

Jürgen Beschorner

FH Bund Berlin

Prof.Dr.Juergen.Beschorner@drv-bund.de

Geldleistungen für Arbeitsmigranten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs am Beispiel der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71

*Cash benefits in favour of migrant workers in the jurisdiction
of the Court of Justice of the European Union using the exam-
ple of the Regulation (EEC) No 1408/71*

Streszczenie:

W artykule omówiono świadczenia pieniężne dla pracowników migrujących w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na przykładzie rozporządzenia 1408/71/EWG. Obejmuje ono istotne elementy bezpieczeństwa socjalnego, wyłączając jednak m.in. świadczenia związane z pomocą społeczną. Do świadczeń związanych z bezpieczeństwem socjalnym w rozumieniu rozporządzenia należą – według kryteriów niemieckich – takie świadczenia, w związku z którymi przysługuje zainteresowanym roszczenie prawne na podstawie odpowiednich wcześniejszych świadczeń uzależnionych od składki. Z drugiej strony z rozporządzenia wynika, że przyznanie świadczeń społecznych nie zależy zasadniczo od kwestii opłacenia składki, o ile świadczenia społeczne są przyporządkowane „bezpieczeństwu socjalnemu” w rozumieniu rozporządzenia. To ostatnie pojęcie nie jest jednak w rozporządzeniu zdefiniowane. Poza tym włączone do systemu są takie świadczenia, które zwykle nie wiążą się ze składką, np. świadczenia rodzinne. W tej sytuacji Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyłączył się zasadniczo do poglądu, według którego istnieją świadczenia zawierające cechy zarówno bezpieczeństwa socjalnego jak i pomocy społecznej (tzw. świadczenia mieszane). Świadczenia mieszane są – jako świadczenia pieniężne niezależne od składki – objęte zasadniczo zakresem merytorycznym rozporządzenia 1408/71/EWG, co oznacza, że prawodawca wziął pod uwagę orzecznictwo Trybunału. Nadal jednak budzą kontrowersje problemy pojęciowe i systemowe, co powoduje, że Trybunał wciąż zajmuje się tą tematyką.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo socjalne – świadczenia rodzinne - szczególne świadczenia bezskładkowe – rozporządzenie 1408/71/EWG

Summary:

The regulation (EEC) No. 1408/71 applies to essential benefits of social security, but excludes i. a. social welfare benefits (art. 4 para. 1 resp. 4 of the regulation). To social security benefits in terms of the regulation count – for example referring to German measures – those which are granted related to advance payments of the beneficiaries, i. e. to those that depend on contributions, and to which beneficiaries are legally entitled. On the other side, the regulation clarifies that the inclusion of social benefits does basically not depend on the achievement of contributions (art. 4 para. 2 of the regulation), provided that social benefits belong to “social security” in terms of the regulation. The last mentioned item is, on the other hand, not defined by the regulation. Furthermore, such benefits are included from the outset that regularly show no reference to contributions, such as for example family benefits. In this situation, the Court of Justice of the EU brought decisive contributions to the conclusion that there are benefits that show as well attributes of social security as of social welfare. Such dual non-contributory cash benefits are basically included of the objective scope of the regulation, sub measure of art. 4 para. 2 a. The communitarian legislation has, in its essence, retraced the jurisdiction of the Court. But there are still conceptual and systematic problems so that the Court has to deal consistently with the subject matter. The respective jurisdiction will be reconstructed in the following article.

Keywords: Social security — Family benefits –Special non-contributory benefits - Regulation (EEC) No 1408/71

1. Sachlicher Geltungsbereich der VO (EWG) Nr. 1408/71

Die VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im Folgenden: VO <EWG> Nr. 1408/71, resp. Wanderarbeitnehmerverordnung) wurde in der ursprünglichen Fassung als notwendige Voraussetzung für die Garantie der Arbeitnehmerfreizügigkeit, eine der vier Grundfreiheiten der Gemeinschaft und des gemeinsamen Marktes eingeführt¹. Die Verordnung koordiniert die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit, um insbesondere die Sozialversicherungsansprüche der Personen zu schützen, die innerhalb der Europäischen Union zu- und abwandern. Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung werden in sachlicher Hinsicht alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit erfasst, die Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, bei Invalidität, bei Alter, an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, bei Arbeitslosigkeit sowie Familienleistungen und Sterbegeld betreffen. Die Verordnung gilt für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit und auch für die Systeme, nach denen die Arbeitgeber zu Leistungen verpflichtet sind. Der Geltungsbereich ist also relativ weit gefasst. Dies entspricht der Absicht des Ordnungsgebers, dem Freizügigkeitsrecht der Arbeitnehmer möglichst große Geltung zu verschaffen². Daraus erklärt sich, dass der von der Vorschrift gebrauchte Begriff der sozialen Sicherheit – der von der Verordnung nicht definiert wird - zwar auch die Sozialversicherungsleistungen im Sinne der deutschen Terminologie, aber auch entsprechende Leistungen in anderen Mitgliedstaaten umfasst, die etwa die Alterssicherung nicht oder nicht hauptsächlich auf der Basis der Beitragsfinanzierung ausgestaltet haben, aber im wesentlichen die gleiche Zielsetzung verfolgen. Der sozialen Sicherheit unterfallen auch Familienleistungen, die nach deutschem Rechtsverständnis oftmals keinen unmittelbaren Bezug

* Beitrag zuerst veröffentlicht in der Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2009, S. 320 ff.

¹ S. etwa A. Numhauser-Henning, Freizügigkeit und Sozialleistungsansprüche, http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/numhauser_german.pdf. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. 6.1971 ist in ihrer konsolidierten Fassung im ABl. L 28 vom 30.1.1997, S. 1 veröffentlicht.

² S. M. Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 2 zu Art. 4; S. Bucher, Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen, Freiburg (Schweiz) 2000 (zit. 2000 <I>), Rn. 28 ff. mit Nachweisen zur Entstehungsgeschichte; ferner dies., Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen, SZS/RSAS 2000 (zit. 2000 <II>), S. 340 ff., 343.

zu solchen der Sozialversicherung aufweisen³. Andererseits werden bestimmte Leistungsarten aus dem Geltungsbereich der Verordnung ausgeschlossen. Das betrifft insbesondere die Leistungen der Sozialhilfe⁴. Dies erscheint zunächst nicht ohne weiteres einleuchtend, da die Regelung über den sachlichen Geltungsbereich gerade nicht zwischen Beitrags- und Steuerfinanzierung der Leistungen unterscheidet und, wie gezeigt, von vornherein auch Leistungen erfasst werden, die nicht in direktem Zusammenhang mit dem Sozialversicherungssystem stehen⁵. Die Systematik der Verordnung lässt sich nicht mit dem Hinweis erklären, ursprünglich sei die Unterscheidung zwischen Leistungen der sozialen Sicherheit und solchen der Sozialhilfe leicht vorzunehmen gewesen, da die Leistungen der sozialen Sicherheit sich als Äquivalent der von den Anspruchsberechtigten erbrachten Beiträge darstellten, auf die ein Rechtsanspruch bestand, während den Sozialhilfeleistungen keine Beiträge der Betroffenen entsprachen⁶. Denn gerade die Familienleistungen waren schon früher oft nicht beitragsfinanziert, und die Formulierung des Art. 4 Abs. 2 VO (EWG) Nr. 1408/71 erklärt sich gerade aus dem Umstand, dass manche Mitgliedstaaten auch die Bereiche, die in Deutschland zu den „klassischen“ Zweigen der Sozialversicherung gehören, der Steuerfinanzierung unterworfen haben. Auch ein Ansatz, der darauf abzielt, die Unterscheidung darauf zurückzuführen, dass bestimmte Leistungen nicht unbedingt gewährt würden, sondern von Handlungsweisen der Betroffenen abhingen, die von den Leistungsträgern bei Auslandsaufenthalt der Betroffenen nicht geprüft werden könnten⁷, vermag an dieser Stelle nicht zu überzeugen. Denn auch die herkömmlichen Leistungen der sozialen Sicherheit werden teilweise in Abhängigkeit von individuellen Entwicklungen gewährt, beispielsweise die Leistungen, die zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit bestimmt sind. Dennoch ist klar, dass die Sozialhilfe dem Zweck der Verordnung, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer so

³ Wie etwa Kindergeld, Erziehungsgeld und Mutterschaftsgeld. Zur europäischen Dimension bei den beiden erstgenannten Leistungen Arno Bokeloh, Der Export von Sozialleistungen in das Ausland, ZSR 1989, S. 339 ff., 357 ff.

