



JAHRE Koordinierung der sozialen Sicherheit in der Europäischen Union



50 Jahre

Koordinierung der sozialen Sicherheit

Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft

50

KOORDINIERUNG DER SOZIALEN SICHERHEIT IN EUROPA



Europäische Kommission

50 Jahre Koordinierung der sozialen Sicherheit Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft

Bericht über die Konferenz zur Feier des
50. Jubiläums der
Koordinierung der sozialen Sicherheit in Europa

Prag, 7. und 8. Mai 2009

Herausgeber
Prof. Dr. Yves Jorens – Universität Gent, Belgien

Dieser Band enthält die Beiträge der europäischen Konferenz, die vom Fachbereich Sozialrecht der Universität Gent im Namen der Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, anlässlich des 50. Jubiläums der Koordinierung der sozialen Sicherheit in Europa am 7. und 8. Mai 2009 in Prag veranstaltet wurde.

Europäische Kommission

Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit
Referat E.3

Manuskript abgeschlossen im Mai 2009

Dieser Band enthält die Beiträge der europäischen Konferenz, die vom Fachbereich Sozialrecht der Universität Gent im Namen der Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, anlässlich des 50. Jubiläums der Koordinierung der sozialen Sicherheit in Europa am 7. und 8. Mai 2008 in Prag veranstaltet wurde.

Dieser Text wurde vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verfasst. Daher wird in diesem Text noch auf den Vertrag über die Europäische Union und den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Bezug genommen.

Weder die Europäische Kommission noch Personen, die in ihrem Namen handeln, sind für die Verwendung der in dieser Veröffentlichung enthaltenen Informationen verantwortlich.

© Fotos: Europäische Union

Für die Benutzung oder den Nachdruck von Fotos, die nicht dem Copyright der Europäischen Union unterstellt sind, muss eine Genehmigung direkt bei dem/den Inhaber(n) des Copyrights eingeholt werden.

Europe Direct soll Ihnen helfen,
Antworten auf Ihre Fragen zur
Europäischen Union zu finden

**Gebührenfreie einheitliche
Telefonnummer (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

(*) Einige Mobilfunkanbieter gewähren keinen Zugang zu
00 800-Nummern oder berechnen eine Gebühr.

Zahlreiche weitere Informationen zur Europäischen Union sind verfügbar über Internet,
Server Europa (<http://europa.eu>).

Bibliografische Daten und eine Zusammenfassung befinden sich am Ende der Veröffentlichung.
Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2010

ISBN 978-92-79-14866-8

doi:10.2767/94081

© Europäische Union, 2010

Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

Printed in Spain

GEDRUCKT AUF ELEMENTAR CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER (ECF)

INHALT

| | |
|--|---------|
| VORWORT | 5-7 |
| Eröffnungsrede von Frau Lenia Samuel, stellvertretende Generaldirektorin Europäische Kommission – Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit | |
| EINE KURZE GESCHICHTE DER KOORDINIERUNG DER SOZIALEN SICHERHEIT | 8-30 |
| Simon Roberts | |
| DIE ROLLE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS IN DER ENTWICKLUNG DES SOZIALVERSICHERUNGSRECHTS VON PERSONEN, DIE SICH INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION BEWEGEN | 31-60 |
| Sean Van Raepenbusch | |
| ERRUNGENSCHAFTEN IN 50 JAHREN DER KOORDINIERUNG DER SOZIALEN SICHERHEIT IN EUROPA | 61-80 |
| Rob Cornelissen | |
| ANWENDUNG DER DURCHFÜHRUNGSVERORDNUNG IM KONTEXT DER DEZENTRALISIERUNG UND REGIONALISIERUNG BEI FRAGEN DER SOZIALEN SICHERHEIT | 81-101 |
| Eberhard Eichenhofer | |
| DIE ANWENDUNG DER KOORDINIERUNGSVORSCHRIFTEN BEI MASSNAHMEN AKTIVER ARBEITSMARKTPOLITIK AUF NATIONALER EBENE | 102-124 |
| Maximilian Fuchs | |
| DIE AUSWIRKUNGEN DER ARTIKEL 12, 18, 39 UND 43 DES EG-VERTRAGS AUF DIE KOORDINIERUNG DER SYSTEME DER SOZIALEN SICHERHEIT | 125-143 |
| Eleanor Spaventa | |
| DIE KOORDINIERUNG IM KONTEXT DER REGELN DES BINNENMARKTS – ODER: WIE LÄSST SICH DIE KRISE IM 50. JAHR DES BESTEHENS ÜBERWINDEN? | 144-167 |
| Jean-Philippe Lhernould | |
| NEUE MIGRATIONSMUSTER UND KÜNFTIGE HERAUSFORDERUNGEN | 168-188 |
| Paul Minderhoud | |
| NEUE VORSCHRIFTEN ZUR BESTIMMUNG DER ANWENDBAREN RECHTSVORSCHRIFTEN? | 189-209 |
| Yves Jorens | |

| | |
|--|----------------|
| KOORDINATION NEUER LEISTUNGEN | 210-236 |
| Bernhard Spiegel | |
| GRENZÜBERSCHREITENDE GESUNDHEITSVERSORGUNG: | |
| ZUR KOORDINATION DER BEIDEN WEGE ZUR PATIENTENMOBILITÄT | 237-262 |
| Jean-Claude Fillon | |
| ZUSAMMENFASSENDE SCHLUSSBEMERKUNGEN | 263-268 |
| Yves Jorens | |
| ANHANG: EINIGE FOTOS VON KONFERENZTEILNEHMERN | 269-270 |

VORWORT



Lenia Samuel
Stellvertretende Generaldirektorin
Europäische Kommission – Generaldirektion
Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit

Heute, am 7. und 8. Mai 2009, feiern wir das 50. Jubiläum der Koordinierung der sozialen Sicherheit in Europa.

50 ist ein hervorragendes Alter. Daran ist sofort ersichtlich, dass dies einer der ersten Bereiche ist, in denen die Europäische Union aktiv wurde. Die Koordinierungsverordnung für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer ist für die Freizügigkeit, eines der Grundprinzipien der Europäischen Union, unverzichtbar und außerdem ein sehr greifbares Beispiel für die Vorzüge, die die Europäische Union ihren Bürgern bietet.

Heute feiern wir jedoch nicht nur ein Instrument, das ein respektables Alter erreicht hat, sondern gleichzeitig auch die Wiedergeburt dieses Instruments. Ich freue mich sehr, Ihnen berichten zu dürfen, dass das Europäische Parlament vor zwei Wochen die beiden neuen Koordinierungsvorschriften, die uns in den nächsten Jahrzehnten europäischer Geschichte begleiten werden, mit überwältigender Mehrheit angenommen hat. Im Jahr 1998 schlug die Europäische Kommission einen neuen Rahmen für eine Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vor. Nach zahlreichen Präsidentschaften

und Diskussionen im Rat hat das Europäische Parlament als eine der letzten wichtigen Entscheidungen während des laufenden Mandats diese Verordnungen angenommen, gemäß denen der neue Koordinierungsrahmen ab 2010 gilt.

Die Zeit war in der Tat reif für eine Modernisierung dieses Instruments, das für das Funktionieren der Freizügigkeit der Arbeitnehmer von so entscheidender Bedeutung ist. Im Jahr 1958 war die Freizügigkeit der Arbeitnehmer für die Entwicklung eines freien Markts notwendig. Bei der Gründung der Europäischen Gemeinschaft wurden keine sozialen Standards festgelegt, da davon ausgegangen wurde, diese würden durch die weitere Integration und das wirtschaftliche Wachstum von selbst folgen. Dazu war jedoch die grenzüberschreitende Freizügigkeit der Arbeitnehmer erforderlich. Alle Hindernisse, die der Entwicklung dieser Märkte entgegenstehen könnten, sollten entfernt werden.

Die Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht war ein wichtiger Schritt in der Entwicklung von einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit ihrem wirtschaftlichen Schwerpunkt hin zu einer politischen Europäischen Union, die den Interessen all ihrer Bürger dient.

Die Freizügigkeit ist vielleicht eines der wichtigsten Rechte des Einzelnen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts, ein wesentlicher Aspekt der Unionsbürgerschaft und ein bedeutendes Instrument zur Schaffung eines effizienten Arbeitsmarkts und hoher Beschäftigungszahlen.

Die Europäische Kommission ist daher sehr erfreut, dass Belgien und Dänemark vor kurzem beschlossen haben, die Übergangsmaßnahmen für Arbeitnehmer aus Mitgliedstaaten, die 2004 der Europäischen Union beigetreten sind, abzuschaffen und ihnen so die Möglichkeit zu geben, sich voll am Arbeitsmarkt zu beteiligen.

Die Herausforderungen bleiben jedoch groß. Wir müssen mit einer alternden Gesellschaft und einem

immer flexibleren Arbeitsmarkt in einer globalisierten Welt zurecht kommen. Um die Ziele der Lissabon-Strategie zu erreichen, hat der Europäische Rat eine wichtige Leitlinie zur besseren Abstimmung der Arbeitsmarktanforderungen beschlossen, indem Hindernisse für die Mobilität der Arbeitnehmer in Europa abgebaut werden und der Kompetenzbedarf, Arbeitskräftemangel und Engpässe besser prognostiziert werden. Zur Bewältigung all dieser Herausforderungen ist tatsächlich ein großes Arbeitskräftepotenzial vonnöten.

Mobilität ist daher weiterhin ein wichtiges politisches Thema für die Europäische Kommission. Seit dem Europäischen Jahr der Mobilität der Erwerbstätigen sind schon wieder einige Jahre vergangen. Im Jahr 2007 präsentierte die Kommission die Mitteilung „Mobilität, ein Instrument für mehr und bessere Arbeitsplätze: der Europäische Aktionsplan für berufliche Mobilität“. In diesem Aktionsplan haben wir darauf hingewiesen, dass die Koordinierungsverordnungen ein wichtiges Instrument zur Förderung der Mobilität von Arbeitnehmern und eine erfolgreiche Methode zur Erreichung dieses Ziels sind. Die Koordinierungsverordnungen bilden eines der Schlüsselemente für Menschen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben. Durch die Aufhebung der verschiedenen nationalen Barrieren im Bereich der sozialen Sicherheit sorgen sie dafür, dass Personen, die innerhalb der Europäischen Union den Arbeitsplatz wechseln, keine Nachteile bei ihren Sozialversicherungsansprüchen befürchten müssen. Wahre Freizügigkeit ist daher nicht ohne den Schutz der Sozialversicherungsansprüche von Wanderarbeitnehmern und ihrer Familienangehörigen möglich.

Somit tragen die Koordinierungsverordnungen zu einer besseren Funktionsweise des Arbeitsmarkts bei. Die immer flexibleren Arbeitsmärkte mit ihren neuen Mobilitätsformen können die Anwendung dieser Verordnungen jedoch problematisch gestalten. Vorübergehende Beschäftigungsverhältnisse stellen in der Tat eine Herausforderung für die korrekte Anwendung der Verordnungen dar. Die Euro-

päische Kommission wird weiterhin ihren Beitrag zur Schaffung von Bedingungen leisten, die für mehr Mobilität sorgen. Im Jahr 2010 soll eine neue Mitteilung über Mobilität angenommen werden.

Die soziale Sicherheit ist ein Grundrecht, das gewährleistet sein sollte; sie bildet ein wichtiges Sicherheitsnetz in der aktuellen Wirtschaftskrise. Dank der Verordnungen zur Koordinierung der verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten ist die Freizügigkeit in den vergangenen 50 Jahren wirklich zu einem greifbaren, integralen Bestandteil der Europäischen Union und unserer Identität geworden. Der neue Ordnungsrahmen, der ab 2010 gelten wird, stellt einen weiteren wichtigen Schritt zur Erreichung dieses grundlegenden Ziels der Europäischen Union dar.

Dieser Prozess ist jedoch noch nicht zu Ende, und es müssen noch Herausforderungen gemeistert werden. Daran müssen wir weiter arbeiten. Aus diesem Grund freuen wir uns über die heutige Konferenz, bei der wir nicht nur Rückschau auf die Errungenschaften der letzten 50 Jahre halten, sondern auch die Herausforderungen der Zukunft betrachten werden. Welche Lektionen können wir aus der Vergangenheit lernen, um besser für die Schwierigkeiten der Zukunft gewappnet zu sein?

In den vergangenen 50 Jahren haben die Verordnungen zahlreiche Reformen durchlaufen, um die Entwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene zu berücksichtigen. Mehrere Präsentationen werden sich heute mit dem Ursprung und den positiven Ergebnissen in diesem Zeitraum befassen. Diese Ergebnisse können wir gar nicht hoch genug schätzen. In der Tat sind die Koordinierungsverordnungen ein gut funktionierendes Instrument, und ich bin überzeugt, dass die Anwendung der neuen Verordnung mit ihrer Durchführungsverordnung insbesondere dank einer engeren und effizienteren Kooperation zwischen den Institutionen noch verbessert wird. Dies wird durch das neue Verfahren zum Austausch von Daten auf elektronischem Weg erleichtert. Dazu hat die Kommission sehr eng mit Sachver-

ständigen und Institutionen der Mitgliedstaaten zusammengearbeitet.

Natürlich stellt die neue Verordnung nicht das Ende dieses dynamischen Prozesses dar. Vielmehr liegt es in unserer gemeinsamen Verantwortung, weiterhin Entwicklungen zu überwachen, die in der Zukunft Auswirkungen auf die Koordinierungsverordnungen haben könnten.

Meine Damen und Herren, am 29. April 2009 organisierte die Europäische Kommission in Brüssel ein Treffen der Generaldirektoren für soziale Sicherheit zum Beginn einer Reihe von Konferenzen über die neuen Verordnungen. In diesem Jahr werden diverse Konferenzen stattfinden, um auf den neuen Rahmen gut vorbereitet zu sein. Die heutige Konferenz hat ein anderes, jedoch nicht weniger wichtiges Ziel. Hier geht es nicht um die Umsetzung des neuen Rahmens, sondern um das Koordinierungssystem selbst, seine Grenzen, Probleme und Herausfor-

derungen. Diese Konferenz hat mit den restlichen Initiativen der Europäischen Kommission in diesem Jahr eines gemeinsam: Sie trägt dazu bei, Informationen über das Koordinierungssystem weiter zu verbreiten. Korrekte und verständliche Informationen sind heute vielleicht die größte Herausforderung. Ohne sie werden die Bürger ihre Rechte nicht wahrnehmen. Die Kommission hat hierzu mehrere Initiativen gestartet – von Konferenzen über Broschüren bis zu einer Website – und wird ihre Bemühungen fortsetzen.

Aus all diesen Gründen bin ich sehr froh, dass Sie alle gekommen sind, um dieses wichtige Jubiläum zu feiern. Ich freue mich außerdem, dass zahlreiche Rechtsvertreter vor Ort sind. In den vergangenen 50 Jahren haben Richter eine äußerst bedeutende Rolle gespielt und sind einer der Motoren für die europäische Integration. Ich möchte Ihnen zu diesem Jubiläum gratulieren und wünsche Ihnen allen eine erfolgreiche Konferenz.

EINE KURZE GESCHICHTE DER KOORDINIERUNG DER SOZIALEN SICHERHEIT



Simon Roberts

University of Nottingham (Vereinigtes Königreich)

Simon Roberts ist Special Lecturer an der Fakultät für Sozial-, Rechts- und Erziehungswissenschaften der Universität Nottingham. Er schrieb seine Doktorarbeit über soziale Sicherheit für Wanderarbeitnehmer in der Europäischen Union und hat nach wie vor ein besonderes Interesse an diesem Thema.

Im Beobachtungsgremium der Europäischen Kommission zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist er der Sachverständige für das Vereinigte Königreich. Darüber hinaus ist er am Consensus-III-Programm beteiligt. Seit viereinhalb Jahren ist Simon Roberts der nationale trESS-Sachverständige für das Vereinigte Königreich. Seit 2008 ist er außerdem Gastreferent bei nationalen trESS-Seminaren. Simon Roberts ist Mitglied des trESS Think Tank. Kürzlich unterstützte er das Team des Europäischen Forschungsraums der Europäischen Kommission bei dem Projekt „Realisieren eines Binnenarbeitsmarkts für Wissenschaftler“. Er ist Mitglied des Redaktionsausschusses des *European Journal of Social Security*.

Simon Roberts hat zahlreiche Veröffentlichungen zu den Themen Migration, Freizügigkeit und soziale Sicherheit verfasst. Er ist Koautor des Handbuchs zu Migration und sozialer Sicherheit (*A rights guide for people entering and leaving the UK*). Weitere Veröffentlichungen sind Roberts, S., (2004) „A Strong and Legitimate Link. The Habitual Residence Test in the United Kingdom“, in Langer, R., and Saklin, M., Hrsg. (2004), *Co-ordinating Work-based and Residence-based Social Security*, Juristische Fakultät, Universität Helsinki. (*)

I. DIE WIDERSTREITENDEN PRINZIPIEN DER TERRITORIALITÄT UND DER FREIZÜGIGKEIT

Seit 50 Jahren gibt es eine gemeinsame Koordinierung der sozialen Sicherheit. Die Geschichte der sozialen Koordinierung kann jedoch über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) hinaus bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts zurückverfolgt werden, als die ersten bilateralen Verträge zur sozialen Sicherheit zwischen Ländern geschlossen wurden, die heute Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) sind. Die Notwendigkeit der Koordinierung reicht

sogar noch weiter zurück – bis zum Jahr 1648, als der Dreißigjährige Krieg durch den Westfälischen Frieden beendet wurde. (1) Gemäß den Bedingungen dieses Friedensabkommens wurde Bodins (2) Prinzip der staatlichen Souveränität – dass die Gesetzgebungsgewalt jedes „souveränen“ Staates innerhalb seiner eigenen Grenzen unantastbar ist, jedoch auf diese Grenzen durch die Tatsache beschränkt ist, dass andere Staaten auf ihrem Territorium ebenfalls souverän sind – als Grundlage des Völkerrechts und Verhaltens der Staaten zueinander akzeptiert. (3)

(1) Der Westfälische Friede bezieht sich auf die Verträge von Münster und Osnabrück.

(2) Jean Bodin (1576), *Sechs Bücher über den Staat*.

(3) Hartmann, F. (1978), *The Relations of Nations*, New York, Macmillan; Heater, D. (1990), *Citizenship*, London, Longman.

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

Dieses Prinzip ⁽⁴⁾ sollte in Europa 300 Jahre lang gelten, bis am 9. Mai 1950 Robert Schuman, inspiriert durch die Ideen von Jean Monnet, die Schaffung eines gemeinsamen Markts für Kohle und Stahl vorschlug. Im folgenden Jahr unterzeichneten Belgien, die Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande den Vertrag von Paris zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS). Im Jahr 1955, bei einem Treffen in Messina, beschlossen die Außenminister dieser sechs Länder, die europäische Integration auf die gesamte Wirtschaft auszudehnen, und am 25. März 1957 unterzeichneten die sechs Länder die Verträge zur Gründung der EWG, die am 1. Januar 1958 in Kraft traten. ⁽⁵⁾ Die Schaffung der EWG bildete eine neue Form der politischen Organisation in Europa, da die Mitgliedstaaten einen Teil ihrer souveränen Gewalt, die seit dem Westfälischen Frieden bei den Einzelstaaten lag, bündelten.

Eines der Grundprinzipien des neuen gemeinsamen Markts war die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Artikel 48 (nun 39) ⁽⁶⁾ des Römischen Vertrags sah vor, die Freizügigkeit für Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft durch die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten im Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu sichern. Die Freizügigkeit beinhaltet – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – das Recht, sich um angebotene Stellen zu bewerben, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben und unter in Durchführungsverordnungen

festgelegten Bedingungen nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben.

Die Freizügigkeit ist natürlich kein modernes Phänomen. Die komplexe Verteilung ethnischer und sprachlicher Gruppen in Westeuropa legt von den zahlreichen Migrationswellen Zeugnis ab, die Europa seit dem Beginn der Eisenzeit überrollt haben. ⁽⁷⁾ Im 19. Jahrhundert zogen die industrialisierten Länder in Nordwest- und Mitteleuropa Arbeitnehmer aus den Nachbarländern an. Großbritannien war der erste Industriestaat, der in großem Umfang auf Wanderarbeitnehmer aus einem anderen Land zurückgriff, als hunderttausende irischer Bauern nach den Hungersnöten von 1845-1847 nach Liverpool und Glasgow kamen, um sich als einfache Arbeiter, Hafendarbeiter und Stahlarbeiter zu verdingen. ⁽⁸⁾ Später zog Frankreich Arbeiter aus dem benachbarten Italien an; 1931 gab es bereits 900 000 Italiener in Frankreich. Das Deutsche Reich wiederum holte Arbeiter aus Mitteleuropa. ⁽⁹⁾

Nach dem Zweiten Weltkrieg und insbesondere in den 1950er, 1960er und frühen 1970er Jahren nahmen die westeuropäischen Länder ihre Vorkriegspraktik, Arbeitnehmer aus anderen Teilen Europas anzuwerben – vor allem aus den europäischen Randstaaten und dem Mittelmeerraum – wieder auf. ⁽¹⁰⁾ Unmittelbar nach Kriegsende rekrutierte Frankreich erneut Arbeiter aus dem armen Süden Italiens, Westdeutschland holte Arbeitnehmer über die Grenze aus Ostdeutschland und ebenfalls aus Süditalien, und nach Großbritannien strömten weiterhin irische Arbeiter. ⁽¹¹⁾ Ab 1954 ermöglichte der Gemeinsame

⁽⁴⁾ Eine Erörterung der Mehrdeutigkeiten, aber auch der Fruchtbarkeit des Konzepts der Souveränität findet sich in Ferrera, M. (2005), *The Boundaries of Welfare*, Oxford University Press.

⁽⁵⁾ http://europa.eu/abc/history/index_de.htm

⁽⁶⁾ Durch den Vertrag von Amsterdam wurde die Nummerierung der Artikel geändert, so dass Artikel 48 zu Artikel 39 und Artikel 51 zu Artikel 42 wurde.

⁽⁷⁾ Rokkan, S., und Urwin, D. (1983), *Economy, Territory, and Identity*, London, Sage.

⁽⁸⁾ Berger, J., und Mohr, J. (1989), *A Seventh Man*, Cambridge, Granta.

⁽⁹⁾ Salt, J. (1976), „International Labour Migration: The Geographical Pattern of Demand“, in Salt, J., und Clout, H., *Migration in Post War Europe*, Oxford, Oxford University Press; King, R., „The Social and Economic Geography of Labour Migration: From Guestworkers to Immigrants“, in Pinder, D. (1990) (Hrsg.), *Western Europe: Challenge and Change*, London, Belhaven.

⁽¹⁰⁾ Thomas, E.-J. (Hrsg.) (1982), *Immigrant Workers in Europe: Their Legal Status*, Paris, Unesco; Castles, S., und Miller, M. (1993), *The Age of Migration*, London, Macmillan.

⁽¹¹⁾ Clout, H., Blacksell, M., King, R., und Pinder, D. (Hrsg.) (1989), *Western Europe: Geographical Perspectives*, Harlow, Longman.

Nordische Arbeitsmarkt die Migration finnischer Arbeitnehmer nach Schweden, wohingegen Belgien und die Niederlande, die in den 1950er Jahren unter hohen Arbeitslosenzahlen litten, erst später in diesem Jahrzehnt Arbeiter ins Land holten. ⁽¹²⁾

Die Wanderarbeitnehmer nach dem Zweiten Weltkrieg mussten jedoch keine Flüsse und Berge überwinden, wie die Frauen und Männer der Eisenzeit, sondern Staatsgrenzen, und gemäß dem Konzept der staatlichen Souveränität entscheiden die Staaten, wer ihre Gebietsgrenzen überschreiten darf und unter welchen Bedingungen dies geschehen soll.

Die europäischen Staaten haben ihre Aufgaben seit dem Westfälischen Frieden erweitert und ab dem Ende des 19. Jahrhunderts allmählich die Wohlfahrtspflege für ihre Bürger als Teil ihrer legitimen und legitimierenden Rolle verstanden. Die Wohlfahrtsstaaten haben sich jedoch nicht alle gleich entwickelt, sondern verschiedene Formen angenommen, um den mit der Marktwirtschaft einhergehenden Risiken zu begegnen. ⁽¹³⁾ Es wurden mehrere bekannte Typologien zum Ausmaß der Rolle des Staates bei der Wohlfahrt aufgestellt, darunter Titmuss' Unterscheidung zwischen residualen und institutionellen Wohlfahrtsstaaten ⁽¹⁴⁾ und Esping-Andersens Modell der Wohlfahrt basierend auf den Konzepten der Dekommodifizierung, des Wohlfahrtspluralismus und der Stratifizierung. ⁽¹⁵⁾ Die Wohlfahrtsstaaten der heutigen 27 EU-Mitglieder sind Hybridformen und beinhalten eine Mischung dieser Prinzipien und Elemente in unterschiedlichem Maß.

⁽¹²⁾ Smolders, C. (1982), „The Status of Immigrant Workers in the Netherlands“, in Thomas, E.-J. (Hrsg.), *Immigrant Workers in Europe: Their Legal Status*, Paris, Unesco; Clout, H., Blacksell, M., King, R., und Pinder, D. (Hrsg.) (1989), *Western Europe: Geographical Perspectives*, Harlow, Longman.

⁽¹³⁾ Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press; Baldwin, P. (1990), *The Politics of Social Solidarity: Class Bases of the European Welfare States 1875-1975*, Cambridge University Press; Ferrera, M. (1996), „The Southern Model of Welfare in Social Europe“, *Journal of European Social Policy*, 1; Arts, W., und Gellissen, J. (2002), „Three worlds of welfare capitalism or more?“ *Journal of European Social Policy*, Jg. 12 Nr. 2; Hantrais, L. (2004), *Family Policy Matters: Responding to Family Change in Europe*, Bristol, Policy Press.

⁽¹⁴⁾ Titmuss, R. (1974), *Social Policy: An Introduction*, London, Unwin Hyman.

⁽¹⁵⁾ Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press.

Unabhängig von der Zusammensetzung wurden Sozialversicherungsansprüche als aus der Zugehörigkeit zu einem Staat entspringend und durch Staatsgrenzen begrenzt angesehen, und die Bedingungen, die Wanderarbeitnehmer heute erfüllen müssen, beinhalten die Zugangsvoraussetzungen für die Vorzüge und Leistungen des Wohlfahrtsstaats. ⁽¹⁶⁾

Als Rechtfertigung für Gebietsbeschränkungen der Ansprüche auf die Leistungen des Wohlfahrtsstaats gilt die Begründung, dass die Solidarität in einem gemeinsamen Steuer- und Verwaltungssystem notwendigerweise begrenzt ist und dass diese Grenzen den Staatsgrenzen entsprechen. Laut Coughlan wird der Staat durch die „Solidaritäten eines gemeinsamen Steuer- und Verwaltungssystems ... unterstützt durch die demokratischen Solidaritäten der nationalen Gemeinschaft“ zusammengehalten. „Die Solidaritäten, die innerhalb des Staates bestehen, bestehen jedoch nicht, oder nur selten, grenzübergreifend oder zwischenstaatlich. Dies ist der Hauptgrund, warum der verteilende Wohlfahrtsstaat unauflöslich mit dem Nationalstaat verbunden ist.“ ⁽¹⁷⁾

Das Prinzip der territorialen Beschränkung des Zugangs zur Wohlfahrt ist so alt wie das Wohlfahrtsprinzip selbst und entsprach nicht immer den Staatsgrenzen. Das Armengesetz und die Landstreichergesetze im England des frühen 17. Jahrhunderts dienten beispielsweise dazu, die Migration innerhalb Englands vom Land in die Städte zu kontrollieren. Diese Gesetze gestatteten es den Friedensrichtern, alle Personen an ihren ursprünglichen Ort zurückzubringen, die in eine Gemeinde kamen, „um ein Mietshaus mit einem jährlichen Wert von weniger als zehn Pfund zu bewohnen, wenn eine

⁽¹⁶⁾ Roberts, S., und Bolderson, H. (1993), „How closed are Welfare States? Migration, Social Security and National Frontiers: Social Security Provisions for Non-EU Nationals in Six EU Countries“, Referat bei der Jahrestagung der International Sociological Association, September, Oxford; Roberts, S., und Bolderson, H. (1999), „Inside Out: A Cross National Study of Migrants' Disentitlements to Social Security Benefits“, in J. Clasen (Hrsg.), *Comparative Social Policy*, Blackwell; Roberts, S. (2001), „Crossing frontiers: migration and social security“, *Ethics, Poverty, Inequality and Reform in Social Security*, Ashgate Publishing.

⁽¹⁷⁾ Coughlan, A. (1992), „The Limits of Solidarity: Social Policy, National and International“, Referat bei der Konferenz „50 Years after Beveridge“ an der University of York, 27.-30. September, Bd. 2, York, SPRU.

Beschwerde über die Anwesenheit einer solchen Person einging“. Gemeindemitarbeiter „hielten Ausschau nach denjenigen Neuankömmlingen in der Gemeinde, die möglicherweise Armenfürsorge beantragen könnten“. ⁽¹⁸⁾ Diese Prinzipien wurden auf die ersten Einwanderungsgesetze übertragen, die von Ausländern – nun als Menschen aus einem anderen Land und nicht mehr aus dem nächsten Dorf definiert – verlangten, ohne Unterstützung leben zu können.

Heutige Wohlfahrtsstaaten verwenden eine Mischung aus Einwanderungsgesetzen und Bedingungen für Leistungsansprüche, um den Zugang zu ihren Sozialleistungen zu kontrollieren. ⁽¹⁹⁾ Erstere gestatten den Zuzug unter der Bedingung, dass (gewisse) Leistungen nicht in Anspruch genommen werden, während Letztere üblicherweise Nationalitäts-, Beitrags- und Wohnsitzkriterien umfassen.

