

Zur Abwendung dieser Problemlage zieht die Rechtsprechung als Subtrahenden daher nicht das tatsächlich erzielte Auslandseinkommen heran, sondern das in Australien potentiell erzielbare Resteinkommen. Um verbleibende Kaufkraftunterschiede zu nivellieren, wird der so errechnete Differenzbetrag unter Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls nach Billigkeitsgesichtspunkten angepasst.¹⁴⁸⁵ Im Rahmen dieser Ermessenausübung können daneben auch Unterschiede im Niveau von Steuern und Sozialabgaben berücksichtigt werden, so dass hier Probleme, wie sie im deutschen Recht auszumachen waren, entfallen.

III. Ergebnisse zur Gleichbehandlung der Staatsangehörigen

1. Ergeben sich Mängel in der Frage der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen?

Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zeigt sich in den untersuchten Rechtsordnungen nicht.

Daneben haben sich weder im deutschen noch im australischen Recht im Ergebnis Probleme faktischer Diskriminierung im Hinblick auf Ansprüche von Angehörigen im Ausland und der Anerkennung ausländischer familien- und unterhaltsrechtlicher Gestaltungen ergeben. Im deutschen Recht werden australische familienrechtliche Gestaltungen im Regelfall aufgrund der Verwandtschaft der Kulturkreise als der deutschen Gestaltung entsprechend angesehen und damit bei den Hinterbliebenenansprüchen berücksichtigt (Beispiel L 15(D)). In den australischen Rechtsordnungen wird eine Anerkennung deutscher Ehen zwar versagt, wenn deutsche Eheschließungen den australischen Vorgaben nicht entsprechen (Beispiel L 15(A)). Diese Versagung schließt jedoch die Entstehung von Ansprüchen der *Workers Compensation* nicht aus, da auch Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften umfassend als anspruchsberechtigt angesehen werden (Beispiele L 15(A)).

Eine nicht systemimmanent gerechtfertigte faktische Diskriminierung zeigt sich im deutschen Recht aber bei der Berücksichtigung ausländischer Einkünfte für die Berechnung der Erwerbsminderungsrente. Zwar führen weder Kaufkraft- noch Lohnniveauunterschiede zu einer faktischen Diskriminierung. Hier wird eine Umrechnung nach Verbrauchergeldparitätswerten vorgenommen; gleichzeitig ist auch im nationalen Recht eine Anknüpfung an die individuelle wirtschaftliche Situation vor der Schädigung vorgesehen. Eine faktische Diskriminierung ergibt sich aber durch die Heranziehung des Bruttoentgelts für die Rentenberechnung. Aufgrund des erheblich unterschiedlichen Niveaus von Steuern und Sozialabgaben in Deutschland und Australien spiegelt die unter Heranziehung des Auslandsbruttolohns errechnete Rente die individuellen Lebensverhältnisse des Versicherten vor der Schädigung nicht wieder. Im Ergebnis erhält ein vormalig in Australien Beschäftigter eine erheblich niedrigere Erwerbsunfähigkeitsrente als deutsche Kollegen mit vergleichbarem Nettoeinkommen.

In den untersuchten australischen Rechtsordnungen bestehen diese Probleme nicht. Zwar könnten sich auch hier vergleichbare Problemlagen bei der Berechnung des Durchschnittseinkommens für die Erwerbsminderungsrente und bei der Berücksichtigung des Auslandsverdienstes bei der Bemessung der Teilerwerbsfähigkeitsrente ergeben. Bei der Berechnung des

¹⁴⁸⁵ *Taufia v Nonferral (NSW) Pty Ltd & Another* (1995) (12) NSWCCR 431 (Fall mit niedrigerem Lohnniveau als in Australien); *Harvey v Fliway-AFA International Pty Ltd* (1994) 10 NSWCCR 51 (Fall mit höherem Lohnniveau als in Australien). Vgl. auch *Yoo v Allco Steel Corporation Pty Ltd*-BC8801827 at 33 ff. Hier wurde bei der Geltendmachung deliktischer Ansprüche entsprechend vorgegangen.

