

**Schriftenreihe
für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht**

Herausgegeben von Hans F. Zacher, München

Band 12

A X 223

Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland

Colloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales
Sozialrecht, München, zusammen mit dem Bundesministerium für Arbeit
und Sozialordnung, Bonn, in Augsburg am 5. und 6. November 1990

Herausgegeben von

Bernd Schulte und Hans F. Zacher



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland: Colloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, München, zusammen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn, in Augsburg am 5. und 6. November 1990 / hrsg. von Bernd Schulte und Hans F. Zacher. – Berlin: Duncker und Humblot, 1991 (Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht; Bd. 12)
ISBN 3-428-07172-7

NE: Schulte, Bernd; Zacher, Hans F. [Hrsg.]; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht (München); GT

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0720-6739

ISBN 3-428-07172-7

Vorwort

Der vorliegende Band enthält die vorbereitenden Ausarbeitungen und die Verhandlungen des Colloquiums „Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland“, das am 5. und 6. November 1990 in Augsburg vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht (München) gemeinsam mit dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung ausgerichtet worden ist.

Die Veranstalter haben allen, die zusammengewirkt haben, daß dieses Colloquium zustande gekommen ist, vielmals zu danken. Dies gilt in erster Linie für das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, das nicht nur die Durchführung des Colloquiums finanziell ermöglicht hat, sondern auf das auch die Idee zu diesem Colloquium zurückging. Am Anfang stand das Bedürfnis, die zuständigen Instanzen der Bundesrepublik Deutschland und die Europäischen Institutionen, insbesondere Kommission und Gerichtshof an einen Tisch zu bringen, um die aus deutscher Sicht drängenden Fragen der Europäischen Sozialpolitik zu diskutieren.

Dank dafür, daß dieses Gespräch dann auch zustande kam, gebührt den Teilnehmern aus nationaler wie Europäischer Politik, Rechtsprechung und Verwaltung.

Es ist der Verdienst der Verfasser der den Teilnehmern vor dem Colloquium zugeleiteten vorbereitenden Ausarbeitungen, daß die Diskussionen so gut fachlich vorbereitet waren und deshalb auf den Vortrag langer Referate verzichtet werden konnte zugunsten ausgiebiger Diskussionen, die wiederum von den einführenden Diskussionsbeiträgen stimuliert wurden. Die Verfasser dieser vorbereitenden Diskussionsbeiträge wie auch alle übrigen Teilnehmer der Diskussionen haben wesentlich zum Erfolg der Tagung beigetragen. Die Konfrontation der von Praktikern der einschlägigen Sozialleistungsbereiche verfaßten vorbereiteten Ausarbeitungen mit den vorbereiteten Einführungen in die Diskussion durch Vertreter von Rechtsprechung und Wissenschaft führte zugleich dazu, daß in der Diskussion Praxis und Wissenschaft sowie unterschiedliche fachliche Disziplinen aufeinandertrafen. Die weitgespannte Vielfalt der Kompetenzen der Gesprächsteilnehmer und ihrer jeweiligen Erfahrungen gaben dem Colloquium seinen ganz besonderen Charakter.

Für die Vorbereitung und den reibungslosen organisatorischen Ablauf des Colloquiums gebührt ein ganz persönlicher Dank Herrn Dr. Peter Pompe vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn. Zu danken ist

schließlich den wissenschaftlichen Referenten, welche die Diskussionsberichte gefertigt haben, sowie Frau Rechtsreferendarin Christina Reincke für ihre tatkräftige Mitwirkung bei der technischen Erstellung des Bandes.

Hans F. Zacher
Bernd Schulte

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einführung

Hans F. Zacher:

Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland – Einführungsreferat aus sozialrechtlicher Sicht	11
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Werner Tegtmeier:

Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland – Erfahrungen und Vorstellungen aus deutscher Sicht	27
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Zweiter Teil

Die vorbereitenden Referate

Franz Ruland:

Rentenversicherung	47
------------------------------	----

Rüdiger Neumann-Duesberg:

Krankenversicherung	83
-------------------------------	----

Richard Wanka:

Arbeitsförderung – Soziale Sicherung für Arbeitslose	111
----------------------------------------------------------------	-----

Helmut Kaupper:

Familienleistungen	133
------------------------------	-----

Dritter Teil

Colloquium

Themenbereich Rentenversicherung	153
<i>Rolf Schuler:</i> Einführender Diskussionsbeitrag	153
<i>Heinz-Dietrich Steinmeyer:</i> Einführender Diskussionsbeitrag	159
Diskussionsbericht (<i>Köhler</i>)	166

Themenbereich Krankenversicherung	169
<i>Hans Sendler</i> : Einführender Diskussionsbeitrag	169
<i>Karl-Jürgen Bieback</i> : Einführender Diskussionsbeitrag	177
Diskussionsbericht (<i>Kruse</i>)	184
Themenbereich Arbeitsförderung/Soziale Sicherung für Arbeitslose	189
<i>Eberhard Eichenhofer</i> : Einführender Diskussionsbeitrag	189
<i>Alexander Gagel</i> : Einführender Diskussionsbeitrag	194
Diskussionsbericht (<i>Kaufmann</i>)	202
Themenbereich Familienleistungen	207
<i>Gerhard Igl</i> : Einführender Diskussionsbeitrag	207
<i>Peter Kummer</i> : Einführender Diskussionsbeitrag	214
Diskussionsbericht (<i>Reinhard</i>)	226
Schlußdiskussion	229
<i>Bernd von Maydell</i> : Einführung in die Schlußdiskussion	229
<i>Bernd Schulte</i> : Einführung in die Schlußdiskussion	237
Diskussionsbericht (<i>Kötter</i>)	253
Teilnehmerverzeichnis	255

Erster Teil

Einführung

Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland – Einführungsreferat aus sozialrechtlicher Sicht

