

knüpfungskriterium ansieht⁷⁷¹, wird die Differenzierung in der Praxis zum Teil fortgeführt⁷⁷².

Zwar erfolgt auch hier keine direkte Diskriminierung, da Deutsche, die schon längere Zeit im Ausland leben als „Ortskräfte“ angesehen werden⁷⁷³. Typischerweise werden aber ausländische Beschäftigte die Voraussetzung der der Entsendung vorausgehenden Ansässigkeit in Deutschland nicht erfüllen. Eine faktische Diskriminierung ist daher nicht ausgeschlossen.

Regelungsbedarf im Rahmen eines zwischenstaatlichen Abkommens im Hinblick auf diese festgestellte Differenzierung ergibt sich, wenn die unterschiedliche Behandlung von Ortskräften und in Deutschland Ansässigen nicht gerechtfertigt ist.

Zwar könnte aus der Ansässigkeit im Inland vor einer Auslandsbeschäftigung auf eine gewisse Bindung zum Versicherungsstaat Deutschland geschlossen werden. In Fällen, in denen der „Entsante“ bereits vor seiner Auslandsbeschäftigung in Deutschland versichert war oder tatsächlich anschließend eine versicherungspflichtige Tätigkeit in Deutschland aufnimmt, führt sie zu sinnvollen Ergebnissen. Gleichzeitig begründet sie aber auch eine Versicherungspflicht für Personen, die ohne die Auslandsbeschäftigung u.U. nie in Deutschland beschäftigungsbedingt versichert gewesen wären. Obwohl der Ansässigkeit im Versicherungsstaat eine gewisse Indizwirkung für das Ent- oder Bestehen einer dortigen Versicherungsbiographie nicht abgesprochen werden kann, ist eine Vielzahl von Fällen denkbar, in denen eine solche gerade nicht besteht. Nur wenn der Entsante im Inland vorbeschäftigt war oder weiterbeschäftigt werden soll, wie es die Rechtsprechung für die Begründung einer Versicherungspflicht fordert, ist eine Kontinuität des Versicherungsschutzes notwendig. Die „Ansässigkeit“ kann daher weder eine Versicherungspflicht noch eine faktische Ungleichbehandlung zu einheimischen „Ortskräften“ rechtfertigen.

II. *Australisches Recht*

1. *Dauerhafte Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Inland*

In der australischen *Workers Compensation* ist im Hinblick auf die Versicherungspflicht keine direkte Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers vorgesehen. Mit der territorialen Anknüpfung an den potentiellen Schädigungsort im jeweiligen Staat, formulieren die australischen Regelungen einen neutralen Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Versicherungspflicht. Auch die Definitionen des Arbeitnehmers als Objekt des Versicherungsschutzes („*worker*“, „*employee*“) ⁷⁷⁴, konkretisieren lediglich die Beziehung des Versicherten zum Arbeitgeber⁷⁷⁵, stellen aber keine statusbezogenen Anforderungen.

Eine jedenfalls faktisch diskriminierende Regelung fand sich jedoch bis zum Jahre 1993 in den Vorschriften Victorias, die illegale Immigranten, oder Ausländer, die kein gültiges Arbeitsvisum besaßen, aus der Definition des „*workers*“ ausnahmen, auch wenn diese die Arbeitnehmermerkmale im übrigen erfüllten⁷⁷⁶. Diese inzwischen aufgegebene Regelung fand

771 BSG, Urteil vom 10.8.1999, SozR 3-2400 § 4 SGB IV Nr. 5.

772 *Information des HVBG vom 10.12.2003*.

773 BfA, Beschäftigung im (vertragslosen) Ausland, S. 23 f.; Hauck/Noftz-Udsching, § 4 SGB VII, Rdnr. 4a.

774 Sec. 5 (a) *Accident Compensation Act* 1985 (Vic); Sec. 4 *Workplace Injury Management and Workers Compensation Act* 1998 (NSW); Sec. 11 (1) *Workers Compensation and Rehabilitation Act* 2003 (Qld.).