Die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs unterscheiden sich je nach Land dahin gehend, in welchem Umfang die Beitragsbedingungen bzw. -anforderungen hinsichtlich Nationalität, Länge des Aufenthalts im jeweiligen Land oder Anwesenheit bei Leistungsgewährung erfüllt sein müssen. ⁽²⁰⁾ Diese Voraussetzungen sind daher für Menschen, die erst vor kurzem in ein Land gezogen sind, oder – falls Nationalitätsbedingungen mit den Leistungen verknüpft sind – auch für dauerhaft Ansässige hinderlich.

Unterschiedliche Leistungen unterliegen üblicherweise verschiedenen Arten von Kriterien. Beitragsabhängige Leistungen beinhalten keine Nationalitäts- oder Aufenthaltsbedingungen, wenn sie im Inland in Anspruch genommen werden. Um die Beitragsbedingungen, die für alle beitragsabhängigen Leistungen gelten, zu erfüllen, ist es jedoch erforder-

lich, im Gastland gearbeitet zu haben und dort versichert zu sein; hier können Einwanderungsgesetze den Zugang zu diesen Leistungen einschränken.

Das Haupthindernis bei beitragsabhängigen Leistungen für Wanderarbeitnehmer besteht in der Anforderung, eine Mindestzahl an Beiträgen gezahlt zu haben, um die Leistung in Anspruch nehmen zu können, und in der Tatsache, dass beitragsabhängige Leistungen nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen ausgeführt werden können. Es findet zwar keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit statt, wenn beitragsabhängige Leistungen im Inland in Anspruch genommen werden, aber dann, wenn diese ausgeführt werden. ⁽²¹⁾ Einige Länder gestatten es Ausländern nicht, einige ihrer beitragsabhängigen Leistungen im Ausland in Anspruch zu nehmen, während andere eigenen Staatsangehörigen, die im Ausland leben, höhere Summen zahlen.

Viele Länder verknüpfen steuerfinanzierte Leistungen mit Aufenthaltsbedingungen. Mehrere Arten von Aufenthaltsbedingungen lassen sich identifizieren, und verschiedene Konzepte des „Aufenthalts“ kommen zum Einsatz. ⁽²²⁾ Ein Anspruch auf beitragsunabhängige Leistungen kann bestehen, wenn sich die Person in der Vergangenheit im zahlenden Land aufgehalten hat oder eine soziale Bindung zwischen dem Land und dem Empfänger besteht. ⁽²³⁾ Welcher Betrag einer Person zusteht, kann von der Anzahl der Jahre abhängen, die sie in einem Land verbracht hat. Wenn ein Leistungsanspruch besteht, kann der Empfänger die Leistung möglicherweise nicht im Ausland nutzen oder beantragen. Das Erfor-

⁽¹⁸⁾ Gordon, P., und Newnham, A. (1985), *Passport to Benefits?*, London, CPAG.

⁽¹⁹⁾ Roberts, S., und Bolderson, H. (1999), „Inside Out: A Cross National Study of Migrants' Disentitlements to Social Security Benefits“, in J. Clasen (Hrsg.), *Comparative Social Policy*, Blackwell.

⁽²⁰⁾ Roberts, S., und Bolderson, H. (1993), „How closed are Welfare States? Migration, Social Security and National Frontiers: Social Security Provisions for Non-EU Nationals in Six EU Countries“, Referat bei der Jahrestagung der International Sociological Association, September, Oxford.

⁽²¹⁾ Bolderson, H., und Gains, F. (1993), *Crossing National Frontiers: An Examination of the Arrangements for Exporting Social Security Benefits in Twelve OECD Countries*, HMSO.

⁽²²⁾ Roberts, S., und Bolderson, H. (1999), „Inside Out: A Cross National Study of Migrants' Disentitlements to Social Security Benefits“, in J. Clasen (Hrsg.), *Comparative Social Policy*, Blackwell; Roberts, S. (2001), „Crossing frontiers: migration and social security“, in Schokkaert, E. (2001), *Ethics, Poverty, Inequality and Reform in Social Security*, Ashgate Publishing.

⁽²³⁾ Roberts, S. (2004), „A Strong and Legitimate Link? The Habitual Residence Test in the United Kingdom. Co-ordinating Work-Based and Residence-Based Social Security“, Juristische Fakultät, Universität Helsinki; Cousins, M. (2007), „The Right to Reside and Social Security Entitlements“, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 29:1.

dernis, eine soziale Bindung nachzuweisen, gilt am stärksten bei Sozialleistungen, und die Anwesenheit im Land ist bei europäischen Beihilfen immer Voraussetzung. Es soll darauf hingewiesen werden, dass sich diese Kategorien überschneiden. Ein früherer Aufenthalt im Land kann beispielsweise ein überzeugendes Kriterium für eine soziale Bindung sein. Die Aufenthaltsbedingungen können auch für Staatsangehörige gelten, die aus einem anderen Land zurückkehren, sowie für Nichtstaatsangehörige. ⁽²⁴⁾

II. URSPRÜNGE DER KOORDINIERUNG IN DER GESCHICHTE BILATERALER VERTRÄGE

Der Verlust der sozialen Sicherheit als Folge internationaler Migration ist bereits seit der Einführung der ersten Versicherungen in Europa Ende des 19. Jahrhunderts als Problem sowohl für die Sozialversicherungssysteme als auch für die Wanderarbeitnehmer bekannt. ⁽²⁵⁾ Daher schlossen immer mehr europäische Staaten bilaterale Abkommen über die soziale Sicherheit, um diese Probleme zu verringern. ⁽²⁶⁾ Die Geschichte internationaler Verträge zur sozialen Sicherheit reicht zwar bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts zurück, aber internationale Verträge, die die Rechte von Ausländern betreffen, gab es schon viel länger. Die meisten Staaten der Welt haben Abkommen unterzeichnet, die den Status von Ausländern auf die eine oder

andere Weise betreffen. ⁽²⁷⁾ Die Geschichte dieser Verträge lässt sich mindestens bis in das 16. Jahrhundert zurückverfolgen. Die ersten Verträge, als „Capitulationen“ bezeichnet, begründeten eigene Rechtsordnungen für ausländische Staatsangehörige. Während des 17., 18. und 19. Jahrhunderts wurden bilaterale Freundschafts-, Handels- und Gründungsverträge geschlossen, um die Interessen einzelner Händler zu schützen. ⁽²⁸⁾

Die ersten Versuche, die Systeme der sozialen Sicherheit über Staatsgrenzen hinweg zu koordinieren, betrafen die Entschädigung für Arbeitsunfälle. Im Jahr 1904 unterzeichneten Frankreich und Italien ein Abkommen, das allgemein als der erste internationale Vertrag über soziale Sicherheit angesehen wird, obwohl eine Vereinbarung von 1882 und eine Übereinkunft von 1897 zwischen Frankreich und Belgien möglicherweise als Vorläufer bilateraler Verträge über die soziale Sicherheit betrachtet werden können, da durch sie Absprachen für Wanderarbeitnehmer getroffen wurden, die von einem dieser Länder in das andere zogen und ihre Ersparnisse mitnehmen durften. Diese Ersparnisse können im vorliegenden Kontext als Versicherung gelten. Aus dieser Sicht kann die Mitnahme von Ersparnissen über Staatsgrenzen hinweg als Vorläufer des Prinzips der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten angesehen werden, das einen der Grundpfeiler der meisten nachfolgenden bilateralen Vereinbarungen über soziale Sicherheit bildet. ⁽²⁹⁾

Der Vertrag von 1904 zwischen Frankreich und Italien sah ebenfalls den Transfer von Ersparnissen zwischen den beiden Ländern vor. Darüber hinaus führte er das Prinzip der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen beider Länder bei Entschädigungen für Arbeitsunfälle, die im jeweiligen Land geschehen, ein. Beispielsweise waren Italiener, die in Frankreich einen

⁽²⁴⁾ Bolderson, H., und Roberts, S. (1997), „Social Security Across National Frontiers“, in *Social Security and Population Movement, Journal of International and Comparative Welfare, Special Edition, „New Global Development“*, Bd. XIII.

⁽²⁵⁾ Zwei hervorragende, einflussreiche Bücher über die Geschichte der Koordinierung der sozialen Sicherheit wurden im Abstand von etwa einem Jahr veröffentlicht: Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower. Dieser und der folgende Abschnitt stützen sich auf die gründlichen, detaillierten Recherchen dieser beiden Autoren. In einem solchen Vortrag kann jedoch ein so großer Zeitraum nur oberflächlich betrachtet werden. Wer sich für die detaillierte Entwicklung der Koordinierung der sozialen Sicherheit interessiert (und Freude an den Analysen der Autoren hat), sollte die Mühe nicht scheuen, diese beiden Bücher ausfindig zu machen.

⁽²⁶⁾ Roberts, S. (2002), „Migration and social security: parochialism in the global village“, in Sigg, R., und Behrendt, C. (Hrsg.) (2002), *Social Security in the Global Village. International Social Security Series*, Bd. 8, Transaction Publishers, New Brunswick.

⁽²⁷⁾ Goodwin-Gill, G. (1985), „Immigration, Nationality and the Standards of International Law“, in Dummett, A. (Hrsg.), *Towards a Just Immigration Policy*, London, Cobden Trust.

⁽²⁸⁾ Ebd.

⁽²⁹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Nagel, S., und Thalamy, C. (1994), *Le Droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses Universitaires de France.

Arbeitsunfall erlitten, im Rahmen des französischen Entschädigungssystems für Arbeitsunfälle genauso versichert wie französische Staatsangehörige und umgekehrt. Dies stellte eine Abkehr vom früheren Prinzip völlig eigener Rechtsordnungen für Ausländer dar und durchbrach die territorialen Beschränkungen der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit der beiden Länder, so dass Personen, die einen Arbeitsunfall erlitten hatten, die Entschädigung in ihr Heimatland ausführen konnten. ⁽³⁰⁾

Der Vertrag hatte noch weitere Ziele und sah auch Vereinbarungen der beiden Länder zu Renten und Arbeitslosenleistungen vor. ⁽³¹⁾ Diese Klauseln waren jedoch verfrüht, da Italien zwar durch 1898 und 1901 verabschiedete Gesetze die Grundzüge eines Rentensystems geschaffen hatte, Frankreich aber nicht, und keines der Länder bis dahin über eine Arbeitslosenversicherung verfügte. ⁽³²⁾

Man kann in diesem Vertrag einen größeren politischen Kontext sehen, der häufig in internationalen Abkommen zur sozialen Sicherheit gegenwärtig ist. ⁽³³⁾ Er sollte nationale Interessen schützen und nahm diese wahr. Der Vertrag diente insbesondere dazu, eine Reihe von Problemen zu lösen, die nicht nur bei der sozialen Sicherheit für Wanderarbeitnehmer entstanden waren, sondern auch durch die unterschiedlichen Sozialkosten in den beiden Ländern. Frankreich war angesichts der Höhe der Einfuhren billiger italienischer Waren besorgt und hatte seit einigen Jahren ohne Erfolg versucht, Italien dazu zu überreden, für ähnliche Arbeitsbedingungen zu sorgen wie in Frankreich; es wurde behauptet, Italien könne die französischen Preise nur durch schlechte Arbeitsbedingungen und geringe Investitionen in Gesundheitsschutz und Sicherheitsmaßnahmen unterbieten. ⁽³⁴⁾ Wie oben

erwähnt, hatte Frankreich bereits seit dem Ende des 19. Jahrhunderts Einwanderer aus Italien aufgenommen. Die Lage bescherte Frankreich nicht nur wirtschaftliche Schwierigkeiten, sondern hatte auch eine feindselige Haltung gegenüber in Frankreich arbeitenden Italienern zur Folge. Italien war seinerseits bemüht, dafür zu sorgen, dass italienische Arbeiter in Frankreich akzeptiert und genauso wie französische Staatsbürger behandelt würden. ⁽³⁵⁾ Diese Themen kamen später auch bei den Verhandlungen zu den Pariser und Römischen Verträgen zur Sprache.

Der Vertrag von 1904 zwischen Italien und Frankreich diente als Vorlage für spätere bilaterale Abkommen zur sozialen Sicherheit. ⁽³⁶⁾ Im Jahr 1912 unterzeichneten Deutschland und Italien einen Vertrag, der die Gleichbehandlung von Fabrik- und Landwirtschaftsarbeitern der beiden Länder bei der Entschädigung für Arbeitsunfälle vorsah. ⁽³⁷⁾ Auch hier wurde wieder das Prinzip der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen beider Länder auf dem Gebiet des jeweils anderen Staates festgehalten.

Im Jahr 1919 ging ein weiterer französisch-italienischer Vertrag noch ein Stück weiter als frühere Vereinbarungen zur Mitnahme von Ersparnissen und führte das Prinzip der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten ein: Versicherungszeiten in einem Land wurden für die Erfüllung von Bedingungen für den Leistungsanspruch im anderen Land angerechnet. ⁽³⁸⁾ Das Prinzip der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten gestattet es Wanderarbeitnehmern, Versicherungszeiten in den jeweiligen Ländern zu addieren, um eine Leistung in Anspruch nehmen zu können. Ein Versicherungszeitraum

⁽³⁰⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽³¹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽³²⁾ Ebd.

⁽³³⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽³⁴⁾ Ebd.

⁽³⁵⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Nagel, S., und Thalamy, C. (1994), *Le Droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses Universitaires de France.

⁽³⁶⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Nagel, S., und Thalamy, C. (1994), *Le Droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses Universitaires de France.

⁽³⁷⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽³⁸⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

kann ein Zeitraum gezahlter Beiträge oder, bei aufenthaltsbasierten Systemen, ein Zeitraum des Aufenthalts in einem Land sein, oder die beiden Arten können addiert werden. Das Prinzip der Zusammenrechnung wurde in einigen Fällen um die Addierung von Aufenthaltszeiträumen in zwei Ländern erweitert, um Leistungen in Anspruch nehmen zu können, für die ein bestimmter Aufenthaltszeitraum erforderlich ist.

An diesen frühen Verträgen ist Folgendes bemerkenswert:

- Sie beruhten auf Gegenseitigkeit;
- sie beschränkten sich auf die Angehörigen und Gebiete der beiden betroffenen Staaten;
- sie galten nur für Arbeiter;
- sie galten für bestimmte Leistungen.

Diese Prinzipien fanden sich ganz oder teilweise in allen späteren Verträgen wieder. ⁽³⁹⁾

Einige Länder schlossen nach dem Ersten Weltkrieg Verträge über die Gleichbehandlung bei Leistungen nach Arbeitsunfällen; bei anderen Aspekten der sozialen Sicherheit war es jedoch Standard, diese in allgemeinen Arbeitsübereinkommen zu regeln (Watson, 1980). ⁽⁴⁰⁾ Zwischen den Weltkriegen wurde der Umfang der Abkommen über soziale Sicherheit allerdings sowohl hinsichtlich der Personen als auch der Leistungen immer größer bis hin zu umfassenden Verträgen über sämtliche Leistungen. ⁽⁴¹⁾ Neben der Gleichbehandlung und der Zusammenrechnung von Versicherungszeiträumen wurde das Prinzip der Proratisierung für langfristige Leistungen eingeführt. Die Formeln und Berechnungen für die Proratisierung sind häufig kompliziert, aber das Prinzip ist einfach: Jeder Staat zahlt einen Teil der Rente, abhängig von der Versicherungszeit im jeweiligen Land. Bei

der Zusammenrechnung geht es um die Addierung der Versicherungs-, Wohn- und Anwesenheitszeiten, um sich für Leistungen im einen oder anderen Land zu qualifizieren. Die Proratisierung wird auf langfristige Leistungen angewendet, um die Kosten abhängig von der wahrgenommenen Verantwortung für ihre Erbringung zu verteilen.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden vermehrt internationale Verträge in Bezug auf Wanderarbeitnehmer im Allgemeinen und soziale Sicherheit im Besonderen geschlossen. Diese Nachkriegsabkommen haben die Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer gefördert und sich auf bestimmte Themen konzentriert, wie Einstellung, Überwachung von Arbeitsverträgen, Erleichterung der Aus- und Einreise, gleiche Bezahlung wie Staatsangehörige, Familienzusammenführung, Arbeitsunfälle und soziale Sicherheit. ⁽⁴²⁾

Die deutlichste Ausdehnung bilateraler Verträge über soziale Sicherheit zwischen europäischen Ländern seit dem Zweiten Weltkrieg fand aufgrund der großen innereuropäischen Arbeitskräftemigration in den 1950er, 1960er und frühen 1970er Jahren statt. In den zwanzig Jahren zwischen 1946 und 1966 wurden weltweit 401 bilaterale Verträge über soziale Sicherheit geschlossen; bei 94 % dieser Verträge waren beide Parteien europäisch. ⁽⁴³⁾ Diese Nachkriegsabkommen waren komplexer als ihre Vorkriegspondants ⁽⁴⁴⁾, gründeten aber dennoch darauf, die unmittelbare Diskriminierung durch das Prinzip der Gleichbehandlung und die mittelbare Diskriminierung durch die Zusammenrechnung von Versicherungszeiträumen, die Ausfuhr von Leistungen der sozialen Sicherheit und die Zuweisung von Verantwortung durch die Festlegung, welches Land welchen Leistungsanteil zahlen soll, abzuschaffen.

⁽³⁹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Nagel, S., und Thalamy, C. (1994), *Le Droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses Universitaires de France.

⁽⁴⁰⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁴¹⁾ Ebd.

⁽⁴²⁾ Dummett, A. (1986), „Nationality and Immigration Status“, in Dummett, A. (Hrsg.), *Towards a Just Immigration Policy*, London, Cobden Trust.

⁽⁴³⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁴⁴⁾ Ebd.

III. URSPRÜNGE DER KOORDINIERUNG IN DER GESCHICHTE MULTILATERALER VERTRÄGE

Die wachsende Zahl bilateraler Verträge zur sozialen Sicherheit und von Abkommen zum Schutz von Wanderarbeitnehmern wurde durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) gefördert. ⁽⁴⁵⁾ Die ILO wurde 1919 mit der Aufgabe gegründet, eine Vision zu verfolgen, „basierend auf der Annahme, dass der Weltfriede auf die Dauer nur auf der anständigen Behandlung der arbeitenden Bevölkerung aufgebaut werden kann“. ⁽⁴⁶⁾ Die ILO entwirft und überwacht internationale Standards durch Übereinkommen und Empfehlungen und spielt bei der Unterstützung der Mitglieder bei Entwurf und Umsetzung von Systemen und Verträgen zur sozialen Sicherheit eine wichtige Rolle.

Bei ihrer ersten Tagung im Jahr 1919 entwarf die ILO die „Empfehlung betreffend die Gegenseitigkeit in der Behandlung der ausländischen Arbeitnehmer“ ⁽⁴⁷⁾ und sechs Jahre später bei ihrer siebten Tagung im Jahr 1925 das „Übereinkommen über die Gleichbehandlung einheimischer und ausländischer Arbeitnehmer in der Entschädigung bei Betriebsunfällen“, die die Gleichbehandlung ohne Ansehen des Wohnorts im Hinblick auf die Entschädigung von Arbeitnehmern für Arbeitsunfälle, die sich in einem anderen ratifizierenden Mitglied ereignen, vorsieht. ⁽⁴⁸⁾

Zehn Jahre später, im Jahr 1935, entwarf die ILO das „Übereinkommen über die Herstellung eines internationalen Gegenseitigkeitsverhältnisses für die Wahrung der Rechte in der Invaliditäts-, Alters- und Hinterbliebenenversicherung“ (Nr. 48), welches die Gleichbehandlung und Wahrung der Anwartschaften und Ansprüche, die bei Trägern der Pflichtversi-

cherung für die Fälle der Invalidität, des Alters und des Ablebens erworben wurden, durch die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten von Personen, die bei Versicherungsträgern in zwei oder mehr Mitgliedern versichert sind, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, sowie die Zahlung von bereits erworbenen Leistungen vorsieht:

- a) sofern sie im Gebiet eines Mitglieders wohnen, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit,
- b) sofern sie Staatsangehörige eines Mitglieders sind, ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz.

Das Übereinkommen verlangt von den Behörden und Versicherungsträgern der Mitglieder außerdem:

„sich gegenseitig in demselben Umfang Hilfe [zu leisten], wie wenn es sich um die Durchführung der eigenen Sozialversicherung handelte. Sie nehmen insbesondere die Prüfungen und Erhebungen sowie die ärztlichen Untersuchungen vor, die notwendig sind, um auf Antrag eines Versicherungsträgers eines anderen Mitglieders die Bezugsberechtigung seiner Rentner festzustellen“. ⁽⁴⁹⁾

Artikel 20 sah die Errichtung eines Ausschusses bestehend aus je einem Vertreter jedes Mitglieds sowie aus drei Personen, von denen je eine von den Vertretern der Regierungen, der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestellt wird, vor. Der Ausschuss sollte sich selbst eine Geschäftsordnung geben und, auf Antrag eines oder mehrerer Mitglieder, Empfehlungen zur Durchführung des Übereinkommens aussprechen. ⁽⁵⁰⁾

Bald nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs, im November 1949, unterzeichneten die fünf Mitglieder des Brüsseler Pakts – Belgien, Frankreich, Großbritannien, Luxemburg und die Niederlande – in Paris zwei multilaterale Verträge zur sozialen Sicherheit:

⁽⁴⁵⁾ Ebd.

⁽⁴⁶⁾ <http://www.ilo.org>

⁽⁴⁷⁾ Internationale Arbeitsorganisation (1996), *International Labour Conventions and Recommendations 1919-1951*, Internationales Arbeitsamt, Genf.

⁽⁴⁸⁾ Ebd.

⁽⁴⁹⁾ Ebd.

⁽⁵⁰⁾ Die ersten Länder, die das Übereinkommen ratifizierten, waren Ungarn und Spanien im Jahr 1937 sowie die Niederlande und Polen im Jahr darauf (Italien ratifizierte das Übereinkommen nach dem Zweiten Weltkrieg im Jahr 1952). Das Übereinkommen Nr. 48 wurde durch das Übereinkommen Nr. 157 überarbeitet und kann nicht mehr ratifiziert werden.

Der erste befasste sich mit Sozialhilfe, während der zweite versuchte, die verschiedenen Übereinkünfte, die bis dahin bilateral zwischen den Mitgliedstaaten bestanden hatten, zu verknüpfen. Belgien, Frankreich und Italien sowie Frankreich, Italien und das Saarland schlossen 1951 bzw. 1952 ähnliche Verträge. ⁽⁵¹⁾ Die Ambitionen des Europarates, den Brüsseler Pakt auf alle Mitgliedstaaten auszuweiten, scheiterten jedoch am Mangel bilateraler Abkommen zwischen vielen dieser Länder. ⁽⁵²⁾ Bis zur Schaffung eines solchen Netzwerks beschloss der Rat im Dezember 1953 zwei Interimsabkommen: das erste in Bezug auf Alter, Behinderungen und Todesfall, das zweite im Hinblick auf andere Bereiche der sozialen Sicherheit. Auch die ILO schloss eine Reihe von Verträgen für bestimmte Arbeitergruppen wie Rheinschiffer, Mitarbeiter internationaler Expeditionen, Flüchtlinge und Staatenlose. ⁽⁵³⁾

IV. DER RÖMISCHE VERTRAG

Der Römische Vertrag, durch den die EWG gegründet wurde, trat am 1. Januar 1958 in Kraft. Der Vertrag legt den freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr sowie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fest. Durch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sollen Angebot und Nachfrage aufeinander abgestimmt werden. Aus politischer Sicht trachtete Italien, mit seinem andauernden Problem der Arbeitslosigkeit – insbesondere im Süden –, in den Verhandlungen danach, die Bevorzugung arbeitsloser Arbeiter innerhalb der EWG vor Bewerbern außerhalb dieses Wirtschaftsraums sicherzustellen. ⁽⁵⁴⁾ Im Vertrag wurde die Migration durch das neue Konzept der Freizügigkeit ersetzt. ⁽⁵⁵⁾ Die ers-

ten Übergangsmaßnahmen wurden 1961 mit der Verordnung Nr. 15 zur Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft angenommen, die für eine schrittweise Verringerung der die Freizügigkeit behindernden Einwanderungskontrollen sorgte und die Position von Arbeitnehmern schützte, die sich bereits auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhielten. Die zweite Maßnahme, Verordnung Nr. 38/64/EWG ⁽⁵⁶⁾, die drei Jahre später angenommen wurde, stärkte die Rechte der Wanderarbeitnehmer, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind und sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. Am Ende der Übergangsfrist legte die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ⁽⁵⁷⁾ die Regeln für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, ergänzt durch die Formvorschriften in der Richtlinie 68/360/EWG, fest. ⁽⁵⁸⁾ Die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 wurde geändert und die Richtlinie 68/360/EWG durch Richtlinie 2004/38/EG aufgehoben. ⁽⁵⁹⁾

Die Verfasser des Römischen Vertrags erkannten, dass die verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit und die darin enthaltenen Einschränkungen bei den Leistungsansprüchen ein Hindernis für Arbeitnehmer, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen wechseln möchten, darstellen und diese davon abhalten könnten und so das im Vertrag festgelegte Recht der Freizügigkeit behindern würden. Sie zogen zwei Ansätze zur Behebung der Probleme der sozialen Sicherheit in Betracht: Die unterschiedlichen Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten könnten harmonisiert oder koordiniert werden.

Es gibt zwei Arten der Harmonisierung. ⁽⁶⁰⁾ Bei der einen, die manchmal als „Angleichung“ bezeichnet wird, soll in einem bestimmten Bereich eine gemeinsa-

⁽⁵¹⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁵²⁾ Ebd.

⁽⁵³⁾ Ebd.

⁽⁵⁴⁾ Hantrais, L. (2007), *Social Policy in the European Union*, 3. Ausgabe, Basingstoke, Macmillan; siehe auch Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower, für eine umfangreiche Diskussion der Rolle Italiens bei den Verhandlungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

⁽⁵⁵⁾ Guild, E. (2006), „More or Less Migrants: The Legal Regulation of Migration and Age in Europe“, präsentiert bei der Konferenz „Pensioners on the Move“, National University Singapore, 5.-7. Januar 2006.

⁽⁵⁶⁾ ABl. 62 vom 17.4.1964, S. 965.

⁽⁵⁷⁾ ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

⁽⁵⁸⁾ Guild, E. (2006), „More or Less Migrants: The Legal Regulation of Migration and Age in Europe“, präsentiert bei der Konferenz „Pensioners on the Move“, National University Singapore, 5.-7. Januar 2006.

⁽⁵⁹⁾ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

⁽⁶⁰⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

me Rechtsordnung eingeführt werden. Diese Form der Harmonisierung beschränkt die zukünftige rechtliche Entwicklung der nationalen Systeme. Die andere Art der Harmonisierung wird durch das Festlegen von Mindeststandards erreicht. Die Mitgliedstaaten können ihr nationales System selbstbestimmt weiterentwickeln, solange sie die Mindeststandards einhalten. ⁽⁶¹⁾

Statt der Festlegung allgemeiner Löhne und Gehälter sowie Sozialkosten in der gesamten EGKS wurde die Harmonisierung der Sozialversicherungssysteme als Kompromiss zwischen Frankreich und den anderen Mitgliedstaaten in den Vertrag von Paris aufgenommen. ⁽⁶²⁾ Frankreich hatte erneut die Bedenken geäußert, die das Land auch bei den Verhandlungen zum ersten bilateralen Vertrag mit Italien Anfang des Jahrhunderts vorgebracht hatte, nämlich dass seine Produktionskosten aufgrund besserer Bedingungen hinsichtlich gleicher Bezahlung für Männer und Frauen, Feiertage und eines allgemein höheren Lohnniveaus höher als die anderer Mitgliedstaaten seien. Frankreich argumentierte, dass es dadurch in einem gemeinsamen Markt Nachteile hätte. Die anderen Verhandlungspartner waren der Ansicht, dass eine Harmonisierung der Löhne und Sozialkosten „organisatorisch zu umfangreich und unpraktisch“ ⁽⁶³⁾ sei. Aus diesem Grund legte der Vertrag von Paris fest, dass die Löhne und Gehälter in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen; die Hohe Behörde konnte jedoch im Falle ungewöhnlich niedriger Löhne und starker Lohnsenkungen unter gewissen im Vertrag festgelegten Bedingungen intervenieren. ⁽⁶⁴⁾

Bei den Verhandlungen zum Römischen Vertrag forderte Frankreich erneut die Aufnahme von Bestimmungen zur sozialen Harmonisierung. ⁽⁶⁵⁾ Im Hinblick

⁽⁶¹⁾ Ebd.

⁽⁶²⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁶³⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁶⁴⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Hantrais, L. (2007), *Social Policy in the European Union*, 3. Ausgabe, Basingstoke, Macmillan.

⁽⁶⁵⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

auf die soziale Sicherheit einigten sich die Verfasser dieses Vertrags jedoch auf die vorsichtigeren und politisch eher akzeptierte Variante der Koordinierung.

Durch die Koordinierung werden die Systeme der sozialen Sicherheit einander angepasst, um die Ansprüche von Wanderarbeitnehmern zu sichern, wobei die nationalen Systeme in anderen Bereichen unangetastet bleiben. ⁽⁶⁶⁾

Artikel 51 (jetzt 42) des Vertrags lautet folgendermaßen:

„Der Rat beschließt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen; zu diesem Zweck führt er insbesondere ein System ein, welches aus- und einwandernden Arbeitnehmern und deren anspruchsberechtigten Angehörigen Folgendes sichert:

- a) die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen;
- b) die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen.“

Die Mitgliedstaaten behielten jedoch ihre nationale Souveränität über die soziale Sicherheit, und Artikel 51 legt auch fest, dass der Rat im Rahmen des Verfahrens des Artikels 251 einstimmig handeln muss.

Die ersten Maßnahmen zur Koordinierung der sozialen Sicherheit waren die Verordnung Nr. 3 ⁽⁶⁷⁾ sowie ihre Durchführungsverordnung Nr. 4 ⁽⁶⁸⁾, die am 1. Januar 1959 in Kraft traten. Die Ursprünge dieser

⁽⁶⁶⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4. Ausgabe, Antwerpen, Intersentia.

⁽⁶⁷⁾ Verordnung Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. 30 vom 16.12.1958, S. 561).