Durchschnittseinkommens wird jedoch nur das Arbeitseinkommen aus dem konkreten Arbeitsverhältnis herangezogen, womit ausländisches Voreinkommen außer Betracht bleibt. Bei der Bemessung der Resterwerbsfähigkeit wird durch die Rechtsprechung nicht das tatsächlich erzielte Auslandsresteinkommen, sondern ein fiktives inländisches Vergleichseinkommen als Rechengröße bestimmt. Kaufkraftunterschiede sowie Abweichungen im Niveau von Steuern und Sozialabgaben werden nach Billigkeitsgesichtspunkten angepasst.

2. *Bestehende zwischenstaatliche Vorgaben zur Gleichbehandlung*

Wie bereits in Kapitel 1 erläutert, bestehen gerade im Leistungsrecht der Unfallversicherung bereits internationale Gewährleistungen für eine Gleichbehandlung in- und ausländischer Staatsangehöriger. Zur Ermittlung eines Regelungsbedarfs durch weitergehende bilaterale Vereinbarungen im deutsch australischen Verhältnis muss daher zunächst auf diese Regelungen internationalen Ursprungs eingegangen werden.

Für die gesetzlichen Unfallversicherung relevante, von Deutschland und Australien gegenseitig unterzeichnete zwischenstaatliche Übereinkommen sind die Übereinkommen Nr. 12, Nr. 18, und Nr. 19 sowie das von der Bundesrepublik Deutschland ohne Gegenseitigkeitsvorbehalt ratifizierte Übereinkommen Nr. 97 der IAO¹⁴⁸⁶. Wie bereits dargestellt¹⁴⁸⁷, begründen diese Übereinkommen der IAO in der Regel lediglich die Verpflichtung der ratifizierenden Staaten zur Einhaltung der in ihnen enthaltenen Forderungen durch Schaffung entsprechender gesetzlicher Vorschriften, verleihen aber Einzelpersonen keine subjektiven Rechte. Etwas anderes kann sich aber aus der Auslegung des Abkommens ergeben. Für den Bereich der Unfallversicherung wird eine solche unmittelbare Wirkung nur dem Abkommen Nr. 19¹⁴⁸⁸, daneben auch dem Abkommen Nr. 118¹⁴⁸⁹ – das allerdings von Australien nicht unterzeichnet wurde – beigemessen¹⁴⁹⁰. Das Abkommen Nr. 19 über die Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Arbeitnehmer bei der Entschädigung aus Anlass von Betriebsunfällen verpflichtet die ratifizierenden Staaten, Staatsangehörigen jedes anderen ratifizierenden Mitglieds die gleiche Behandlung bei der Entschädigung wie den eigenen Staatsangehörigen zu gewähren¹⁴⁹¹. Im Hinblick auf den Leistungsexport von besonderer Bedeutung ist, dass die Gleichbehandlung „ohne Rücksicht auf den Wohnsitz“¹⁴⁹² vorgeschrieben wird. Leistungen sind daher auch zu gewähren, wenn sich der Berechtigte nicht mehr in dem Staat aufhält, in dem der Anspruch entstanden ist.¹⁴⁹³

Durch den Wortlaut „Jedes Mitglied verpflichtet sich (...) die gleiche Behandlung zu gewähren“ ergibt sich ein unmittelbar einklagbares Recht der Angehörigen der Mitgliedsstaaten

1486 Vgl. *Internationales Arbeitsamt*, Report III, Tableau des Ratifications.

1487 Siehe oben, Kapitel 1 C.II.2.a), S. 67 ff.

1488 Übereinkommen Nr. 19 der IAO vom 5.6.1925 über die Gleichbehandlung einheimischer oder ausländischer Arbeitnehmer bei Entschädigung aus Anlass von Betriebsunfällen, RGBL. 1929 II S. 13.

1489 Übereinkommen Nr. 118 der IAO vom 28.6.1962 über die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der sozialen Sicherheit, BGBl. 1970 II S. 802.

1490 Raschke, in: *Schulin*, HS-UV S. 1530; *Wickenhagen/Aulmann*, Internationales Sozialversicherungsrecht, S. 106; *Kerger*, Sozialversicherung, Allgemeiner Teil, S. 35 f.

