal Position of Persons Dependent on Long-Term Care in the Republic of Poland [in:] U. Becker, H.-J. Reinhard (ed.), *Long-Term Care in Europe. A Juridical Approach*, Springer
- Pschyrembel – *Klinisches Wörterbuch*. De Gruyter, 1998
- Schulte B. (2013), New social risks: Introduction, [in:] U. Becker, F. Pennings and T. Dijkhoff, *International standard-setting and innovations in social security*, Kluwer Law International

*Marius Olivier, Perth**

Advancing migrant workers' social protection: A critical evaluation of bilateralism

Table of Content

- A. Introduction
- B. Accessing protection: Barriers facing migrant workers and bilateral responses
 - I. Significant challenges facing migrant workers and low social protection coverage; the emphasis on bilateral social security agreements
 - II. Immigration status and legal challenges
 - III. Weak provisioning in bilateral labour agreements and absence of bilateral social security agreements
 - IV. Labour market challenges
 - V. Challenges in relation to the nature of social protection schemes
 - VI. Voluntary schemes and less beneficial arrangements
- C. Bilateralism: Limitations and shortcomings – selected perspectives
 - I. Introduction: BSAs, labour migration, free movement and equal treatment
 - II. Inadequate social protection provision contained in bilateral labour agreements
 - III. Limited scope of BLAs and, in particular, BSAs
 - IV. Weak bargaining power of CoOs and lack of enforceability
 - V. Multiplicity and non-alignment of BSAs
 - VI. The changing nature of labour migration
- D. Responding to shortcomings in bilateral regimes – selected perspectives
 - I. Strengthening social protection provisioning in BLAs
 - II. Investing in enhanced MSAs
 - III. Extending the scope of BSAs and incremental approaches to expanding MSAs
 - IV. Introducing country-of-origin unilateral measures
- E. Conclusions

A. Introduction

During the many years of my engagement with the Max Planck Institute for Social Law and Social Policy (earlier known as the Max Planck Institute for Foreign and International Social Law) in Munich, Germany, I have had the exceptional privilege of benefitting exceedingly from collaborating with two of its directors, i. e., Professor Bernd von Maydell and thereafter Professor Ulrich Becker, and several other MPI staff members. The collaboration at a personal level and use made of the outstanding facilities and services of the Institute have assisted me in engaging in scientific debates regarding as well as policy and legal contributions to social security progress and reform, also in the developing world – an interest

* Honorary Professor: Faculty of Law, Nelson Mandela University (South Africa); Extraordinary Professor: Faculty of Law, North-West University (South Africa); Adjunct-Professor: School of Law, University of Western Australia, Perth; Fellow: Stellenbosch Institute for Advanced Study (STIAS). This contribution is partly based on a paper presented at a virtual conference on “Bilateral Labor Agreements”, June 6-8, 2012. The contribution also partly flows from research undertaken as part of a project on „Migration vulnerability and access to social protection“, a project approved and supported by the Stellenbosch Institute for Advanced Study (STIAS), South Africa.

I have shared with the Institute. This has resulted in among other several joint initiatives and publications, as well as staff and student exchange visits. One of the areas of collaboration concerns the social security position of migrant workers, to which the theme of this contribution is closely related. This is an area in which the Institute has always excelled, given its vast specialist knowledge and comprehensive resources. It is therefore befitting for me to thank the Institute, its Directors and the past and present staff, and to congratulate the MPI on the 40th anniversary of its official launch.

B. Accessing protection¹: Barriers facing migrant workers and bilateral responses

1. Significant challenges facing migrant workers and low social protection coverage; the emphasis on bilateral social security agreements²

Globally, significant challenges face migrant workers with regard to their access to social security generally and the portability of social security benefits specifically. World-wide, but in particular in developing countries, social protection coverage is low. This impacts on migrant workers too and has consequences for the reach of bilateral agreements. As has been noted:³ “As of 2020, only 46.9 per cent of the global population were effectively covered by at least one social protection benefit¹ (Sustainable Development Goal (SDG) indicator 1.3.1 ...), while the remaining 53.1 per cent as many as 4.1 billion people were left wholly unprotected. Behind this global average, there are significant inequalities across and within regions, with coverage rates in Europe and Central Asia (83.9 per cent) and the Americas (64.3 per cent) above the global average, while Asia and the Pacific (44.1 per cent), the Arab States (40.0 per cent) and Africa (17.4 per cent) have far more marked coverage gaps.”

Given the protection challenges posed by the social security and related legal systems in countries of destination, bilateral social security agreements (BSAs) have world-wide come to be appreciated as the core intervention for extending social security protection to migrant workers; the first BSA was concluded in 1904; today there are more than 2000 worldwide.⁴ BSAs imply a radical depar-

1 In this contribution, „social protection“ and „social security“ are used interchangeably, unless the context indicates otherwise.

2 See also Olivier, M „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in ABDI-ILO-OECD *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (2019) – <https://www.adb.org/publications/building-partnerships-effectively-managing-labor-migration>.

3 ILO World Social Protection Report 2020-2022: *Social protection at the crossroads – in pursuit of a better future* (2021) 19

4 Sabates-Wheeler, R & Koettl, J „Social protection for migrants: The challenges of delivery in the context of changing migration flows“. *International Social Security Review*, Vol. 63, Nos. 3–4, 2010, 115–144 at 125. See also Holzmann, R, Koettl, J, and Chernetsky, T *Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices*, (Social Protection Discussion Paper No. 0519) (World Bank, 2005) 32), who remark: „The administrative approach to achieve the portability for both pension and health care benefits seems to be reasonable cost-effective after a bilateral or multilateral agreement has been successfully concluded.“ However, the ISSA database on social security agreements indicate a number of 660 in 2020: see ILO *Extending social protection to migrant workers, refugees and their families* (2021) 74.

ture from the territorial restriction on access to welfare (see also below) and support the notion of a personal entitlement to benefits which follows the person/worker concerned, irrespective of his/ her geographical location. In addition, the world-wide evidence is that multilateral and bilateral agreements play a profound role in cementing the protection of certain migrants' social security entitlements. It has been suggested that, had it not been for the incorporation of the portability principle in most multilateral and bilateral agreements, fewer than the 30 per cent of migrants worldwide who return to their home country would have done so.⁵

BSAs help to streamline the social security position of an individual who migrate (for work) to another country, and are usually informed by any combination of so-called social security coordination principles, applicable also to multilateral social security agreements (MSA).⁶ BSAs are strongly advocated for in *international* and *regional* instruments.⁷

II. Immigration status and legal challenges

Migrant workers, in particular those migrating to Gulf countries, are exposed to *legal* barriers, as they are often legally excluded from accessing social security.⁸ However, this restriction is removed or qualified through the provisions of bilateral, or for that matter, multilateral social security agreements. In fact, the

5 Paparella, D *Social security coverage for migrants: Critical aspects* (ISSA European regional meeting: Migrants and social protection, 21–24 April 2004) 3, 6.

6 I. e., (i) the choice of law principle, identifying the legal system that is applicable; (ii) equal treatment (in the sense that discrimination based on nationality is prohibited) – ensuring access to those social security benefits covered by the agreement, in the destination country; (iii) aggregation/totalization of insurance periods (in that all periods taken into account by the various national laws are aggregated for the purposes of acquiring and maintaining an entitlement to benefits, and of calculating such benefits); (iv) maintenance of acquired rights/benefits (benefits built up by the person are retained); (v) payment of benefits, irrespective of the country in which the beneficiary resides (the „portability“ principle); (vi) administrative cooperation (between the social security institutions of the parties to the agreement); and (vii) sharing of liability to pay for the benefit (i. e., pro-rata liability of the respective institutions).

7 The key global instruments include: ILO *Equality of Treatment (Social Security) Convention*, 1962 (No. 118) covers the equality of treatment and portability of benefits principles indicated above, while ILO *Maintenance of Social Security Rights Convention*, 1982 (No. 157) provides for totalization of insurance periods and the pro-rated sharing of benefit payments by the countries concerned, based on the ratio of insurance periods. Of particular importance – and assistance – are the ILO model provisions for the conclusion of social security agreements, contained in the relevant annexes to the ILO *Maintenance of Social Security Rights Recommendation*, 1983 (No. 167). Finally, Article 27(1) of the UN *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (1990) stipulates that: „With respect to social security, migrant workers and members of their families shall enjoy in the State of employment the same treatment granted to nationals in so far as they fulfil the requirements provided for by the applicable legislation of that State and the applicable bilateral and multilateral treaties.“

8 Historically, the Gulf countries have restricted access to their social security systems to citizens: as noted by a 2010 ILO publication, these countries exclude foreigners from the public social security system and make no provision for migrant workers, even on a voluntary basis (ILO *International labour migration: A rights based approach* (2010) 109). For citizens of these countries the position is different: they could be covered even if they work outside their country in another Gulf country. In fact, in 2006 the Gulf Cooperation Council (GCC) adopted the *Unified Law of Insurance Protection Extension for GCC state citizens working in other GCC countries*. It has been noted that this law has resulted in better pension protection and greater labour mobility (for Gulf countries' citizens) (Van Ginneken, W „Social protection for migrant workers: national and international policy challenges“ *European Journal of Social Security* (EJSS), vol 13(5), 2013, 209–221 at 215–216). Migrant workers would routinely also be excluded from health benefit schemes in these countries, unless they are covered under what is known as a family health scheme – however, in that case they consequently do not have access to independent and confidential health care services (Ruijsen, A

value of BSAs is particularly that these agreements not only grant access to social security benefits of the country of destination (CoD), but usually also provide for the removal of dual coverage and therefore the avoidance of paying double contributions – i.e., the agreement will stipulate which benefits of the CoD will be accessible, to the exclusion of similar benefits of the country of origin (CoO) that may otherwise be accessible. However, dual coverage may be differently dealt with in the case of posted/seconded workers.⁹

Inadequate coverage could also be as a result of their specific *immigration* status (e.g., they may be undocumented migrant workers) which generally makes them ineligible for accessing benefits. To date, bilateral labour agreements (BLAs) and MOUs (as is the case with BSAs) rarely cover the social protection status of migrant workers in an irregular situation, other than the instances where such arrangements provide a pathway for regularisation, which could translate into access to social protection, to the extent that this may otherwise be available to migrant workers in the CoD.¹⁰ In some (in particular a few ASEAN countries – Brunei Darussalam and Singapore), as a rule only permanent residents or long-

Migrant workers in the Middle East (PhD Thesis, University of Tilburg, 2013) 23). They may, however, be covered by employment injury benefit schemes. It also has to be noted that to date none of the Gulf countries have ratified ILO *Domestic Workers Convention*, 2011 (Convention 189) which requires that essential labour and social security protection be extended to domestic workers.

- 9 BSAs would often stipulate that workers temporarily posted to a CoD for a particular time period will not be covered under the social security system of the CoD if they remain covered under the social security system of the CoO. The position with regard to Asian BSAs has been summarised as follows: „Therefore, with few exceptions, Asian BSAs stipulate that *detached/posted/seconded workers* who work in the host country for a specified period of time, would be exempted from contributing to the host country social security system (or at least certain of its schemes), as long as the worker remains covered under their home country system and has obtained a certificate to this effect from the home country social security authority (often referred to as a certificate of coverage). The period for which the exemption applies is specifically indicated in the BSAs and ranges from 2 to 6 years; in many cases, the period may be extended for an indicated further period, or by agreement between the contracting parties.“: Olivier, M „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in *ABDI-ILO-OECD Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (Asian Development Bank Institute, Organisation for Economic Co-operation and Development, and International Labour Organization, 2019) 38–69 at 51.
- 10 South Africa's special dispensation (permit) regime for nationals in an irregular situation hailing from Angola, Lesotho and Zimbabwe serves as an example. The permit regime was designed in consultation and on the basis of MOUs with the governments of the CoOs concerned. In fact, from a domestic law perspective, holders of the permit are entitled to reside and work in South Africa, and are accorded (limited duration) permanent residence status, on the basis of the provisions of the Immigration Act 13 of 2002 – which may create discrepancies in comparison with the treatment in law, rights and entitlements of particular temporary categories of migrant workers, who often entered South African legally. See Olivier, M „Bilateral labour migration arrangements in two Southern African Development Community corridors“ (IOM, 2021) (<https://publications.iom.int/books/bilateral-labour-migration-agreements-two-sadc-corridors>) and KN Bule and LB Landau, *A Drop in the Ocean: Labour Market Effects of South Africa's Special Dispensations for Southern African Migrants*, report submitted to the ILO (2020). Other examples of such regularisation scheme interventions, although *unilaterally* introduced by the CoD, include Thailand's National Verification Process (NVP) (for nationals from Cambodia, Lao PDR, Myanmar and Viet Nam): see https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_735108.pdf. The NVP process in principle ensures access to social protection in Thailand, although access may be hampered by practical considerations: Olivier, M „*Social protection for migrant workers in ASEAN: Developments, challenges, and prospects*“ (ILO, 2018) 87, 90–91: https://www.ilo.org/asia/publications/WCMS_655176/lang-en/index.htm. In Portugal, given the COVID-19 context, the government decided to regularise all foreign workers who had pending residential visa requests, granting them access to the health system and the same social rights available to nationals: UN *Social protection responses to the COVID-19 crisis in the MENA/Arab States region* (2020) 20 (available at <https://socialprotection.org/discover/publications/social-protection-responses-covid-19-crisis-mena-arab-states-region>).

term migrant workers have access to most forms of contributory social security. Alternatively, a *social security law* might specifically exclude generally migrant workers or exclude specific categories of migrant workers, and/or their family members. This may have implications for coverage under BSAs – these agreements often define the personal sphere of coverage with reference to those insured under national laws. Non-contributory forms of social security support are by and large restricted to citizens and, at times, permanent residents – a position largely endorsed by international law.¹¹

Migrant workers are often subject to *nationality* restrictions. Overcoming this hurdle is one of the key objectives of BSAs – those covered by the BSA are entitled to equal treatment under the agreement; in other words, *discrimination* on the basis of nationality is not allowed. However, this does not mean that the personal scope of the agreement extends to all categories of migrant workers. On the contrary, workers in the informal economy or in an irregular status are invariably excluded from coverage of BSAs and usually also BLAs. In addition, migrant workers may be required to have *resided* in a country for a particular period of time before certain social security benefits can be accessed. This may in fact also be relevant in the case of BSAs. For example, BSAs often require that totalization (discussed below) is only possible if the migrant worker concerned has contributed, or resided, for at least a minimum period of time in the CoD concerned.¹²

Also, due to *territoriality* restrictions, social security arrangements may not apply beyond the borders of a country. BSAs typically attempt to overcome territoriality restrictions, for example by arranging for portability of social security benefits across borders – one of the key social security coordination elements embedded in BSAs. In similar vein, the totalization of contribution (or, for that matter, residence) periods has extra-territorial implications, in that periods of contribution or residence in both the CoO and CoD are taken into account for purposes of calculating the benefit to which the worker is entitled. In fact, modern BSAs often consider, for purposes of totalization, so-called *third-country periods*, i. e., periods of contribution, or even residence, in countries other than the two contracting parties.¹³

11 Article 68(1) of ILO Convention 102 of 1952 (*Social Security (Minimum Standards) Convention*) stipulates: „Non-national residents shall have the same rights as national residents: Provided that special rules concerning non-nationals and nationals born outside the territory of the Member may be prescribed in respect of benefits or portions of benefits which are payable wholly or mainly out of public funds and in respect of transitional schemes.“ But see now also ILO Recommendation 202 of 2012 (National Floors of Social Protection), which requires national floors of social protection to be extended to “all residents” and “all children”.

12 Olivier, M „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in *ABDI-ILO-OECD Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (Asian Development Bank Institute, Organisation for Economic Co-operation and Development, and International Labour Organization, 2019) 53.

13 For example, widespread use is made of this critical protection enhancement mechanism in Asian BSAs, as appears in, among others Japan’s BSA with the Czech Republic, the Philippines’ BSA with Sweden, India’s BSAs with Austria, Canada, the Czech Republic, Finland, France, Germany, Hungary, Luxembourg, Portugal, and the Republic of Korea, and the Republic of Korea’s BSAs with Australia, Bulgaria, Canada, Luxembourg, and New Zealand (in the making).

III. Weak provisioning in bilateral labour agreements and absence of bilateral social security agreements

BLAs, including at times also MOUs, may extend labour rights protection to (documented) migrant workers, but rarely make provision for any meaningful social security coverage.¹⁴ Also, with some notable exceptions, BSAs involving developing countries (with their characteristic weaker social security systems) are less common than BSAs between highly industrialised countries with strong social security systems.¹⁵ We return to these matters below.

IV. Labour market challenges

There are also challenges related to the *labour market status* of migrant workers. In some countries, coverage is denied to all workers – including national workers – in a specified category of work. An example would be domestic workers. Informal workers also often fall outside the scope of social security laws, as these laws may only cover workers in the formal economy (working for an employer in an identifiable employment relationship). This is particularly problematic in many developing countries, given that a large percentage of migrant workers in these countries work informally. Nevertheless, as indicated below, there are promising examples of many countries in the global South that have been extending existing social protection coverage to informal economy workers or establishing dedicated schemes to achieve comprehensive social protection coverage. Nevertheless, to the extent that categories of workers are not included under national social security laws, BSAs would not be able to include them under their scope of coverage.

V. Challenges in relation to the nature of social protection schemes¹⁶

Access to long-term benefits (such as pensions) usually requires a rather long period of contributions – a requirement which effectively disqualifies many temporary migrant workers, due to short periods of employment and residence or because of their status as non-nationals. Again, the value of BSAs (and for that matter, MSAs) is that the combination of the principles of maintenance of acquired rights and totalization of creditable periods makes it easier for a migrant worker to qualify for the benefit. Nevertheless, despite this, BSAs often require

14 Wickramasekara, P *Bilateral Agreements and Memoranda of Understanding on Migration of Low Skilled Workers: A Review* (ILO, 2015); Van Panhuys, C, Kazi-Aoul, S & Binette, G *Migrant access to social protection under Bilateral Labour Agreements: A review of 120 countries and nine bilateral arrangements*. (ESS-Working Paper No. 57, ILO 2017) 3. See also ILO *Extending social protection to migrant workers, refugees and their families* (2021) 105.

15 See <https://www.social-protection.org/gimi/gess/ShowProjectWiki.action?id=3267&pid=2657> on BSA info per country (work in progress).

16 For other technical reasons informing limited portability arrangements, see Holzmann, R *Do Bilateral Social Security Agreements Deliver on the Portability of Pensions and Health Care Benefits? A Summary Policy Paper on Four Migration Corridors Between EU and Non-EU Member States* (IZA Policy Paper No. 111, 2016) 8–9.

that totalization is only possible if the migrant worker concerned has contributed, or resided, for at least a *minimum period* of time in the CoO.¹⁷

VI. Voluntary schemes and less beneficial arrangements

Some countries provide voluntary migrant worker coverage arrangements. Of course, voluntary coverage is an incomplete coverage – in the absence of compulsion workers, including migrant workers, are unlikely to contribute, among others due to financial considerations; migrant workers are therefore left without appropriate coverage. Also, in some (in particular certain ASEAN) countries, separate but less beneficial schemes have been established for migrant workers and/or incentivised arrangements supporting nationals' social protection coverage may be inaccessible or only partly accessible by migrant workers.¹⁸ This may be the case despite the fact that countries may have ratified international instruments, which require equal treatment of national and foreign workers. Such separated or differentiated arrangements affecting migrant workers would be difficult to capture in BSAs in particular on the basis of reciprocity, as it would assume that both CoDs and CoOs have such „non-standard“ arrangements in place and/or that the BSA itself endorses unequal treatment – an outcome that raises serious moral objections, also from a normative and international law perspective, as it would effectively promote unequal treatment of migrant workers vis-à-vis national workers.

C. Bilateralism: Limitations and shortcomings – selected perspectives

I. Introduction: BSAs, labour migration, free movement and equal treatment

Several challenges posed by bilateral arrangements were already indicated above. The narrative below elaborates on some of the indicated challenges, but also raises additional matters. Before doing so, it may be helpful to give a brief excursion of the scope of BSAs and the context within which they operate; BLAs are reflected on in the subsequent discussion. This discussion also explores the impact of overriding principles that may be applicable, with particular reference to free movement and equal treatment imperatives. In a sense, these principles also suggest limitations under which BSAs and even BLAs operate.