Von Hans F. Zacher

I. Zum Colloquium

Die Idee zu diesem Colloquium ging vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung aus. Den Boden, aus dem diese Idee erwuchs, bildete das zunehmende Unbehagen in den Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den europäischen Instanzen – dem Gerichtshof, der Kommission, zuweilen vielleicht auch dem Parlament und dem Wirtschafts- und Sozialausschuß – in Fragen der europäischen Sozialpolitik. Während die europäischen Instanzen den Eindruck haben und zuweilen auch kritisieren, Sozialpolitik und Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland nähmen zu wenig Rücksicht auf das Europarecht, wird auf deutscher Seite empfunden und oft auch gesagt, die europäischen Instanzen mischten sich in unangemessener, die Kompetenzen überdehnender Weise in die deutsche Gesetzgebung. Insbesondere eröffneten sie den Zugang zu deutschen Sozialleistungen und den Export deutscher Sozialleistungen in einem Maße, das mit dem koordinierenden Zweck europäischen Sozialrechts nicht mehr in Einklang stehe. Diese wechselseitige Kritik drohte schließlich zu einer Barriere des Gesprächs zwischen den zuständigen Vertretern der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und den zuständigen Politikern, Beamten und Richtern der Europäischen Gemeinschaft (EG) zu werden. Aus dieser Sorge erwuchs die Idee, in einem offenen und vertrauensvollen Gespräch den sachlichen Kern der gegenseitigen Vorbehalte und Meinungsverschiedenheiten zu ermitteln. Die gemeinsamen Grundlagen sollten wieder besser gesehen werden, und soweit Differenzen bleiben, sollten neue Wege beschritten werden, mit ihnen umzugehen, sie nach Möglichkeit auch auszuräumen. Niemand hat daran gedacht, daß in diesen anderthalb Tagen alle Meinungsverschiedenheiten in Einmütigkeit verwandelt werden könnten. Doch eines kann erwartet werden: die Mißverständnisse von den echten Konflikten zu unterscheiden, die Konflikte auf das von der Sache her Unvermeidliche zu reduzieren und für den Austrag dieser Konflikte eine neue Atmosphäre zu schaffen.

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht hat diese Idee gerne aufgegriffen. Das europäische Sozialrecht ist von jeher

ein wesentlicher Wirkungsbereich seiner Arbeit und mit der Einheitlichen Europäischen Akte hat dieses Rechtsgebiet neue Dynamik gewonnen. Die Erwartungen, die an die „Soziale Dimension“ Europas im gemeinsamen Binnenmarkt geknüpft werden, sind ebenso vielfältig wie die Befürchtungen. So wurde die Analyse dessen, was im Europa des gemeinsamen Binnenmarktes an europäischem Sozialrecht entwickelt werden kann, soll und wird, zu einem besonders dringenden Auftrag des Instituts. Somit stieß die Anregung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung, diese Konferenz auszurichten, auf Seiten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht auf großes Interesse.

Das von der Internationalen Abteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung und vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht gemeinsam erarbeitete Konzept für dieses Gespräch beruht auf vier Elementen.

Das erste Element ist das der *Kompetenz*. Wir haben versucht, hier ein Maximum an Kompetenz zu versammeln – anders gesagt: Leute, die auf dem Gebiet, um das es geht, Erfahrung haben, und Leute, die auf diesem Gebiet selbst auch etwas bewirken können. Dieses Colloquium soll in Politik und Praxis hineinwirken. Daher sollten hier auch Teilnehmer versammelt sein, welche die Erträge, die hier erzielt werden, in Politik und Praxis umsetzen können.

Dieser Maßstab der Kompetenz hatte von vornherein einen Preis: die zeitliche *Kürze* dieser Begegnung. Kompetente Leute, die etwas bewirken können, haben wenig Zeit. Darum haben wir versucht, den Verlauf dieses Gesprächs aufs äußerste zu komprimieren.

Der Ablauf des Gesprächs sollte *vom Konkreten zum Allgemeinen* gehen. Wir wollten nicht, daß hier allgemeine Thesen über das Verhältnis des europäischen zum nationalen, insbesondere zum deutschen Sozialrecht im Vordergrund stehen. Wir meinten vielmehr, das Gespräch sollte möglichst konkret ansetzen. Deshalb haben wir vier Sachbereiche ausgewählt, an denen die Diskussion ansetzen soll: Rentenversicherung, Krankenversicherung, Arbeitsförderung und Arbeitslosigkeit und schließlich Familienleistungen. Für das Allgemeine ist – von dem abgesehen, was Herr *Tegtmeier* und ich zur Eröffnung sagen – die Schlußdiskussion vorgesehen.

Und damit komme ich zum vierten und letzten Element, auf dem unser Konzept beruht: Diese Begegnung soll ein *Gespräch* sein. Darum haben wir die Berichterstatter gebeten, die Berichte vorher zu erstatten. Darum haben wir unterstellt, daß Sie diese Berichte auch vorher lesen. Darum haben wir je Sachbereich zwei „Diskussionseröffner“ gebeten, das Gespräch schnell in Gang zu bringen. Um dieser Begegnung den Charakter des Gesprächs zu geben, haben wir uns auch noch ein anderes Detail ausgedacht. Einerseits scheint es wichtig, die Arbeit, die in dieses Gespräch eingebracht wurde und

wird, auch einer größeren Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Andererseits soll niemand, der hier etwas sagt, von Dritten, die nicht dagegewesen sind, dafür in Anspruch genommen werden können. Darum soll über die Diskussion nicht wörtlich berichtet werden. Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht werden Diskussionsberichte erstellen. Diese werden sich ganz auf die sachlichen Argumente beschränken und keine Personen nennen.

Alles in allem hoffen wir, damit einen Rahmen geschaffen zu haben, in dem das Ziel, das mit diesem Gespräch erstrebt wird, erreicht werden kann.

II. Zur Sache

Es scheint mir gleichwohl notwendig, diesem Colloquium nicht nur die Rechenschaft über sein Konzept, sondern auch einige Bemerkungen zur Sache voranzustellen. Wie gesagt: Der Boden, aus dem dieses Colloquium erwachsen ist, ist das Unbehagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den europäischen Instanzen in bezug auf die Auslegung und Anwendung des europäischen Sozialrechts durch den jeweils anderen. Ein Unbehagen entsteht, wenn Konflikte unklar sind – wenn Konflikte empfunden, aber nicht hinreichend dingfest gemacht werden. Das ist hier der Fall. Die Auseinandersetzungen beziehen sich alle auf die Auslegung und Anwendung der *Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern*, der sogenannten „Wanderarbeitnehmer-Verordnung“. Ich glaube, daß eben diese Auslegung und Anwendung der „Wanderarbeitnehmer-Verordnung“ in Spannungsfeldern liegen, die nicht hinreichend offengelegt sind. Das Unbehagen wird deshalb nur „aufgearbeitet“ werden können, wenn über diese Spannungen gesprochen wird. Ich möchte versuchen, auf die zwei Spannungsfelder, die mir die wichtigsten zu sein scheinen, aufmerksam zu machen.