⁽⁶⁸⁾ Verordnung Nr. 4 zur Durchführung und Ergänzung der Verordnung Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. 30 vom 16.12.1958, S. 597).

Verordnungen liegen noch vor dem Römischen Vertrag und reichen bis zum Vertrag von Paris zurück. Eines der Ziele dieses Vertrags war die Freizügigkeit der Kohlearbeiter. Die Probleme der sozialen Sicherheit wurden als Hindernis auf dem Weg zu diesem Ziel betrachtet. ⁽⁶⁹⁾ Artikel 69 Absatz 4 des EGKS-Vertrags lautet:

„Sie [die Mitgliedstaaten] müssen jede Diskriminierung bei Entlohnung und Arbeitsbedingungen zwischen Staatsangehörigen und eingewanderten Arbeitnehmern verhindern, unbeschadet spezieller Maßnahmen für Grenzarbeitnehmer; insbesondere müssen sie sich bemühen, unter sich alle verbliebenen Angelegenheiten zu klären, um sicherzustellen, dass Vereinbarungen zur sozialen Sicherheit die Mobilität der Arbeitnehmer nicht behindern.“ ⁽⁷⁰⁾

Gemäß dieser Bestimmung verfasste die Hohe Behörde in Zusammenarbeit mit der ILO ein Europäisches Übereinkommen über Soziale Sicherheit. Dieses Übereinkommen wurde 1957 in Rom unterzeichnet, aber nicht ratifiziert, da zwischenzeitlich der Vertrag zur Gründung der EWG geschlossen wurde. ⁽⁷¹⁾

Mit leichten Änderungen wurde der Text des Übereinkommens vom Rat am 25. September 1958 als Verordnung Nr. 3 angenommen. Die Verwaltungsvereinbarungen für das Übereinkommen wurden am 3. Dezember 1958 als Verordnung Nr. 4 angenommen. Das System wurde durch drei Verordnungen zu Grenzarbeitnehmern, Saisonarbeitnehmern und Seeleuten, für die die Bestimmungen der Verordnung Nr. 3 nicht galten, vervollständigt. ⁽⁷²⁾

Die Verordnung Nr. 3 nutzte die in den beschriebenen bilateralen Verträgen entwickelten Prinzipien

⁽⁶⁹⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁷⁰⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁷¹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁷²⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

zur Koordinierung, darunter die Gleichbehandlung: Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist verboten, um zu gewährleisten, dass eine Person, die sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhält, denselben Verpflichtungen und Leistungen unterliegt, die aus denselben Rechten entspringen wie die, die für die Bürger dieses Mitgliedstaats gelten. Es werden Regeln festgelegt, um zu bestimmen, welchen Landes Rechtsvorschriften für die Person gelten. Anwartschaften werden durch die Zusammenrechnung von Versicherungs-, Wohn- oder Arbeitszeiten im jeweiligen Land für Ansprüche in einem anderen Mitgliedstaat geschützt. Bereits erworbene Rechte sind durch die Möglichkeit, bestimmte Leistungen auszuführen, ebenfalls geschützt. Die Verordnung Nr. 3 entwickelte die Anwendung dieser Prinzipien jedoch weiter als jeder bisherige internationale Vertrag über soziale Sicherheit. ⁽⁷³⁾ Beim Abbau von Aufenthaltsbeschränkungen wurden Fortschritte erzielt. Diese Verordnung beinhaltete zum ersten Mal eine allgemeine Regel – anstatt einer Ausnahme – für die Ausfuhr bestimmter Leistungen. ⁽⁷⁴⁾ Die Verordnungen Nr. 3 und Nr. 4 verpflichteten die Träger der sozialen Sicherheit in den Mitgliedsländern außerdem dazu, sich gegenseitig bei der Verwaltung der Verordnungen zu unterstützen, was durch die Schaffung einer Verwaltungskommission, bestehend aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats, sowie eines Sekretariats der Kommission unterstrichen wurde. ⁽⁷⁵⁾

Die Verordnung Nr. 3 unterscheidet sich dahingehend von allen vorherigen bilateralen und multilateralen Verträgen, dass sie innerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft angewendet wurde. Im Jahr 1959, als die Verordnung in Kraft trat, lag die Gesetzgebungsbefugnis beim aus Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten bestehenden Ministerrat. Der Rat kann Entscheidungen nur auf Anregung der Kommission treffen.

⁽⁷³⁾ Ebd.

⁽⁷⁴⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁷⁵⁾ Ebd.

Dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) obliegt es, die einheitliche Auslegung der EU-Gesetze in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen. ⁽⁷⁶⁾ Er entscheidet nicht direkt über Einzelfälle auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit. Seine Urteile sind auf die Interpretation der entsprechenden EU-Vorschriften im Hinblick auf einen bestimmten Fall beschränkt. Diese Interpretation ist jedoch für alle Beteiligten bindend. ⁽⁷⁷⁾ Der EuGH war von Anfang an entscheidend an der Definition und Ausweitung des Geltungsbereichs der Koordinierung der sozialen Sicherheit beteiligt. Seit 1959 hat das Gericht mehr als 600 Urteile zur Interpretation der Koordinierungsverordnungen gefällt. ⁽⁷⁸⁾

V. FRÜHE ENTWICKLUNG

Es wurde schnell deutlich, dass diese komplexen neuen Verordnungen eine Reihe von Fehlern und Versäumnissen enthielten, und die Kommission begann 1963, nur fünf Jahre nach dem Inkrafttreten, mit der Überarbeitung, Ausweitung und Vereinfachung der Verordnung Nr. 3. ⁽⁷⁹⁾ Drei Jahre später legte die Kommission dem Rat einen Vorschlag für eine neue Verordnung vor. Nach langen Verhandlungen – die ein Teilnehmer als „Très, très, très, très, très dures“ ⁽⁸⁰⁾ beschrieb – und mehreren Neuentwürfen verabschiedete der Rat die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ⁽⁸¹⁾ am 14. Juni 1971, gefolgt von der neuen Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 ⁽⁸²⁾ im März 1972. Das neue System trat am 1. Oktober 1972 in Kraft. ⁽⁸³⁾

⁽⁷⁶⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4. Ausgabe, Intersentia, Antwerpen.

⁽⁷⁷⁾ Europäische Kommission, *Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit*, <http://ec.europa.eu/social/>

⁽⁷⁸⁾ Ebd.

⁽⁷⁹⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁸⁰⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁸¹⁾ ABl. L 149 vom 5.7.1971, S. 1.

⁽⁸²⁾ ABl. L 74 vom 27.3.1972, S. 1.

⁽⁸³⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist eine Weiterentwicklung der Verordnung Nr. 3, die die Lücken und technischen Probleme der früheren Bestimmungen berücksichtigt, welche festgestellt wurden oder durch den EuGH entstanden. ⁽⁸⁴⁾

Obwohl viele der ursprünglichen Vorschläge der Kommission während der Verhandlungen im Rat verwässert wurden, gab es weitere Fortschritte bei der Aufhebung von Aufenthaltsbeschränkungen. ⁽⁸⁵⁾ Der sachliche Geltungsbereich wurde auf Familienleistungen sowie die unter die Verordnung Nr. 3 fallenden Familienbeihilfen ausgedehnt, und für Leistungen bei Krankheit und medizinischer Versorgung wurden weitere Einschränkungen abgeschafft, unter anderem die Zahl der Situationen, in denen eine Genehmigung verweigert werden kann. ⁽⁸⁶⁾ Durch die neue Verordnung wurde auch der Beratende Ausschuss für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer bei gleichzeitiger Beibehaltung der Rolle der Verwaltungskommission gegründet. ⁽⁸⁷⁾

Wie bereits die Verordnung Nr. 3 erzielte auch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 die Koordinierung durch die vier Hauptmethoden, die sich wie oben beschrieben durch die Schließung bilateraler Verträge zwischen europäischen Staaten in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelt hatten: Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist verboten; es werden Regeln festgelegt, um zu bestimmen, welchen Landes Rechtsvorschriften für die Person gelten; Anwartschaften werden durch die Zusammenrechnung von Versicherungs- und/oder Wohnzeiten im jeweiligen Land geschützt; bereits erworbene Rechte sind durch die Möglichkeit, bestimmte Leistungen auszuführen, ebenfalls geschützt.

⁽⁸⁴⁾ Ebd.

⁽⁸⁵⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽⁸⁶⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁸⁷⁾ Ebd.

Die Ausfuhr/Übertragbarkeit von Leistungen ist in Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festgelegt. Darin heißt es:

„Die Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen, die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten und die Sterbegelder, auf die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Anspruch erworben worden ist, dürfen, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, nicht deshalb gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, weil der Berechtigte im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Staates wohnt, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.“

Das Prinzip der Übertragbarkeit gilt nicht für alle Leistungen im selben Maß. ⁽⁸⁸⁾ Das Prinzip der Territorialität gilt für kurzfristige Leistungen weiterhin ganz oder teilweise. Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft können unter gewissen beschränkten Bedingungen ausgeführt werden, während Arbeitslosenleistungen nur für maximal drei Monate ausführbar sind. Familienleistungen sind zahlbar, wenn Familienmitglieder in einem anderen Land als dem des Arbeitnehmers leben. Medizinische Versorgung wird im Allgemeinen im Aufenthaltsland geboten, und die Kosten werden vom zuständigen Staat getragen.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gilt „für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen [und vom ILO-Übereinkommen Nr. 102 aufgezählt werden]: a) Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, b) Leistungen bei Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit bestimmt sind, c) Leistungen bei Alter, d) Leistungen an Hinterbliebene, e) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, f) Sterbegeld, g) Leistungen bei Arbeitslosigkeit, h) Familienleistungen“ (Artikel 4 Absatz 1).

⁽⁸⁸⁾ Cornelissen, R. (1996), „The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security, (Regulations 1408/71 and 574/72)“, *Common Market Law Review*, Jg. 33, S. 439 ff.

Sie gilt jedoch nicht für Sozialhilfe, Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen oder besondere Systeme für Beamte und ihnen gleichgestellte Personen (Artikel 4 Absatz 4). Der sachliche Geltungsbereich der Verordnung und insbesondere die Frage, was soziale Sicherheit und was Sozialhilfe ist, beschäftigt Bürger, die Kommission, den Rat, das Parlament und die Mitgliedstaaten in einer unaufhörlichen Abfolge von Rechtsfällen, die im folgenden Abschnitt näher erläutert werden.

VI. DIE HERAUSFORDERUNGEN EINES DYNAMISCHEN UMFELDS

Das Umfeld, in dem die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zum Einsatz kommt, hat sich seit ihrem Entwurf und den Verhandlungen dazu in den 1960er Jahren in mehrfacher Hinsicht verändert.

In den Jahren 1958 und 1971 gab es die sechs Gründungsmitglieder der EWG: Belgien, Frankreich, Westdeutschland, Italien, Luxemburg und die Niederlande. Heute umfasst die EU 27 Mitglieder. Mit der (teilweisen) Ausnahme der Niederlande hatten die ursprünglichen sechs Mitglieder ähnliche Systeme der sozialen Sicherheit, basierend auf dem Modell des männlichen Ernährers mit abgeleiteten Rechten für Ehefrauen und Kinder. Durch den Beitritt von Dänemark, Finnland, Großbritannien, Irland und Schweden kam eine neue Philosophie auf, nämlich aufenthaltsbasierte Systeme, die durch Steuern finanziert werden. ⁽⁸⁹⁾

Gleichzeitig änderte sich die Art der Migration. Während der 1950er, 1960er und frühen 1970er Jahre lag der Schwerpunkt hauptsächlich auf männlichen Arbeitern, die einer dauerhaften Vollzeitbeschäftigung nachgingen und erst am Ende ihres Arbeitsle-

⁽⁸⁹⁾ Sakslin, M. (2000), „The Concept of Residence and Social Security: Reflections on Finnish and Swedish and Community Legislation“, *European Journal of Migration and Law*, Jg. 2, Nr. 2, S. 157-183, Kluwer Law International; Langer, R., und Sakslin, M. (Hrsg.) (2004), *Co-ordinating Work-based and Residence-based Social Security*, Universität Helsinki.

bens in ihr Heimatland zurückkehrten.⁽⁹⁰⁾ Heute ist die Vielfalt viel größer, und es gibt eine Vielzahl unterschiedlicher Arten von Wanderarbeitnehmern, unter anderem Manager, Spezialisten und deutlich mehr Frauen, wobei einige Arbeitnehmer häufig das Land wechseln.⁽⁹¹⁾

Seit dem Vertrag von Amsterdam ziehen nicht mehr nur Arbeiter in ein anderes Land. Wie oben erwähnt, wurde die Freizügigkeit ursprünglich als grundlegende wirtschaftliche Freiheit (Europäische Wirtschaftsgemeinschaft) eingeführt und war auf Arbeitnehmer und ihre Familien beschränkt. Heute ist die Freizügigkeit eine grundlegende Freiheit der Unionsbürger.⁽⁹²⁾

Die Veränderungen in der Migration spiegeln zum Teil die sich wandelnden Muster des Arbeitslebens wider: Der Anteil der Frauen an den Erwerbstätigen ist gestiegen, es gibt mehr Teilzeitpositionen und zeitlich begrenzte Stellen, Arbeitnehmer wechseln immer häufiger den Aufgabenbereich, nehmen an Umschulungen teil und weisen vielfältige Arbeitsbiografien auf.

Die Änderungen in den Mustern des Arbeitslebens entsprechen dem demografischen und gesellschaftlichen Wandel. Der Rückgang „traditioneller“ Familien und der Anstieg der Scheidungsraten sowie der Zahl an unverheirateten Paaren, Alleinerziehenden, „Living Apart Together“-Partnerschaften und gleichgeschlechtlichen Beziehungen ist gut dokumentiert.⁽⁹³⁾ Heute sind „atypische“ Familien in vielen Ländern in der Mehrzahl. Gleichzeitig leben die Menschen aufgrund des höheren Lebensstandards und der besseren medizinischen Versorgung länger, und eine wachsende Personenzahl verbringt ihre letzten Jahre in einem Zustand der Abhängigkeit.

⁽⁹⁰⁾ Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., und Spiegel, B. (2008), „Towards a new framework for applicable legislation“, Think Tank Report, *Training and Reporting on European Social Security*, Europäische Kommission/Universität Gent.

⁽⁹¹⁾ Ebd.

⁽⁹²⁾ White, R. (2005), „The citizen's right to free movement“, 16 *European Business Law Review*, 547.

⁽⁹³⁾ Roberts, S., Stafford, B., Duffy, D., Ross, J., und Unell, J. (2009), „Literature review on the impact of family breakdown on children: A report to the European Commission“, VT/2007/118.

Dieser demografische und gesellschaftliche Wandel sowie die Veränderungen am Arbeitsmarkt stellen für die soziale Sicherheit neue Herausforderungen dar. Die Mitgliedstaaten reagierten auf die alternde Bevölkerung durch die Heraufsetzung des Rentenalters und die Reformierung der Rentensysteme, um den Druck auf die staatlichen Rentensysteme zu verringern. Neue Leistungen bei Pflegebedürftigkeit wurden eingeführt, um das „Risiko“ der Langlebigkeit zu berücksichtigen.

Auch Änderungen im Geschlechterverhältnis am Arbeitsplatz und in den Familien stellen neue Anforderungen an die soziale Sicherheit. Das Prinzip der Gleichbehandlung und individueller Rechte steht dem Modell des männlichen Ernährers entgegen.

Diese Veränderungen erschüttern wiederum die Grundpfeiler, auf denen die Koordinierung ruht. Es wurde argumentiert, dass der Beitritt von Ländern mit aufenthaltsbasierten Systemen, die durch Steuern finanziert werden, sowie sich wandelnde Arbeits- und Mobilitätsmuster die theoretische Begründung für die „Beschäftigungsstaat“-Regel⁽⁹⁴⁾ schwächen, und es wurde die Frage aufgeworfen, ob die „lex loci laboris“-Regel abgeschafft werden soll⁽⁹⁵⁾, ob das

⁽⁹⁴⁾ Numhauser-Henning, A., „Pension Rights and the EC Coordination Rules on Applicable Legislation in the Light of Migration and Labour-Market Developments“, Report, Theme III, Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights, The VIth European Regional Congress of Labour Law and Social Security, Stockholm 4-6. September 2002 (Tagungsband, 50 Seiten); auch in Blanpain (Hrsg.), „Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration“, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2003, 185-186, Kluwer 2003; Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., und Spiegel, B. (2008), „Towards a new framework for applicable legislation“, Think Tank Report, Training and Reporting on European Social Security, Europäische Kommission/Universität Gent.

⁽⁹⁵⁾ Christensen, A., und Malmstedt M. (2000), „Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii – an Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law“, *European Journal of Social Security*, Bd. 2 Ausgabe 1, S. 69-111; Pennings, F. (2004), „Has the State-of-Employment Principle Become Outdated?“, in Langer, R., und Sakslin, M. (Hrsg.), *Co-ordinating Work-based and Residence-based Social Security*, Universität Helsinki; Pennings, F. (2005), „Co-ordination of Social Security on the Basis of the State-of-Employment Principle: Time for an Alternative?“, *Common Market Law Review*, Jg. 42, Nr. 1, S. 67-89; Jorens, Y., und Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security (trESS)*, Europäische Kommission/Universität Gent; Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., und Spiegel, B. (2008), „Towards a new framework for applicable legislation“, Think Tank Report, Training and Reporting on European Social Security, Europäische Kommission/Universität Gent; Coucheir, M., Sakslin, M., Giubboni, S., Martinsen, D., und Verschuere, H. (2008), „The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC“, Think Tank Report, Training and Reporting on European Social Security, Europäische Kommission/Universität Gent.

Prinzip der Versicherung unter nur einer Rechtsordnung weiterhin angemessen ist⁽⁹⁶⁾ (es wurde die Meinung geäußert, das Bosmann-Urteil (C-352/06) könnte das Ende des Prinzips der Ausschließlichkeit bedeuten)⁽⁹⁷⁾ und ob für bestimmte Personengruppen besondere Regeln gelten sollten.⁽⁹⁸⁾

Während die grundlegenden Prinzipien zur Ermittlung der anwendbaren Gesetzgebung – zumindest für den Moment – beinahe unverändert bleiben, geraten die ursprünglichen Prinzipien, die die Grundlage des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs bilden, immer mehr unter Druck: In ersterem durchbrechen die Entwicklungen das Grundprinzip der Gegenseitigkeit, das alle bisherigen Koordinierungsverordnungen bestimmt hatte, und in letzterem wird die fundamentale Verbindung zwischen Koordinierung und Arbeit aufgeweicht.

Persönlicher Geltungsbereich

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 definierte den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 3 als Reaktion auf die weitgefassten Definitionen des EuGH neu und änderte „abhängig Beschäftigte und sonstige gleichgestellte Arbeitnehmer“⁽⁹⁹⁾ in:

„Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene“.

Der persönliche Geltungsbereich wurde später um Selbständige (1982), besondere Systeme für Beamte (1998) [Verordnung (EG) Nr. 1606/98]⁽¹⁰⁰⁾, Studieren-

de (1999) [Verordnung (EG) Nr. 307/1999]⁽¹⁰¹⁾ und Angehörige von Drittstaaten (2003) [Verordnung (EG) Nr. 859/2003]⁽¹⁰²⁾ erweitert.

Die Aufnahme Angehöriger von Drittstaaten in den Koordinierungsbereich durchbricht das Grundprinzip der Gegenseitigkeit aller vorherigen Koordinierungsverordnungen.

Die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 bildet das Ende eines langen, umstrittenen Prozesses.⁽¹⁰³⁾ Die Geschichte kann bis zum Grünbuch von 1993 zurückverfolgt werden, das zeitgleich mit der Ratifizierung des Maastrichter Vertrags erschien.⁽¹⁰⁴⁾ Im anschließenden Weißbuch vom Juli 1994 schlug die Europäische Kommission vor, die Gesundheitsleistungen gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 „als ersten Schritt“ auf Drittstaatsangehörige auszudehnen, „die in der Union rechtmäßig beschäftigt und wohnhaft sind“, um die „zahlreichen Nachteile, die sie erdulden, wenn sie sich vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, da für sie die Koordinierungsbestimmungen nicht gelten“, zu beheben.⁽¹⁰⁵⁾

Die Kommission gab ihren Plan, Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu erweitern, im November 1994 in Porto bekannt. Gleichzeitig kündigte sie das langfristige Vorhaben an, die gesamte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Angehörige von Drittstaaten, die sich rechtmäßig in der EU aufhalten, auszudehnen.⁽¹⁰⁶⁾

⁽¹⁰¹⁾ ABl. L 38 vom 12.2.1999, S. 1.

⁽¹⁰²⁾ ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 1; Pieters, D. (1997), „Enquiry into the Legal Foundations of a Possible Extension of Community Provisions on Social Security to Third-Country Nationals Residing and/or Working in the European Union“, in Schoukens, P. (Hrsg.), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Leuven; Verschuere, H. (1997), „EC Social Security Coordination excluding Third Country Nationals: Still in Line with Fundamental Rights after the Gaygusuz Judgment“ 34 *Common Market Law Review*, 991; Jorens, Y., und Schulte, B. (1998), *European Social Security Law and Third Country Nationals*, Brugge: Die Keure la Chartre.

⁽¹⁰³⁾ Roberts, S. (2000), „Our view has not changed: The UK's response to the proposal to extend coordination of social security to third country nationals“, *European Journal of Social Security*, Bd. 2, Ausgabe Nr. 2.

⁽¹⁰⁴⁾ Europäische Kommission (1993), *Grünbuch über die europäische Sozialpolitik – Weichenstellung für die Europäische Union*, KOM(93) 551, GD V, Brüssel.

⁽¹⁰⁵⁾ Europäische Kommission (1994), *Europäische Sozialpolitik – Ein zukunftsweisender Weg für die Union*, Weißbuch, KOM(94) 333, 27. Juli, GD V, Brüssel.

⁽¹⁰⁶⁾ Europäische Kommission (1995), „Social Security in Europe: Equality between Nationals and Non-Nationals“, Lissabon, Departamento de Relações Internacionais e Convenções de Segurança Social.

⁽⁹⁶⁾ Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., und Spiegel, B. (2008), „Towards a new framework for applicable legislation“, Think Tank Report, Training and Reporting on European Social Security, Europäische Kommission/Universität Gent.

⁽⁹⁷⁾ Ebd.

⁽⁹⁸⁾ EFR-Expertengruppe (2008), „Realising a single labour market for researchers“, Bericht der EFR-Expertengruppe, Generaldirektion Forschung, Europäische Kommission, Brüssel.

⁽⁹⁹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, London, Mansell.

⁽¹⁰⁰⁾ ABl. L 209 vom 25.7.1998, S. 1.

Der Vorschlag basierte auf den Artikeln 42 (früher Artikel 51) und 308 (früher Artikel 235), die beide Einstimmigkeit erfordern. Daher konnte ein Mitgliedstaat allein einen Vorschlag im Rahmen eines dieser Artikel blockieren.

Als die Kommission in der Gruppe „Sozialfragen“ einen formellen Antrag an den Rat stellte, blockierte Großbritannien den Vorschlag und tat dies erneut, als er im November 1995 an den Ausschuss der Ständigen Vertreter⁽¹⁰⁷⁾ weitergeleitet wurde. Daher wurde der Vorschlag vom Rat nicht angenommen, als dieser die Verordnung (EG) Nr. 3095/95 im November 1995 annahm.⁽¹⁰⁸⁾

Am 12. November 1997 schlug die Kommission erneut die Ausdehnung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vor⁽¹⁰⁹⁾, und die Europäischen Räte von Tampere, Nizza, Laeken und Stockholm drängten darauf, sich besonders auf erweiterte soziale Rechte, einschließlich Rechte der sozialen Sicherheit, für Drittstaatsangehörige zu konzentrieren. In Laeken wurde vorgeschlagen, die Rechtsgrundlage von den Artikeln 42 und 308 auf Artikel 63 Absatz 4 des EG-Vertrags zu übertragen. Großbritannien hatte einen Sonderstatus im Hinblick auf Titel IV des Vertrags und konnte sich gemäß Protokoll Nr. 4 selektiv an (Nicht-Schengen-)Maßnahmen beteiligen.⁽¹¹⁰⁾ Die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 wurde am 14. Mai 2003 angenommen.

⁽¹⁰⁷⁾ Die Gruppe „Sozialfragen“ des Rates und der Ausschuss der Ständigen Vertreter (AStV) sind hierarchisch angeordnete Ratsgremien. In der Gruppe „Sozialfragen“ ungeklärte Themen werden an den AStV verwiesen, der die Aufgabe hat, Tagungen des Rates vorzubereiten, und entscheiden muss, was den Ministern in welcher Form vorgelegt werden soll. Wenn Unstimmigkeiten auftreten, die auf der Ebene der Gruppe „Sozialfragen“ nicht gelöst werden können, versuchen die höheren Beamten des AStV, eine gemeinsame Lösung zu finden. Ist dies nicht möglich, kann der AStV beschließen, den Vorschlag entweder dem Ministerrat zur Beratung vorzulegen, oder die Angelegenheit zurück an die Gruppe „Sozialfragen“ oder die Europäische Kommission verweisen.

⁽¹⁰⁸⁾ ABl. L 335 vom 30.12.1995, S. 1.

⁽¹⁰⁹⁾ Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Bezug auf deren Ausdehnung auf Staatsangehörige von Drittländern, KOM(97) 561 endg. vom 12.11.1997.

⁽¹¹⁰⁾ Für Irland galt dieselbe Vereinbarung wie für Großbritannien. Dänemark hat keine Wahlmöglichkeit, kann sich aber voll an Titel IV (Protokoll Nr. 5) beteiligen. House of Lords Select Committee on European Union, 16. Bericht, 27. März 2003.

Sachlicher Geltungsbereich

Die Herausforderungen für den sachlichen Geltungsbereich liegen in den verschiedenen Systemen der neuen Mitgliedstaaten und den neuen Leistungsarten, die von sämtlichen EU-Ländern eingeführt wurden. Aufgrund der beschränkenden Liste basierend auf dem ILO-Übereinkommen Nr. 102 gestaltet sich die Klassifizierung neuer Leistungen manchmal schwierig. Es gibt beispielsweise Probleme bei der Einordnung der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit.⁽¹¹¹⁾ Einige Länder betrachten diese als beitragsunabhängige Sonderleistungen, der EuGH hat jedoch geurteilt, dass es sich hierbei um Leistungen bei Krankheit handelt⁽¹¹²⁾, auch wenn man angesichts ihrer Merkmale etwas nachhelfen muss, damit sie in den Bereich Krankheit passen. Früher oder später wird ein neuer Bereich eingeführt werden müssen, um diese Leistungsart sinnvoll klassifizieren zu können.

Die Sozialhilfe ist von der Koordinierung ausgenommen. In den meisten Mitgliedstaaten wird Sozialhilfe jedoch nicht mehr willkürlich vergeben, sondern der Anspruch darauf basiert auf Regeln. Darüber hinaus haben viele Länder beitragsunabhängige Leistungen für bestimmte Bevölkerungsgruppen eingeführt, beispielsweise um die besonderen Bedürfnisse von Behinderten zu erfüllen, wodurch die Grenze zwischen beitragsabhängiger Sozialversicherung und beitragsunabhängiger Sozialhilfe sowie die herkömmlichen Kriterien zur Anspruchsermittlung verschwimmen.⁽¹¹³⁾ Die Frage, was Sozi-

⁽¹¹¹⁾ Martinsen, D. (2007), „The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses“, präsentiert bei der (10.) zweijährlich stattfindenden Konferenz der European Union Studies Association (EUSA) 2007, 17.-19. Mai 2007, Montreal; Jorens, Y., und Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security (trESS)*, Europäische Kommission/Universität Gent.

⁽¹¹²⁾ Jorens, Y., und Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security (trESS)*, Europäische Kommission/Universität Gent.

⁽¹¹³⁾ Pieters, D. (1997), „Towards a Radical Simplification of the Social Security Co-ordination“, in Schoukens, P. (Hrsg.), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Leuven: Uitgeverij Acco, zitiert von Martinsen, D. (2007), „The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses“, präsentiert bei der (10.) zweijährlich stattfindenden Konferenz der European Union Studies Association (EUSA) 2007, 17.-19. Mai 2007, Montreal; Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4. Ausgabe, Antwerpen, Intersentia.

alhilfe und damit von der Koordinierung ausgenommen ist, hat bereits häufiger die Gerichte beschäftigt, und der EuGH hat eine Reihe von Urteilen gefällt, von Frilli (1/72) ⁽¹¹⁴⁾ bis zu Newton (C-356/89) ⁽¹¹⁵⁾, wodurch Leistungen unabhängig davon, ob sie vom jeweiligen Mitgliedstaat als Sozialhilfe kategorisiert wurden, in den Zuständigkeitsbereich der Koordinierungsverordnungen fielen, wenn sie anspruchsbasiert (Frilli, 1/72) sind und zu einer der Leistungsarten in Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Bezug stehen (Hoeckx, 248/83). ⁽¹¹⁶⁾ Der Europäische Gerichtshof urteilte jedoch auch, dass Leistungen wie das garantierte Altersmindesteinkommen, um das es im Fall Frilli (1/72) ging, nur für „Arbeitnehmer oder ihnen Gleichgestellte, die in einem Mitgliedstaat Beschäftigungszeiten zurückgelegt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt und einen Rentenanspruch dort haben“, unter die Koordinierung fallen. ⁽¹¹⁷⁾

In der Rechtssache Newton (C-356/89) entschied der EuGH, dass eine Leistung wie die britische Mobilitätsbeihilfe die erforderlichen Kriterien für die Einbeziehung in die Koordinierung erfüllt, und berief sich auf Frilli, um zwischen Personen zu unterscheiden, für die die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Leistung in Anspruch genommen wird, gegolten hatten, und Personen, für die nur die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegolten hatten, wobei die ersteren leistungsbe-rechtigt sind und letztere nicht. Das Gericht nahm sein Argument aus Frilli (1/72) wieder auf, dass dies eine notwendige Bedingung sei, um die Stabilität von Systemen zu wahren, die Leistungen für Behinderte auf Grundlage des gewöhnlichen Aufenthaltsorts gewähren. Dies bedeutete, dass Herr Newton, für den die Rechtsvorschriften Großbritanniens nicht

gegolten hatten, seine Mobilitätsbeihilfe nicht nach Frankreich ausführen konnte. ⁽¹¹⁸⁾

Die Begründungen des Gerichtshofs in dieser Reihe von Urteilen hatten jedoch nichtsdestotrotz für eine „ungeplante und unerwünschte Entwicklung der Rechtsprechung“ ⁽¹¹⁹⁾ gesorgt, und am 30. April 1992, nach dem Fall Newton, nahm der Rat die Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 an, um diese unerwünschte Entwicklung zu „zügeln“. ⁽¹²⁰⁾ Dies war jedoch keinesfalls eine reflexartige Reaktion, da die Kommission bereits sieben Jahre zuvor einen Vorschlag vorgelegt hatte, der im Rat heiß diskutiert wurde. ⁽¹²¹⁾ Es wurde angedeutet, ein Grund für das Tätigwerden des EuGH sei „unangemessene Langsamkeit“ seitens der Gesetzgebung gewesen, wodurch der Gerichtshof gezwungen gewesen sei, über Angelegenheiten zu urteilen, die eigentlich in die Zuständigkeit des Rates gefallen wären. ⁽¹²²⁾ In diesem Fall sorgte die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs jedoch für erneute Bearbeitung, und die Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 schuf eine neue Kategorie der „beitragsunabhängigen Sonderleistungen“ für die Koordinierung. Diese sind als Leistungen zum ersetzenden, ergänzenden und zusätzlichen Schutz der Sozialfälle definiert, die von den Bereichen in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a bis h abgedeckt oder nur für den besonderen Schutz Behinderter gedacht sind. ⁽¹²³⁾ Die als beitragsunabhängige Sonderleistungen geltenden Beihilfen werden vom Mitgliedstaat und der Gesetzgebung vereinbart und sind in Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufgeführt.