1491 Artikel 1 Satz 1 des Übereinkommens Nr. 19 IAO:

„Jedes Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation, das dieses Übereinkommen ratifiziert, verpflichtet sich, den Staatsangehörigen jedes anderen, das Übereinkommen ratifizierenden Mitglieds, die auf seinem Gebiet einen Betriebsunfall erlitten haben, oder ihren Hinterbliebenen die gleiche Behandlung bei der Entschädigung aus Anlass von Betriebsunfällen zu gewähren wie seinen eigenen Staatsangehörigen.“

1492 Art. 1 Abs. 2 Satz 1 des Übereinkommens Nr. 19.

1493 Vgl. *Schneider*, Kumulation oder Konkurrenz, S. 253.

auf Gleichbehandlung. Selbst wenn also nationale Vorschriften bestehen, die eine Ungleichbehandlung von In- und Ausländern vorsehen, dürfen diese vom jeweiligen Unfallversicherungsträger im Verhältnis zu Staatsangehörigen anderer Unterzeichner nicht angewendet werden.¹⁴⁹⁴

Da nach dem Übereinkommen Nr. 19 darüber hinaus keine Reziprozität erforderlich ist, gilt diese Verpflichtung gegenüber den Angehörigen anderer Unterzeichnerstaaten selbst dann, wenn diese – abkommenswidrig – tatsächlich selbst keine Gleichbehandlung gewähren.¹⁴⁹⁵

Da sowohl Australien als auch die Bundesrepublik Deutschland das Übereinkommen Nr. 19 ratifiziert haben¹⁴⁹⁶, wird damit bei der Entschädigung von Arbeitsunfällen eine Diskriminierung ausgeschlossen auch wenn dies durch nationale Regelungen bestimmt würde. Da das Übereinkommen Nr. 118, das eine entsprechende Regelung für Berufskrankheiten vorsieht, mangels Ratifizierung von australischer Seite¹⁴⁹⁷ und dem daraus folgenden Fehlen der Gegenseitigkeit¹⁴⁹⁸ im Verhältnis Deutschlands zu Australien keine Wirkung entfaltet, bleibt eine Diskriminierung bei der Entschädigung von Berufskrankheiten aber weiterhin denkbar. Wie gezeigt, ist eine solche aber weder im deutschen, noch im australischen Recht auszumachen.

Die ermittelten Probleme faktischer Diskriminierung aufgrund fehlender Gleichstellung ausländischer Sachverhalte werden von den Regelungen der IAO-Abkommen nicht erfasst. Zur gewünschten Absicherung deutsch-australischer Arbeitsmigranten bedarf es daher bilateraler Abkommensregelungen.

3. *Lösungswege unter Berücksichtigung der Regelungen der VO (EG) Nr. 883/2004 und typischer bilateraler Regelungen*

Sowohl die Verordnung (EG) Nr. 883/2004¹⁴⁹⁹ als auch die von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen¹⁵⁰⁰ enthalten zunächst Regelungen, die Angehörige der Vertragsstaaten gleichstellen und so eine staatsangehörigkeitsspezifische Diskriminierung im Rahmen ihres Anwendungsbereichs ausschließen¹⁵⁰¹. Mangels spezifischer Probleme hätte eine entsprechende Regelung im deutsch-australischen Verhältnis für den Leistungsbereich nur deklaratorische Wirkung bzw. im Hinblick auf die Berufskrankheitenentschädigung eine Sperrwirkung für künftige nationale diskriminierende Vorschriften¹⁵⁰².

1494 Vgl. *Schuler*, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 659; *Wickenhaugen/Aulmann*, Internationales Sozialversicherungsrecht, S. 107.

1495 Vgl. *Schneider*, Kumulation oder Konkurrenz, S. 253.

1496 Für Deutschland ist das Übereinkommen am 18.9.1928 in Kraft getreten, Australien hat das Übereinkommen am 12.6.1959 ratifiziert; vgl. Liste der ratifizierenden Staaten unter: <http://ilolex.ilo.ch:1567/cgi-lex/ratifice.pl?C019>.