Underlying the objective of appropriately regulating the social security position of migrant workers abroad through the coordination of the social security schemes of the CoO and CoD, is the objective of enhancing and facilitating labour migration¹⁹ – an objective BSAs share with BLAs. This BSAs achieve through removing

¹⁷ See in particular the BSAs concluded by Japan with Spain and Hungary, and the BSAs concluded by India with Austria, Australia, Canada and Czech Republic. Usually, but not always, a minimum period of one year of contributions is required.

¹⁸ See Olivier, M. „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in ABDI-ILO-OECD *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (2019) 28.

¹⁹ There could of course be also other objectives served by BSAs, depending on the interests of the particular CoO or CoD in such an agreement. For the German Federal Ministry of Labour and Social Affairs, „The

critical obstacles: the payment of double contributions (i. e., to the social security system of both the country of origin and the destination country) is avoided, periods of contributions or residence (where applicable) are aggregated to ensure access to benefits to which the beneficiary would otherwise not have been entitled to (the principle of totalization), and benefits are paid irrespective of whether the beneficiary resides in the country of origin or destination or, for that matter, in a third country (the portability principle). They have a major impact on employer payroll expenses and the considerable financial outlay migrant workers may have to make in terms of contributing to the social security systems of host countries.²⁰

In contexts where BSAs operate within free movement environments, as is often also the case with MSAs, they further have a symbiotic relationship with freedom of movement, as free movement cannot fully materialise without arranging for appropriate social protection to be in place for those who move within the framework of these regimes. This is explicitly noted in the introductory paragraph of the EU instrument regulating the coordination of social security schemes in the European Union, i. e., *Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems*, which stipulates (in par 1): „The rules for coordination of national social security systems fall within the framework of free movement of persons and should contribute towards improving their standard of living and conditions of employment.“ To similar effect, the African Union (AU) *Protocol on Free Movement of Persons, the Right to Residence and the Right of Establishment* (2018) stipulates in Article 19 that „States Parties shall, through bilateral, regional or continental arrangements, facilitate the portability of social security benefits to nationals of another Member State residing or established in that Member State.“ Free movement, in turn, is closely linked to regional integration. The social security/protection-free movement-regional integration nexus is therefore indispensable for the proper understanding of the role, objectives and interpretation of BSAs, to the extent that free movement and regional integration imperatives may be applicable to the parties to the agreement.

In fact, free movement regimes generally require equality of treatment for those covered by a free movement instrument. This could have major implications for BSAs and, for that matter, BLAs as well. In the event of the operation of EU-law, the European Court of Justice-ruling in *Gottardo*²¹ confirms that national agree-

economic interdependence of highly-developed industrialised nations and the resultant exchange of labour, the employment of foreign nationals in the Federal Republic of Germany and international tourism all necessitate the expansion of legal relations between the Federal Republic of Germany and other states in the area of social security.“ – see <https://www.bmas.de/EN/Our-Topics/Social-Europe-and-international-Affairs/International/bilateral-social-security-agreements.html>.

20 Olivier, M. „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in ABDI-ILO-OECD *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (2019) 49.

21 *Gottardo v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* ECJ January 2002, no. C-55/00, paras 33–34. See also Vonk, G. „Social security rights of migrants: Links between the hemispheres“, in Blanpain, R, P Ortiz, G Vonk and M Olivier *Social Security and Migrant Workers: Selected studies of cross-border social security mechanisms* (Kluwer, 2014) 47–68 at 60–61. The ramifications of *Gottardo* stretch further – as has been remarked in the context of BSAs concluded by Asian countries (Olivier, M. „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in ABDI-ILO-OECD *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (2019) 53: „The result is that EU Member States must extend the benefit of considering periods of insurance in Asian and other third countries on the basis of totalization agreements, as well as to other persons who may be

ments with third countries (i. e., BSAs with non-EU Member States) must apply in the same manner to all persons covered by EU Regulation 883/2004. The court held (par 34):

„... [w]hen a Member State concludes a bilateral international convention on social security with a non-member country, which provides for account to be taken of periods of insurance completed in that non-member country for acquisition of entitlement to old-age benefits, the fundamental principle of equal treatment requires that that Member State grant nationals of other Member States the same advantages as those which its own nationals enjoy under that convention, unless it can provide objective justification for refusing to do so.“

Some BSAs already give effect to this reality. For example, the India-Austria BSA (2013) extends the personal scope of coverage to also include nationals of the European Union (Article 4).

Also as far as BLAs are concerned, free movement regimes may effectively limit the ability of CoDs to restrict access to labour markets. This flows from provisions in several, but not all, multilateral free movement instruments guaranteeing the right to seek and accept employment on the basis of equality with nationals, and the right of establishment (i. e., the right to take up and pursue economic activities, such as establishing a business). For example, in relation to the right to seek employment in the CoD, Article 14 of the *AU Protocol on Free Movement of Persons, the Right to Residence and the Right of Establishment* (2018) stipulates:

„1. Nationals of a Member State shall have the right to seek and accept employment without discrimination in any other Member State in accordance with the laws and policies of the host Member State.“

II. Inadequate social protection provision contained in bilateral labour agreements

In principle, BLAs aim to regulate labour migration flows and extend employment rights. Several key UN and ILO instruments include pertinent provisions regarding the scope and content of BLAs.²² Yet, as a mechanism to appropriately regulate social protection of migrant workers, BLAs appear to provide only lim-

subject to the EU social security coordination regime. This arrangement does not impose obligations on Asian and other third states, but is nevertheless an issue that needs to be carefully considered by Asian countries when concluding BSAs with EU members; the effect of *Gottardo* is that it may also be of benefit to nationals of Asian countries that are residing in *other* member countries if they are subject to the EU MSA, and if the particular conditions in this regard (not discussed here) are satisfied. Asian BSAs with EU countries could therefore, in principle, be of benefit to nationals of these Asian countries even if they reside in another EU member country.“

22 See, in particular the UN *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (1990), and the two ILO migrant worker-specific Conventions and their associated Recommendations – i. e. (i) ILO *Migration for Employment Convention*, 1949 (No. 97), and ILO *Recommendation concerning Migration for Employment* (No. 86) (Model Agreement), and (ii) ILO *Migrant Workers Convention*, 1975 (No. 143), and *Recommendation concerning Migrant Workers* (Recommendation). See also now the recently published (February 2022) UN *Guidance on Bilateral Labour Migration Agreements*.

ited protection, as largely reflected in state practice.²³ The global normative framework is equally inadequate. The oft-quoted *Model Agreement* annexed to ILO *Recommendation concerning Migration for Employment, 1949* (No. 86) requires the exchange of info on the social security system of the country of destination (Article 1), and the recognition of documentation needed, concerning participation in social security systems (Article 4). Importantly, Article 21 enjoins Member States to conclude separate bilateral social security agreements to specifically deal with the „methods of applying a system of social security to migrants and their dependants.“ Lately, however, the legally non-binding *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (GCM) (2018), which nevertheless reflects the common commitment of ratifying countries, in Objective 22, supports a more emphatic and extensive inclusion of social security protective measures by suggesting the inclusion in „agreements, such as those on long-term and temporary labour migration“, of „applicable social protection floors in the applicable States, applicable social security entitlements and provisions, such as pensions, health-care and other earned benefits“.²⁴ And even more recently, (in Section F of the General principles of human and labour rights) the UN *Guidance on Bilateral Labour Migration Agreements* (2022) requires that bilateral labour (migration) agreements should provide access to social protection including healthcare on a par with national and facilitate the portability of social security benefits for migrant workers and members of their families.

A concerted but necessary effort would be required to let BLAs play a more prominent role in extending social protection coverage. Subject to exceptions (e.g., in the case of Canada's bilateral arrangements with Mexico), BLAs and BSAs are usually treated as silo arrangements, with little congruence and synergy. It is perhaps a reflection of the uncoordinated nature of labour and social security law and policy, even though, from a worker perspective, the very same persons (and their dependants) are affected.

Nevertheless, there are some good examples of BLAs providing limited social protection coverage, supported by associated social security agreements. The *Canada Seasonal Agricultural Workers Program* (SAWP) concluded with Mexico in 1996 provides temporary workers with partial social protection coverage. This BLA includes specific provisions ensuring access to health insurance (through enrolling in provincial health insurance systems) and contributions towards the Employment Insurance programme (providing regular benefits to individuals who lose their jobs through no fault of their own). Simultaneously, the BSA (*Agreement on Social Security between Canada and the United Mexican States*), concluded in 1996, provides for the principle of equality of treatment: Mexican Seasonal workers are entitled to the same social security benefits as those granted to Canadian citizens and permanent residents. This includes among others the

23 Wickramasekara, P *Bilateral agreements and memoranda of understanding on migration of low skilled workers: A review*. (ILO, 2015) 30–31; Van Panhuys, C; Kazi-Aoul, S & Binette, G *Migrant access to social protection under Bilateral Labour Agreements: A review of 120 countries and nine bilateral arrangements*. (ESS Working Paper No. 57) (ILO, 2017) 3; ILO *Study on Bilateral Labour And Social Security Agreements In North Africa* (2017) 43.

24 See Objective 22: Establish mechanisms for the portability of social security entitlements and earned benefits, par 38(b).

participation in the Canada Pension Plan. However, as has been noted, „... the temporary nature of seasonal work prevents migrant workers from effectively accessing comprehensive social protection coverage as it constitutes an impediment to fulfilling qualifying conditions for entitlement to certain benefits. In the same vein, the precarious nature of seasonal work combined with the status of migrant and the lack of information and knowledge often prevent migrant workers from exercising their rights with regard to social security.“²⁵

III. Limited scope of BLAs and, in particular, BSAs

BLAs vary significantly in scope and content. Some regulate high-skilled labour migration; others focus on lower-skilled migrants needed to do physical work. Especially where a developing country is serving as the country of origin, the main purpose of the agreement often is to arrange for unskilled labour to be available to fulfil the labour market needs of the country of destination. Broad-based BLAs aiming at general labour exchange on a reciprocal basis do not seem to be contemplated often. Also, with some exception (see, for example, South Africa's regularisation dispensations, informed by underlying MOUs with the affected CoOs),²⁶ BLAs rarely provide for coverage of migrant workers in an irregular situation – in fact, the very essence of BLAs is to create a regime for regular and orderly migration. The same holds true for workers in the informal economy – BLAs largely fail to address the plight of these workers. Lately, however, some provision is made for the coverage of certain categories of informal economy workers, in particular domestic workers in some GCC and Asian countries. Otherwise, the cumulative impact of these two exclusions is that a very substantial part – in fact, in many instances in developing countries, the majority – of the migrant workforce in CoDs are effectively not covered by these agreements, fuelling exploitation and abuse, and lack of social protection. The same holds true for BSAs. In limited instances provision is made in CoD national legal systems for the coverage of migrant workers in the informal economy under – usually separate or dedicated – national social security arrangements.²⁷ Yet, self-employed persons may indeed be included under the scope of BSAs.²⁸

The material scope of BSAs may also be of concern. The avoidance of dualization (i. e., being compelled to make contributions to both CoO and CoD social security schemes, in particular for the same risk/benefit type) may apply to a wide or a narrow range of social security benefits. In many instances, only long-term benefits (in particular, pension, disability and survivor benefits) are covered. To

25 Van Panhuys, C, Kazi-Aoul, S & Binette, G *Migrant access to social protection under Bilateral Labour Agreements: A review of 120 countries and nine bilateral arrangements*. (ESS-Working Paper No. 57, ILO 2017)16.

26 See note 10 above for the relevant details.

27 For the position in Thailand, see Olivier, M „*Social protection for migrant workers in ASEAN: Developments, challenges, and prospects*“ (ILO, 2018) 87.

28 In the Asian context, see among others, Japan's BSAs with Belgium, Ireland, the Netherlands, and the UK; India's BSAs with Canada, Denmark, Finland, Portugal, the Republic of Korea, and Switzerland, and the Republic of Korea's BSAs with Australia, Bulgaria, Canada, Denmark, India, and Slovenia: Olivier, M „*Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia*“ in ABDI-ILO-OECD *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (2019) 50.

the extent that a particular risk/benefit type is not covered, migrant workers may be left without any protection in that regard, or may be forced to continue paying contributions to the CoO scheme, if this possibility exists. The PRC serves as an example. The schemes/benefits covered under BSAs involving the PRC are restricted to long-term benefits and (with the exception of the BSAs with Canada and Denmark) unemployment benefits: „Whereas previously this exemption was also extended to PRC health insurance benefits, this is seemingly no longer the case; expatriates in the PRC invariably must contribute to the PRC health insurance system. Thus, the position is that an expatriate worker may be exempted from paying contributions to certain social security schemes in the host country, but must participate in other ones. In addition, the worker could still be required to pay contributions toward certain social security benefits in their home country, which could render this particular area particularly difficult to appreciate and manage, by workers and employers alike.“²⁹

The material scope of BSAs may also differ as regards the coordination principles introduced in the agreements. Generally, BSAs provide in the first place for equal treatment of migrants included in the agreement and nationals, in respect of the range of benefits covered by the agreement. BSAs also invariably provide for elimination of dual coverage, specify the legal regime applicable to different categories of workers/beneficiaries, and make special provision for posted/detached and other worker categories. However, not all BSAs provide for totalization of insurance (or otherwise creditable) periods, and where they do so, this is done primarily in relation to long-term social security benefits. This may be the result of difficulties experienced with finding the right balance between coordinating residence-based social security schemes (such as those largely found in Australia and New Zealand) and contribution-based social security schemes (e. g., as found in the majority of European countries), even though a solution to define creditable periods suitable to coordination is often found. Finally, with some exception, BSAs provide for exportability of social security benefits.³⁰ Yet, the institutional and operational system of a particular party to the agreement may not be able to deal effectively with portability arrangements and hence this may be excluded in certain BSAs.

IV. Weak bargaining power of CoOs and lack of enforceability

Countries of origin in the developing world often are not able to negotiate BSAs from a position of strength and equality with the country of destination. This flows from the fact that CoOs may invariably be dependent on CoDs to grant migrant workers access to their labour markets. This may also be the result of

29 *Ibid*, 50–51, also: „Being compelled to contribute to the social security system of a host country, either before the conclusion of the BSA or even as a result of it, may cause the worker concerned not to be able to draw a benefit in case a minimum period of contributions is required. In cases such as this, provision is at times made for contributions paid to be *refunded*, as is evident from, among others, the Japan–US, India–Switzerland, and Republic of Korea–Switzerland BSAs.“

30 For the experience with Asian BSAs in this regard, see Olivier, M „Portability of Social Security for Migrant Workers in Asia“ in ABDI-ILO-OECD *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration – Lessons from Asian Countries* (2019).

often weak social security systems in CoOs – there may not be much that the CoO could offer to (migrant workers from) the CoD in terms of social security protection. Reciprocity may therefore not be present, leaving CoOs dependent on the measure of social protection the CoD is prepared to grant.³¹

This challenge is not restricted to BSAs. BLAs may suffer the same fate. In addition, there may be a tendency not to conclude binding BLAs, but enter into legally non-binding MOUs instead – thereby limiting the extent of the responsibility and liability that the CoD may otherwise have. This tendency is particularly observable in Southern Africa.³² Again, the lack of legal protection in social security terms leaves migrant workers exposed.

V. Multiplicity and non-alignment of BSAs

Although entering into bilateral social security agreements is generally seen as the preferred way to guarantee social security entitlements of migrants, this practice, as noted by Holzmann, Koettl and Chernetsky, „necessarily results in a highly complex and hardly administrable set of provisions on the portability of social security benefits“.³³ In addition, such agreements may end up granting differing rights and entitlements to migrants which could undermine regional integration. One way to counteract this is to establish common standards in a regional or multilateral framework against which all bilateral agreements can be measured, as discussed below. The need for a more multilateral approach has also been the subject of a debate in the European Union, as regards social security arrangements involving countries outside Europe. In 2012, in the Communication of the European Commission on *The External Dimension of EU Social Security Coordination*, the Commission argues for a common European strategy on the coordination of social security schemes with regard to third countries – complementing national approaches. The Commission points out that it is practically impossible for all EU Member States to enter into negotiations with a particular group of third countries, such as the Mediterranean countries, and advocates EU-wide agreements, the application of which could be voluntary for EU Member States. Similar sentiments have been expressed by the European Economic and Social Committee, while the Council has adopted a range of (largely incomplete) measures to extend social security coordination principles to a number of Euromed countries.³⁴

BSAs and BLAs generally lack congruence and synergy. But this seems also to apply to other bilateral arrangements. BSAs are not specifically aligned with

31 See also ILO *Extending social protection to migrant workers, refugees and their families: A guide for policymakers and practitioners* (2021) 71. However, it needs to be added that at times the BSA could be a non-reciprocal agreement, in the event where the social security benefits provided by the two countries differ. The India-Japan BSA serves as an example: *ibid*, 76–77.

32 Olivier, M *Bilateral labour migration arrangements in two Southern African Development Community corridors* (IOM, 2021).

33 Holzmann, R *et al Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices* 25. See also ILO *Extending social protection to migrant workers, refugees and their families* (2021) 71.

34 European Economic and Social Committee *Coordination of social security schemes between the European Union and Euromed countries* (2016) 15–17, 27–28.

double tax treaties (where the latter do exist), and also not with the commitments that countries may have under multilateral and bilateral trade and trade-in-services agreements. In this latter regard, problems may be experienced if a country's bilateral social security agreements contain different provisions for different member States, for example in providing for the exportability of social security payments to select countries of origin. On the other hand, the operation of the national treatment obligation (under trade-in-services arrangements) may be of assistance to a temporary migrant worker who contributes to the social security system of a host country: i. e., the migrant worker may be entitled to equal treatment with nationals of the host country, in terms of access to social security.³⁵

The reality therefore is that BSAs are not comprehensive as far as their personal, material and geographical scope of application is concerned, and do not display uniformity as regards the set of coordination principles employed.

VI. The changing nature of labour migration

Furthermore, BSAs appear not to be able to cater properly for modified migration patterns – in particular, movements for shorter periods of time and between several countries. This has led to the call for more comprehensive social security coordination mechanisms³⁶ – greater reliance on multilateral arrangements may be called for. A 2016 contribution of the European Economic and Social Committee remarks that bilateralism has its material and formal limits, and that alternatives need to be sought:³⁷

„In theory, EU Member States and MED States have tried to protect their migrant workers by signing bilateral agreements with those States with which they maintained closer relations, or with which they had more significant migratory flows. However, a purely bilateral approach is beginning to become obsolete in view of the complexity of the current migratory phenomenon, which is moving away from traditional concepts such as stability and settling in the new country of employment. It is now generating new modalities (circular, multiple, successive migrations, temporary movement of workers, etc.) and establishing directional geographic trends that do not follow traditional patterns. It must be recognised that, with regard to the Euromed space, the solution of negotiating bilateral instruments between all States is not viable. Even if it were possible, not all eventualities and needs would be covered, as has been demonstrated in preceding sections. In fact, bilateralism has its material and formal limits, meaning that alternatives must therefore be sought to complement and substitute it.“

35 See Yeates, N „The General Agreement on Trade in Services (GATS): What's in it for social security?“ *International Social Security Review*, Vol. 58, 1/2005, 3–22.

36 Strban, G „Member States' approaches to bilateral social security agreements“ 2018 *European Journal of Social Security* 20(2):129–147.

37 European Economic and Social Committee *Coordination of social security schemes between the European Union and Euromed countries* (2016) 33.