Beitragsunabhängige Sonderleistungen können nicht ausgeführt werden. Der EuGH bestätigte diese

⁽¹¹⁴⁾ Rs. 1/72, Frilli, Slg. 1972, 471.

⁽¹¹⁵⁾ Rs. C-356/89, Newton, Slg. 1991, I-3017.

⁽¹¹⁶⁾ Rs. 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 982; Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4. Ausgabe, Antwerpen, Intersentia; Martinsen, D. (2007) „The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses“, präsentiert bei der (10.) zweijährlich stattfindenden Konferenz der European Union Studies Association (EUSA) 2007, 17.-19. Mai 2007, Montreal.

⁽¹¹⁷⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4. Ausgabe, Antwerpen, Intersentia.

⁽¹¹⁸⁾ Ebd.

⁽¹¹⁹⁾ Martinsen, D. (2007) „The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses“, präsentiert bei der (10.) zweijährlich stattfindenden Konferenz der European Union Studies Association (EUSA) 2007, 17.-19. Mai 2007, Montreal.

⁽¹²⁰⁾ Ebd.

⁽¹²¹⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4. Ausgabe, Antwerpen, Intersentia.

⁽¹²²⁾ Sakslin, M. (2000), „Social Security Co-ordination – Adapting to Change“, *European Journal of Social Security*, Bd. 2, Ausgabe 2.

⁽¹²³⁾ Sanchez-Rodas Navarro, C. (1997), *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Granada.

Position in zwei britischen Fällen, Snares (C-20/96)⁽¹²⁴⁾ und Partridge (C-297/97)⁽¹²⁵⁾. Die Nichtexportierbarkeit von beitragsunabhängigen Sonderleistungen wurde jedoch infrage gestellt, und der Europäische Gerichtshof hat die Grenze zwischen sozialer Sicherheit, Sozialhilfe und beitragsunabhängigen Sonderleistungen in einer Reihe von Rechtsachen weiter geklärt; dadurch wurden der Inhalt von Anhang IIa verwässert und der Inhalt der Kategorie „soziale Sicherheit“ erweitert.⁽¹²⁶⁾ In der Rechtssache Jauch (C-215/99)⁽¹²⁷⁾ urteilte der EuGH, dass es, um eine nicht ausführbare beitragsunabhängige Sonderleistung – in diesem Fall das österreichische Pflegegeld – zu sein, nicht ausreicht, nur in Anhang IIa aufgeführt zu sein; die Leistung muss außerdem die Kriterien „Sonderleistung“ und „beitragsunabhängig“ erfüllen.⁽¹²⁸⁾ Auf diesen Punkt wurde auch in anderen Fällen verwiesen, beispielsweise in Leclere und Deaconescu (C-43/99)⁽¹²⁹⁾, Hosse (C-286/03)⁽¹³⁰⁾ und Hendrix (C-287/05)⁽¹³¹⁾.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 647/2005⁽¹³²⁾ geändert, um diese Urteile zu berücksichtigen. Im Juli 2005 strengte die Kommission jedoch eine Nichtigkeitsklage gegen den Ministerrat und das Europäische Parlament an.⁽¹³³⁾ Die Kommission war der Ansicht, dass der Rat und das Parlament durch die Annahme der Verordnung (EG) Nr. 647/2005 die vom EuGH festgelegten Kriterien für die Koordinierung beitragsunabhängiger

ger Sonderleistungen akzeptierten, jedoch nicht alle Konsequenzen daraus zogen, als sie die finnische Kinderbetreuungsbeihilfe, die schwedische Behindertenbeihilfe und Pflegebeihilfe für behinderte Kinder sowie die britische Unterstützungsbeihilfe, das Pflegegeld und die Unterhaltsbeihilfe für Behinderte in die Liste zulässiger Leistungen nach Anhang IIa aufnahmen, die nach Meinung der Kommission nicht die Kriterien für „Sonderleistungen“ nach Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung erfüllten.⁽¹³⁴⁾

Im Urteil vom Oktober 2007 kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass diese Leistungen – mit Ausnahme der Mobilitätskomponente der britischen Unterhaltsbeihilfe für Behinderte – Leistungen bei Krankheit gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und daher fälschlicherweise in Anhang IIa enthalten sind. Diese können somit ausgeführt werden.⁽¹³⁵⁾

VII. MODERNISIERUNG UND VEREINFACHUNG

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 weist eine deutlich längere Lebensdauer auf als ihre Vorgängerin, Verordnung Nr. 3. Als Reaktion auf die sich ständig wandelnden Wohlfahrtssysteme der Mitgliedstaaten und die zahlreichen Urteile des EuGH wurde die Verordnung beinahe jährlich überarbeitet. Die stetigen Überarbeitungen haben jedoch ein komplexes System geschaffen, das wiederum sowohl sachliche Probleme als auch Schwierigkeiten bei der Anwendung zur Folge hatte, während durch den demografischen Wandel, die Veränderungen am Arbeitsmarkt und die gesellschaftlichen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten Lücken aufgedeckt wurden.

Die Modernisierung und Vereinfachung der Koordinierung wurde zuerst beim Europäischen Rat von Edinburgh im Jahr 1992 angeregt, um die Verord-

⁽¹²⁴⁾ Rs. C-20/96, Snares, Slg. 1997, I-6057.

⁽¹²⁵⁾ Rs. C-297/96, Partridge/Adjudication Officer, Slg. 1998, I-3467.

⁽¹²⁶⁾ Martinsen, D. (2007), „The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses“, präsentiert bei der (10.) zweijährlich stattfindenden Konferenz der European Union Studies Association (EUSA) 2007, 17.-19. Mai 2007, Montreal; Jorens, Y., und Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security (trESS)*, Europäische Kommission/Universität Gent.

⁽¹²⁷⁾ Rs. C-215/99, Jauch, Slg. 2001, I-1901.

⁽¹²⁸⁾ Fitzpatrick, P. (2007), „The Right to Reside Test and Regulation 1408/71“, Präsentation beim trESS-Seminar, London, 20. April 2007; Martinsen, D. (2007), „The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses“, präsentiert bei der (10.) zweijährlich stattfindenden Konferenz der European Union Studies Association (EUSA) 2007, 17.-19. Mai 2007, Montreal.

⁽¹²⁹⁾ Rs. C-43/99, Leclere, Slg. 2001, I-4265.

⁽¹³⁰⁾ Rs. C-286/03, Hosse, Slg. 2006, I-1771.

⁽¹³¹⁾ Rs. C-287/05, Hendrix, Slg. 2007, I-6909.

⁽¹³²⁾ ABl. L 117 vom 2.5.2005, S. 1.

⁽¹³³⁾ Rs. C-299/05, Kommission gegen Rat und Parlament.

⁽¹³⁴⁾ Rs. C-299/05, Kommission gegen Rat und Parlament; Fitzpatrick, P. (2006) „Exporting AA, CA and DLA to other EEA member states“, *Welfare Rights Bulletin*, Nr. 191, CPAG.

⁽¹³⁵⁾ Roberts, S. (2007), „UK Report“, *Training and Reporting on European Social Security (trESS)*, Europäische Kommission/Universität Gent.

nungen „effizienter und anwenderfreundlicher“ zu gestalten und diese veränderten Bedingungen zu berücksichtigen. Nach langen Diskussionen wurde die Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁽¹³⁶⁾ vom Europäischen Parlament und dem Rat am 29. April 2004 angenommen. Ab Frühjahr 2010 wird dadurch die soziale Sicherheit für Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit in der EU ausüben, koordiniert.⁽¹³⁷⁾

Der Weg von Edinburgh bis zur neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 war schwierig, da die Rechtsgrundlage (Artikel 42 und 308 EG-Vertrag) Einstimmigkeit im Rat erfordert und – seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 – einen gemeinsamen Rechtsakt des Europäischen Parlaments und des Rates. Im Jahr 1998 unterbreitete die Kommission einen Vorschlag zur Modernisierung und Vereinfachung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.⁽¹³⁸⁾ Dieser Vorschlag wurde während des finnischen, portugiesischen, französischen und schwedischen Vorsitzes beratschlagt, und dem Rat wurde jeweils ein Fortschrittsbericht vorgelegt. Meist gab es nicht viel zu berichten.

Beim Europäischen Rat in Stockholm im März 2001 wurde beschlossen, bis zum Jahresende „Parameter“ zur Einführung von Grundregeln für die Modernisierung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festzulegen, damit der Rat und das Europäische Parlament mit ihrer Annahme voranschreiten können. Die Parameter, die unter dem belgischen Vorsitz eingeführt wurden, waren als „grundlegende Optionen des Rates, die für die Modernisierung der Verordnung bestimmend sein sollen“ definiert. Die zwölf Parameter, die Grundprinzipien darstellten, auf die man sich einigen wollte, führten unter dem Vorsitz Spaniens, Dänemarks, Griechenlands und Italiens und auch danach zu beträchtlichen Fortschritten.

⁽¹³⁶⁾ ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1.

⁽¹³⁷⁾ Zum Zeitpunkt der Niederschrift galt der 1. März 2010 als Zieldatum für das Inkrafttreten der neuen Koordinierungsverordnungen. Dies basiert auf der Annahme, dass alle erforderlichen Gesetzgebungsverfahren bis Ende Juni 2009 abgeschlossen sind. Anschließend ist ein Zeitraum von drei Monaten für die Veröffentlichung im Amtsblatt und eine Übergangsfrist von sechs Monaten durch die Verordnung selbst vorgesehen. In diesem Fall sollte man sich jedoch an den Rat von Amartya Sen halten: „Es ist besser, fast richtig zu liegen als genau falsch.“

⁽¹³⁸⁾ 5133/99 SOC 5, KOM(98) 779 endg.

Die neue Verordnung unterscheidet sich nicht sehr stark von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Die radikaleren Vorschläge der Kommission, wie unbeschränkter sachlicher Geltungsbereich, offener persönlicher Geltungsbereich, umfangreiche Gleichstellung von Sachverhalten, Pro-Rata-Rückerstattung der Gesundheitskosten von Rentnern sowie Exportierbarkeit von Arbeitslosenleistungen für sechs Monate, wurden immer weiter verwässert, da jeder Mitgliedstaat in den Verhandlungen seine Bedenken, Prioritäten und nicht verhandelbaren Punkte zum Ausdruck brachte. Das Hauptziel war deshalb die Vereinfachung und Rationalisierung der bestehenden Konzepte, Regeln und Verfahren unter Beibehaltung der Leitgrundsätze und wesentlichen Elemente. Dennoch werden durch die Reform erneut sowohl der persönliche als auch der sachliche Geltungsbereich der Koordinierung erweitert und die Prinzipien der Gleichbehandlung, der grenzüberschreitenden Anerkennung von Sachverhalten und einer einzigen anwendbaren Rechtsordnung gestärkt.⁽¹³⁹⁾ Es gibt neue Regeln für Grenzarbeitnehmer, Änderungen bei Gesundheits- und Familienleistungen, die Aufnahme von Leistungen für Eltern sowie einen neuen Bereich für die teilweise Koordinierung von Vorruhestandsleistungen. Leistungen bei Pflegebedürftigkeit liegen jedoch weiterhin außerhalb des Koordinierungsumfangs, durch die Einführung kapitalgedeckter Systeme wird die Rentenreform erschwert, und die Rechtsprechung von Kohll (C-158/96)⁽¹⁴⁰⁾ über Decker (C-129/95)⁽¹⁴¹⁾ bis zu Watts (C-372/04)⁽¹⁴²⁾ wurde nicht einbezogen,

⁽¹³⁹⁾ Cornelissen, R., „Regulation (EC) 883/2004 and its implementing regulation“, Präsentation beim britischen trESS-Seminar, 19. Juni 2009, <http://www.tress-network.org/TRESSNEW/>

⁽¹⁴⁰⁾ Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1935.

⁽¹⁴¹⁾ Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1871.

⁽¹⁴²⁾ Rs. C-372/04, Watts, Slg. 2006, I-4325. Siehe Coucheir, M., und Jorens, Y., „Patient Mobility in the European Union – The European Framework in Relation to Patient Mobility“, Bericht für das 6. Rahmenprojekt „Europa für Patienten“, Europäische Kommission, GD Forschung, Brüssel; Coucheir, M., und Jorens, Y. (2007), „Options for legal change in the field of patient mobility“, Bericht für das 6. Rahmenprojekt „Europa für Patienten“, Europäische Kommission, GD Forschung, Brüssel; Martinsen, D., und Vrangbæk, K. (2008), „The Europeanisation of Health Care Governance – Implementing the Market Imperatives of Europe“ (2008), *Public Administration*, Bd. 86, Nr. 1; Martinsen, D. (2004), *European Institutionalisation of social security rights: A Two Layered Process of Integration*, Doktorarbeit, Florenz, European University Institute, zitiert von Ferrera, M. (2005), *The Boundaries of Welfare*, Oxford University Press.

sondern soll in einer eigenen Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung berücksichtigt werden. ⁽¹⁴³⁾ Besonders hervorzuheben ist, dass der persönliche Geltungsbereich in der neuen Verordnung auf alle Personen ausgedehnt ist, die in ein System gehören, einschließlich nicht erwerbstätiger Personen.

Die Durchführungsverordnung beinhaltet neue Koordinierungswerkzeuge und -verfahren ⁽¹⁴⁴⁾, woran sich der Wille des Rates, der Europäischen Kommission und des Parlaments ablesen lässt, die Bereitstellung koordinierter Leistungen zu verbessern. Dies spiegelt die wachsende Betonung der Servicestandards in der Europäischen Union wider. ⁽¹⁴⁵⁾ In Erwägungsgrund 2 der Präambel der Durchführungsverordnung heißt es, dass die engere und wirksamere Zusammenarbeit der Träger der sozialen Sicherheit maßgeblich ist, damit die Personen im Geltungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ihre Rechte so rasch und so gut wie möglich in Anspruch nehmen können. Erwägungsgrund 6 betont dagegen, dass bestimmte Verfahren gestärkt werden müssen, um für mehr Rechtssicherheit und Transparenz zu sorgen: „Gemeinsame Fristsetzungen für die Erledigung bestimmter Verpflichtungen oder für bestimmte Verwaltungsabläufe sollten dabei zur Klärung und Strukturierung der Beziehungen zwischen den Versicherten und den Trägern beitragen.“

Artikel 89 Absatz 1 der neuen Durchführungsverordnung legt die Zuständigkeit der Gemeinschaft für die Überwachung der Servicequalität fest. Artikel 89 Absätze 1 und 3 sorgt für Transparenz, indem der Verwaltungskommission die Aufgabe übertragen wird sicherzustellen, dass die Beteiligten ihre Rechte und die Verwaltungsformalitäten für ihre Ausübung kennen. Artikel 16 Absatz 3 zu den anzuwendenden

Rechtsvorschriften, Artikel 60 Absatz 3 zu Familienleistungen und Artikel 72 Absatz 2 zur Beitreibung nicht zustehender Leistungen enthalten Bestimmungen für Standardsituationen, die dann zur Geltung kommen, wenn Bearbeitungsfristen nicht eingehalten werden.

Der Umfang zur Einhaltung der von Artikel 89 Absatz 1 der Durchführungsverordnung eingeführten Anforderungen wird durch die bevorstehende Einführung des Elektronischen Austauschs von Sozialversicherungsdaten (EESSI, Electronic Exchange of Social Security Information) als Reaktion auf Artikel 4 Absatz 2 deutlich erweitert. EESSI eröffnet diverse Möglichkeiten zur Verwaltung von Einzelfallhilfen und bietet das Potenzial zur Erfassung einer Vielzahl von Verwaltungsdaten.

VIII. SCHLUSSBEMERKUNG

Die Koordinierungsverordnungen der EU sind hinsichtlich ihrer Ambitionen und der Ausgereiftheit ihrer Methoden zur Umsetzung dieser Ambitionen einzigartig. Über einen Zeitraum von 50 Jahren wurden die ursprünglichen Koordinierungsprinzipien, die während der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelt wurden, durch die Verordnungen erweitert und verändert. Die Ausdehnung der Koordinierung auf Angehörige von Drittstaaten ⁽¹⁴⁶⁾ ohne wechselseitige Gewährung von Rechten bricht mit dem Grundprinzip der Gegenseitigkeit, wohingegen durch die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs um nicht erwerbstätige Personen und des sachlichen Geltungsbereichs um beitragsunabhängige (Sonder-)Leistungen sowie die fortlaufende Neudefinition der beitragsunabhängigen Sonderleistungen als „soziale Sicherheit“ durch den Gerichtshof die Verbindung zum Arbeitsmarkt gelöst wird.

⁽¹⁴³⁾ http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/cross-border_healthcare_en.htm

⁽¹⁴⁴⁾ Michard, H., „Modernised EU social Security Coordination“, Präsentation beim britischen trESS-Seminar, 19. Juni 2009, <http://www.tress-network.org/TRESSNEW/>

⁽¹⁴⁵⁾ Pollitt, C., und Bouckaert, G. (2004), *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, 2. Ausgabe, Oxford University Press.

⁽¹⁴⁶⁾ Artikel 42 des Vertrags ist keine geeignete Rechtsgrundlage, um Drittstaatsangehörige in die Koordinierung einzubeziehen, weswegen eine weitere parallele Verordnung erforderlich sein wird; siehe Cornelissen, R., „Regulation (EC) 883/2004 and its implementing regulation“, Präsentation beim britischen trESS-Seminar, 19. Juni 2009, <http://www.tress-network.org/TRESSNEW/>

Seit dem Vertrag von Amsterdam lautet das Ziel volle Koordinierung für alle Bürger. Gegenwärtig sind jedoch im Koordinierungssystem manche Bürger gleicher als andere. Der Kampf um den sachlichen Geltungsbereich ist zwar technischer Natur, aber durchaus nicht nur theoretisch. Der Ursprung der Koordinierung in arbeitsbezogenen Versicherungssystemen sorgt weiterhin für eine Koordinierungshierarchie, die bezüglich persönlicher Merkmale nicht neutral ist. Diejenigen, die über die engste Verbindung zum Arbeitsmarkt verfügen oder verfügt haben, profitieren am stärksten von der Koordinierung und haben daher die größte Chance, ihr Recht auf Freizügigkeit auszuüben. Personen, deren Biografie nicht ganz dem Versicherungsmodell entspricht, erleben dagegen möglicherweise ein anderes Koordinierungssystem. Wer keine lückenlosen Versicherungszeiten nachweisen kann, muss sich möglicherweise auf Sozialhilfe oder beitragsunabhängige Sonderleistungen verlassen, die entweder nicht oder nur teilweise koordiniert werden. Dies gilt für Behinderte, denen bisher stets die Gleichbehandlung bei der Freizügigkeit verwehrt wurde, indem viele der Leistungen, die sie benötigen, durch die Definition als „beitragsunabhängige Sonderleistung“ in Anhang IIa als nicht exportierbar deklariert wurden.

Auch Frauen werden aufgrund ihrer anderen Biografien im Vergleich zu Männern diskriminiert. Da Frauen wesentlich häufiger die Verantwortung für unbezahlte Pflegetätigkeiten zu Hause übernehmen, weisen sie auch häufiger fragmentierte Versicherungszeiten auf und sind von beitragsunabhängigen Sonderleistungen und Sozialhilfe abhängig. ⁽¹⁴⁷⁾ Aus diesem Grund sind Frauen eher als Männer von den Vorteilen der vollständigen Koordinierung ausgeschlossen und können ihr Recht auf Freizügigkeit nur in geringerem Umfang ausüben.

Die Verordnungen gestatten es den Mitgliedstaaten, zu Koordinierungszwecken den Begriff „Familienangehörige“ zu definieren. Aus diesem Grund setzt sich

⁽¹⁴⁷⁾ Paskalia, V. (2005), „The (In)visibility of Gender in the New Regulation“, *European Journal of Social Security*, Bd. 7, Nr. 3, September 2005.

die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare in vielen EU-Mitgliedstaaten in der Koordinierung fort und stellt ein Hindernis für die Freizügigkeit dar. ⁽¹⁴⁸⁾ Diese Diskriminierung umfasst unter anderem die Anerkennung des Personenstands. ⁽¹⁴⁹⁾ Einige Länder erlauben es gleichgeschlechtlichen Paaren zu heiraten, andere sehen eine eingetragene Lebenspartnerschaft vor, wieder andere gestatten auch dies nicht, gewähren jedoch gleichgeschlechtlichen Paaren einige Rechte. In einigen EU-Mitgliedstaaten werden gleichgeschlechtliche Beziehungen überhaupt nicht anerkannt. ⁽¹⁵⁰⁾

Am häufigsten tritt die Ungleichbehandlung hinsichtlich der sozialen Sicherheit bei gleichgeschlechtlichen Paaren auf. ⁽¹⁵¹⁾ Eine Reihe von Ländern – die alle keine gleichgeschlechtlichen Ehen anerkennen – bietet spezielle Leistungen für Verheiratete oder unterscheidet durch die Leistungsanspruchsbedingungen zwischen Verheirateten und Unverheirateten oder zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren und Partnern unterschiedlichen Geschlechts. ⁽¹⁵²⁾

Die Vielzahl der Partnerschaftsstatus und Leistungsanspruchsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten bedeutet, dass sich der Status gleichgeschlechtlicher Paare, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, möglicherweise beim Wechsel von einem „Rechtesystem“ zum nächsten zum Schaden ihrer

⁽¹⁴⁸⁾ Roberts, S., und Sakslin, M. (2009), „Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU“, *Journal of Poverty and Social Justice*, Sonderausgabe, Ausgabe 3, Oktober 2009.

⁽¹⁴⁹⁾ Ottosson, D. (2006), „LGBT World Legal Wrap Up Survey“, International Lesbian and Gay Association (ILGA); Roberts, S., und Sakslin, M. (2009), „Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU“, *Journal of Poverty and Social Justice*, Sonderausgabe, Ausgabe 3, Oktober 2009.

⁽¹⁵⁰⁾ Ebd.

⁽¹⁵¹⁾ McColgan, A., Niessen, J., und Palmer F. (2006), „Comparative analyses on national measures to combat discrimination outside employment and occupation: Mapping study on existing national legislative measures – and their impact in – tackling discrimination outside the field of employment and occupation on the grounds of sex, religion or belief, disability, age and sexual orientation, VT/2005/062“; Roberts, S., und Sakslin, M. (2009), „Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU“, *Journal of Poverty and Social Justice*, Sonderausgabe, Ausgabe 3, Oktober 2009.

⁽¹⁵²⁾ Ebd.

Leistungsansprüche und damit ihres Rechts auf Freizügigkeit ändert. ⁽¹⁵³⁾

Das wichtigste Merkmal, durch das sich die Koordinierung in der EU von allen anderen bilateralen und multilateralen Verträgen unterscheidet, ist jedoch, dass sie innerhalb des institutionellen Rahmens der EU stattfindet, wobei der Rat, das Parlament, die Kommission und der Europäische Gerichtshof zentrale Rollen spielen. Der EuGH war von Anfang an wesentlich an der Definition und Ausdehnung des Geltungsbereichs der Koordinierung der sozialen Sicherheit beteiligt und hat über 600 Urteile zur Interpretation der Verordnungen gefällt. Dem Gerichtshof wird wohl auch bei der Ausweitung der vollständigen Koordinierung auf Frauen, Behinderte und gleichgeschlechtliche Paare eine wichtige Rolle zukommen. Laut einer nicht datierten Notiz im Archiv des niederländischen Außenministeriums hätten sich die Dinge jedoch auch anders entwickeln können, und der EuGH hätte möglicherweise überhaupt keine Rolle gespielt. Aus dieser Notiz geht hervor, dass die Koordinierung der sozialen Sicherheit von den ursprünglichen sechs Mitgliedstaaten auf zwischenstaatlicher Ebene gedacht war und nicht innerhalb des gemeinschaftlichen Rahmenkonzepts. ⁽¹⁵⁴⁾

In der Notiz heißt es, dass der Abschluss des Europäischen Übereinkommens über Soziale Sicherheit „die Annahme weiterer Maßnahmen auf Basis des Artikels 51 (des EWG-Vertrags) wohl überflüssig machen wird“.

⁽¹⁵³⁾ Jorens, Y., und Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security (trESS)*, Europäische Kommission/Universität Gent; Roberts, S., und Sakslin, M. (2009), „Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU“, *Journal of Poverty and Social Justice*, Sonderausgabe, Ausgabe 3, Oktober 2009.

⁽¹⁵⁴⁾ Ich bin Ivo van der Steen, Leiter des Expertisecentrum Europees Recht des niederländischen Außenministeriums, zu Dank verpflichtet, der bei der Konferenz zum 50. Jubiläum der Koordinierung der sozialen Sicherheit am 7. und 8. Mai 2009 in Prag eine Anmerkung zu diesem Vortrag vorbrachte und diese Notiz entdeckt, übersetzt und interpretiert hat. Die Notiz, Referenz 33 4ms6 15, muss zwischen dem 11. April 1958 (dem Tag, an dem ein erstes Treffen zur sozialen Sicherheit, das von der Kommission der EWG organisiert wurde, in Brüssel stattfand) und dem 13. Mai 1958 (dem Datum eines Briefs vom niederländischen Minister für Soziales an den niederländischen Außenminister, in dem die Einwände aus dieser Notiz nicht mehr erwähnt werden) geschrieben worden sein.

Anscheinend erwarteten die niederländischen Unterhändler, dass der Abschluss des EWG-Vertrags dafür sorgen würde, dass das Europäische Übereinkommen über Soziale Sicherheit (vom 9. Dezember 1957) die „notwendigen“ Maßnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit für Wanderarbeitnehmer enthielte und somit die Annahme weiterer Maßnahmen auf Grundlage des Artikels 51 überflüssig würde.

In der Notiz heißt es jedoch weiter:

„Am 11. April fand in Brüssel ein Treffen zur Besprechung eines Vorschlags für eine Verordnung des Rates zur Umsetzung von Artikel 51 statt, in dem die Bestimmungen des Übereinkommens von 1957 in einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates umgewandelt worden waren. Bei dieser völlig unvorbereiteten Unterredung – die Unterlagen wurden erst vor Ort ausgeteilt – wurde die Frage, ob der Rat dazu befähigt ist, eine Verordnung auf Basis des Artikels 51 – dessen Inhalt das Übereinkommen vom 9. Dezember 1957 bildet – anzunehmen, nicht besprochen.“

Die Notiz endet folgendermaßen:

„Wie bereits erwähnt, ist die Position der niederländischen Regierung – die von den anderen Parteien bei der Vorbereitung von Artikel 51 geteilt wurde –, dass der Abschluss des Übereinkommens vom 9. Dezember 1957 weitere Maßnahmen auf Grundlage von Artikel 51 überflüssig macht. Nun wird der umgekehrte Weg gegangen. Es ist geplant, die Ratifizierung des Übereinkommens vom 9. Dezember 1957 zurückzustellen und den Inhalt in eine Verordnung des Rates auf Basis des Artikels 51 umzuwandeln. Ist diese Maßnahme für die Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer tatsächlich nötig? Über die Antwort auf diese Frage gibt es keine Zweifel ... Nur wenn die Ratifizierung des Übereinkommens zurückgestellt wird, sind Maßnahmen auf Basis des Artikels 51 notwendig. Nun wird jedoch die Situation umgekehrt und die Ratifizierung des Übereinkommens entgegen der ursprünglichen Planungen zurückgestellt, um den Schluss ziehen zu können, dass die Annahme von Maßnahmen auf Grundlage des Artikels 51 erforderlich ist.“

Durch die Einbeziehung der „notwendigen Maßnahmen“ in den Geltungsbereich des Römischen Vertrags durch eine Gemeinschaftsverordnung sorgte die Kommission dafür, dass die Koordinierungsgesetzgebung in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft selbst und, als Verordnung des

Rates, auch in den des EuGH fiel. Wären die in der Notiz zum Ausdruck gebrachten Ansichten umgesetzt worden, wäre die Geschichte der Koordinierung möglicherweise eine viel westfälischere – und weit weniger dynamische – Angelegenheit geworden.