775 Vgl. Clayton/Johnstone/Sceats, Austl J Lab L 2002, S. 105 ff.

776 Boyes/O’Loghlen, *Accident Compensation Victoria*, s 5, s 5.1.81.96.

und findet aber weder in den Vorschriften, noch in der Rechtsprechung der anderen beiden Staaten eine Entsprechung⁷⁷⁷.

Für die Begründung von Versicherungsschutz bestehen daneben auch keine weiteren Anforderungen, die faktisch diskriminierend wirken könnten. In New South Wales wird etwa sogar die Aufgabe des Wohnsitzes im Staat ausdrücklich als den Versicherungsschutz nicht beeinträchtigend normiert⁷⁷⁸.

2. *Vorübergehende Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer*

Auch im Hinblick auf die vorübergehende Beschäftigung finden sich in den allgemeinen Regelungen der drei untersuchten Staaten keine Anknüpfungspunkte, die in staatsangehörigkeitsspezifischen Differenzierungen im Versicherungsschutz resultieren könnten.

Problematisch erscheint aber die Sonderregelung Victorias zur Ausstrahlung des Versicherungsschutzes bei Auslandstätigkeit, die in Kombination mit anderen Faktoren die Beibehaltung eines „Wohnsitzes“ in Australien fordert. Die Versicherungspflicht wird explizit ausgeschlossen, wenn der Beschäftigte einen solchen „Wohnsitz“ nie innegehabt hat.⁷⁷⁹

Für die Beurteilung der Frage, ob eine den Versicherungsschutz ausschließende „Wohnsitzaufgabe“ („ceases to reside“) nach der ersten Alternative der Vorschrift⁷⁸⁰ vorliegt, müssen alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.⁷⁸¹ Hierbei wurde ursprünglich auch die Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers als ein mögliches in die Bewertung einzubeziehendes Kriterium diskutiert, bereits jedoch in einer englischen Leitentscheidung aus dem Jahre 1929 verworfen⁷⁸².

Nicht ausgeschlossen ist aber eine faktische Diskriminierung. Zwar erscheint das Tatbestandsmerkmal der Wohnsitzaufgabe zunächst neutral. Bei seiner Auslegung werden neben der Tatsache der Abwesenheit des Betroffenen aber auch die Begleitumstände dieser Abwesenheit berücksichtigt, so etwa, wo sich seine Familie aufhält. Bei Ausländern wird die Berücksichtigung solcher Faktoren naturgemäß häufiger als bei Australiern zur Erfüllung dieses negative Tatbestandsmerkmals führen.

Die zweite Alternative der Vorschrift⁷⁸³ schließt einen Versicherungsschutz aus, wenn nie ein „Wohnsitz“ in Australien bestanden hat. Eine Betroffenheit von Australiern scheint hier nur im Einzelfall denkbar, womit auch hier eine faktische Diskriminierung angenommen werden muss.

Damit muss auch bezüglich dieser Vorschriften nach einer Rechtfertigung gefragt werden, deren Fehlen zwischenstaatlichen Regelungsbedarf begründet.

777 So wurde etwa in der Entscheidung *Nonferral (NSW) Pty Ltd v Taufia* CA (NSW) 27 March 1998, unreported einem in New South Wales illegal beschäftigten Tongalesen Versicherungsschutz zuerkannt. Sec. 28 *Workers Compensation Act* 1987 (NSW) schließt die Illegalität der Beschäftigung als Grund für die Verweigerung von Versicherungsschutz sogar explizit aus.

778 Sec. 23 (b) *Workers Compensation Act* 1987 (NSW).

779 Sec. 84 (4) *Accident Compensation Act* 1985 (Vic):

This section does not apply in respect of an injury caused to or suffered by a worker outside Australia if the worker—(a) has never resided in Australia; or (b) had ceased to reside in Australia at the time the injury occurred.

