

Teil 2: System der Sozialen Sicherheit in Portugal

A. Grundlagen

I. Begriff und Systematisierung

1. Begriff der Sozialen Sicherheit – Außenabgrenzung

Dass die grundlegenden Begriffe einer wissenschaftlichen Arbeit mit großer Sorgfalt bestimmt werden müssen, ist eine Selbstverständlichkeit. Dies gilt für den Begriff der Sozialen Sicherheit jedoch in besonderem Maße. Zum einen weil sich für diesen Begriff eine zumindest weitgehend akzeptierte Definition noch nicht gebildet hat und zum zweiten weil er sich in Konkurrenz zu zahlreichen eng verwandten Begriffen befindet. Der Umstand, dass die Verständigung über den Inhalt eines Begriffes auf Konventionen beruht, befreit dabei gerade in dem Fall, in dem sich eine solche Konvention (noch) nicht ausreichend eingestellt hat, nicht von der Pflicht, einen Beitrag zum einheitlichen Verständnis des Begriffs zu leisten.¹ Für das wissenschaftliche Arbeiten ist es vielmehr unabdingbar, gerade mehrdeutige Begriffe einer eindeutigen Verwendung zuzuführen. Alles andere stünde der Verständlichkeit und damit der Wirkung der Arbeit entscheidend im Wege.

Bei der Bestimmung des Inhalts eines Begriffs kann man grundsätzlich verschiedene Wege gehen und folglich auch zu unterschiedlichen Lösungen gelangen. So kann man sich der Sozialen Sicherheit etwa auf pragmatische, historische oder etymologische Weise nähern.² Um die zu verwendende Definition auf ein möglichst breites Fundament zu stellen, werden diese Wege vorliegend kombiniert. Zu diesem Zweck wird im Anschluss an die einleitenden grundsätzlichen Erwägungen eine Abgrenzung gegenüber verwandten Begriffen vorgenommen. Daraufhin erfolgen eine historische Annäherung und eine etymologische Analyse bevor abschließend die Bedeutung des Begriffs zusammenfassend und unter Einbeziehung pragmatischer Aspekte für die vorliegende Arbeit bestimmt wird. Ziel dieser Begriffsbestimmung ist dabei nicht die Erfassung sämtlicher Merkmale im Sinne eines Katalogs verbindlicher und ausschließlicher Be-

1 Zwar meint *Kaufmann*, Sicherheit, S. 119f., dass ohne ausreichende Konventionen die Definitionsversuche Einzelner zwangsläufig zu Missverständnissen führten. Selbst wenn dem so wäre, müssten diese Missverständnisse aber im Zuge der Bildung einer Konvention in Kauf genommen werden.

2 Der Begriff der Sozialen Sicherheit kann nach *Zacher*, in: *Müller*, FS für Horst Schieckel, S. 377 – 380, pragmatisch, prinzipiell und positiv gebildet werden. Ob ein historisch-verstehender Begriff möglich ist, wird dabei zwar offen gelassen. Die im Vergleich zu anderen Begriffen kurze Historie der Sozialen Sicherheit stellt jedoch letztlich nicht die Möglichkeit eines historisch-verstehenden Begriffs, sondern lediglich dessen Aussagekraft in Frage.

standteile des Begriffs,³ sondern dessen Nutzbarmachung für die angestrebte Untersuchung durch Feststellung typischer, nicht notwendiger Weise obligatorischer Merkmale. Wertungsgesichtspunkte können dabei sowohl auf der Ebene der Begriffsbildung als auch auf der Ebene der Subsumtion einbezogen werden.⁴

a. Allgemeines

Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Inhalts der Sozialen Sicherheit scheinen sich zunächst aus dem Umstand zu ergeben, dass der Begriff sowohl als Bezeichnung für die Gesamtheit der Maßnahmen zum Schutz gegenüber bestimmten Risiken als auch als Ziel bzw. Leitidee der Sozialpolitik verwendet wird.⁵ Zwar handelt es sich bei einem Ziel und einem Maßnahmenpaket um systematisch verschiedene Dinge. Dies führt jedoch nicht zwangsläufig zu einem inhaltlich unterschiedlichen Verständnis bzw. einem Widerspruch. Es ist vielmehr durchaus möglich und im vorliegenden Fall für die Verständlichkeit sogar nahezu unverzichtbar, dem Begriff der Sozialen Sicherheit im Sinne des Maßnahmenpakets all diejenigen Maßnahmen zuzuordnen, die den Begriff im Sinne der Leitidee als Ziel haben. Maßnahmen der Sozialen Sicherheit sind somit all diejenigen, die die Verwirklichung der Sozialen Sicherheit zum Ziel haben.⁶

Grundlegende Zweifel an der Definierbarkeit ergeben sich darüber hinaus aus dem historisch uneinheitlichen Gebrauch des Begriffs. Zwar wurde der Begriff in der Vergangenheit tatsächlich in sehr unterschiedlicher Weise gebraucht.⁷ Dies bedeutet aber nicht, dass dieser unterschiedliche Gebrauch eine zwangsläufige Folge der Verwendung des Begriffs ist, so dass er auch in Zukunft nicht allgemeingültig definiert werden könnte. Denn die unterschiedlichen Definitionen sind dem jeweils unterschiedlichen Kontext

3 Die Bezeichnung Begriff wird also vorliegend nicht in ihrem engen Sinne verwendet, wie sie sich etwa bei *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 37f., findet. Vgl. zur Unterscheidung zwischen dem „Begriff“ im engen Sinn und dem „Typus“ auch *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung, S. 239 – 241, der insoweit zwischen Klassenbegriffen und Ordnungsbegriffen unterscheidet, und *Winterhoff*, Verfassung, S. 56 – 69.

4 Diese Einbeziehung wertender Gesichtspunkte in die Begriffsbildung und die Subsumtion wird durch die Wahl des weiten Verständnisses des „Begriffs“ impliziert. Zugleich wird damit auch der „Begriffsjurisprudenz“ eine Absage erteilt, ohne die Notwendigkeit einer begrifflichen Annäherung an Sachverhalte oder eben einer Typisierung zu verkennen. Trotz der fehlenden Wertneutralität handelt es sich dabei um ein dogmatisches Vorgehen im Sinne eines Herausarbeitens bestimmter, wenn auch wertungsabhängiger Bezugspunkte. Vgl. dazu auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 50 – 55, *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 387f. und *Esser*, Juristisches Argumentieren, S. 20 – 22.

5 *Kaufmann/Külp*, in: Staatslexikon Recht Wirtschaft Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl., Sp. 1274 – 1276. Als Ziel erscheint der Begriff der Sozialen Sicherheit beispielsweise in § 1 Abs. 1 S. 1 SGB I, der Charakter als Maßnahmenpaket kommt etwa im Titel der ILO-Konvention 102 zum Ausdruck.

6 Selbst wenn, wie *Kaufmann*, Sicherheit, S. 120 meint, Soziale Sicherheit bereits aus sprachlichen Gründen kein Handlungsziel sein kann, ändert dies nichts an der Tatsache, dass der Begriff auch zur Beschreibung eines Ziels verwendet wird. Zudem ist es nicht überzeugend, aus dem Umstand, dass sich der Inhalt eines Begriffs nicht abstrakt erfassen lässt, zu schließen, dieser könne nicht als Handlungsziel dienen. Auch ein nicht abstrakt fassbarer Begriff kann konkrete Handlungen determinieren und insofern als Ziel dienen. Vgl. hierzu genauer unten S. 49f.

7 Vgl. dazu unten S. 39.

der Verwendung geschuldet und können mithin nicht als absolut und allgemeingültig verstanden werden. Der Blick in die Geschichte soll folglich auch nicht dergestalt erfolgen, dass die Schnittmenge, also der kleinste gemeinsame Nenner, als Inhalt des Begriffs anzusehen ist. Vielmehr soll der Begriff im Rahmen der vorliegenden Arbeit so gefasst werden, dass er unabhängig von der bisherigen Verwendung für die Zukunft und für die beabsichtigte Systemanalyse nutzbar gemacht wird. Die historische Entwicklung wird dabei nur als Hinweis auf den möglichen Inhalt verstanden, der aber gegebenenfalls der Einengung oder Ergänzung bedarf. Zu achten ist dabei besonders auf den jeweiligen Kontext, in dem die Verwendung erfolgte.

Schließlich ist zu beachten, dass der Begriff der Sozialen Sicherheit zumindest im deutschen Sprachraum in Konkurrenz zu einer Reihe weiterer Begriffe wie z.B. dem Sozialrecht, dem Sozialleistungsrecht, dem Sozialen Schutz oder der Sozialen Sicherung steht. Im Hinblick auf den Zweck der vorliegenden Arbeit wurde dabei bewusst der Terminus Soziale Sicherheit bevorzugt, weil er den bestmöglichen Kompromiss zwischen internationaler Gebräuchlichkeit und inhaltlicher Greifbarkeit darstellt. Zwar hat sich für diesen Begriff noch kein allgemeingültiges Verständnis gebildet. Doch gilt dies weitgehend auch für die anderen genannten Begriffe. Die Soziale Sicherheit zeichnet sich gegenüber diesen jedoch dadurch aus, dass sie eine weitaus größere internationale Verbreitung aufweist als etwa das Sozialrecht und sich dennoch leichter und besser inhaltlich erfassen lässt als etwa der Soziale Schutz. Eine Definition sämtlicher erwähnter Begriffe kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht in zufriedenstellender Art und Weise geleistet werden. Zum besseren Verständnis sei jedoch darauf hingewiesen, dass im Folgenden nicht zwischen Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit unterschieden wird. Zwar ist dies nicht zwingend, eine Unterscheidung der beiden Begriffe ist durchaus möglich⁸, doch hat diese Unterscheidung für die vorliegende Arbeit keinerlei Bedeutung. Ähnlich verhält es sich mit dem Begriff der Sozialen Sicherung, der bisweilen als dynamische Variante der Sozialen Sicherheit bezeichnet wird.⁹ Eine Unterscheidung der Begriffe würde die angestrebte inhaltliche Annäherung an den Begriff der Sozialen Sicherheit nur zusätzlich belasten.¹⁰ Für den Sozialen Schutz als jüngsten der

8 Vgl. Zacher, in: Müller, FS für Horst Schieckel, S. 379f., der darauf hinweist, dass die sozialstaatliche Aufgabe über das Ziel Soziale Sicherheit hinausreicht, weshalb das Sozialrecht als weiterer Begriff angesehen werden könne, der zusätzlich die positive Entfaltungshilfe erfasse. Rohwer-Kahlmann/Frentzel, Das Recht der sozialen Sicherheit, S. 20, sind hingegen der Meinung, der Begriff des Sozialrechts sei von seiner öffentlich-rechtlichen Struktur her limitiert, weshalb die Soziale Sicherheit der weitere Begriff sei. Wannagat, in: Peters, FS für Kurt Jantz, S. 55, hält die beiden Begriffe für weitgehend identisch.

9 Rohwer-Kahlmann/Frentzel, Das Recht der sozialen Sicherheit, S. 17, Schmidt, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 139 – 141.

10 Vgl. zur Unterscheidung der Begriffe Schmidt, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 139 – 141. Auch im Portugiesischen existiert neben dem Begriff *Segurança* der Begriff der *Seguridade*. Die Wendung *Seguridade Social* ist jedoch in Portugal anders als in Brasilien unüblich. Der in Portugal gebräuchliche Begriff *Seguranca Social* ist in Rezeption der internationalen Entwicklung entstanden, eine Reflexion über eine Unterscheidung der Begriffe *Seguridade Social* und *Seguranca Social* hat dabei jedoch nicht stattgefunden. Obwohl der Begriff *Seguranca* dem Begriff der Sicherung näher zu stehen scheint, hat die Unterscheidung in Portugal daher keinerlei Bedeutung.

genannten Begriffe ist eine auch nur annähernd akzeptierte inhaltliche Bestimmung noch nicht zu erkennen. Gelegentlich wird der Begriff synonym mit dem der Sozialen Sicherheit verwendet.¹¹ Mehrheitlich wird der Soziale Schutz jedoch als weiterer Begriff angesehen.¹² Welche Bereiche davon erfasst sind, ist jedoch noch weitgehend unklar und wird auch dadurch bestimmt, was unter dem Begriff der Sozialen Sicherheit verstanden wird.¹³ Vorliegend scheidet seine Verwendung aus, weil hinsichtlich der internationalen Gebräuchlichkeit kein Gewinn zu erwarten ist, aber ein Ausufern des Untersuchungsgegenstandes zu befürchten wäre. Sozialleistungsrecht¹⁴ schließlich bezeichnet bereits aus sprachlichen Gründen nur einen Teilbereich des Sozialrechts bzw. des Rechts der Sozialen Sicherheit,¹⁵ nämlich denjenigen, der sich mit den sozialen Leistungen befasst.¹⁶ Er weist eine enge Verbindung zum Begriff des Sozialverwaltungsrechts auf¹⁷ und kommt als zentraler Begriff im Rahmen der vorliegenden Arbeit ebenfalls nicht in Betracht, weil sich diese nicht nur mit dem besagten Teilbereich des Sozialrechts befasst und weil der Begriff zudem international wenig gebräuchlich ist.

Zum Gebrauch des Begriffs *Seguridade Social* in Brasilien vgl. Titel VIII, Kapitel 2 der brasilianischen Verfassung, DOU n°191-A, 1988-10-05.

- 11 Vgl. etwa ILO-Governing Body, Sozialer Schutz als Produktionsfaktor, S. 1, Dokument-Nr.: GB.294/ESP/4, abrufbar unter <http://www.ilo.org/public/german/standards/relm/gb/index.htm>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010. Der neuen portugiesischen Systematik folgend bildet das System des Sozialen Schutzes ein Untersystem der Sozialen Sicherheit. Dies lässt sich nur damit erklären, dass es sich bei dem besagten Untersystem um ein System zum Sozialen Schutz im Übrigen handelt, letztlich also das besagte Untersystem mit den beiden anderen Untersystemen gemeinsam das Gesamtsystem der Sozialen Schutzes bildet. Vgl. zu der neuen Systematik im Einzelnen S. 55.
- 12 In Bezug auf Entwicklungsländer ist ausgehend von der Zielsetzung Armutsbekämpfung ein besonders breites Verständnis vorherrschend, das neben der Sozialversicherung und der Sozialen Hilfe beispielsweise auch Risikomanagement, Arbeitsmarkt und Kinderschutz beinhaltet, vgl. dazu die Definitionen der Weltbank und der Asiatischen Entwicklungsbank <http://www.worldbank.org/sp> und <http://adb.org/SocialProtection/default.asp>, jeweils zuletzt besucht am 15. Februar 2010, sowie *Holzmann/Sherburne-Benz/Tesliuc*, Social Risk Management, S. 1.
- 13 In Frankreich etwa wird der Begriff *Sécurité sociale* als Synonym der Sozialversicherung verwendet, die wiederum gemeinsam mit der (in Frankreich internalisierend gelösten) Arbeitslosenversicherung und den ergänzenden Systemen den Sozialen Schutz bildet. Vgl. *Morvan*, Droit de la protection sociale, S. 10f.
- 14 Vgl. zum Begriff des Sozialleistungsrechts und den fehlenden Definitionsversuchen *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 126f., und *Becker*, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, S. 83 – 85.
- 15 Begrifflich muss es sich um den Schnittbereich zwischen Sozialrecht und Leistungsrecht handeln. Dass diese Schnittmenge das gesamte Sozialrecht erfasst, ist auch inhaltlich nicht überzeugend. Trotz dieses sprachlichen Arguments wurde und wird der Begriff aber auch synonym mit dem des Sozialrechts verwendet, was *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 126f., auf die Funktion des Begriffs zurückführt.
- 16 Sozialleistungen sind diejenigen Vorteile, die einem Privaten von einem Leistungsträger in Erfüllung einer sozialen Funktion gewährt werden. Vgl. *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, Rdnr. 107.
- 17 Vgl. zum Begriff des Sozialverwaltungsrechts *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 121 – 125.

b. Historische Entwicklung

Bei der Entwicklung des Begriffs Soziale Sicherheit sind drei verschiedene Phasen zu unterscheiden. Eine erste Phase beinhaltet dabei die Zeitspanne zwischen der Entstehung des Begriffs Sicherheit bis zur inhaltlichen Verbindung des Substantivs Sicherheit mit dem Adjektiv sozial. In einer zweiten Phase wird der Begriff von internationalen Organisationen übernommen und inhaltlich angepasst. Schließlich strahlt die damit verbundene internationale Verbreitung wieder auf die nationale Ebene aus, wo der Begriff mit zum Teil unterschiedlichen Inhalten rezipiert wird.¹⁸

aa. Ursprüngliche Bedeutung

Sicherheit als politischer und rechtlicher Begriff weist eine sehr lange Geschichte auf, die bis ins römische Reich zurückreicht.¹⁹ Dabei wurde der Begriff aber ursprünglich als Sicherheit der Gemeinschaft vor inneren oder äußeren Angriffen, als öffentliche Sicherheit verstanden.²⁰ Die Verbindung der Sicherheit mit dem Adjektiv sozial tauchte erstmals 1819 bei Simon Bolivar auf.²¹ Damit war jedoch noch keine Abweichung von der Idee der öffentlichen Sicherheit verbunden. Auch in Portugal wurde die Verbindung *segurança social* bereits 1820 erstmals verwendet.²² Doch auch hier wurde der Begriff im Sinne einer „gesellschaftlichen“ Sicherheit verstanden.²³

Die Soziale Sicherheit als von der öffentlichen Sicherheit unterscheidbare Kategorie trat vielmehr erst zu Beginn der 30er Jahre in Erscheinung, als in den Vereinigten Staaten von Amerika um die Reaktion auf die sozialen Folgen der Weltwirtschaftskrise gerungen wurde.²⁴ Präsident *Roosevelt* gab im Rahmen einer Botschaft an den Kongress eine durch die Sozialversicherung zu erreichende Sicherheit als politisches Ziel aus.²⁵ Dadurch wurden die Begriffe Sicherheit und sozial in einer Weise zusammengeführt, die eine Unterscheidung des Sinngehalts von Sozialer Sicherheit und öffentlicher Sicherheit ermöglichte. Aber auch zu diesem Zeitpunkt verband sich mit dem Begriff So-

18 Diese Dreiteilung der Geschichte des Begriffs findet sich in ähnlicher Form auch bei *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 43 – 52.