D. Responding to shortcomings in bilateral regimes – selected perspectives

The shortcomings described above stress the need for innovative, dedicated and tangible interventions. Below we reflect on a selected range of suggested interventions aimed at strengthening social protection for migrant workers abroad, bearing in mind the limits of bilateralism. The approaches are largely complementary, noting that what could be needed in one context may be less relevant in another. For example, CoO unilateral approaches may in particular be called for in the absence of adequate coverage under CoD social security schemes. Enhanced BLA provisioning may especially be required in the absence of BSAs, while multilateral approaches may be needed to avoid or minimise the negative impact of a plethora of differing bilateral arrangements, in contexts where multilateralism would make sense. Overall, the need for scope extension and incremental approaches exists regardless of the intervention mode, and regardless of the type of instrument/technique employed. Nevertheless, across the board, the starting point should be the commitment made by the many countries endorsing the GCM of 2018, namely to „assist migrant workers at all skills levels to have access to social protection in countries of destination and profit from the portability of applicable social security entitlements and earned benefits in their countries of origin or when they decide to take up work in another country.“³⁸

I. Strengthening social protection provisioning in BLAs

Taking again the GCM commitments as the point of departure, the aim should be to integrate into „other relevant agreements, such as those on long-term and temporary labour migration“, „applicable social protection floors in the respective States, applicable social security entitlements and provisions, such as pensions, healthcare or other earned benefits.“³⁹ This goes beyond the rather limited social security coverage to be embedded in BLAs, foreseen by the *Model Agreement* annexed to ILO *Recommendation concerning Migration for Employment, 1949* (No. 86). The GCM commitments presuppose including in BLAs (and even labour migration-related MOUs) the principle of equality of treatment of migrants vis-à-vis nationals in accessing social security, in particular contributory forms of social security. Some good examples of this being done in a range of BLAs are indeed available.⁴⁰ As noted by Wickramasekara⁴¹

„Temporary migrant workers are rarely entitled to social security provisions other than health care. To be considered a good practice, portability of social security contributions can also be considered for temporary workers. This good practice is found mainly in the European and America agreements. South Amer-

38 *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (GCM) (2018) par 38 (Objective 22).

39 *Ibid*, par 38(b).

40 See among others Van Panhuys, C, Kazi-Aoul, S & Binette, G *Migrant access to social protection under Bilateral Labour Agreements: A review of 120 countries and nine bilateral arrangements*. (ESS-Working Paper No. 57, ILO 2017) 41, 43.

41 Wickramasekara, P *Bilateral Agreements and Memoranda of Understanding on Migration of Low Skilled Workers: A Review* (Report prepared for the Labour Migration Branch, International Labour Organization, March 2015) 30–31 (authority omitted).

ican agreements in particular provide for social security and health benefits. The GCC countries abolished social security for migrant workers at the end of 1980s. Migrant workers have access therefore to only accident and health benefits. In African agreements, some references are to separate bilateral agreements that regulate these issues (Cape Verde-Portugal, Spain-Morocco, France-Tunisia) or to the national legislation of the destination country (Spain- Mauritania) while in others (Italy with Morocco, Egypt, and Mauritius) the reference is formulated in terms of equal treatment with the nationals of the destination country granted to all types of workers.“

Further guidance should now also be sought from the recently launched UN Guidance on Bilateral Labour Migration Agreements (February 2022). Section F (of the General principles of human and labour rights) concerns the provision of access to social protection including healthcare on a par with nationals and the facilitation of the portability of social security benefits for migrant workers and members of their families. It stipulates among other that: “The BLMA provisions on social security are formulated in terms of equal treatment with national workers in the destination country, including with respect to maternity protection, and, where available, access to childcare or care for dependent family member arrangements, and benefits for workers with family responsibilities.” Furthermore:

“BLMAs can contain provisions for social security, which require the participation of national social security institutions, thus ensuring portability. Alternatively, access to social security can be covered in a separate bilateral or multi-lateral social security agreement. Instead of disbursement of a lump sum upon departure, the provision may be that the contribution to social security benefits could also be maintained in the country of origin.

BLMAs should ensure access to national healthcare systems for migrant workers and their families. Further, BLMAs should guarantee that social security and healthcare benefits are non-discriminatory and available and accessible to all migrant workers. Social security provisions should be comprehensive and go beyond injury compensation to cover also availability and accessibility of healthcare services. The principle of equality of treatment with regard to injury compensation should be applied.”

And in the African context, mention should be made of the recently adopted AU Guidelines on developing bilateral labour agreements (BLAs) (2021). The Guidelines among other stipulate (in Principle A.16) that the core content of BLAs should provide for: (i) equality of treatment and access to national social protection schemes, as regards the relevant branches of social security provided for in ILO Convention 102 of 1952; (ii) national social protection floors to be available to all migrants. Health insurance coverage, and portability of social security benefits should also be provided for.

In addition, although model employment contracts are frequently attached to BLAs, care must be taken to ensure that these employment contracts, as is the case with the bilateral agreements themselves, contain sufficient social security

protection.⁴² Countries should also align their bilateral labour arrangements to regional and even continental guidelines for the development of BLAs and BSAs. For example, in the Southern African context, in addition to the provisions of the AU Free Movement Protocol (in particular, Article 19) indicated above, mention could be made of the *SADC Labour Migration Action Plan (2020–2025)* which encourages the promotion of bilateral agreements to ensure the portability of social security benefits.⁴³ Steps also need to be taken to ensure that BLAs are essentially rights-based in relation to the recognition and protection of the social security rights of migrant workers. This includes the ability to negotiate and conclude BLAs that make sufficient provision for the protection of social security rights, and for the review of existing agreements.⁴⁴ Furthermore, active inspection services, as well as joint cross-border technical committees meeting regularly could contribute much to give concrete expression to the protection of migrant workers in the social security sense of the word. Finally, a raft of supporting measures may be needed to give meaningful effect to social security commitments in BLAs, including enhanced recruitment regulation, and the roll-out of assistance to migrant workers abroad.

II. Investing in enhanced MSAs

From the discussion above, it is evident that changing labour migration patterns and the plethora of differentiated arrangements flowing from an ever-increasing range of BSAs adopted by individual countries may require an overarching framework which sets (regionally) applicable guiding frameworks and parameters, and suggests synergised approaches of relevance to affected BSAs. Legally speaking, this may indeed be called for in the event of existing overarching (binding) free movement regimes and regional integration agendas normatively provided for, and practically this may be of value where either a single country, or a group of countries, may benefit from properly aligned and, in principle, standardised arrangements. Examples could include the Euromed countries, given the extensive nature of labour migration involving the EU,⁴⁵ and a country such as South Africa, that serves as a magnet for labour migration from elsewhere in the African continent, in particular Southern African countries.⁴⁶ In short, there is need for more, and more comprehensive multilateral social security agreements, in view thereof that BSAs and BLAs render insufficient protection, also given the „highly

⁴² Wickramasekara 42.

⁴³ *SADC Labour Migration Action Plan (2020–2025)* (2020) par 3.2.2. See also *Guidelines on the portability of social security benefits in SADC* (2020), Guidelines 2 and 5.

⁴⁴ Segatti, A *Regional guidelines for the development of bilateral labour agreements (BLAs) in the Southern African Development Community* (Draft report, submitted to the IOM and SADC) 22–23.

⁴⁵ See European Economic and Social Committee *Coordination of social security schemes between the European Union and Euromed countries* (2016).

⁴⁶ Olivier, M „Enhancing access to South African social security benefits by SADC citizens: The need to improve bilateral arrangements within a multilateral framework (Part II)“ – vol 1 *SADC Law Journal* (2012) 129–163.

complex and hardly administrable set of provisions on the portability of social security benefits“.⁴⁷

MSAs have a more recent origin than bilateral social security agreements. The most advanced of these agreements is the earlier mentioned EU social security coordination framework (initially established in 1958). Currently, worldwide a number of other multilateral social security agreements exist, including CARICOM (1996), MERCOSUR (2005) and, more recently, the *Ibero-American Social Security Convention* (2011). In Africa, mention can in particular be made of the *ECOWAS General Convention on Social Security* (2013). As with BSAs discussed above, a key principle in relation to MSAs is the coordination with regard to social security, primarily aimed at eliminating the restrictions that national social security schemes place upon the rights of migrant workers to access such social security.⁴⁸ Coordination rules leave national schemes intact and only supersede such rules where they are disadvantageous for migrant workers.⁴⁹

Important lessons can be gleaned from these MSAs. One of the main characteristics of the EU framework is the incremental development of the EU coordination regime – in particular concerning the scope of coverage. The scope of categories of persons and contingencies covered have gradually expanded over the years, as is the case with the type of social security schemes, and range of benefits, falling under the purview of the EU regulatory framework. The *CARICOM Agreement on Social Security* (1996) facilitates the free movement of labour within the CARICOM Single Market. Barring certain provisions, the Agreement allows for contributions to voluntary insurance schemes to be taken into account. However, unlike the EU regulation, the CARICOM agreement does not cover short-term benefits. The *Ibero-American Social Security Convention* of 2011 is particularly noteworthy as it involves 18 Latin American countries and two European countries (and EU members), Portugal and Spain. Noteworthy is the fact that the Convention includes countries with vastly different social security models; but also between nations where the coverage, scope or intensity of benefits vary greatly, all of which makes coordination of legislations extremely difficult“.⁵⁰

The challenges facing BSAs in relation to administrative and technological capacity, the limited applicability of the principle of equality of treatment, and the absence of a broader human rights focus are equally relevant in the case of MSAs. For these reasons in particular, MSAs are unlikely to extend any meaningful coverage to informal economy workers and migrants in an irregular situation, unless

47 Holzmann, *et al*, 2005, 8, 12, 25. See also Strban, G „The existing bilateral and multilateral social security instruments binding EU States and non-EU States“ in *The social security co-ordination between the EU and non-EU countries* (eds: Danny Pieters & Paul Schoukens) (Intersentia, 2009) 85–113 on 110.

48 Pennings, F *Introduction to European social security law* (Kluwer, 1993) 6 defines coordination as follows: „Coordination rules are rules intended to adjust social security schemes in relation to each other (as well as to those of other international regulations), for the purpose of regulating transnational questions, with the objective of protecting the social security position of migrant workers, the members of their families and similar groups of persons.“

49 *Ibid.*

50 Fernández, A „Social security coordination in Ibero-America: Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security. Chapter“ in Blanpain, R, Arellano Ortiz, P, Olivier, M and Vonk, G (editors) *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms* (Kluwer, 2014).

specific measures are taken/integrated – which is the subject of the next part of the discussion.

III. Extending the scope of BSAs and incremental approaches to expanding MSAs

As appears from the discussion above, the scope of BSAs in terms of the range of persons covered, the range of benefits included, and the coordination principles involved is often quite restricted. Much can be done to expand the current narrow framework, in order to enhance the nature and level of protection to a larger cohort of migrant workers. Learning from worldwide experience, this can be done incrementally, as discussed below.

Given the reality of the developing world context, consideration should in particular be given to coverage of migrant workers in an irregular situation, and migrant workers in the informal economy. Regarding the former, the possibility of regularisation regimes arises which can be implemented unilaterally, or even bilaterally, as discussed above.

Migrants in the informal economy are often excluded from social security coverage in the CoD, not merely because of their precarious migration status, but also in view of the fact that mainstream social security (contributory) systems were established to cater primarily for workers in the formal economy. Yet, note should be taken of comprehensive developments world-wide aimed at extending social security coverage to these workers. These recent developments could also be of value in the case of migrant workers in the informal economy. Lately also, international instruments at the global level have been providing a normative framework. Key standards and principles, flowing from instruments such as ILO *Recommendation on National Floors of Social Protection, 2012* (Recommendation 202) and ILO *Recommendation on the Transition from the Informal to the Formal Economy, 2015* (Recommendation 204). Also, comparative experiences provide helpful pointers to inform coverage extension: A wide range of measures have been adopted by countries to extend social security coverage to informal economy/informal workers.⁵¹

Finally, an *incremental* approach may be called for. Bearing in mind that several MSAs or other multilateral frameworks (including the European coordination regulation) have expanded gradually over time, an incremental approach should be considered in relation to:⁵²

51 See, among others, ILO *Extending social security to workers in the informal economy: Lessons from international experience* (2019); Lund, F. „Work-related social protection for informal workers“ *International Social Security Review*, 65 (4), 2012, 9–30; Olivier, M. „Social security protection for informal economy workers: Developing world perspectives“ in Mies Westerfeld and Marius Olivier (eds) *Social Security Outside the Realm of the Employment Contract – Informal Work and Employee-like Workers* (Edward Elgar Publishing Ltd, 2019) 2–29; Nguyen, Q & Cunha, N *Extension of social security to workers in informal employment in the ASEAN region* (ILO, 2019); UNDP *Informality and Social Protection in African Countries: A Forward-looking Assessment* (2021).

52 See also Olivier, M. „Social security developments in the SADC Region and future prospects for coordination“ in R Blanpain, P Ortiz, G Vonk & M Olivier (eds) *Social Security and Migrant Workers: Selected studies of cross-border social security mechanisms* (Kluwer, 2014) 81–115 at 110–111, where the incremental approach has been applied to the SADC. See further Holzmann, R *Do Bilateral Social Security*

The types of schemes covered: There may be need to commence with covering retirement benefits and/or employment injury benefits first, given the prevalence of these benefits in most of the affected countries.

The benefits provided for: It might be that monetary benefits which are in principle portable should enjoy priority. Related benefits, such as health care and integration services, could be incrementally introduced, as institutional and professional capacity to render these services develops. Also, it may be considered to coordinate long-term benefits (such as retirement benefits) first, before short-term benefits.

The categories of persons covered by such an agreement: Provision could initially be made for extending the benefits of cross-border social security arrangements to certain categories of persons only (for example, lawfully residing/employed migrant workers and their dependants) which could over time be extended to include other categories of persons also (for example, self-employed workers), as is the custom in most other regions where a multilateral agreement is in operation.

The countries included in the arrangement: It might be necessary to initially include within the sphere of operation of a multilateral agreement those countries which at this stage have both the capacity as well as the most urgent need to enter into appropriate arrangements. Certain countries may have much in common in terms of access to social security benefits from a main migrant-receiving and migrant-sending country perspective. This would justify their inclusion within a multilateral framework. Other countries could from time to time be added as the need to do so arises.

The social security (coordination) principles covered: Certain core social security coordination principles may be introduced, or implemented, progressively, rather than at once, assuming that a rationale for doing this exists in the region(s) concerned. For example, as has been mentioned elsewhere,⁵³ the absence currently of pension-oriented public retirement fund schemes in certain countries may render it prudent to provide for the principle of aggregation/totalization of insurance periods/contributions in relation to public social security schemes of the various countries, but to *postpone* the operationalisation and implementation of this principle until such time that the social security reform processes obtaining in the relevant countries have converged in the establishment of, for example, pension-oriented public retirement fund schemes which are amenable to cross-border coordination.

Therefore, two coordination principles which are deserving of priority attention are, firstly, portability of benefits and, secondly, the principle of equal treatment, given the reciprocal nature of such agreements. For this reason also, the current

Agreements Deliver on the Portability of Pensions and Health Care Benefits? A Summary Policy Paper on Four Migration Corridors Between EU and Non-EU Member States (IZA Policy Paper No. 111, 2016) 41.

53 Olivier, M., „Social security developments in the SADC Region and future prospects for coordination“ in R. Blanpain, P. Ortiz, G. Vonk & M. Olivier (eds) *Social Security and Migrant Workers: Selected studies of cross-border social security mechanisms* (Kluwer, 2014), 111–112.

nationality restrictions contained in many national social security laws need to be revisited.

IV. Introducing country-of-origin unilateral measures⁵⁴

The unilateral extension of social security and supporting measures by countries of origin is a growing reality, especially in the developing world, given the weak protection generally available to migrant workers in many countries of destination (such as the GCC countries). These unilateral extensions take two main forms and include:⁵⁵

- (a) Establishing special overseas workers' welfare arrangements/funds by national and even (as in the case of India) state governments that extend protection to workers and (at times) also their families (as in the case of Bangladesh, India, Pakistan, the Philippines, Sri Lanka and Viet Nam); and
- (b) Extending CoO social security coverage to CoO migrant workers abroad, either via specialised social security provisioning or (as seems to be occurring increasingly) by extending the national scheme to migrant workers abroad (e. g., as has occurred in the case of Indonesia and the Philippines). Limited social security modalities (e. g., health care) may also be embedded in welfare funds mentioned above.

Constitutional guarantees and statutory frameworks facilitate the protection of migrant workers abroad – for example, the 1979 *Emigration Ordinance* and the 1979 *Emigration Rules* of Pakistan, the 1987 *Constitution of the Philippines* and the 2013 *Constitution of Viet Nam*; the *Migrant Workers and Overseas Filipinos Act*, 1995; and the more recent *Filipino Overseas Workers Welfare Administration Act*, 2015;⁵⁶ and also the 2006 *Law on Vietnamese workers working abroad under contract*.

International and regional standards and instruments do not regulate this particular phenomenon. However, reference to these actions by countries of origin is increasingly being made in what can be regarded as „soft law“ and explanatory and implementing instruments – such as the 2007 *ASEAN Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers*. The GCM in turn suggests the establishment of dedicated instruments, such as migrant welfare funds in CoOs that support migrant workers and their families.⁵⁷ More recently,

54 For a comprehensive treatment of this topic, see Olivier M (assisted by J Mushomi & C Kakuba) *Development of a model migrant welfare programme/system for the African Union, Regional Economic Communities and AU Member States* (Final report submitted to the IOM and AUC, 2021).

55 See Olivier, M „Social Protection for Migrant Workers Abroad: Addressing the Deficit via Country-of-Origin Unilateral Measures?“ in McAuliffe, M and Klein Solomon, M (Conveners) *Migration Research Leaders' Syndicate: Ideas to Inform International Cooperation on Safe, Orderly and Regular Migration* (IOM, 2017) 79–90. See also Van Ginneken, W „Social protection for migrant workers: national and international policy challenges“ *European Journal of Social Security* (EJSS), vol 13(5), 2013, 209–221.

56 Section 2 of the Overseas Workers Welfare Administration Act of 2015 stipulates: „It is the policy of the State to afford full protection to labour, local and overseas, organized and unorganized, and promote full employment opportunities for all. Towards this end, it shall be the State's responsibility to protect the Overseas Filipino Workers (OFWs).“

57 *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (GCM) (2018) (Objective 22) par 38(c).

the African Union has adopted *Guidelines on the Development of a Model Migrant Welfare Programme/System* (2021)

These extension mechanisms are often supported by a range of complementary institutional measures, including a dedicated emigrant ministry and/or specialised statutory bodies to protect the interests of their citizens/residents in the diaspora (e. g., Bangladesh, India, Nepal, the Philippines, Sri Lanka); gather information on recruitment contracts; and provide consular support.

As has been suggested, unilateral measures, important as they are, cannot however replace effective measures in BSAs and in the destination countries that provide equal treatment in social security to migrant workers and ensure the transfer of benefits. These arrangements and interventions imply a shift of the social security burden to the country of origin and its structures, despite the fact that migrant workers also contribute to the development of the destination country concerned. It is therefore argued that unilateral measures should remain measures of last resort, to be available to the extent that bilateral and other arrangements do not make the necessary provision.⁵⁸

E. Conclusions

Bilateral labour and in particular bilateral social security agreements fulfil important functions to support labour migration and enhance the social security position of migrant workers. Yet, they suffer many shortcomings, including: a restricted personal sphere, country of destination residency or contribution requirements, at times compulsory coverage in the country of destination, lack of reciprocity in the event of weak country-of-origin social security systems or where a separate or less beneficial social security coverage framework for migrant workers is in place in the country of destination, non-alignment with immigration law and policy restrictions and with other bilateral arrangements, a plethora of divergent bilateral arrangements leading to inconsistent treatment of migrant workers, and the absence still of a sufficient range of overarching multilateral social security agreements to inform consistency and standardisation for countries bound together in a regional framework of cooperation. Also, until now bilateral labour agreements generally have accommodated social security principles only to a limited extent.

In short, there are significant material and formal limits to this what bilateralism can achieve. In addition, the international normative framework is incomplete and partly outdated. In fact, in relation to the increasingly important area of alternative social security provisioning, i. e., unilateral arrangements adopted by countries of origin, no provision is made at the social security normative level.