1. Die gewandelte Ambiance der Wanderarbeitnehmer-Verordnung

a) Von der partikularen Ordnung zur umfassenden Ordnungsnachfrage

Das eine Spannungsfeld möchte ich mit der Hypothese beschreiben, daß die *Wanderarbeitnehmer-Verordnung* eine *partikulare Ordnung* ist. Das entsprach, als die Wanderarbeitnehmer-Verordnung geschaffen wurde, voll der Ordnungsnachfrage der Zeit. In der Zwischenzeit aber hat sich eine Ordnungsnachfrage entwickelt, die auf eine *umfassende, zumindest eine umfassende soziale Ordnung* für Europa gerichtet ist. Dieses Wachstum der Ordnungsnachfrage, der sich die Wanderarbeitnehmer-Verordnung gegenüber-

sieht, hat endogene Gründe: Gründe, die sich aus der Wanderarbeitnehmer-Verordnung selbst ergeben haben – aus ihrer „Alterung“, die dem Recht der sozialen Sicherung der Wanderarbeitnehmer immer neue Anlässe zur „Landnahme“ bot, so daß schließlich die Wanderarbeitnehmer-Verordnung selbst auf dem Wege zu einer umfassenderen Ordnung zu sein scheint. Vielleicht mehr noch aber hat die Nachfrage nach einer umfassenden sozialen Ordnung für Europa exogene Gründe: Gründe, die sich aus Vorgaben und Entwicklungen außerhalb des Rechts der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer ergeben. Solche exogenen Gründe erwachsen aus allen Entwicklungen zur europäischen Einheit hin, deren Dynamik auf eine Nachfrage nach mehr sozialrechtlicher Einheit hin ausstrahlt. Mehr Freizügigkeit gehört ebenso hierher wie der Aufbau des gemeinsamen Binnenmarktes. Solche exogenen Gründe erwachsen aber auch aus der Forderung, Europa durch den Ausgleich zwischen reicheren und ärmeren Ländern und Regionen noch „sozialer“ zu machen. Letztlich geht es um die Vorstellung, daß die EG, eine Gemeinschaft von Sozialstaaten, selbst ein Sozialstaat sein müßte. Diese Gründe können hier nicht weiter ausdifferenziert werden. Jedenfalls: die *Ambiance*, in der die Wanderarbeitnehmer-Verordnung steht, hat sich von einer Nachfrage nach einer partikularen Ordnung in Richtung auf eine Nachfrage nach einer umfassenderen, wenn nicht umfassenden Ordnung entwickelt – ohne daß die Züge, welche die Ordnung tragen sollte, schon mehr als in einzelnen Strichen sichtbar wären. Die *Ambiance* hat sich also nicht nur von einer partikularen Ordnungsnachfrage auf eine umfassendere Ordnungsnachfrage hin verändert, sondern auch von einer gewissen Ordnungsnachfrage auf eine ungewisse hin.

Im einzelnen läßt sich das Spannungsverhältnis zwischen der Partikularität der Wanderarbeitnehmer-Verordnung und einer weiter ausgreifenden Ordnungsnachfrage, wie sie sich im Laufe der Zeit, mit besonderer Beschleunigung in den letzten Jahren ergeben hat, an den folgenden Schwerpunkten zeigen.

– *Personell* war die Wanderarbeitnehmer-Verordnung auf die Arbeitnehmer konzentriert. Im Laufe der Zeit weitete sich der Personenkreis aus. Und weitere Ausweitungen werden gefordert. Von vornherein erstreckte sich das Regime der Wanderarbeitnehmer-Verordnung nicht nur auf die Arbeitnehmer, sondern auch auf andere Personen, die durch Systeme zur sozialen Sicherung von Arbeitnehmern mitgesichert waren. In dem Maße, in dem die Freizügigkeit sich über die Arbeitnehmer hinaus auf alle Erwerbstätigen erstreckt, ist zudem die Ausdehnung des Regimes auf alle Erwerbstätigen erforderlich. Analoge Gesichtspunkte sprechen für die Erstreckung auf die Personen, die Arbeitnehmer (Erwerbstätige) werden wollen (Auszubildende usw.) und die Arbeitnehmer (Erwerbstätige) waren. Dazu kommen immer auch die Probleme der Mitsicherung der Angehörigen. In neuerer Zeit wirken politische Kräfte dahin, die Freizügigkeit in der EG von dem Gesichtspunkt der Arbeit

oder der Erwerbstätigkeit schlechthin zu lösen. Soweit sich diese Kräfte Geltung verschaffen, ergibt sich von daher die Nachfrage nach personeller Universalität der Koordination der sozialen Sicherheit in der EG.

– *Sachlich* war das Regime der Wanderarbeitnehmer-Verordnung auf explizite Systeme der sozialen Sicherheit gegen bestimmte Risiken beschränkt. Sozialhilfe, Kriegsopferversorgung und Beamtenversorgung waren ausgeschlossen. Im Laufe der Zeit hat sich immer deutlicher gezeigt, daß die Grenze zwischen den expliziten Systemen sozialer Sicherung und anderen Sozialleistungssystemen (besonderen Leistungssystemen wie Wohngeld und Ausbildungsförderung; allgemeine Sozialhilfe), aber auch zwischen den expliziten Sozialleistungssystemen und allgemeinen administrativen Diensten (z. B. einem nationalen Gesundheitsdienst) ungewiß, variabel, letztlich offen ist. In neuerer Zeit wird vor allem gesehen, daß soziale Sicherheit in allen Ländern potentiell ein Konzert aus öffentlichen Systemen (Sozialversicherung, Einwohnersicherung) und privaten Systemen (arbeitsrechtlichen Systemen, versicherungsrechtlichen Systemen usw.) ist. Die soziale Sicherung der Freizügigkeit verlangt Wege der Koordination auch im Hinblick auf diese komplementären Systeme. Auch sachlich ist somit eine Tendenz zur Universalität zu beobachten.

– *Funktional* war das Regime der Wanderarbeitnehmer-Verordnung ganz auf die Koordination beschränkt. Die Problematik der Harmonisierung war davon getrennt. Zu einer Harmonisierung ist es nicht gekommen. Die Fortschritte des Einigungsprozesses aber führen zu einem Spannungsverhältnis zwischen der Entwicklung der Freizügigkeit und des gemeinsamen Marktes auf der einen Seite und dem immer noch gänzlich nationalen Charakter der sozialen Sicherungssysteme auf der anderen Seite. Somit wird nicht nur die Frage der Harmonisierung erneut aufgeworfen. Wichtiger ist, daß über die Jahrzehnte hin der Druck gewachsen ist, im Wege der Koordination auch Wirkungen der Harmonisierung zu erreichen. Die koordinierenden Regelungen werden so als Substitut einer Gesamtsozialrechtsordnung verstanden. Auch daraus ergeben sich expansive Tendenzen.