19 Vgl. dazu ausführlich *Kaufmann*, Sicherheit, S. 49 – 90.

20 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 52.

21 *Bolivar*, Obras completas, Bd. 3, S. 683: „El sistema de Gobierno más perfecto, es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de **seguridad social**, y mayor suma de estabilidad política“, vgl. dazu auch *Kaufmann*, Sicherheit, S. 128, *Leal*, Temas da Segurança Social, S. 93.

22 Der Begriff taucht in einer Proklamation der aus der Revolution 1820 hervorgegangenen provisorischen Regierung auf. Vgl. *Leal*, Temas da Segurança Social, S. 93f.

23 Vgl. dazu *Leal*, Temas da Segurança Social, S. 93f. Auch bei der dort zitierten Verwendung des Begriffs im Jahr 1910 war mit *segurança social* die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemeint.

24 Erstmals in diesem Zusammenhang verwendet wurde der Begriff bei der Umbenennung der *American Association for Old-Age Security* in *American Association for Social Security* im Jahr 1933. Vgl. *Kaufmann*, Sicherheit, S. 92, 128.

25 *Rosenman*, The Public Papers and Adresses of Franklin D. Roosevelt, S. 291f.: „...the great task of furthering the security of citizen and his family through social insurance.“

ziale Sicherheit noch kein konkreter Inhalt.²⁶ Zwar berief sich *Roosevelt* auf die Erfahrungen anderer Länder mit der Sozialversicherung, das durch seine Rede angekündigte Gesetzgebungsverfahren sollte sich jedoch nicht nur mit dieser Form der Sicherung beschäftigen.²⁷ Am Beginn dieses Verfahrens war noch völlig offen, welche Maßnahmen am Ende ergriffen werden sollten. Das Ergebnis des Entscheidungsprozesses, der als Teil des sog. *New Deal* verabschiedete *Social Security Act*²⁸, stellte einen Bruch mit der liberalen Tradition der Vereinigten Staaten dar und war deshalb politisch umstritten.²⁹ Zwar war die Notwendigkeit sozialer Maßnahmen offensichtlich,³⁰ aufgrund des politischen Widerstandes konnte der Bruch mit der Tradition aber nicht ohne weiteres und nicht im ursprünglich angestrebten Maß durchgesetzt werden. Auch ist zu beachten, dass der Begriff der *social security* während des Gesetzgebungsverfahrens bisweilen durch den der *economic security* ersetzt wurde,³¹ was ein weiteres Indiz dafür ist, dass der Inhalt des Terminus nicht abstrakt bestimmt wurde. Ein Schluss vom Ergebnis des Verfahrens auf den Inhalt des Begriffs ist somit schon deshalb unzulässig, weil der konkrete Inhalt des *Social Security Act* das Ergebnis eines politischen Kompromisses war. Dass das am Ende des Verfahrens entstandene Gesetz Regelungen vor allem in der Alters- und Arbeitslosenversicherung sowie der Fürsorge für Alte, Waise und Kranke enthielt,³² liefert also höchstens einen ersten Anhaltspunkt im Hinblick auf den abstrakten Inhalt des Begriffs Soziale Sicherheit. Auch der Umstand, dass vorrangiges Ziel der meisten Leistungen die Linderung elementarer Not und nicht die Einkommenssicherung war, erklärt sich vor allem durch die in den Vereinigten Staaten herrschende politische und soziale Situation.³³ Eine über diese Grundsicherung hinausgehende Verantwortung

26 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 92 weist darauf hin, dass am Anfang der Entwicklung nicht die Idee sondern das Wort stand. In diesem Sinne auch *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 44.

27 Die Erwähnung der Sozialversicherung ist wohl eher auf den Umstand zurückzuführen, dass diese Technik in den Vereinigten Staaten auf besonders große Skepsis stieß. *Roosevelt* wollte also klarstellen, dass diese Technik auch in den Vereinigten Staaten kein Tabu mehr sein dürfe. Eine Beschränkung darauf lässt sich daraus aber nicht ableiten.

28 Public Law 7421, approved August 14, 1935, 49 Stat. 620.

29 *Douglas*, Social Security in the United States, S. 84 – 125, *Doberschütz*, Die soziale Sicherung des amerikanischen Bürgers, S. 34, *Altmeyer*, The Formative Years of Social Security, S. 3 – 42, *Kaufmann*, Sicherheit, S. 94, *Berkowitz*, in: *Kingson*, Eric H. / *Schulz*, James H. : Social Security in the 21st century, S. 23 – 25.

30 Die sozialen Verwerfungen hatten ein Ausmaß erreicht, das es unmöglich machte, soziale Not weiterhin als selbstverschuldet zu begreifen. Vgl. *Doberschütz*, Die soziale Sicherung des amerikanischen Bürgers, S. 31f., *Kaufmann*, Sicherheit, S. 94, *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 45.

31 *Altmeyer*, The Formative Years of Social Security, S. 3f. *Kaufmann*, Sicherheit, S. 93f. ist der Meinung, dass der Begriff *economic security* eigentlich treffender sei als der der *social security*, da damit das Vorhandensein von wirtschaftlichen Mitteln zur Deckung des Bedarfes gemeint sei.

32 *Doberschütz*, Die soziale Sicherung des amerikanischen Bürgers, S. 32f. *Kaufmann*, Sicherheit, S. 95 weist darauf hin dass auch andere Maßnahmen im Rahmen des *New Deal* der *Social Security* zugeordnet wurden wie z.B. die Vollbeschäftigungspolitik oder die Wirtschaftsförderung.

33 Obwohl die Leistungen der auf Bundesebene organisierten Altersversicherung an das Einkommen gekoppelt waren, sollten sie nur ein Grundeinkommen sicherstellen. Vgl. *Kaufmann*, Sicherheit,

des Staates und eine weitergehende Absicherung scheiterte an der weiterhin herrschenden wirtschaftsliberalen Grundeinstellung und nicht an den Grenzen des Begriffs *social security*.³⁴

Kurz darauf tauchte der Begriff in Neuseeland auf, wo 1938 ebenfalls ein *Social Security Act* verabschiedet wurde.³⁵ Inwiefern dieses Gesetz durch den zeitlich vorausgehenden *Social Security Act* beeinflusst wurde, muss hier nicht geklärt werden. Es fällt jedoch auf, dass das neuseeländische Gesetz inhaltlich deutlich von Roosevelts *Social Security Act* abwich. Denn Neuseeland, das bereits auf eine sozialversicherungsrechtliche Geschichte aufbauen konnte, führte eine Staatsbürgersicherung ein und gründete zudem einen Nationalen Gesundheitsdienst.³⁶ Es wählte erstmals einen weitergehenden, universellen Ansatz und gilt insoweit bis heute als maßgebend. Zu den bedeutenden Neuerungen gehörten aber auch die Einführung einer speziellen Einkommenssteuer zur Finanzierung der Leistungen und ein Abkoppeln der Leistungen von den Beiträgen bzw. deren Abhängigmachen vom Vorliegen der Bedürftigkeit.³⁷ Doch auch der Inhalt der neuseeländischen Gesetzgebung lässt keinen Schluss auf den abstrakten Inhalt des Begriffs zu, da auch insoweit sozialpolitische Erwägungen den Inhalt des Gesetzes mitbestimmten.³⁸

Entscheidend für die weitere Entwicklung in Europa wurde die Verwendung des Begriffs im 1942 in Großbritannien ausgearbeiteten Beveridge-Plan.³⁹ Darin erschien die Soziale Sicherheit erstmals als Gegenmodell zu dem in der deutschen Sozialgesetzgebung gewählten Ansatz der Arbeitersozialversicherung. Ähnlich dem neuseeländischen *Social Security Act* enthielt auch der Beveridge-Plan einen universellen Ansatz, allerdings unter Beibehaltung des Versicherungsgedankens. Dadurch sollte einerseits das Problem der nicht oder nicht ausreichend von der Sozialversicherung erfassten Personenkreise gelöst, zugleich aber das die Akzeptanz fördernde Versicherungsprinzip

S. 129f., Ferrara, *Social Security*, S. 17, Schmidt, *Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit*, S. 44f.

34 Achinger, *Soziale Sicherheit*, S. 10, Schmidt, *Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit*, S. 45. Diese Notstandssicherung entsprach auch den Zielen Roosevelts, vgl. Rosenman, *The Public Papers and Adresses of Franklin D. Roosevelt*, S. 288: „...and they want some safeguards against misfortune, which cannot be wholly eliminated in this man-made world of ours.“.

35 *Social Security Act* 1938, 1938-09-14. Kaufmann, *Sicherheit*, S. 95 führt als weiteres Beispiel eines Gesetzes zur Sozialen Sicherheit Peru an und meint damit wohl das Ley N° 8433, 1936-08-12. Dabei handelt es sich jedoch bereits ausweislich seines Titels um ein Gesetz zur Sozialversicherung der Arbeiter, vgl. dazu Centro Latinoamericano de Trabajo Social, *La Seguridad Social en el Perú*, S. 31f. und Rendón Vasquez, *Derecho de la Seguridad Social*, S. 59f.

36 Report of the Royal Commission of Inquiry, *Social Security in New Zealand*, S. 45 – 49, Kaufmann, *Sicherheit*, S. 95, Schmidt, *Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit*, S. 45f., Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, S. 34.

37 Report of the Royal Commission of Inquiry, *Social Security in New Zealand*, S. 45 – 49, Kaufmann, *Sicherheit*, S. 95, 130, Schmidt, *Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit*, S. 45f.

38 Beim *Social Security Act* handelt es sich um das bedeutendste Gesetzeswerk der ersten neuseeländischen Labour-Regierung, vgl. Report of the Royal Commission of Inquiry, *Social Security in New Zealand*, S. 46.

39 Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*.

erhalten bleiben.⁴⁰ Sowohl die Beiträge als auch die Leistungen sollten jedoch einheitlich festgesetzt werden und nicht vom Einkommen abhängig sein (*flat-rate principle*).⁴¹ Bedürftigkeitsabhängige Fürsorgeleistungen sollten durch dieses Modell weitgehend überflüssig werden.⁴² Auch dieser Ansatz war indes nicht frei von politischen Erwägungen. Insbesondere das *flat-rate principle* findet seine Grundlage in der wirtschaftsliberalen Grundhaltung *Beveridges*. Denn die Funktion der Einkommenssicherung sollte insbesondere bei höheren Einkommen der privaten Versicherungswirtschaft überlassen bleiben.⁴³ Auch der Inhalt des Beveridge-Plans liefert daher keinen eindeutigen Hinweis auf den Inhalt des Begriffs Soziale Sicherheit.

Abschließend lässt sich vielmehr festhalten, dass sich in dieser ersten Phase der Verwendung des Begriffs Soziale Sicherheit noch kein einheitliches Begriffsverständnis gebildet hatte. Dies gilt sowohl für die verwendeten Techniken als auch für den materiellen Inhalt der jeweiligen Gesetzgebung. So stand in den Vereinigten Staaten der Fürsorgegedanke im Vordergrund, während in Großbritannien das Versicherungsprinzip gestärkt werden sollte. Dort sollte die Statussicherung durch private Vorsorge durchgeführt und durch *flat-rate*-Beiträge in der Sozialversicherung ermöglicht werden. In Neuseeland hingegen sollten höhere Einkommen stärker an der Finanzierung beteiligt werden, Leistungen aber ebenso wie in den Vereinigten Staaten von Bedürftigkeit abhängig sein. Hinsichtlich der erfassten Eventualitäten konzentrierte man sich in den Vereinigten Staaten auf die Risiken Alter und Arbeitslosigkeit, das Risiko der Krankheit spielte nur eine untergeordnete Rolle.⁴⁴ In Neuseeland und in Großbritannien wurde hingegen jeweils ein Nationaler Gesundheitsdienst gegründet, was von Beveridge ebenso wie die Einführung steuerfinanzierter Familienleistungen als Vorbedingung für das Funktionieren des Gesamtplans angesehen wurde.⁴⁵ Aus der Phase der erstmaligen nationalen Verwendung des Begriffs lässt sich also weder hinsichtlich der verwendeten Techniken noch bezüglich der erfassten Risiken ein klares Begriffsverständnis ableiten.

40 Der Gedanke, dass es sich bei den Sozialleistungen nicht um staatliche Almosen, sondern um durch die Beitragszahlung erworbene Rechte handelt, ist nach Ansicht *Beveridges* ausschlaggebend für die Akzeptanz der Social Security in der Bevölkerung. Vgl. *Beveridge*, Social Insurance and Allied Services. Rdnr. 21.

41 *Beveridge*, Social Insurance and Allied Services. Rdnr. 304f., *Wikeley/Ogus/Barendt*, The Law of Social Security, S. 4.

42 *Beveridge*, Social Insurance and Allied Services. Rdnr. 23, *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 47.

43 *Beveridge*, Social Insurance and Allied Services. Rdnr. 193. Zudem sollte der Beveridge-Plan auch auf einer durch keynesianische Wirtschaftspolitik zu erreichenden Vollbeschäftigung aufbauen, vgl. *McKay/Rowlingson*, Social Security in Britain, S. 56.

44 *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 44, *Berkowitz*, in: *Kingson/Schulz*, Social Security in the 21st century, S. 25.

45 *Beveridge*, Social Insurance and Allied Services. Rdnr. 301.

bb. Internationalisierung

Auf internationaler Ebene erlangte der Begriff Soziale Sicherheit erstmals Bedeutung durch seine Erwähnung im Rahmen der 1941 geschlossenen Atlantik-Charta, in der *Roosevelt* und *Churchill* die Soziale Sicherheit als Kriegsziel vorgaben.⁴⁶ Auch im Rahmen der Arbeit der internationalen Organisationen rückte der Begriff zunehmend in den Mittelpunkt. Schon seit Beginn ihrer Tätigkeit beschäftigte sich die ILO mit der Sozialen Sicherheit und erarbeitete in der Folge erste inhaltliche Vorgaben.⁴⁷ Auf ihrer Tagung im Jahr 1944, als unter anderem auch die Philadelphia-Erklärung verabschiedet wurde,⁴⁸ wurden erstmals methodische und systematische Grundlagen erarbeitet und im Rahmen zweier Empfehlungen zusammengefasst.⁴⁹ Diesen zufolge sollte die Sicherung des Lebensunterhaltes vorrangig durch ein Sozialversicherungssystem gewährleistet werden, das die Risiken Krankheit, Mutterschaft, Invalidität, Alter, Tod des Ernährers, Arbeitslosigkeit, Aufwendungen in Notstandsfällen sowie Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten erfasst. Soweit die Sozialversicherung die erforderliche Sicherheit nicht bewerkstelligen konnte, sollte die soziale Fürsorge für einen angemessenen Schutz sorgen.⁵⁰ Als sich die eng an die ILO angebundene Internationale Konferenz für Versicherung auf Gegenseitigkeit und Sozialversicherung 1947 in Internationale Vereinigung für Soziale Sicherheit umbenannte, formulierte sie zugleich einen ähnlichen Katalog sozialer Risiken.⁵¹ Dabei fällt auf, dass erstmals ausdrücklich gefordert wurde, die Maßnahmen der Sozialen Sicherheit auf die gesamte Bevölkerung auszudehnen.⁵² Im Jahr

46 Punkt 5 der Atlantik-Charta sieht vor, dass es Ziel der Verbindung zwischen den USA und Großbritannien sei zwischen allen Nationen eine möglichst umfassende Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Wirtschaft zu etablieren, um für alle bessere Arbeitsbedingungen, eine bessere wirtschaftliche Situation und Soziale Sicherheit zu gewährleisten. Vgl. Originaltext der Charta auf <http://www.unikassel.de/fb5/frieden/themen/UNO/atlantik-charta.html>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010, und dazu *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 47.

47 Zu nennen sind insoweit vor allem die Übereinkommen 8, 12, 17f., 24f. und 35 – 40 sowie die Empfehlungen 1, 10, 17, 22, 29 und 43f., abrufbar unter <http://www.ilo.org/ilolex/>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010, die sich mit der sozialen Absicherung im Falle von Arbeitslosigkeit, beruflichen Risiken, Krankheit, Alter, Invalidität und Tod des Versorgers befassen.

48 Philadelphia-Declaration vom 10. Mai 1944, als Anhang aufgenommen in die ILO-Verfassung, vgl. <http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010, *Achinger*, in: Staatslexikon Recht Wirtschaft Gesellschaft, Bd. 7, 6. Aufl., Sp. 263f.

49 Empfehlung Nr. 67 betreffend die Sicherung des Lebensunterhaltes und Empfehlung Nr. 69 betreffend die ärztliche Betreuung vom 12. Mai 1944, abrufbar unter <http://www.ilo.org/ilolex/>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010.

50 Vgl. insbesondere die Nr. 1 – 3 und 7 der Empfehlung Nr. 67. Die Nr. 23f. befassen sich mit dem Verhältnis von Beiträgen und Leistungen, das *flat-rate-principle* wird darin zwar nicht ausdrücklich vorgegeben, aber doch als mögliche Lösung angesehen.

51 EntschlieÙung betreffend die Gewährleistung des Lebensunterhaltes und EntschlieÙung betreffend ärztliche Hilfe, angenommen von der VIII. Generalversammlung der IVSS in: IVSS, Achte Generalversammlung, S. 519 – 523.