780 Sec. 84 (4) (a) *Accident Compensation Act* 1985 (Vic).

781 Vgl. *Boyes/O’Loghlen*, *Accident Compensation Victoria*, s 97.2., S. 1702.15.

782 *Egyptian Land & Investment Co v Todd* [1929] AC 1 (Lord Sumner).

783 Sec. 84 (4) (b) *Accident Compensation Act* 1985 (Vic).

Sec. 84 *Accident Compensation Act* 1985 (Vic) begründet Versicherungsschutz für die Auslandstätigkeit von Arbeitnehmern, der über die Sicherung durch die allgemeinen Entschädigungsvorschriften hinausgeht. Um den heimischen Unfallschutz zu erhalten, wird dabei auch eine Doppelversicherung in Kauf genommen. Da das System auch Arbeitnehmer erfassen will, die nie im Versicherungsstaat tätig gewesen sind⁷⁸⁴, bedarf es notwendigerweise eines anderen Anknüpfungspunktes als den Beschäftigungs- oder den Schädigungsort. Der „Wohnsitz“ ist hierfür als grundsätzlich geeignet anzusehen. Da der Arbeitnehmer während der Auslandstätigkeit tatsächlich aber nicht im Versicherungsstaat „wohnen“ wird, ist die erweiterte Auslegung dieses Begriffes notwendig; dabei erscheint auch eine Einbeziehung des familiären Hintergrunds des Beschäftigten gerechtfertigt: Auch wenn diese Auslegung faktisch diskriminierend wirken kann, ist sie geeignet, eine den besondern Schutz rechtfertigende Verbundenheit zum Versicherungsstaat zu bestätigen.

Problematisch erscheint jedoch, dass die Wohnortanknüpfung tatsächlich nicht an den schutzgewährenden Versicherungsstaat erfolgt, die Vorschrift vielmehr auch die Wohnortverbindung zu einem *anderen* australischen Staat ausreichen lässt. Bei einer Auslegung des Begriffs der „Aufgabe dieses Wohnorts“ unter Heranziehung von Kriterien wie der familiären Bindung werden damit australische Arbeitnehmer, die tatsächlich nie eine den erweiternden Versicherungsschutz rechtfertigende Verbindung zum Versicherungsstaat hatten⁷⁸⁵, vom Versicherungsschutz umfasst. Ausreichend kann hierfür der Wohnort der Familie in einem anderen australischen Staat sein. Ausländische Arbeitnehmer hingegen, deren Familie im Ausland lebt, werden häufig nicht erfasst werden, auch wenn sie bereits im Versicherungsstaat gewohnt und/oder gearbeitet haben. Eine solche Differenzierung erscheint nicht zu rechtfertigen.

III. Zusammenfassung

Aufgrund der territorialen Grundanknüpfung in beiden Staaten, die personale Anknüpfungspunkte verdrängt, sind staatsangehörigkeitsspezifische Ungleichbehandlungen bei dauerhafter Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern in keinem der Staaten zu besorgen.

Im Bereich der vorübergehenden Beschäftigung im In- und Ausland kommt personalen Anknüpfungspunkten keine Bedeutung zu, so dass auch hier eine direkte Diskriminierung im Hinblick auf den Versicherungsschutz von ausländischen Arbeitnehmern ausgeschlossen ist.

Allerdings finden sich sowohl in Deutschland als auch in einem der drei australischen Staaten Anknüpfungen an den Wohnsitz oder den üblichen Aufenthaltsort des Beschäftigten. Diesen Regelungen kann faktisch diskriminierende Wirkung zukommen, die nicht systemimmanent gerechtfertigt ist und daher Regelungsbedarf begründet.

784 Ausreichend für die Begründung von Versicherungsschutz ist die Einstellung in Victoria.

785 Etwa weil sie stets in einem anderen australischen Staat gewohnt und gearbeitet haben.