– *Ziel* der Wanderarbeitnehmer-Verordnung war es, dem einzelnen die Freizügigkeit zu sichern und individuelle soziale Gerechtigkeit für den wandernden Arbeitnehmer herzustellen. Wohlstandsunterschiede zwischen Ländern und Regionen sollten einerseits den Angleichungswirkungen des Marktes, andererseits der Politik des europäischen Sozialfonds anvertraut sein. Die Wohlstandsdifferenzen zwischen den Ländern und Regionen haben sich jedoch als relativ resistent erwiesen. Daraus erwuchs die Tendenz, das Koordinationsrecht der sozialen Sicherung nicht nur auf die soziale Gerechtigkeit zwischen den Individuen zu beziehen, sondern auch als Instrument sozialer Umverteilung zwischen Ländern und Regionen zu benutzen. Auch insofern

steht das Regime der Wanderarbeitnehmer-Verordnung somit unter einer universalisierenden Herausforderung.

b) Die Unzulänglichkeit der Kompetenzen, den Wandel zu bewältigen

Solange das partikulare Regime eine partikuläre Ordnungsnachfrage befriedigte, waren seine Regelungen unstreitig, *geschlossen* und *statisch*. In dem Maße, in dem das Regime der Wanderarbeitnehmer-Verordnung der Sogwirkung expansiver, universalisierender Tendenzen ausgesetzt war, mußten seine Auslegung und Anwendung in die Turbulenzen von Dissensen geraten, mußte sie ungewiß und *offen* werden, wurde der statische Charakter dieser Normen durch einen *dynamischen* Charakter abgelöst. Gerade daraus entstand jene Unsicherheit, die sich in den Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der EG als Unbehagen niederschlägt.

Für die Wanderarbeitnehmer-Verordnung als eine nach Sinn und Inhalt partikuläre Regelung mochte es genügen, daß Fortentwicklungen im wesentlichen der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* (EuGH) anvertraut waren, während eine politische Fortschreibung der Verordnung ebenso wie eine politische Reaktion auf Entscheidungen des EuGH durch das Einstimmigkeitsprinzip im Rat, der für legislative Veränderungen zuständig ist, behindert sind. Die Antwort auf die universalisierende Herausforderung zu geben, erscheint demgegenüber primär als eine *Sache der Politik*. Die Politik aber kann wegen des Einstimmigkeitsprinzips nicht hinreichend reagieren. Um so mehr muß der Gerichtshof auf die universalisierende Herausforderung eingehen. Es entsteht folgende Situation: die Entscheidungen des Gerichtshofs können auf der Ebene der Entfaltung der partikulären Ordnung gedacht oder als Antwort auf die universalisierende Herausforderung verstanden werden; sie können von außen – insbesondere von den betroffenen Mitgliedstaaten – ebenfalls auf beiden Ebenen, der partikulären und der universalisierenden, bewertet und kritisiert werden. Die Gemengelage, in der der EuGH zu entscheiden hat, kann dazu führen, daß eine Entscheidung, die sich selbst als Entfaltung der partikulären Ordnung versteht, von außen als eine Antwort auf die universalisierende Herausforderung verstanden wird. Ebenso aber ist es denkbar, daß die Entscheidung sich selbst als Antwort auf die universalisierende Herausforderung versteht, und daß sie als solche kritisiert wird. In beiden Fällen spielt die schwierige Problematik eine Rolle, inwieweit Richterrecht imstande ist, Sozialleistungssysteme zu entwickeln oder auf andere Weise Verteilungsentscheidungen der Politik nicht nur zu kontrollieren, sondern zu ersetzen. Aus Gründen, die hier nicht näher dargelegt werden können, sind einem Richter-Sozialrecht enge Grenzen gesetzt. Kritik, die sich darauf beruft, ist prinzipiell berechtigt. Die immanente Entfaltung der partikular verstandenen Wanderarbeitnehmer-Verordnung dagegen ist legitim. So zeigt

sich, daß die Unfähigkeit der Politik, die Antwort auf die universalisierende Herausforderung gegenüber dem Wanderarbeitnehmer-Regime selbst zu formulieren, die Rechtsprechung des EuGH nicht nur in die Versuchung führt, die Grenzen des Richter-Sozialrechts zu überschreiten, sondern auch dann ins Zwielficht bringt, wenn der Gerichtshof diese Grenzen einzuhalten bemüht ist.

Unter Aspekten des materiellen Rechts läßt sich die Problematik auf die folgende Formel bringen. Für das partikular verstandene Wanderarbeitnehmer-Regime ist die *Formel* „*Wanderungsgewinn vor Wanderungsverlust!*“ akzeptabel. In dem Maße, in dem das Recht der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer die ihm eigene Partikularität transzendiert und der Herausforderung der Universalisierung nachgibt, muß diese *Formel in Frage gestellt* werden. Für eine umfassende europäische Sozialrechtsordnung kann sie nicht gelten. Der Gerichtshof muß dies in Betracht ziehen. Er kann nicht der Herausforderung der Universalisierung nachgeben und die Formel „*Wanderungsgewinn vor Wanderungsverlust!*“ undifferenziert aufrechterhalten. Auch hier zeigt sich wieder der Nachteil, der darin besteht, daß die Politik durch das Einstimmigkeitsprinzip gelähmt ist. Konstruktive Antworten auf die universalisierende Herausforderung zu geben, müßte Sache der Gesetzgebung durch den Rat sein. Wenn der Rat – unter welchen Komplikationen, sei es der Mehrheit, sei es des Zusammenwirkens mit dem Parlament und/oder der Kommission auch immer – durch Mehrheit handeln könnte, könnte seine Gesetzgebung ebenso wie seine legislative Untätigkeit den Verdacht ausräumen, der EuGH überschreite seine Grenzen von der Auslegung der Wanderarbeitnehmer-Verordnung in Richtung auf deren Universalisierung.

Die Frage, die hier erörtert wird, ist somit von der *europäischen Verfassungsfrage* nicht zu trennen. Die Frage, wie und mit welchen Mehrheiten Rat, Parlament und Kommission zusammenwirken sollen, um eine den Bedürfnissen der Universalisierung Rechnung tragende europäische Sozialrechtsordnung zu legitimieren, kann und braucht hier nicht vertieft zu werden. Sie muß hier nur gestellt werden, um den Auseinandersetzungen über die Rechtsprechung des EuGH den richtigen Rahmen zu geben. Das Problem ist nicht nur das Spannungsverhältnis zwischen der partikularen Wanderarbeitnehmer-Verordnung und der universalisierenden Herausforderung einer europäischen Sozialrechtsordnung. Das Problem ist auch das Spannungsverhältnis zwischen der Entscheidungsfähigkeit des Gerichtshofs und der Entscheidungsbehinderung der politischen Instanzen.