52 EntschlieÙung betreffend die Gewährleistung des Lebensunterhaltes und EntschlieÙung betreffend die ärztliche Hilfe, angenommen von der VIII. Generalversammlung der IVSS in: IVSS, Achte Generalversammlung, S. 519, 521. Im Gegensatz zur ILO-Empfehlung Nr. 69 sollte der universelle

darauf fand die Soziale Sicherheit Aufnahme in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen.⁵³ Zwar blieb die Formulierung des Rechts sehr vage und es wurden keine konkreten Vorgaben gemacht⁵⁴, doch fand sich im Anschluss eine Aufzählung sozialer Leistungen, die mit den von der ILO und der IVSS gewählten Formulierungen weitgehend übereinstimmte. Zudem wurde die Soziale Sicherheit als Menschenrecht und nicht lediglich als Recht der Arbeitnehmer behandelt.⁵⁵ In der Folge bereitete die ILO entsprechend ihrer allgemeinen Vorgehensweise die Ausarbeitung zweier Übereinkommen zur Sozialen Sicherheit vor, eines zur Festlegung von Minimalstandards und eines zur Festlegung erweiterter Standards. Im Rahmen der Vorbereitung dieser Übereinkommen unternahm man auch einen ersten konkreten Definitionsversuch des Begriffs.⁵⁶ Dieser sah vor, dass diejenigen Leistungen als solche der Sozialen Sicherheit anzusehen seien, die eine heilende oder verhütende ärztliche Behandlung, eine Kompensation bei unfreiwilligem Einkommensverlust oder ein zusätzliches Einkommen für Personen mit Familienangehörigen gewährten. Die Leistungen mussten durch Gesetzgebung geschaffen sein und entweder individuelle Ansprüche vermitteln oder öffentlichen bzw. autonomen Organisationen konkrete Verpflichtungen auferlegen. Zudem musste die Leistung auch durch diese öffentlichen oder autonomen Körperschaften verwaltet werden.⁵⁷ Im Jahr 1952 schließlich verabschiedete die ILO das Übereinkommen 102⁵⁸ und legte darin Mindeststandards der Sozialen Sicherheit in neun ver-

Ansatz nicht mehr nur eine Möglichkeit, sondern das Ziel aller Beteiligten sein, vgl. dazu *Kaufmann*, Sicherheit, S. 102 – 105.

53 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, abrufbar unter <http://www.un.org/Overview/rights.html>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010.

54 Vgl. Art. 22 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948: „Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft ein Recht auf Soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuss der für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.“

55 Vgl. insbesondere Art. 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948: „1. Jeder Mensch hat Anspruch auf eine Lebenshaltung, die seine und seiner Familie Gesundheit und Wohlbefinden einschließlic h Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztlicher Betreuung und der notwendigen Leistungen der sozialen Fürsorge gewährleistet, er hat das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität, Verwitwung, Alter oder von anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände.
2. Mutter und Kind haben Anspruch auf besondere Hilfe und Unterstützung. Alle Kinder, eheliche und uneheliche, genießen den gleichen sozialen Schutz.“

56 Zur Untersuchung der Kosten der Sozialen Sicherheit war eine vorherige Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands und somit eine Definition erforderlich. Vgl. dazu ILO, *The cost of Social Security 1949 – 1957*, S. 2f.

57 Vgl. dazu ausführlic h ILO, *The cost of Social Security 1949 – 1957*, S. 2f., *Weisser*, in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Bd. 9, S. 396f.

58 Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952, abrufbar unter <http://www.ilo.org/ilolex/>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010. Vgl. dazu *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 50f.

schiedenen Bereichen⁵⁹ fest. Auf erweiterte Standards konnten sich die Mitglieder jedoch nicht einigen und auch das Übereinkommen 102 selbst bedeutete gegenüber den bereits vorliegenden inhaltlichen Vorarbeiten einen Rückschritt. Es blieb den Vertragsparteien überlassen, ob sie lediglich die arbeitende oder die gesamte Bevölkerung in den Schutz einbezogen. Zudem fand die Fürsorge keine ausdrückliche Erwähnung mehr.⁶⁰ Aufgrund seines verbindlichen Charakters wurde das Übereinkommen 102 aber für die weitere Entwicklung bestimmend und insbesondere die Risikounterteilung fand einen Widerhall in anderen internationalen Normen. Zu nennen ist insoweit insbesondere die Europäische Sozialcharta, die auf das Übereinkommen 102 ausdrücklich Bezug nimmt, die Soziale Sicherheit aber anders als die Fürsorge lediglich als Arbeitnehmerrecht bezeichnet.⁶¹

In der zweiten Phase der Entwicklung, der Internationalisierung, wurde der Begriff der Sozialen Sicherheit also zunehmend mit Inhalt erfüllt. Dies gilt insbesondere für den Katalog der von der Sozialen Sicherheit erfassten Risiken, zu denen unter Verwendung unterschiedlicher Begrifflichkeiten Krankheit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit, Alter, Invalidität, Tod des Versorgers, Familienlasten und berufliche Risiken gehören.⁶² Eine abschließende Klärung des Begriffs brachte indes auch diese Phase nicht. Insbesondere die Frage, ob auch die Fürsorge vom Begriff erfasst ist und ob der Begriff die Sicherung der gesamten Bevölkerung impliziert, wurde nicht geklärt.

cc. Entwicklung in Deutschland

In Deutschland konnte der Begriff der Sozialen Sicherheit in der Praxis zunächst keine bestimmende Rolle übernehmen. Dies hat eine Reihe von Ursachen. Als wichtigste ist dabei der Umstand zu nennen, dass Deutschland zu dem Zeitpunkt als der Begriff erstmals verwendet wurde bereits eine langjährige Erfahrung mit der Sozialgesetzgebung hatte. Und diese Sozialgesetzgebung war bereits mit dem Begriff des Sozialrechts besetzt.⁶³ Es bestand kein Anlass, den gewohnten Begriff durch den der Sozialen Sicherheit zu ersetzen. Während des Zweiten Weltkrieges galt der Begriff in Deutschland zudem als Bezeichnung eines rückständigen, weil feindlichen Sozialsystems.⁶⁴ Auch

59 Das Übereinkommen 102 unterscheidet folgende Abschnitte: ärztliche Betreuung, Krankengeld, Arbeitslosigkeit, Alter, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, Familienleistungen, Mutterschaft, Invalidität sowie Leistungen an Hinterbliebene.

60 Kaufmann, Sicherheit, S. 105, Schmidt, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 64.

61 In der revidierten Fassung der Europäischen Sozialcharta wurde die Formulierung dahingehend geändert, dass auch die Angehörigen der Arbeiter in den Schutzbereich einbezogen wurden, vgl. Artikel 12 und 13 von Teil 1 und Teil 2 der Europäischen Sozialcharta in den Fassungen von 1961 und 1996, einzusehen unter <http://conventions.coe.int>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010. Vgl. dazu Kaufmann, Sicherheit, S. 106f., Schmidt, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 64f.

62 Diesem allgemein anerkannten Kanon erfasster Risiken ist jedoch kein abschließender Charakter zuzuerkennen, wie beispielsweise das Risiko der Pflegebedürftigkeit zeigt.

63 Vgl. zur Entwicklung des Begriffs Sozialrecht Schmidt, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 67 – 84, Zacher, in: Gitter/Thieme/ders., FS für Georg Wannagat, S. 726 – 728.

64 Siehe dazu das Vorwort der Übersetzung des Beveridge-Plans durch das Reichsarbeitsministerium, S. IV.

unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg, als der Begriff immer größere internationale Bedeutung gewann, fand dieser keinen nachhaltigen Eingang in die deutsche Terminologie. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass man in Deutschland damit beschäftigt war, die bewährten Strukturen wieder aufzubauen.⁶⁵ Da damit zunächst keine relevanten inhaltlichen Änderungen verbunden waren, wurde auch die Terminologie nicht angetastet. Im Laufe der 50er Jahre setzte zwar eine Diskussion über die Reform des bestehenden Systems ein,⁶⁶ der Begriff Soziale Sicherheit geriet dabei jedoch zwischen die ideologischen Fronten und wurde sehr schnell mit negativen Attributen versehen. Ihm wurde dabei zum Verhängnis, dass er mit dem Modell eines sozialistischen Versorgungsstaates gleichgesetzt wurde.⁶⁷ Nach dem Abflauen der Reformdiskussionen wurde der Begriff zwar wieder entideologisiert, fand aber dennoch keine nachhaltige Verbreitung.⁶⁸ Bis zum heutigen Tage dominiert deshalb in der Praxis in Deutschland weiterhin der Begriff des Sozialrechts. Soziale Sicherheit hingegen wird meist untechnisch und als Synonym des Sozialrechts verwendet ohne dass eine Differenzierung der Begriffe vorgenommen würde.⁶⁹

In der Rechtswissenschaft entwickelte sich im Laufe der Jahre eine breite Diskussion über den Inhalt des Begriffs Soziale Sicherheit, die ihren Höhepunkt in den 50er und 60er Jahren erlebte. Die verschiedenen Meinungen weisen dabei eine große Bandbreite auf. So wird vorgebracht, der Terminus Soziale Sicherheit dürfe sich weder auf die Versorgung, noch auf die Fürsorge beziehen, um Verwirrung zu vermeiden.⁷⁰ Andere sind der Ansicht, die Soziale Sicherheit umfasse nicht nur die Versicherung, die Versorgung und die Fürsorge, sondern erstrecke sich tendenziell auch auf Gebiete wie das Arbeits- oder das Steuerrecht.⁷¹ Diese beiden als extrem zu bezeichnenden Auffassungen konnten sich jedoch nicht durchsetzen, die Mehrzahl der Autoren verwendet den Begriff vielmehr als Synonym des Sozialrechts und bezeichnet daher meist unter Bezugnahme auf die internationale Entwicklung die Versicherung, die Versorgung und die Fürsorge als Soziale Sicherheit.⁷² Unabhängig von der inzwischen weiterentwickelten Binnensystematisierung ist dieses vermittelnde Verständnis des Begriffs auch heute noch vor-

65 Dies gilt natürlich in erster Linie für die Bundesrepublik, vgl. zu der Entwicklung in der Nachkriegszeit *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 209 – 214.

66 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 111f., *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 275.

67 *Kaufmann*, Sicherheit, S. 113, *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 130, *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 260 – 265. Ein Beispiel für den Versuch einer positiven Besetzung des Begriffs liefert *Jantz*, SozVers 1960, S. 61 – 63.

68 Vgl. insgesamt zu diesem Komplex *Kaufmann*, Sicherheit, S. 108 – 115 und *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 127 – 141.

69 Vgl. zum heute üblichen Gebrauch des Begriffs *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 2, Verfassungsstaat, Rdnr. 46, *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rdnr. 9f. und *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, Rdnr. 1.

70 *Friederichs*, JZ 1967, S. 280f.

71 *Auerbach*, Zusammenhänge, S. 16 – 21, *Rohwer-Kahlmann/Frentzel*, Das Recht der sozialen Sicherheit, S. 20f., *Rohwer-Kahlmann*, ZSR 1970, S. 527.

72 *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 35, *Zacher*, Die Sozialgerichtsbarkeit 1965, S. 75, *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 134.

herrschend.⁷³ Das Besondere des Begriffs wird dabei darin gesehen, dass die Technik der Sicherung eines Risikos für die Einbeziehung unerheblich sei.⁷⁴ Nicht Teil des Sozialrechts und auch nicht des Rechts der Sozialen Sicherheit ist jedoch die Beamtenversorgung, die aufgrund einer völlig separaten verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlage als eigenständig angesehen wird.⁷⁵

Abschließend bleibt damit festzuhalten, dass der Begriff der Sozialen Sicherheit in Deutschland weniger stark verbreitet ist als im internationalen Raum. Wenn er verwendet wird, so wird er oft undifferenziert als Synonym des Sozialrechts gebraucht. Inhaltlich konnte sich weder die extrem weite noch die extrem enge Auffassung durchsetzen, so dass nach dem heute bestehenden Begriffsverständnis die auch dem Sozialrechtsbegriff unterfallenden Bereiche soziale Vorsorge, soziale Entschädigung, sozialer Ausgleich und soziale Hilfe der Sozialen Sicherheit zuzuordnen sind.⁷⁶

dd. Entwicklung in Portugal

Der Begriff Soziale Sicherheit (*segurança social*) spielte auch in Portugal lange Zeit keine Rolle in der gesetzgeberischen Praxis.⁷⁷ Erst ein halbes Jahr vor der Revolution, im November 1973, tauchte der Begriff erstmals auf, als das Ministerium für Korporativorgane und Vorsorge in Ministerium für Korporativorgane und Soziale Sicherheit umbenannt wurde.⁷⁸ Während und im Anschluss an die Revolution gewann der Begriff jedoch an Bedeutung und wurde zu einer der zentralen Forderungen in der postrevolutionären Phase, freilich ohne eine damit einhergehende Konkretisierung des Inhalts. Dabei ist davon auszugehen, dass auch hier der Bedeutungsgewinn auf der internationalen Verbreitung des Begriffs beruhte,⁷⁹ zumal in Portugal ein anderer Überbegriff noch nicht existierte und bis zur Einführung der Sozialen Sicherheit nur von Vorsorge (*previdência*) und Fürsorge (*assistência*) gesprochen wurde. In der 1976 verab-

73 Zacher, in: Müller, FS für Horst Schieckel, S. 377f., ders., in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 2, Verfassungsstaat, Rdnr. 46.

74 Zacher, in: Müller, FS für Horst Schieckel, S. 378, meint, der Begriff der Sozialen Sicherheit könne ebenso wie der des Sozialrechts pragmatisch, prinzipiell, positiv oder verstehend gebildet werden. Diese Auffassung hat jedoch ebenso wenig zu einer erneuten Belebung der Diskussion geführt wie die Ansicht, positive Entfaltungshilfe und Vorsorge außerhalb öffentlicher Systeme seien vom Begriff nicht erfasst.

75 So schon Weisser, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, S. 396f. Vgl. auch Zacher, in: Müller, FS für Horst Schieckel, S. 372f. Ein Grund für die Nicht-Einbeziehung ist sicherlich auch in der Verbreitung des formellen Sozialrechtsbegriffs zu sehen, denn die Beamtenversorgung ist nicht im Sozialgesetzbuch enthalten.

76 Zacher, in: Müller, FS für Horst Schieckel, S. 377f., ders., in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 2, Verfassungsstaat, Rdnr. 46, Bley/Kreikebohm/Marschner, Sozialrecht, Rdnr. 1. Unklar bei Schuln/Igl, Sozialrecht, Rdnr. 9f.

77 Bei der zuvor erwähnten Ausnahme, vgl. Fn. 22, wird die Bezeichnung *segurança social* im Sinne der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verwendet, vgl. Leal, *Temas da Segurança Social*, S. 93f.

78 DL 548/73, DG I série, N°259, 1973-11-06, Beilage, S. 1, Leal, *Temas da Segurança Social*, S. 96f., Maia, *Segurança Social em Portugal*, S. 87.

79 Leal, *Temas da Segurança Social*, S. 98 f., führt aus, dass der Begriff in Folge der portugiesischen Teilnahme an den Konferenzen der ILO in Portugal Verwendung fand.

schiedeten Verfassung findet sich der Begriff der Sozialen Sicherheit an zahlreichen Stellen,⁸⁰ und auch das 1984 beschlossene, die Vorsorge (*previdência*) und die Fürsorge (*assistência*) neuordnende Gesetz wurde als Rahmengesetz der Sozialen Sicherheit (*Lei de Bases da segurança social – LBSS*) bezeichnet. Das heutige Verständnis des Begriffs in Portugal wird entscheidend von diesen beiden grundlegenden Normen bestimmt. Eine wissenschaftliche Diskussion über den Inhalt des Begriffs blieb hingegen weitgehend aus, vereinzelt findet sich eine Unterscheidung zwischen einem weiten und einem engen Begriff, wobei der enge Begriff lediglich die Sozialversicherung umfassen soll.⁸¹ Vorwiegend wird der Begriff jedoch in einem weiteren Sinne verwendet, der alles umfasst, was in dem erwähnten Rahmengesetz grundlegend behandelt wird, also etwa auch das System des Sozialen Eingreifens (*acção social*) mit einbezieht.⁸² In methodischer Hinsicht entspricht dieses Begriffsverständnis somit dem formellen Sozialrechtsbegriff in Deutschland.⁸³ Das portugiesische Verständnis weist jedoch gegenüber dem internationalen Begriffsverständnis erhebliche Unterschiede auf, die sich aus der verfassungsrechtlichen Terminologie und dem Inhalt des besagten Rahmengesetzes ergeben. So wird der Nationale Gesundheitsdienst (*Serviço Nacional de Saúde*) beispielsweise nicht der Sozialen Sicherheit zugeordnet, weil er auf einer anderen verfassungsrechtlichen Grundlage basiert und auch in einem eigenen Rahmengesetz behandelt wird.⁸⁴ Aus denselben Gründen nicht Teil der Sozialen Sicherheit nach portugiesischem Verständnis sind die Beamtenversorgung, die Ausbildungsförderung sowie die Versicherung der Arbeitsunfälle.⁸⁵ Andererseits gehören zur Sozialen Sicherheit in Portugal auch Teile des Systems der ergänzenden Vorsorge, soweit diese grundlegend im Rahmengesetz behandelt werden. Das formelle portugiesische Verständnis des Begriffs weist somit nicht unerhebliche Unterschiede zum internationalen und zum deutschen Verständnis des Begriffs auf.

80 Vgl. Art 56 Abs. 2 Buchst. a, Art. 63 und Art. 105 Abs. 1 Buchst. b CRP.

81 Auf diese mögliche Unterscheidung verweisen *Neves*, *Direito da Segurança Social*, S. 25, und *Guibentif*, *La pratique du droit international*, S. 17f.

82 Das System des sozialen Eingreifens (*acção social*) ist nur teilweise an die Stelle der Fürsorge (*assistência*) getreten, weshalb der Vergleich mit der ursprünglichen Unterscheidung zwischen Vorsorge und Fürsorge kein Argument für den engen Begriff liefert. A. A. insoweit *Neves*, *Direito da Segurança Social*, S. 25

83 Vgl. zum formellen Sozialrechtsbegriff *Zacher*, in: *Müller*, FS für Horst Schieckel, S. 37, *Schulin/Igl*, *Sozialrecht*, Rdnr. 3, *Bley/Kreikebohm/Marschner*, *Sozialrecht*, Rdnr. 2.