1497 Vgl. Liste der ratifizierenden Staaten unter: <http://ilolex.ilo.ch:1567/cgi-lex/ratifice.pl?C118>.

1498 Vgl. hierzu schon den Wortlaut des Art. 3 des IAO Übereinkommens Nr. 118: „Jedes Mitglied, für das dieses Übereinkommen in Kraft ist, hat in seinem Gebiet den Staatsangehörigen jedes anderen Mitglieds, für welches das Übereinkommen ebenfalls in Kraft ist [...]“.

1499 Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004.

1500 Etwa Art. 4 des deutsch-tunesischen Abkommens vom 16.4.1984, Art. 4 des deutsch-kroatischen Abkommens vom 24.11.1997.

1501 Vgl. *Gobbers*, Gestaltungsgrundsätze, S. 42 f. Zu Art. 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 vgl. *Fuchs-Eichenhofer*, Art. 3 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 2.

1502 Vgl. *Raschke*, in: *Schulin*, HS-UV, S. 1468.

Von einer allgemeinen Gleichstellungsregelung wäre auch die Berücksichtigung ausländischer Familienangehöriger erfasst. Eine solche Berücksichtigung erfolgt sowohl in Deutschland als auch in Australien bereits nach autonomem Recht, auch hier wäre also eine Regelung entbehrlich¹⁵⁰³. Nicht gesichert ist zwar die gegenseitige Anerkennung von Eheschließungen¹⁵⁰⁴. In besonderen Fällen entfällt diese sowohl nach deutschem, wie nach australischem Recht. Aus diesem Umstand hat sich jedoch keine Gefahr faktischer Diskriminierung ergeben.

Regelungsbedarf zeigt sich hingegen im deutschen Recht bei der Berechnung von Geldleistungen, konkret im Hinblick auf das Problem der divergierenden Rentenleistungen auf Basis in- und ausländischen Bruttoeinkommens: Die Schaffung der nationalen Auffangregelung des § 87 SGB VII zur Bemessung des Jahresarbeitsverdienstes nach billigem Ermessen, wenn dieser im Einzelfall „in erheblichem Maße unbillig“ festgesetzt ist zeigt, dass nach den Motiven des Gesetzgebers vermieden werden soll, ein aus besonderen Gründen niedrigeres oder höheres Arbeitseinkommen, das der Lebensführung des Verletzten nicht entspricht, zum Maßstab für die gesamte Laufzeit der Rente zu nehmen¹⁵⁰⁵. Während sich die im nationalen Kontext denkbaren, vielfältigen Einzelfälle einer Kodifikation entziehen, und daher nur der Weg einer Billigkeitsregelung bleibt, kann aber eine Abkommensregelung einem typischerweise bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auftretendem Sonderfall Rechnung tragen.

Weder in den zwischenstaatlichen Abkommen noch in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 finden sich jedoch Regelungen, die geeignet erscheinen, das festgestellte Problem zu lösen. Zwar sehen Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 der Verordnung Regelungen zur Berechnung von Geldleistungen vor. Diese beziehen sich jedoch lediglich auf Fälle der Leistungsberechnung auf Basis von Durchschnittsarbeitsentgelten und pauschalen Arbeitsentgelten, nicht jedoch auf Fälle der Leistungsberechnung aufgrund tatsächlicher Bezüge¹⁵⁰⁶. Eine Regelung, wie sie Anhang XI Deutschland Nr. 5 der Verordnung zur Bestimmung des Verletzengeldanspruches nach § 47 Abs. 1 SGB VII trifft, sieht zwar eine Nivellierung der Unterschiede von Steuern und Sozialabgaben bei der Leistungsberechnung vor, betrifft aber lediglich Fälle, in denen der Geschädigte nicht an seinem Tätigkeitsort wohnt. Er ist speziell auf die Grenzgängerproblematik bei der Berechnung des Verletzengeldes aus dem Nettoeinkommen zugeschnitten und stellt keine allgemein übertragbare Regelung für die Berücksichtigung der unterschiedlichen Abgabenbelastung bei ausländischem Arbeitseinkommen dar.