2. Die dem koordinierenden Sozialrecht vorgegebenen Sachstrukturen

Die Auseinandersetzungen um die Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Sozialrecht sind aber auch noch vor dem Hintergrund

eines anderen Defizits zu sehen: mangels legislativen Handlungspielraums wird das koordinierende europäische Sozialrecht nur interpretierend, nicht aber strukturell und teleologisch fortentwickelt. Würde ein europäischer Sozialgesetzgeber ans Werk gehen, um den Tendenzen der Universalisierung – in welcher Richtung auch immer – Raum zu geben, so müßte er die Funktionen und Strukturen klären, auf die er einwirkt. Nur so kann er auf Wirkung und Akzeptanz rechnen. Dem Gerichtshof dagegen scheinen die Lösungen durch die Wanderarbeitnehmer-Verordnung vorgegeben. Nicht zuletzt auch deshalb, weil er kein Spezialgerichtshof für soziale Belange ist, hält er sich an diese Vorgabe und verzichtet er darauf, selbst über die Sachstrukturen des Sozialleistungsrechts nachzudenken. Und seine Kritiker folgen ihm zumeist auf diesem Pfad. Doch wird dabei verkannt, daß jede richterrechtliche Rechtsfortbildung, soll sie überzeugen und Bestand haben, den gleichen Bedingungen wie die Gesetzgebung unterworfen ist. Sie muß der Sache gerecht werden. Darum ist es notwendig, über die Sachstrukturen nachzudenken, auf die bei der supranationalen Koordination von Sozialleistungsrecht Rücksicht zu nehmen ist.

a) *Relevante Strukturelemente*

In diesem Sinne seien hier die folgenden Elemente zur Diskussion gestellt:

– Der *Freiheitsgrad*, den die Sicherung gegenüber einem bestimmten sozialen Risiko impliziert. Will die Sicherung Freiheit bewirken, so steht auch die Koordination im Dienst dieser Freiheit. Je geringer der Freiheitsgrad ist, den die Sicherung impliziert, desto weniger ist die Koordination zur Freiheit verpflichtet; desto weniger darf sie andere Belange im Interesse der Freiheit des Gesicherten zurücksetzen.

– Risikotatbestände können an *individuelle* Verhältnisse, an *gesellschaftliche* (auch gemeinwesensspezifische) Verhältnisse oder an individuelle und gesellschaftliche Verhältnisse anknüpfen. Eine individuelle Anknüpfung spricht für koordinationsrechtliche „Europäisierbarkeit“ der Sicherung. Kann der Berechtigte „wandern“, soll auch die Leistung „wandern“ können. Die gesellschaftliche Anknüpfung gebietet Rücksicht auf den nationalen Kontext der Sicherung – ihre nationale „Ambiance“. Gemischte Tatbestände tendieren ebenfalls zu einer Rücksicht auf den nationalen Kontext.

– Die *Leistung* kann *kausal* oder *final* definiert sein. Kausal sind Leistungen insbesondere dann definiert, wenn sie nach Grund und/oder Höhe von einer Vorgeschichte (insbesondere einer Versicherungsgeschichte, einer Leistungsgeschichte, einer Beitragsgeschichte usw.) abhängen. Es wird geleistet, weil und wie vorgesorgt ist. Final sind Leistungen definiert, die unmittelbar gewisse Lebensverhältnisse (etwa das Existenzminimum) bewirken wollen. Kausal definierte Leistungen tragen ihr Gesetz weitgehend von der Vergan-

genheit her in sich. Das gibt ihnen eine gewisse Absolutheit. Und diese Absolutheit spricht dafür, daß sie koordinationsrechtlich „europäisierbar“ sind. Final definierte Leistungen dagegen stellen auf die aktuellen Lebensverhältnisse in einer gewissen Gesellschaft, in einer gewissen Region, in einem gewissen Staat ab. Das hemmt die „Europäisierbarkeit“.

– Ein letztes Kriterium hängt von der *Organisation* der Leistungserbringung und von dem Zusammenhang ab, der zwischen der Organisation und der Leistung besteht. Die Erbringung *monetärer* Leistungen erfordert wenig spezifische Organisation. Monetäre Leistungen sind deshalb – im Sinne dieses Kriteriums – leicht koordinationsrechtlich „europäisierbar“. *Dienst- und Sachleistungen* dagegen erfordern eine Organisation, die sie erbringt. Diese trägt im Regelfall nationalen (oder subnationalen) Charakter. Der Wechsel von einem Land zum anderen ist hier mit größeren Unterschieden verbunden. Dabei bestehen zusätzliche Varianten, je nachdem, ob Dienst- und Sachleistungen unmittelbar durch die öffentliche Verwaltung erbracht werden (etwa durch einen nationalen Gesundheitsdienst), ob sie zwar durch verwaltungsexterne Anbieter erbracht, jedoch von einem administrativen Träger unmittelbar finanziert werden (Sachleistungsprinzip im Sinne der deutschen Krankenversicherung), oder ob schließlich nur die Kosten, die bei der Leistungsbeschaffung entstehen, erstattet werden. Das Koordinationsrecht muß damit rechnen, daß für die gleiche Leistung mehrere dieser Varianten in Betracht kommen.

b) Zur Relevanz dieser Kriterien

Versucht man, diese Kriterien auf die einzelnen Risiken – genauer: auf die Sicherung für den Fall ihrer Verwirklichung – anzuwenden, so ergeben sich die folgenden Aspekte:

(1) Alter

Die soziale Sicherung für den Fall des *Alters*

– ist primär auf *Freiheit* bedacht. Der alte Mensch soll nicht mehr gezwungen sein, um seines und der Seinen Unterhalts wegen zu arbeiten. Etwas anderes gilt für Leistungen, die dem alten Menschen deshalb zukommen, weil er pflegebedürftig ist. Sicherung für den Fall der Pflegebedürftigkeit zielt nicht auf Freiheit, sondern auf die Deckung von Bedarfen. Aber der Pflegebedarf ist – im Verhältnis zum Alter – ein eigenständiges Risiko. So ist festzuhalten: der „befreiende“ Charakter der Alterssicherung spricht für Freizügigkeit.

– Die Alterssicherung knüpft an ein *individuelles* Kriterium an: eben das Alter. Das spricht für Freizügigkeit der Alterssicherung. Allerdings kann die Altersgrenze auf die *gesellschaftlichen* Verhältnisse abstellen, sie kann etwa

herabgesetzt werden, um den Arbeitsmarkt von „Anbietern von Arbeitskraft“ zu entlasten. Und sie kann hinaufgesetzt werden, um dem Arbeitsmarkt „Anbieter von Arbeitskraft“ zu erhalten. Das kann durch allgemeine Altersgrenzen geschehen, aber auch durch die „flexibilisierende“ Eröffnung individueller Entscheidungsmöglichkeiten. Tatbestände der Flexibilisierung lassen die national orientierten und eingebundenen Zwecke der Festsetzung zumeist deutlicher erkennen als allgemeine Altersgrenzen. Zudem können allgemeine Altersgrenzen dem Zweck, den Anfang des „wohlverdienten Ruhestands“ zu definieren, nicht so entfremdet werden wie Tatbestände der Flexibilisierung. Jedenfalls ist mit Problemen der Einbindung des Tatbestands in die nationalen Verhältnisse selbst bei der Alterssicherung zu rechnen. Doch wie auch immer: der individuelle Charakter des Tatbestands dominiert. Für das europäische Koordinationsrecht bedeutet das, daß die Alterssicherung auch unter diesem Gesichtspunkt zur „Europäisierbarkeit“ tendiert. Zugleich aber wird verständlich, daß immer wieder der Wunsch laut wird, die Altersgrenzen und die Spielräume der Flexibilisierung europaweit zu harmonisieren.