⁴ s. Art. 4 Abs. 4 VO (EWG) Nr. 1408/71.

⁵ die Familienleistungen waren von Anfang an in den Regelungsbereich des Art. 4 der Verordnung einbezogen.

⁶ So Fuchs a. a. O. (Fn. 2), Rn. 33 zu Art. 4; auch M. Frey, Sozialpolitik und Sozialrecht in der EU, o. D., S. 8, <http://www.euro-mpa.de/de/Download/KonzeptEurop%C3%A4ischesSozialrecht%20und%20Sozialpolitik.pdf>.

⁷ So E. Eichenhofer, Export von Sozialleistungen nach Gemeinschaftsrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit 1999, S. 57 ff., 59, hinsichtlich der Exportpflicht bestimmter Leistungen nach Art. 10 VO (EWG) Nr. 1408/71. Da die Systematik der beitragsunabhängigen Geldleistungen im Jahr 2005 neu geordnet wurde (s. unten Fn.20), beruht der Ansatz auf heute nicht mehr ohne weiteres gültigen Voraussetzungen.

weit wie möglich zu gewährleisten, eher entfernt gegenübersteht, da sie – unabhängig von einem Bezug zur Erwerbstätigkeit - die situationsbedingte Bedürftigkeit in den Vordergrund stellt. Um der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Umfeld der Sozialleistungen einen möglichst freien Raum zu verschaffen – dies war das ursprüngliche Anliegen der hier gegenständlichen Verordnung und stellt noch heute ihren Schwerpunkt dar⁸ -, waren vordringlich diejenigen Leistungen in den Regelungsbereich der Verordnung einzubeziehen, die unmittelbar mit dem Status als Arbeitnehmer verbunden sind. Hier stehen die „wohlerworbenen“ Rechte im Vordergrund, auf die ein Anspruch besteht, weil die Betroffenen zumindest in erheblicher Weise Vorleistungen erbracht haben; es kommen aber auch andere Rechte hinzu, soweit sie in einem weiteren Sinn sichernd in den Bereich der Erwerbstätigkeit der Arbeitnehmer eingreifen, einschließlich derer, die den materiellen Status nach alters- oder invaliditätsbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerb-leben gewährleisten. Schließlich zählen auch solche Rechte dazu, die zum Ziel haben, den Arbeitnehmern oder ihren Familienangehörigen einen Ausgleich für solche Lasten zu bieten, deren Entstehungsgrund typischerweise der Lebensgestaltung von Personen geschuldet ist, die wesentlich aufgrund ihres Erwerbseinkommens in der Lage sind, sich insbesondere einen bestimmten Status familiärer Art aufzubauen, weshalb auch die Familienleistungen Gegenstand des Art. 4 der Verordnung sind. Je weiter man sich von den ursprünglich an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfenden Sozialleistungen entfernt, desto zweifelhafter wird die Unterscheidung, weil es gerade die Zielsetzung moderner Sozialrechtsordnungen ist, auch solchen Menschen eine gleichwertige, beispielsweise familiäre, Entfaltung zu ermöglichen, deren eigene Subsistenzsicherung aus den unterschiedlichsten Gründen gering oder gar nicht ausgeprägt ist⁹. Dennoch existiert eine Grenzlinie, jenseits deren der Charakter von Sozialleistungen nicht mehr oder nur mehr sehr beiläufig an die Arbeitnehmereigenschaft einer Person anknüpft, vielmehr der Existenzsicherung in bestimmten Notlagen dient. Demgemäß geht es nicht darum, einen bestimmten Lebensstandard aufzubauen oder aufrecht zu erhalten. In eine solche Lage kann virtuell jeder geraten; Kennzeichen ist einerseits der Mangel einer individuellen Vorsorge, andererseits ihr akuter Eintritt, der, in Ermangelung anderer Abhilfemöglichkeiten, die Handlungspflicht des Staates auslöst. Derartige Leistungen korrespondieren

⁸ Die Gemeinschaft verfügt, wenn überhaupt, nur punktuell über Regelungskompetenzen hinsichtlich des materiellen Sozialrechts, vgl. J. Beschorner, Weiterentwicklung der offenen Koordinierungsmethode für Sozialschutz und soziale Eingliederung, ZESAR 2009, S. 77 ff.

⁹ Vgl. zu den verschiedenen Zielsetzungen der Sozialstaatlichkeit C. Butterwegge, Krise und Zukunft des Sozialstaates, 2005, S. 12 ff. Vgl. dazu auch die aktuelle Diskussion um die Gewährung einer „Grundsicherung für Kinder“ unabhängig vom wirtschaftlichen Status der Eltern, z. B. T. Dücker, Eine Grundsicherung für die Kinder, in: „Die Zeit“ v. 27.9.2007.

nicht mit der Absicht der Wanderarbeitnehmerverordnung, den Wechsel des Arbeitsplatzes innerhalb der Europäischen Gemeinschaft möglichst ohne soziale Statureinbußen zu ermöglichen, und wurden daher von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen¹⁰. Freilich steht diese Unterscheidung unter dem Vorbehalt der Erklärungen nach Art. 5 VO (EWG) Nr. 1408/71. Danach bestimmen die Mitgliedstaaten, welche Sozialleistungen dem Geltungsbereich der Verordnung unterfallen, und sind daran gebunden, selbst wenn eine Leistung nach ihrem materiellen Gehalt nicht als solche der sozialen Sicherheit anzusehen ist¹¹.

2. Beitragsunabhängige Geldleistungen

Immerhin lag die vorbezeichnete Unterscheidung dem Aufbau der Wanderarbeitnehmerverordnung von Anfang an zugrunde und blieb dafür maßgebend, selbst als der persönliche Geltungsbereich erweitert wurde und nicht mehr ausschließlich die typische soziale Lage der Arbeitnehmer im Hinblick auf die betroffenen Sozialleistungen zu berücksichtigen war¹². Andererseits weisen die Mitgliedstaaten bei der Konzeption auch ihrer herkömmlichen Sozialsysteme derart heterogene Strukturen auf, dass manche Sozialleistungen nicht eindeutig dem Bereich der sozialen Sicherheit und genauso wenig der Sozialhilfe zugeordnet werden können. Bereits frühzeitig kam es zu Streitfällen, oft die Frage betreffend, ob bestimmte Sozialleistungen dem sachlichen Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung unterfielen. In diesem Fall war insbesondere die Aufhebung der Wohnortklausel gem. Art. 10 der

¹⁰ Es erscheint nicht hilfreich, maßgeblich darauf abzustellen, dass Sozialhilfeleistungen ursprünglich in das Ermessen der Leistungsträger gestellt waren (so – offenbar die Rechtsprechung des EuGH aufgreifend - Fuchs a. a. O. <Fn.2>, Rn. 33 zu Art. 4). Zwar war der Ermessenscharakter in diesem Bereich früher wesentlich ausgeprägter, aber etwa in Deutschland bestand nach dem BSHG von Anfang an dem Grunde nach ein Anspruch auf Sozialhilfe, s. § 4 Abs. 1 BSHG in der ursprünglichen Fassung vom 30.6.1961 (BGBl. I, S. 815). Außerdem finden sich auch in wichtigen Bereichen der sozialen Sicherheit noch heute Ermessensvorschriften, etwa bei der Rehabilitation, vgl. etwa § 13 SGB VI.