DIE ROLLE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS IN DER ENTWICKLUNG DES SOZIALVERSICHERUNGSRECHTS VON PERSONEN, DIE SICH INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION BEWEGEN

Sean Van Raepenbusch ⁽¹⁵⁵⁾

Richter am Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union und Professor am Institut d'Études Européennes (ULB)

Sean Van Raepenbusch ist Doktor der Rechtswissenschaften. Er war als Beamter der Europäischen Kommission in der Generaldirektion für soziale Angelegenheiten sowie im Juristischen Dienst tätig. An verschiedenen Universitäten in Belgien war Sean Van Raepenbusch als Dozent für europäisches Sozialrecht beschäftigt.

Seit 1994 arbeitet er am Gerichtshof, wo er seit 2005 Richter am Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union ist.

Sean Van Raepenbusch hat zahlreiche Veröffentlichungen herausgebracht, vor allem zum europäischen Sozialrecht. Ein Beispiel: Raepenbusch, S. Van, „Tendances récentes (1998-2003) de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes“, *Journal des Tribunaux du Travail*, 2003, 277-284 und 293-308. (*)



Der wesentliche Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zum Aufbau des sozialen Europas muss nicht nachgewiesen werden: Er wird deutlich sichtbar bei der Lektüre zahlreicher Urteile, in denen der Gemeinschaftsrichter bestrebt war, die Texte im Einklang mit der Idee der sozialen Gerechtigkeit und den Forderungen der europäischen Integration auf der Ebene der Völker auszulegen, so wie sich diese aus den allgemeinen Zielen des EG-Vertrags ableiten lassen. Diese Urteile zeugen teilweise auch von der schwierigen Abwägung, die der Richter zwischen den wirtschaftlichen Zwängen des Binnenmarktes und dem freien Wettbewerb einerseits und den sozialen Zielen des Vertrags andererseits treffen muss, und dies unter Berücksichtigung der Befugnisse der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und der Festlegung des Umfangs der Pflicht zur nationalen Solidarität.

⁽¹⁵⁵⁾ Richter am Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union und Professor am Institut d'Études Européennes (ULB). Die in dieser Studie zum Ausdruck gebrachten Ansichten stellen die persönliche Meinung des Verfassers dar.

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Französischen übersetzt.

Diesbezüglich bietet das Gemeinschaftsrecht „auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer“ ⁽¹⁵⁶⁾, um eine herkömmliche Formulierung zu übernehmen, die jedoch in Bezug auf ihre wahre Tragweite verkürzend ist, einen hervorragenden Bereich der richterlichen Auslegung, sowohl aufgrund der Komplexität, ja der Esoterik der anwendbaren Texte, die ständig weiterentwickelt werden, als auch aufgrund des fundamentalen Ziels, dessen Verwirklichung durch diese Regelung angestrebt wird, nämlich der Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union, und der diese tragenden Grundsätze, nämlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Recht auf Zugang zu Sozialleistungen und Sozialdiensten und auch der Prävention im Bereich der Gesundheit.

⁽¹⁵⁶⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern und die dazugehörige Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 in ihrer mehrfach geänderten Fassung, wie aktualisiert durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABl. L 28 vom 30.1.1997, S. 1), ebenfalls in der mehrfach geänderten Fassung, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 592/2008 [was die Anhänge der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 betrifft] und die Verordnung (EG) Nr. 120/2009 [was die Anhänge der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 betrifft].

Einige Zahlen gestatten es, das Ausmaß des Dialoges zu ermessen, der sich im Laufe der Jahre zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten hinsichtlich der Auslegung der Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 574/72 (und zuvor der Verordnungen Nr. 3 und Nr. 4) entwickelt hat: Von den insgesamt 5055 Urteilen des Gerichtshofs, die bis zum 31. März 2009 im Vorlageverfahren ergangen sind, betreffen 509 Urteile die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern, also nahezu eines von zehn Urteilen. Der Anteil lag bis zum 1. Januar 1980 sogar im Bereich von einem Fünftel (122 Vorlageurteile von insgesamt 599), vor der beträchtlichen Erweiterung des Zuständigkeitsbereichs der Gemeinschaft nach Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte und insbesondere des Vertrags von Maastricht.

Kurz vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit⁽¹⁵⁷⁾ (im Anschluss an die bevorstehende Verabschiedung der Durchführungsverordnung) ist der Versuch nicht unnützlich, die kostbarsten Lehren der Rechtsprechung des EuGH in diesen letzten Jahrzehnten herauszuschälen, sowohl was den Anwendungsbereich (sachlich und persönlich) der Regelung und ihre Beziehungen mit den bilateralen internationalen Übereinkommen (I) als auch die Leitsätze der Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme auf EU-Ebene⁽¹⁵⁸⁾ (II) anbetrifft. Wir erheben natürlich nicht den Anspruch einer erschöpfenden Darstellung, sondern wir möchten den Einfluss der Auslegung der Texte im Licht der Ziele des Vertrags auf die Stärkung des sozialen Schutzes von Personen veranschaulichen, die ihr Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union ausgeübt haben.

⁽¹⁵⁷⁾ ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1.

⁽¹⁵⁸⁾ Dies sind nämlich die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Einheit des anwendbaren Rechts (als generelle Regel gilt das „*lex loci laboris*“), der Wahrung erworbener Ansprüche (durch den „Export“ von Leistungen), der Wahrung von Anwartschaften (durch die Techniken der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten oder Wohnzeiten und die Zeitenverhältnisregelung der Leistungen) und schließlich der loyalen Zusammenarbeit.

I. DER ANWENDUNGSBEREICH DES GEMEINSCHAFTSRECHTS

A. Der Begriff der Leistung der sozialen Sicherheit

Der Gerichtshof hat stets eine extensive Auslegung des Begriffs der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vertreten, um möglichst günstige Bedingungen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu verbinden. Dies entspricht im Übrigen dem evolutiven, ja sogar „attraktiven“ Inhalt der sozialen Sicherheit, wie dies der Generalanwalt Mayras⁽¹⁵⁹⁾ zum Ausdruck gebracht hat, die sich über rein kurative Maßnahmen nach Eintreten eines sozialen Risikos hinaus die Funktion der Prävention von Risiken und darüber hinaus die Verbesserung des Lebensstandards, die Verbesserung der Lebensqualität und sogar die Förderung einer bestimmten Beschäftigungspolitik zu eigen gemacht hat.

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Leistung dann eine Leistung der sozialen Sicherheit, wenn 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 Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht (vgl. u. a. die Urteile vom 27. März 1985 in der Rechtssache 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973, Randnrn. 12-14; vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-78/91, Hughes, Slg. 1992, I-4839, Randnr. 15; vom 18. Januar 2007 in der Rechtssache C-332/05, Celozzi, Slg. 2007, I-563, Randnr. 17; vom 1. April 2008 in der Rechtssache C-212/06, Gouvernement de la Communauté Française et Gouvernement Wallon, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 17; und vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-228/07,

⁽¹⁵⁹⁾ Dieser Ausdruck ist der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bezug auf den Begriff „*travail public*“ (Bau- und Erschließungsmaßnahmen) entlehnt. Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Mayras in der Rechtssache 1/72, Frilli (Urteil vom 22. Juni 1972, Slg. 1972, 457).

Petersen, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 19).

Die folgenden Leistungen werden somit als Leistungen der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung betrachtet:

- Sachleistungen bei Pflegebedürftigkeit („häusliche Pflege“), die auf eine Verbesserung des Gesundheitszustands und der Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen abzielen, welche der Gerichtshof als Leistungen bei Krankheit betrachtet (Urteile vom 5. März 1998 in der Rechtssache C-160/96, Molenaar, Slg. 1998, I-843, und vom 8. März 2001 in der Rechtssache C-215/99, Jauch, Slg. 2001, I-1901);
- Vorschüsse auf den Unterhalt, die auf einen Ausgleich des Schadens abzielen, der sich daraus ergibt, dass der andere Elternteil keinen Unterhalt zahlt, welche der Gerichtshof als Familienleistungen betrachtet (Urteile vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-85/99, Offermanns, Slg. 2001, I-2261, und vom 20. Januar 2005 in der Rechtssache C-302/02, Laurin Effing, Slg. 2005, I-553). Folglich haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, wie dies Artikel 3 der genannten Verordnung vorsieht (im vorliegenden Fall hatten die Kinder geschiedener Eltern deutscher Staatsangehörigkeit mit Wohnsitz in Österreich aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Vaters die Gewährung eines Unterhaltsvorschlusses beantragt, und die Gewährung eines solchen Vorschlusses wurde ihnen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit verweigert) ⁽¹⁶⁰⁾;
- Urlaubsgeld für Empfänger einer Altersrente (Urteil vom 20. Januar 2005 in der Rechtssache C-101/04, Noteboom, Slg. 2005, I-771);
- Leistungen zugunsten von Arbeitnehmern, die Asbest ausgesetzt waren, die zum Zweig „Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten“ gehören (Urteil vom 9. November 2006 in der Rechtssache C-205/05, Nemeč, Slg. 2006, I-10745);
- Vorschuss an arbeitslose Antragsteller einer Erwerbsunfähigkeitsrente, über deren Antrag noch nicht endgültig entschieden ist, wobei ein solcher Vorschuss dem Zweig „Arbeitslosigkeit“ angehört (Urteil in der vorgenannten Rechtssache Petersen);
- schließlich ganz allgemein beitragsunabhängige Mischleistungen, Grenzleistungen, die aus der in den nationalen Rechtsordnungen zum Ausdruck kommenden voranschreitenden Integration der Unterstützung im Bereich der sozialen Sicherheit hervorgehen ⁽¹⁶¹⁾ und im Hinblick auf die der EuGH Abgrenzungskriterien für die gemeinschaftliche Regelung fixiert hat, ohne die eine nahezu unbegrenzte Erweiterung der sozialen Sicherheit im Sinne des Gemeinschaftsrechts zulässig gewesen wäre. Diese letztere Rechtsprechung brachte den Rat dazu, besondere Koordinationsregeln betreffend diese Kategorie von Dienstleistungen ⁽¹⁶²⁾ in die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufzunehmen, die, sofern sie in Anhang II A dieser Verordnung enthalten sind, künftig ausschließlich in dem Wohnmitgliedstaat gemäß dessen Rechtsvorschriften gewährt werden, ohne die Möglichkeit, sie zu exportieren, und unter Berücksichtigung, soweit erforderlich, der Gesamtheit der in irgendeinem anderen Mitgliedstaat erbrachten Beschäftigungszeiten,

⁽¹⁶⁰⁾ Es sei angemerkt, dass in Artikel 1 Buchstabe z der Verordnung (EWG) Nr. 883/2004 aus dem Begriff der Familienleistung im Sinne dieser Verordnung Unterhaltsvorschlüsse ausdrücklich ausgeschlossen werden.

⁽¹⁶¹⁾ Beispielsweise Beihilfen für Behinderte (Urteile vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 63/76, Inzirillo, Slg. 1976, 2057; vom 13. November 1974 in der Rechtssache 39/74, Costa, Slg. 1974, 1251; vom 20. Juni 1991 in der Rechtssache C-356/89, Stanton Newton, Slg. 1991, I-3017), Altersrentenleistungen (Urteile vom 22. Juni 1972 in der Rechtssache 1/72, Frilli, Slg. 1972, 457; vom 9. Oktober 1974 in der Rechtssache 24/74, BIASON, Slg. 1974, 999; vom 5. Mai 1983 in der Rechtssache 139/82, Piscitello, Slg. 1983, 1427), bestimmte Vorteile, die gewissen Arbeitslosen gewährt werden (Urteil vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-66/92, Acciardi, Slg. 1993, I-4567), Mutterschaftsgeld (Urteil vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91, Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-840).

⁽¹⁶²⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 vom 30. April 1992 (ABl. L 136 vom 19.5.1992, S. 1).

Zeiten selbständiger Erwerbstätigkeit oder Wohnzeiten (Artikel 10a) ⁽¹⁶³⁾.

B. „Arbeitnehmer“: ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff

Gemäß einer älteren Rechtsprechung, eingeleitet durch das Urteil in der Rechtssache Unger ⁽¹⁶⁴⁾, fällt der Begriff des Arbeitnehmers nicht in das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten, sondern in das Gemeinschaftsrecht und erfordert unter Berücksichtigung des Ziels von Artikel 42 EG auch eine weite Auslegung.

So vertrat der Gerichtshof sehr schnell die Auffassung, dass es nicht in Einklang mit dem Geist des Gemeinschaftsrechts stünde, den Begriff des Arbeitnehmers ausschließlich auf Wanderarbeitnehmer im engen Sinn zu begrenzen, die zur Ausübung ihrer Beschäftigung zu- oder abwandern, sondern dass dieser auch allgemein alle Personen umfassen sollte, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, unabhängig vom Grund des Wechsels ihres Wohnsitzes ⁽¹⁶⁵⁾, oder auch Personen, die sich in einer der durch die Verordnung vorgesehenen internationalen Situation befinden. Durch das Fehlen jeder Verknüpfung mit einer „echten Migration“ wurde die Unterscheidung zwischen Wanderarbeitnehmern und sesshaften Arbeitnehmern verwischt, und der persönliche Bereich floss in den strengen Rahmen der Artikel 48 bis 51 des Vertrags (nunmehr Artikel

39 bis 42 EG) hinsichtlich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ein.

In Wirklichkeit wird der persönliche Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unabhängig von der durch das innerstaatliche Arbeitsrecht gegebenen Qualifikation oder den Motiven für den Wechsel von einem Mitgliedstaat in einen anderen durch ein Kriterium der sozialen Sicherheit bestimmt, das im Hinblick auf die anwendbare Gesetzgebung gewürdigt wird. Dies ist im Übrigen eines der Paradoxa der Ermittlung des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung: Obgleich diese auf dem Vorhandensein eines echt gemeinschaftlichen Begriffes beruht, müssen dennoch die anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts geprüft werden.

In der vorgenannten Rechtssache 75/63, Unger, urteilte der Gerichtshof, dass unter den Begriff „Arbeitnehmer oder ihnen Gleichgestellte“ im Sinne von Artikel 4 der Verordnung Nr. 3 alle Personen fallen, die als solche und unter welcher Eigenschaft auch immer durch die verschiedenen nationalen Systeme der sozialen Sicherheit abgedeckt sind“ ⁽¹⁶⁶⁾. Mit anderen Worten: Es ist die Anbindung an ein System der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer, durch das der Unionsbürger in der Verordnung Nr. 3 „verankert“ wird.

Die Rechtsprechung Unger, die weit über die Ziele der Verfasser der Verordnung Nr. 3 hinausging (in Bezug auf die Ausweitung des Kreises der geschützten Personen auf praktisch alle Versicherten der Sozialversicherungssysteme für Arbeitnehmer der Gemeinschaft, ohne dass eine Verknüpfung mit der Migration gegeben sein muss), wurde durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 kodifiziert, in der in Artikel 1 Buchstabe a Arbeitnehmer oder Selbständige allein durch Bezugnahme auf das Sozialversicherungssystem definiert werden, durch das sie abgedeckt sind. Diesbezüglich hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der sozialen Sicherheit bereits nahezu 30 Jahre im Voraus die Einführung

⁽¹⁶³⁾ Diese Ausnahme vom Grundsatz der Exportierbarkeit von Leistungen der sozialen Sicherheit ist restriktiv anzuwenden. Sie kann nur auf Leistungen angewendet werden, die den in Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festgelegten Bedingungen entsprechen, nämlich beitragsunabhängigen Sonderleistungen. Dies hat zu einer neuen Rechtsprechung hinsichtlich der Einschätzung des tatsächlich besonderen und beitragsunabhängigen Charakters bestimmter Leistungen geführt, die in Anhang IIa aufgeführt sind (siehe Urteile vom 5. März 1998 in der Rechtssache C-160/96, Molenaar, Slg. 1998, I-843, hinsichtlich österreichischer Leistungen bei Pflegebedürftigkeit, und vom 31. Mai 2001 in der Rechtssache C-43/99, Leclere/Deaconescu, Slg. 2001, I-4265, hinsichtlich des luxemburgischen Mutterschaftsgelds, die nach Ansicht des Gerichtshofs zu Unrecht in Anhang IIa aufgeführt sind). Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wurde 2005 abgeändert [Verordnung (EG) Nr. 647/2005, ABl. L 117 vom 4.5.2005, S. 1], um „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ genauer zu definieren.

⁽¹⁶⁴⁾ Urteil vom 19. März 1964 in der Rechtssache 75/63, Slg. 1964, 381.

⁽¹⁶⁵⁾ Urteil in der vorgenannten Rechtssache Unger, 400, und Urteil vom 11. März 1965 in der Rechtssache 31/64, Bertholet, Slg. 1965, 112, 120.

⁽¹⁶⁶⁾ Siehe auch Urteile vom 19. Dezember 1968 in der Rechtssache 19/68, De Cicco, Slg. 1968, 708, insbes. 718, und vom 27. Oktober 1971 in der Rechtssache 23/71, Janssen, Slg. 1971, 859, Randnr. 7.

der Unionsbürgerschaft und die damit verbundenen Rechte erahnen lassen, von denen im Folgenden die Rede sein wird.

C. Die Implikationen der Unionsbürgerschaft

Wir wissen, dass das Recht auf Freizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit in sämtlichen Mitgliedstaaten seit Inkrafttreten des Maastricht-Vertrags den Unionsbürgern von Artikel 18 EG zuerkannt werden, und zwar unabhängig von jeglicher wirtschaftlichen Betätigung („vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“) ⁽¹⁶⁷⁾. Diese wichtige Reform hatte natürlich Auswirkungen auf die Auslegung von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wie das Urteil vom 23. November 2000 in der Rechtssache C-135/99 (Elsen, Slg. 2000, I-10409) zeigt. ⁽¹⁶⁸⁾

Im vorliegenden Fall war Frau Ursula Elsen, eine 1951 geborene deutsche Staatsbürgerin, seit 1981 in Frankreich ansässig und bis März 1985 in Deutschland als Grenzgängerin tätig. Ihre Tätigkeit unterlag der Pflichtversicherung und wurde zwischen Juli 1984 und Februar 1985 aufgrund des Erziehungsurteils im Anschluss an die Geburt ihres Sohnes unterbrochen. Seitdem ging Frau Elsen keiner versicherungspflichtigen Tätigkeit mehr nach, weder in Deutschland noch in Frankreich.

Der Antrag auf die Anrechnung von Erziehungszeiten wurde vom zuständigen deutschen Versiche-

rungsträger mit der Begründung abgelehnt, dass die Erziehung des Kindes im Ausland stattfand.

Frau Elsen hatte niemals woanders als in Deutschland, ihrem Herkunftsland, gearbeitet, wenngleich sie ihren Wohnsitz in Frankreich hatte und eine bestimmte Zeit lang als Grenzgängerin in Deutschland tätig war, bevor sie jegliche Berufstätigkeit bei Geburt ihres Kindes aufgab, um sich dessen Erziehung zu widmen.

Daran soll es nicht liegen! Der EuGH bezog sich zugleich auf die vormaligen Artikel 8 A, 48 und 51 des Vertrags (nunmehr Artikel 18, 39 und 42 EG), um festzustellen, dass diese Artikel „den Versicherungsträger eines Mitgliedstaats verpflichten, zum Zweck der Gewährung einer Altersrente die Erziehungszeiten zu berücksichtigen, die in einem anderen Mitgliedstaat geleistet wurden, so als wären diese Erziehungszeiten im nationalen Hoheitsgebiet geleistet worden, und zwar durch eine Person, die bei Geburt ihres Kindes als Grenzgängerin tätig war, die im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats beschäftigt und im Hoheitsgebiet des zweiten Mitgliedstaats ansässig war“.

Der EuGH kam zu diesem Schluss, nachdem er festgestellt hatte, dass die deutsche Gesetzgebung tatsächlich auf die Situation eines Arbeitnehmers anwendbar war, der jede Erwerbstätigkeit in Deutschland aufgegeben hatte und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ansässig war, was die Berücksichtigung der Erziehungszeiten für ein Kind anbelangt, das zur Welt kam, als die Mutter noch als Grenzgängerin in Deutschland arbeitete. Dieser letzte Umstand „erlaubt es“, so der EuGH, „eine enge Verbindung zwischen den fraglichen Erziehungszeiten und den in Deutschland geleisteten Versicherungszeiträumen zu schaffen, und zwar aufgrund der Ausübung einer Berufstätigkeit in diesem Staat. Denn es geschah aufgrund dieser geleisteten Versicherungszeiträume, dass Frau Elsen bei dem deutschen Versicherungsträger die Berücksichtigung der anschließenden Erziehungszeiten beantragt hat“ (Randnr. 26).

⁽¹⁶⁷⁾ Gemeint sind hier Einschränkungen, die in der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77; Berichtigung: ABl. L 229 vom 29.6.2004, S. 35), enthalten sind, welche die Einschränkungen der drei früheren Richtlinien [das Aufenthaltsrecht von Rentnern, Nicht-Erwerbstätigen und Studenten (Richtlinien 90/364/EWG und 90/365/EWG, ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 26 und 28, und 93/96/EWG, ABl. L 317 vom 18.12.1993, S. 59)] wieder aufnehmen. Diese Richtlinien ordnen das Aufenthaltsrecht der Voraussetzung unter, dass der Betroffene über die Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts verfügen muss, so dass die Nutznießer des Aufenthaltsrechts nicht zu einer „unvernünftigen“ Belastung für die öffentlichen Finanzen werden.

⁽¹⁶⁸⁾ Siehe unsere Studie „Le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 et la citoyenneté européenne: du travailleur migrant au citoyen européen“, *Journal des Tribunaux du travail*, 1997, S. 1.

Nachdem der EuGH die Anwendbarkeit der deutschen Gesetzgebung bestätigt hatte, urteilte er, dass die nationalen Bestimmungen, die in diesem Fall die Anrechnung der in einem anderen Mitgliedstaat geleisteten Erziehungszeiten verhinderten, eine Benachteiligung der „Staatsbürger der Gemeinschaft darstellte, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit in den Mitgliedstaaten kraft Artikel 8 A des EG-Vertrags Gebrauch machten“ (Randnr. 34). Und er „fügt hinzu, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die auf der Grundlage von Artikel 51 des Vertrags (nach der Änderung Artikel 42 EG) angenommen worden war, mehrere Bestimmungen enthält, die Sozialversicherungsleistungen zulasten des zuständigen Staats garantieren, selbst wenn der Versicherte, der ausschließlich in seinem Herkunftsland gearbeitet hat, in einem anderen Mitgliedstaat wohnhaft ist oder seinen Wohnsitz dorthin verlegt. Diese Bestimmungen tragen mit Sicherheit dazu bei, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer kraft Artikel 48 des Vertrags (nunmehr Artikel 39 EG) garantiert wird, aber kraft Artikel 8 A des Vertrags auch die der Bürger der Union innerhalb der Gemeinschaft“ (Randnr. 35).

Damit wird offensichtlich, dass die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 574/72 unter dem Einfluss des EuGH auch zu Instrumenten geworden sind, die darauf abzielen, das Recht auf Freizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit der Unionsbürger unabhängig von jeglicher wirtschaftlichen Betätigung zu garantieren.

D. Die Beziehungen zwischen der gemeinschaftlichen Regelung und den bilateralen Sozialversicherungsabkommen

Konflikte zwischen den Verordnungen und Abkommen über soziale Sicherheit zwischen den Mitgliedstaaten

Prinzipiell gilt im Einklang mit Artikel 6 von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, dass diese an die Stelle der Abkommen zur Sozialversicherung tritt, die im Vor-

feld abgeschlossen wurden, und zwar ausschließlich zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten (Buchstabe a), beziehungsweise an die Stelle derer, die zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten und einem oder mehreren Drittstaaten geschlossen wurde, vorausgesetzt, es handelt sich in dieser letzten Hypothese um einen Fall, in dessen Regelung kein Versicherungsträger aus einem der Drittstaaten zum Eingreifen aufgefordert ist (Buchstabe b) ⁽¹⁶⁹⁾.

Dennoch blieben gemäß Artikel 7 der Verordnung eine Reihe von internationalen Instrumenten in Kraft und können so weiterhin ihre Wirkung voll entfalten, was sämtliche von ihnen betroffenen Situationen anbelangt ⁽¹⁷⁰⁾.

Außerhalb dieser Fälle könnte das Fortbestehen eines Abkommens zwischen Mitgliedstaaten als eine Nichterfüllung der Loyalitätspflicht von Artikel 10 EG betrachtet werden ⁽¹⁷¹⁾.

Bis zum Urteil Rönfeldt ⁽¹⁷²⁾ galt in Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen, dass die einfache Tatsache, dass ein Sozialversicherungsabkommen für einen Wanderarbeitnehmer günstiger ist als die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, nicht ausreicht, um eine Ausnahme von der Vorrangstellung dieser Verordnung zu rechtfertigen. Allerdings ist dazu notwendig, dass die betreffenden Bestimmungen des Abkommens in Anhang III aufgeführt sind (vgl. Artikel 7).

In der Rechtssache 82/72, Walder ⁽¹⁷³⁾, hatte der EuGH bezüglich der Artikel 5 und 6 von Verordnung Nr. 3, die ähnliche Bestimmungen wie die Artikel 6 und 7 von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 enthalten,

⁽¹⁶⁹⁾ Im gleichen Sinne substituiert die Durchführungsverordnung gemäß ihrem Artikel 5 die Absprachen bezüglich der Anwendung der Abkommen, die in Artikel 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vorgesehen sind.

⁽¹⁷⁰⁾ Artikel 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 sieht ebenfalls vor, dass die Anwendungsbestimmungen mehrerer bilateraler Abkommen in Kraft bleiben, die in Anhang 5 eben dieser Verordnung vorgesehen sind.

⁽¹⁷¹⁾ Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 235/87, Matteucci, Slg. 1988, Randnr. 19.

⁽¹⁷²⁾ Urteil vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-227/89, Slg. 1991, I-323.

⁽¹⁷³⁾ Urteil vom 7. Juni 1973, Slg. 1973, 599.

entschieden, dass „diese Bestimmungen klar zeigen, dass der Grundsatz der Substitution der Bestimmungen der zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen durch die Verordnung Nr. 3 eine imperative Tragweite hat, die Ausnahmen nur in den Fällen zulässt, die ausdrücklich in der Verordnung vorgesehen sind“.

Auf den ersten Blick scheint das Urteil Rönfeldt diese Analyse zunichtegemacht zu haben, indem es den Grundsatz aufgreift, den der EuGH im Urteil Petroni⁽¹⁷⁴⁾ angewandt hat: Wenn Artikel 51 des Vertrags den Rat ermächtigt und verpflichtet, Wanderarbeitnehmern Rechte zuzugestehen, erlaubt er ihm aber nicht, solange verschiedene Sozialversicherungssysteme bestehen, das Recht so zu gestalten, dass die Arbeitnehmer ihrer Rechte beraubt werden, die ihnen das nationale Gesetz zuerkennt. Dass in der Rechtssache Rönfeldt der Grundsatz der Unantastbarkeit der erworbenen Ansprüche auf der alleinigen Grundlage der nationalen Gesetzgebung eines Mitgliedstaats unabhängig vom Gemeinschaftsrecht angewandt wurde, setzte voraus, dass der EuGH die allein durch das nationale Recht erworbenen Ansprüche mit den Ansprüchen gleichsetzte, die durch ein internationales Abkommen gewährt werden, das in dieses nationale Recht integriert wird.

Das Urteil Rönfeldt rief in Fachkreisen eine gewisse Unruhe hervor. Mancher mag bedauert haben, dass der EuGH in dieser Sache von der einfachen, fast automatischen und imperativen Regel der *Substitutionswirkung* abgewichen war, sprich der Substitution der Sozialversicherungsabkommen durch das Gemeinschaftsrecht, und zwar zugunsten einer Überlegung, die als etwas riskant eingestuft wurde⁽¹⁷⁵⁾.

Das Urteil vom 9. November 1995 in der Rechtssache C-475/93 (Thévenon, Slg. 1995, I-3813) gab dem EuGH, der für diese Argumente sicherlich nicht völlig

unempfänglich war, die Möglichkeit, die Konsequenzen des Urteils Rönfeldt strikt zu begrenzen, indem eine Unterscheidung eingeführt wurde, wonach der Wanderarbeitnehmer von seinem Recht auf Freizügigkeit vor beziehungsweise nach dem Inkrafttreten von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Gebrauch machte: Diese Rechtsprechung würde nur für die erste Hypothese Anwendung finden.

In der Sache Rönfeldt musste der EuGH einen Konflikt zwischen einem deutsch-dänischen Sozialversicherungsabkommen aus dem Jahr 1953 und einigen Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regeln. Es ging dabei um die Auszahlung von Rentenansprüchen an einen deutschen Staatsbürger, der vor dem EG-Beitritt Dänemarks Versicherungszeiträume in Deutschland und Dänemark geleistet hatte. Durch das Leisten dieser Versicherungszeiträume konnte der Betroffene begründete Hoffnungen im Hinblick darauf hegen, wie bei seinem Rentenantritt die Bestimmungen des deutsch-dänischen Sozialversicherungsabkommens ausgelegt würden, da ja das Gemeinschaftsrecht nicht für die Beziehungen zwischen Deutschland und Dänemark galt.

Der EuGH räumte daher zugunsten von Herrn Rönfeldt vorübergehend ein, dass die günstigeren Vertragsbestimmungen, die zum Zeitpunkt des Ableistens der Versicherungszeiträume galten, vor denen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vorrangig waren.

Die Hintergründe der Sache Thévenon – die ebenfalls die Liquidation von Rentenansprüchen in Zusammenhang mit einem bilateralen Abkommen zwischen Mitgliedstaaten betrifft, und zwar vor Inkrafttreten der gemeinschaftlichen Regelungen sowie mit günstigeren Bedingungen für den Betroffenen – waren ganz anderer Art: Sämtliche von Herrn Thévenon in Frankreich und Deutschland geleisteten Versicherungszeiträume wurden nach dem Inkrafttreten von Verordnung Nr. 3 geleistet. Unter diesen Umständen fand die Regel der Substitution des französisch-deutschen Sozialversicherungsabkommens aus dem Jahr 1950 durch das Gemeinschaftsrecht eine umfassende Anwendung, auch

⁽¹⁷⁴⁾ Urteil vom 21. Oktober 1975 in der Rechtssache 24/75, Slg. 1978, 1149.