Overcoming the limitations attached to bilateralism requires a varied response framework. Besides the issues of political will and commitment, strengthened capacity to conclude and implement bilateral arrangements, and the strengthen-

58 See Olivier, M *Social Protection for Migrant Workers Abroad: Addressing the Deficit via Country-of-Origin Unilateral Measures?* 83.

ing of social security systems overall, there are several principled and practical pointers in support of the varied response. Firstly, all countries should take their cue from the universally applicable global initiative requiring the extension of at least a basic floor of social protection to everyone (as now also reflected in the *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* and the UN *Sustainable Development Goals*). Secondly, significant scope exists for increasing and strengthening social security coverage extension arrangements in bilateral labour agreements, especially in the absence of an associated bilateral social security agreement. Thirdly, in particular in regional settings and especially where supported by free movement regimes, multilateral social security agreements could achieve much to provide at least a basic and standardised modicum of protection for migrant workers from within the region. Fourthly, there is need to deliberately extend the scope of bilateral social security agreements, and to do so in an incremental fashion (a principle applicable to multilateral social security agreements too). Finally, to the extent that country-of-destination arrangements and bilateral/multilateral agreement provisioning is incomplete or non-existent, resort should be had to extending appropriate country-of-origin social security arrangements to migrant workers. State practice seems to support the varied approach suggested here.

Solidarity and self-responsibility as pivotal elements of social security

Table of content

- A. Experience with the MPISoc in lieu of introduction
- B. Solidarity
- C. Self-responsibility
- D. Practical application of the two core principles
- E. Concluding remarks

The interaction between the principles of solidarity and individual responsibility is at the core of social security and hence of the activities at the Max-Planck Institute of Social Law and Social Policy. It is celebrating 40 years of analysing, accompanying and contributing to foreign, European and international social security law and offering brilliant opportunities to scholars from Europe and beyond interested in the topic. It is argued that the principle of solidarity has a long history and is of importance today, too. It distinguishes social security from private income security. The principle of individual responsibility may play an important role within social security systems and when distinguishing between social and private responsibility for certain risks of life. Practical examples of interaction of the two principles include sickness and old-age.

A. Experience with the MPISoc in lieu of introduction

When I was approached to write a paper marking 40 years of existence of the Max-Planck Institute for Social Law and Social Policy which was gladly accepted I had to think back to the year in which this fruitful cooperation started, which still persists today. It was two decades ago (in 2002), when I was composing my doctoral thesis and struggled with legal literature on certain points. At that time legal analysis of the mandatory health insurance was more or less *terra incognita* in the Slovenian legal theory, although some much appreciated grounds were already set by my predecessors, i. e. Prof Aleksander Radovan and Prof Anjuta Bubnov Škoberne. Actually, she was the one who pointed me towards the Institute after finishing my post-graduation studies in Cambridge and Leuven.

In-depth discussions were kindly held by the Director of the Institute at that time, Prof Bernd Baron von Maydell who even kindly gave me the book on German statutory health insurance¹ (with dedication) which is still greatly appreciated. Not only Prof von Maydell, but also the founder of the Institute (which started as a working group and was called Max-Planck Institute for Foreign and International Social Law when I first visited it) Prof Hans F. Zacher always found the time for visitors of the Institute. He was rather often present in his office and

¹ Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, Krankenversicherungsrecht (HS-KV), C. H. Beck Verlag, 1994. One of the authors was also Prof von Maydell.

we could benefit from lively discussions (and occasionally lunch in the nearby Italian restaurant). A very profound discussion on the European Union (EU) social security law with one of the pillars of the Institute of that time, Dr Bernd Schulte, was always very much appreciated. Also, everyone else was always very friendly, either with selfless knowledge sharing (among them Dr Eva Maria Hohnerlein) or with assistance regarding acquiring the latest literature in the library.²

However, the collaboration strengthened not when I advanced in social security law, but also when the current director, Prof Ulrich Becker, took office. There were many study visits to the Institute and vice versa, i. e. in Ljubljana or Portorož, quite some important project completed, e. g. on pension insurance (also pension benefits of civil servants),³ long-term care,⁴ non-standard forms of work and related non-standard social security,⁵ to mention just a few. Moreover, it was an honour to visit the Institute as a Humboldt Fellow and act as a correspondent of the Institute. It can only be hoped that the work done contributed to the rich treasury of knowledge of the Institute.

It could be argued that the Institute is a safe haven, a place of refuge when a person wishes to distance themselves from the administrative and teaching activities at a home institution and desires to dive deeper into research topics of national, foreign, European or international social security law. This is made so much more pleasurable with all the past and present directors, researchers and staff of the Institute. Additionally, valuable discussion partners are also other visitors to the Institute, arriving from all over the World and with whom (or some of them) tight professional and friendship bonds could be established.⁶ It is safe to say that the Institute presents a crossroads where everyone active in the field of social security law meets sooner or later.

One of the issues overwhelming every social security lawyer is to learn why social security systems have been established in the first place. Moreover, questions as why should they be upheld today and in which form arise. The societal pendulum seems to be swinging constantly between de-privatisation (socialisation) of certain risks of everyday life on one side and self-responsibility of an individual on the other. The latter might be promoted also by the internal market of the EU in which, for instance, medical services are considered as services in that market.⁷ The question of solidarity and self-responsibility has also been detected as one of the core social security subject-matters by the Institute. A joint project of the Institute and KU Leuven addressed the issue of General Principles of European Social Security Law (GPSoc). However, only one of those principles has

² Enumerating of the names is avoided on purpose in order not to forget anyone.

³ Becker/Köhler/Körtke (Hrsg.), *Die Alterssicherung von Beamten und ihre Reformen im Rechtsvergleich*, Nomos 2010.

⁴ Becker/Reinhard (Hrsg.), *Long-term care in Europe: A Juridical Approach*, Springer 2018.

⁵ Becker/Chesalina (Hrsg.), *Social Law 4.0, New Approaches for Ensuring and Financing Social Security in the Digital Age*, Nomos 2021.

⁶ E. g. with dear colleagues Yves Jorens (at the time of my first visit *Leiter der Nachwuchsgruppe* at the Institute) or Letlhokwa G. Mpedi.

⁷ Strban, Patient mobility in the European Union: between social security coordination and free movement of services, ERA Forum, Vol. 14, 2013, Nr. 3, p. 391. See e. g. one of the latest CJEU decisions C-243/19 *Veselības ministrija*, EU:C:2020:872.

been thoroughly analysed, i. e. the principle of security. Others, among them not only the principle of protection, but also principles of solidarity and individual responsibility are still to be tackled.

Nevertheless, interactions between the principles of solidarity and individual (or self-) responsibility can be identified throughout social security law and should be questioned whenever new legislative proposals are publicly discussed. During rather regularly occurring societal distress (be it economic or sanitary) solidarity is emphasised. However, self-responsibility forms its inseparable part.

Hence, the research question for the present quest is how these two principles are interwoven in social security law and what the role of the Institute is. Initially, an attempt to define solidarity should be made.

B. Solidarity

There are many definitions of solidarity, from individual to collectively organised solidarity. The latter may be informally organised within the family,⁸ tribe, guild or other forms of community,⁹ or more formally within local communities, states, international associations and Unions (like the EU, African Union-AU or Eurasian Economic Union-EAEU).¹⁰ Hence, institutionalised social solidarity partially replaces and complements other forms of solidarity. Although solidarity as such is not only a legal category (substance of which has to be filled by the legislature and the courts of law) it has a profound legal meaning as it stems from the core of (the so-called distributive) justice.¹¹ Difficulty of defining solidarity is also caused by distinctive moral, social and political convictions, which all find their way into legislative and more generally legally normative regulation. Therefore, quite often the 'principle of solidarity' is mentioned, indicating its constitutional substance.¹² For instance, the Slovenian Constitutional Court established the principle of solidarity as one of the core features of the social state principle¹³ and of the right to social security.¹⁴ However, it has missed the opportunity to describe the substance of this principle and to explain the characteristics of solidarity under the Constitution.

Some argue that the notion solidarity stems from the Roman law, more precisely from *obligatio in solidum*.¹⁵ In the times of the French revolution (1789)

8 On family compositions Strban/Spiegel/Schoukens, The application of the social security coordination rules on modern forms of family, MoveS Analytical legal report 2019, EU 2020.

9 Mittlaender, Solidarity and social law, ZIAS, 34 (2020) 1, p. 145.

10 See <https://au.int/> and www.eaeunion.org, December 2021.

11 Kranjc, *Amicum an nomen habeas, aperit calamitas*, Pravna praksa, 28 (2009) 11, p. 92.

12 Thym/Tsourd, Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: Constitutional and operational dimensions, MJ, 24 (2017) 5, p. 607. Mišič, Theories of political philosophy as guiding principles in social security, Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej, 25 (2018) 3, p. 271.

13 See also Zacher, Das soziale Staatsziel, in von Maydell/Eichenhofer (Hrsg.), Abhandlungen zum Sozialrecht, C. F. Müller, 1993.

14 Articles 2 and 50 of Slovenian Constitution. Constitutional Court decisions, e.g. U-I-36/00, I:USRS:2003:U. I.36.00, or U-I-137/03, SI:USRS:2005:U. I.137.03.

15 Latin phrase that means in total or on the whole. It regulates the situation, when two or more debtors vouch for the entire (total or whole) obligation of one of them. Kranjc, Rimsko pravo, GV Založba, Ljubljana 2017, p. 564.

its slogan of liberty, equality and brotherhood (Fr. *liberté, égalité, fraternité*) has been established. These values were also incorporated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Its first Article emphasises all human beings are born *free* and *equal* in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of *brotherhood*. In times of promoting (substantive or material and not only formal) gender equality it would be only equitable to add in the spirit of sisterhood or siblinghood, or maybe a more general term of solidarity could be used instead.¹⁶

The notion of solidarity has gradually evolved in the French civil law (fr. *solidarité*). Later on, in Catholic social ethics, solidarity was founded on charity and in social philosophy on nationality since it reflected the idea of the nation as the great community in solidarity.¹⁷ Some define solidarity broader, as friendship on collective level,¹⁸ without limiting it to nationality. Others use solidarity when defining the measures of justice. An expression of justice is also solidarity justice, measure of which is to each according to his/her needs.¹⁹

Solidarity has gained importance also in EU law where it is expressly mentioned. The EU Treaty (Article 2) emphasises the values, which are common to all Member States²⁰ in a society characterised not only by pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, equality between women and men, but also solidarity. Moreover, solidarity between generations is stressed and should be promoted.²¹ Next to intergenerational solidarity, vertical and horizontal solidarity is regulated in social security schemes. The former is shaped among people with higher and lower income and the latter between people with distinctive levels of social risks (e.g. women and man, individuals or couples and families, healthy and sick or disabled).

Additionally, the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFR-EU) explicitly mentions solidarity as an indivisible and universal value of the Union.²² In a special chapter, titled Solidarity, it regulates the rights to social security, social assistance and healthcare.²³ Although the Charter does not introduce new competencies of the EU²⁴ it offers important guidance in the interpretation of the EU law, also by the Court of Justice of the EU (CJEU).²⁵ Moreover, some initiatives

16 More in Strban, Constitutional protection of the right to social security in Slovenia, in: Egorov, A., Wujczyk, M. (eds.), *The Right to Social Security in the Constitutions of the World: Broadening the moral and legal space for social justice*. ILO Global Study, Volume 1: Europe. ILO, Geneva 2016, p. 243.

17 Becker, Solidarity, Financing and Personal Coverage, *The Japanese Journal of Social Security Policy*, 1 (2007) 6, p. 1

18 Kranjc, 2009, op. cit.

19 Pavčnik, Pravičnost in pravo, *Pravnik*, 56 (2001) 1–3, p. 11.

20 The values are human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and human rights.

21 Article 3 of the EU Treaty.

22 Second paragraph of the preamble of the CFR-EU.

23 Title IV, Articles 34 and 35 of the CFR-EU.

24 Article 6 of the EU Treaty and Article 51 of the CFR-EU.

25 For instance C-34/09 *Zambrano*, EU:C:2011:124 or C-571/10 *Kamberaj*, EU:C:2012:233. More in cases C-159/91 *Poucet et Pistre*, EU:C:1993:63, but also in some other cases like C-437/09 *AG2R Prévoyance*, EU:C:2011:112, C-350/07 *Kattner Stahlbau*, EU:C:2009:127, or in the field of social security of migrant workers C-345/09 *van Delft and Others*, EU:C:2010:610. Solidarity is expressly mentioned e.g. also in case C-140/12 *Brey*, EU:C:2013:565.

for introducing a genuine EU social security scheme²⁶ or link national social security systems more closely²⁷ can be seen as showing a desire for more European solidarity.

However, the principle solidarity cannot be understood in its totality and has its limits, emanated in the principle of individual (or self-) responsibility.

C. Self-responsibility

Solidarity is indeed shaped also by the principle of self-responsibility and may relate to the evergreen question of delineation between public and private responsibility for certain risks of life. Private responsibility can be endowed to individuals (workers or persons as such), employers and private (e.g. health or old-age) insurances, which are concerned with the principle of mutuality or reciprocity (pooling of risks and distributing a burden within organised insurance community), but solidarity as a rule is absent. The latter is the *differentia specifica* between social and private insurances. Equitable solidarity covers persons with distinctive levels of risk and distributes burdens among them.²⁸

Social security is intended to provide income security and social inclusion when certain risks of life occur causing reduction or loss of income (e.g. maternity/paternity, sickness – related to work or not, invalidity, old-age, unemployment) or disproportionally increased costs (related e.g. to family, health or long-term care) which cannot be carried by an individual (or family, however composed) alone. At the same time, such risks may influence free development or even existence of an individual or society as such. Therefore, their occurrence causes not only individual, but also social risk.²⁹

Nevertheless, individual responsibility can be emphasised at certain occasions within a social security system, when an individual is required to act in a way to minimise the possibility of realisation of a social risk. When it is already realised (e.g. sickness or unemployment) an individual shall not prolong it, but should strive to eliminate the respective social risk as soon as possible.³⁰ Self-responsibility within social security may also be present when an individual bears the brunt of choosing the most suitable insurance in a private market (which is by a definition imperfect), e.g. private health insurances administering public healthcare or mandatory private pension insurances, included in the social security systems of certain Member State. Distinctive choices result in distinctive social security benefits of people with comparable careers and income. Individual responsibility may also require a person to co-pay for certain benefits which are only partially

26 Schoukens/Pieters, The thirteenth state revisited, in: Bramehuber/Friedrich/Karl (Eds), Festschrift Franz Marhold, Manz Verlag Wien 2020, p. 807.

27 E.g. with Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI) or European Social Security Pass (ESSPASS).

28 Strban, Pravica do socialne varnosti v (ustavno)sodnem odločanju, in: Marijan Pavčnik in Aleš Novak (eds.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba, Ljubljana 2013, p. 346.

29 Strban, Social Risk, in: Marhold/Becker/Eichenhofer/Igl/Prosperetti, Arbeits- und Sozialrecht für Europa, Festschrift für Maximilian Fuchs, Nomos, 2020, p. 741.

30 Rebhahn, Mitverantwortung der Leistungsempfänger im Sozialrecht, DRdA, (1997) 5, p. 352.

covered by social security, like co-payments for health and long-term care. Individual responsibility may also be required for choosing the most suitable benefits provider, for instance, the one providing public or private (which is included in social security schemes) healthcare, be it within a home country or in another Member State.

Moreover, individual responsibility is even more stressed outside of social security systems where a line between social and private income security is drawn. One of the essential questions is the delineation between social solidarity and self-responsibility and hence, between social security and private income security. For instance, the question can be raised in respect of shaping the solidarity community. From an individual point of view, it is important to know who is within the solidarity circle and who is outside of it (*ex lege*, or by own choice or request). From a more institutional perspective it may be important to decide where the so-called 'peace line'³¹ between social and private insurances is drawn. Moreover, a delineation between risk definition, i. e. between social and private risks, e. g. of a disease, is required in order to know when a social security system has to fulfil its function. Another distinction could be made between benefits (in kind or in cash) which are covered by social security and which are not, and are therefore in the field of individual responsibility of a person. In the latter case, private financing is required, either by an individual, an employer or private insurance, contracted by either of them.

D. Practical application of the two core principles

Due to the limited scope of the present paper only a few practical examples of delimitating between the principles of solidarity and individual responsibility can be mentioned here. One example could relate to pension insurance since many socially insured persons retire at an age which would still allow them to be economically active although they are no longer required to be (when reaching the retirement age). The question is whether such individuals could receive part of or even a full pension at the same time, i. e. next to their full salary. The discussion seems to be high on the agenda in some Member States (among them in Slovenia).³² In many Member States working is admissible for pensioners (up to certain income or above a certain age).³³ Conversely, in Slovenia, an old-age pension is guaranteed to full-time workers and self-employed persons.

Providing a pension at a certain age, regardless whether income is lost/reduced or not, is a feature of private insurances. From a social security point of view paying a certain amount next to a full salary after reaching a certain age may question the principle of solidarity. The younger, active population is financing pensions of persons who do not need them since there is no loss or reduction of income, and hence no materialisation of social risk. Also, in this case the notion of reverse

31 Schnapp/Kaltenborn, *Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

32 Partial activity and partial old-age pension is not challenged in the discussions. Strban/Bagari, *Dvojni status delavca in upokojenca v sistemu socialne varnosti*, *Pravna praksa*, 38 (2019) 28–29, p. II.

33 More at www.missoc.org, December 2021.

(or even perverse) solidarity might be used.³⁴ In no other social security scheme are benefits provided without a threat of (e. g. in case of preventive healthcare) or materialisation of a social risk. For instance, a healthy insured person does not receive a basket of pharmaceuticals at the end of the year or a fully employed person an unemployment benefit, or childless persons or couples a maternity/paternity benefit, all as a mere gratitude for contributing to a scheme.

Another example that may also illuminate the delineation between solidarity and individual responsibility is the case of disease or injury. The purpose of statutory health insurance or national health service is not to cover *any* sickness-related risk. Rather, it should take over only those burdens which an individual alone is not able to carry. At the same time, it is clear that in accordance with the principle of individual responsibility, intentional infliction of disease or injury should be outside of the scope of social solidarity (unless caused by a specific disease). It is less clear how cases of (gross) negligence should be treated. A dilemma may occur regarding the extent to which a person should be held responsible for the costs incurred by a riskier lifestyle if it could be determined what an average risk lifestyle in a modern, active society looks like. It cannot be argued that a person choosing a riskier lifestyle agreed to sickness and all related costs (*volenti non fit iniuria*).³⁵ However, it could be argued, even more convincingly, that public healthcare systems have to promote different lifestyles in a society. Nevertheless, in certain cases there may be a possibility to enhance the responsibility of such a person, either on the financing side (by increasing social security contributions) or the benefits side (by modestly reducing the scope of benefits).³⁶

Delineation between social solidarity and individual responsibility may be detected also by looking at the financing of social security. For instance, there is a discussion on the so-called cap on social security contributions in Slovenia (although many Member States regulate it in a slightly different manner).³⁷ However, if high-earners' responsibility of financing social security is diminished (vertical) social solidarity is reduced and private responsibility enhanced, also by advancing private old-age insurance.

34 Sinfield, Social protection versus tax benefits, in: Pieters (ed.), *Social Protection of the next generation in Europe*, Kluwer 1998, p. 7.

35 Strban, Solidarnost in samoodgovornost, in: Kambič/Škrubej (eds.), *Odsev dejstev v pravu, Da mihi facta, dabo tibi ius, Liber amicorum Janez Kranjc*, Faculty of Law University of Ljubljana 2019, p. 392.

36 E. g., in cases of extreme sports (another question is which sports should be defined as such), racing activities, etc. Strban, Temelji obveznega zdravstvenega zavarovanja, Cankarjeva založba, 2005, p. 179. But probably not for 'workoholics', overweight persons, smokers and alcoholics. For instance, the German courts ruled that due to lack of intent all consequences of sickness are not accepted by smokers or alcoholics. Schneider, in: Schulin, op. cit. (HS-KV), p. 653.

37 Mišič, O bliskovitih spremembah slovenskega socialnega prava, TFL Glasnik, 17/2021. Also www.mis-soc.org, December 2021.