¹¹ Fuchs a. a. O. (Fn. 2), Rn. 2 zu Art. 5, der darauf hinweist, dass die Mitgliedstaaten umgekehrt keine Leistungen der sozialen Sicherheit dem Anwendungsbereich der Verordnung entziehen können, indem sie sie nicht in die Erklärung nach Art. 5 der Verordnung aufnehmen.

¹² Die erste Erweiterung erfolgte mit der Erstreckung des Geltungsbereichs auf Selbstständige durch die Verordnung (EWG) Nr. 1390/81 des Rates vom 12. 5 1981 (ABl. L 143 vom 29.5.1981, S. 1) und schloss die vertraglichen Politikbereiche Niederlassungsfreiheit und freier Dienstleistungsverkehr in den thematischen Rahmen der Wanderarbeitnehmerverordnung ein. Die Ausdehnung auf Studierende erfolgte durch die Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8. 2 1999 (ABl. L 38 vom 12.2.1999, S. 1. Hierfür zog der Rat als vertragliche Ermächtigungsgrundlage außer Art. 51 (heute Art. 42) hauptsächlich Art.235 (heute 308) heran („Billigkeitsgründe“).

Verordnung zu beachten. Damit sollte die Gleichstellung der Staatsgebiete im Hinblick darauf erreicht werden, dass Berechtigte in einem Mitgliedstaat Ansprüche auf Sozialleistungen erwerben, aber im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen¹³. Allerdings war und ist die damit verbundene Exportpflicht von Sozialleistungen von vornherein auf einen Ausschnitt der dem sachlichen Geltungsbereich der Verordnung angehörenden Leistungen beschränkt, nämlich auf Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen, die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten und die Sterbegelder¹⁴. Hinsichtlich der Sozialhilfeleistungen verbleibt es dabei, dass sie nicht dem Anwendungsbereich der Verordnung und damit auch nicht der Exportpflicht zuzuordnen sind.

Zwar bestimmen die Mitgliedstaaten durch Erklärung gem. Art. 5 der Wanderarbeitnehmerverordnung, welche ihrer Sozialleistungen dem Art. 4 Abs. 1 und 2 unterfallen sollen. Da diese Erklärung aber nicht abschließend in dem Sinne ist, dass Mitgliedstaaten willkürlich Sozialleistungen vom Anwendungsbereich der Verordnung (und damit evtl. auch von der Exportpflicht) ausnehmen können, die materiell als Leistungen der sozialen Sicherheit i. S. v. Art. 4 Abs 1 und 2 der Verordnung zu qualifizieren sind¹⁵, verbleibt eine Klärungslücke hinsichtlich solcher Sozialleistungen, deren Charakter eine Deutung sowohl als Leistungen der Sozialhilfe zulässt, weil für sie das Merkmal der Bedürftigkeit ein wesentliches Kriterium für ihre Anwendung ist und die Leistungsvoraussetzungen nicht auf der Zusammenrechnung von Beschäftigungs- oder Beitragszeiten beruhen, die aber in anderen Merkmalen insofern der sozialen Sicherheit nahekommen, als das freie Ermessen bei der Gewährung der nach ihnen vorgesehenen Leistungen fehlt und den Begünstigten eine gesetzlich umschriebene Stellung eingeräumt wird. Diese – vom EuGH getroffenen – Feststellungen nahm der Rat im Jahr 1992 zum Anlass, die Wanderarbeitnehmerverordnung insofern zu ergänzen¹⁶, als solche Leistungen, die dem genannten Mischcharakter entsprechen, grundsätzlich, d. h. sofern sie

¹³ Dazu Fuchs a. a. O. (Fn.2), Rn. 1 zu Art. 10.

¹⁴ Art. 10 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71. Mit dieser Beschränkung befasst sich insbesondere Eichenhofer a. a. O. (Fn.7).

¹⁵ S. oben bei Fn. 11 und Bucher 2000 (I) a. a. O. (Fn. 2), Rn. 98. Das hat der EuGH bereits frühzeitig entschieden, z. T. noch für die Vorgängervorschrift der Wanderarbeitnehmerverordnung, die Verordnung Nr. 3 des Rates vom 25.9.1958 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. 1958, S. 561. Zur Rspr. des EuGH: Rs. 100/63 (van der Veen), Slg. 1964, S. 1215; Rs. 24/6 (Dingemans), Slg. 1964, S. 1375; Rs. 79/76 (Fossi), Slg. 1977, S. 667; Rs. 35/77 (Beerens), Slg. 1977, 2249; Rs. C-25/95 (Otte), Slg. 1996, S. I-3745; Rs. C-88/95, C-102/95, C-103/95 (Martinez Losada et al.), Slg. 1997, S. I-869; Rs. C-20/96 (Snares), Slg. 1997, S. I-6082; Rs. C-297/96 (Partridge), Slg. 1998, S. I 3477.

¹⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 des Rates vom 30.4.1992, ABl. L 136 vom 19.5.1992, S. 1.

bestimmte Voraussetzungen erfüllen, dem sachlichen Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zugeordnet werden¹⁷. Gleichzeitig wurde der Leistungsexport für derartige Leistungen beschränkt¹⁸. Diejenigen, damals beitragsunabhängige Sonderleistungen, heute – allerdings nicht durchgängig¹⁹ - beitragsunabhängige Geldleistungen genannten Systeme, für die die Beschränkung des Leistungsexports gelten sollte und auf die die Voraussetzungen des neuen Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 zutrafen, wurden in einem neuen Anhang II a aufgeführt²⁰.

Die Mitgliedstaaten können nunmehr, indem sie die Aufnahme bestimmter Sozialleistungen in den Anhang II a betreiben, zwar nicht auf die grundsätzliche Geltung der Wanderarbeitnehmerverordnung, wohl aber auf die Exportierbarkeit derartiger Leistungen Einfluss nehmen. Zu einer Bereinigung haben die Rechtsänderungen indes nur bedingt beigetragen. Denn im Interesse der Beschränkung der Exportierbarkeit könnten Mitgliedstaaten anstreben, Leistungen, die inhaltlich als solche der sozialen Sicherheit anzusehen sind, dem Bereich der beitragsunabhängigen Geldleistungen zuzuweisen. Während die Erklärung gem. Art. 5 VO (EWG) Nr. 1408/71 dazu führt, dass die dort enthaltenen Sozialleistungen unabhängig von ihrem materiellen Gehalt dem System der Verordnung unterworfen werden, ist fraglich, ob umgekehrt für diejenigen Leistungen, die im Anhang II a enthalten sind, gelten kann, dass damit ohne Weiteres, d. h. unabhängig von ihrem materiellen Charakter, die Exportbeschränkung des Art. 10 a VO (EWG) 1408/71 eingreift. Denn die Mitgliedstaaten könnten dadurch dem Abfluss erheblicher Mittel ins Ausland gegensteuern²¹. Der EuGH neigt dazu, in diesen Fällen den materiellen Charakter der jeweiligen Leistung

¹⁷ S. Art. 1 Nr. 2 Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 – Einfügung von Art. 4 Abs. 2 a und 2 b in die VO (EWG) Nr. 1408/71. Diese Leistungen sind nach Art. 5 VO (EWG) Nr. 1408/71 in die Erklärung der Mitgliedstaaten nach dieser Vorschrift aufzuführen; das entspricht allerdings nicht der Praxis, vgl. Bucher 2000 (I) a. a. O. (Fn. 2), Rn. 1012.

¹⁸ Art. 1 Nr. 4 Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 – Einfügung von Art. 10 a in die VO (EWG) Nr. 1408/71.

¹⁹ Begrifflich handelt es sich bei den beitragsunabhängigen Geldleistungen um einen Unterfall der beitragsunabhängigen Sonderleistungen, für die besondere Regelungen gelten.

²⁰ Art. 1 Nr. 6 Verordnung (EWG) Nr. 1247/92. Später wurde die Voraussetzung der Aufführung in Anhang II a in Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 aufgenommen, s. Art. 1 Nr. 2 VO (EG) Nr. 647/2005 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13.4.2005, ABl. L 117, S. 1. Die gem. Art. 4 Abs. 2 b VO (EWG) Nr. 1408/71 im Anhang II Teil III genannten beitragsunabhängigen Sonderleistungen bleiben hier außer Betracht.