84 Grundlage des Nationalen Gesundheitsdienstes ist Art. 64 CRP. Das ihn ordnende Rahmengesetz wird als *Lei de Bases de Saúde – LBS*.

85 Das Herausfallen des Arbeitsunfalls beruht auf dem Umstand, dass dieser nicht von der Sozialversicherung erfasst ist, sondern privat versichert wird, vgl. dazu genauer unten S. 159, und *Pizarro*, *ZIAS* 1992, S. 177.

c. Etymologische Bedeutung

Sicherheit bedeutet, nicht durch eine Gefahr bedroht zu sein.⁸⁶ Soziale Sicherheit bedeutet demzufolge, nicht durch soziale Gefahren bedroht zu sein.⁸⁷ Dieses Fehlen von Bedrohungen ist ein Zustand, der auf die Gesamtheit der Gesellschaft bezogen wohl zu keinem Zeitpunkt vollkommen verwirklicht werden kann.⁸⁸ Aus dieser fehlenden Erreichbarkeit einer absoluten Sozialen Sicherheit folgt jedoch nicht, dass Soziale Sicherheit kein Handlungsziel sein kann.⁸⁹ Denn unabhängig von der uneinheitlichen Verwendung des Begriffs, kann ein nicht erreichbarer Zustand dennoch Handlungsziel sein. Zu fordern ist lediglich, dass der jeweilige Akteur den Inhalt des Begriffs für sich so genau umreißt, dass sein Handeln an der Annäherung ans Ziel gemessen werden kann.⁹⁰ Soziale Sicherheit kann somit durchaus das Ziel staatlichen und privaten Handelns sein. Das Recht, das dieses Handeln regelt, ist das Recht der Sozialen Sicherheit.

Was aber unterscheidet die Soziale Sicherheit von der allgemeinen Sicherheit, bzw. welche Gefahren sind als soziale Gefahren zu qualifizieren? Dabei ist zunächst festzuhalten, dass Maßnahmen der Sozialen Sicherheit anders als Maßnahmen der öffentlichen Sicherheit zumindest primär nicht die Sicherheit des Gemeinwesens, sondern die Sicherheit des Einzelnen anstreben.⁹¹ Durch gemeinschaftliche Lösungen soll die individuelle Sicherheit des Einzelnen gewährleistet werden. Probleme und ihre Behebung werden auf eine gemeinschaftliche, also soziale Ebene gehoben.⁹² Diese kollektive Absicherung ist jedoch subsidiär zur Selbstsicherung. Sie basiert auf der Grundnorm, dass jeder die Möglichkeit hat und die Verantwortung dafür trägt, Einkommen zu erzielen und damit die Bedarfe seiner Unterhaltsgemeinschaft zu tragen.⁹³ Grundsätzlich ist also jeder für seine eigene Sicherheit selbst verantwortlich und nur soweit diese primäre Ebene Defizite aufweist, kommt es zu einer kollektiven Lösung.

86 Duden, Bd. 10, S. 818.

87 Sozial bedeutet ursprünglich die Gesellschaft bzw. die Gemeinschaft betreffend, vgl. Duden, Bd. 5, S. 731, und stammt von lateinisch *socius* (Genosse) und französisch *social* (gesellschaftlich) ab. Vgl. grundlegend zu Herkunft und Bedeutung *Geck*, Über das Eindringen des Wortes sozial in die deutsche Sprache.

88 Diese Einschätzung teilt *Kaufmann*, Sicherheit, S. 119 – 123, *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 44.

89 Zwar meint *Kaufmann*, Sicherheit, S. 120 – 123, Ziel könne nur etwas sein, über dessen sachlichen Gehalt Übereinstimmung herrscht, in einem anderen Zusammenhang wird dies jedoch wieder revidiert, vgl. *Kaufmann*, Sicherheit, S. 115f.

90 Da vor allem im Bereich des Sozialen über die wenigsten Begriffe Übereinstimmung herrscht, müsste das Handeln der Akteure in diesem Bereich andernfalls weitgehend auf Ziele verzichten.

91 Dass mittelbar über die Sicherheit des Einzelnen auch die Sicherheit des Gemeinwesens geschützt werden soll, indem die Identifikation und Abhängigkeit des Einzelnen von der Gemeinschaft erhöht wird, steht dem nicht entgegen. Vgl. *Achinger*, Soziale Sicherheit, S. 14f.

92 *Kaufmann*, Herausforderungen des Sozialstaats, S. 21f., *Wiederin*, in: VVDStRL 64, S. 82.

93 *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 2, Verfassungsstaat, Rdnr. 27, *ders.*, in: SGb 1982, S. 329. Vgl. des Weiteren zu den Ursprüngen des Subsidiaritätsgedankens und zu seiner Bedeutung in Bezug auf die Soziale Sicherheit *Achinger*, Soziale Sicherheit, S. 17 – 20, 134 – 137, *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 193 – 198, 268f., sowie *Sachße*, ZSR 1994, S. 717 – 738.

Staatliche Maßnahmen, die an den Voraussetzungen dieser Grundnorm ansetzen, sind als Maßnahmen der Sozialen Sicherheit zu qualifizieren. Sie sorgen dafür, dass der Einzelne zunächst überhaupt in die Lage versetzt wird, seine eigene Sicherheit gewährleisten zu können, und dafür, dass die sich durch Verwirklichung bestimmter Risiken ergebenden Defizite ausgeglichen werden. Von der Gemeinschaft zu bestimmen sind dabei einerseits diejenigen Risiken, bei denen eine kollektive Lösung erforderlich ist. Zum anderen obliegt es ihr aber auch, weitere Voraussetzungen bezüglich des Defizits festzulegen, die ein Eingreifen der kollektiven Lösung rechtfertigen. Jedes Gemeinwesen ist insoweit aufgefordert, Eigen- und Kollektivverantwortung in ein angemessenes Verhältnis zueinander bringen.⁹⁴ Hinsichtlich der Risiken haben die meisten Gemeinwesen weitgehend übereinstimmende Vorstellungen entwickelt.⁹⁵ Unterschiede zeigen sich jedoch bezüglich der Abgrenzung von Eigen- und Kollektivverantwortung.⁹⁶ Auch die Art und Weise der Übernahme kollektiver Verantwortung unterscheidet sich. Denn sowohl die direkte staatliche Trägerschaft als auch das regulierende Eingreifen des Staates in private Abläufe stellen eine Form von Verantwortungsübernahme dar.⁹⁷ Da die zuvor zitierte Grundnorm das Einkommen und den Bedarf in Bezug zueinander setzt, sind die sich daraus ergebenden Defizite ausschließlich ökonomischer Natur, können also durch ökonomische Mittel ausgeglichen werden. Soweit die Defizite sich nicht in Einkommenseinbußen erschöpfen, wie z.B. im Falle der Krankheit, können sie zumindest indirekt mit finanziellen Mitteln ausgeglichen werden, indem der Staat z.B. ein kollektives System schafft, das die Kosten für die Wiederherstellung der Voraussetzungen übernimmt. Auch nicht-ökonomische Defizite wie sie z.B. hinsichtlich der Teilhabe behinderter Menschen am gesellschaftlichen Leben bestehen, können kollektiv letztlich nur ökonomisch ausgeglichen werden, indem die Gemeinschaft die Kosten für etwaige Eingliederungen übernimmt.

Dennoch sind nicht alle staatlichen Maßnahmen, die mit der zitierten Grundnorm in Zusammenhang stehen, als Maßnahmen der Sozialen Sicherheit zu qualifizieren. Staatliche Maßnahmen, die die Grundnorm des Sozialen zu erhalten suchen, sind vielmehr nur dann als soziale Maßnahmen zu begreifen, wenn dies der bestimmende und spezifische Zweck der Maßnahme ist. Die durch den Erhalt der Grundnorm zu erreichende

94 Dieser Konsens kann seinerseits als Gesellschaftsvertrag aufgefasst bzw. in einem solchen festgehalten werden. Bei der abstrakten Untersuchung dessen, was in einem solchen Gesellschaftsvertrag enthalten sein soll, spricht meiner Ansicht nach viel dafür, von einem *Veil of Ignorance* (Schleier der Unwissenheit) auszugehen. Nur so wird sichergestellt, dass der Konsens auf einer unbeeinflussten Abwägung basiert. Vgl. dazu *Rawls, A Theory of Justice*, S. 136 – 142.

95 Die zuvor zitierten Kataloge internationaler Dokumente bilden eine Art Grundkanon sozialer Risiken, freilich ohne abschließenden Charakter zu entwickeln.

96 Die Offenheit der Sozialstaatsklausel insoweit betonend *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 268f.

97 Vom Begriff her ist es somit unerheblich, ob der Staat selbst Versicherungsträger ist oder ob er in den privaten Versicherungsmarkt eingreift, indem er beispielsweise eine Versicherungspflicht oder die konkreten Vertragsinhalte vorschreibt. Lediglich wenn der Staat keinerlei Regulierungsmaßnahme ergreift, kann nicht mehr von einer kollektiven Verantwortungsübernahme gesprochen werden.

Soziale Sicherheit muss das primäre Ziel des jeweiligen Rechts sein, da sich andernfalls eine Abgrenzung nicht mit der hinreichenden Klarheit erzielen ließe. Staatliche Maßnahmen, die auch der Absicherung der Grundnorm dienen, dies aber nicht als primären Zweck verfolgen, müssen vielmehr aus der Sozialen Sicherheit ausgeklammert werden. Das Vorhandensein von Arbeit ist Voraussetzung der Grundnorm. Maßnahmen, die primär die Schaffung von Arbeit bezwecken, müssen folglich als solche der Sozialen Sicherheit qualifiziert werden. Bei den Maßnahmen, bei denen die Schaffung bzw. der Erhalt von Arbeit aber lediglich ein wenn auch willkommener Nebeneffekt ist, scheidet eine Einbeziehung hingegen aus. Das Arbeitsrecht⁹⁸ etwa zielt nicht primär auf die Schaffung oder den Erhalt von Arbeit, sondern auf die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den Vertragspartnern Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Es unterfällt somit nicht der Sozialen Sicherheit.⁹⁹ Ausgehend von der Grundnorm des Sozialen lassen sich vier soziale Zwecke, die mit dem Recht der Sozialen Sicherheit verfolgt werden, unterscheiden. Zu diesen gehören die Gewährung des Existenzminimums, die Sicherung des erreichten Lebensstandards, die Teilhabe am Wohlstand der Gesellschaft und der Ausgleich von bestehenden Defiziten.¹⁰⁰ Nur die spezifisch zumindest einem dieser Zwecke dienenden Maßnahmen unterfallen der Sozialen Sicherheit.

Abstrakt gesehen ist damit dasjenige Recht als Recht der Sozialen Sicherheit zu qualifizieren, dessen spezifischer Zweck es ist, Defizite der Grundnorm im Wege kollektiver Verantwortungsübernahme zu verhindern oder auszugleichen. Die Kollektivverantwortung ist dabei in den hier interessierenden Rechtsordnungen jedenfalls im Zusammenhang mit den Risiken Krankheit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit, Alter, Invalidität, Familienlasten, Berufskrankheit und Arbeitsunfall vorgesehen.¹⁰¹ In welcher Form die kollektive Verantwortung übernommen wird, ist grundsätzlich irrelevant, die Übernahme durch öffentliche Einrichtungen ist nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die Übernahme kollektiver Verantwortung in der Regulierung privater Absicherungen hinreichend zum Ausdruck kommt.¹⁰²

d. Zusammenfassung

Aus dem historischen Gebrauch des Begriffs der Sozialen Sicherheit lässt sich kein einheitliches Begriffsverständnis erkennen. Zunächst diente der Begriff dazu, eine neue, universelle Sicherungstechnik gegenüber der herkömmlichen Technik der Sozialversi-

98 Vgl. zum Begriff des Arbeitsrechts *Leinemann* in: *ders.*, Kasseler Handbuch, Rdnr. 1 – 3, *Dütz*, Arbeitsrecht, Rdnr. 1.

99 Auch das Kündigungsschutzgesetz soll in erster Linie die ungerechtfertigte Kündigung ausschließen und verfolgt den Erhalt des Einkommens nur als Nebenzweck.

100 *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 2, Verfassungsstaat, Rdnr. 25, 32 – 67.

101 Die Pflicht, für bei einem Dritten schuldhaft verursachte Schäden zu haften, stellt zwar ebenfalls ein beträchtliches Risiko für das Gleichgewicht zwischen Einkommen und Bedarf dar, wurde aber in keiner der untersuchten Rechtsordnungen einer kollektiven Absicherung zugeführt.

102 Auch bei der Regulierung privater Sachverhalte kommt es für die Einbeziehung in die Soziale Sicherheit auf den spezifischen Zweck einer kollektiven Absicherung an, dieser ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die regulierte private Sicherung eine öffentliche Sicherung substituieren soll.

cherung abzugrenzen,¹⁰³ wobei insbesondere in Neuseeland und in Großbritannien inhaltlich neue Wege beschritten wurden.¹⁰⁴ In einer zweiten Phase des Begriffsgebrauchs, seiner Internationalisierung, erfolgte anfangs eine Ausdehnung des Begriffs hin zu einem Überbegriff für alle Formen und Techniken der Absicherung bestimmter, einzeln aufgezählter Risiken.¹⁰⁵ Als am Ende dieser zweiten Phase in Form des ILO-Übereinkommen 102 aber erstmals eine verbindliche internationale Festlegung erzielt werden sollte, wurde ein restriktiveres Begriffsverständnis gewählt. Zwar wurden in dem Übereinkommen alle inzwischen allgemein anerkannten Risiken behandelt, auf das Ziel der Einbeziehung der gesamten Bevölkerung und eine Erwähnung der Fürsorge wurde jedoch verzichtet.¹⁰⁶ In der dritten Phase der Verwendung des Begriffs, der Ausstrahlung auf die nationale Ebene, lassen sich kaum einheitliche Tendenzen bezüglich des Begriffsgebrauchs mehr erkennen. Zwar verbreitete sich der Begriff zunehmend, er wird jedoch, wie die Beispiele Portugal und Deutschland zeigen, aufgrund nationaler Besonderheiten mit jeweils unterschiedlichem Inhalt verwendet. Vom Wortsinn her betrachtet bezeichnet Soziale Sicherheit die Gesamtheit der Maßnahmen, mit denen der Staat gezielt die Voraussetzungen dafür schafft, dass der Einzelne mittels seines Einkommens seine Bedarfe bestreiten kann, und mit Hilfe derer der Staat die sich aus der Verwirklichung bestimmter Risiken ergebenden Defizite behebt.

Sowohl aufgrund der historischen Entwicklung als auch aufgrund der etymologischen Bedeutung des Terminus, lässt sich somit festhalten, dass die Absicherung der klassischen Risiken den Kern des Rechts der Sozialen Sicherheit bildet. Mit welcher Technik diese Absicherung erzielt, wie sie finanziert wird und welche Leistungsformen vorgesehen sind, ist dabei unerheblich. Weder vom Wortsinn her noch mit historischen Erwägungen lässt sich eine Beschränkung diesbezüglich begründen.¹⁰⁷ Erfasst werden somit sowohl Geld- als auch Sachleistungen oder die Schaffung sozialer Einrichtungen. Dass das ILO-Übereinkommen 102 anders als seine internationalen Vorgänger in Gestalt der IVSS-Empfehlung von 1948¹⁰⁸ und der Allgemeinen Erklärung der Men-

103 In den Vereinigten Staaten wurden zwar auch herkömmliche Versicherungsansätze gewählt, aber eben nicht als solche bezeichnet, um ihren Inhalt insoweit zu verschleiern. Vgl. dazu genauer oben S. 39 und Kaufmann, Sicherheit, S. 129f.

104 Neu ist dabei jedoch nicht nur die personelle Reichweite, sondern auch die Entkoppelung der Leistungen vom Einkommen, in Neuseeland durch die Bedürftigkeitsklauseln und in Großbritannien durch das *flat-rate-principle*, vgl. dazu oben S. 41 und Schmidt, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 50.

105 Vgl. die erstmalige Aufzählung im Rahmen der ILO-Empfehlung 67 von 1944, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 und die ILO-Konvention 102 von 1952, abrufbar unter <http://www.ilo.org/ilolex/> bzw. <http://www.un.org/Overview/rights.html>, jeweils zuletzt besucht am 15. Februar 2010.

106 Dies zeigt sich vor allem an den nach Maßgabe des Übereinkommens jeweils zu erfassenden Personengruppen, die sich vorrangig am Erwerbsleben orientieren.