– Wird die Alterssicherung durch Vorsorgesysteme (beitragsbezogene Systeme) bewirkt, so ist die Leistung primär *kausal* definiert. Es wird geleistet, weil und wie vorgesorgt ist. Altersrenten aus Versicherung (einschließlich Sozialversicherung) sind deshalb „europagängig“. Wird Alterssicherung durch Hilfs- und Förderungssysteme (nicht beitragsgetragene Systeme) bewirkt, so ist zu unterscheiden. Eine allgemeine Grundsicherung versteht sich als die Basis einer Gesamtsicherung, die durch einen Verbund von Hilfs- und Förderungssystemen einerseits und Vorsorgesystemen andererseits bewirkt wird. Daraus kann sich eine nationale Einbindung ergeben. Eine Grund-Alterssicherung kann *final* in dem Sinne orientiert sein, daß sie sich als ein Bauelement in einem nationalen Konzept zusammengesetzter Gesamtsicherung versteht. Zudem stellt eine nicht beitragsgetragene Grundsicherung in sich auf die typischen nationalen Verhältnisse ab. Sie ist ja nur sinnvoll, wenn sie den alten Menschen in einem bestimmten Land das in diesem Land angemessene Minimum garantiert. Hieraus können sich Schwierigkeiten der „Europäisierung“ ergeben.

– Alterssicherung ist zunächst Einkommenssicherung und somit *monetär*. Die Alterssicherungsleistung kann somit unschwer exportiert und also auch „europäisiert“ werden. Etwas anderes gilt für *Dienst- und Sachleistungen* an ältere Menschen. Solche Dienst- und Sachleistungen knüpfen aber nicht an das Alter schlechthin, sondern an einen bestimmten Dienst- und Sachleistungsbedarf an. Wie zum Pflegebedarf vermerkt, gilt hier a priori anderes.

(2) *Tod unter Zurücklassung Hinterbliebener*

Für die soziale Sicherung für den Fall des *Todes unter Zurücklassung Hinterbliebener* gilt Ähnliches.

– Sie zielt nicht in dem Sinne auf *Freiheit*, in dem die Alterssicherung Freiheit gewähren will. Immerhin ersetzt sie die Leistungen aus einem Unterhaltsverband. Sie erübrigt ihn. Sie stellt somit von ihm frei. Hinterbliebenensicherung ist somit tendenziell „europäisierbar“.

– Der Tatbestand des Todes unter Zurücklassung Hinterbliebener ist *individueller* Natur. Nur dort, wo Bedürftigkeit eine Rolle spielt, kann anderes gelten. Auch insofern stehen die Zeichen somit auf „Europäisierbarkeit“.

– Geht die Hinterbliebenensicherung aus Vorsorge hervor, ist sie *kausal* definiert. Sie ist somit tendenziell „europäisierbar“. Hinterbliebenensicherung, die durch Hilfs- und Förderungssysteme (nicht beitragsgetragene Systeme) gewährleistet wird, kann dagegen *final* orientiert sein. Unter diesem Gesichtspunkt kann die „Europäisierbarkeit“ problematisch sein.

– Hinterbliebenensicherung ist grundsätzlich *monetär* und insofern „europäisierbar“.

(3) *Invalidität*

Anderes dagegen gilt für das Risiko der *Invalidität*.

– Sicherung für den Fall der Invalidität ist in eine potentiell widersprüchliche Zielsetzung eingespannt. Auf der einen Seite wird der Invalide von der gesellschaftlichen Last, sich den Unterhalt durch Arbeit zu verdienen, freigestellt. Für den Invaliden wird somit der Zweck der „*Freiheit*“ sichtbar. Auf der anderen Seite aber soll der Invalide, wenn Art und Grad seiner Invalidität es zulassen, in den Arbeitsmarkt zurückkehren. Insofern ist der sozialen Sicherung für den Fall der Invalidität ein Vorbehalt eigen, der nicht auf Freiheit, sondern auf *soziale Einbindung* zielt. Gleichwohl dominiert das Element der Freiheit. Der Gesichtspunkt der Einbindung weist jedoch auf die Schwierigkeiten hin, welche die „Europäisierung“ der sozialen Sicherung für den Fall der Invalidität bereiten kann.

Die nationale Einbindung wird besonders deutlich dort, wo die soziale Sicherung für den Fall der Invalidität Dienst- und Sachleistungen der *Rehabilitation* einschließt.

– Diese Schwierigkeiten werden vollends offenbar, wenn der Charakter des Tatbestands der sozialen Sicherung für den Fall der Invalidität in Betracht gezogen wird. Er ist *gemischt individueller und gesellschaftlicher Natur*. Die Frage, wann eine Minderung der körperlichen und/oder geistigen Kräfte zu

einer Invalidenrente berechtigt, kann nie ausschließlich von der körperlichen und/oder geistigen Behinderung her beantwortet werden. Es kommt auf die Relevanz dieser Behinderung für das Erwerbsleben (insbesondere auf dem Arbeitsmarkt) an. Die nationalen Regelungen reflektieren diesen Umstand zwar mit unterschiedlicher Deutlichkeit. Jedoch wird mehr oder weniger immer auf das Erwerbsleben (den Arbeitsmarkt) Rücksicht genommen. Das erschwert die „Europäisierbarkeit“ im Fall der sozialen Sicherung gegen das Risiko der Invalidität.

Besonders deutlich wird der individuell-gesellschaftliche Mischcharakter des Risikos der Invalidität, wo die soziale Sicherung gegenüber diesem Risiko auch Leistungen der *Rehabilitation* einschließt. Auf der einen Seite setzt Rehabilitation an der individuellen Fähigkeit und Bereitschaft an. Auf der anderen Seite aber zielt sie auf die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben und damit auf ein gewisses gesellschaftliches Umfeld.

Eine nationale Einbindung ergibt sich auch aus der Organisation und dem Verfahren der Feststellung. Anders als die Tatbestände des Alters und des Todes unter Zurücklassung Hinterbliebener, bedarf der Tatbestand der Invalidität der Feststellung durch behördliche Entscheidung. Hier nun kommt es darauf an, wie diese Entscheidung angelegt ist, insbesondere etwa welche Rolle dabei der medizinische, der arbeitsfachliche und der juristische Sachverstand oder das „politische“ Ermessen eines Selbstverwaltungsträgers oder einer Verwaltungsbehörde spielen. Invalidität ist auch unter diesem Aspekt ein „nationales“ Phänomen.