²¹ Auf die Ambivalenz der möglichen Strategie eines Mitgliedstaats weist Bucher 2000 (I) hin: a. a. O. (Fn. 2), Rn. 1018.

heranzuziehen²². Hier eine genaue Grenzlinie hinsichtlich des Mischcharakters einer Leistung und der Qualifizierung als Leistung der sozialen Sicherheit vorzunehmen, stößt angesichts der relativen Unbestimmtheit der in Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 Kriterien – die letztlich von der Rechtsprechung des EuGH selbst entwickelt worden sind – teilweise auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten²³.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zu diesen und anderen Problemen im Zusammenhang mit den beitragsunabhängigen Sonder-(resp. Geld-)leistungen soll im Folgenden zusammengefasst werden.

3. Begriffsbestimmung durch den Europäischen Gerichtshof

Die heutige Fassung des Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71, die auf die Verordnung (EG) Nr. 647/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates²⁴ zurückgeht, definiert die beitragsunabhängigen Geldleistungen in Anlehnung an die Begriffsbestimmungen, die der Gerichtshof in verschiedenen Entscheidungen herausgearbeitet hatte. Doch letzten Endes beruht schon die Feststellung, dass es Sozialleistungen gibt, die nicht eindeutig der Sozialen Sicherheit oder der Sozialhilfe zugeordnet werden können, auf der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Daher stellt sich die europäische Gesetzgebung insgesamt als Reaktion auf Erkenntnisse des Gerichtshofs dar. Bereits in der Entscheidung *Frilli*²⁵ hatte dies der Gerichtshof für eine nach belgischem Recht vorgesehene Leistung des garantierten Altersmindesteinkommens erkannt; die Entwicklung von materiellen Kriterien für die Unterscheidung zwischen Fürsorge und sozialer Sicherheit wie Beurteilung nach dem Einzelfall (dann Fürsorge) und Einräumung einer gesetzlich umschriebenen Stellung (dann soziale Sicherheit) rührt daher²⁶. Damit eine Leistung als eine solche der sozialen Sicherheit anzusehen und damit dem Regelungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung zuzuordnen ist, muss sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 dieser Verordnung ausdrücklich aufgeführten Gebiete beziehen. Dies hat der Gerichtshof im Urteil *Hoecks*²⁷ klargestellt. Dabei sind die Mitgliedstaaten

²² S. dazu J. Beschorner, Zum Leistungsexport bei Leistungen der sozialen Sicherheit und beitragsunabhängigen Sonderleistungen nach der VO (EWG) Nr. 1408/71, PflR 2008, S. 411ff.

²³ Vgl. nur zu sprachlichen Problemen Bucher 2000 (II), a. a. O. (Fn. 2), S. 346 bei Fn. 17.

²⁴ Vom 13.4.2005, ABl. L 117, S.1.

²⁵ Rs. 1/72, Slg. 1972, S. 457, zur VO Nr. 3 (s. o. Fn. 15). In der Folge s. Urteile Biason, Rs. 24/74, Slg. 1974, S. 999 und Costa, Rs. 39/74, Slg. 1974, S. 1251; ferner Hughes, Rs. C-78/91, Slg. 1992, S. I-4859, Acciardi, Rs. C-6/92, Slg. 1993, S. I-4591.

²⁶ Eine ähnliche Formulierung findet sich in den Urteilen Piscitello, Rs.139/82, Slg. 1983, S. 1427, Fossi, Rs. 79/76, Slg. 1977, S. 667, und Vigier, Rs. 70/80, Slg. 1981, s. 229.

²⁷ Rs. 249/83, Slg. 1985, S. 973, s. auch das Urteil Scrivner und Cole, Rs. 122/84, Slg. 1985, S. 1027.

an ihre Erklärungen nach Art. 5 der Verordnung gebunden, d. h. die dort aufgeführten Leistungen sind zwingend als solche der sozialen Sicherheit anzusehen²⁸. Allerdings entspricht es dem Zweck der Wanderarbeitnehmerverordnung, dass die Mitgliedstaaten den sozialen Schutz der Betroffenen nicht dadurch verkürzen können, dass sie bestimmte Leistungen nicht in die Erklärung nach Art. 5 der Verordnung aufnehmen²⁹. Dem entsprechend ist nicht maßgeblich, ob Leistungen nach den nationalen Bestimmungen als solche der sozialen Sicherheit anzusehen sind³⁰.

Auch die beitragsunabhängigen Geldleistungen gehören zu den Leistungen der sozialen Sicherheit; jedenfalls sind sie in den Geltungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung einbezogen, wie Art. 4 Abs. 2 a der Verordnung zeigt. Diese Regelung entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofs, der bereits in der Vergangenheit zahlreiche Leistungen, die auch Merkmale der Sozialhilfe aufwiesen, aufgrund ihrer Nähe zu den ausdrücklich genannten Leistungen der sozialen Sicherheit letztlich diesen zugewiesen hat³¹. Die Gesetzgebung ist dem gefolgt und hat auch die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien in die Definition in Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 einfließen lassen. Dennoch gilt für die beitragsunabhängigen Geldleistungen eine Besonderheit: Für die Exportierbarkeit hat der Verordnungsgeber in Art. 10 a der Verordnung eine Abweichung vom Wegfall der Wohnortklauseln in Art. 10 vorgesehen, mithin eine Beschränkung der Exportierbarkeit von beitragsunabhängigen Geldleistungen. Insofern ist zu der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Leistungen der sozialen Sicherheit und der Sozialhilfe die weitere Frage der Unterscheidung von beitragsunabhängigen Geldleistungen hinzugetreten.

4. Beschränkung des Leistungsexports

Der mit der Zuordnung zum Katalog des Anhangs II a verbundene Ausschluss des Leistungsexports stand in den vergangenen Jahren im Fokus der Rechtsprechung des EuGH zu den beitragsunabhängigen Geldleistungen. Einige Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung sollen hier näher beleuchtet werden.

²⁸ Urteil M. Losada et al., Rs. C-88/95, C-102/95 und C-103/95, Slg. 1997, S. I-869; ferner Urteil Toia, Rs. 237/78, Slg. 1979, S. 2645. Ähnlich bereits Urteil Beerens, Rs. 35/77, Slg. 1977, S. 2249. S. dazu schon oben bei Fn. 11.

²⁹ Schon im Urteil M. Losada a. a. O. (Fn. 28), ferner Urteile Otte, Rs. C-25/95, Slg. 1996, S. I-3745; Rheinhold & Mahla, Rs. C-327/92, Slg. 1995, S. I-1223.

³⁰ S. Bucher 2000 (I), a. a. O. (Fn. 2), Rn. 98 m. N.

³¹ S. die in Fn. 25 genannte Rechtsprechung.