107 Zu fordern ist lediglich der spezifische Zusammenhang zum Sozialen, vgl. dazu oben S. 50.

108 Entschließung betreffend die Gewährleistung des Lebensunterhalts und Entschließung betreffend ärztliche Hilfe, angenommen von der VIII. Generalversammlung der IVSS in: IVSS, Achte Generalversammlung, S. 519 – 523.

schenrechte der Vereinten Nationen¹⁰⁹ eine Ausdehnung der Absicherung auf die gesamte Bevölkerung nicht explizit vorschreibt, bedeutet nicht, dass nur die Absicherung im Wege der Sozialversicherung erfasst sein sollte. Auch die Absicherung in Form staatlicher Dienste, also insbesondere durch Gesundheitsdienste, und die Einführung von Systemen der Staatsbürgersicherung sind somit vom Begriff der Sozialen Sicherheit erfasst.¹¹⁰ Einzubeziehen ist auch die Beamtenversorgung. Dass die staatliche Verantwortung ihre Grundlage insoweit in manchen Ländern zumindest auch im Alimentationsgrundsatz findet, kann zu keiner anderen Bewertung führen. Denn die staatliche Verantwortung für die Absicherung bestünde auch ohne die Existenz eines Alimentationsgrundsatzes.¹¹¹ Ebenfalls einen Teil der Sozialen Sicherheit bildet die Fürsorge. Etymologisch gesehen folgt dies aus dem Umstand, dass die Abwesenheit elementarer Not eine Grundvoraussetzung für die Grundnorm des Sozialen ist. Doch auch der Blick in die Geschichte zwingt nicht zu einem anderen Ergebnis. Zwar werden Soziale Sicherheit und Fürsorge mitunter als getrennte Kategorien behandelt,¹¹² dies ist aber auf die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Dokumente und nicht auf abstrakte Erwägungen zum Inhalt des Begriffs zurückzuführen. So ist zu beachten, dass insbesondere bei der Ausarbeitung des ILO-Übereinkommens 102 zahlreiche Kompromisse erforderlich waren, um überhaupt ein Ergebnis erzielen zu können.¹¹³ Gerade die Einbeziehung der Fürsorge in das Abkommen stieß auf Ablehnung, weil die jeweiligen Staaten sich international nicht zu etwas verpflichten wollten, was noch nicht einmal auf nationaler Ebene in eine Pflicht des Staates gefasst worden war.¹¹⁴ Vor dem Hintergrund einer von politischen Erwägungen weniger beeinflussten Ausarbeitung erscheinen daher die von der IVSS, von der UNO und anfänglich auch von der ILO selbst gewählten Ansätze

109 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, abrufbar unter <http://www.un.org/Overview/rights.html>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010.

110 Eine andere Lösung wäre kaum mit den historischen Gegebenheiten in Einklang zu bringen, da trotz des engen Begriffsverständnisses des ILO-Übereinkommens 102 gerade die Ausdehnung der Personenkreise ein zentrales Anliegen der gesetzgeberischen Maßnahmen in Neuseeland und in Großbritannien war, vgl. dazu oben S. 41.

111 Insoweit a. A. *Weisser*, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, S. 396f., der die Beamtenversorgung aufgrund der Geltung des Alimentationsgrundsatzes aus dem Anwendungsbereich der Sozialen Sicherheit streichen will. Dagegen ist aus rechtsvergleichender Perspektive einzuwenden, dass dadurch die Einbeziehung von der Geltung des Alimentationsgrundsatzes abhängen würde, was funktional nicht zu rechtfertigen ist.

112 So etwa die an das ILO-Übereinkommen 102 anknüpfenden Artikel 12 und 13 von Teil 1 und Teil 2 der Europäischen Sozialcharta, sowohl in ihrer ursprünglichen als auch in der revidierten Fassung, einzusehen unter <http://conventions.coe.int>, zuletzt besucht am 15. Februar 2010. Vgl. dazu *Kaufmann*, Sicherheit, S. 106f., *Schmidt*, Sozialrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, S. 64f.

113 Bereits die Regierungsantworten auf den ersten Entwurf der Konvention zeigen deutlich die unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt des Übereinkommens, abgedruckt sind diese Antworten in: ILO, Report IV (2), Objectives and Minimum Standards of Social Security, S. 3 – 66.

114 Die Diskussion über den Entwurf des Übereinkommens auf der 34. Tagung zeigt, dass die Einbeziehung der Fürsorge in das Übereinkommen nicht mehrheitsfähig war. Abgedruckt ist die Diskussion in: ILO, Report V(a)(1), Minimum Standards of Social Security, S. 39 – 46.

überzeugender.¹¹⁵ Diesen zufolge bildet die Fürsorge aber einen Teil der Sozialen Sicherheit.¹¹⁶ Auch in den hier interessierenden nationalen Rechtsordnungen unterfällt die Fürsorge der Sozialen Sicherheit,¹¹⁷ ein insoweit einschränkendes Begriffsverständnis wäre also auch unter diesem Gesichtspunkt nur schwer zu begründen. Grundsätzlich nicht erfasst sind hingegen das Arbeits- und das Steuerrecht, weil es insoweit am spezifischen Zusammenhang zum Sozialen fehlt.¹¹⁸ Ausnahmen sind nur insoweit zu machen, als einzelne Regelungen einen konkreten und damit eben doch spezifischen Bezug zum Recht der Sozialen Sicherheit aufweisen.¹¹⁹ Dies ist etwa der Fall bei der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bei der steuerlichen Begünstigung von Kindern als Alternative zum Kindergeld. Auch andere staatliche Maßnahmen, die die Voraussetzungen für die Geltung der Grundnorm des Sozialen schaffen wollen, unterfallen nur dann der Sozialen Sicherheit, wenn der Zusammenhang mit der Grundnorm ein spezifischer ist. Allgemeine Maßnahmen zur Verbesserung des wirtschaftlichen Klimas und damit letztlich auch zur Schaffung und Sicherung von Erwerbschancen sind davon nicht erfasst. Konkrete Förderungsmaßnahmen insbesondere bezüglich des Risikos der Arbeitslosigkeit hingegen sind durchaus als Maßnahmen der Sozialen Sicherheit zu begreifen, soweit sie individuell und gezielt die Geltung der Grundnorm bewirken sollen. Private Maßnahmen an sich unterfallen nicht der Sozialen Sicherheit. Staatliche Maßnahmen zur Förderung oder Unterstützung dieser privaten Maßnahmen sind jedoch dann vom Begriff der Sozialen Sicherheit erfasst, wenn sie speziell die Absicherung der Grundnorm bezwecken. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die jeweiligen staatlichen Maßnahmen eine Ersetzung der ursprünglich staatlichen Absicherung durch private Vorsorge zum Gegenstand haben. Doch auch wenn keine Ersetzung, sondern lediglich eine Ergänzung vorliegt, kann eine hinreichend große Regulierungsdichte einen spezifischen Zusammenhang begründen.¹²⁰ Weiterhin nicht vom Begriff der Sozialen Sicherheit erfasst sind die Wohnungsförderung und die Bildung. Zwar weisen beide Bereiche unabhängig von einem erneut zu fordernden spezifischen Zusammenhang grundsätzlich einen engen Bezug zur Grundnorm auf, da beide eine Grundvoraussetzung für deren Wirksamkeit bilden. Wegen ihrer unzweifelhaft bestehenden Bedeutung für die Erreichung sozialer Ziele wird der

115 Bei der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte handelt es sich um eine Resolution und nicht um ein Übereinkommen, sie ist daher ebenso wenig verbindlich wie die Empfehlungen der ILO oder der IVSS.

116 Vgl. dazu oben S. 43.

117 Vgl. dazu oben S. 45 und 47.

118 Ob insoweit die Unterscheidung zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen erforderlich und hilfreich ist, sei dahingestellt. Das Arbeitsrecht bezweckt jedenfalls nicht spezifisch die Behebung von Defiziten der Grundnorm, vgl. dazu oben S. 51. Vgl. zur Unterscheidung zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen *Zacher*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S.576f.

119 Vgl. zum Erfordernis des spezifischen Zusammenhangs oben S. 50.

120 Welches Maß an Regulierungsdichte einen spezifischen Zusammenhang begründet, kann freilich nicht mit hinreichender Genauigkeit für alle denkbaren Situationen bestimmt werden. Die Offenheit des Kriteriums ist aber letztlich eine Folge der Offenheit des Begriffs.

Zusammenhang der beiden Bereiche mit dem der Sozialen Sicherheit auch zunehmend betont.¹²¹ Historisch betrachtet haben sich Wohnung und Bildung aber weitgehend unabhängig von der Sozialen Sicherheit entwickelt, weshalb sie auch im vorliegenden Zusammenhang nicht in die Betrachtung mit einbezogen werden.¹²²

Allein die Fülle von Zweifelsfragen bezüglich der Außengrenzen des Begriffs Soziale Sicherheit belegt das Erfordernis eines offenen Begriffsverständnisses. Diese Offenheit kommt auch bei dem hier zugrunde gelegten Verständnis an verschiedenen Punkten zum Ausdruck. Denn weder kann die Aufzählung klassischer Risiken als abschließend angesehen werden¹²³, noch kann das für eine Einbeziehung erforderliche Maß des spezifischen Zusammenhangs abstrakt und endgültig bestimmt werden. Ebenso wenig lässt sich mit Gewissheit sagen, dass die weitere Entwicklung nicht die Aufnahme der Bereiche Wohnung und Bildung erforderlich machen wird. Es ist jedoch festzuhalten, dass sich mit den vorliegend verwendeten Kriterien eine stringente Abgrenzung auch in anderen Zusammenhängen erzielen lässt.

2. Systematisierung der Sozialen Sicherheit – Innenabgrenzung

Ebenso viele Schwierigkeiten wie die inhaltliche Annäherung an den Begriff bereitet auch die Systematisierung des Rechts der Sozialen Sicherheit. Dennoch ist es für die Erfassung ausländischer Systeme von entscheidender Bedeutung nicht nur dem Begriff Konturen zu verleihen, sondern auch eine Systematisierung des Inhalts vorzunehmen. Nur so lassen sich die funktionalen Aspekte der einzelnen Teile herausarbeiten. Dabei soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit zunächst dargestellt werden, welche verschiedenen Systematisierungen gebräuchlich sind. Dies dient dazu, die Vergleichbarkeit der sich anschließenden Darstellung sicherzustellen und die Erfassbarkeit aller in unterschiedlichen Ländern vorhandenen Lösungen zu gewährleisten. Im Anschluss daran soll der Aufbau des portugiesischen Systems erläutert werden, um ein grundlegendes Verständnis von dessen Systematisierung zu ermöglichen. Abschließend wird bezugnehmend sowohl auf die rechtsvergleichende, als auch auf die nationale Perspektive, der Aufbau der Systemanalyse im Rahmen der vorliegenden Arbeit erläutert.

121 Eine angemessene Wohnung ist Teil des für eine würdige Existenz erforderlichen Bedarfes, Bildung ist die Grundvoraussetzung von Chancengleichheit, vgl. dazu Zeeb , Beteiligungsgerechtigkeit und Ehmann, Bildungsfinanzierung und soziale Gerechtigkeit.

122 Bei den Rechten auf Bildung und Wohnung handelt es sich zwar auch um soziale Grundrechte, sie werden aber getrennt vom Recht auf Soziale Sicherheit behandelt, weshalb in keiner der in Bezug genommenen internationalen Normen Bildung und Wohnung innerhalb der Sozialen Sicherheit behandelt werden.

123 Dies wird bereits durch die Anerkennung der Pflegebedürftigkeit als Risiko widerlegt.

a. Rechtsvergleichender Ansatz

Versuche zur Systematisierung des Rechts der Sozialen Sicherheit wurden in der Vergangenheit bereits mehrfach unternommen.¹²⁴ Zur richtigen Einordnung dieser Systematisierungen ist jedoch grundsätzlich zu bedenken, dass jede Systematisierung einen selbstgewählten Begriff zum Ausgangspunkt nimmt, der weder mit dem Begriff der anderen Systematisierungen noch mit dem hier verwendeten Begriff notwendigerweise identisch ist. Die Systematisierungen weisen also unterschiedliche Bezugspunkte auf. Werden beispielsweise internalisierende Lösungen nicht als Sozialrecht bzw. als Recht der Sozialen Sicherheit verstanden, so werden von der Systematisierung der verbleibenden externalisierenden Lösungen Gebiete wie z.B. nationale Gesundheitsdienste oder Beamtenversorgung nicht erfasst.¹²⁵

Ausgangspunkt jeder Systematisierung ist die Bestimmung der maßgeblichen Unterscheidungskriterien. Mögliche Unterscheidungskriterien existieren in der Sozialen Sicherheit in großer Zahl. Zu nennen sind vor allem die Art der Finanzierung (steuer- oder beitragsfinanziert), Voraussetzungen der Leistung (bedürftigkeitsabhängig oder nicht), die Bestimmung der Leistung (konkrete oder abstrakte Leistungsbestimmung), die Art der Leistung (Geld- oder Sachleistung), der Umfang der Leistung (Existenzminimum oder z.B. Sicherung des Lebensstandards) der Zweck der Leistung (Einkommensersatz, Existenzminimum etc.) und die Begründung der Leistung (final oder kausal). Ein weiteres Kriterium stellen die Risiken bzw. Lebenslagen dar, an denen eine Leistung anknüpft. Fraglich ist aber, ob die verschiedenen Kriterien derart gebündelt werden können, dass daraus ein praktikables und umfassendes System erwächst.

Im deutschen Sprachraum für lange Zeit verbreitet war die Unterteilung des Rechts der Sozialen Sicherheit in Sozialversicherung, Versorgung und Fürsorge.¹²⁶ Sozialversicherung umfasste dabei die nach dem Versicherungsprinzip aufgebaute, also beitragsfinanzierte, Absicherung gegen typische soziale Risiken. Unter Versorgung waren alle staatlichen Leistungen zu verstehen, die aus Steuern finanziert wurden und entweder einen erhöhten Bedarf decken (Allgemeinversorgung) oder ein besonderes Opfer (Sonderversorgung) ausgleichen sollten. Die Fürsorge schließlich umfasste die steuerfinanzierten, bedürftigkeitsabhängigen Leistungen zur Gewährleistung des Existenzminimums.¹²⁷ Unterscheidungskriterium zwischen Sozialversicherung und den übrigen Kategorien war dabei also insbesondere die Beitragsfinanzierung. Versorgung und Fürsorge ihrerseits unterschieden sich hingegen im Hinblick auf die Leistungsvorausset-

124 Vgl. beispielsweise *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 1 – 39, *Zacher*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 571 – 595, *Harris*, The Shape and Characteristics of Social Security, S. 155 – 165.

125 Vgl. zur Unterscheidung zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen *Zacher*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 576f., 581.

126 Grundlegend *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 1 – 39, vgl. dazu auch *Waltermann*, Sozialrecht, Rdnr. 63, *Muckel*, Sozialrecht, S. 19. Diese klassische Unterscheidung liegt auch der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes zugrunde, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 10, 12 GG.

127 *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 31 – 33, *Waltermann*, Sozialrecht, Rdnr. 63, *Muckel*, Sozialrecht, S. 19, *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, Rdnr. 13 – 16.

zungen (lediglich die Fürsorge ist bedürftigkeitsabhängig). Tatsächlich hatte diese Unterscheidung aber weniger einen funktionalen, als vielmehr einen historischen Ursprung. Denn alle drei Bereiche haben sich zu verschiedenen Zeiten und weitgehend unabhängig voneinander entwickelt.¹²⁸ Schwierigkeiten bei dieser Einteilung ergaben sich deshalb auch insbesondere daraus, dass sie nicht geeignet erschien, neuere Instrumente zu erfassen, zumal sich die Unterscheidung auch in der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes niedergeschlagen hatte.¹²⁹

Die inzwischen weitgehend anerkannte „neue Trias“ unterscheidet demgegenüber die Kategorien Vorsorge, Entschädigung und Hilfs- bzw. Fördersysteme.¹³⁰ Vorsorge und Entschädigung werden dabei als geschichtsbezogene Systeme behandelt, da sie entweder an eine Beitragsgeschichte oder an eine Verantwortungsgeschichte anknüpfen. Hilfs- und Förderleistungen sind hingegen situationsbezogene Systeme.¹³¹ Zur Systematisierung dessen, was gemeinhin in Deutschland unter Sozialrecht verstanden wird,¹³² ist diese Aufteilung trotz gewisser Schwierigkeiten z.B. bezüglich der Abgrenzung zwischen Hilfs- und Förderleistungen durchaus geeignet. Die Vorsorge entspricht weitgehend der ehemaligen Kategorie Versicherung¹³³, die jetzige Hilfe wurde zuvor als Fürsorge bezeichnet und die bisherige Versorgung wurde in Entschädigung (Ausgleich eines besonderen Opfers) und Förderung (Deckung eines erhöhten Bedarfs) aufgespalten. Die dieser Aufteilung mitunter vorgelagerte Unterscheidung zwischen internalisierenden und externalisierenden Lösungen¹³⁴ erschwert jedoch die Verwendung der Systematisierung beim Rechtsvergleich und bei der Auslandsrechtskunde. Denn zentrale Teile der Sozialen Sicherheit wie z.B. Gesundheitsdienst und Beamtenversorgung werden nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis als internalisierende Lösungen eingestuft und dem Anwendungsbereich dadurch grundsätzlich ent-

128 Vgl. dazu *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 13 – 123. Demzufolge handelt es sich bei der Fürsorge um die älteste Form der Sicherung, gefolgt von der Versorgung und der Sozialversicherung. Alle Formen gründen zudem auf jeweils unterschiedlichen gedanklichen Fundamenten.

129 Zu den schwer zu erfassenden Instrumenten gehörten vor allem die später als Förderung bezeichneten Maßnahmen wie z.B. der Familienlastenausgleich. Vgl. dazu *Waltermann*, Sozialrecht, Rdnr. 63, *Muckel*, Sozialrecht, S. 19.

130 Erstmals erwähnt von *Bogs* (u.a.), Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 60, 114f., und näher ausgeführt von *Zacher*, DÖV 1970, S. 6 (Fn. 41), der darin die Hilfs- und Fördersysteme gemeinsam als Ausgleichssysteme erfasst, später aber, vgl. *ders.*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 583 – 588, genauer differenziert. Vgl. dazu aus heutiger Sicht *Waltermann*, Sozialrecht, Rdnr. 64, *Muckel*, Sozialrecht, S. 20, und *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, Rdnr. 17.

131 *Zacher*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 582f.

132 Vgl. dazu oben S. 45.

133 Zunächst scheint *Zacher*, DÖV 1970, S. 6 (Fn. 41), und *ders.*, DÖV 1972, S. 462, auch die Beamtenversorgung im Rahmen der Vorsorge erfassen zu wollen, was er aber später wieder aufgibt, vgl. *ders.*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 583 – 585.