– Geht die soziale Sicherung für den Fall der Invalidität aus einem Vorsorgesystem (beitragsgetragenen System) hervor, so ist sie *kausal* definiert. Sie ist damit „europäisierbar“. Wird die Leistung dagegen durch ein Hilfs- und Förderungssystem (nicht beitragsgetragenes System) gewährleistet, so kann sie *final* definiert sein. Für die Schwierigkeiten der „Europäisierung“ gilt dasselbe wie für die „Europäisierung“ entsprechender Leistungen für den Fall des Alters und des Todes unter Zurücklassung Hinterbliebener.

Dienst- und Sachleistungen der *Rehabilitation* sind dagegen *final* definiert.

– Leistungen an Invalide sind in der Regel *monetär* und somit „europäisierbar“.

Leistungen der *Rehabilitation* sind demgegenüber grundsätzlich *Dienst- und Sachleistungen*. Ihre Organisation ist national eingebunden. Das erfordert im Falle der „Europäisierung“ besondere Lösungen.

(4) Krankheit

Hinsichtlich des Risikos der *Krankheit* ist zwischen dem Risiko des *Behandlungsbedarfs* und dem Risiko des *Einkommensausfalls* zu unterscheiden.

Gleichwohl stiftet der übergreifende Tatbestand der Krankheit auch eine übergreifende Einheit der Problematik.

– Soziale Sicherung für den Fall der Krankheit zielt ausschließlich auf Bedarfsdeckung, *nicht auf Freiheit*. Das gilt ohnedies für die soziale Absicherung des Behandlungsbedarfs. Es gilt aber auch für Einkommenssicherung während der Zeit der Krankheit. Der Freiheitsspielraum, den die Einkommenssicherung während der Zeit der Krankheit gewährleisten soll, ist minimal.

– Der Tatbestand der Krankheit ist zunächst *individueller Natur*. Doch hat der Tatbestand der Krankheit auch eine *gesellschaftliche* Dimension. Diese liegt in dem hier zu betrachtenden Zusammenhang nicht so sehr in den gesellschaftlichen Bedingungen von Krankheit. Vielmehr liegt sie im Wesen des sozialrechtlichen Tatbestands „Krankheit“. Der sozialrechtliche Tatbestand „Krankheit“ ist ein offener Begriff, der in jedem Fall von der gesicherten Person zusammen mit der behandelnden Person (den behandelnden Personen) ausgefüllt wird. Einfach ausgedrückt: wo ein Arzt und ein Patient zu der Überzeugung kommen, daß medizinische Behandlung angebracht ist, ist auch der Tatbestand der „Krankheit“ gegeben; wo dagegen die gesicherte Person sich nicht zum Arzt begibt oder der Arzt keinen Behandlungsbedarf erkennt, kommt es auch nicht zur sozialrechtlichen „Krankheit“. Somit hängt der Tatbestand der „Krankheit“ jedenfalls vom System der medizinischen Versorgung ab. Dieses System aber ist nationaler (oder subnationaler) Natur. Somit ergeben sich schon vom Wesen des Tatbestands der „Krankheit“ her Vorbehalte gegenüber der „Europäisierung“ der sozialen Sicherung für den Fall der Krankheit.

– Leistungen der *medizinischen Versorgung* sind *final* definiert. In dem Maße, in dem diese Finalität vom nationalen (subnationalen) System und Standard der medizinischen Versorgung abhängt, ergeben sich daraus Hemmnisse für die „Europäisierung“.

Einkommensleistungen für den Fall der Krankheit sind demgegenüber in der Regel Vorsorgeleistungen und also *kausal* definiert. Sie sind daher für sich betrachtet leicht „europäisierbar“. Jedoch hängt die Wanderungsfähigkeit des Leistungsempfängers ja wesentlich von der medizinischen Versorgung ab. Sie dominiert also den Spielraum der „Europäisierbarkeit“.

– Die Gewährleistung der *medizinischen Versorgung* zielt letztlich auf *Dienst- und Sachleistungen*. Diese Dienst- und Sachleistungen sind im nationalen (subnationalen) Rahmen organisiert. Daraus ergibt sich zunächst ein „Europäisierungs“-Hemmnis.

Jedoch ist zu differenzieren. Die medizinische Versorgung kann administrativ bereitgestellt werden (nationaler Gesundheitsdienst). Sie kann aber auch gesellschaftlich (marktwirtschaftlich) organisiert sein. Dann ist zu unterschei-

den: entweder die Träger sozialer Sicherung stellen die medizinische Versorgung im Wege des Sachleistungsprinzips (durch unmittelbare und vollständige Vergütung der Leistungserbringer seitens der Träger der sozialen Sicherheit) bereit; oder sie arbeiten nach dem Erstattungsprinzip, indem sie dem Gesicherten das, was die Leistungserbringer ihm in Rechnung stellen, ganz oder teilweise erstatten. Welche unterschiedlichen Schwierigkeiten sich daraus für die „Europäisierung“ ergeben, kann und braucht hier nicht dargestellt zu werden. Nur auf die zusätzliche Komplikation sei hingewiesen, daß die „Europäisierung“ ja nicht nur innerhalb dieser Kategorien (zwischen Ländern mit nationalen Gesundheitsdiensten; zwischen Ländern mit Sachleistungsprinzip; zwischen Ländern mit Erstattungsprinzip) erfolgen kann, sondern gerade auch die Grenzen zwischen diesen Systemtypen überwinden muß. Dabei erscheint das Erstattungsprinzip als das „europäisch“ flexibelste Instrument. Doch hat es das Erstattungsprinzip schwer, zwischen Überversorgung und Unterversorgung den richtigen Weg zu gehen.

Einkommensleistungen (wegen Krankheit, Krankengeld) sind *monetär*. Sie sind daher für sich unschwer „europäisierbar“. Jedoch gilt auch hier die Dominanz der medizinischen Versorgung.

(5) *Arbeitsunfall/Berufskrankheit*

Zur Problematik der sozialen Sicherung für den Fall des *Arbeitsunfalls* oder der *Berufskrankheit* gilt insgesamt im wesentlichen das, was zur sozialen Sicherung für den Fall der Invalidität und der Krankheit ausgeführt wurde. Die Unterschiede zu vertiefen, ist hier nicht der Ort.

(6) *Arbeitslosigkeit/Arbeitsförderung*

Die soziale Sicherung für den Fall der *Arbeitslosigkeit* ist schon deshalb schwierig einzuordnen, weil sie von der *Arbeitsförderung* nicht zu trennen ist.