E. Concluding remarks

Finding the right balance between the principles of social solidarity and individual responsibility lies at the core of the Max-Planck Institute of Social Law and Social Policy activities. It is not always an easy task to define the substance and hence the boundaries of the fundamental human right to social security based on the principle of social solidarity. It goes without saying that no one (or very few) could survive just on his or her own. Social solidarity is one of the most important fabrics forming a society.³⁸ Together, we can achieve more (economically and socially).

A much-cherished value of the Institute is to find an acceptable relation between the two principles by using a comparative method of scientific research. Of course, other methods of legal argumentation are not to be overlooked, such as grammatical, teleological, systemic and historical methods. Especially, if we are aware of the past developments and reasons thereof, we might be able to better understand the present and shape the future, also the future of social security systems, based on the two inseparable principles of social solidarity and individual responsibility. The Institute has done so admirably well in the past 40 years and I am certain it will continue doing so in Europe and the Globe also for many more decades to come.

³⁸ It could hardly be argued that there is no such thing as society (Margaret Thatcher, 1987, www.margaret-thatcher.org/document/106689, December 2021).

Joachim Breuer, Lübeck

Von Kulturbeuteln und Haftungsfragen in der gesetzlichen Unfallversicherung

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Das Prinzip der Arbeitgeberhaftungsablösung in der gesetzlichen Unfallversicherung
- C. Der Kulturbeutel reist weiter

A. Einleitung

Einer der großen Sozialrechtler Deutschlands war von 1992 bis 2002 Direktor des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in München. Er war es, der auch schon an seiner vorherigen Funktion am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn den Blick nicht nur auf das Sozialrecht als solches, sondern vor allen Dingen auch auf den internationalen Kontext und Vergleich ausgerichtet hat. Das war keineswegs üblich – geschweige denn selbstverständlich – gegen Ende des letzten Jahrhunderts, welches von dem teilweise heute noch prägenden Gedanken gezeichnet war, dass das Sozialrecht etwas zutiefst nationales und nicht transferierbares Konstrukt war und übergeordneten (im Sinne von internationalen) Sichtweisen verschlossen bleiben musste.¹ Professor Bernd von Maydell sah das völlig anders – und war damit nicht nur einer der Wegbereiter des internationalen Vergleiches im Sozialrecht, sondern zugleich auch jemand, der durch eine bildreiche Sprache und gezielte Aphorismen Nachdenklichkeit und neue Sichtweisen bei seinen Kollegen und Schülern erreicht hat.

Einer seiner oftmals angewandten Bilder und Sprüche war es, dass er vor dem Besuch ausländischer Delegationen darauf hinwies, „dass ein jeder mit seinem eigenen Kulturbeutel unterwegs sei.“ Neulinge wunderten sich oftmals über diesen Spruch und dachten sicher darüber nach, was der ausländische Besuch denn mit der Frage der Verwendung von Zahnpasta, Deodorantien und Rasiermitteln zu tun habe. Den Kennern von von Maydells Sprache war jedoch klar, dass dies der Hinweis und manchmal sogar Mahnung war, die Aussagen und Positionen des ausländischen Gastes nicht nur durch die deutsche Brille zu sehen, sondern zu verstehen, wo welche historischen, sozialen und politischen Hintergründe die Erfahrungen und wissenschaftlichen Positionen des Gesprächspartners geprägt hatten.

Auch wenn die Tätigkeit von Maydells im internationalen Bereich umspannend war, so gab es doch thematische und regionale Schwerpunkte. Unvergessen wird für den Autor ein Besuch einer japanischen Delegation bleiben, die sich in Deutschland über die gesetzliche Unfallversicherung und insbesondere über

¹ Dies ist auch in der europäischen Gemeinschaftskonstruktion bis heute tief verwurzelt, wonach das Sozialrecht unter dem Aspekt der Subsidiarität dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten bleibt.

das Konstrukt der Ablösung der Arbeitgeberhaftpflicht informieren wollte. Diese schien für die japanischen Kollegen irgendwie nicht verständlich und schon im Vorfeld gab es höfliche Fragen, ob das mit der völligen Ablösung der Haftung wirklich so sei. Alles in allem war der Besuch eine historische Lehrstunde dafür, dass halt jeder mit seinem eigenen Kulturbeutel unterwegs ist.

B. Das Prinzip der Arbeitgeberhaftungsablösung in der gesetzlichen Unfallversicherung

Fragt man nach den Kernelementen der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung, so gehören die soziale Selbstverwaltung, das Kausalitätsprinzip und die abstrakte Schadensberechnung zu den ersten Gedanken. Weitere Aspekte wie das „magische Dreieck von Prävention-Rehabilitation-Kompensation“ mögen hinzutreten.² In jedem Fall aber wird von Beginn an die Ablösung der Arbeitgeberhaftpflicht sowie die damit korrelierende alleinige Beitragszahlung durch den Arbeitgeber benannt werden. Das Element der Ablösung der Arbeitgeberhaftpflicht begleitet die deutsche gesetzliche Unfallversicherung von ihrer Existenz an. Sie ist nicht nur Kernpunkt, sondern in gewisser Weise sogar Ursprung und Geburtshelfer der Unfallversicherung in Deutschland. Immer wieder finden sich Aussagen und Belege, dass es die bewusste Zielsetzung der Bismarckschen Sozialpolitik war, mit Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung eine Wiederherstellung des Betriebsfriedens und damit insgesamt eine Förderung der Industrie im deutschen Kaiserreich zu erreichen.³ Das aus dem Jahre 1873 stammende Reichshaftpflichtgesetz hatte zwar grundsätzlich den Anknüpfungspunkt dafür geliefert, dass die Arbeitgeber für die seinerzeit vielfältigen schwerwiegenden und häufig tödlichen Arbeitsunfälle im industriellen Umfeld haften mussten; jedoch musste diese Haftung von dem Geschädigten gerichtlich durchgesetzt werden, und dies auf eigene Kosten und eigenes Risiko. Damit geriet dieses Recht zu einer leeren Hülse, da nicht nur eine Klage gegen den Arbeitgeber den Arbeitnehmer in eine gesellschaftliche Konfrontationsstellung brachte, sondern vor allen Dingen aus finanziellen Gründen oft gar nicht realisierbar war. Selbst wenn es zur Klage durch finanzielle Unterstützung kam, so endete diese bei Erfolglosigkeit faktisch in Armut und wirtschaftlicher Hoffnungslosigkeit.

Die genossenschaftliche organisierte Unfallversicherung sollte hier Abhilfe schaffen, indem sie stellvertretend für den Arbeitgeber in die Haftung eintrat und diese übernahm, was einerseits zu ausreichendem – weil dem Schadensersatzgedanken verpflichtenden – sozialen Ersatz führen sollte, andererseits aber eben auch den Arbeitgeber endgültig und umfänglich von seiner direkten Haftung gegenüber dem Arbeitnehmer frei sprach. Als vermeintlich logische Schlussfolgerung wurde deshalb von Beginn an auch die Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung allein auf die Schultern der Arbeitgeber durch entsprechende Beiträge gelegt. Die Berufsgenossenschaft wurde so zur Schutzeinrichtung für den Arbeitnehmer in Bezug auf die Leistungen und für den Arbeitgeber (mittels

² Siehe bspw. Gitter/Nunius in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, §5 Rz. 23 ff.

³ Z.B. Breuer, Das (Erfolgs)Modell Soziale Selbstverwaltung, FS für Maximilian Fuchs, 2020, S. 393.

Bezahlung und Zwangsmitgliedschaft) vor der Haftung. Alleinige Beitragstragung und Freistellung von der Arbeitgeberhaftpflicht – ein feststehendes Korrelat in der deutschen Unfallversicherung, welches im wissenschaftlichen Austausch mit japanischen Sozialrechtskollegen einfach zu vermitteln schien.

In vielen Ländern der Erde gibt es eine gesonderte soziale Absicherung gegen das Risiko von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, manchmal ausgedehnt auf die Wegeunfälle. Die Internationale Vereinigung für Soziale Sicherheit in Genf geht davon aus, dass dies in etwa zwei Drittel aller Länder der Erde der Fall ist.⁴ Allerdings erfolgt die Absicherung nicht immer in einem eigenständigen Sozialversicherungszweig, sondern wird des Öfteren entweder von dem einheitlichen (oftmals staatlichen) Sozialversicherungsträger oder aber über einen Sozialversicherungsträger zum Beispiel für das Risiko der Krankheit beziehungsweise der Renten mit abgedeckt, manchmal in eigenen Abteilungen. In Japan indes gab und gibt es eine eigenständige Unfallversicherung, die als staatliche Pflichtversicherung gezielt auf das Risiko des Arbeitsunfalles und der Berufskrankheiten ausgerichtet ist und nach dem Kausalitätsprinzip soziale Entschädigungsleistungen erbringt.⁵ Da die Pflicht zum Abschluss einer solchen Versicherung allein dem Arbeitgeber obliegt, trägt folgerichtig dieser den alleinigen Beitrag. Anders als im deutschen System haftet der Arbeitgeber aber gegenüber dem Arbeitnehmer grundsätzlich uneingeschränkt nach dem allgemeinen Deliktsrecht, wobei die Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung faktisch nur auf diesen Schadensersatzanspruch angerechnet werden. Die staatliche Unfallversicherung kann weiterhin – wie in der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung auch – bei groben Verstößen des Arbeitgebers diesen allerdings für ihre erbrachten Leistungen in Regress nehmen. Anders als in der deutschen Konzeption bleibt also für den Arbeitgeber in Japan stets ein potenzielles Risiko, zumindest teilweise vom Arbeitnehmer in Haftung genommen zu werden, soweit nämlich die entsprechenden Versicherungsleistungen in Relation zum zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch nicht ausreichend sind. Auch Ansprüche gegenüber Dritten, wie zum Beispiel dem Staat, sind im Falle von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten in Japan nicht ausgeschlossen.⁶

Anscheinend eine Situation, die zur damaligen Zeit für einen jungen deutschen Sozialrechtswissenschaftler im Austausch mit den japanischen Kollegen eine einfache Argumentationsbasis bildet. Wenn man sich gerade die in den neunziger Jahren in Japan heftig diskutierten Fragen der Haftung der Arbeitgeber und auch des Staates für Asbest sowie für Lungenerkrankungen im Bergbau vor Augen hält, so lag die Lösungen für die deutsche Brille (oder den Kulturbeutel!) doch einfach auf dem Tisch: die Entwicklung eines umfassenderen sozialen Schutzes durch die gesetzliche Unfallversicherung unter Beibehaltung des Kausalitätsprinzips und (natürlich!) die Freistellung der Arbeitgeber von der Haftpflicht – zumal

4 Genaue (veröffentlichte) Erhebungen hierzu sind nicht bekannt; diese Angabe beruht aber auf einer Auswertung der sog. Länderberichte, die die IVSS für ihre Mitglieder bereithält.

5 Zur Darstellung der (damaligen) Rechtslage: Freudenstein, Haftung für Arbeitsunfälle und deren Versicherung in Japan, *Zeitschrift für japanisches Recht*, 1996 S. 137 ff.

6 Zur aktuelleren Diskussion s. a. Nishimura, Perspektiven der Unfallversicherung in Japan und Deutschland, 2009, S. 17 ff.

diese in Japan ja auch schon die Beiträge zur Unfallversicherung ohnehin alleine trugen. Die Grundlage für die Einführung der Arbeitgeberhaftungsfreistellung lag also doch schon vermeintlich auf dem Tisch.

Der seinerzeitige Erfahrungsaustausch öffnete allerdings die Sichtweise darauf, dass eben je nach Erfahrung und kulturellem Hintergrund verschiedene Lösungsansätze der gleichen Problemlage zielführend sein können und eigene Logiken in anderem Umfeld nicht immer überzeugen. Die alleinige Beitragszahlung der Arbeitgeber im deutschen Unfallversicherungsrecht wurde, von beiden Seiten akzeptiert, durchaus als Konsequenz für die Ablösung der Arbeitgeberhaftpflicht gesehen. Erkennbar wurde aber auch, dass dadurch keinesfalls ein automatischer Umkehrschluss gezogen werden kann, dass eine alleinige Beitragszahlung – wie auch in der japanischen staatlichen Unfallversicherung – automatisch zu einem Haftungsausschluss führen muss oder soll. Die Beitragszahlung bildet in Japan lediglich das Äquivalent für den staatlich angeordneten Versicherungsschutz, ohne dass deshalb aber die Frage konzeptionell, politisch oder sozial beantwortet ist, ob dieser Versicherungsschutz den gesamten Schadensersatzfall abdecken soll und deshalb eine weitergehende Haftung nicht in Betracht kommen darf. Der Umfang des Schadensersatzes im Vergleich zur Versicherungsleistung ist es also, der eher an den Gedanken der Haftungsablösung heranführt. Die alleinige Beitragszahlung ist daher zumindest kein selbsterklärendes typisierendes Wesensmerkmal der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung, sondern als Korrelat für die Haftungsablösung des Arbeitgebers zu sehen. Bildlich gesprochen: im deutschen Kulturbeutel ist die Beitragszahlung Folge der Haftungsfrage, im japanischen Kulturbeutel Voraussetzung für den Umfang der Haftungsfrage.

Zusätzlich zu diesen eher rechtlichen Argumenten kamen im Austausch aber auch noch kulturelle Sichtweisen zum Vorschein, die für die rechtliche Konzeption mit heranzuziehen waren. Die japanische Gesellschaft erscheint auch heute noch aus deutscher Sicht wesentlich geordneter und hierarchischer. Der Begriff der Verantwortung besitzt insgesamt einen höheren gesellschaftlichen Stellenwert und prägt stärker als in Deutschland das soziale Leben bis in die Familie hinein. Zu wenig hatten (und haben?) wir uns mit diesem das gesellschaftliche Leben prägenden Bild der Verantwortung in Japan beschäftigt und uns eher darauf beschränkt, die dortige Kultur manchmal als „fremd“ zu bezeichnen. „Fremd“ heißt aber meistens nur unbekannt und die Abwesenheit von Kenntnis. Dabei hat ein tieferes Eintauchen in die dortigen kulturellen Strukturen es uns seinerzeit verständlicher gemacht, dass es nicht von vornherein offene Türen für das Modell einer Haftungsablösung geben werde, sondern dass die prinzipielle Verantwortung des Arbeitgebers auch bei Arbeitsunfällen als Kern- und Wesenselement einer Verantwortung respektierenden Gesellschaft gesehen wird. Das hätte auch schon beim Studium der seinerzeit verfügbaren Literatur erkennbar werden müssen. In einem nach wie vor bemerkenswerten wissenschaftlichen Beitrag zu den Besonderheiten sozialen Handelns in Japan hat Trommsdorf⁷ als Fazit festgehalten: „Schließlich könnte ein kulturvergleichendes Vorgehen, bei dem Kulturspezifika und damit der soziokulturelle Kontext sozialen Handelns angemessen berücksich-

7 Trommsdorf, *Deutsch-japanische Begegnungen in den Sozialwissenschaften*, 1993, S. 251.

tigt werden, dazu dienen, zuverlässigere Beschreibungen sozialer Phänomene in einer „fremden“ Kultur wie Japan vorzunehmen. Darüber hinaus wäre dieser Weg auch nützlich, um die Besonderheiten unserer eigenen Gesellschaft besser zu erkennen, einzuordnen und genauere Fragen nach deren Ursachen und Folgen zu stellen.“

C. Der Kulturbeutel reist weiter

Das Max-Planck-Institut für internationales Sozialrecht hat unter der Leitung von Ulrich Becker fortschreitend dazu beigetragen, das Verständnis von Kultur im internationalen Kontext als wesentliches Betrachtungsmerkmal aufzugreifen. Der Prozess des Erfahrungsaustausches gerade auch mit Japan wurde weiter fortgeführt und hat in der Unfallversicherung zu einem wesentlich besseren Verständnis der Besonderheiten und kulturellen Hintergründe geführt.⁸ Jeder reist auch heute noch mit seinem eigenen Kulturbeutel – aber nur durch ständigen Austausch verstehen wir immer besser, was dies für das Sozialrecht bedeutet.

8 S. insbesondere das Werk „Perspektiven der Unfallversicherung in Japan und Deutschland“, 2009 mit namhaften aktuellen Beiträgen.

Ute Kötter, München

Die soziale Mindestsicherung in der sozio-ökologischen Transformation

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Neue globale Herausforderungen für den Wohlfahrtsstaat
- C. Klimaschutzmaßnahmen und soziale Ungleichheit
- D. Rechtliche Maßstäbe der Gestaltung des Klimaschutzes

A. Einleitung

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht (MPI) hat meine rechtswissenschaftliche Sozialisation wesentlich geprägt. Ich war von Oktober 1987 bis September 1996 zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und später als Referentin für das Sozialrecht Belgiens und der Niederlande am MPI beschäftigt. Meine Aufgaben als wissenschaftliche Hilfskraft des damaligen Direktors des Instituts, Hans F. Zacher, bestanden vor allem im Korrekturlesen und in der Unterstützung bei der Literaturrecherche. Über die Korrekturarbeit lernte ich die Zacher'sche Sozialrechtssystematik kennen, über die Literaturrecherche¹ den interdisziplinären² Ansatz bei der Erfassung des „vorrechtlichen Problems“, das nach Zacher notwendige Voraussetzung des Rechtsvergleichs ist. In meiner eigenen wissenschaftlichen Arbeit als Referentin am MPI stand der Vergleich des deutschen mit dem niederländischen und belgischen Sozialrecht im Vordergrund mit Fokus auf den Reformen der sozialen Kranken-, Pflege- und Invaliditätsversicherung.³ Die durch den Rechtsvergleich gewonnenen Alternativen der Problemwahrnehmung und Lösungsgestaltung haben mich auch in meiner späteren Tätigkeit als Hochschullehrerin für rechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit in der Forschung⁴ und Lehre⁵ immer wieder interessiert. Dazu zählt auch

1 Dafür stand die hervorragend ausgestattete Institutsbibliothek zur Verfügung, ein unermesslicher Schatz in Zeiten, in denen Laptops und Internet noch unbekannt waren und eigene Texte noch auf Band diktiert und dann durch die Mitarbeiterinnen des „Schreibdienstes“ mit der Schreibmaschine verschriftlich wurden.

2 Vgl. die aktuelle Forderung des Bundesverfassungsgerichts im Sanktionen-Urteil, in der Gesetzgebung auch Ergebnisse der Wirkungsforschung zu berücksichtigen (BVerfG v. 5.1.2019 – 1 BvL 7/16); vgl. auch Katie Baldschun/Tanja Klerk, Warum eine interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft notwendig ist – Zur Entscheidung des BVerfG in Sachen Sanktionen im SGB II – Von plausiblen Annahmen und tragfähigen Erkenntnissen bei der Ausgestaltung eines einheitlich zu gewährleistenden Grundrechts, in: SR 2/2021, S. 75–87.

3 Vgl. z.B. Ute Kötter, Die Steuerung der ambulanten ärztlichen Versorgung im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und des belgischen Rechts, Diss. Baden-Baden, 2000; dies., Landesbericht Niederlande, in: Hans-Joachim Reinhard/Jürgen Kruse/Bernd von Maydell (Hg.), Die soziale Sicherung bei Invalidität im Rechtsvergleich, Baden-Baden, 1998, S. 315 – 364.

4 Vgl. Ute Kötter, Der Umbau im Souterrain des europäischen Wohlfahrtsstaatsmodells – Die Reform des niederländischen und des deutschen Sozialhilfesystems im Vergleich (Teil 1), in: ZIAS 3/2006, S. 98 – 107; (Teil 2) und 4/2006, S. 155 – 159.

5 Die Social Europe Week (SEW) in Leuven/Brüssel mit Vorträgen von Redner:innen aus der Politik, der Wissenschaft, von internationalen Organisationen und europäischen Interessenvertretungen, mit Besuchen von Einrichtungen der Sozialen Arbeit und Betrieben und Diskussionen mit Parlamentarier:innen des Euro-

die vertikal-rechtsvergleichende Perspektive auf den Einfluss des Rechts der Europäischen Union auf die nationalen Sozialrechtssysteme⁶, die ich als Post-Doc in einem interdisziplinären Doktoranden-Kolleg zum Umbau des Wohlfahrtsstaats an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Utrecht (Onderzoekschool Arbeid, Welzijn en Sociaal-Economisch Bestuur) vertiefen konnte⁷.