134 Vgl. zu dieser Unterscheidung *Zacher*, in: SGb 1982, S. 331, *ders.*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 576f. Erforderlich zur Außenabgrenzung ist lediglich das Erfordernis eines spezifischen sozialen Zweckes.

zogen.¹³⁵ Zwar wird die Schaffung einer zusätzlichen situationsbezogenen Kategorie, sog. vorsorgeanaloger Systeme, vorgeschlagen,¹³⁶ dies vermag jedoch die sich stellenden Schwierigkeiten nicht hinreichend zu beseitigen. Denn davon erfasst werden lediglich die Systeme der Staatsbürgersicherung, nicht jedoch Gesundheitsdienste und Beamtenversorgung.¹³⁷

Neben dieser in Deutschland am weitesten verbreiteten Aufteilung werden jedoch sowohl in Deutschland als auch in anderen Ländern weitere Systematisierungen vertreten.¹³⁸ Dabei wird unter anderem grundlegend zwischen finalen und kausalen Leistungen unterschieden.¹³⁹ Auch wird dem Zweck der Leistung folgend danach differenziert, ob die Leistungen einkommensersetzende Funktion haben oder aber dem Ausgleich erhöhter Kosten oder der Armutsbekämpfung dienen.¹⁴⁰ Des weiteren wird es als möglich angesehen, zwischen bedürftigkeitsabhängigen Leistungen und nicht bedürftigkeitsabhängigen Leistungen sowie zusätzlich bei den nicht-bedürftigkeitsabhängigen Leistungen zwischen beitragsfinanzierten und nicht beitragsfinanzierten Leistungen zu unterscheiden.¹⁴¹ Keiner dieser Unterscheidungen gelingt es jedoch, die verschiedenen Ausgestaltungsformen abschließend zu erfassen und mit hinreichender Schärfe voneinander abzugrenzen und in Folge dessen allgemein akzeptiert zu werden. Schließlich wird auch eine Unterscheidung anhand der einzelnen sozialen Risiken vorgeschlagen.¹⁴² Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich die über die allgemein anerkannten, klassischen Risiken hinausgehenden sozialen Lagen nicht abschließend oder allgemeingültig bestimmen lassen. Insbesondere in den Kategorien Entschädigung¹⁴³, Förderung und Hilfe fällt es schwer, die einzelnen sozialen Lagen herauszuarbeiten.

135 Zacher, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S.576 – 585. Entgegen Zacher die Beamtenversorgung der Vorsorge zuordnend *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rdnr. 75.

136 Zacher, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 587.

137 Nicht hinreichend geklärt ist zudem die Einbeziehung der betrieblichen und privaten Vorsorge, vgl. Zacher, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 584f.

138 Vgl. insbesondere Harris, *The Shape and Characteristics of Social Security*, S. 155 – 165, *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, Rdnr. 17f.

139 Demzufolge gelten im deutschen Recht vor allem Unfallversicherung und Entschädigungsleistungen als kausale Systeme. Kritisch dazu Zacher, in: SGB 1982, S. 334f., *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rdnr. 76, *Muckel*, Sozialrecht, S. 21.

140 Krause, ZSR 1972, S. 390, 510, 514, *Muckel*, Sozialrecht, S. 20f, Harris, *The Shape and Characteristics of Social Security*, S. 157, mit weiteren Differenzierungen derselben Richtung folgend *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, Rdnr. 17f.

141 Harris, *The Shape and Characteristics of Social Security*, S. 159.

142 Diese Systematisierung greift die international üblichen Risiken auf, mitunter wird auch eine Mischung der Spezifizierung anhand von Risiken und der anhand des Leistungszwecks vorgenommen, vgl. dazu Harris, *The Shape and Characteristics of Social Security*, S. 161 – 163, *Pieters*, Introduction into the basic principles, S. 30, der die Notwendigkeit der allgemeinen Anerkennung der Risiken hervorhebt. Verwendet wird diese Unterscheidung auch in *Pieters*, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*.

143 Einzig die Kriegsofferentschädigung kann als weitgehend verbreiteter Entschädigungstatbestand anerkannt werden. Alle übrigen Entschädigungstatbestände entspringen mehr oder weniger nachvollziehbaren Entscheidungen des nationalen Gesetzgebers und können daher nicht allgemein strukturiert werden.

Eine Unterscheidung des gesamten Rechts der Sozialen Sicherheit anhand sozialer Risiken birgt für die vorliegende Arbeit zudem die Gefahr unnötiger Wiederholungen und einer erschwerten Erfassung struktureller Unterschiede im Hinblick auf die Untersuchung des Einflusses von Verfassung und internationalem Recht.¹⁴⁴

Denn letztlich wird die anzuwendende Systematisierung entscheidend von ihrem eigenen Zweck bestimmt. Soll diese lediglich dazu verwendet werden, das Recht eines Landes darzustellen, und sollen insoweit keinerlei über das Land hinausreichende Schlüsse gezogen werden, so muss auf die Besonderheiten anderer Länder nicht eingegangen werden. Vorliegend soll zwar ebenfalls nur das Recht eines Landes erfasst werden. Die in und für Portugal gefundenen Lösungen müssen jedoch von den zugrundeliegenden Problemen abstrahiert werden, um die strukturbildenden Aspekte des Systems erfassen und daraus auch für andere Länder Schlüsse ziehen zu können. Weil die vorliegende Untersuchung keinen rein systemimmanenten Ansatz verfolgt, muss bei der Systematisierung des Rechts der Sozialen Sicherheit somit ebenso vorgegangen werden wie im Falle der Rechtsvergleichung. Darüber hinaus ist für den vorliegenden Zusammenhang auch zu beachten, dass die Systematisierung nicht nur der Untersuchung der Sozialen Sicherheit dient, sondern dass im Anschluss daran auch der Zusammenhang zwischen der Verfassung und der Sozialen Sicherheit untersucht wird. Die Systematisierung muss daher auch so ausgestaltet sein, dass sie die möglicherweise unterschiedlichen normativen Vorgaben der einzelnen Kategorien widerspiegelt. Nur so lässt sich im weiteren Verlauf der Zusammenhang zwischen Verfassung einerseits und Sozialer Sicherheit andererseits in gewinnbringender Art und Weise erfassen.

Diese Grundsätze beachtend stellen sowohl die Soziale Hilfe als auch die Vorsorge, die auch in den meisten zuvor zitierten Systematisierungen als (Unter-)Kategorien erscheinen, eigenständige Kategorien dar. Entscheidendes Charakteristikum der Vorsorge ist dabei die Beitragsfinanzierung. Darüber hinaus erfolgt die Vorsorge in der Regel risikospezifisiert, so dass jeweils nur bestimmte soziale, einer vorsorgenden Absicherung zugängliche Risiken erfasst sind. Dabei ist zu beachten, dass auch die private und die betriebliche Vorsorge unabhängig davon, ob sie alternativen oder ergänzenden Charakter haben, und sofern sie aufgrund des in ihrer gesetzlichen Grundlage zum Ausdruck kommenden spezifischen sozialen Zwecks einen Teil der Sozialen Sicherheit bilden, der Vorsorge zuzuordnen sind, da auch bei ihnen eine Beitragsfinanzierung gegeben ist. Ob Beiträge und Leistungen einkommensabhängig berechnet werden, ist hingegen irrelevant. Der Vorsorge ist vielmehr alles zuzuordnen, was durch Beiträge finanziert wird.¹⁴⁵ Die Soziale Hilfe hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht an

144 Die normativen Vorgaben etwa für die Vorsorge und die Soziale Hilfe unterscheiden sich erheblich voneinander. Die Vorgaben für die jeweiligen sozialen Lagen weisen hingegen in der Regel keine derartigen strukturellen Unterschiede auf. Vgl. zu den normativen Vorgaben der portugiesischen Verfassung unten S. 239.

145 Dies gilt unabhängig davon, welchen Zwecken diese Form der Absicherung dient und ob sie kausal oder final begründet ist. Erfasst sind mithin auch die Vorsorge gegen berufliche Risiken und etwaige beitragsfinanzierte Leistungen aus anderen Bereichen, wie z.B. Familienleistungen oder Arbeitsförderung.

spezifische Risiken, sondern lediglich an das Vorliegen von Bedürftigkeit anknüpft und nicht durch Beiträge finanziert wird. Sowohl die Vorsorge als auch die Soziale Hilfe bilden für die vorliegende Untersuchung auch deshalb geeignete Kategorien, weil sie mit unterschiedlichen normativen Grundlagen verbunden sind. Auch Förderung und Entschädigung bilden eigenständige Unterkategorien.¹⁴⁶ Die Förderung ist dabei durch den Ausgleich eines erhöhten Bedarfes¹⁴⁷ und das Ziel der Erreichung von Chancengleichheit durch Entfaltungshilfen gekennzeichnet.¹⁴⁸ Bei der Entschädigung sind ebenfalls zwei bestimmende Komponenten zu unterscheiden. Zum einen ist sie Ausdruck einer staatlichen Verantwortung für den eingetretenen Schaden, folgt also aus einer aufopferungsrechtlichen Erwägung. Daneben gehört es aber auch zum Wesen der Entschädigung, dass eine Vorsorge für das verwirklichte Risiko nicht möglich oder nicht geboten ist.¹⁴⁹ Sowohl Entschädigung als auch Förderung weisen ihrerseits einen speziellen normativen Hintergrund auf, der bei der Förderung in der möglichen Vorgabe spezieller zu fördernder Bereiche und bei der Entschädigung in der Normierung besonderer staatlicher Verantwortung für die eingetretenen Schäden zu sehen ist. Von den bisher aufgeführten Kategorien nicht erfasst sind staatliche Dienste, Beamtenversorgung und Staatsbürgersicherung. Diese unterscheiden sich von der Vorsorge insbesondere durch den Umstand, dass sie entweder vollumfänglich oder überwiegend aus Steuern finanziert werden und daher keinen oder nur einen begrenzten Bezug zu Beiträgen aufweisen.¹⁵⁰ Bei den von den genannten Systemen zu bewältigenden Situationen handelt es sich aber um die in anderen Systemen oder Fällen durch Vorsorge abgesicherten klassischen sozialen Risiken. Es handelt sich somit um eine risikospezifische Absicherung. Zudem vermitteln die gewährten Leistungen ebenso wie die Leistungen der Sozialversicherung entweder einen Ausgleich für entfallenes Einkommen¹⁵¹ oder bezwe-

146 Förderungs- und Entschädigungsleistungen sind zwar der Vorsorge zuzuordnen, wenn sie beitragsfinanziert sind, ob sie aber bedürftigkeitsabhängig sind oder nicht, spielt für die Einordnung keine Rolle.

147 Die Frage nach dem erhöhten Bedarf ist dabei an die Frage nach dem allgemein anerkannten Bedarf, also dem Existenzminimum, geknüpft. Da sich beides nicht abstrakt und für alle denkbaren Fälle festschreiben lässt, bleibt die Abgrenzung zwischen Sozialer Hilfe und Förderung dem Einzelfall überlassen.

148 Dass die Förderung in Deutschland vor allem deshalb verselbständigt wurde, weil sie nicht mehr unter die Versorgung subsumiert werden sollte bzw. konnte, hat jedoch lediglich kompetenzrechtliche Gründe und spielt daher für die hier eingenommene rechtsvergleichende Perspektive keine Rolle.

149 Vgl. zu den Wesensmerkmalen der Förderung und der Entschädigung *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rdnr. 84 – 89, *ders.*, Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs, S. 122 – 126, *Becker*, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, S. 88 – 100.

150 Die Beamtenversorgung kann zwar durchaus auch durch Beiträge finanziert werden, jedenfalls der Arbeitgeberanteil an der Finanzierung entstammt jedoch dem Steueraufkommen.

151 Sozialversicherungsleistungen ohne einkommensausgleichende Funktion können vor allem die Krankenbehandlung und Förderleistungen sein. Eine einkommensausgleichende Funktion kann jedoch auch denjenigen Versicherungsleistungen zukommen, die nicht anhand des Einkommens berechnet werden.

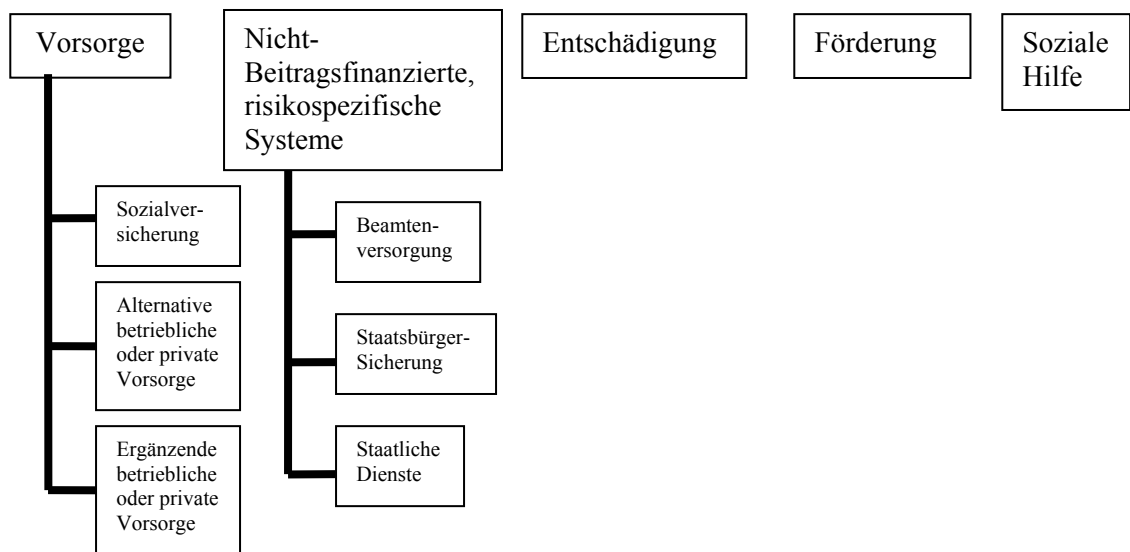
cken die Wiederherstellung der Gesundheit.¹⁵² Sie weisen also trotz ihrer fehlenden Beitragsfinanzierung eine enge Verwandtschaft zur Vorsorge auf und unterscheiden sich von diesem lediglich durch die fehlende Beitragsfinanzierung. Sie werden daher vorliegend als nicht-beitragsfinanzierte, risikospezifische Systeme bezeichnet und eingeordnet.¹⁵³

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass neben den Kategorien der Vorsorge und der Sozialen Hilfe auch die nicht-beitragsfinanzierten, risikospezifischen Systeme, die Förderung und die Entschädigung eigenständige Kategorien bilden. Vorsorge und beitragsfinanzierte, risikospezifische Systeme lassen sich mitunter weiter anhand der erfassten Risiken unterscheiden. Für die übrigen Kategorien gilt dies nur begrenzt, da sich insoweit allgemein anerkannte Risiken oder Lebenslagen nicht herausgebildet haben. Dabei wird nicht verkannt, dass die Unterscheidung der einzelnen Kategorien nicht anhand eines einzelnen Kriteriums erfolgt, sondern einerseits die Finanzierung (Vorsorge), andererseits aber auch die Leistungsvoraussetzungen (soziale Hilfe) und der Leistungszweck (Förderung und Entschädigung) eine Rolle spielen. Folge dieses Umstandes ist das Auftreten von Mischformen und Leistungen, die mehreren Kategorien zugeordnet werden können. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang etwa auf Vorsorgeleistungen mit einem für Förderleistungen charakteristischen Zweck, wie beispielsweise die Sachleistungen im Gesundheitssektor.¹⁵⁴ Zwischen sozialer Hilfe und Förderung stellt sich schließlich die Frage, wann eine Leistung lediglich den allgemeinen Bedarf decken und wann eine Leistung einen erhöhten Bedarf ausgleichen und Chancengleichheit vermitteln soll. Zur Entscheidung dieser Zweifelsfragen ist es erforderlich, das jeweils dominierende Merkmal zu bestimmen. Bei einer beitragsfinanzierten Familienleistung ist also entscheidend, ob bei der konkreten Ausgestaltung der Leistung der Beitragsfinanzierung oder dem Zweck der Leistung eine größere Bedeutung zukommt. Dadurch wird sichergestellt, dass die aufgezeigte Systematisierung nicht nur geeignet ist, die verschiedenen auf internationaler Ebene in Erscheinung getretenen Leistungen abschließend zu erfassen, sondern auch ein eindeutiges Ergebnis zu liefern.

152 Eine parallele Wertung müsste natürlich auch für andere staatliche, dem Recht der Sozialen Sicherheit zuzuordnende Dienste gelten, so z. B. einen staatlichen Pflegedienst.

153 Eine Bezeichnung dieser Kategorie als vorsorgeanaloge Systeme scheidet aus, weil dieser Begriff bereits anderweitig besetzt ist. *Zacher*, in: *Fürst/Herzog/Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, S. 587, verwendet den Begriff der vorsorgeanalogen Systeme lediglich zur Bezeichnung der Staatsbürgerversicherung.

154 Zugleich besteht jedoch auch ein Bezug zur Sozialen Hilfe, da Krankheit auch als ein elementare Not begründender Umstand angesehen werden kann. Bei einem staatlichen Pflegedienst wäre dieser Zusammenhang noch deutlicher.



b. Systemimmanente Perspektive – Systemüberblick

Das portugiesische System der Sozialen Sicherheit ist nicht das Ergebnis eines einheitlichen gesetzgeberischen Plans. In ihm spiegeln sich vielmehr zahlreiche Entwicklungen wieder, die zu einem sehr heterogenen Gebilde geführt haben, das erst zu Beginn des Jahres 2007 nochmals umfassend reformiert wurde.¹⁵⁵ Zudem ist zu beachten, dass auch das Verständnis des Begriffs Soziale Sicherheit in Portugal nicht mit dem hier zugrunde gelegten Verständnis identisch ist,¹⁵⁶ weshalb im Folgenden zwischen dem System der Sozialen Sicherheit¹⁵⁷ und dem System der *Segurança Social*, mithin der Sozialen Sicherheit im portugiesischen Sinne, zu unterscheiden ist, wobei das System der *Segurança Social*, lediglich einen Teil des Systems der Sozialen Sicherheit bildet.