⁽¹⁷⁵⁾ Siehe unsere Studie „Les rapports entre le règlement (CEE) n° 1408/71 et les conventions internationales dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l'intérieur de la Communauté“, *Cahiers de droit européen*, 1991, S. 449.

wenn das Abkommen günstiger für die Arbeitnehmer gewesen wäre (Lösung des Urteils Walder).

Das Urteil vom 5. Februar 2002 in der Rechtssache C-277/99 (Kaske, Slg. 2002, I-1261) ist ein neuer Fall, in dem das Urteil Rönfeldt angewandt wird: Ein österreichischer Staatsbürger erhält die Möglichkeit, sich auf ein günstigeres Arbeitslosenversicherungsabkommen zwischen Deutschland und Österreich zu berufen. Letzteres tritt an die Stelle der Bestimmungen von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71⁽¹⁷⁶⁾, die die Konsequenz hatten, dass der vorgebrachte Anspruch auf die österreichische Arbeitslosenunterstützung abgewiesen wurde. Wenngleich die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 normalerweise an die Stelle der bilateralen Abkommen tritt, kann man sich in der Tat auf die letzteren berufen, sofern sie günstiger sind und Zeiträume vor dem Beitritt betreffen. Der EuGH merkte an, dass die im Urteil Rönfeldt herausgearbeiteten Grundsätze „das einzige Ziel verfolgten, einen in sozialen Belangen erworbenen Anspruch zu verewigen, der zu dem Datum, an dem der sich darauf berufende Staatsbürger eines Mitgliedstaats daraus einen Nutzen ziehen konnte, im Rahmen des Gemeinschaftsrechts nicht geregelt war. Dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Herkunftsstaat eines Staatsbürgers zu dem Datum anwendbar wurde, an dem dieser Staat der Europäischen Gemeinschaft beiträt, hat keine Auswirkungen auf seinen erworbenen Anspruch, von einer bilateralen Reglementierung profitieren zu können, die als einzige auf ihn anzuwenden war, als er vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machte (...). Eine derartige Lösung beruht auf der Vorstellung, dass der Betroffene im Recht war, legitimerweise auf die Tatsache zu vertrauen, von den Bestimmungen des bilateralen Abkommens profitieren zu können“ (Randnr. 27)⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Die Artikel 3, 6, 67 und 71 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽¹⁷⁷⁾ Siehe in diesem Sinne auch das Urteil vom 18. Dezember 2007 in den verbundenen Rechtssachen C-396/05, C-419/05 und C-450/05, Habelt u. a., Slg. 2007, I-11895, bezüglich der Anwendung im Hinblick auf die Liquidation von Rentenansprüchen eines deutsch-österreichischen Abkommens von 1966 auf einen deutschen Staatsbürger, der sich vor Inkrafttreten der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Österreich (im Rahmen des Europäischen Wirtschaftsraums) in diesem Land niederließ, um dort zu leben und zu arbeiten.

Bilaterale Sozialversicherungsabkommen und Gleichbehandlung

Eine weitere interessante Entwicklung in Zusammenhang mit den Beziehungen zwischen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und den bilateralen Sozialversicherungsabkommen ist mit den Implikationen des Gleichbehandlungsgrundsatzes verbunden.

Der EuGH hat das Urteil, das er bezüglich der Abkommen zur Doppelbesteuerung ausgesprochen hatte (siehe Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-307/97, Saint-Gobain ZN, Slg. 1999, I-6161, Randnrn. 57-59), auf den Bereich der Sozialversicherung ausgedehnt. So ergibt sich aus dem wichtigen Urteil vom 25. Januar 2002 in der Rechtssache C-55/00 (Gottardo, Slg. 2002, I-413), „dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Vereinbarungen, die sie aufgrund von internationalen Abkommen eingegangen sind, unabhängig davon, ob es sich um ein Abkommen zwischen Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und einem oder mehreren Drittstaaten handelt, vorbehaltlich des Artikels 307 EG ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht beachten müssen. Dass die Drittstaaten ihrerseits keine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zu beachten haben, ist insoweit unerheblich“ (Randnr. 33).

Ebenfalls gilt, „dass wenn ein Mitgliedstaat ein bilaterales Abkommen über die soziale Sicherheit mit einem Drittstaat abschließt, das die Berücksichtigung der in diesem Drittstaat zurückgelegten Versicherungszeiten für den Erwerb des Anspruchs auf Leistungen bei Alter vorsieht, der fundamentale Grundsatz der Gleichbehandlung diesen Mitgliedstaat zwingt, den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten die gleichen Vorteile zu gewähren, die auch seinen eigenen Staatsangehörigen aufgrund dieses Abkommens zustehen, es sei denn, dass er eine objektive Rechtfertigung für seine Weigerung vorbringen kann“ (Randnr. 34).

Diesbezüglich vertrat der EuGH die Ansicht, dass die „Gefährdung des Gleichgewichts und der Gegenseitigkeit eines bilateralen Abkommens zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat zwar eine objektive Rechtfertigung für die Weigerung des an diesem

Abkommen beteiligten Mitgliedstaats darstellen kann, die Vorteile, die seine eigenen Staatsangehörigen aus diesem Abkommen ziehen, auf die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten zu erstrecken (in diesem Sinne Urteil Saint-Gobain ZN, Randnr. 60)“ (Randnr. 36).

Die italienische Regierung (die mit der Schweizer Eidgenossenschaft ein Abkommen abgeschlossen hatte, das die Berücksichtigung der in der Schweiz geleisteten Versicherungszeiträume zum Zweck der Anerkennung der Altersrentenansprüche durch die italienischen Behörden vorsah) hatte dagegen nicht festgelegt, dass die Verpflichtungen, die ihr vom Gemeinschaftsrecht auferlegt wurden, die Verpflichtungen infrage stellen würden, die Italien mit der Eidgenossenschaft eingegangen war. Denn der etwaige Anstieg der finanziellen Belastung für Italien und die administrativen Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit den zuständigen Schweizer Behörden sind keine Rechtfertigung für die Nichteinhaltung der Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag ergeben.

Demzufolge oblag es den italienischen Behörden, zum Zweck des Erwerbs der Altersrentenansprüche die Versicherungszeiträume anzuerkennen, die ein französischer Staatsbürger in der Schweiz geleistet hatte, während bei Vorliegen der gleichen Beitragsleistung die genannten Behörden die Berücksichtigung der von den eigenen Staatsbürgern geleisteten Versicherungszeiträume anerkannten, und zwar in Anwendung des internationalen bilateralen Abkommens.

Diese Rechtsprechung hat eine Minderung der Auswirkungen des *Reziprozitätsgrundsatzes* zur Folge, der die Festlegung von Vertragsbeziehungen lenkt, um den fundamentalen Grundsatz der Gleichbehandlung in der gemeinschaftlichen Rechtsordnung voll umzusetzen⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ Die Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer hat Konsequenzen aus dieser Rechtsprechung gezogen und am 18. Juni 2003 die Empfehlung Nr. 22 betreffend das Urteil Gottardo verabschiedet, wonach die Vorteile aus einem für die inländischen Arbeitnehmer vorgesehenen bilateralen Abkommen über soziale Sicherheit zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat den Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten gewährt werden müssen (ABl. L 326 vom 13.12.2003, S. 35). In Punkt 2 dieser Empfehlung wird festgelegt, dass die neuen bilateralen Abkommen über soziale Sicherheit eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß der Auslegung im Urteil Gottardo enthalten müssen.

II. DIE LEITSÄTZE DER GEMEINSCHAFTLICHEN KOORDINIERUNG

A. Gleichbehandlung

Der EuGH hat seine Rechtsprechung bezüglich der Gleichbehandlung zugunsten der Unionsbürger natürlich Zug um Zug aufgebaut, abhängig von den ihm vorgelegten Rechtsstreitigkeiten und mittels einer dynamischen Auslegung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Drei wichtige Grundzüge der Rechtsprechung des EuGH in dieser Hinsicht verdienen es, hervorgehoben zu werden.

Assimilierung der Fakten und Grundsatz der Gleichwertigkeit

Einer der auffälligsten Begriffe der Gleichbehandlung im Zusammenhang mit der Ausübung der Freizügigkeit ist die *Assimilierung von Fakten oder Ereignissen*, die in einem anderen Mitgliedstaat vorgefallen sind, mit Fakten oder Ereignissen, die im Hoheitsgebiet des Empfangsstaats hätten vorgefallen müssen, damit bestimmte Rechte oder Vorteile gemäß dem anwendbaren nationalen Recht anerkannt werden können⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Diese Argumentation ist nicht allzu weit entfernt von der des EuGH in seinem berühmten Urteil „Cassis de Dijon“ (Urteil vom 20. Februar 1999 in der Rechtssache 120/78, Rewe-Zentrale, Slg. 1979, 649) im Bereich der Beschränkung des freien Warenverkehrs, auch wenn es bei der behandelten Frage eher um die Behinderung ging. Der EuGH urteilte, dass auch bei Fehlen einer Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften jedes rechtmäßig in einem Mitgliedstaat hergestellte und in den Verkehr gebrachte Produkt grundsätzlich in jedem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht werden können muss. Abgesehen von den in Artikel 30 EG-Vertrag dargelegten Ausnahmen kann ein Mitgliedstaat das Inverkehrbringen von Produkten, die seine eigenen technischen oder gewerblichen Vorschriften nicht erfüllen, nur aus Gründen verbieten, die aus zwingenden Erfordernissen von allgemeinem Interesse abzuleiten sind, insbesondere dem Verbraucherschutz, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, dem Umweltschutz, der Pressevielfalt usw. Die Regelungen müssen jedoch unterschiedslos anwendbar und an die Erfordernisse des angestrebten Ziels angepasst sein. Es handelt sich dabei um nichts anderes als um die Anwendung der Technik der gegenseitigen Anerkennung (oder der Gleichwertigkeit von Situationen), eine Technik, die es dem Gesetzgeber gestattet hat, in vielen Bereichen nicht aktiv eine Annäherung der nationalen gesetzlichen Vorschriften einzuleiten, um die volle Wirkung der durch den Vertrag garantierten Freizügigkeitsrechte sicherzustellen. Ein typisches Beispiel in dieser Hinsicht ist der Ansatz, den der Rat mit der Annahme der Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, gewählt hat: Ein Ansatz, der nicht länger sektoriell, sondern generell und horizontal ist und auf der Vorstellung einer Vergleichbarkeit der Ausbildungen beruht, wie beispielsweise den Hochschulausbildungen, die von den Mitgliedstaaten angeboten werden und große Ähnlichkeiten aufweisen.

Auch wenn es stimmt, dass diese Konsequenz durch den EuGH ⁽¹⁸⁰⁾ rasch mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung verbunden wurde, so unterlag die Rechtsprechung dazu dennoch Schwankungen, insbesondere im Bereich der sozialen Sicherheit, hinsichtlich der Territorialität der Gewährung bestimmter Beihilfen. ⁽¹⁸¹⁾ Heute scheint sie uns im Sinne der Anerkennung der Gleichwertigkeit von Situationen wohl etabliert zu sein. So urteilte der EuGH:

- Wenn die Gesetzgebung eines Mitgliedstaats, der bestimmte Sozialleistungen bewilligt, „als Bewilligungsbedingung fordert, dass das Familienmitglied des Arbeitnehmers als Arbeitsloser dem örtlichen Arbeitsamt zur Verfügung steht, wo diese Gesetzgebung angewandt wird, dann muss eine derartige Bedingung dann als erfüllt gelten, wenn das Mitglied der Familie als Arbeitsloser dem Arbeitsamt des Mitgliedstaats zur Verfügung steht, in dem es ansässig ist“ ⁽¹⁸²⁾.
- Das Gemeinschaftsrecht spricht sich dagegen aus, dass ein Wanderarbeitnehmer den Vorzug geltend machen kann, wonach Arbeitsunfähigkeitszeiträume den Aktivitätszeiträumen gleichgestellt werden können, und zwar aus dem einzigen Grund, dass bei Eintreten der Arbeitsunfähigkeit der Betroffene nicht im betreffenden Mitgliedstaat Lohnempfänger war, sondern in einem anderen Mitgliedstaat ⁽¹⁸³⁾.

- Wenn eine nationale Gesetzgebung den Anspruch auf eine Leistung einer Mindestversicherungsdauer im Verlauf eines Referenzzeitraums bis zum Eintreten des Risikos unterordnet und dabei in bestimmten Fällen die Verlängerung dieses Zeitraums zulässt, dann muss eine derartige Gesetzgebung eine Verlängerung des Referenzzeitraums vorsehen, wenn die Fakten oder Umstände, die denen entsprechen, die die Verlängerung ermöglichen, in einem anderen Mitgliedstaat eintreten ⁽¹⁸⁴⁾.
- Wenn die Gesetzgebung eines Mitgliedstaats die Verlängerung eines Anspruchs auf Waisenrente jenseits des Lebensalters von 25 Jahren für Rentenempfänger vorsieht, deren Ausbildung aufgrund der Ableistung des Militärdienstes unterbrochen wurde, ist dieser Staat gehalten, den in einem anderen Mitgliedstaat geleisteten Militärdienst mit dem Militärdienst unter seiner eigenen Gesetzgebung gleichzusetzen ⁽¹⁸⁵⁾.
- Durch die Forderung als Bedingung für die Gewährung von Überbrückungsgeld, dass Kinder, für die EU-Wanderarbeiter mit Wohnsitz in Belgien aufkommen müssen, ihre höhere Schulbildung an einer vom belgischen Staat errichteten, bezuschussten oder anerkannten Lehranstalt abgeschlossen haben müssen, verstößt der belgische Staat gegen seine Pflichten aus dem vormaligen Artikel 48 des EG-Vertrags (nunmehr Artikel 39 EG) und aus Artikel 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ Siehe Urteil vom 15. Oktober 1969, Ugliola, S. 36, in dem der EuGH auf der Grundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung kraft des vormaligen Artikels 48 EWG den Militärdienst, der im Herkunftsland geleistet wurde, mit dem im Beschäftigungsstaat gleichgestellt hat, damit der gemeinschaftliche Arbeitnehmer hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen einen identischen Schutz genießt wie der nationale Arbeitnehmer.

⁽¹⁸¹⁾ Siehe die Urteile vom 9. Juli 1975 in der Rechtssache 20/75, D'Amico, Slg. 1975, 202, bezüglich der Berücksichtigung von Zeiten der Arbeitslosigkeit in einem anderen Mitgliedstaat beim Erwerb von Ansprüchen auf eine vorzeitige Rente, und vom 1. Dezember 1977 in der Rechtssache 66/76, Kuyken, Slg. 1977, 2711, in dem der EuGH bezüglich der Bewilligung von Arbeitslosenunterstützung im Namen der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats für ehemalige Studenten, die niemals eine Stelle innegehabt hatten, eine Assimilierung der in einem anderen Staat absolvierten Studien mit Studien nicht zuließ, die in vom zuständigen Staat organisierten, anerkannten oder subventionierten Bildungseinrichtungen absolviert wurden. Siehe auch unsere Schrift *Introduction à la sécurité sociale des personnes qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté européenne. Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de justice*, De Boeck Université, 2001, Nr. 44.

⁽¹⁸²⁾ Urteile vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-228/88, Bronzino, Slg. 1990, I-531, und vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-12/89, Gatto, Slg. 1990, I-577.

⁽¹⁸³⁾ Urteil vom 9. Dezember 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-45/92 und C-46/92, Lepore und Scamuffa, Slg. 1995, I-6497.

⁽¹⁸⁴⁾ Urteil vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/97, Paraschi, Slg. 2003, I-4501.

⁽¹⁸⁵⁾ Urteil vom 25. Juni 1997 in der Rechtssache C-131/96, Mora Romero, Slg. 1997, I-3659.

⁽¹⁸⁶⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15. Juli 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2). Siehe Urteil vom 12. September 1996 in der Rechtssache C-278/94, Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-4307. Es sei darauf hingewiesen, dass als Folge dieses Urteils die belgischen Vorschriften abgeändert wurden, so dass die in einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossene Ausbildung künftig der in Belgien abgeschlossenen Ausbildung gleichgesetzt wird, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
– Der Betroffene legt Unterlagen vor, aus denen sich ergibt, dass das Studium oder die Ausbildung der dieses Recht eröffnenden Ausbildung in Belgien gleichrangig und gleichwertig ist.
– Der Betroffene ist zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Überbrückungsgeld unterhaltsberechtigtes Kind von Wanderarbeitnehmern, die die durch das europäische Recht garantierten Freizügigkeit genießen und in Belgien wohnhaft sind.
Diese neue Regelung wurde dem EuGH erneut in einem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt, in dem es um die Frage ging, ob sie mit den Erfordernissen der Unionsbürgerschaft in dem Fall vereinbar ist, in dem der Betroffene nicht Kind eines Wanderarbeiters ist (siehe unten, in Punkt 12, unsere Anmerkungen zum Urteil vom 25. September 2005 in der Rechtssache C-258/04, Ioannidis, Slg. 2005, I-8275).

- Die Artikel 39 Absatz 2 EG und 42 EG stehen einer nationalen Regelung entgegen, die keine Möglichkeit der Verlängerung eines Rahmenzeitraums für die Berechnung eines Rentenanspruchs vorsieht, wenn die Zahlung von Unfallrenten, die solchen verlängerungsberechtigten Renten entsprechen, in einem anderen Mitgliedstaat eintritt⁽¹⁸⁷⁾.
- Dies gilt auch für eine nationale Regelung, bei der im Hinblick auf die Feststellung der Versicherungszeiten und der Ersatzzeiten für die Altersversicherung nur die im Inland zurückgelegten Erziehungszeiten ohne Weiteres angerechnet werden, die Anrechnung von in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegten Erziehungszeiten jedoch vom Anspruch auf Mutterschaftsleistungen nach nationalem Recht abhängig gemacht wird⁽¹⁸⁸⁾.
- Schließlich steht das Gemeinschaftsrecht dem entgegen, dass ein Mitgliedstaat sich weigert, bei der Gewährung eines Kinderbetreuungsgeldes die Bezugszeiten einer vergleichbaren Leistung in einem anderen Mitgliedstaat genauso zu berücksichtigen, als wären sie in seinem Hoheitsgebiet zurückgelegt worden⁽¹⁸⁹⁾.

Unabhängig vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist festzustellen, dass die Technik der Assimilierung der Situationen im Rahmen der Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 574/72 weitgehend Anwendung findet (Grundsatz der Kumulierung der Versicherungs-, Beschäftigungs- und Wohnsitzzeiträume für die Gewährung oder Berechnung von Sozialversicherungsleistungen).

⁽¹⁸⁷⁾ Urteil vom 18. April 2002 in der Rechtssache C-290/00, Duchon, Slg. 2002, I-3567.

⁽¹⁸⁸⁾ Urteil vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache C-28/00, Kauer, Slg. 2002, I-1343, Randnrn. 43 und 44; siehe in diesem Sinne auch das Urteil in der vorgenannten Rechtssache Elsen, Randnrn. 25-28.

⁽¹⁸⁹⁾ Urteil vom 21. Februar 2008 in der Rechtssache C-507/06, Klöppel (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Randnrn. 18 und 19. Gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften gilt, dass in dem Fall, in dem nur ein Elternteil Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nimmt, dieses im Höchstfall bis zur Vollendung des 30. Lebensmonates des Kindes gewährt wird, aber wenn auch der zweite Elternteil Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nimmt (oder genommen hat), sich die Anspruchsdauer auf 36 Monate erhöht und der Bezug des Kinderbetreuungsgeldes abwechselnd durch beide Elternteile erfolgt.

Behinderung der Freizügigkeit und Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Ein zweites beherrschendes Merkmal im Rahmen der Freizügigkeit ist die bereits lange bestehende Neigung des EuGH, die *Behinderung der Freizügigkeit* dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung zuzurechnen. So prüft der EuGH, um das Bestehen einer solchen Diskriminierung nachzuweisen, ob das scheinbar neutrale Kriterium, das Anwendung findet, für Wanderarbeiter oder allgemeiner für Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit wahrgenommen haben, „die gleiche Wichtigkeit“ hat wie für eigene Staatsangehörige oder „sesshafte Arbeitnehmer“. Dieses Analyseschema hatte zur Folge, dass die Reichweite der Gleichbehandlungsregel beträchtlich ausgedehnt wurde.

Das Urteil in der Rechtssache 41/84, Pinna (Slg. 1986, 1), das den vormaligen Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Bezahlung der Familienbeihilfen aufhebt, liefert unbestritten ein in dieser Hinsicht wichtiges Entscheidungskriterium, das der EuGH anwendet. Diese Vorschrift sah eine besondere Behandlung bei der Zahlung von Familienbeihilfen für in Frankreich beschäftigte Arbeitnehmer vor: Die Beihilfen für Kinder, die im Staatsgebiet eines anderen Mitgliedstaats lebten, wurden gemäß den gesetzlichen Vorschriften des Staates des Wohnsitzes der Kinder zulasten von Frankreich bezahlt. Es ging also darum zu überprüfen, ob das Kriterium des Wohnsitzortes der Familienmitglieder des in Frankreich beschäftigten Arbeitnehmers, das ohne eine scheinbare Unterscheidung der Nationalität verwendet wird, „die gleiche Wichtigkeit“ für „Wanderarbeitnehmer“ besitzt wie für „nationale Arbeitnehmer“. Der EuGH entschied, dass Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eine verschleierte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellte, die dem vormaligen Artikel 48 des Vertrags entgegensteht⁽¹⁹⁰⁾.

⁽¹⁹⁰⁾ Siehe im gleichen Sinne auch Urteile vom 12. Juli 1979 in der Rechtssache 237/78, Toia, Slg. 1979, 2645, zur französischen Beihilfe für

Die Rückführung des ausgeübten oder nicht ausgeübten Rechts auf Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit ist besonders auffällig in der Rechtssache Masgio (Urteil vom 7. März 1991, C-10/90, Slg. 1991, I-1134). Hier sollte der EuGH prüfen, ob eine nationale Bestimmung bezüglich der Berechnung einer Altersrente bei Kumulierung mit einer Unfallrente, die in einem anderen Staat ausgezahlt wird, wenngleich sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung findet, „im Bereich der Sozialversicherung eine Benachteiligung der Wanderarbeitnehmer gegenüber den Arbeitnehmern darstellen kann, die lediglich in einem Mitgliedstaat einer Beschäftigung nachgehen“ (Randnr. 19; Hervorhebung durch den Verfasser).

Da der EuGH festgestellt hatte, dass die Regelung der Kumulierung unterschiedlich angewendet wird, je nachdem, ob die Rente im selben Mitgliedstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat ausgezahlt wird, und nachteilig für den Arbeitnehmer, der von diesem Recht Gebrauch gemacht hat, urteilte er, dass die fragliche Bestimmung „die Freizügigkeit der Arbeitnehmer behindern kann“ und Artikel 7 und Artikel 39 bis 42 EG sowie Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 entgegenstehen.

Auch das Urteil in der Rechtssache C-237/94, O’Flynn (Slg. 1996, I-2617), ist in diesem Zusammenhang zu nennen, selbst wenn es sich dabei um eine Rechts-sache handelt, die nur marginal den Bereich der sozialen Sicherheit berührt. In diesem Fall ging es um eine britische Rechtsvorschrift, die die Gewährung eines Bestattungsgeldes an bedürftige Personen vorsieht, sofern die Bestattung im Vereinigten Königreich stattfindet. Wie ist vorzugehen, wenn

Familienmütter, die auf Mütter mit Kindern französischer Staatsangehörigkeit beschränkt ist; vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 33/88, Allue, Slg. 1989, 1591, zur Anwendung einer italienischen Rechtsvorschrift, die eine Befristung des Arbeitsverhältnisses von Fremdsprachenlektoren an Universitäten vorsah, während eine solche Befristung nicht grundsätzlich für andere Arbeitnehmer besteht, und vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-27/91, Le Manoir, Slg. 1991, I-5538, zur Verringerung der Soziallasten für den Arbeitgeber, die der Anstellung von Praktikanten unterzuordnen ist, die dem nationalen Ausbildungssystem eines Mitgliedstaats zugehörig sind.

der Antragsteller, der Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats ist und im Vereinigten Königreich arbeitet und lebt, die Bestattung eines Kindes in seinem Herkunftsstaat, im Familiengrab, vornehmen möchte? Der EuGH weist zunächst darauf hin, dass eine Geldleistung wie das Bestattungsgeld eine soziale Vergünstigung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 darstellt und dass es nach dieser Vorschrift Wanderarbeitnehmern unter den gleichen Voraussetzungen wie inländischen Arbeitnehmern möglich sein muss, diese Leistung zu beziehen. Anschließend stellt der EuGH fest, dass die fragliche Vorschrift sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann, da diese beim Tod eines Familienangehörigen angesichts der Bindungen, die sie im Allgemeinen mit ihrem Herkunftsstaat aufrechterhalten, häufiger eine Bestattung in einem anderen Mitgliedstaat vornehmen lassen werden. Daher stellt der Umstand, so der EuGH, dass die Erd- oder Feuerbestattung im Vereinigten Königreich stattfinden muss, eine Diskriminierung dar⁽¹⁹¹⁾.

Schließlich verwendete der EuGH dasselbe Analyseraster in der Rechtssache C-400/02 (Urteil vom 16. September 2004, Merida, Slg. 2004, I-8499) zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage einer „Überbrückungsbeihilfe“, die der deutsche Staat in Anwendung eines Tarifvertrages zivilen Arbeitnehmern der alliierten Streitkräfte in Deutschland gewährte, deren Arbeitsvertrag aufgelöst wurde. Diese Beihilfe wurde so berechnet, dass die dem deutschen Staat

(191) Der EuGH hat sich auch zu der Frage geäußert, ob eine solche Diskriminierung objektiv gerechtfertigt sein und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen könnte. Diesbezüglich brachte das Vereinigte Königreich zwei Rechtfertigungsgründe vor: den Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie die sehr hohen Kosten und praktischen Schwierigkeiten, die die Zahlung von Bestattungsgeld mit sich bringen würde, wenn die Erd- oder Feuerbestattung außerhalb des Vereinigten Königreichs stattfindet. Diese zwei Rechtfertigungsgründe wurden vom EuGH zurückgewiesen. Zum einen sei der Schutz der öffentlichen Gesundheit auch dann gewährleistet, wenn der Leichnam aus dem Vereinigten Königreich in einen anderen Mitgliedstaat übergeführt wird, um dort beerdigt oder eingeäschert zu werden (Randnr. 26). Zum anderen, was die Kosten der Erd- oder Feuerbestattung in einem anderen Mitgliedstaat anbelangt, hindert dem EuGH zufolge das Vereinigte Königreich nichts daran, „die Geldleistung auf einen pauschalen oder angemessenen Betrag zu begrenzen, der nach Maßgabe der normalen Kosten einer Erd- oder Feuerbestattung im Vereinigten Königreich festgesetzt wird“ (Randnr. 29).

geschuldete Lohnsteuer bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Beihilfe fiktiv abgezogen wurde, und dies auch, wenn nach einem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den beiden Staaten das Einkommen in dem Mitgliedstaat des Wohnortes (im vorliegenden Fall Frankreich) besteuert wurde. Der EuGH stellte in Anwendung von Artikel 39 EG und Artikel 7 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 fest, dass diese Art der Berechnung Grenzgänger benachteiligte. Während in der Tat die Anwendung dieser Regelung den in Deutschland ansässigen ehemaligen Arbeitnehmern im ersten Jahr nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Einkommen sicherte, das dem Einkommen, das sie als berufstätige Arbeitnehmer erzielt hätten, entsprach, war dies für die in Frankreich ansässigen ehemaligen Arbeitnehmer nicht der Fall, deren Beihilfe ebenso wie zuvor ihr Lohn in Frankreich besteuert wurde⁽¹⁹²⁾.

Unionsbürgerschaft und Nichtdiskriminierung

Schließlich sollten die Folgen der Unionsbürgerschaft unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, wie dies Artikel 12 EG garantiert, nicht verschwiegen werden, insbesondere im Bereich der sozialen Vergünstigungen. Der EuGH hat den Unionsbürgerstatus, der „dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“⁽¹⁹³⁾, mit dem Recht verknüpft, dass keine Diskriminierung im

⁽¹⁹²⁾ Der EuGH wies darüber hinaus problemlos die von der deutschen Regierung vorgebrachten Einwände zurück, die aus administrativen Schwierigkeiten und der Erhöhung der finanziellen Lasten hergeleitet wurden, da derartige Gründe die Nichtbeachtung der sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Verpflichtungen nicht rechtfertigen können.

⁽¹⁹³⁾ Urteil vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-184/99, Grzelzyk (Slg. 2001, I-6193, Randnr. 31), bezüglich eines Studenten mit französischer Staatsangehörigkeit, der sein Studium in Belgien durchführte und die Gewährung des Existenzminimums beantragte.

In diesem Sinne sei auch das Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-224/02, Pusa (Slg. 2004, I-5763), erwähnt, betreffend das finnische Zwangsvollstreckungsgesetz, das zur Ermittlung des pfändbaren Teils des Einkommens in keinem Fall die Berücksichtigung der durch den Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat zahlbaren Steuerbeträge zuließ, während dies für die in Finnland zu entrichtende, an der Quelle einbehaltene Einkommensteuer der Fall war, sowie das Urteil vom 7. Juli 2005 in der Rechtssache C-147/03, Kommission/Österreich (Slg. 2005, I-5969), betreffend die Voraussetzungen des Zugangs zum Hochschulstudium, die den Zugang zu den nationalen Hochschulen für Inhaber von Sekundarschulabschlüssen anderer Mitgliedstaaten einschränken.

„sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“⁽¹⁹⁴⁾ zulässig ist, was natürlich voraussetzt, dass sich der Betroffene rechtmäßig im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats aufhält⁽¹⁹⁵⁾.

Aber über die Frage des Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern hinaus, deren Prüfung uns vom Gegenstand der vorliegenden Studie wegführen würde, ist es nicht unnützlich, einige neuere EuGH-Urteile zu erwähnen, die den Grad der Integration auf dem Staatsgebiet betreffen, den der Unionsbürger nachweisen muss, um bestimmte Sozialleistungen beantragen zu können. In diesen Urteilen wendet der EuGH die Regeln des Vertrags im Bereich der Gleichbehandlung direkt an.