B. Neue globale Herausforderungen für den Wohlfahrtsstaat

Die zentrale sozialpolitische und sozialrechtliche Fragestellung während meiner Zeit am MPI war die der Anpassung des Wohlfahrtsstaats an die Herausforderungen der Globalisierung und Europäisierung mit ihren Zielkonflikten und Wechselwirkungen zwischen sozialer Sicherung und internationalem wirtschaftlichem Wettbewerb. Aktuell steht der Wohlfahrtsstaat vor einer weiteren weltweiten Herausforderung, der ökologischen Krise, d. h. der menschengemachten Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen. Die vom Club of Rome bereits 1972 aufgezeigten Grenzen des ökonomischen Wachstums⁸ sind nicht mehr nur theoretische Prognosen, sondern werden spür- und erlebbar; die Zeit für ein Umsteuern zum Erhalt der Lebensgrundlagen wird knapp. Der Klimaschutz ist aktuell das vorrangige Ziel der internationalen Bemühungen, aber andere Umweltschutzziele wie der Erhalt der Biodiversität⁹ stehen dem nicht an Dringlichkeit nach. Die internationale Staatengemeinschaft hat seit dem Brundtland-Bericht¹⁰ von 1987 eine Vielzahl rechtlicher Instrumente, wie das Kyoto-Protokoll vom 11.12.1997 und das

päischen Parlaments, die Theo Koning (Hanze Hogeschool Groningen) und Jan Van Passel (Katholieke Hogeschool Leuven) und ich gegründet haben, ermöglicht jährlich ca. 120 Studierenden und Kolleg:innen aus Studiengängen der Sozialen Arbeit und des Personalmanagements verschiedener europäischer Hochschulen grenzüberschreitendes und interdisziplinäres Lernen.

6 Vgl. Peter Hammerschmidt/Ute Kötter/Juliane Sagebiel (Hg.), Die Europäische Union und die Soziale Arbeit, Schriftenreihe Soziale Arbeit der Fakultät für Angewandte Sozialwissenschaften der Hochschule München, Neu-Ulm, 2016. Zum Existenzsicherungsrecht vgl. auch Ute Kötter, Ansprüche von BürgerInnen der Europäischen Union auf Leistungen der sozialen Grundsicherung nach dem SGB II zwischen Gleichbehandlungsanspruch und Demokratieprinzip, in: info also 2013, S. 243 – 252; dies., Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Alimanovic – das Ende der europäischen Sozialbürgerschaft?, in: info also 2016, 3 – 8; dies., Die Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union – immer noch eine Randexistenz oder auf dem Weg zu einem „Europäischen Sozialhilferecht?“, in: ZIAS 2016, 98 – 109.

7 Ute Kötter, Die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Rechtssachen Decker und Kohll: Der Vorhang zu und alle Fragen offen?, in: VSSR 1998, S. 233 – 252; dies., Marktsteuerung im Gesundheitswesen und europäische Markt- und Wettbewerbsordnung, in: SF 2000, S. 27 – 31; dies., Von sozialpolitischer Abstinenz zur Dominanz der europäischen Wirtschaftsordnung – zum Verhältnis von europäischer und nationaler Sozialpolitik, in: Frank Schulz-Nieswandt (Hg.), Drei Dekaden Sozialpolitik in Deutschland, Eve-Elisabeth Schewe zum 70. Geburtstag, Berlin, 2000, S. 197 – 226; dies., Die Bedeutung der Entscheidung Geraerts-Smits/Peerbooms für das Gesundheitssystem der Niederlande, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Hg.), 14. Bonner Europa-Symposium, Gesundheitswesen in Europa – Von Kohll/Decker bis Geraerts-Smits, Bonn, 2001, S. 240 ff.; dies., Die Entscheidung des EuGH in den Rechtssachen Müller-Fauré/van Riet, Harmonisierung der sozialen Sicherheit im Krankheitsfall durch die Rechtsprechung des EuGH?, in: ZESAR, 2003, S. 301 – 311.

8 The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind, 1972.

9 www.umweltbundesamt.de/das-uba/was-wir-tun/forschen/umwelt-beobachten/biodiversitaet#umweltschutz-und-biodiversitat.

10 United Nations, Brundtland, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, A/42/427, 1987.

Pariser Klimaschutzabkommen vom 12.5.2015 ergriffen,¹¹ die die Vertragsstaaten zur Einhaltung der für den Ausstoß klimaschädlicher Gase festgesetzten Grenzen verpflichten.¹² Auf der Ebene der Europäischen Union sind Klimaschutzziele seit Juli 2021 im Europäischen Klimagesetz, d. h. EU-weit unmittelbar geltendem Verordnungsrecht verankert¹³. Die Bundesrepublik Deutschland hat eine an ihren unions- und völkerrechtlichen Verpflichtungen orientierte Klimaschutzstrategie¹⁴ entwickelt, die auf eine sozio-ökologische Transformation zielen. Dies erfordert nicht nur eine Anpassung der Wirtschaft an die Vorgaben der Dekarbonisierung und prioritärer Umweltschutzmaßnahmen, sondern wirft auch Fragen der internationalen, der regionalen, der wirtschaftlichen, der sozialen und – wie der Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ deutlich gemacht hat – auch der intergenerationalen und intertemporalen Gerechtigkeit¹⁶ auf.¹⁷

C. Klimaschutzmaßnahmen und soziale Ungleichheit

Von Armut betroffene Menschen sind nicht nur stärker von den Auswirkungen der Erderwärmung betroffen¹⁸, weil ihnen die Ressourcen zur Abwehr der Folgen und ggf. zum Ausweichen in weniger betroffene Regionen fehlen,¹⁹ sondern auch von den Folgen der Klimaschutzmaßnahmen.²⁰

- 11 Vgl. zu den nationalen und internationalen Rechtsgrundlagen des Klimaschutzes Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Klimaschutz weltweit, Dokumentation 2019, WD 8 – 3000 – 028/19.
- 12 Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Aktuelle Klimaschutzziele auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene – Nominale Ziele und Rechtsgrundlagen, Sachstand, 2018, WD 8 – 3000 – 009/18.
- 13 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), *Amtsblatt der Europäischen Union*, L 243, 64. Jahrgang, 9. Juli 2021.
- 14 <https://www.bmu.de/themen/klimaschutz-anpassung/klimaschutz/nationale-klimapolitik/klimaschutz-plan-2050> (zuletzt abgerufen 3.1.2022)
- 15 BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18. Staatliche Klimaschutzpolitik ist danach auch am Maßstab der „Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit“ und „einer verhältnismäßige(n) Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen“ zu messen.
- 16 Vgl. Katja Rath/Martin Benner, Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit? – Die Relevanz des Klimaschutz-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts für andere Rechtsgebiete mit intergenerationaler Bedeutung, <https://verfassungsblog.de/ein-grundrecht-auf-generationengerechtigkeit/> vom 7.5.2021 (zuletzt abgerufen am 29.12.2021); Constanze Janda, Sozialstaat for Future – Der Klima-Beschluss des BVerfG und seine Bedeutung für die Sozialgesetzgebung, in ZRP 5/2021 S. 149 – 152.
- 17 Vgl. Sacha Dierckx (red.), *Klimaat en sociale rechtvaardigheid*, Reihe Denktank Minerva, 2019; Felix Ekardt, *Theorie der Nachhaltigkeit. Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel*. Nomos, 2011.
- 18 Zur Entwicklung der Forderung nach „Klimagerechtigkeit“ s. Maika de Keyser/Tim Soens, *Dragen de zwakste schouders steeds de zwaarste lasten? Klimaatrechtvaardigheid vandaag en in het verleden*, in: Dierckx, *Klimaat en sociale rechtvaardigheid*, aaO, S. 37–60 (<https://www.researchgate.net/publication/336719849>, zuletzt abgerufen 3.1.2022).
- 19 So warnt der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen für extreme Armut und Menschenrechte, Philip Aston, vor Klima Apartheid: „An overreliance on the private sector could lead to a climate apartheid scenario in which the wealthy pay to escape overheating, hunger and conflict, while the rest of the world is left to suffer.“ (vgl. United Nations, *Climate Change and Poverty*, v. 17.7.2019, A/HRC/41/39).
- 20 Vgl. Steunpunt tot bestrijding van armoede, bestaansonzekerheid en sociale uitsluiting, *Duurzaamheid en armoede, een bijdrage aan politiek debat en politieke actie*, december 2019, www.armoedebestrijding.be

Der Blick auf die wirtschaftliche Situation von aktuell ca. 6,9 Millionen Menschen²¹, die in Deutschland steuerfinanzierte Grundsicherungsleistungen (nach dem SGB II, SGB XII und AsylbLG) beziehen, verdeutlicht, dass dies auch in einem der reichsten Länder der Welt gilt. Die Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II und SGB XII setzen sich aus dem sog. Regelbedarf, evtl. Mehrbedarfen (z. B. für Alleinerziehende) und den Bedarfen für Unterkunft und Heizung zusammen. Mit dem Regelbedarf für eine alleinstehende Person in Höhe von 449 € (Stand 2022) müssen ihre monatlichen Ausgaben für Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie (ohne die auf Heizung und Warmwasser entfallenden Anteile) sowie die Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben gedeckt werden. Das gesetzliche Verfahren zur Bestimmung der Höhe der Regelbedarfe wird seit Jahren als methodisch fehlerhaft²², die Höhe als zur Deckung des Existenzminimums unzureichend²³, und insbesondere auch mit Blick auf das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als verfassungswidrig²⁴ kritisiert. In der Covid-19-Pandemie hat sich die soziale Ungleichheit und die Unterversorgung einkommensarmer Menschen in Deutschland nach ersten Studien nochmals verfestigt²⁵. Dies betrifft Grundbedürfnisse wie das Wohnen (Wohnungsarmut in Form des Fehlens von Wohnungen aber auch der beengten Wohnungsverhältnisse)²⁶, die Gesundheit²⁷, die Ernährung²⁸, aber auch Bildung und Teilhabe insbesondere von Kindern²⁹. Nach einem aktuellen Rechtsgutachten³⁰ von Anne Lenze ist die zum 1.1.2022 erfolgte Erhöhung der Regel-

21 Statista, Anzahl der Empfänger von Leistungen der sozialen Mindestsicherung in Deutschland Ende 2020 nach Leistungsart, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Mindestsicherung/aktuell-mindestsicherung.html (zuletzt abgerufen am 23.3.2022)

22 Irene Becker, Methodische Gesichtspunkte der Bedarfsbemessung, Soziale Sicherheit, Sonderheft 2017. Vgl. auch Valentin Pertisau, Der Streit um das menschenwürdige Existenzminimum – Das aktuelle Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz, in: Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit 1/2021, S. 62 – 69 mwNw.

23 Vgl. zuletzt Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband (Hg.), Regelbedarfe 2021. Alternative Berechnungen zur Ermittlung der Regelbedarfe in der Grundsicherung, 2021; Andreas Aust, Arm, abgehängt, ausgegrenzt. Eine Untersuchung zu Mangellagen eines Lebens mit Hartz IV, Berlin, 2020; beide online auf <https://www.der-paritaetische.de/publikationen/> (zuletzt abgerufen. 20.01.22)

24 So musste das BVerfG immer wieder zur Verfassungsmäßigkeit der Grundsicherungsleistungen Stellung nehmen. Vgl. für eine Übersicht Ute Kötter, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums: erste Konturen eines sozialen Grundrechts, in: Alpay Hekimler (Hg.) Festschrift für Otto Kaufmann – Armagnani, Legal Yayincilik, Istanbul 2021, S. 751 – 774.

25 Jonas Pieper/Ulrich Schneider/Wiebke Schröder, Corona und die Armut in Deutschland, in: SozSi 1/2021, S. 37 – 41.

26 Henning Schridde, Beengte Wohnverhältnisse von Familien in der Grundsicherung für Arbeitsuchende, Soziale Sicherheit 5/2021, S. 195 – 200.

27 Nach einer Analyse der AOK Rheinland/Hamburg haben Hartz-IV-Empfänger ein um 84 Prozent höheres Hospitalisierungsrisiko bei einer Infektion mit Covid-19 als der Durchschnitt – vgl. HNA.de (online-Angebot der Hessisch-Niedersächsischen Allgemeinen) vom 17.1.2022.

28 Vgl. allgemein zum Zusammenhang von sozialer Ungleichheit und Ernährung Karin Geffert/Carmen Klinger und Peter von Philipsborn, Ernährungspolitik und soziale Ungleichheit hängen zusammen – Handlungsfelder für die Politik, in SozSi 12/2021, S. 434 -443. S. a. Sabine Pfeiffer, Die verdrängte Realität: Ernährungsarmut in Deutschland. Hunger in der Überfluggesellschaft, 2014.

29 Die der Rechtsprechung der Sozialgerichte folgende Anerkennung des Anspruchs von Kindern aus Hartz-IV-Haushalten auf Computer für das Homeschooling durch die Bundesagentur für Arbeit kann die weit über die Enge der Wohnverhältnisse und fehlenden Ressourcen hinausgehende strukturelle Benachteiligung von armen Kindern, die sich in der Corona-Krise verschärft hat, nur ansatzweise auffangen. Vgl. www.kinderschutz-akademie.de/aktuelles/themenschwerpunkt-kinderarmut-und-corona

30 Abrufbar auf <https://www.soziale-schuldnerberatung-hamburg.de/2021/neues-rechtsgutachten-anne-lenze-hartz-iv-regelsatz-verfassungswidrig/> (letzter Zugriff am 24.01.2022)

bedarfe um 0,76 % zwar gesetzeskonform, „läutet jedoch in Verbindung mit der steigenden Inflation eine neue Stufe der Unterschreitung des menschenwürdigen Existenzminimums ein, die aus ihrer Sicht an der „Grenze des verfassungsmäßig Hinnehmbaren“⁴³¹ ist. Die Corona-Krise hat auch sichtbar gemacht, dass das gesetzliche Verfahren zur Anpassung der Grundsicherungsleistungen nicht flexibel und zeitnah auf ökonomische und gesellschaftliche Veränderungen reagieren kann.³²

Die schon vor dem Regierungswechsel ergriffenen Klimaschutzmaßnahmen, insb. die EEG³³-Umlage und die durch das Brennstoffemissionshandelsgesetz³⁴ eingeführte schrittweise steigende CO₂-Bepreisung haben bereits zu einer Verteuerung der Energiekosten geführt, die sich nicht nur auf die aus dem Regelsatz zu zahlenden Energiekosten³⁵ sowie die Heizkosten³⁶, sondern über die Erzeugerkosten auch auf die die Kosten der Mobilität, der Ernährung und weiterer Verbrauchsgüter auswirkt.³⁷ Die steigenden Energiekosten tragen aus Sicht der Bundesbank damit auch – neben der Rücknahme der Mehrwertsteuersenkung und den Lieferengpässen – zum Anstieg der Inflationsrate bei.³⁸ Der Kostendruck auf einkommensschwache Haushalte wird mit der von der neuen Bundesregierung geplanten Beschleunigung der sozio-ökologischen Transformation³⁹ noch steigen. Aus sozialpolitischer und verfassungsrechtlicher⁴⁰ Sicht sind die geltenden Regelungen zur Bestimmung und Anpassung der Höhe der Regelbedarfe und mit Blick auf die Abwälzung der Energiesanierungskosten auf die Mieter auch der Angemessenheit der Unterkunftskosten daher dringend so anzupassen, dass sie der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse auch durch klima- und umweltpolitische Maßnahmen zeitnah Rechnung tragen.

31 Vgl. dazu ausführlich Anne Lenze, Die Grenze des verfassungsmäßig Hinnehmbaren, in Soziale Sicherheit 11/2021, in: SozSi 11/2021, S. 409–411.

32 Lenze, aaO, S. 410 f.

33 Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (Erneuerbare Energien-Gesetz) vom 29.3.2000, BGBl. I S. 305.

34 Vom 12. Dezember 2019, BGBl. I S. 2728

35 Vgl. auch Manuel Frondel/Stephan Sommer, Diskussionspapier: Der Preis der Energiewende – Anstieg der Kostenbelastung einkommensschwacher Haushalte, RWI Materialien, Heft 128, 2018.

36 Jennifer Puls, CO₂ – Bepreisung im Mietsektor: Klimapolitisch wirksam und sozialgerecht gestalten, in: SozSi 2/2021, S. 76 – 78(76).

37 Der Beitrag wurde vor dem Beginn des Ukrainekriegs beendet. Die dadurch verursachten Preissteigerungen sind nicht berücksichtigt. Dass diese zu einer weiteren Verschärfung der Situation einkommensschwacher Haushalte geführt haben, zeigt nicht zuletzt der ungewöhnliche Brandbrief der Landesarbeitsgemeinschaft der nordrheinwestfälischen Jobcenter an den Bundesminister für Arbeit und Soziales, in dem vor Energiearmut nie gekannten Ausmaßes und vor einer für viele Haushalte drohenden Unterbrechung der Energieversorgung gewarnt wird. www.merkur.de/wirtschaft/hartz-iv-4-jobcenter-ukraine-krieg-strompreis-energiearmut-heizkosten-uebernahme-brandbrief-heil-zr-91398383.html

38 Diese lag im November 2021 bei 5,3 %. Die Bundesbank rechnet auch für 2022 mit einer Inflationsrate von 3,6 %. Vgl. Svea Junge, Prognose der Bundesbank, Die Inflation steigt nächstes Jahr noch höher, in FAZ vom 17.12.2021 <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/konjunktur/inflation-naechstes-jahr-noch-hoeh-her-laut-prognose-der-bundesbank-17687684.html> (zuletzt abgerufen am 24.01.2022)

39 Koalitionsvertrag 2021, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit, Nachhaltigkeit, S. 58 ff., www.tagesspiegel.de/politik/ampel-steht-der-koalitionsvertrag-2021-als-pdf-zum-download/27829980.htm (zuletzt abgerufen 3.1.2022)

40 Vgl. die ausdrückliche Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach zeitnaher Anpassung der Regelbedarfe an Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen BVerfG v. 23.7.2014 – 1-BvL 10/12 Rn. 140.

D. Rechtliche Maßstäbe der Gestaltung des Klimaschutzes

Der Gesetzgeber ist bei der Gestaltung des Klimaschutzes an international-rechtliche und verfassungsmäßige Vorgaben gebunden. Das internationale Recht verpflichtet ihn aber nicht nur zum Umwelt- und Klimaschutz, sondern auch zur Verwirklichung sozialer Ziele. In der Agenda 2030 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 25.9.2015⁴¹ wurden 17 Ziele einer nachhaltigen Entwicklung (Sustainable Development Goals – UN SDGs) definiert, zu denen neben ökologischen auch soziale Ziele wie die Beseitigung von Armut gehören. Die UN SDGs werden zwar als rechtlich nicht bindendes internationales Softlaw⁴² verstanden, entfalten aber eine faktische Bindungswirkung. So wollen die Europäische Union, aber auch einzelne Mitgliedstaaten, wie die Bundesrepublik Deutschland⁴³, ihre Politik an den UN SDGs orientieren und berichten regelmäßig über die Verwirklichung der Ziele der UN-SDGs, die anhand von 107 Kriterien zu messen und zu bewerten sind.⁴⁴ Gerade die Operationalisierung der UN-SDGs zeigt allerdings das ihnen innewohnende Potential an Zielkonflikten,⁴⁵ und damit eine Problematik, die sich auch bei der nationalen Umsetzung europarechtlicher und staatlicher (Selbst-)Verpflichtungen zum Klimaschutz zeigt.

Auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene sind konfligierende Maßstäbe auszugleichen.⁴⁶ Trotz der Aufnahme der Staatszielbestimmung der Nachhaltigkeit und der Generationengerechtigkeit in Art. 20b GG bietet das Grundgesetz „bisher keine ausreichende Grundlage dafür (...), den Klimawandel zu begrenzen“⁴⁷. Die für einen effektiven, kurzfristig umgesetzten Klimaschutz dringend erforderlichen, weitreichenden gesetzlichen Eingriffe stellen das Demokratieprinzip mit Blick auf den strukturell an kurzen Wahlperioden und – zielen orientierten demokratischen Prozess vor eine neue Herausforderung. Eine verfassungsmäßige Gestaltung von Klimaschutzmaßnahmen hat darüber hinaus aber auch „multipolare Grundrechtskonflikte“⁴⁸ zu bearbeiten, und muss dabei auch soziale Grundrechte, wie das auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, berücksichtigen. Soziale Ausgleichsmaßnahmen, wie das geplante Klimageld, können der überproportionalen Betroffenheit armer Bevölkerungsteile durch Klimaschutzmaßnahmen und der Gefährdung des menschenwürdigen Existenzminimums Rechnung tragen – vorausgesetzt es ist ausreichend bemessen und flexibel..

41 In Kraft getreten zum 1.1.2016: UNGA Res.A/RES/70/1, 7, Nr. 21.

42 Vgl. zum Rechtscharakter der SDGs Winfried Huck/Claudia Kurkin, Die UN-Sustainable Development Goals (SDGs) im transnationalen Mehrebenensystem, in: ZaöRV 2018, S. 376 – 426 (383 ff.)

43 Koalitionsvertrag 2021 aaO, S. 133.

44 Vgl. den 2021 veröffentlichten 5. Bericht über die Verwirklichung der SDGs in der EU.

45 Felix Ekardt/Theresa Rath/Tanja Vöhler, Die UN Sustainable Development Goals und das Sozialrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Rentenversicherung, in: SR 2/2021, S. 60 – 75 (61 ff.).

46 Vgl. hierzu und zum Folgenden Ulrich Maidowski, Klimawandel – Prüfstein für die Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, in: Renate Oxenknecht-Witzsch/Raúl Fornet-Betancourt (Hrsg.), Symposium Gerechtigkeit und Verantwortung in der globalen Gesellschaft, Aachen, 2020, S. 11 – 84.

47 Maidowski, aaO., S. 45.

48 Maidowski, aaO., S. 57.

⁴⁹ Letztlich dient eine gerechte Lastenverteilung auch der Akzeptanz⁵⁰ der nötigen weitreichenden sozio-ökologischen Transformation. Die (sozial-)rechtliche Umsetzung einer sozialverträglichen Klima-/Umweltpolitik und einer klimaverträglichen Sozialpolitik steht noch am Anfang. Auch für ihre Entwicklung kann die rechtsvergleichende Sicht hilfreich sein.

⁴⁹ Zu den Forderungen nach einer sozialen Klimapolitik vgl. Sozialplattform Klimaschutz (PDF auf www.sovd.de), Markus Drescher, Wie sozial soll das Ökologische werden? Soziale Sicherheit 8 – 9/2021, S. 315; Katharina Bohnenberger/Martin Fritz/ Ingmar Mundt/Pauline Rioussel, Die Vertretung ökologischer Interessen in der Sozialpolitik: Konflikt- oder Kooperationspotential in einer Transformation zur Nachhaltigkeit?, in: ZSR 2021, S. 89 – 121.

⁵⁰ Vgl. zur Problematik Konstantin Chatziathansiou, Sozio-ökonomische Ungleichheit – Verfassungstheoretische Bedeutung, Verfassungsrechtliche Reaktionen in: Der Staat 60 (2021), S. 177 – 210.

Eva Maria Hohnerlein, München

„Unvollständige Familien“ – Familienformen im Wandel als Gegenstand sozialrechtlicher Forschung

Inhaltsübersicht

- A. Vorbemerkung
- B. Forschungsfeld soziale Sicherung unvollständiger Familien
- C. Entwicklung der sozio-ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Einelternfamilien
- D. Maßnahmen für unvollständige Familien seit Beginn der COVID-19 Pandemie
 - I. Interventionen zur Existenzsicherung
 - II. Steuerliche Förderung
- E. Ausblick

A. Vorbemerkung

Als ich 1986 im MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht meine Tätigkeit als wissenschaftliche Referentin aufnahm, waren Frauen in einer wissenschaftlichen Position eine Minderheit. Männliche Kollegen hatten nicht nur die Projektgruppe geprägt, sondern bildeten noch nach der Institutsgründung bis in die frühen 1990er Jahre eine gewisse Phalanx gegenüber den wenigen Wissenschaftlerinnen. Nicht alle Herren zeigten sich geneigt, ihr Wissen über die Gepflogenheiten – etwa bei der Verteilung der Schreibaufträge an den Schreibdienst – zu teilen oder gar mit Ratschlägen über Publikationsstrategien und Ähnlichem aufzuwarten. Wenig ermutigend war auch die Episode, mit der Kollegen die Wahl einer Vertreterin in die Sektion des Wissenschaftlichen Rates der MPG torpediert hatten. Anders als zu Beginn des Jahrhunderts mussten die Wissenschaftlerinnen ihren Arbeitsort zwar nicht mehr durch den Hintereingang betreten.¹ Aber noch in den 1980er Jahren blieben die Herren beim Meinungsaustausch gerne unter sich, nahmen die Kolleginnen nicht ernst oder ignorierten sie. Wollte sich eine Kollegin in einer der institutsinternen Besprechungen äußern, so musste sie mit einem erhöhten Geräuschpegel rechnen, da einige Kollegen es für normal hielten, einfach weiter zu reden.

Zudem wurden die wissenschaftlichen Referentinnen mit tradierten Rollenzuschreibungen konfrontiert, insbesondere wenn sie als Mütter in Erscheinung traten. Für die männlichen Kollegen spielte die Vereinbarkeit von Familie und Beruf keine erkennbare Rolle, folgten sie doch als Väter überwiegend dem männlichen Ernährer-Modell, und wenn sie vom Leitbild des *Zero-Drag-Employee*² ab-

1 Wie seinerzeit Lise Meitner, die obgleich bereits promoviert, eine Sondererlaubnis des Institutsleiters benötigte, damit sie das Labor des chemischen Instituts der Berliner Universität betreten durfte – zunächst aber nur durch den Hintereingang, vgl. Vogt, A., Vom Hintereingang zum Hauptportal?: Lise Meitner und ihre Kolleginnen an der Berliner Universität und in der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft. Stuttgart: Steiner, 2007.

2 Es handelt sich um hoch motivierte Mitarbeiter, die wenig persönliche Verpflichtungen haben und daher lange arbeiten und uneingeschränkt dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen. Der Begriff wird der amerikanischen Soziologin Arlie Hochschild zugeschrieben.

wichen, dann zumeist wegen nebenberuflicher Tätigkeiten. Für die Vorstellung, sich auch als Mutter wissenschaftlich profilieren oder habilitieren zu wollen, war seinerzeit schlicht kein Raum: eine Frau konnte entweder eine gute Wissenschaftlerin sein, dann war sie eine Rabenmutter; oder sie war eine gute Mutter, damit jedoch als Wissenschaftlerin untauglich. Diese Einschätzung gegenüber Wissenschaftlerinnen mit Elternpflichten sollte sich erst in der Amtszeit von Prof. von Maydell verändern. Als Direktor stand er für eine neue Ära, in der wissenschaftliche Talente unter den weiblichen Mitarbeiterinnen unabhängig von familiären Verpflichtungen anerkannt und gefördert wurden.

B. Forschungsfeld soziale Sicherung unvollständiger Familien

Die im Wandel begriffenen Rollenerwartungen an Frauen und Mütter bildeten eine der zentralen Achsen meiner eigenen sozialrechtlichen Forschung am Institut. Dieser Ansatz ergab sich aus der Analyse familienpolitischer Maßnahmen in der Sozialrechtsordnung, mit dem Schwerpunkt auf der „unvollständigen“ Familie. So bezeichnete der Gründungsdirektor Hans F. Zacher Familien, in denen ein Elternteil mindestens ein Kind allein – ohne Partner:in – erzieht sowie die Alleinverantwortung für die finanzielle Absicherung des Haushaltes trägt³ und damit von der klassischen „vollständigen“ Vater-Mutter-Kind-Familie abweicht. Da die gängigen Familienleistungen auf den Unterhaltsverband des klassischen Familienmodells und die damit verbundenen Rollenmuster zugeschnitten sind, fallen unvollständige oder alleinerziehende Familien in stark erwerbs- und ehebasierten Systemen sozialer Sicherheit durch die gängigen Sicherungsraster.

Obwohl sich das Alleinerziehen in Deutschland während der letzten Jahrzehnte von einer sozialen Randerscheinung zu einer weit verbreiteten Lebensform⁴ entwickelt hat, ist diese Familienform bis heute mit zahlreichen Problemen konfrontiert: Alleinerziehende Eltern sind spezifischen Risiken ausgesetzt, um auf dem Arbeitsmarkt Fuß zu fassen und ein existenzsicherndes Einkommen zu erzielen, ohne auf Sozialtransfers angewiesen zu sein. Vor allem Mutter-Kind-Familien⁵, die häufigste Form der Einelternfamilie, stoßen auf erhebliche Hürden beim Bemühen, ihre Existenz eigenständig zu sichern. Eine unverhältnismäßig hohe Zahl

3 Der Begriff der Alleinerziehenden ist im Rahmen der Familienrechtsreform im Jahr 1976 entstanden und wird je nach Rechtsgebiet unterschiedlich definiert. Die Daten des Statistischen Bundesamtes zur Bevölkerung erfassen Alleinerziehende zwar als eigene Gruppe, jedoch bleibt die Aufteilung der Erziehungs- und Betreuungsverantwortung zwischen getrennten Eltern unberücksichtigt. Der Begriff „alleinerziehend“ wird zunehmend kritisch hinterfragt, da er die reale Situation einer Trennungsfamilie oftmals nur unzureichend abbildet bzw. die rechtliche Bewertung als alleinerziehend je nach Kontext variiert.

4 Unter den Familienformen mit minderjährigen Kindern im Haushalt lag der Anteil der Einelternfamilien 2018 bundesweit bei rund 19 % (25 % in Ostdeutschland, 17 % in Westdeutschland), vgl. BMFSFJ, Familien heute. Daten. Fakten. Trends. Familienreport 2020, 2021, S. 40. Ihre Intensität hat v. a. durch die Scheidungen und Trennungen zugenommen; Tod des anderen Elternteils ist nur noch selten ursächlich für die Alleinerziehung. Die Zahl der minderjährigen Kinder, die bei einem Elternteil aufwachsen, ist von rund 1,9 Mio. im Jahr 1996 auf 2,1 Mio. im Jahr 2018 gestiegen, vgl. BMFSFJ, *ibid.*, S. 52.

5 Mit 1,3 Mio. stellten Mütter im Jahr 2018 fast 90 % der Alleinerziehenden in Deutschland, die Zahl der Väter ist 2008–2018 von 0,156 Mio. auf 0,181 Mio. leicht gestiegen, vgl. BMFSFJ, Familienreport 2020, S. 40.

von ihnen ist mit Arbeitslosigkeit und Armutsrisiken konfrontiert.⁶ Armutserfahrungen, Geld- und Zeitnot beeinträchtigen nicht zuletzt die Entwicklungschancen von Kindern, insbesondere wenn es sich nicht um eine kurzfristige Armutslage handelt.⁷

Das Phänomen der Einelternfamilien berührt eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgebiete innerhalb und außerhalb des Sozialrechts, die auf die Belange und besondere Schutzbedürftigkeit dieser Familien oft nicht ausreichend Rücksicht nehmen. Dabei können sich Sicherungsdefizite und Gefährdungslagen verschärfen, wenn die normative Ausgestaltung sozialrechtlicher Leistungen an der Lebenswirklichkeit unvollständiger Familien vorbeigeht, wenn das Zusammenspiel zwischen Sozialrecht, Familien- und Unterhaltsrecht oder Steuerrecht gestört ist, oder wenn die Schnittstellen zwischen unterschiedlichen sozialrechtlichen Leistungssystemen nicht aufeinander abgestimmt sind.

Im Zuge dieser Forschungsarbeiten ergaben sich national und international viele interessante Begegnungen. Erwähnt sei die Einladung zu einer internationalen Forschungstagung der IVSS über Familienpolitik⁸ in Brüssel, aber auch die Verbindung zu Forscherinnen, die sich mit unterschiedlichen Aspekten geschlechtersensibler Familienpolitik befassten (wie Uta Meier-Gräwe oder Ute Klammer). Ein besonderes Highlight waren die internationalen Tagungen in der Villa Vigoni, die Eva Maria Welskop-Deffaa im Rahmen des vom Bundesfamilienministerium angeregten Projekts zur eigenständigen Sicherung von Frauen im europäischen Vergleich ermöglichte, und schließlich der Austausch mit den Initiatorinnen des internationalen Forschungsnetzwerks über Einelternfamilien TIFAMO von der Universität Barcelona.

C. Entwicklung der sozio-ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Einelternfamilien

Die sozioökonomischen Rahmenbedingungen für Alleinerziehende und ihre Kinder haben sich in den letzten zwanzig Jahren (2001–2021) stark gewandelt. In Deutschland hat der wirtschaftliche Druck auf Alleinerziehende indes kaum abgenommen. Hierzu trägt auch bei, dass Unterhaltszahlungen vielfach nur unvollständig erfolgen oder ganz ausbleiben. Schätzungen zufolge erhalten rund 40 % der allein erzogenen Kinder keinen Unterhalt vom getrenntlebenden El-

6 Alleinerziehende sind in Deutschland im Vergleich zu Paarhaushalten überproportional häufig von Armut betroffen. Ein wesentlicher Grund für erhöhte Armutsrisiken alleinerziehender Frauen hängt mit Erwerbsverläufen während der Ehe zusammen. Vgl. Bericht der Sachverständigenkommission des Neunten Familienberichts, BT-Drs. 19/27200, 03.03.2021, S. 32 f; zur Problematik der Definition von Armut zwischen materieller Deprivation (absoluter Armut) und relativer Armut als Gradmesser sozialer Ungleichheiten und mangelnder Teilhabe am allgemeinen Lebensstandard, vgl. Neunter Familienbericht (ibid.), S. 443 ff.; BM-FSJ, Familienreport 2020, S. 103 ff.

7 Tophoven, S. et al., Aufwachsen in Armutslagen. Zentrale Einflussfaktoren und Folgen für die soziale Teilhabe, Bertelsmann Stiftung 2018; zur intergenerationellen Vererbung von Armutserfahrungen vgl. Schiek, D. et al., Generationen der Armut. Zur familialen Transmission wohlfahrtsstaatlicher Abhängigkeit, Springer VS 2018.

8 Vgl. hierzu International Social Security Association (ed), Social Security and Changing Family Structures, Studies and Research No. 29, Geneva, 1992.

ternteil.⁹ Punktuelle Verbesserungen, etwa beim Unterhaltsvorschuss nach dem Unterhaltsvorschussgesetz¹⁰, beim Kindergeldzuschlag¹¹ oder bei Bildungs- und Teilhabeleistungen¹² für bedürftige Familien, haben die Armutsrisiken dieser Familien nicht signifikant verringert, obwohl die Erwerbstätigkeit gerade unter alleinerziehenden Müttern vergleichsweise hoch ist. Die persistente Armutsgefährdung hängt eng mit den Folgen zweier Reformprozesse zusammen, nämlich der veränderten Verteilung der finanziellen Risiken zwischen Eltern im Scheidungsfolgenrecht seit 2008¹³ und den Arbeitsmarkt- und Sozialhilfereformen der Agenda 2010¹⁴. Als übergeordnetes Leitprinzip beider Reformen kann die verstärkte Verpflichtung zur Eigenverantwortung identifiziert werden, die geschiedenen Müttern auferlegt wird. Durch Einschränkungen im privaten Unterhaltsrecht (im Zusammenspiel mit dem Steuerrecht) besteht für alleinerziehende Familien

- 9 Nur ein geringer Teil der Väter zahlt den vereinbarten Kindesunterhalt vollständig; neue nacheheliche Umgangsregeln zur Mitbetreuung durch den zweiten Elternteil oder die gemeinsame Ausübung elterlicher Sorge im sog. Wechselmodell können sich nachteilig auf Unterhaltsansprüche auswirken. Zur Unterhaltsproblematik vgl. Neunter Familienbericht, BT-Drs. 19/27200, S. 256, 268; Hubert, S. et al., Alleinerziehend, alleinbezahrend? Kindesunterhalt, Unterhaltsvorschuss und Gründe für den Unterhaltsausfall, in: Zeitschrift für Soziologie der Erziehung und Sozialisation, 2020, 40(1), 19–38.
- 10 Gesetz zur Sicherung des Unterhalts von Kindern alleinstehender Mütter und Väter durch Unterhaltsvorschüsse oder -ausfallleistungen (Unterhaltsvorschussgesetz) i. d. F. der Bekanntmachung vom 17.07.2007, zuletzt geändert durch Art. 38 des Gesetzes v. 12.12.2019. Der Unterhaltsvorschuss ist ein Anspruch des Kindes und dient dem Ausgleich der zusätzlichen Belastungen Alleinerziehender, wenn der zweite Elternteil nicht wenigstens einen Mindestunterhalt zahlt. 2017 wurde das UVG grundlegend verbessert: Die Höchstbezugsdauer von drei Jahren wurde ersatzlos gestrichen. Der Kreis der leistungsberechtigten Kinder wurde von Kindern bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres auf Kinder bis zu Vollendung des 18. Lebensjahres ausgeweitet, vgl. Art. 23 Gesetz zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 v. 14.08.2017, BGBl. I, S. 3122.
- 11 Der Kinderzuschlag nach § 6a BKGG (eingefügt durch Art. 46 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen vom 24. 12.2004) soll verhindern, dass erwerbstätige Eltern nur wegen der Unterhaltsbelastung für Kinder auf Grundsicherung angewiesen sind. Das Gesetz zur zielgenauen Stärkung von Familien und ihren Kindern durch die Neugestaltung des Kinderzuschlags und die Verbesserung der Leistungen für Bildung und Teilhabe (Starke-Familien-Gesetz) vom 29.04.2019, BGBl. I, S. 530, führte schrittweise Verbesserungen auch zugunsten von Einelternfamilien ein: Ab 1.7.2019 liegt der monatliche Höchstbetrag bei 185 € pro Kind, und Kindeseinkommen wird nur noch zu 45 % (zuvor 100 %) auf den Kinderzuschlag angerechnet; ab Januar 2020 entfallen die oberen Einkommensgrenzen, und Einkommen der Eltern, das über ihren eigenen Bedarf hinausgeht, mindert den Zuschlag nur noch zu 45 % (zuvor 50 %). Zuletzt wurden die Zugangsvoraussetzungen während der Covid-19 Pandemie befristet erleichtert, vgl. Artikel 14 Gesetz v. 22.11.2021, BGBl. I S. 4906.
- 12 Mit dem 2011 eingeführten Bildungs- und Teilhabepaket erhalten Kinder – gekoppelt an monetäre Bezugsberechtigungen – zweckgebunden Leistungen zur Bildung und Teilhabe. Entsprechende Ansprüche bestehen bei Bezug von SGB-II-Leistungen, Kinderzuschlag und Wohngeld. Zum 1. August 2019 wurden die Leistungskomponenten des Bildungs- und Teilhabepakets verbessert.
- 13 Das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, S. 3189, etablierte einen Vorrang der Unterhaltsansprüche minderjähriger ehelicher und nichtehelicher Kinder vor anderen, wenn das Einkommen des Unterhaltspflichtigen nach Abzug des Selbstbehaltes nicht ausreicht, um alle Ansprüche zu erfüllen. Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt gegen den anderen Elternteil wegen Erziehung eines gemeinsamen Kindes gilt als Anspruch des Elternteils und ist daher nachrangig. Er ist auf drei Jahre ab Geburt befristet, sofern im Einzelfall keine besonderen kindes- oder elternbezogenen Gründe dagegensprechen. Danach besteht für den betreuenden Elternteil grundsätzlich die Pflicht zur eigenen Erwerbstätigkeit (nach der Rechtsprechung mit einem gestuften Übergang zur vollen Erwerbstätigkeit), die Möglichkeit zur Fremdbetreuung wird vermutet.
- 14 Kernstücke der Hartz-Gesetze zur Reform des Arbeitsmarktes waren die Reform von 2003 zur Förderung geringfügiger Beschäftigung, die die Entstehung eines breiten Niedriglohnssektors begünstigte, sowie die Einführung der Grundsicherung für Arbeitssuchende durch das SGB II, Gesetz v. 24.12.2003, in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.05.2011 (BGBl. I S. 850, 2094), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 22.11.2021 (BGBl. I S. 4906).

ein deutlich höheres Risiko, auf Grundsicherung angewiesen zu sein. Ehegattenunterhalt ist seit der Reform sehr viel schwieriger zu erhalten, da geschiedene Eltern, die ein Kind über drei Jahren hauptsächlich betreuen, in der Regel keinen Anspruch auf sog. Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) mehr haben. Der Zugang alleinerziehender Mütter zu einer existenzsichernden Erwerbstätigkeit ist durch Barrieren auf dem Arbeitsmarkt oft erschwert, wozu auch nicht bedarfsgerechte Angebote zur Kindertagesbetreuung beitragen. Belastend wirken sich zudem die hohen Steuern und Sozialabgaben, die komplexe Sozialbürokratie sowie insbesondere die ungelösten Schnittstellenprobleme zwischen unterschiedlichen Sozialleistungen aus. So kommen Verbesserungen in einzelnen Teilsystemen – etwa Erhöhungen des Kindergeldes – wegen der Anrechnung auf Grundsicherungsleistungen vielfach bei den am meisten von Einkommensarmut betroffenen Einelternfamilien gar nicht an.¹⁵

D. Maßnahmen für unvollständige Familien seit Beginn der COVID-19 Pandemie

I. Interventionen zur Existenzsicherung

Die seit März 2020 erlassenen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie haben Einelternfamilien hart getroffen. Alleinerziehende Mütter erzielen mit ihrer regulären Erwerbstätigkeit – zumal, wenn in Teilzeit ausgeübt – oft nur einen Verdienst, der gerade noch den nötigsten Bedarf sichert. Jegliche Kürzung dieses Verdienstes im Falle von Kurzarbeit beeinträchtigt die Existenzsicherung. Kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, wenn die reguläre Tätigkeit sich auf einen Mini-Job beschränkt. Kommt es gleichzeitig auch zu Einkommenseinbußen beim abwesenden Elternteil, so sind die Unterhaltszahlungen für die Kinder gefährdet.