4. 1. Die Entscheidung Snares³²

Gegenstand der Entscheidung war die Disability Living Allowance und die Disability Working Allowance (DLA) nach britischem Recht, eine Unterhaltsbeihilfe für Behinderte und eine Beschäftigungsbeihilfe für Behinderte. Sie wurde beitragsunabhängig gewährt und setzte keine Arbeitsunfähigkeit voraus. Andererseits erfolgte die Leistung ungeachtet von Bedürftigkeit. Die Leistung war im Anhang II a aufgeführt. Der Gerichtshof stellte zunächst den konstitutiven Charakter der Aufnahme in den Anhang II a fest. Aus der Aufnahme in den Anhang ergebe sich, dass die auf der Grundlage der Regelung gewährten Leistungen beitragsunabhängige Sonderleistungen seien, die unter Artikel 10 a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen. Dies bekräftigt der Gerichtshof mit dem Hinweis, dass der Umstand, dass die fragliche Leistung nicht in der Erklärung nach Art. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 enthalten war, wonach die Mitgliedstaaten die in Art. 4 Abs. 2 a genannten beitragsunabhängigen Sonderleistungen angeben, der Einordnung als beitragsunabhängige Sonderleistung nicht entgegenstehe³³. Die durch den Verordnungsgeber angeordnete Ausnahme von der Aufhebung der Wohnortklauseln hält der Gerichtshof auch am Maßstab der Art. 51 und 235 EG-Vertrag (heute Art. 42 und 308) für unbedenklich: Der Grundsatz der Exportierbarkeit von Leistungen der sozialen Sicherheit gelte so lange, wie der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Ausnahmenvorschriften erlassen hat. Das gelte insbesondere im Hinblick darauf, dass die Gewährung von eng an das soziale Umfeld gebundenen Leistungen davon abhängig gemacht werden könnte, dass der Empfänger im Staat des zuständigen Trägers wohnt³⁴. Die Mitgliedstaaten seien mangels einer Harmonisierung im Bereich der sozialen Sicherheit für die Festlegung der Voraussetzungen für die Gewährung sozialer Leistungen zuständig und könnten diese auch verschärfen, sofern die aufgestellten Voraussetzungen keine offene oder versteckte Diskriminierung von Arbeitnehmern der Gemeinschaft bewirkten³⁵.

³² Rs. C-20/96, Slg. 1997, S. I-6082.

³³ Rn. 29 ff. Vgl. dazu E. David, Die invalidenrechtliche Assistenzentschädigung und Exportvorbehalt nach Inkrafttreten des Abkommens über die Freizügigkeit im Personenverkehr, Rechtsgutachten 2002, veröffentlicht unter <http://www.fassis.net/Archiv/Gutachten-EU.pdf>.

³⁴ Rn. 41 f.

³⁵ Rn. 45.

4. 2. Die Entscheidung Partridge³⁶

Hier ging es um die Gewährung der Attendance allowance (Pflegegeld für Behinderte) nach britischem Recht an die in Frankreich lebende Klägerin. Es handelt sich um eine beitragsunabhängige Leistung, die keine Arbeitsunfähigkeit voraussetzt und ungeachtet der Bedürftigkeit gewährt wird. Da die Leistung ebenfalls im Anhang II a enthalten war, bekräftigt der Gerichtshof zunächst die im Urteil *Snares* getroffene Feststellung des konstitutiven Charakters der Aufnahme in den Anhang: Die Aufnahme in den Anhang II a führe dazu, dass die auf der Grundlage der Regelung gewährten Leistungen beitragsunabhängige Sonderleistungen seien, die unter Artikel 10 a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen. Auch die Rechtsprechung zur mangelnden Aufnahme der Leistung in der Erklärung nach Art. 5 der Verordnung wird bestätigt. Der Gerichtshof geht sogar darüber hinaus, denn die hier fragliche Leistung war im Anhang VI Abschnitt L Nummer 11 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für die Anwendung des Art. 10 dieser Verordnung als Leistung bei Invalidität definiert. Trotz dieser Nennung könne für die Leistung gegebenenfalls Art. 10 a der Verordnung gelten – eine Rechtslage, die der Übergangsvorschrift des Art. 2 VO (EWG) Nr. 1247/92 geschuldet war. Auf diese Weise unterfiel die Klägerin des Ausgangsverfahrens der Regelung des Art. 10 a der VO (EWG) Nr. 1408/71.

4. 3. Die Entscheidung Swaddling³⁷

Hier ging es um eine Einkommensbeihilfe nach britischem Recht, eine allgemein gewährte, beitragsunabhängige, von der Bedürftigkeit abhängige staatliche Beihilfe, die aber nach nationalem Recht vom gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich abhing. Offenbar nimmt der Gerichtshof auch hier an, dass eine Leistung, die, wie dies bei der Einkommensbeihilfe der Fall war, im Anhang II a aufgeführt ist, ohne weiteres unter die Koordinierungsvorschriften des Art. 10 a der VO (EWG) Nr. 1408/71 fällt und damit eine beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne des Art. 4 Absatz 2 a dieser Verordnung darstellt. Allerdings war die Frage in dieser Entscheidung nicht erheblich, weil in erster Linie die Bedeutung des Begriffs „Wohnmitgliedstaat“ in Art. 10 a der Verordnung zu klären war. Der Antragsteller des Ausgangsverfahrens hatte verschiedene Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt und war nur gelegentlich nach Großbritannien zurückgekehrt. Nachdem er im Ausland keine Arbeit mehr fand, kehrte er nach Großbritannien zurück in der Absicht, dort dauerhaft zu wohnen, wenngleich er gelegentlich weiterhin Tätigkeiten im

³⁶ Rs. C-297/96, Slg. 1998, S. I-3467.

³⁷ Rs. C-90/97, Slg. 1999, S. I-42.

Ausland ausübte. Nach britischem Recht hatte er die Voraussetzung, während eines beträchtlichen Zeitraums im Inland gewohnt zu haben, nicht erfüllt. Der Gerichtshof stellt klar, dass die Dauer des Wohnens in dem Staat, in dem die Leistung beantragt ist, nicht zum Begriff des Wohnorts im Sinne des Art. 10 a VO (EWG) Nr. 1408/71 gehört. Wenn ein Arbeitnehmer sein Recht auf Freizügigkeit wahrgenommen hat und anschließend in seinen Herkunftsstaat zurückgekehrt ist, wenn er ferner bei der Antragstellung seine Absicht zum Ausdruck gebracht hat, in seinem Herkunftsstaat zu bleiben, scheidet die Annahme eines Wohnorts im Sinne des Art. 10 a VO (EWG) Nr. 1408/71 nicht allein daran, dass die Dauer des Wohnens im Herkunftsstaat nicht ausreicht, auch wenn er im Rahmen künftiger Arbeitsverhältnisse gegebenenfalls gelegentlich in andere Staaten reisen würde. Wenngleich der Gerichtshof in Fällen beitragsunabhängiger Geldleistungen die Aufrechterhaltung der Wohnortklauseln prinzipiell anerkennt, schränkt er hier die Befugnis des nationalen Gesetzgebers ein, allzu enge Bindungen an das Territorium vorzuschreiben.

4. 4. Die Entscheidung Leclere/Deaconescu³⁸

Die Kläger des Ausgangsverfahrens begehrten eine Mutterschafts-, Geburts- und Erziehungsbeihilfe nach luxemburgischem Recht, wobei es sich bei der Mutterschaftsbeihilfe um eine Leistung handelte, die im Anhang II a aufgeführt war. Das Urteil ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Gerichtshof zunächst die Befugnis des Ordnungsgebers bestätigt, bestimmte Sozialleistungen – hier waren besondere Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach luxemburgischem Recht betroffen – von der Koordinierung der Sozialsysteme auszuschließen. Andererseits weist er darauf hin, dass andere Gemeinschaftsvorschriften, insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, der Aufstellung einer Wohnortvoraussetzung entgegenstehen können³⁹. Im Übrigen sieht der Gerichtshof weiterhin keinen Anlass, von der Auffassung abzuweichen, wonach vom Grundsatz der Exportierbarkeit von Sozialleistungen in Fällen der beitragsunabhängigen Sonderleistungen durch Aufnahme in den Anhang II a insofern abzuweichen, als die Gewährung von eng mit dem sozialen Umfeld verbundenen Leistungen vom Wohnort im Staat des zuständigen Trägers abhängig gemacht werden kann⁴⁰. Indessen müssen materielle Voraussetzungen für die Aufnahme in den Anhang erfüllt sein. Der Auffassung, die Mutterschaftsbeihilfe sei wegen ihrer geburtenfördernden Zweckbestimmung mit dem charakteristischen sozialen Umfeld

³⁸ Rs. C-43/99, Slg. 2001, S. I-4265.

³⁹ A. a. O., Rn. 31.