– Soziale Sicherung für den Fall der *Arbeitslosigkeit* zielt nur sekundär auf *Freiheit* – nur in dem Sinne, als sie von der Last unzumutbarer Arbeit freizustellen sucht. Primär hat sie einen „negativen“ Zweck: das durch Arbeit nicht zu erzielende Einkommen zu ersetzen. Immerhin ist ein Unterschied zwischen der Vorsorge für den Fall der Arbeitslosigkeit (der beitragsgetragenen Arbeitslosenversicherung) und der Hilfe und Förderung im Fall der Arbeitslosigkeit (der nicht beitragsgetragenen Arbeitslosenhilfe) zu beobachten. Vorsorge zielt immer auf ein größeres Maß an Sicherheit und Berechenbarkeit der Leistungen in einem gewissen Falle. Somit kann gesagt werden, daß die *Arbeitslosenversicherung eher auf Freiheit* zielt. Der freiheitssichernde Zweck der subsidiären Arbeitslosenhilfe dagegen beschränkt sich grundsätzlich auf die Freiheit von unzumutbarer Arbeit.

Arbeitsförderung zielt zwar auf mehr *Freiheit*. Derjenige, der Maßnahmen der Arbeitsförderung in Anspruch nimmt, soll größere Spielräume bei der Nachfrage nach Arbeitsgelegenheit haben. Zunächst aber zielt Arbeitsförderung auf so etwas wie *soziale Einbindung*: auf die Inanspruchnahme von Angeboten zur Qualifikation.

– Das Risiko der *Arbeitslosigkeit* ist *gemischt individueller und gesellschaftlicher Natur*. Das Angebot an Arbeitskraft, das keine Nachfrage findet, ist zunächst individueller Natur. Aber ob eine Nachfrage existiert, hängt von den gesellschaftlichen Verhältnissen – genauer: vom Arbeitsmarkt – ab. Dieser Arbeitsmarkt nun ist sowohl nationaler (wenn nicht subnationaler) als auch europäischer Natur. Er ist europäisch, weil die Arbeitnehmer Freizügigkeit innerhalb der EG genießen. Aber er ist nationaler (oder subnationaler) Natur, weil zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten (und Regionen) sehr unterschiedliche Arbeitsmarktverhältnisse bestehen. Die nationalen Arbeitsmarktverhältnisse werden nicht zuletzt davon geprägt, daß die soziale Sicherung für den Fall der Arbeitslosigkeit, die Maßnahmen der Arbeitsförderung und die Arbeitsvermittlung national geregelt und administriert werden. Schließlich ist auch vom Interesse der einzelnen Betroffenen her eine Verweisbarkeit von Jütland bis Kreta und von Dresden bis Lissabon absurd. Somit hat der Tatbestand der Arbeitslosigkeit eine primär nationale Prägung.

Auch die *Arbeitsförderung* ist primär in dieser nationalen Einbindung zu sehen.

– Die Leistungen im Fall der *Arbeitslosigkeit* können auf zwei Weisen definiert sein: als Vorsorgeleistungen (Leistungen der beitragsgetragenen Arbeitslosenversicherung) sind sie *kausal* definiert; als Leistungen der Hilfe und Förderung (der nicht beitragsgetragenen Arbeitslosenhilfe) sind sie *final* definiert. Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind daher relativ leicht „europäisierbar“. Leistungen der Arbeitslosenhilfe dagegen bereiten Schwierigkeiten. Sie sind auf die Lebensmöglichkeiten in einem bestimmten nationalen Raum hin gestaltet.

Leistungen der *Arbeitsförderung* dagegen sind ihrer Natur nach *final* definiert und widersetzen sich insofern einer „Europäisierung“.

– Geldleistungen im Fall der *Arbeitslosigkeit* sind ihres *monetären* Charakters wegen „europäisierbar“.

Die *Dienst- und Sachleistungen* in der *Arbeitsförderung* sind dagegen primär nationalen Charakters.

(7) Familienleistungen

Erneut neue Zusammenhänge ergeben sich hinsichtlich der *Familienleistungen*.

– Sie zielen unmittelbar auf Bedarfsdeckung, *nicht auf Freiheit*. Im Hintergrund steht freilich das Ziel, die freie Entfaltung des einzelnen, wie sie sich in der Familienbildung und -entwicklung auswirkt, abzusichern. Soweit – wie in der Regel – abstrakt bemessene Pauschalsummen (z. B. Kindergeld) gezahlt werden, liegt auch darin ein Stück *Freiheitssicherung*. Die Alternative wären bedarfsabhängige Geld-, Dienst- oder Sachleistungen. In ihnen käme mehr Fremdbestimmung zum Ausdruck.

Die Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer in Europa ergibt mit den allgemeinen Freiheitsrechten, denen sich die Bürger der EG erfreuen, die Freiheit, daß die Verdienner von ihren Familien getrennt leben. Es ist diese Freiheit, die mit der nationalen Abgrenzung von Familienleistungen prinzipiell in Widerspruch tritt. Aber diese Freiheit ist nicht das Ziel der Familienleistungen selbst. Vielmehr ist es gerade die Aufgabe des Koordinationsrechts, die Spannung zwischen dieser Freiheit und den von der Einheit der Familie ausgehenden Familienleistungen zum Ausgleich zu bringen.

– Die Tatbestände des Familienlastenausgleichs sind *individueller Natur*. Doch sind *immer mehrere Personen beteiligt*: Verdienner und Unterhaltsabhängige, Eltern (Elternteile) und Kind (Kinder). Daraus ergibt sich ein für die „Europäisierung“ zentrales Problem. Wenn diese mehreren Personen nicht den gleichen nationalen Lebensraum teilen: auf wessen sozialen Lebensraum soll es dann ankommen?

– Familienleistungen sind *final* definiert. Sie sollen den Familien ein angemessenes Leben ermöglichen. Bei national unterschiedlichen sozialen Verhältnissen nötigt das zu national unterschiedlicher Gestaltung. Leben die beteiligten Personen aber in verschiedenen Ländern, so führt das zu den bekannten Schwierigkeiten.

– Familienleistungen sind in der Regel *monetär*. Das erleichtert ihre „Europäisierung“.

c) *Schlußbemerkungen*

Diese Überlegungen sollen und können nur ein Anstoß sein, den – von der Wanderarbeitnehmer-Verordnung „ableitenden“ – derivativen Positivismus der Weiterentwicklung des europäischen Koordinationsrechts zu überwinden und auf die Notwendigkeit einer an den Sachstrukturen ansetzenden schöpferischen Rechtsentwicklung hinzuweisen. Dies gilt ebenso für die Rechtsprechung des EuGH und der anderen beteiligten Gerichte wie für Überlegungen zur Neugestaltung, insbesondere zum weiteren Ausbau des Rechts der Koordination der sozialen Sicherheit in der EG.