Einige Härten aufgrund der Schließung von Schulen und Kitas wurden durch die Möglichkeit der Notbetreuung abgemildert. Allerdings war der Zugang zur Notbetreuung sehr uneinheitlich und zunächst auf Eltern in systemrelevanten Berufen beschränkt. Zur Entlastung der Notbetreuung wurden die Leistungsfälle sowie die Leistungsdauer des sog. Kinderkrankengelds deutlich ausgeweitet. Diese Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung soll berufstätigen Eltern ermöglichen, Lohnausfälle durch die häusliche Betreuung eines erkrankten Kindes auszugleichen.¹⁶ Das Covid-19-Kinderkrankengeld wurde auch bei Quarantäne des Kindes sowie bei Schließung der Kitas und Schulen bzw. bei eingeschränk-

15 Zu den verschiedenen systembedingten Hindernissen bei der Bewältigung von Armutsrisiken unter Einelternfamilien vgl. Hohnerlein, E. M., Social and Legal Protection for One-Parent-Families in Germany – The Pitfalls of Law Reforms and Recent Case Law Developments, in: Obiol Francés, S.; Di Nella, D. (eds.), *Familias Monoparentales en transformación. Monoparentalidades transformadoras*. Colección Familias Monoparentales y Diversidad Familiar. Número 17, Barcelona. Copalqui Editorial, 2016, S. 157–177; Hohnerlein, E. M., Addressing Poverty Risks of Lone Mothers in Germany: Social Law Framework and Labour Market Integration. In: Meier-Gräwe, U.; Motozawa, M.; Schad-Seifert, A. (Eds) *Family Life in Japan and Germany. Challenges for a Gender-Sensitive Family Policy*. Berlin: Springer, 2019, S. 65–90.

16 § 45 SGB V. Anspruchsberechtigt sind gesetzlich versicherte berufstätige Eltern, die selbst Anspruch auf Krankengeld haben und deren Kind unter zwölf Jahre alt ist. Im Haushalt darf keine andere Person sein, die das Kind betreuen kann.

ter Betreuung gewährt. Die Bezugsdauer für das Kinderkrankengeld wurde 2020 von 10 Tagen auf 20 Tage, 2021 auf 30 Tage pro Elternteil und Kind, d. h. pro Kind auf 60 Tage erhöht. Für Alleinerziehende verdoppelte sich der Anspruch auf ebenfalls 60 Tage pro Kind. Bei mehreren Kindern ist die Leistungsdauer bei 25 Tagen pro Jahr und Elternteil gedeckelt: Diese Obergrenze wurde während der Pandemie auf eine Gesamtdauer von maximal 65 Tagen, für Alleinerziehende auf maximal 130 Tage pro Jahr angehoben (§ 45 Abs. 2a SGB V). Es ist allerdings fraglich, ob die erhöhte Bezugsdauer ausreicht, um wiederholte Schließungen von Schulen und Kitas bzw. Quarantänemaßnahmen für Kinder abzufedern. Eltern ohne Anspruch auf Kinderkrankengeld konnten bei Verdienstausschlag aufgrund der Schließung von Kitas und Schulen Entschädigungsleistungen beantragen, wenn das jüngste Kind der Familie unter 12 Jahre alt war. Diese Entschädigung stand jedem Elternteil 2020 und 2021 für jeweils bis zu 10 Wochen, Alleinerziehenden für maximal 20 Wochen zu (§ 56 Abs. 1a IfSG). Im Gegensatz zum Kinderkrankengeld wird die Entschädigungsleistung nur gewährt, wenn die Eltern alle Möglichkeiten ausgenutzt haben, um bezahlt der Arbeit fernzubleiben, z. B. durch Resturlaub.

Während der Pandemie wurde auch der Zugang zu einigen bedürftigkeitsabhängigen Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums erleichtert, insbesondere der Kinderzuschlag (§ 6a BKGG) sowie Grundsicherungsleistungen (SGB II und SGB XII). Ein besonderer Kinderbonus sollte Familien mit Kindern zusätzlich zum regulären Kindergeld entlasten. Damit dieser Bonus tatsächlich bei allen Kindern ankommt, wurde explizit davon abgesehen, diese Leistung auf einkommensabhängige Grundsicherungsleistungen anzurechnen. Damit konnten auch Alleinerzieherfamilien, die zur Existenzsicherung auf Grundsicherungsleistungen angewiesen sind, uneingeschränkt vom Kinderbonus profitieren. Der Kinderbonus zeigt, dass im Notfall auch unorthodoxe Lösungen möglich sind.

II. Steuerliche Förderung

Einelternfamilien sind seit vielen Jahren im Vergleich zu jenen Familien benachteiligt, die das Ehegattensplitting nutzen können. Der frühere Haushaltsfreibetrag für alleinerziehende Eltern in Höhe von 2340 € im Jahr wurde ab 2004 abgeschafft und durch den niedrigeren Entlastungsbetrag in Höhe von 1308 € im Jahr ersetzt. Dieser Entlastungsbetrag wurde erst wieder im Zeitraum 2015–2019 angehoben und belief sich zuletzt auf 1908 € zuzüglich 240 € je unterhaltsabhängiges Kind im Haushalt. Ab 2020 stieg der Entlastungsbetrag auf 4.008 € für das erste Kind, zuzüglich der bisher gewährten 240 € für jedes weitere Kind.¹⁷ Die Entlastung gilt für Alleinerziehende, die mit (mindestens) einem Kind zusammenleben, für welches Anspruch auf Kindergeld oder auf den Kinderfreibetrag besteht. Die Maßnahme greift indes nur, wenn Alleinerziehende genügend steuerpflichtiges Einkommen erzielen. Mit dem Jahressteuergesetz 2020 wurde die befristet eingeführte Entlastung strukturell verankert, sodass nun Einelternfamilien dauerhaft von dem erhöhten Entlastungsbetrag profitieren können.

¹⁷ § 24b EStG.

E. Ausblick

Nicht nur institutionelle Rahmenbedingungen, sondern auch tradierte familiäre Rollenmuster früherer Generationen beeinflussen Alleinerziehende und ihren Alltag.¹⁸ Obwohl alleinerziehende Eltern je nach Alter und Zahl ihrer Kinder und nach ihren persönlichen Ressourcen vor unterschiedlichen Herausforderungen stehen, bleibt die Frage aktuell, wie es ihnen gelingt, ihre Familie finanziell abzusichern und gleichzeitig ausreichend Zeit für Sorgearbeit aufzubringen. Für Alleinerziehende ist nicht nur zentral, dass sie erwerbstätig sind, sondern auch in welchem Umfang dies möglich ist und wie sie den Spagat zwischen Erwerbs- und Sorgearbeit bewältigen können. Dies setzt voraus, dass genügend bedarfsgerechte und kindeswohlkonforme Betreuungsangebote wohnortnah zur Verfügung stehen. Zwar haben sich die Betreuungsquoten für die Kinder bis zum Schuleintritt in den letzten Jahren spürbar verbessert. Allerdings ist eine verlässliche öffentliche Infrastruktur für eine hochwertige frühkindliche Bildung wegen des eklatanten Fachkräftemangels bislang nicht gewährleistet. Ob es gelingt, den Anspruch auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkinder,¹⁹ der ab 2026 stufenweise eingeführt werden soll, tatsächlich einzulösen, erscheint vor diesem Hintergrund als fraglich. Wichtig wäre überdies die Schließung von Betreuungslücken, wie sie in Modellprojekten zur ergänzenden Kinderbetreuung außerhalb der regulären Kita- und Hortzeiten erprobt wurde.²⁰ Solche ergänzenden Formen der Kinderbetreuung an Randzeiten und in Notfällen könnten die Erwerbschancen gerade für alleinerziehende Mütter erhöhen und zur Steigerung ihres Erwerbsumfangs und damit des Erwerbseinkommens beitragen.

Reformbedarf zur Entlastung von Einelternfamilien besteht auch in dem stark segmentierten System familienbezogener Geldleistungen. Die Einführung einer Kindergrundsicherung²¹ als ein der Mindestsicherung vorgeschaltetes Leistungssystem, wie sie der Koalitionsvertrag vom Dezember 2021 vorsieht, wäre ein wertvoller Beitrag zur Existenzsicherung von Einelternfamilien. Es bleibt die Aufgabe, die vielfältigen Schnittstellen zwischen unterschiedlichen Leistungssystemen, aber auch zwischen Unterhalts-, Steuer- und Sozialleistungsrecht so zu ge-

18 Generell finden sich persistente Rollenvorstellungen beim Erwerbsumfang von alleinerziehenden Müttern und Vätern: Väter sind im Gegensatz zu Müttern – unabhängig vom Alter ihrer Kinder – überwiegend vollzeitig erwerbstätig. Zu entsprechenden Befunden für Baden-Württemberg vgl. Ministerium für Soziales und Integration Baden-Württemberg (Hrsg.), *Im Spagat zwischen Erwerbstätigkeit und Fürsorge – alleinerziehende Mütter und Väter in Baden-Württemberg*, GesellschaftsReport BW Ausgabe 1–2020, https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Familie/GesellschaftsReport-BW_1–2020.pdf

19 § 24a SGB VIII, eingeführt durch Gesetz zur ganztägigen Förderung von Kindern im Grundschulalter (Ganztagsförderungsgesetz) vom 2. Oktober 2021, BGBl. I, S. 4602. Ab August 2029 soll jedes Grundschulkind der Klassenstufen 1 bis 4 einen Anspruch auf ganztägige Betreuung mit einem Betreuungsumfang von acht Stunden an allen fünf Werktagen haben.

20 Der Bundesverband alleinerziehender Mütter und Väter (VAMV) hat in Berlin, Essen und Mainz eine Kinderbetreuung zu Hause außerhalb der regulären Kitazeiten angeboten, vgl. dazu VAMV, *Wirksamkeit und nutzen flexibler ergänzender Kinderbetreuung*. Modellprojekt zu ergänzender Kinderbetreuung, Notfallbetreuung und Beratung von Einelternfamilien in Deutschland, www.vamv.de/fileadmin/user_upload/lv_nrw/VAMV_Wirksamkeit-und-Nutzen-ergaenzender-Kinderbetreuung_2018.pdf

21 Zum Problem der Harmonisierung familienbezogener Fördermaßnahmen und speziell zu den Plänen für eine Kindergrundsicherung vgl. Schmidt, S., *Familienleistungen – monetär/real/steuerlich*. Eine Einführung in das Dickicht kindbezogener Leistungen, ZFSG/SGB, 2021, 671 ff. (676).

stalten, dass Kinder in Einelternfamilien nicht benachteiligt werden. Dabei könnten Impulse zu unorthodoxen Lösungsansätzen aus der Pandemiezeit aufgegriffen und weiterentwickelt werden, um auch alleinerziehende Eltern beim Großziehen der Kinder nachhaltig zu unterstützen.

Autorenverzeichnis ZIAS 1/2022

Arai, Makoto, Prof. Dr., Chuo University Tokyo (Japan)

Becker, Ulrich, Prof. Dr., Direktor des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik

Borzaga, Matteo, Prof. Dr., School of International Studies und juristische Fakultät der Universität Trient (Italien)

Breuer, Joachim, Prof. Dr., Lehrstuhl für Versicherungsmedizin, Universität zu Lübeck, Hauptgeschäftsführer der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) a.D.

Centel, Tancut, Prof. Dr., Koç University Law School (Türkei)

Cheon, Kwang-Seok, Prof. Dr., Yonsei University Law School (Republik Korea)

Chesalina, Olga, Kandidatin der Rechtswissenschaften (Minsk), wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Darimont, Barbara, Prof. Dr., Ostasieninstitut der Hochschule für Wirtschaft und Gesellschaft, Ludwigshafen

De Becker, Eleni, Dr., Institut für Sozialrecht, KU Leuven (Belgien)

Eichenhofer, Eberhard, Prof. i.R. Dr. Dr. h.c., Friedrich-Schiller-Universität, Jena

Fletcher, Michael, Ph.D., Senior Research Fellow, Institute for Governance and Policy Studies, Wellington School of Business and Government, Victoria University of Wellington (Neuseeland)

Fuchs, Maximilian, Prof. Dr., ehem. Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt

Graser, Alexander, Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik, Universität Regensburg

Hänlein, Andreas, Prof. Dr., Institut für Wirtschaftsrecht, Fachgebiet Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, Universität Kassel

Herrmann, Peter, Prof. Dr., Research Fellow am Menschenrechtszentrum, jurist. Fakultät, Central South University, Changsha (Volksrepublik China)

Hohnerlein, Eva Maria, Dr., wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Igl, Gerhard, Universitätsprofessor a.D., Dr. iur., ehem. Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Jorens, Yves, Prof. Dr., Europäisches Sozialrecht, Universität Gent (Belgien)

Kessler, Francis, Prof. Dr., Professor für Sozialrecht, Sorbonne Law School, Universität Paris 1, Rechtsanwalt, Kanzlei Gide Loyrette Nouel, Paris (Frankreich)

Kötter, Ute, Prof. Dr., Rechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, Sozialrecht, Fakultät für Angewandte Sozialwissenschaften, Hochschule München

Lach, Daniel Eryk, Prof. Dr., Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialrecht, Adam-Mickiewicz-Universität (Polen)

Laenen, Niel, Drs., Institut für Sozialrecht, KU Leuven (Belgien)

Lin, Kuyen, Prof. Dr., National Open University, Taipeh (Taiwan)

van Langendonck, Jozef, Prof. em. Dr., Sozialrecht, KU Leuven (Belgien)

Matsumoto, Katsuaki, Prof. Dr., Universität Kumamoto-Gakuen (Japan)

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, Prof. Dr., rechts- und sozialwissenschaftliche Fakultät, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca (Mexiko)

Motozawa, Miyoko, Prof. em. Dr., Familien- und Sozialrecht, Universität Tsukuba (Japan)

Olivier, Marius, Prof. Dr, jurist. Fakultät, Nelson Mandela University und North-West University (Südafrika), University of Western Australia, Perth

Ossio Bustillos, Lorena, Dr., Partner Group Leader - Partner Group MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik, München / Universidad Católica Boliviana, La Paz

Pieters, Danny, Prof. Dr., Institut für Sozialrecht, KU Leuven (Belgien)

Przybylowicz, Ariel, Dr., Universität Wroclaw, Fakultät für Rechts-, Verwaltungs- und Wirtschaftswissenschaften (Polen)

Pumar Beltrán, Nuria, Prof. Dr., Fachbereich für Handels-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Universität Barcelona (Spanien)

Ruland, Franz Prof. Dr., Geschäftsführer des Verbands Deutscher Rentenversicherungsträger a.D., Vorsitzender des Sozialbeirats der Bundesregierung a.D., München

Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, Prof. Dr., Universität Sevilla (Spanien)

Sarlet, Ingo Wolfgang, Prof. Dr., Juristische Fakultät, Päpstliche Katholische Universität Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre (Brasilien)

Schweigler, Daniela, Prof. Dr., Sozialrecht und Bürgerliches Recht, Universität Duisburg-Essen

Strban, Grega, Prof. Dr., jurist. Fakultät, Universität Ljubljana (Slowenien)

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Chesalina, Olga, Dr., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · Hohnerlein, Eva-Maria, Dr. wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · · Moraru, Gratiela-Florentina, Associate Professor, University de Castilla La Mancha, Abteilung für Arbeitsrecht und Soziale Sicherheit, Fakultät für Arbeitsbeziehungen und Human Resources, Albacete · Rivera Alvarado, Alejandra del C. Rivera, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Lima, Peru · Sierra Benítez, Esperanza Macarena, Profesora Titular, Universität Sevilla, Fakultät für Rechtswissenschaft, Sevilla

* Univ.- Prof. Mag. Dr. Alpay Hekimler, Eskişehir Osmangazi Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät.

Ausblick auf die nächsten Hefte

Verschiedene Autoren: Weitere Beiträge zum 40jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik

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

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Becker,
Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik,
Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht

Beirat: Prof. Dr. *Ingwer Ebsen*, Universität Frankfurt a. M. · Prof. *Matthew W. Finkin*, University of Illinois · Prof. Dr. *Maximilian Fuchs*, Universität Eichstätt-Ingolstadt · Prof. Dr. *Thomas Gächter*, Universität Zürich · Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg · Prof. Dr. *Franz Marhold*, Wirtschaftsuniversität Wien · Prof. Dr. *Andreas Hähnlein*, Universität Kassel

Mitglied der International Association of Labour Law Journals Publications Around the World

Redaktionsanschriften: Prof. Dr. Ulrich Becker, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, Postfach 34 01 21, 80098 München, Telefon (089) 3 86 02-511, e-mail: reinhard@mpisoc.mpg.de.

Bezugsbedingungen: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Zitierweise: ZIAS) erscheint halbjährlich (zwei Hefte ergeben eine Reihe) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/Bezugspreise: ZIAS wird jeweils mit dem Erscheinen des Heftes berechnet. Der Bezugspreis setzt sich aus dem Einzelheftpreis von 95,- € zzgl. Versandkosten zusammen. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Bezugszeitraums möglich und dem Kundenservice schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an den Kundenservice widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet, öffentlich wiedergegeben, zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben.

Manuskripte: Manuskripte und Einsendungen sind an die Schriftleitung per E-Mail an reinhard@mpisoc.mpg.de zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlags. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskripts erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Verlag: C. F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Telefon: +49 6221 1859 362,
E-Mail: judith.hamm@cfmueller.de

Abonnentenservice: C. F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Tel.: +49 6221 1859 599,
Fax: +49 6221 1859 598, E-Mail: kundenservice@cfmueller.de

Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Zimmermann Druck, Balve.

ISBN: 978-3-8114-5944-1

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 29.000 Seiten. € 320,-

zur Fortsetzung für mind. 24 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 lebhaft Diskussionen gesorgt und Maßstäbe gesetzt. Auch in Zukunft werden richtungsweisende Entscheidungen aus Brüssel die Praxis intensiv beschäftigen.

Das 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 bestellen: www.otto-schmidt.de
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de



C.F. Müller