Grundlegend für das System der *Segurança Social* ist das sog. Rahmengesetz der *Segurança Social (LBSS)*, von dem nicht nur das Begriffsverständnis, sondern auch die Systematisierung entscheidend geprägt wird. Der gesetzlichen Systematik folgend¹⁵⁸ unterteilt sich das System in das System zum Sozialen Schutz der Staatsbürger (*sistema de protecção social de cidadania*), das Vorsorgesystem (*sistema previdencial*) und in das ergänzende System (*sistema complementar*).

Bis zur Reform des Systems bildete das Vorsorgesystem ein Untersystem des als öffentliches System der Sozialen Sicherheit (*sistema público de segurança social*) bezeichneten Systems zum Sozialen Schutz der Staatsbürger (*sistema de protecção social de cidadania*). Das nunmehr von diesem erfasste Untersystem des Sozialen Eingreifens

¹⁵⁵ Guibentif, La pratique du droit international, S. 17.

¹⁵⁶ Vgl. zum portugiesischen Begriffsverständnis oben S. 47.

¹⁵⁷ In jüngster Zeit findet sich für das Gesamtsystem gelegentlich die Bezeichnung *protecção social*. Diese konnte sich jedoch bislang nicht durchsetzen und ihr Inhalt ist ebenfalls strittig. Auf eine Verwendung dieser Bezeichnung wird deshalb hier verzichtet. Vgl. zum Begriff *protecção social* Neves, Dicionário técnico e jurídico, S. 567f., 595.

¹⁵⁸ Vgl. dazu Art. 23 LBSS.

(*subsistema de acção social*) stellte hingegen ein selbständiges Hauptsystem dar. Durch die Änderung wurde somit in begrüßenswerter Weise der eigenständige Charakter des Vorsorgesystems (*sistema previdencial*), das auch mit *prêvidencia social* (Sozialversicherung) bzw. mit *sistema contributivo* (Beitragsystem) umschrieben und mit dem sog. allgemeinen System (*regime geral*)¹⁵⁹ gleichgesetzt wird, betont.¹⁶⁰ Darüber hinaus wird dadurch auch die zentrale Bedeutung des Vorsorgesystems, das darauf ausgerichtet ist, die gesamte aktive Bevölkerung als Beitragszahler zu erfassen und eine Absicherung gegen alle gängigen sozialen Risiken zu gewährleisten, hervorgehoben.

Das System zum Sozialen Schutz der Staatsbürger hingegen umfasst neben dem Untersystem des Sozialen Eingreifens (*subsistema de acção social*) ein solidarisches Untersystem (*subsistema de solidariedade*) und ein Untersystem zum Schutz der Familie (*subsistema de protecção familiar*).¹⁶¹ Das solidarische Untersystem wiederum setzt sich aus dem nicht-beitragsfinanzierten System (*regime não-contributivo*), dem sog. Wiedereingliederungseinkommen (*rendimento social de inserção*) und bestimmten speziellen Systemen (*regimes especiais*) zusammen.¹⁶²

Die Bezeichnung „spezielles System“ taucht jedoch auch an anderen Stellen des Systems der Sozialen Sicherheit auf. Dabei handelt es sich um ehemals auf Ebene des Unternehmens oder der Berufsverbände organisierte Vorsorgeeinrichtungen, die bis zur Gründung des allgemeinen Systems die Vorsorgefunktion im portugiesischen System ausfüllten.¹⁶³ Bei der Gründung des allgemeinen Systems wurde zwar bestimmt, dass alle bestehenden Vorsorgeeinrichtungen in das allgemeine System zu integrieren seien, diese Integration ist aber bis zum heutigen Tage nicht abgeschlossen.¹⁶⁴ Es existieren daher nach wie vor zahlreiche spezielle Systeme, die jedoch inzwischen verschiedene Funktionen innerhalb des Gesamtsystems übernehmen. Dazu gehört zunächst die Gruppe derjenigen speziellen Systeme, die als alternative Vorsorgeeinrichtungen weiterhin die Absicherung der von ihnen erfassten Personen gegen die auch vom allgemeinen System abgesicherten Risiken übernehmen. Diese speziellen Systeme werden im Allgemeinen nicht als Teil des Systems der *Segurança Social* angesehen und zeichnen sich auch ihrerseits nicht durch Einheitlichkeit aus. Zu dieser Gruppe spezieller Systeme gehört insbesondere die Vorsorgekasse der Anwälte (*Caixa de Previdência dos Advo-*

159 Es besteht auch die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung im allgemeinen System (*regime de seguro social voluntário*). Deren Bedeutung ist aber auch deshalb gering, weil das allgemeine System alle abhängig Beschäftigten und alle Selbständigen verpflichtend erfasst und keine Beitragsbemessungsgrenze vorgesehen ist, vgl. Art. 51 LBSS.

160 *Neves*, Direito da Segurança Social, S. 35, *ders.*, Dicionário técnico e jurídico, S. 594f., 603f.; 608, 714f.

161 Vgl. dazu Art. 28 LBSS.

162 Oft wird das vorsorgeorientierte System auch insgesamt als *regime não contributivo* bezeichnet, vgl. *Cabral*, O financiamento da Segurança Social, S. 157f., *Neves*, Dicionário técnico e jurídico, S. 610. Gem. Art 38, 39, 41 LBSS bildet es jedoch nur einen Teil des *subsistema de solidariedade*.

163 Vgl. dazu genauer die historischen Rahmenbedingungen S. 71.

164 Vgl. das Gebot der Vereinheitlichung aus Art 63 Abs. 2 CRP. *Neves*, Direito da Segurança Social, S. 764 – 768, erkennt den Widerspruch zur Verfassungsvorgabe, warnt aber zugleich vor Rechtspositivismus, da dieser zu ungerechten Ergebnissen führe.

gados e Solicitadores).¹⁶⁵ Ob auch die Absicherung der Bankangestellten¹⁶⁶ und die der Beamten jeweils ein solches spezielles System darstellen, ist strittig.¹⁶⁷ Für den vorliegenden Zusammenhang wird deren Bezeichnung und Einordnung als spezielle Systeme bejaht, weil alle drei genannten Systeme zumindest teilweise beitragsfinanziert sind und eine Alternative zum allgemeinen System bilden.¹⁶⁸ Zwar ist zu beachten, dass sich die alternative Absicherung etwa im Fall der Bankangestellten auf die Risiken Krankheit, Mutterschaft, Alter, Invalidität und Tod beschränkt, während Arbeitslosigkeit und Berufskrankheit durch die allgemeine Vorsorge abgesichert ist. Da es sich aber bei den genannten Risiken um zentrale soziale Lagen handelt, ist eine Einordnung der beiden Sicherungsmodelle als spezielle Vorsorge durchaus gerechtfertigt. Auch dass die beiden Absicherungen jeweils einen eigenständigen normativen Hintergrund aufweisen und die Risiken teilweise auf internalisierende Antworten stoßen, zwingt nicht zu einer anderen Bewertung. Die zweite Gruppe wird von den bereits zuvor erwähnten speziellen Systemen innerhalb des solidarischen Untersystems gebildet. Zu dieser Gruppe gehört insbesondere das aus verschiedenen Untersystemen hervorgegangene Spezielsystem der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer (*regime especial de segurança social das actividades agrícolas*).¹⁶⁹ Auch diese speziellen Systeme waren ehemals eigenständige und umfassende Vorsorgeeinrichtungen, nehmen aber zwischenzeitlich keine neuen Mitglieder mehr auf und werden deshalb als geschlossene Systeme bezeichnet.¹⁷⁰ Die zum Zeitpunkt der Schließung von den Systemen erfassten Personen blieben den jeweiligen Einrichtungen zugeordnet. Die in diesen Systemen zu zahlenden Beiträge waren jedoch so niedrig, dass die sich daraus ergebenden Leistungen sich in der Nähe des Existenzminimums bewegten. In der Folge der Schließung verschlechterte sich zudem auch das Verhältnis der Beitragszahler zu den Leistungsempfängern, so dass die Leistungen immer stärker durch Steuern finanziert werden mussten. Die Leistungen dieser speziellen Systeme werden in Folge dessen auch gesetzlich festgelegt und liegen knapp über den Leistungen des nicht-beitragsfinanzierten Systems.¹⁷¹ Schließlich werden auch Teile der auf berufsständischer oder unternehmerischer Ebene organisierten ergänzenden Vorsorge als spezielle Systeme bezeichnet. Dabei handelt es sich um die Vor-

165 Vgl. dazu genauer unten S. 152 und *Neves*, *Direito da Segurança Social*, S. 774f.

166 Hinsichtlich eines Teils der sozialen Risiken besteht eine Absicherung der Bankangestellten im Rahmen der *Segurança Social*, insbesondere die Risiken Alter, Invalidität und Tod werden jedoch von den einzelnen Banken abgesichert, vgl. dazu genauer unten S. 156.

167 Vgl. zur Einordnung der Absicherung der Staatsbediensteten *Neves*, *Direito da Segurança Social*, S. 815 – 826.

168 Der Staat als Arbeitgeber zahlt zwar im Gegensatz zu den Beamten selbst keine Beiträge, sondern weist den Leistungsträgern Steuermittel zu. Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Ausrichtung als beitragsfinanziertes System. Vgl. zur Finanzierung der Beamtenversorgung auch unten S. 102.

169 Vgl. zu dieser Gruppe spezieller Systeme *Neves*, *Direito da Segurança Social*, S. 764 – 772.

170 Folge der Schließung der Systeme ist natürlich auch, dass diese Form der speziellen Systeme in absehbarer Zeit gänzlich verschwinden wird. Derzeit werden noch gut 12.000 Personen vom Spezielsystem der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer erfasst, vgl. Instituto de informática, *Estatísticas da Segurança Social*, S. 8.

171 Vgl. zu den speziellen Systemen genauer unten S. 178.

sorgekassen (*caixas de previdência*), die im früheren System eine umfassende Vorsorge zur Verfügung stellten und zwischenzeitlich nur mehr ergänzende Leistungen erbringen. Zur Finanzierung der Leistungen verfügen die meisten dieser Vorsorgekassen über sog. *fundos especiais* (Spezialfonds), die ihrerseits juristisch unabhängig von den Vorsorgekassen sind. Die anderen Formen der ergänzenden Vorsorge, unterlagen bezüglich ihrer Zugehörigkeit zu Begriff und System der *Segurança Social* einem steten Wandel. Zwischenzeitlich werden vom Rahmengesetz aber sowohl die sonstigen Formen betrieblicher Vorsorge wie insbesondere die allgemeinen Pensionsfonds als auch die verschiedenen Formen der privaten Vorsorge grundlegend behandelt und folglich auch der *Segurança Social* zugeordnet.

Neben den eine alternative umfassende Vorsorge garantierenden speziellen Systemen der ersten Gruppe sind noch weitere Teilbereiche des Systems der Sozialen Sicherheit nicht im System der *Segurança Social* enthalten. Dazu gehört in erster Linie der vom Nationalen Gesundheitsdienst (*Serviço Nacional de Saúde*) dominierte Gesundheitssektor.¹⁷² Für diesen Gesundheitssektor sind jedoch auch die sog. Gesundheitsundersysteme (*subsistemas de saúde*) von Bedeutung.¹⁷³ Dabei handelt es sich um das Pendant zu den speziellen Vorsorgesystemen im Gesundheitsbereich. Manche Einrichtungen gewähren auch gleichzeitig Gesundheitsleistungen und Leistungen der *Segurança Social*, in anderen Fällen sind die Träger der jeweiligen Leistungen institutionell getrennt,¹⁷⁴ was auf die unabhängige Entwicklung des Gesundheitssektors und der *Segurança Social* seit der Gründung des Gesundheitsdienstes zurückzuführen ist. Zu unterscheiden sind staatliche und private Gesundheitsundersysteme. Erstere stehen in Trägerschaft des Staates und dienen der Absicherung verschiedener Gruppen von Staatsbediensteten.¹⁷⁵ Private Gesundheitsundersysteme dienen hingegen der Absicherung von Arbeitnehmern der Privatwirtschaft und stehen in Trägerschaft des Unternehmens, eines Berufsverbandes oder einer Gewerkschaft¹⁷⁶. Schließlich kommt im Gesundheitssektor auch den

172 Vgl. Base XII LBS, woraus auch hervorgeht, dass der Nationale Gesundheitsdienst die Leistungserbringung auch privaten Einrichtungen übertragen kann.

173 Gem. Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional da Saúde, Abschlussbericht, S. 82 werden etwa 18 % der Portugiesen von einem Untersystem erfasst, *Barros/Simões*, Health Systems in Transition, S. 26, sprechen von 16 %, *Bentes/Dias/Sakellarides/Bankauskaite*, Health Care Systems in Transition, S. 21, gingen noch von 25 % aus.

174 Dies ist etwa der Fall bei der Absicherung der Beamten. Während die *Segurança Social* durch die allgemeine Pensionskasse (*Caixa Geral de Aposentações*) verwaltet wird, existieren im Gesundheitssektor verschiedene Träger, deren wichtigster die Krankheitsfürsorge der Staatsbediensteten (*Assistência a Doença dos Servidores do Estado – ADSE*) ist. Vgl. dazu im Einzelnen S. 164.

175 Hierzu zählen etwa das allgemeine Gesundheitsundersystem der Beamten (*Direcção-Geral de protecção social aos funcionários e agentes da administração pública – ADSE*), das Gesundheitsundersystem der Soldaten (*Instituto de Acção Social das Forças Armadas – IASFA*) und das Gesundheitsundersystem der Justizangestellten (*Serviços Sociais do Ministério de Justiça – SSMJ*).

176 So das zugleich größte private Gesundheitsundersystem der Bankangestellten (*Serviços de Assistência Médico Social do Sindicato dos Bancários Sul e Ilhas – SAMS*). Daneben bestehen beispielsweise noch das Gesundheitsundersystem der portugiesischen Fluggesellschaft TAP

privaten Versicherungen eine zunehmende Bedeutung zu.¹⁷⁷ Diese werden einem spezifischen sozialen Zweck folgend in starkem Maße steuerlich gefördert und sind daher Teil der Sozialen Sicherheit. Ebenso verhält es sich mit der Absicherung des Risikos Arbeitsunfall, welches in Portugal anders als das Risiko der Berufskrankheit nicht zu den vom allgemeinen System erfassten Risiken zählt. Insoweit ist der Hintergrund der Haftung für berufliche Risiken zu beachten. Denn anders als die anderen sozialen Risiken entwachsen diese unmittelbar der beruflichen Sphäre und begründen daher grundsätzlich eine Haftung des Arbeitgebers. Durch die Absicherung des Risikos in der Sozialversicherung soll sichergestellt werden, dass sich der Arbeitgeber seiner Haftung nicht entzieht. In Portugal wurde zwar der Inhalt der Arbeitgeberhaftung bei Verwirklichung der beruflichen Risiken einheitlich ausgestaltet.¹⁷⁸ Während jedoch bezüglich des Risikos der Berufskrankheit eine sozialversicherungsrechtliche Lösung gewählt wurde,¹⁷⁹ blieb das Risiko eines Arbeitsunfalls einer privaten Absicherung überlassen.¹⁸⁰ Der Gesetzgeber anerkennt jedoch die grundsätzliche Einordnung des Arbeitsunfalls als soziales Risiko,¹⁸¹ indem er sowohl eine Versicherungspflicht der Arbeitgeber als auch den genauen Inhalt der Versicherung gesetzlich bestimmt. An der Zugehörigkeit der Absicherung eines Arbeitsunfalls zur Sozialen Sicherheit und ihrer Zugehörigkeit zur Vorsorge bestehen daher trotz der fehlenden Einbeziehung in die *Segurança Social* keine Zweifel.¹⁸² Keinen eigenständigen Teil des Systems bildet in Portugal die Kriegsopferentschädigung. Die Leistungen an Kriegsopfer stellen vielmehr eine Sonderform der Leistungen wegen Verwirklichung beruflicher Risiken an Beamte dar und sind insofern ebenfalls deren speziellem Versorgungssystem zuzuordnen. Weil auch andere Entschädigungstatbestände keine Bedeutung haben, stellt die Entschädigung keine relevante Kategorie dar. Als Maßnahmen der Arbeitslosenförderung werden alle unmittelbar mit den passiven von der *Segurança Social* erbrachten Leistungen in Verbindung stehenden

(*Cuidados Integrados de Saúde S.A. – UCS*) und das Gesundheitsuntersystem der PT (*Portugal Telecom – Associação de Cuidados de Saúde – PT-ACS*).

- 177 Bentes/Dias/Sakellarides/Bankauskaite, Health Care Systems in Transition, S. 17, 25. Derzeit verfügen etwa 20 % der Portugiesen über eine private Versicherung gegen das Risiko Krankheit, vgl. dazu *Público* vom 11. März 2007, S. 2f.
- 178 Die Regelung der beruflichen Risiken fand Eingang in das neue Arbeitsgesetzbuch, vgl. Art. 281 – 337 Lei 7/2009 (*Código do Trabalho*), DR 1ª série N°30, 2009-02-12, S. 982 – 991, zuletzt geändert durch Lei 105/2009, DR 1ª série N°178, 2009-09-14, S. 6247 – 6254. Mangels näherer Ausführung der darin enthaltenen Vorgaben, blieben zunächst die zur früheren Gesetzeslage ergangenen Ausführungsgesetze in Kraft, vgl. Art. 21 Abs. 2 Lei 99/2003, DR I série-A N°197, 2003-08-27, S. 5561, zuletzt geändert durch Lei 12-A/2008, DR 1ª série N°41, 2008-02-27, S. 1326-(2) – 1326-(27), sowie allgemein zur Haftung bei beruflichen Risiken Lei 100/97, DR I série-A N°212, 1997-09-13, S. 4910 – 4917. Seit 01.01.2010 wurden diese Regelungen durch das Lei 98/2009, DR 1ª série N°172, 2009-09-04, S. 5894 – 5920, ersetzt.
- 179 Art. 93 Abs. 1 Lei 98/2009, DR 1ª série N°172, 2009-09-04, S. 5908, Neves, *Dicionário técnico e jurídico*, S. 41.
- 180 Art. 7 und 79 Abs. 1 Lei 98/2009, DR 1ª série N°172, 2009-09-04, S. 5894, 5906. Anders verhält sich dies bei der Beamtenversorgung, bei der keine private Absicherung des Dienstunfalls vorgesehen ist, vgl. dazu genauer S. 148 und DL 503/99, DR I série-A N°271, 1999-11-20, S. 8241 – 8256.
- 181 Vgl. Art. 52 Abs. 1 LBSS.
- 182 Art. 10 – 26 Lei 100/97, DR I série-A N°212, 1997-09-13, S. 4911 – 4914.