⁴⁰ A. a. O., Rn. 32.

des Mitgliedstaats, der sie eingeführt habe, eng verbunden und könne daher vom Wohnort abhängig gemacht werden, tritt der Gerichtshof mit dem Hinweis entgegen, die Beihilfe werde an jede Schwangere und jede Mutter unter der alleinigen Voraussetzung gezahlt, dass sie im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung einen gesetzlichen Wohnsitz in Luxemburg habe. Gegenüber den in Art. 4 Abs. 1 der VO (EWG) Nr. 1408/71 genannten Leistungen stelle die Mutterschaftsbeihilfe keine Sonderbeihilfe dar und könne demgemäß keine beitragsunabhängige Sonderleistung sein⁴¹.

4. 5. Die Entscheidung Jauch⁴²

Dies ist eine bahnbrechende Entscheidung zur Problematik der beitragsunabhängigen Geldleistungen in jüngerer Zeit. In Frage stand, ob das nach österreichischem Recht gewährte Pflegegeld als beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne von Art. 10 a der Wanderarbeitnehmerverordnung anzusehen sei, weil es ausdrücklich in Anhang II a der VO (EWG) Nr. 1408/71 Aufnahme gefunden hatte, mit der Folge, dass darauf nur im betreffenden Mitgliedstaat wohnhafte Personen Anspruch hätten. Die österreichische Regierung hatte sich insofern auf die oben besprochenen Entscheidungen *Snares*, *Partridge* und *Swaddling* berufen. Tatsächlich hatte der Gerichtshof dort den Charakter als beitragsunabhängige Sonderleistung jeweils nicht in Frage gestellt und sich mit der Aufnahme in den Anhang II a begnügt. Hier nun geht der Gerichtshof noch dezidierter als im Urteil *Leclere/Deaconescu* dazu über, materielle Kriterien anzuführen, die die Aufnahme von Sozialleistungen in den Anhang II a legitimieren können. Von den zitierten vorausgegangenen Entscheidungen distanziert sich der Gerichtshof mit der Feststellung, dort habe die Natur der jeweiligen Leistungen als beitragsunabhängige Sonderleistungen nicht in Frage gestanden⁴³. Wesentlich deutlicher als in früheren Entscheidungen⁴⁴ beruft er sich auf die maßgebende Zwecksetzung u. a. der VO (EWG) Nr. 1408/71, die darin bestehe, die größtmögliche Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer herzustellen⁴⁵. Dem widerspräche es, wenn Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats sichern, insbesondere wenn diese Vergünstigungen die Gegenleistung der von ihnen gezahlten Beiträge darstellen. Zwar könnten vom Grundsatz der Exportierbarkeit von

⁴¹ A. a. O., Rn. 36.

⁴² Rs. C-215/99, Slg. 2001, S. I-1901.

⁴³ A. a. O., Rn. 17.

⁴⁴ obwohl sich der Gerichtshof ausdrücklich insbesondere auf die Entscheidung *Spruyt* beruft, Rs. 284/84, Slg. 1986, S. 685.

⁴⁵ A. a. O. (Fn. 42), Rn. 20.

Leistungen der sozialen Sicherheit Ausnahmen vorgesehen werden; diese müssten aber vor dem geschilderten Hintergrund eng ausgelegt werden. Dadurch veranlasst, entwickelt der Gerichtshof genauere Kriterien und unterscheidet zwischen den beiden Elementen Sonderleistung und beitragsunabhängig. Auf das Urteil *Molenaar*⁴⁶ Bezug nehmend, weist er darauf hin, dass die Vorschriften der deutschen Pflegeversicherung über die Gewährung von Leistungen den Begünstigten einen Rechtsanspruch einräumten und dass diese Leistungen zur Verbesserung des Gesundheitszustands und der Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen im Wesentlichen eine Ergänzung der Leistungen der Krankenversicherung bezweckten. Es sei Kennzeichen einer Leistung der sozialen Sicherheit, dass sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands gewährt wird, ohne dass im Einzelfall eine in das Ermessen gestellte Prüfung des persönlichen Bedarfs erfolgte, und wenn sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht⁴⁷. Das traf im Fall *Molenaar* auf die Leistungen der deutschen Pflegeversicherung zu, weshalb der Gerichtshof sie als „Leistungen bei Krankheit“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a VO (EWG) Nr. 1408/71 und als u. a. in Art. 19 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung genannte „Geldleistungen“ der Krankenversicherung qualifiziert hat. Ungeachtet einiger Besonderheiten bei der Gewährung des Pflegegeldes nach österreichischem Recht sieht der Gerichtshof darin analog zum Fall *Molenaar* eine Leistung bei Krankheit i. S. v. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a und b VO (EWG) Nr. 1408/71. Unabhängig davon, ob es beitragsunabhängig ist oder nicht, gilt es als eine finanzielle Leistung bei Krankheit im genannten Sinn. Demnach kann es nicht unter Art. 4 Abs. 2 a der Verordnung fallen.

Gleichwohl führt der Gerichtshof zu dem Merkmal beitragsunabhängig aus, dass das Pflegegeld nach österreichischem Recht vordergründig vom Bund finanziert wird. Die Geldleistungen werden zunächst von den Trägern der gesetzlichen Pensions- und Unfallversicherung ausgezahlt; die von den Versicherungsträgern verauslagten Beträge werden dann vom Bund in Form eines Kostenersatzes zurückerstattet. Die für diese Ausgaben notwendigen Mittel werden im Bundeshaushalt durch Kürzung des Bundeszuschusses für die Pensionsversicherung freigesetzt. In Wirklichkeit wird die Finanzierung jedoch von den Sozialversicherten getragen, da die

⁴⁶ Rs. C-160/96, Slg. 1998, S- I-843. Die Entscheidung ist für die Frage der beitragsunabhängigen Geldleistungen nicht unmittelbar von Bedeutung, weil es in dem Verfahren nicht um den Export der Leistungen ging, sondern um die Heranziehung zu Pflichtbeiträgen bei gleichzeitigem Ausschluss der Anspruchsberechtigung wegen Nichterfüllung des Wohnsitzerfordernisses. Auch die deutsche Regierung ordnete das System der Pflegeversicherung nach deutschem Recht den Leistungen bei Krankheit zu.

⁴⁷ A. a. O. (Fn.42), Rn. 25.

Krankenversicherungsbeiträge erhöht worden seien, um die Einnahmenverluste der Krankenversicherung auszugleichen⁴⁸. Damit fehlt es auch insoweit an einer Berechtigung zur Aufnahme der Leistung in den Anhang II a, weshalb die Beschränkung der Exportierbarkeit nach Auffassung des Gerichtshofs unzulässig war.

4. 6. Die Entscheidung Skalka⁴⁹

In einem weiteren Verfahren, das die österreichischen sozialen Sicherungssysteme betraf, ging es um eine im Anhang II a der Wanderarbeitnehmerverordnung enthaltene Ausgleichszulage zur Alterspension. Diese Leistung, die gewährt wird, wenn die Leistung aus der Pensionsversicherung wegen zu kurzer Versicherungsdauer oder zu niedriger „Bemessungsgrundlage“ nicht für einen angemessenen Lebensstandard ausreicht (so genannter Richtsatz), wird vollständig vom Bund finanziert, ist aber an den Anspruch auf eine Pension aus der gesetzlichen Pensionsversicherung gebunden. Der Gerichtshof lehnt sich an die Entscheidung *Jauch* an, indem er die Aufnahme in den Anhang II a nicht für sich genommen als zureichenden Grund für die Beschränkung der Exportierbarkeit ansieht. Auch hier hält er es für geboten, eine materielle Prüfung hinsichtlich des Sonderleistungscharakters und der Beitragsunabhängigkeit der Ausgleichszulage vorzunehmen. Dabei nimmt er hinsichtlich des erstgenannten Kriteriums die bereits aus früheren Entscheidungen, insbesondere den Fällen *Snares*, *Partridge* sowie *Leclere/Deaconescu* bekannte Formulierung auf, wonach eine Sonderleistung i. S. v. Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 über ihren Zweck definiert wird. Sie muss danach eine Leistung der sozialen Sicherheit ersetzen oder ergänzen und den Charakter einer Sozialhilfeleistung aufweisen, die aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen gerechtfertigt ist, und es muss nach einer Regelung, die objektive Kriterien festlegt, über sie entschieden werden⁵⁰. Dass die Ausgleichszulage dieser Definition entspricht, hält der Gerichtshof für unproblematisch. Auch für die Frage der Beitragsunabhängigkeit hält er sich an die Kriterien, die er im Fall *Jauch* entwickelt hat. Maßgeblich ist dabei die tatsächliche Finanzierung der Leistung. Da die Finanzierung letzten Endes aus dem Bundeshaushalt erfolgt, hält der Gerichtshof auch dieses Merkmal für erfüllt, so dass die Aufnahme der Leistung in den Katalog des Anhangs II a zu Recht erfolgt ist. Demgegenüber stellt er keine Prüfung darüber an, inwiefern die Qualität als beitragsunabhängige Sonderleistung auf eine einzelne,

⁴⁸ A. a. O., Rn. 33.