Im deutsch-australischen Verhältnis bedarf es daher einer neuartigen Abkommensregelung, die sich jedoch an den Regelungsgedanken der genannten Vorschriften orientieren kann. Die Problematik der fehlenden Reflektion der tatsächlichen Lebensumstände des Versicherten vor dem schädigenden Ereignis entsteht durch die Berücksichtigung von ausländischem Bruttoentgelt und den unterschiedlichen Steuer- und Sozialabgabenniveaus in Deutschland und Australien. Zunächst könnte nun erwogen werden, nur vor dem Unfall in Deutschland bezogenes Einkommen als Berechnungsgrundlage heranzuziehen und dieses auf Zeiten der Auslandbeschäftigung im Bemessungszeitraum hochzurechnen. Eine solche Regelung ist dem deutschen

1503 Art. 58 Abs. 3 VO (EWG) Nr. 1408/71 ordnete eine Berücksichtigung explizit an. In den Sozialversicherungsabkommen finden sich solche Regelungen nicht, Angehörige können jedoch allgemein als vom persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung erfasst angesehen werden.

1504 Einzig das deutsch-marokkanische Abkommen vom 25.3.1981 enthält mit Art. 25 Abs. 6 eine Bestimmung, die die Aufteilung von Witwenrentenansprüchen bei synchron-polygamen Ehen regelt und damit eine Anerkennung impliziert.

1505 Vgl. hierzu BT-Drucks 4/120, S. 57, zur entsprechenden Vorgängervorschrift § 577 RVO.

1506 Vgl. zur Vorgängerregelung Art. 58 VO (EWG) Nr. 1408/71 Fuchs-Fuchs, Art. 58 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 3.

Recht nicht unbekannt. Sie entspräche im weiteren Sinne auch der Regelungssystematik des § 82 SGB VII, der für Ausfallzeiten während des Bemessungszeitraums den Durchschnittsbeitrag des während der übrigen Zeiträume erlangten Einkommens ansetzt¹⁵⁰⁷. Für eine solche Regelung, die zu einer Berücksichtigung nur des jeweils im zur Leistung verpflichteten Staat bezogenen Einkommens führt, spricht ihre Nachvollziehbarkeit von australischer Seite, da sie in vielen Fällen auch den dort bereits nach nationalem Recht erzielten Ergebnis entspräche. Da jedoch auch eine einseitige Regelung im Hinblick auf deutsche Rentenleistungen ausreichen würde, ist das Gewicht einer solchen erleichterten Akzeptanz von australischer Seite eher gering. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass eine solche Regelung der Intention des deutschen Gesetzgebers für die Berechnung der Erwerbsminderungsrenten nicht vollständig gerecht würde, da sie nicht zu einer Widerspiegelung der Lebensverhältnisse des Versicherten vor der Schädigung führte. Auch ist ein Auffüllen von Zeiten nach § 82 Abs. 2 SGB VII nur vorgesehen, wenn es sich um Ausfallzeiten handelt, nicht aber, wenn tatsächlich Entgelt bezogen wurde. Eine nicht diskriminierende Berücksichtigung dieses Auslandsentgelts wäre aber nur möglich, wenn nicht das tatsächlich bezogene Bruttoentgelt, sondern ein fiktiver Bruttolohn als Rentenbasis herangezogen würde. Dieser müsste sich aus einer Erhöhung des im Ausland tatsächlich verbliebenen Nettoentgelts um die Beträge, die der betreffende Arbeitnehmer bei einem entsprechenden Nettoeinkommen in Deutschland abgeführt hätte, ergeben. Zwar wäre eine entsprechende Regelung mit nicht unerheblichem Berechnungsaufwand für den deutschen Träger verbunden. Für eine Akzeptanz dieser Regelungsmethode spricht jedoch, dass auch die genannte Vorschrift zur Berechnung des Verletzengeldes in Anhang XI Deutschland Nr. 5 der VO (EG) Nr. 883/2004 – wenn auch in umgekehrter Richtung – eine Umrechnung von Brutto- und Nettoentgelten und damit eine fiktive Berechnungsgrundlage für die Leistungsberechnung vorsieht.

¹⁵⁰⁷ § 82 Abs. 2 SGB VII.