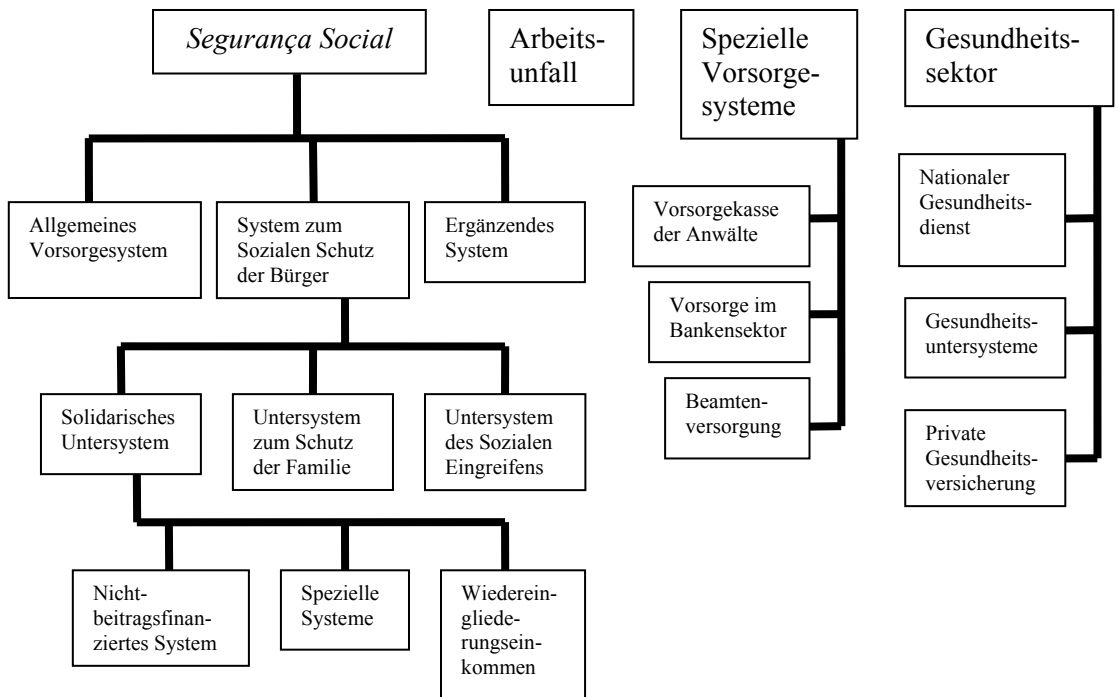
Maßnahmen erfasst. Bei allen unabhängigen Maßnahmen der beruflichen Bildung steht hingegen der Bezug zur Bildung im Vordergrund, weshalb sie nicht als Teil der Sozialen Sicherheit erscheinen und im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher untersucht werden.

Es lässt sich also festhalten, dass das portugiesische System der Sozialen Sicherheit durch das System der *Segurança Social* dominiert wird. Daneben sind vor allem die alternativen speziellen Systeme, die Absicherung des Arbeitsunfalls durch eine private Versicherung und der Gesundheitssektor von Bedeutung. Innerhalb des Systems der *Segurança Social* fällt auf, dass seit der Reform 2007 zwar die Vorsorge ein eigenständiges Hauptsystem bildet, im Übrigen aber wenig funktionale Abgrenzungen zu erkennen sind. Dies gilt insbesondere für die Soziale Hilfe, deren Funktionen auf verschiedene Untersysteme verteilt sind. Dies erklärt sich daraus, dass die in Portugal bis zur Revolution gebräuchliche Bezeichnung *assistência social* (Fürsorge) auch aufgrund ihres inkriminierenden Erscheinungsbildes im Rahmengesetz 1984 nicht mehr verwendet wurde. Neu aufgenommen wurde zwar die Bezeichnung *acção social* (soziales Eingreifen),¹⁸³ allerdings nicht in einem synonymen Sinn.¹⁸⁴ Die früheren Aufgaben der *assistência social* werden vielmehr sowohl vom Untersystem des Sozialen Eingreifens als auch vom solidarischen Untersystem übernommen.¹⁸⁵

183 Vgl. bereits Art. 1 LBSS in seiner ursprünglichen Fassung, Lei 28/84, DR I série N°188, 1984-08-14, S. 2501, und dazu *Neves*, *Direito da Segurança Social*, S. 278.

184 Vgl. zum Begriff *acção social* auch *Neves*, *Dicionário técnico e jurídico*, S. 36 – 38.

185 Siehe dazu die Leistungen der beiden Systeme S. 173 und S. 198.



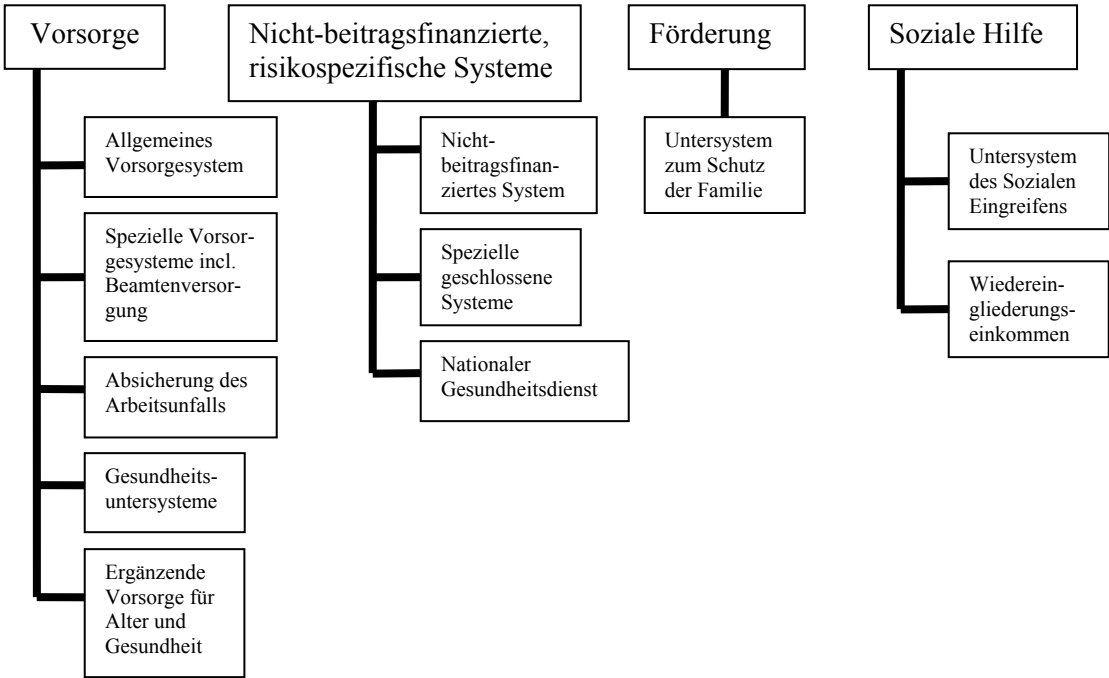
c. Aufbau der Darstellung

Der Aufbau der vorliegenden Arbeit folgt weder der für eine rechtsvergleichende Perspektive entwickelten Systematisierung noch entspricht er vollständig den Vorgaben des portugiesischen Systems. Der Aufbau ergibt sich vielmehr aus einer Synthese dieser beiden Vorgaben. Denn einerseits sind die Realitäten des portugiesischen Systems zu beachten, andererseits muss die Darstellung eine Abstrahierung der Lösungen vom Problem ermöglichen. Eine uneingeschränkte Verwendung der rechtsvergleichenden Systematisierung würde den Besonderheiten des portugiesischen Systems nicht gerecht und eine Darstellung anhand der systemimmanenten Unterscheidung würde die Vergleichbarkeit deutlich erschweren. Dieser Vorgabe folgend sind vier Hauptkategorien zu unterscheiden: Vorsorgesysteme, nicht-beitragsfinanzierte, risikospezifische Systeme, Förderungssysteme und Systeme der sozialen Hilfe. Zentraler Bestandteil der Vorsorge ist dabei das allgemeine Vorsorgesystem (*regime geral*). Ebenfalls der Vorsorge zuzuordnen sind alle anderen überwiegend durch Beiträge finanzierten Systeme. Dazu gehören die Absicherung des Risikos Arbeitsunfall, die ergänzende Absicherung vor allem der Risiken Alter und Krankheit sowie die speziellen alternativen Vorsorgesysteme. Insbesondere die Absicherung der Staatsbediensteten unterfällt dieser Kategorie, weil das entsprechende System überwiegend aus Beiträgen finanziert wird und eine Aufspaltung in beitragsfinanzierte und nicht-beitragsfinanzierte Leistungen wenig

zweckgemäß ist. Daneben werden exemplarisch die speziellen Systeme der Anwälte und der Bankangestellten untersucht. Eindeutig der zweiten Kategorie der nicht-beitragsfinanzierten, risikospezifischen Systeme ist der steuerfinanzierte Nationale Gesundheitsdienst zuzuordnen. Weniger klar ist die Einordnung der Gesundheitsuntersysteme, bei denen staatliche Transferleistungen mitunter eine große Rolle spielen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die staatlichen Transferleistungen Ausdruck des jeweiligen Finanzausgleichs zwischen Gesundheitsuntersystemen und Gesundheitsdienst sind. Jedenfalls die beiden bedeutendsten Gesundheitsuntersysteme, die auch im Folgenden einer genaueren Betrachtung unterzogen werden sollen, werden überwiegend durch Beiträge finanziert und sind daher dem Vorsorgesektor zuzuordnen.¹⁸⁶ Dabei handelt es sich um das allgemeine Gesundheitsuntersystem der Beamten (*Direcção-Geral de protecção social aos funcionários e agentes da administração pública – ADSE*) als staatliches System sowie um das Gesundheitsuntersystem der Bankangestellten (*Serviços de Assistência Médico Social do Sindicato dos Bancários Sul e Ilhas – SAMS*) als größtes privates Gesundheitsuntersystem. Eine eigene Kategorie von Entschädigungsleistungen ist entbehrlich, da die insoweit in Frage kommenden Leistungen an Kriegsoffer vollständig in die Absicherung der Staatsbediensteten integriert sind. Die Förderung entspricht dem Untersystem zum Schutz der Familie. Die Förderleistungen im Bereich der Arbeitslosigkeit werden dem Vorsorgesystem zugeordnet, da sie in enger Verbindung zu den beitragsfinanzierten Leistungen im Falle der Arbeitslosigkeit stehen. Als Hilfsysteme zu bezeichnen sind jedenfalls das System des Sozialen Eingreifens und das Wiedereingliederungseinkommen. Schwieriger ist die Einordnung der anderen beiden Untersysteme des solidarischen Untersystems, also des nicht-beitragsfinanzierten Systems und der geschlossenen speziellen Systemen. Diese weisen einerseits eine starke Hilfskomponente andererseits aber auch eine gewisse Nähe zur Staatsbürgersicherung auf, da es sich um bedürftigkeitsabhängige Leistungen im Falle bestimmter sozialer Lagen handelt. Da die Bedürftigkeitsabhängigkeit allein aber keinen Grund für die Einordnung in die Soziale Hilfe bietet, ist der Bezug zu den vom Vorsorgesystem erfassten sozialen Lagen als entscheidend anzusehen und die genannten Bereiche sind den nicht-beitragsfinanzierten, risikospezifischen Systemen zuzuordnen. Damit gehören zur Vorsorge das allgemeine Vorsorgesystem, die speziellen Vorsorgesysteme, die Vorsorge für den Fall des Arbeitsunfalls, die ergänzende Vorsorge und die Gesundheitsuntersysteme. Als nicht-beitragsfinanzierte, risikospezifische Lösungen sind der Nationale Gesundheitsdienst sowie das nicht-beitragsfinanzierte System und die geschlossenen speziellen Systeme anzusehen. Während das Untersystem zum Schutz der Familie als einziges der Förderung zuzuordnen ist, sind sowohl das Untersystem des Sozialen Eingreifens als auch das Wiedereingliederungseinkommen als Hilfsystem zu qualifizieren.

186 Zwar sind beim allgemeinen Gesundheitsuntersystem der Beamten (*Direcção-Geral de protecção social aos funcionários e agentes da administração pública – ADSE*) keine ausgewiesene Arbeitgeberbeiträge vorgesehen, dies stellt jedoch lediglich eine technische Anormalität dar und ändert nichts an der grundsätzlichen Beitragsfinanzierung, vgl. zur Finanzierung der ADSE auch unten S. 103.

Schließlich ist auch der konkrete Inhalt der Systemanalyse zu beachten. Beleuchtet werden nicht nur die Leistungsvoraussetzungen und -inhalte, sondern etwa auch die institutionelle Organisation und die Finanzierung. Die insoweit bestehenden Strukturen stimmen jedoch nicht mit der gewählten Systematisierung überein. So werden beispielsweise alle Untersysteme der *Segurança Social* einheitlich verwaltet. Um Wiederholungen und Unübersichtlichkeit zu vermeiden, müssen die erwähnten institutionellen und finanziellen Aspekte daher in einem einleitenden allgemeinen Teil behandelt werden. Erst im Anschluss daran können die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen und die Inhalte der systematisch unterschiedenen Leistungen dargestellt werden.



II. Rahmenbedingungen

1. Historische Entwicklung

Die Geschichte der Sozialen Sicherheit in Portugal lässt sich in drei Abschnitte unterteilen. Der erste Abschnitt reicht von der Staatsgründung bis zur Gründung des *Estado Novo* (Neuer Staat), also der eng mit dem Namen Salazar verbundenen und durch die Nelkenrevolution beendeten portugiesischen Diktatur,¹⁸⁷ die auch in der Sozialen Sicherheit eine grundlegende Neuausrichtung mit sich brachte. Den zweiten Abschnitt bildet die Entwicklung des Systems während des Bestehens des *Estado Novo*. Schließlich stellt die Nelkenrevolution von 1974 eine erneute Zäsur dar und läutet damit den Aufbau des jetzigen Systems der Sozialen Sicherheit ein.¹⁸⁸

a. Von der Staatsgründung bis zum Lei n°1884

Schon seit dem 12. Jahrhundert ist Portugal ein unabhängiger Staat¹⁸⁹, und bereits 1249 erreichte es im Wesentlichen seine heutige räumliche Ausdehnung.¹⁹⁰ Es gilt daher als einer der ältesten Nationalstaaten Europas.¹⁹¹ Doch auch in Portugal blieb es zunächst privaten Initiativen und insbesondere der Kirche vorbehalten, erste soziale Maßnahmen zu ergreifen. Zu diesen sozialen Maßnahmen gehörte insbesondere die Gründung von Krankenhäusern, Altenheimen und Hospizen zwischen dem 12. und dem 15. Jahrhundert.¹⁹² Die erste koordinierende Maßnahme insoweit war die von Königin Leonor vorangetriebene Einrichtung sog. *Misericórdias*, die sich von Lissabon aus im ersten Viertel des 16. Jahrhunderts in ganz Portugal incl. der dazugehörigen Inseln und Kolonien ausbreiteten.¹⁹³ Bei diesen *Misericórdias* handelte es sich zwar um kirchliche

187 Ob der *Estado Novo* als faschistisch zu bezeichnen ist, ist strittig. Nolte, Der Faschismus in seiner Epoche, S. 40f., 53, ordnet ihn der „Phänomenologie des Faschismus“ zu, Schönberger, in: Briesemeister/ders., Portugal heute, S. 150, steht der Bezeichnung faschistisch hingegen kritisch gegenüber. Miranda, in: Coelho, Portugal – O sistema Político e Constitucional 1974/87, S. 611, und Sänger, Portugals langer Weg, S. 27, bezeichnen den *Estado Novo* als autoritär-korporativ.

188 Diese Aufteilung beinhaltet keine Wertung im Sinne einer Einteilung in Epochen, sondern gibt die wesentlichen Entwicklungsschritte wieder. Der Auffassung, die Revolution habe keinen Paradigmenwechsel gebracht, soll dadurch nicht widersprochen werden. Vgl. dazu Carolo, A Institucionalização do Estado-Providência em Portugal, S. 8 – 12.

189 Das genaue Datum der portugiesischen Unabhängigkeit ist eine Frage historischer Interpretation, die hier nicht geklärt werden kann. Genannt werden die Jahreszahlen 1128 (Unabhängigkeit von Galicien), 1139 (Sieg gegen die Mauren), 1143 (Anerkennung der Unabhängigkeit durch das Königreich León) und 1179 (Anerkennung des Königreichs durch Papst Innozenz II.). Vgl. dazu Schönberger, in: Briesemeister/ders., Portugal heute, S. 132, sowie insbesondere Marques, Breve História de Portugal, S. 33 – 78.

190 Gutbrod, Portugal, S. 17, Schönberger, in: Briesemeister/ders., Portugal heute, S. 133.

191 Gutbrod, Portugal, S. 17.

192 Maia, Segurança Social em Portugal, S. 17f., Guibentif, La pratique du droit international, S. 19.

193 Im Jahr 1525 betrug die Zahl der *Misericórdias*, was wörtlich übersetzt Barmherzigkeit bedeutet, bereits 61. Vgl. dazu Maia, Segurança Social em Portugal, S. 18f., sowie Guibentif, La pratique du droit international, S. 19.