⁴⁹ Rs. C-160/02, Slg. 2004, S. I-5613. Sie ist ferner abgedruckt mit Anmerkung von Michaela Windisch-Graetz in ZESAR 2004, S. 384.

⁵⁰ A. a. O., Rn. 25.

aber vom Anspruch auf die Alterspension abhängige Sozialleistung bezogen werden kann. Jedenfalls dürfte eine bestimmte Leistung nicht nach ihren beitragsfinanzierten und beitragsunabhängigen Bestandteilen aufzuspalten sein. Die Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 a Buchst. b VO (EWG) Nr. 1408/71 besagt dazu nur, dass Leistungen, die zusätzlich zu einer beitragsabhängigen Leistung gewährt werden, nicht allein aus diesem Grund als beitragsabhängige Leistungen zu betrachten sind.

4. 7. Die Entscheidung Hosse⁵¹

In diesem Rechtsstreit ging es wiederum um Pflegegeld nach österreichischem Recht, allerdings um Leistungen, die aufgrund von Rechtsvorschriften der Bundesländer an Behinderte und pflegebedürftige Personen erbracht werden. Diese waren im Anhang II a als beitragsunabhängige Sonderleistungen aufgeführt. Dass die Entscheidungen des Gerichtshofs zum Sonderleistungscharakter auch nach der ausführlichen Begründung im Fall *Jauch* keine definitive Klarheit gebracht haben⁵², wird insofern deutlich, als in den vom Gerichtshof eingeholten Stellungnahmen der Mitgliedstaaten, z. T. gerade unter Berufung auf den Fall *Jauch*, in Bezug auf die hier in Rede stehenden Pflegeleistungen nach Landesrecht völlig unterschiedliche Varianten vertreten wurden: Teilweise wurde ihnen der Charakter als beitragsunabhängige Sonderleistungen zuerkannt, teilweise wurden sie als Leistungen der sozialen Sicherheit bei Krankheit angesehen⁵³.

Auch hier stellt der Gerichtshof zunächst die Zwecksetzung der VO (EWG) Nr. 1408/71 heraus, die in der Herstellung einer größtmöglichen Freizügigkeit für die Wanderarbeitnehmer liegt. Zwar wird das Recht der Mitgliedstaaten bestätigt, Sozialleistungen von der Exportpflicht auszunehmen; derartige Ausnahmen sind aber eng auszulegen. Erstmals macht der Gerichtshof deutlich, dass sich der Begriff „Leistung der sozialen Sicherheit“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Verordnung und der Begriff „beitragsunabhängige Sonderleistung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 a und 2 b der Verordnung gegenseitig ausschließen. Das ist insofern problematisch, als es gerade Kennzeichen der beitragsunabhängigen Sonderleistungen ist, dass sie sowohl Merkmale von Vorschriften der sozialen Sicherheit als auch der Sozialhilfe enthalten, also eine partielle Deckungsgleichheit vorhanden ist. Es stellt sich die Frage, wie Leistungen zu behandeln sind, die zwar theoretisch als „Mischleistungen“ anzusehen sind, aber nicht im Anhang II a enthalten sind⁵⁴.

⁵¹ Rs. C-286/03, Slg. 2006, S. I-1771.

⁵² S. schon oben bei Fn. 23.

⁵³ A. a. O. (Fn. 51), Rn. 27 bis 35.

⁵⁴ Dazu Bucher 2000 (I), a. a. O. (Fn.2), Rn. 1007. S. auch oben bei Fn. 31.

Der Gerichtshof folgt seiner ständigen Rechtsprechung und betrachtet als Leistung der sozialen Sicherheit eine solche, die den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands ohne jede im Ermessen liegende individuelle Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit gewährt wird und die sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht. Das hier in Rede stehende Pflegegeld zielt darauf ab, die durch die Pflegebedürftigkeit der Begünstigten bedingten Mehraufwendungen und insbesondere auch die Aufwendungen, die mit der für sie notwendigen Betreuung verbunden sind, in Form eines Beitrags pauschaliert abzugelten. Die Höhe des Pflegegeldes hängt danach vom Grad der Pflegebedürftigkeit ab. Sie richtet sich nach dem in Stunden pro Monat ausgedrückten Zeitaufwand für die Pflege. Die Beurteilung der Pflegebedürftigkeit ist detailliert in einem Rechtstext geregelt, der eine Einstufung nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit vorsieht. Andere Einkünfte des Pflegebedürftigen haben keine Auswirkung auf die Höhe des Pflegegeldes⁵⁵. Insofern, als das Pflegegeld Personen gewährt wird, die keine Pensionen oder Renten nach bundesgesetzlichen Bestimmungen beziehen, unterscheidet es sich von den Leistungen, die in den Fällen *Molenaar* und *Jauch* verhandelt wurden. Gleichwohl beurteilt der Gerichtshof das Pflegegeld als von der gleichen Art wie die dort betroffenen Leistungen, so dass es sich letztlich um Leistungen bei Krankheit i. S. v. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a VO (EWG) Nr. 1408/71 handelt.

4. 8. Die Entscheidung Kommission/Parlament und Rat⁵⁶

Zur Präzisierung der vom Gerichtshof u. a. in den Urteilen *Jauch* sowie *Lec- lere* und *Deaconescu* herausgearbeiteten Grundsätze zur Definition der besonderen beitragsunabhängigen Sonderleistungen hatte die Kommission einen Vorschlag zur Änderung von Art. 4 Abs. 2 a Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unterbreitet, gegen den die Mitgliedstaaten keine Einwände erhoben hatten. Die Kommission hatte alle Leistungen, die für eine Einordnung als „beitragsunabhängige Sonderleistungen“ in Frage kamen, anhand der Kriterien des Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 und anhand der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung dieser Vorschrift geprüft und einen Vorschlag für eine neue Liste von Leistungen erstellt, deren Aufnahme in den Anhang II a zu erwägen war. Der Rat der Europäischen Union hatte sich auf Antrag der Republik Finnland, des Königreichs Schweden und des Vereinigten Köni-

⁵⁵ A. a. O. (Fn. 51), Rn. 39 f.

⁵⁶ C-299/05, veröffentlicht unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>. Dazu Beschoner a. a. O. (Fn. 22).

reichs unter Abweichung von den erarbeiteten Grundsätzen bereit erklärt, in die von der Kommission vorgeschlagene Liste des Anhangs II a folgende Leistungen aufzunehmen, mithin zu gestatten, dass für diese Leistungen das Wohnsitzerfordernis gilt:

für die Republik Finnland die Kinderbetreuungsbeihilfe;

für das Königreich Schweden die Behindertenbeihilfe und die Pflegebeihilfe für behinderte Kinder;

für das Vereinigte Königreich die Unterhaltsbeihilfe für Behinderte (disability living allowance – DLA), die Unterstützungsbeihilfe (attendance allowance – AA) und das Pflegegeld (carer’s allowance – CA).

