

deutigen und sinnvollen Zuordnung des Arbeitsverhältnisses. Auch die einzig unklare Frage der Notwendigkeit einer vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung, könnte mit einer Ergänzung der Vorschriften durch eine einschränkende Definition des Begriffs „*temporary arrangement*“ zufriedenstellend gelöst werden.

Als vorteilhaft hat sich die Technik der Stufenanknüpfung auch im Hinblick auf die Ausklammerung typischer Missbrauchsfälle im Entsendebereich gezeigt.

Keine zufriedenstellende Lösungsmöglichkeit hat sich jedoch für den Sonderfall der Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland ergeben. Die sich aus den Vorgaben des AÜG ergebende Versicherungspflicht in Deutschland lässt sich in die allgemeine Anknüpfungssystematik nicht sinnvoll integrieren.

Schwierigkeiten ergeben sich auch im Hinblick auf die Möglichkeit, mittels Auslegung des Hauptanknüpfungspunkts „übliche Beschäftigung“ einseitige flexible Entscheidungen über die Entsendefristen zu treffen. Zwar könnten die hieraus entstehenden Kollisionsprobleme durch die Bestimmung einer gegenseitigen Anerkennung solcher Entscheidungen vermieden werden. Die Akzeptanz einer solchen Regelung von deutscher Seite her erscheint jedoch fraglich.

Trotz der klaren Anknüpfungsregelungen und der vergleichbar geringen Auslegungsschwierigkeiten, die sich bei einem deutsch-australischen Abkommen nach australischem Vorbild ergäben, erscheint ein solches aufgrund dieser Probleme eher ungeeignet.

Als vorzugswürdig ist daher ein den speziellen Regelungsbedürfnissen im deutsch-australischen Verhältnis angepasstes Regelungssystem nach dem Modell der bilateralen Abkommen und der VO (EG) Nr. 883/2004 anzusehen.

B. Probleme der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen

Neben der Problematik der kollisionsrechtlichen Bestimmung des zuständigen Versicherungsstaates können sich bei der Frage der Versicherungspflicht und der Versicherungsberechtigung auch Probleme staatsangehörigkeitsspezifischer Diskriminierung ergeben.

Aufgrund der unterschiedlichen Ansätze für die Bestimmung der Versicherungspflicht wird auch im Folgenden zwischen dauerhafter und vorübergehender Beschäftigung differenziert werden. Zum einen soll die Gleichstellung von ausländischen Arbeitnehmern bei deren dauerhafter Beschäftigung im jeweiligen Versicherungsstaat behandelt werden, zum anderen deren vorübergehende Beschäftigung im Ausland und im Inland. Die Untersuchung wird dabei zunächst direkte und mittelbare Differenzierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit in Deutschland und Australien ermitteln und deren Rechtfertigung diskutieren (sogleich unter I. bis III.).

Soweit sich Reglungbedarf ergibt, werden im Anschluss daran Lösungswege nach Vorbild der Gleichbehandlungsvorschriften in zwischenstaatlichen Abkommen sowie der europäischen Koordinierungsverordnung erarbeitet werden (unten IV.).

I. Deutsches Recht

1. Dauerhafte Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Inland

Aus der Festlegung des Geltungsbereichs der Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung in § 3 SGB IV ergibt sich, dass Umstände, die sich auf den Status der erfassten Personen beziehen, grundsätzlich unbeachtlich sind. Dies gilt insbesondere auch für die Staatsangehörigkeit⁷⁶⁶. Die Staatsangehörigkeit eines in Deutschland dauerhaft Beschäftigten ist damit für die Frage seines Versicherungsschutzes ohne Bedeutung, da die Versicherungspflicht allein an eine Beschäftigung im Geltungsbereich des SGB anknüpft⁷⁶⁷.

Auch eine faktische Diskriminierung von ausländischen Beschäftigten ist nicht zu besorgen. Eine solche wäre denkbar, wenn die Versicherungsberechtigung vom Fehlen fremden Versicherungsschutzes abhängig gemacht würde. Ein solcher Ausschlussgrund würde ausländische Beschäftigte erheblich häufiger treffen als ihre einheimischen Kollegen. Wie sich aber bereits bei der Untersuchung der Problematik der Doppelversicherung gezeigt hat, gibt es keinen Rechtssatz, dass die deutsche Sozialversicherung nicht bei Personen zum Zuge kommt, die bereits nach ausländischem Recht versichert sind⁷⁶⁸.

2. Vorübergehende Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer

Auch bei vorübergehender Auslandsbeschäftigung erfolgt im deutschen Recht keine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit des Entsandten. Zwar liegt das ursprüngliche Motiv für die Regelung der Ausstrahlung im sozialen Schutz der in das Ausland entsandten deutschen Arbeitnehmer⁷⁶⁹. Für die Annahme einer Ausstrahlung wird jedoch allein eine Anknüpfung an ein fortbestehendes inländisches Beschäftigungsverhältnis normiert. Personale Anknüpfungen bleiben außen vor. Auch die Bestimmung der Versicherungspflicht bei Entsendungen entspricht daher dem Grundsatz der Anwendung deutschen Sozialversicherungsrechts ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen.

Innerhalb der Auslegung des Entsendebegriffs haben sich jedoch im Fall der Einstellung nur zum Zwecke der Entsendung Ansätze zu Differenzierungen mit möglicherweise faktisch diskriminierender Wirkung gezeigt.

Während Ortskräfte grundsätzlich nicht als entsandt gelten, wird teilweise angenommen, dass ein Beschäftigter, der üblicherweise in Deutschland ansässig ist, auch dann als Entsandter gelten kann, wenn er nur für eine Auslandstätigkeit eingestellt wird. Durch den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland liege ein Anknüpfungspunkt an das deutsche Sozialsystem vor.⁷⁷⁰ Obwohl das BSG eine solche „Ansässigkeit“ nicht als geeignetes An-

766 Lauterbach-Schwerdtfeger, Vor § 2 SGB VII, Rdnr. 35.; *ebd.* § 2 SGB VII, Rdnr. 7 unter Verweisung auf BSGE 20, 69, 70. Vgl. auch die amtliche Begründung zu § 3 SGB IV, BT-Drucks. 4/7122: „Der persönliche Geltungsbereich ist überschrieben mit „für alle Personen“, unter Vorbehalt des § 6 SGB IV“.

767 HVBG, Richtlinien, Gesetzliche Unfallversicherung bei Entsendung ins Ausland, 5.1.

768 Lauterbach-Schwerdtfeger, § 2 SGB VII, Rdnr. 7 unter Verweisung auf BSGE 36, 276.

769 Vgl. die Entscheidung des Reichsversicherungsamtes vom 23.10.1885, AN 1885 Nr. 72.

770 Vgl. Schuler, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 430; Raschke, in: Schulin, HS-UV, S. 1407.

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

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

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

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

II. *Australisches Recht*

1. *Dauerhafte Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Inland*

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

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

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

772 *Information des HVBG vom 10.12.2003*.

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

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

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

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