Das Urteil vom 23. März 2004 in der Rechtssache C-138/02 (Collins, Slg. 2004, I-2703) stellt in dieser Hinsicht ein wichtiges Urteil dar.

Herr Collins, der sowohl die amerikanische als auch die irische Staatsangehörigkeit besaß, begab sich nach Großbritannien, um dort eine Arbeit im Bereich der Sozialfürsorge zu suchen. Er beantragte die Beihilfe für Arbeitsuchende, die ihm mit der Begründung verweigert wurde, dass er seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Vereinigten Königreich habe. Die Frage war, ob eine solche Bedingung diskriminierend und dem Vertrag entgegenstehend ist.

Da der Betroffene eine erste Beschäftigung suchte, war er noch kein Arbeitsverhältnis im Aufnahmemitgliedstaat eingegangen. Er konnte daher laut EuGH nicht aufgrund von Artikel 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68⁽¹⁹⁶⁾ die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeit-

⁽¹⁹⁴⁾ Urteil vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-85/96, Martinez Sala (Slg. 1998, I-2708, Randnr. 62), bezüglich einer Studentin mit spanischer Staatsangehörigkeit, die sich in Deutschland aufhielt, jegliche Berufstätigkeit eingestellt hatte und eine Ausbildungsbeihilfe für ihr Kind beantragte.

⁽¹⁹⁵⁾ Siehe diesbezüglich unsere Ausführungen in „Tendances récentes (1998-2003) de la jurisprudence sociale de la CJCE“, *Journal des tribunaux du travail*, 2003, insbes. S. 301-303.

⁽¹⁹⁶⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2).

nehmer geltend machen. In der Tat zielt die Eigenschaft eines Arbeitnehmers im Sinne von Titel II des ersten Teils der genannten Verordnung laut EuGH nur auf Personen ab, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben.

Der EuGH hat dennoch direkt in Bezug auf Artikel 39 Absatz 2 EG geprüft, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung einer nationalen Regelung entgegensteht, durch die die Gewährung einer finanziellen Beihilfe, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, an ein Wohnortfordernis geknüpft wird. Es ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof erklärt hat, er wolle Artikel 39 EG vor dem Hintergrund der im Bereich der Unionsbürgerschaft eingetretenen Entwicklungen auslegen, die „dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“. Der EuGH war daher der Ansicht, dass die betreffende nationale Regelung eine unterschiedliche Behandlung einführt, die davon abhängt, ob die fragliche Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich hat, und somit die Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats benachteiligt, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, um im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Beschäftigung zu suchen.

Der EuGH äußerte jedoch, „dass es ein legitimes Anliegen des nationalen Gesetzgebers ist, sich einer tatsächlichen Verbindung zwischen demjenigen, der Leistungen beantragt [...] und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen“ (siehe in diesem Sinne auch Urteil vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-224/98, D’Hoop, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 38), wobei sich das Bestehen einer solchen Verbindung „unter anderem aus der Feststellung ergeben kann, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat“ (Randnrn. 66-70). Damit wollte sich der EuGH einer gewissen Form des „Sozialtourismus“ in den Weg stellen. Die dadurch geforderte Aufenthaltsdauer darf jedenfalls nicht „über das hinausgehen, was erforderlich ist“, entsprechend dem Grund-

satz der Verhältnismäßigkeit, was, wie häufig im Gemeinschaftsrecht, durch den nationalen Richter beurteilt wird⁽¹⁹⁷⁾.

Es ist überraschend, dass der EuGH in dieser Angelegenheit nicht einfach dem Weg der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gefolgt ist, nach der die betreffende Beihilfe, auf die speziell in Anhang II der genannten Verordnung abgezielt wird, jeder Person gewährt werden muss, die sich im Staatsgebiet aufhält. Dabei wäre jedoch Voraussetzung gewesen, dass feststellbar gewesen wäre, dass Herr Collins beschlossen hätte, das Vereinigte Königreich zum gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Interessen zu machen (siehe in diesem Sinne das Urteil vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache Swaddling, Slg. 1999, I-1075).

Das Urteil in der vorgenannten Sache Ioannidis ist ein weiteres Beispiel für die extensive Auslegung von Artikel 39 Absatz 2 EG durch den EuGH im Anschluss an die Einführung der Unionsbürgerschaft und dies bezüglich einer finanziellen Leistung (wie der Anrechnung von Wartezeiten in Belgien) mit dem Ziel, den Zugang zur Beschäftigung in einem Mitgliedstaat zu erleichtern. Dem EuGH zufolge führt die nationale Regelung, indem sie die Gewährung der genannten Beihilfe den Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats [die keine unterhaltsberechtigten Kinder von Wanderarbeitnehmern sind⁽¹⁹⁸⁾] auf der Suche nach einer ersten Beschäftigung ausschließlich mit der Begründung verweigert, dass die Betroffenen ihre höhere Schulbildung in einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen haben, eine unterschiedliche Behandlung ein, die Artikel 39 Absatz 2 EG entgegensteht, insoweit diese letztere Bedingung grundsätzlich Angehörige anderer Mitgliedstaaten benachteiligt, sofern eine solche unterschiedliche Behandlung nicht auf

⁽¹⁹⁷⁾ Die im Urteil Collins auf der Grundlage des EG-Vertrags vertretene Lösung steht nicht in Übereinstimmung mit dem Text der oben zitierten Richtlinie 2004/38/EG, die in Artikel 24 Absatz 2 ausdrücklich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten ausnimmt, Angehörigen anderer Mitgliedstaaten eine Beihilfe zur Suche nach einer ersten Beschäftigung auf ihrem Staatsgebiet zu gewähren.

⁽¹⁹⁸⁾ Bezüglich der Kinder von Wanderarbeitnehmern auf der Suche nach einer ersten Beschäftigung siehe Urteile vom 20. Juni 1985 in der Rechtssache 94/84, Deak, Slg. 1985, 1873, und vom 8. Juni 1999 in der Rechtssache C-337/97, Meensen, I-5289.

objektiven Überlegungen beruht, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen und verhältnismäßig zum rechtmäßig verfolgten Ziel ist. In dieser Hinsicht ist es, wie wir bereits angeführt haben, ein legitimes Anliegen des nationalen Gesetzgebers, sich einer tatsächlichen Verbindung zwischen demjenigen, der Leistungen beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen (Randnr. 30; Urteil in der vorgeannten Rechtssache d’Hoop, Randnr. 38).

Allerdings gilt, so wie es der EuGH bereits im Urteil in der letzteren Rechtssache ausgeführt hat, dass „ausschließlich auf den Ort der Erlangung des Schulabgangszeugnisses abzustellen, jedoch zu allgemein und einseitig ist“.

Im Urteil vom 26. Oktober 2006 in der Rechtssache C-192/05 (Tas-Hagen und Tas, Slg. 2006, I-10451) geht es um das eigens genannte Erfordernis der Bedingung eines Wohnsitzes im Hoheitsgebiet des Staates, die eine niederländische Regelung im Hinblick auf die Bewilligung einer Leistung für zivile Kriegsoffer vorschreibt. Als niederländische Staatsangehörige konnten sich Frau Tas-Hagen und Herr Tas auf ihren Status als Unionsbürger berufen, die ihr Recht, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem ihrer Staatsangehörigkeit frei zu bewegen und aufzuhalten, ausgeübt hatten, indem sie ihren Wohnsitz in Spanien genommen hatten. Die Ausübung eben dieses Rechts hatte zur Folge, dass ihre Möglichkeit, die betreffende Leistung zu erhalten, beeinträchtigt wurde.

Der EuGH, der eine im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer bereits wohlbekannte Argumentation wieder aufnahm, urteilte, „dass die vom EG-Vertrag eröffneten Erleichterungen der Freizügigkeit ihre volle Wirkung nicht entfalten könnten, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten werden könnte, die seinem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat infolge einer Regelung seines Herkunftsstaats entgegenstehen, die Nachteile daran knüpft, dass er von diesen Erleichterungen Gebrauch

gemacht hat“ (Randnr. 21) ⁽¹⁹⁹⁾. Dies ist der Fall, wenn eine nationale Regelung die Gewährung einer Sozialleistung der Bedingung unterstellt, dass die Betroffenen zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren Wohnsitz auf dem Staatsgebiet haben, da sie dies davon abhalten könnte, ihren Herkunftsstaat zu verlassen. Eine solche Beschränkung lässt sich jedoch nach Gemeinschaftsrecht rechtfertigen, „wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Zweck stehen“ (Randnr. 33).

Im vorliegenden Fall kann das Ziel, eine Solidaritätsverpflichtung gegenüber zivilen Kriegsoffern auf die Personen zu beschränken, die während des Krieges oder danach eine Verbindung zum niederländischen Volk hatten, nach Auffassung des EuGH ein Ziel von allgemeinem Interesse sein, aber dennoch muss die getroffene Maßnahme, nämlich das Erfordernis des Wohnsitzes als Äußerung des Grades ihrer Verbundenheit mit dem niederländischen Volk, verhältnismäßig sein, d. h. geeignet zur Verwirklichung des verfolgten Zieles, ohne über das hinauszugehen, was zu dessen Erreichung notwendig ist.

Ein Wohnortfordernis kann jedoch dem EuGH zufolge nicht als geeignet zur Verwirklichung des verfolgten Zieles betrachtet werden, da es, ausschließlich bezogen auf das Datum der Antragstellung, kein hinreichendes Indiz für den Grad der Verbundenheit mit der Gesellschaft des Mitgliedstaats liefert, der so seine Solidarität gegenüber den Kriegsoffern zum Ausdruck bringen möchte. Die Regelung wurde daher als im Widerspruch zu Artikel 18 Absatz 1 EG stehend betrachtet, der das Recht auf Freizügigkeit und freien Aufenthalt in sämtlichen Mitgliedstaaten garantiert.

In der Rechtssache C-406/04, De Cuyper (Urteil vom 18. Juli 2006, Slg. 2006, I-6947) wurde dagegen die Voraussetzung des tatsächlichen Aufenthalts, die

⁽¹⁹⁹⁾ Siehe auch Urteil in der vorgeannten Rechtssache Pusa, Randnr. 19.

das belgische Recht für die Gewährung einer Arbeitslosenbeihilfe für Arbeitslose über 50 Jahre vorschreibt, welche von der Pflicht, sich als Arbeitssuchende gemeldet zu sein, befreit sind, als vereinbar mit Artikel 18 Absatz 1 EG betrachtet. In der Tat trägt ein solches Wohnortfordernis nach Meinung des EuGH der Notwendigkeit Rechnung, dass die Prüfungsdienste zur Aufrechterhaltung des Anspruchs auf Leistung wegen Arbeitslosigkeit die berufliche und familiäre Situation der Betroffenen überwachen müssen, was eine objektive Erwägung des Allgemeininteresses darstellt und unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen ist. Des Weiteren gilt, was die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung betrifft, dass die Wirksamkeit einer solchen Kontrolle weitestgehend darauf beruht, dass sie unerwartet stattfindet und an Ort und Stelle durchgeführt werden kann. Der EuGH hat ergänzt, dass „die in Bezug auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit durchzuführende Kontrolle eine Besonderheit aufweist, die die Einrichtung einschneidenderer Mechanismen rechtfertigt, als sie bei der Kontrolle anderer Leistungen eingerichtet werden“ (Randnr. 45) ⁽²⁰⁰⁾.

Es ist also festzustellen, dass sich neben der gemeinschaftsrechtlichen Regelung im Bereich der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer eine Rechtsprechung entwickelt hat, die direkt auf den Bestimmungen des Vertrags hinsichtlich der Erfordernisse für die Gewährung von Sozialleistungen beruht, zu denen bestimmte Leistungen der sozialen Sicherheit zugunsten von Unionsbürgern gehören.

⁽²⁰⁰⁾ Hier sei ferner, auch wenn wir uns vom Bereich der sozialen Sicherheit entfernen, auf die Gewährung eines Unterhaltsstipendiums für einen Studenten hingewiesen, der Angehöriger eines Mitgliedstaats ist und sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, um dort zu studieren, nämlich auf das Urteil vom 18. November 2008 in der Rechtssache C-158/07, Förster (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Randnrn. 51-60), in dem der EuGH insbesondere geurteilt hat, dass das Erfordernis eines fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalts zugleich geeignet ist, zu gewährleisten, dass der Antragsteller im Mitgliedstaat integriert ist, und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgt wird. Der EuGH nimmt insbesondere Bezug auf Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG (auch wenn diese im vorliegenden Fall keine Anwendung findet), der vorsieht, dass ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet ist, Studierenden, die das Recht auf Daueraufenthalt nicht erworben haben, Studienbeihilfen zu gewähren, sowie auf Artikel 16 Absatz 1 eben dieser Richtlinie, nach dem ein solches Aufenthaltsrecht Studenten zusteht, die sich im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats fünf Jahre lang ununterbrochen aufgehalten haben (Randnr. 55). Der EuGH wollte somit nicht die Beurteilung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber selbst infrage stellen.

B. Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften

In dieser Hinsicht haben wir uns dafür entschieden, ein einziges Urteil hervorzuheben, das besonders sensible Fragen im Hinblick auf das Phänomen der Standortverlagerung von Unternehmen, die durch Unterschiede zwischen den nationalen Sozialversicherungssystemen gefördert werden, berührt.

Prinzipiell untersteht gemäß Artikel 13 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 der Arbeitnehmer der Gesetzgebung des Staates, in dem er seiner Beschäftigung nachgeht, unabhängig davon, wo sein Wohnsitz oder der Sitz oder die Niederlassung seines Arbeitgebers ist. Artikel 14 Absatz 1 sieht jedoch vor, dass im Fall der Entsendung eines Arbeitnehmers, „der im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem er gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird“, in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats, „um eine Arbeit für die Rechnung dieses Unternehmens zu erbringen“, dieser Arbeitnehmer weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats unterliegt. Dazu darf jedoch „die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreiten“ und der Betreffende „nicht eine andere Person ablösen, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist“.

In seinem berühmten Urteil in der Rechtssache Manpower vom 17. Dezember 1970 (35/70, Slg. 1970, 1251) unterstrich der EuGH die Zielsetzung dieser letzten Ausnahme von der Regel des Beschäftigungsstaates (seinerzeit in Artikel 13a von Verordnung Nr. 3 enthalten): Es geht um die Förderung der Dienstleistungsfreiheit zugunsten der Unternehmen, die diese in Anspruch nehmen, indem sie Arbeitnehmer in andere Mitgliedstaaten entsenden als die, in denen sie niedergelassen sind, sowie um die wirtschaftliche Durchdringung (Randnr. 10). Dabei ist zu vermeiden, dass ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist, verpflichtet wird, seine Arbeitnehmer, die normalerweise der Sozialversicherungsgesetzgebung dieses Landes unterstehen, nach dem

Sozialversicherungssystem eines anderen Mitgliedstaats zu versichern, in den sie entsandt wurden, um Arbeiten von einer zeitlich begrenzten Dauer zu leisten (Randnr. 11). Der EuGH hat so entschieden, dass diese Ausnahme für eine Zeitarbeitsfirma anwendbar ist, die grenzüberschreitende Dienste anbieten will, vorausgesetzt, sie übt eine „normale“ Tätigkeit in dem Mitgliedstaat aus, in dem sie niedergelassen ist (Randnr. 16).

In seinem Urteil vom 10. Februar 2000 in der Rechtsache C-202/97 (Fitzwilliam, Slg. 2000, I-883) hat der EuGH die Bedingungen der Anwendung von Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf die Zeitarbeiter näher ausgeführt, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wurden, um zu vermeiden, dass die Inanspruchnahme dieser Ausnahme zweckentfremdet wird und sich in Wirklichkeit nur in einen absichtlichen Willen verwandelt, sich der Anwendung der allgemeinen Regel vom Beschäftigungsstaat zu entziehen.

Laut EuGH müssen dazu zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Einerseits muss während der Dauer der Entsendung eine organische Verbindung zwischen dem Unternehmen und den Arbeitnehmern bestehen, die in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wurden. Diesbezüglich ist es ausreichend, dass der Arbeitnehmer der Autorität des Unternehmens unterstellt ist.
- Andererseits muss die Zeitarbeitsfirma normalerweise Tätigkeiten in dem Mitgliedstaat der Niederlassung nachgehen, das heißt „gewöhnlich signifikante Aktivitäten“ ausüben⁽²⁰¹⁾. Diesbezüglich zitiert der EuGH eine Reihe von Kriterien, die diese Aktivitäten cha-

rakterisieren können: „der Ort des Sitzes des Unternehmens und seiner Verwaltung, das Personal, das zugleich im Staat der Niederlassung und im anderen Mitgliedstaat tätig ist, der Ort, an dem die entsandten Arbeitnehmer angeworben werden, und der Ort, an dem die meisten Verträge mit den Kunden abgeschlossen werden, das Recht, das für Arbeitsverträge gilt, die vom Unternehmen mit seinen Arbeitnehmern und Kunden abgeschlossen wurde, ebenso wie die Umsätze, die während eines ausreichend charakteristischen Zeitraums in jedem betroffenen Mitgliedstaat erwirtschaftet werden“ (Randnr. 43).

Unerheblich ist dagegen die Natur der Arbeiten, die den Arbeitnehmern übertragen wurde, welche Unternehmen im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats zur Verfügung gestellt wurden, in dem die Zeitarbeitsfirma niedergelassen ist, sowie den Arbeitnehmern, die in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wurden.

Wenn es um die Entsendung von Arbeitnehmern geht, hat der zuständige Versicherungsträger des Mitgliedstaats, in dem die Zeitarbeitsfirma ansässig ist, normalerweise ein Zertifikat erstellt (E 101), das besagt, dass sein Sozialversicherungssystem während des Entsendungszeitraums weiterhin Anwendung findet. Aufgrund der Prinzipien der Einzigartigkeit der anwendbaren Gesetzgebung und der Rechtssicherheit, „impliziert dieses Zertifikat notwendigerweise, dass das System des anderen Mitgliedstaats nicht angewandt werden kann“ (Randnr. 49). „Es schafft eine Annahme, dass die entsandten Arbeitnehmer ordnungsgemäß dem Sozialversicherungssystem des Mitgliedstaats angehören, in dem die Zeitarbeitsfirma ansässig ist“, und ist daher für den zuständigen Versicherungsträger in dem Mitgliedstaat geboten, in den die Arbeitnehmer entsandt sind (Randnr. 53). Daher „muss, solange das Zertifikat E 101 nicht zurückgezogen oder als ungültig erklärt wird, der zuständige Sozialversicherungsträger des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt sind, der Tatsache Rechnung tragen, dass

⁽²⁰¹⁾ Siehe in diesem Sinne auch das Urteil vom 30. März 2000 in der Rechtsache C-178/97, Banks u. a., Slg. 2000, I-2005, Randnr. 27. Daraus ergibt sich, dass ein Bauunternehmen, das in einem Mitgliedstaat ansässig ist und seine Mitarbeiter auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsendet, in dem es die Gesamtheit seiner Tätigkeiten ausübt, mit Ausnahme rein interner Verwaltungsaktivitäten, Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht geltend machen kann (siehe Urteil vom 9. November 2000 in der Rechtsache C-404/98, Plum, Slg. 2000, I-9379, Randnr. 22).

Letztere bereits der Sozialversicherungsgesetzgebung des Staats unterstehen, in dem das entsendende Unternehmen niedergelassen ist, und diese Institution könnte daher die fraglichen Arbeitnehmer nicht unter ihr eigenes Sozialversicherungssystem stellen“ (Randnr. 55).

Der EuGH merkt jedoch an, dass der Grundsatz zur loyalen Zusammenarbeit, der in Artikel 5 des Vertrags (nunmehr Artikel 10 EG) niederlegt ist, „der zuständigen Institution auferlegt, die stichhaltigen Fakten für die Anwendung der Regeln zur Feststellung der anzuwendenden Sozialversicherungsgesetzgebung korrekt zu erfassen und demnach die Genauigkeit der Angaben zu garantieren, die in Zertifikat E 101 verwendet werden“ (Randnr. 51). Es obliegt ihr, „die Rechtmäßigkeit dieser Ausfertigung zu überdenken und gegebenenfalls das Zertifikat einzuziehen, wenn die zuständige Institution des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt wurden, Zweifel an der Genauigkeit der Fakten äußert, die die Grundlage des genannten Zertifikats bilden, und demnach an den darin enthaltenen Angaben“ (Randnr. 56) (siehe unten unsere Ausführungen zum Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit).

Zudem steht es den betroffenen Institutionen stets frei, falls sie keine Einigung erzielen, sich an die administrative Kommission für die Sozialversicherung der Wanderarbeitnehmer zu wenden, und zwar unabhängig von der Möglichkeit für den Mitgliedstaat, in dem Hoheitsgebiet, von dem die betroffenen Arbeitnehmer entsandt sind, ein Verfahren wegen Verstoß gegen Artikel 170 des Vertrags (nunmehr Artikel 227 EG) einzuleiten (Randnr. 58).

Die Folgen der Ausstellung des Formulars E 101 wurden vom EuGH in seinem Urteil in der vorgeannten Rechtssache Banks u. a. erneut dargelegt (Randnrn. 38-48). Der EuGH ergänzte, dass nichts der Tatsache entgegenstehe, dass das Zertifikat E 101 im Laufe des betrachteten Zeitraums ausgestellt wird, ja sogar nach seinem Auslaufen (auch wenn es bevorzugt vor Beginn des Zeitraums ausgestellt werden sollte), und somit eine Rückwir-

kung erzeugt (Urteil in der Rechtssache Banks, Randnrn. 53 und 54).⁽²⁰²⁾

C. Wahrung erworbener Ansprüche

In diesem Bereich betreffen die unserer Meinung nach enormen Fortschritte in den letzten Jahren – was rechtfertigt, dass wir bei diesem Thema etwas verweilen – zweifellos das Recht der Versicherten, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort Gesundheitsleistungen auf Kosten und nach den Tarifen des zuständigen Staates zu erhalten, was letztlich der Garantie einer Form des „Exports der medizinischen Versorgung“ entspricht.

Es steht fest, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer Sozialversicherungssysteme und zur Festlegung des Umfangs der Pflicht zur nationalen Solidarität nicht angreift (Urteile vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/92, Duphar u. a., Slg. 1984, 523, Randnr. 16, und vom 17. Juni 1997 in der Rechtssache C-70/95, Sodemare u. a., Slg. 1997, I-3395, Randnr. 27). Da es also keine Harmonisierung auf gemeinschaftlicher Ebene gibt, obliegt es der Gesetzgebung jedes Mitgliedstaats, die Bedingungen festzulegen, die die Rechte und Pflichten einer Mitgliedschaft bei einem Sozialversicherungssystem sowie die Bewilligungsbedingungen definieren (siehe insbesondere Urteile vom 24. April 1980 in der Rechtssache 110/79, Coonan, Slg. 1980, 1445, Randnr. 12; vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/87, Paraschi, Slg. 1991, I-4501, Randnr. 15; und vom 30. Januar 1997 in den Rechtssachen C-4/95 und C-5/95, Stöber und Piosa Pereira, Slg. 1997, I-511, Randnr. 36).

Dennoch „müssen die Mitgliedstaaten [...] bei der Ausübung dieser Kompetenz das Gemeinschaftsrecht respektieren“ (Urteil vom 28. April 1998 in der

⁽²⁰²⁾ Siehe analog dazu die Urteile vom 25. Februar 2003 in der Rechtssache C-326/00, IKA, Slg. 2003, I-1703, und vom 11. November 2004 in der Rechtssache C-372/02, Adanez-Vega, Slg. 2004, I-10761. Der EuGH ergänzt, dass nichts dem entgegensteht, dass das Zertifikat E 101 im Laufe des betrachteten Zeitraums ausgestellt wird, ja sogar nach seinem Auslaufen (auch wenn es bevorzugt vor Beginn des Zeitraums ausgestellt werden sollte), und somit eine Rückwirkung erzeugt.

Rechtssache C-120/95, Decker, Slg. 1998, Randnr. 23; und Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931, Randnr. 19). Wir haben es hier also mit einem schönen Beispiel für die Verflechtung von Gemeinschaftsrecht mit nationalem Recht zu tun. Während sich das Gemeinschaftsrecht wie so oft darauf beschränkt, ein unbedingt zu erreichendes Ziel zu definieren, wie zum Beispiel die Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Gleichbehandlung diverser Staatsangehörigkeiten und der Geschlechter, bleiben die nationalen Zuständigkeiten doch bestehen. Sie müssen sich aber im Rahmen der Vorschriften des Vertrags und des abgeleiteten Rechts bewegen, mit denen sie nicht in Konflikt geraten dürfen.

Es ist bekannt, dass die Urteile in den vorgenannten Rechtssachen Decker und Kohll, die sich in erster Linie mit dem freien Dienstleistungsverkehr (medizinische Leistungen) und dem freien Warenverkehr (Heilmittel) befassen, nicht nur in Expertenkreisen der Krankenversicherung mit großem Interesse aufgenommen wurden, sondern auch – und das kommt aufgrund des technischen Charakters dieses Themas seltener vor – von der öffentlichen Meinung. Es kann durchaus sein, dass diese Urteile, die als Katalysator für weitere Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH gedient haben ⁽²⁰³⁾, auf lange Sicht einige grundsätzliche Änderungen der Krankenversicherungssysteme der Mitgliedstaaten bedingen, damit die vom Vertrag garantierten Freiheiten auch tatsächlich umgesetzt werden können.

Diese Anpassung stellt das Ergebnis einer schwierigen Abwägung dar, die der Gemeinschaftsrichter

⁽²⁰³⁾ Siehe Urteile vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98, Vanbraekel, Slg. 2001, I-5363, und in der Rechtssache C-157/99, Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5423; vom 13. Mai 2003 in der Rechtssache C-385/99, Müller-Fauré, Slg. 2003, I-4509; vom 3. Juli 2003 in der Rechtssache C-156/01, van der Duin und ANOZ Zorgverzekeringen, Slg. 2003, I-7045; vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-56/01, Inizan, Slg. 2003, I-12403; vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache C-372/04, Watts, Slg. 2006, I-4325; vom 15. Juni 2006 in der Rechtssache C-466/04, Acereda Herrera, Slg. 2006, I-5341; und vom 19. April 2007 in der Rechtssache C-444/05, Stamatelaki, Slg. 2007, I-3185. Zitiert sei auch das Urteil vom 25. Februar 2003 in der Rechtssache C-326/00, Ioannidis, Slg. 2003, I-1703, das besonders den Fall von Rentenberechtigten betrifft, die sich vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten.

zwischen einerseits den Zwängen des freien Personenverkehrs – und des Warenverkehrs, da es sich um Medizinprodukte handelt – und andererseits der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Krankenversicherungssysteme der Mitgliedstaaten und damit der Notwendigkeit, die Gesundheitsausgaben zu kontrollieren sowie eine ausgeglichene und für alle zugängliche medizinische und krankenhaustechnische Versorgung sicherzustellen, vorzunehmen hatte, was natürlich der Aufrechterhaltung eines gewissen Grads an Schutz des öffentlichen Gesundheitswesens und der nationalen Solidarität nicht entgegensteht.

Die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Erbringung von medizinischen Leistungen in einem zuständigen Mitgliedstaat und die Kostenübernahme dafür durch Letzteren lässt sich wie folgt zusammenfassen ⁽²⁰⁴⁾.

Es ist klar, dass die Regelungen eines Mitgliedstaats, der die Rückerstattung der Kosten für medizinische Leistungen, die für eine in einem anderen Mitgliedstaat erbrachte Versorgung anfallen, von der Einholung einer Genehmigung vor der Reise in den anderen Mitgliedstaat zwecks medizinischer Versorgung abhängig macht, ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr, ja sogar für den freien Warenverkehr (sofern es um den Erwerb von Medizinprodukten in einem anderen Mitgliedstaat geht) darstellen, das gegen die Artikel 49 und 50 EG (oder 28 und 30 EG, je nach Fall) verstößt, betrachtet man den offensichtlich vorhandenen Ablehnungseffekt, den die strittige Regelung für die Inanspruchnahme medizinischer Dienstleister in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Einzahlung beinhaltet (oder dem Erwerb

⁽²⁰⁴⁾ Es gibt in der Realität zwei Systeme der Kostenübernahme für medizinische Leistungen in einem zuständigen Mitgliedstaat: einerseits das durch Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 geschaffene System, das unter bestimmten Bedingungen die Rückerstattung der Kosten für medizinische Leistungen durch den zuständigen Staat, jedoch gemäß den Tarifen der Gesetzgebung des Staates, auf dessen Gebiet die Leistungen erbracht oder die Produkte erworben wurden, gewährleistet, und andererseits das durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs entwickelte System, das hier zusammengefasst wird.

von Medizinprodukten in diesem Staat) (Urteile in den vorgenannten Rechtssachen Decker, Randnr. 36, und Kohll, Randnr. 35).⁽²⁰⁵⁾

Das tatsächliche Problem, das durch diese Situation entsteht, betrifft die *Zulässigkeit von Rechtfertigungen*, die zugleich im Hinblick auf den Schutz des öffentlichen Gesundheitswesens (insbesondere die Notwendigkeit, den Versicherten den Zugang zu hochwertiger medizinischer Betreuung sowie einen zugänglichen und ausgeglichenen medizinischen Schutz zu gewährleisten) und als im Interesse des Gemeinwohls dringend erforderlich vorgebracht wurden (insbesondere die notwendige Wahrung des finanziellen Gleichgewichts der Sozialversicherungssysteme und infolgedessen der Kontrolle der Gesundheitsausgaben, um vor allem den Erfordernissen der nationalen Solidarität gegenüber den Schwächsten gerecht zu werden).