Nach Billigung des Standpunkts des Rates durch das Parlament wurde die entsprechende Änderungsverordnung (EG) Nr. 647/2005⁵⁷ unter Berücksichtigung der Anträge von Finnland, Schweden und Vereinigtem Königreich vom Parlament und vom Rat erlassen. Die Nichtigkeitsklage der Kommission richtete sich gegen die Aufnahme der streitigen Leistungen in die Liste des Anhangs II a der geänderten Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

Der Gerichtshof bestätigt die im Urteil *Hosse* aufgestellte These, wonach eine Leistung nicht zugleich als Familienleistung und als Sonderleistung eingeordnet werden könne. Denn Familienleistungen würden von Abs. 1 des Art. 4 VO (EWG) Nr.1408/71 erfasst, Sonderleistungen hingegen von dessen Abs. 2 a, wobei diese Unterscheidung ermöglichen solle, den jeweiligen Regelungsbereich dieser beiden Leistungskategorien festzustellen. Da die Beitragsunabhängigkeit der hier fraglichen Sozialleistungen nicht bestritten wurde, prüft der Gerichtshof den Charakter als Sonderleistung entsprechend denjenigen Kriterien, die sich aus der nunmehr geänderten Fassung des Art. 4 Abs. 2 a VO (EWG) Nr. 1408/71 ergeben. Danach kann eine Leistung nur als Sonderleistung eingeordnet werden, wenn sie allein dem besonderen Schutz des Behinderten dienen soll, indem sie eng mit dem sozialen Umfeld dieser Person in dem betreffenden Mitgliedstaat verknüpft ist. Für die verhandelten Leistungen verneint der Gerichtshof den Sonderleistungscharakter. Sie förderten zwar die Eigenständigkeit der begünstigten Personen und dienten dem Schutz der Behinderten in ihrem nationalen sozialen Umfeld. Sie bezweckten aber auch, die erforderliche Pflege und die Betreuung dieser Menschen, sofern sie unerlässlich ist, innerhalb ihrer Familie oder einer spezialisierten Einrichtung sicherzustellen⁵⁸.

Der Gerichtshof greift ferner die nunmehr Verordnungsrecht gewordene Zweckbezogenheit der beitragsunabhängigen Sonderleistung auf. Sie müsse eine Leistung

⁵⁷ ABl. L 117 v. 4.5.2005, S. 1.

⁵⁸ A. a. O. (Fn. 56), Rn. 54.

der sozialen Sicherheit ersetzen oder ergänzen, sich zugleich aber von dieser unterscheiden, sie müsse den Charakter einer Sozialhilfeleistung haben, die aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen gerechtfertigt ist, und es müsse nach einer Regelung, die objektive Kriterien festlegt, über sie entschieden werden⁵⁹. Um eine Leistung der sozialen Sicherheit handle es sich demgegenüber dann, wenn sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands gewährt wird, ohne dass im Einzelfall eine in das Ermessen gestellte Prüfung des persönlichen Bedarfs erfolgt, und wenn sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht. Für die finnische Kinderbetreuungsbeihilfe und die schwedische Pflegebeihilfe für behinderte Kinder sieht der Gerichtshof den medizinischen Zweck der Leistungen als im Vordergrund stehend an. Sie seien als Leistung bei Krankheit einzuordnen. Bemerkenswert ist, dass er letztlich für irrelevant hält, dass die Gewährung dieser Beihilfen nicht von der Dauer der Beschäftigung oder Beitragszahlung abhängt, dass sie einzelfallbezogen nach Maßgabe des Bedarfs des Kindes und nach gesetzlich festgelegten Kriterien gewährt wird und dass sie darüber hinaus Teil einer Gesamtheit von Leistungen und Hilfen für behinderte Menschen und demzufolge eng mit dem wirtschaftlichen und sozialen Umfeld der betreffenden Mitgliedstaaten verknüpft ist, wie die betroffenen Regierungen geltend gemacht hatten. Ähnlich beurteilt der Gerichtshof auch die britische AA und die CA; lediglich bei der DLA könne von einer Sozialhilfekomponente ausgegangen werden. Die beiden anderen Leistungen hätten nur einen Zweck, der dem der schwedischen Behindertenbeihilfe nahe komme, nämlich dem behinderten Menschen so weit wie möglich zu helfen, bei Verrichtungen des täglichen Lebens seine Behinderung zu überwinden. Folglich sind nach Auffassung des Gerichtshofs diese drei Beihilfen ebenso wie die zuvor behandelten als Leistungen bei Krankheit anzusehen. Die britische DLA habe allerdings eine „Mobilitätskomponente“, die als beitragsunabhängige Sonderleistung angesehen werden könnte, sofern eine abgetrennte Beihilfe geschaffen würde, die nur diese Komponente betrifft⁶⁰. In der verhandelten Variante beurteilt der Gerichtshof die Aufnahme aller drei Leistungen in den Anhang II a als rechtsfehlerhaft.

5. Ausblick

Die zuletzt geschilderte Entscheidung geht außerordentlich tief in die Details der betroffenen Sozialleistungen, und gerade die verschiedenen Elemente, die mit

⁵⁹ Uunter Hinweis auf das Urteil Kersbergen-Lap und Dams-Schipper, Rs. C-154/05, Slg. 2006, S. I-6249.

⁶⁰ A. a. O. (Fn. 56), Rn. 69.

ihnen verbunden sind, lassen die Entscheidung darüber, ob sie als beitragsunabhängige Geldleistungen oder als Leistungen der sozialen Sicherheit zu beurteilen sind, mehr als eine Frage der subjektiven Gewichtung denn als Prüfung anhand objektiver Maßstäbe erscheinen. Es ist zu hoffen, dass es gelingen möge, in der Zukunft entweder eindeutiger Kriterien zur Abgrenzung herauszuarbeiten, oder – dafür wäre ein Paradigmenwechsel erforderlich – die Systematik auf eine andere Grundlage zu stellen. Zunächst steht die Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁶¹ ins Haus. Die Kommission meint, mit der Neuregelung der in der neuen Verordnung so genannten besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen⁶² seien die Merkmale aufgeführt, die diese Sozialleistungen aufweisen müssten, und daraus ergebe sich mehr Transparenz und Rechtssicherheit⁶³. Daran darf gezweifelt werden, handelt es sich doch bei den Regelungen des Art. 70 der neuen Verordnung weitgehend um die Übernahme des status quo, ergänzt um das eine oder andere Detail.

Aus deutscher Sicht ist darauf hinzuweisen, dass ursprünglich keine Sozialleistungen als beitragsunabhängige Sonderleistungen im Anhang II a eingetragen waren. Durch die Verordnung (EG) Nr. 629/2006 wurden in bestimmtem Umfang Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II aufgenommen. Durch die VO (EG) Nr. 647/2005 waren zwischenzeitlich auch die Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem SGB XII zum Gegenstand des Anhangs II a gemacht worden. Nach *Fuchs* ist im künftigen Anhang X der VO (EG) Nr. 883/2004 die Aufnahme beider Leistungen vorgesehen⁶⁴. Die Änderungen werden gerne mit der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH begründet⁶⁵. Eine endgültige Abgrenzung der beitragsunabhängigen Geldleistungen dürfte aber wegen der Vielzahl der hinter einzelnen Sozialleistungen stehenden politischen (besonders auch: finanzpolitischen) Motive schwierig bleiben.

⁶¹ ABl. L 116 vom 30.4.2004, S. 1.

⁶² Ss. Art. 70 VO (EG) Nr. 883/2004.

⁶³ Kommission, Auf dem Weg zu einer besseren Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, <http://europa.eu/scadplus/leg/de/>.

⁶⁴ A. a. O. (Fn. 2), Rn. 4 zu Art. 10 a.

⁶⁵ S. Erwägungsgrund (3) der VO (EG) Nr. 647/2005; ferner Unterrichtung durch die Bundesregierung, BRat Drs. 636/03 v. 3.9.2003, in der die Aufnahme der Leistungen zur Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung begründet wurde. Vgl. auch Europäisches Parlament, Mitteilung an die Mitglieder v. 13.9.2004, veröffentlicht unter http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/cm/540/540022/540022de.pdf.