Natürlich kann man hier einwenden, dass rein wirtschaftliche Ziele eine Einschränkung des fundamentalen Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen können (siehe in diesem Sinne die Urteile vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-398/95, SETTG, Slg. 1997, I-3091, Randnr. 23, und in der vorgenannten Rechtssache Kohll, Randnr. 41). Doch insofern das Risiko eines einschneidenden Eingriffs in das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems durchaus Folgen für den allgemeinen Standard des öffentlichen Gesundheitswesens haben kann, ist dieses Risiko möglicherweise ein im Interesse des Gemeinwohls dringend erforderlicher Grund, der eine solche Einschränkung rechtfertigt (Urteile in den vorge-

nannten Rechtssache Decker, Randnr. 39, Kohll, Randnr. 41, und Stamatelaki, Randnr. 30)⁽²⁰⁶⁾.

Diesbezüglich beruht die vorsichtige Herangehensweise der Rechtsprechung durch den EuGH, insbesondere im Urteil in der Rechtssache Müller-Fauré (siehe Randnrn. 75-98), auf der Unterscheidung zwischen in der Arztpraxis und im Krankenhaus gelieferten medizinischen Leistungen.

⁽²⁰⁵⁾ Im Urteil in der vorgenannten Rechtssache Stamatelaki ging es um die griechische Gesetzgebung, die die Erstattung der Kosten der stationären Behandlung in einer Privatklinik in einem anderen Mitgliedstaat ausschloss, mit Ausnahme der Kosten für die Behandlung von Kindern im Alter von bis zu 14 Jahren, während ein in Griechenland versicherter Patient im Staatsgebiet für die Kosten der Behandlung in öffentlichen oder privaten Vertragskrankenhäusern nichts zu bezahlen hatte.

⁽²⁰⁶⁾ Allerdings wirken hinter dieser gesamten Debatte die Schwierigkeiten, mit denen die Versicherten eines Systems mit Sachleistungen (oder einer nationalen Krankenkasse) aufgrund der Festlegung von Wartelisten zu kämpfen haben.

Allgemein stellt sich daher das Problem der Mittel zur Kontrolle der Gesundheitsausgaben. Ein System vertraglicher Vereinbarungen der Leistungserbringer – das im Übrigen auch in einem Erstattungssystem bestehen kann – beruht in der Regel auf der vorherigen Aushandlung von praktizierten Tarifen, der Art der Behandlungen und Verschreibungen (Wahl der Therapien, der Medikamente, der Heilmittel, Dauer des Krankenhausaufenthalts), um nicht das für die Heilung Erforderliche und Angemessene zu überschreiten, denn die Nachfrage nach medizinischen Leistungen wird zum Großteil von den Ärzten selbst hervorgerufen. Das Vertragssystem liefert deshalb den Mitgliedstaaten ein wirksames Mittel, um das finanzielle Gleichgewicht ihres Krankenversicherungssystems zu kontrollieren und zu beeinflussen.

Es gäbe natürlich auch andere, sicherlich radikalere Instrumente, um die Ausgaben zu beschränken, wie zum Beispiel eine Verminderung der Übernahmehöhe oder eine Einschränkung der übernommenen Behandlungen und Verordnungen. Doch derartige Maßnahmen führen zu einer größeren Belastung der Versicherten und machen den Zugang zu medizinischen Leistungen für Versicherte mit geringeren Einkommen schwieriger. Auf diese Weise wird der Standard des Gesundheitswesens zurückgefahren.

Also stellt die Aufhebung der Vertragsbedingung für im Ausland erfolgte Behandlungen für die Kontrolle der Ausgaben ein ernstzunehmendes Problem dar. Doch hat sie auch eine schwere Beeinträchtigung des finanziellen Gleichgewichts der betroffenen nationalen Krankenversicherungssysteme zur Folge und könnte dies Konsequenzen für den allgemeinen Standard des öffentlichen Gesundheitswesens und den Grad der nationalen Solidarität haben? Das ist die eigentliche Frage, wenn man gleichzeitig daran erinnert, dass rein wirtschaftliche Überlegungen nie an sich eine Einschränkung des fundamentalen Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen dürfen.

i) Nicht im Krankenhaus erbrachte Leistungen ⁽²⁰⁷⁾

Dem EuGH zufolge steht fest, dass diese Leistungen naturgemäß nicht den wichtigsten Teil der Krankenversicherungskosten der Mitgliedstaaten ausmachen. Jedenfalls gibt es keine ernsthaften Anhaltspunkte dafür, dass „die Aufhebung der Pflicht zur Einholung einer Genehmigung im Voraus für diese Art der Behandlung trotz Sprachbarrieren und geografischer Entfernung, trotz Ausgaben für den Auslandsaufenthalt und mangelnder Informationen über Behandlungsmöglichkeiten zu einer derartig intensiven Auslandsreisetätigkeit der Patienten führen könnte, dass das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems der Mitgliedstaaten gestört und der allgemeine Standard des öffentlichen Gesundheitswesens in Gefahr gebracht werden könnte. Denn nur unter diesen Umständen wäre eine Behinderung des fundamentalen Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt“ (Randnr. 95 des Urteils in der Rechtssache Müller-Fauré).

Außerdem, so führt der EuGH aus, „erfolgt die Versorgung im Allgemeinen in der Nähe des Wohnortes des Patienten in einer kulturellen Umgebung, die ihm vertraut ist und es ihm erlaubt, ein Vertrauensverhältnis zum behandelnden Arzt aufzubauen. Abgesehen von Notfällen begeben sich die Patienten vor allem in den Grenzgebieten oder zur Behandlung spezieller Erkrankungen ins Ausland. Gerade in solchen Gebieten oder bei derartigen Erkrankungen

⁽²⁰⁷⁾ Siehe diesbezüglich die Urteile in den vorgenannten Rechtssachen Decker und Kohll, die einen Antrag auf Rückerstattung bei der zuständigen Kasse in Luxemburg der Ausgaben für eine auf Rezept eines luxemburgischen Augenarztes bei einem Optiker in Belgien erworbene Brille bzw. für eine in Deutschland durchgeführte kieferorthopädische Behandlung betrafen.
Aber vor allem das Urteil in der Rechtssache Müller-Fauré stellt diesbezüglich eine wertvolle Begründung dar. In dieser Angelegenheit ging es um den folgenden Sachverhalt:
– Frau Müller beantragte bei ihrer Krankenkasse in Zwijndrecht die Übernahme einer Zahnbehandlung (Anbringung von sechs Kronen und einer am Oberkiefer angebrachten festsitzenden Prothese), der sie sich im Oktober/November 1994 in Deutschland während ihrer Ferien unterzogen hatte;
– Frau Van Riet, die seit 1985 an Schmerzen im rechten Handgelenk litt, beantragte bei der Krankenkasse Amsterdam die Übernahme einer Arthroskopie und einer Ektomie des Ellbogenbeins, denen sie sich im Mai 1993 in Belgien unterzogen hatte. Die Vorbereitung, Durchführung und Nachbehandlung dieser Eingriffe fanden teilweise im Krankenhaus und teilweise außerhalb jeder Krankeneinrichtung statt.

neigen die niederländischen Krankenkassen außerdem dazu, ein System vertraglicher Vereinbarungen mit ausländischen Ärzten zu errichten“ (Randnr. 96 eben dieses Urteils). Diese verschiedenen Umstände, so der EuGH, „erscheinen geeignet, die finanziellen Auswirkungen einzuschränken, die die Aufhebung des Erfordernisses der vorherigen Genehmigung für eine Versorgung in der Praxis eines ausländischen Arztes auf das [fragliche] System der sozialen Sicherheit haben könnte“ (Randnr. 97 eben dieses Urteils).

ii) Im Krankenhaus erbrachte Leistungen ⁽²⁰⁸⁾

Der EuGH gestand zu, dass das System der vorhergehenden Einwilligung aufgrund „unzweifelhafter Besonderheiten“, die im Krankenhaus erbrachte medizinische Behandlungen aufweisen, gerechtfertigt sei. In der Tat „müsse die Zahl der Krankeneinrichtungen, ihre geografische Verteilung, Ausstattung und die Geräte, über die sie verfügen, oder die Art der medizinischen Betreuung, die sie anbieten können, einer Planung unterworfen werden können“ (Urteil Smits und Peerbooms, Randnr. 76), damit „eine ausreichende und ständige Verfügbarkeit sowie ein ausgewogenes Angebot“ an hochwertiger Behandlung garantiert und „die Kosten durch die Vermeidung von unnötigen Ausgaben kontrolliert werden können“ (Randnr. 79 dieses Urteils): „... selbstverständlich wäre, wenn die Versicherten frei und in jedem Fall auf Krankeneinrichtungen zurückgreifen könnten, mit denen die Krankenkasse keinen Vertrag getroffen hat [...], jede Planung mithilfe des Vertragssystems [...] sofort kompromittiert“ (Randnr. 81) ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Diesbezüglich sei auch vor allem auf das Urteil in der vorgenannten Rechtssache Smits und Peerbooms verwiesen, hinsichtlich der Weigerung der Rückerstattung der in Deutschland und Österreich entstandenen Krankenhausbehandlungskosten mit der Begründung, dass eine zufriedenstellende und angemessene Behandlung der fraglichen Krankheit in den Niederlanden verfügbar gewesen sei. Frau Smits litt an Parkinson und hatte sich in einer Klinik in Deutschland behandeln lassen; Herr Peerbooms war nach einem Verkehrsunfall ins Koma gefallen und in vegetativem Zustand in eine Klinik in Österreich eingeliefert worden; wiederum das Urteil in der vorgenannten Rechtssache Müller-Fauré; sowie das Urteil in der vorgenannten Rechtssache Watts, in dem der EuGH insbesondere zur Auslegung der Artikel 22 von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Artikel 49 EG im Zusammenhang mit einem nationalen Gesundheitssystem aufgefordert worden war.

⁽²⁰⁹⁾ Diese Überlegungen stimmen im Kern mit denen des Generalanwalts Tesoro in seinen Schlussanträgen zu den Fällen Kohll und Decker überein.

Es handelt sich also um eine Rechtfertigung, die mit dem Schutz des öffentlichen Gesundheitssystems und insbesondere der Notwendigkeit, eine ausgeglichene und für alle Versicherten zugängliche medizinische und krankenhaustechnische Versorgung sicherzustellen, begründet wird, durch die das Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr durch die Bedingung einer vorherigen Einwilligung vereinbar mit Artikel 49 EG-Vertrag gemacht wird.

Die Einwilligung darf jedoch nur aus objektiven Gründen verweigert werden, die im Voraus bekannt sind, ohne jegliches willkürliche Verhalten der nationalen Behörden ⁽²¹⁰⁾.

Zu diesen Gründen zählt dem EuGH zufolge die Möglichkeit für den Patienten, dass die gleiche oder eine ebenso wirksame Behandlung „innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens“ im Gebiet des zuständigen Mitgliedstaats erlangt werden kann (siehe Randnr. 103 des Urteils). Aber sind dafür ausschließlich objektive, medizinische Faktoren, darunter die voraussichtliche Entwicklung der Krankheit, heranzuziehen, oder können auch subjektivere Faktoren mit einbezogen werden, wie zum Beispiel die auszuhaltenden Schmerzen, die Art der Beeinträchtigung, die persönliche Situation des Betroffenen oder gar die üblichen Wartezeiten für Behandlungen auf dem Staatsgebiet des zuständigen Staats?

Das Urteil Smits und Peerbooms lieferte in diesem Zusammenhang bereits einen Anhaltspunkt; so lädt der EuGH unter Randnr. 104 die nationalen Behörden ein, „die Gesamtheit der Umstände in Betracht zu ziehen, die jeden konkreten Fall charakterisiert, unter Einbeziehung nicht nur der medizinischen Situation des Patienten zum Zeitpunkt des Einholens der Einwilligung, aber auch der Vorgeschichte“. Das Urteil Müller-Fauré liefert hierzu zwei wichtige zusätzliche Präzisierungen:

⁽²¹⁰⁾ Die vorgenannten Erwägungen wurden im Urteil in der vorgenannten Rechtssache Watts, Randnrn. 100 ff., wieder aufgenommen. In diesem Urteil hat der EuGH die Tatsache angeprangert, dass die fragliche Regelung für das NHS die Kriterien für die Gewährung oder Verweigerung der notwendigen Einwilligung zur Kostenübernahme für Gesundheitsleistungen im Ausland nicht präziserte und den zuständigen Behörden einen Ermessensspielraum einräumte, der jede gerichtliche Kontrolle schwierig machte (Randnr. 118).

- Auf der einen Seite, in Bezug auf die jeden konkreten Fall charakterisierenden Umstände, deren Beurteilung der Krankenkasse obliegt, ist es das „Ausmaß seiner Schmerzen“ oder „die Art seiner Behinderung“, die beispielsweise die Ausübung einer Berufstätigkeit unmöglich machen oder außerordentlich erschweren könnten (Randnr. 90). Der EuGH legt den Begriff des „Gesundheitszustands“ des Patienten also sehr großzügig aus ⁽²¹¹⁾.
- Auf der anderen Seite stellt „eine Versagung der vorherigen Genehmigung, die nicht durch die Besorgnis einer Verschwendung oder von Verlusten infolge einer Überkapazität von Krankenhäusern motiviert wäre, sondern ausschließlich durch die Existenz von Wartelisten für die betreffende Krankenhausversorgung im Inland, ohne dass die konkreten Umstände des Gesundheitszustands des Patienten berücksichtigt würden, keine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, die wirklich gerechtfertigt wäre“. Der EuGH führt in diesem Zusammenhang übrigens auch die Tatsache an, dass zu lange oder unübliche Wartezeiten im Gegenteil eher geeignet wären, den Zugang zu einem ausgewogenen Komplex von qualitativ hochwertigen Krankenhausbehandlungen einzuschränken (Randnr. 92 Ende).

Im Urteil in der vorgenannten Rechtssache Watts ⁽²¹²⁾ hat der EuGH zwar eingeräumt, dass die nationalen Behörden berechtigt sind, Wartelisten einzuführen,

⁽²¹¹⁾ Diesbezüglich ist es interessant zu beobachten, dass der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache Inizan (oben zitiert, Randnr. 46) dies auf den Bereich von Artikel 22 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 übertragen hat, der präzise vorsieht, dass die Krankenkasse des zuständigen Staates die Erteilung einer Genehmigung nicht ablehnen kann, wenn unter Berücksichtigung des Gesundheitszustands des Betroffenen und der wahrscheinlichen Entwicklung der Krankheit die Versorgung nicht in angemessener Zeit auf dem Staatsgebiet durchgeführt werden kann. Dies ist eine Analyse, die der EuGH im Rahmen der Anwendung von Artikel 49 EG und 50 EG in den Urteilen in den Rechtssachen Smits und Peerbooms und Müller-Fauré vorgenommen hat (siehe in diesem Sinne auch das Urteil in der vorgenannten Rechtssache Watts, Randnrn. 59-64).

Vor diesem Hintergrund hat der EuGH klargestellt, dass Artikel 22 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 keineswegs die Fälle begrenzen soll, in denen eine Genehmigung erlangt werden kann. Den Mitgliedstaaten steht es folglich frei, die Erteilung derartiger Genehmigungen auch in Fällen vorzusehen, in denen die in Artikel 22 Absatz 2 Unterabsatz 2 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

⁽²¹²⁾ Dies gilt zwar für die in Artikel 22 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festgelegte Bedingung, aber wir wissen, dass diese Bedingung im Zusammenhang mit Artikel 49 EG in derselben Weise auszulegen ist (siehe Fußnote 208).

um die Erbringung der Behandlungen zu planen und Prioritäten nach Maßgabe der verfügbaren Mittel und Kapazitäten festzulegen, aber zwei Bedingungen zusammenkommen müssen, damit die Rückerstattung für die Erbringung einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat abgelehnt werden kann:

- Die Wartezeit darf den medizinisch vertretbaren zeitlichen Rahmen nicht überschreiten, „der unter Berücksichtigung einer objektiven medizinischen Beurteilung des klinischen Bedarfs des Betroffenen im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand, seine Vorgeschichte, die voraussichtliche Entwicklung seiner Krankheit, das Ausmaß seiner Schmerzen und/oder die Art seiner Behinderung zum Zeitpunkt der Beantragung der Genehmigung vertretbar ist“.
- Die Festlegung von Wartezeiten muss auf eine flexible und dynamische Weise erfolgen, die es erlaubt, „den dem Betroffenen ursprünglich mitgeteilten Zeitraum zu überprüfen, falls sich sein Gesundheitszustand nach einem ersten Genehmigungsantrag verschlechtert“ (Randnrn. 68 und 69).

Diese Möglichkeit der Ablehnung ist dem EuGH zufolge geeignet, „Wanderungsströme von Patienten zu vermeiden, die sämtliche Planungs- und Rationalisierungsanstrengungen des zuständigen Mitgliedstaats infrage stellen könnten“ (Randnr. 71), sowie jeden eventuellen „Exodus von Patienten“, die, da sie über ausreichende Mittel hierfür verfügen, beabsichtigen würden, sich in einem anderen Mitgliedstaat behandeln zu lassen (Randnr. 77). Unter diesen Umständen kann ein Mitgliedstaat als Grund für die Ablehnung nicht die Tatsache anführen, dass die Kosten der Krankenhausbehandlung höher sind als im Aufenthaltsstaat (Randnr. 73).

iii) Einbeziehung der Hauptmerkmale des betroffenen Krankenversicherungssystems

Bei der Entwicklung der oben dargestellten Orientierungsleitlinien hat es der EuGH stets abgelehnt, die

Merkmale des jeweiligen nationalen Krankenversicherungssystems zu berücksichtigen.

Diese Frage war ein zentraler Punkt der Diskussionen in der Rechtssache Müller-Fauré. Insbesondere die Regierungen der Niederlande, Spaniens und Norwegens sowie der Generalanwalt D. Ruiz Jarabo-Colomer (Schlussanträge, Randnrn. 47 ff.) haben die Freiheit der Mitgliedstaaten zur Einrichtung eines Sozialversicherungssystems ihrer Wahl unterstrichen. Nun könnten aber im vorliegenden Fall, wenn keine vorherige Einwilligung erforderlich ist, die Versicherten sich frei an einen Arzt oder ein Krankenhaus wenden, mit denen keine vertragliche Vereinbarung geschlossen wurde, so dass das Sachleistungssystem, dessen Funktionieren wesentlich vom System vertraglicher Vereinbarungen abhängig ist, in seinem Bestand bedroht wäre. Außerdem wären die nationalen Behörden, die ein solches System oder einen nationalen Gesundheitsdienst haben, gezwungen, in ihre Organisation des Zugangs zu Gesundheitsleistungen Rückerstattungsmechanismen einzuführen, insoweit die Versicherten, anstatt kostenlose Versorgungsleistungen auf dem Staatsgebiet in Anspruch zu nehmen, diese zunächst selbst bezahlen und dann eine gewisse Zeit abwarten müssen, bis ihnen ein Teil davon erstattet wird. Auf diese Weise würden die betroffenen Mitgliedstaaten zu einer Umstellung auf ein Rückerstattungssystem gezwungen und müssten auf die Grundsätze und die Wirtschaftlichkeit ihres Versicherungssystems verzichten.

Der EuGH ist dieser Argumentation nicht gefolgt.

Bereits im Urteil in der Rechtssache Smits und Peerbooms scheint der EuGH der Organisationsweise der betroffenen Krankenversicherung keine entscheidende Bedeutung beigemessen zu haben.

In seinem Urteil in der Rechtssache Müller-Fauré unterstreicht der EuGH im Gegenteil, dass „die Verwirklichung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten unvermeidlich verpflichtet, einige Anpassungen in ihren nationalen

Systemen der sozialen Sicherheit vorzunehmen, ohne dass dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich angesehen werden könnte. Insoweit genügt ein Hinweis auf die Anpassungen, die sie in ihren Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit vornehmen mussten, um der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nachzukommen, insbesondere auch den in Artikel 69 der Verordnung vorgesehenen Voraussetzungen für die Zahlung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit an Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Gebiet anderer Mitgliedstaaten, da die nationalen Systeme keine derartige Unterstützung für die bei einem Arbeitsamt eines anderen Mitgliedstaats gemeldeten Arbeitslosen gewährleisteten“ (Randnr. 102).

Darüber hinaus muss festgestellt werden, dass eine medizinische Leistung nicht deshalb ihren Charakter als Dienstleistung verliert, weil ihre Kosten von einem Sachleistungssystem oder einem nationalen Gesundheitsdienst übernommen werden. Das war jedoch die These, die in der Rechtssache Smits und Peerbooms von verschiedenen Mitgliedstaaten verteidigt wurde, die bestritten haben, dass Krankenhausleistungen, insbesondere, wenn sie kostenfrei als Sachleistungen erbracht werden, eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne von Artikel 60 des Vertrags (nunmehr Artikel 50 EG) darstellen könnten. Der EuGH bemerkte diesbezüglich, dass „eine in einem Mitgliedstaat erbrachte medizinische Leistung, die vom Patienten vergütet wird, ihre Zugehörigkeit zum Geltungsbereich des vom Vertrag gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehrs nicht schon allein deshalb verlieren kann, weil die Erstattung der Kosten für die in Rede stehende Versorgung nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats über die Krankenversicherung beantragt wird, die im Wesentlichen Sachleistungen vorsehen“ (Urteil in der Rechtssache Smits und Peerbooms, Randnr. 55).

In den zuletzt genannten Rechtssachen ging es um die in einem anderen Mitgliedstaat erfolgten medizinischen Behandlungen, bei denen behandelnde Einrichtungen unmittelbar vom Patienten bezahlt wurden (oder in denen der Patient in jedem Fall eine

solche Bezahlung hätte vornehmen müssen). Hier war es gerade das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung als Voraussetzung für die spätere Übernahme der Krankheitskosten, das eine Behinderung für den freien Dienstleistungsverkehr darstellte, das heißt die Möglichkeit für den Patienten, sich an einen medizinischen Dienstleistungserbringer seiner Wahl in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Versicherungszugehörigkeit zu wenden.

In jedem Fall gilt, so wie dies der EuGH auch erneut hervorgehoben hat, dass der Vertrag „nicht verlangt, dass die Dienstleistung von demjenigen bezahlt wird, dem sie zugutekommt (Urteile vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85, Bond van Adverteerders u. a., Slg. 1988, 2085, Randnr. 16, und vom 11. April. 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-51/96 und C-191-97, Deliège, Slg. 2002, I-2549, Randnr. 56)“ (Randnr. 57). Es genügt, dass die Leistungen in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, das eine wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt. „Im vorliegenden Fall stellen die Zahlungen der Krankenkassen im Rahmen des durch die ZFW ausgestalteten Systems vertraglicher Vereinbarungen, auch wenn sie pauschal erfolgen, durchaus die wirtschaftliche Gegenleistung für die Leistungen des Krankenhauses dar und weisen zweifellos für die Krankenanstalt, der sie zugutekommen und die sich wirtschaftlich betätigt, Entgeltcharakter auf“ (Urteil in der Rechtssache Smits und Peerbooms, Randnr. 58).

Diese Erwägungen werden im Wesentlichen im Urteil in der Rechtssache Müller-Fauré erneut dargelegt, in dem der EuGH in Randnr. 103 zu dem Schluss kommt, dass unter dem Gesichtspunkt des freien Dienstleistungsverkehrs nicht danach zu unterscheiden ist, ob der Patient die angefallenen Kosten zahlt und später ihre Erstattung beantragt oder ob der Leistungserbringer die Zahlung direkt von der Krankenkasse erhält. Ebenso spielt es für den Charakter der Dienstleistung keine Rolle, ob die Finanzierung des Dienstes im Wesentlichen durch Pflichtbeiträge des Arbeitnehmers, des Arbeitgebers oder aber durch Beiträge des Staatshaushaltes erfolgt.

Der EuGH hat diese Analyse in der Rechtssache Watts bestätigt: Nach der Feststellung, dass Frau Watts die Behandlungskosten unmittelbar an das französische Krankenhaus gezahlt hat, in dem sie behandelt wurde, führte der EuGH aus, dass der Umstand, dass die Erstattung der Kosten dieser Krankenhausbehandlung später bei einem nationalen Gesundheitsdienst wie dem NHS beantragt wird, die Anwendung der Bestimmungen über den durch den Vertrag gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehr nicht ausschließt (Randnrn. 88 und 89).

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen hat der EuGH in der Rechtssache Müller-Fauré das Argument einer Infragestellung der wesentlichen Merkmale des Zugangs zum Gesundheitsversorgungssystem in den Niederlanden geprüft. Drei Gründe haben dem EuGH die Zurückweisung dieses Arguments ermöglicht:

- Bereits „im Rahmen der Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 müssen diejenigen Mitgliedstaaten, die ein Sachleistungssystem oder sogar einen nationalen Gesundheitsdienst errichtet haben, Mechanismen der nachträglichen Erstattung der Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen durchgeführte Behandlung vorsehen“ (Randnr. 105; siehe auch Urteil in der vorgenannten Rechtssache Watts, Randnr. 74). Das gilt für den Fall, dass die Formvorschriften nicht während des Aufenthalts des Betroffenen im letztgenannten Mitgliedstaat eingehalten werden konnten (siehe Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72) oder dass der zuständige Staat gemäß Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 die Behandlung im Ausland genehmigt hat.
- Die dem Versicherten, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um sich dort einer Behandlung zu unterziehen, garantierte Deckung ist in jedem Fall diejenige des Krankenversicherungssystems des Staates, in dem die Versicherung bezahlt wird, und erfolgt zu den Bedingungen der Leistungsbewilligung – die natürlich weder

eine Diskriminierung beinhalten, noch ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr darstellen dürfen (Randnr. 106).

- Schließlich, so merkt der EuGH an, „ist der zuständige Mitgliedstaat, der über ein Sachleistungssystem verfügt, durch nichts daran gehindert, die Erstattungsbeträge festzusetzen, auf die die Patienten, die in einem anderen Mitgliedstaat versorgt wurden, Anspruch haben, soweit diese Beträge auf objektiven, nichtdiskriminierenden und transparenten Kriterien beruhen“ (Randnr. 107) ⁽²¹³⁾.

Das bedeutet abschließend, dass die Erfordernisse der Arbeitnehmerfreizügigkeit sicherlich gebieten, dass die nationalen Krankenversicherungssysteme angepasst werden. Dies kann jedoch nicht als Antasten der Souveränität der Mitgliedstaaten betrachtet

⁽²¹³⁾ Diesbezüglich werden im Urteil in der vorgenannten Rechtssache Watts die folgenden Präzisierungen bezüglich der Besonderheiten des NHS dargelegt:

– Werden die Kosten einer Krankenhausbehandlung im Aufenthaltsmitgliedstaat nach dessen Rechtsvorschriften nicht vollständig übernommen, so impliziert das Gebot, den Patienten in die Lage zu versetzen, in der er sich befunden hätte, „wenn der nationale Gesundheitsdienst, auf dessen Leistungen er Anspruch hat, ihm innerhalb eines medizinisch vertretbaren zeitlichen Rahmens kostenfrei eine der Behandlung im Aufenthaltsmitgliedstaat gleichwertige Behandlung hätte erbringen können“, dass der zuständige Träger verpflichtet ist, dem Betroffenen ergänzend die Differenz zwischen einerseits „dem Betrag, der den objektiv bezifferten Kosten dieser gleichwertigen Behandlung entspricht“, und andererseits dem Betrag der Beteiligung des Trägers des Aufenthaltsmitgliedstaats, der sich aus der Anwendung der Rechtsvorschriften dieses Staates ergibt, wenn der erste Betrag höher ist als der zweite, zu erstatten (Randnr. 131).

– Der NHS ist jedoch nicht verpflichtet, „unter allen Umständen die gesamte Differenz zwischen dem Betrag der Kosten der Krankenhausbehandlung im Aufenthaltsmitgliedstaat und dem Betrag der Beteiligung des Trägers dieses Staates nach dessen Bestimmungen abzudecken, auch wenn die Kosten dieser Behandlung höher sind als die Kosten einer gleichwertigen Behandlung im zuständigen Staat“ (Randnr. 132). Es obliegt daher dem NHS, einen Preis für Krankenhausbehandlungen festzulegen, auch wenn die nationale Regelung auf der kostenfreien Behandlung beruht und keinerlei Rückerstattungstarife vorsieht. Allerdings sind, wie wir bereits gesehen haben, Tarife bereits jetzt für ausländische Patienten anwendbar, die sich in Großbritannien behandeln lassen.

Schließlich sei der Vollständigkeit halber angefügt, dass das Urteil in der Rechtssache Watts an einer recht restriktiven Definition des Begriffs der Sachleistungen für Krankheit im Sinne von Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festhält, wenn es um Krankenhausbehandlungen geht: Diese Leistungen müssen „Kosten der eigentlichen medizinischen Leistungen“ sein oder „die damit untrennbar verbundenen Ausgaben für den Aufenthalt des Betroffenen im Krankenhaus für die Zwecke seiner Behandlung“, was die „die Übernahme von Reisekosten und Kosten einer etwaigen Unterbringung außerhalb des Krankenhauses“ ausschließt (Randnrn. 136 und 138; siehe auch Urteil vom 15. Juni 2006 in der Rechtssache C-466/04, Acereda Herrera, Slg. 2006, I-5341). Daher gilt: Wenn der Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit die Übernahme der Nebenkosten für eine in diesem Staat erbrachte medizinische Behandlung vorsieht, so gebietet Artikel 49 EG, dass diese Art von Kosten auch übernommen werden muss, wenn die Krankenhausbehandlung gemäß einer vorherigen Genehmigung in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt (Randnr. 142).

werden, da diese den Umfang der garantierten Absicherung und den Grad der nationalen Solidarität immer noch kontrollieren, die sie für die Schwächsten und Verletzlichsten garantieren möchten ⁽²¹⁴⁾.

D. Wahrung von Anwartschaften

Der Erhalt vieler Sozialversicherungsleistungen ist von Arbeits-, Versicherungs- und Aufenthaltszeiten abhängig. Daraus ergibt sich, dass die Änderung des Arbeits- oder Aufenthaltsstaates dem Arbeitnehmer oder seiner Familie schwerwiegende Nachteile bringen kann, wenn der Betroffene im Rahmen der Gesetzgebung des betroffenen Staats nicht den Anwartschaftszeitraum absolviert hat, der zur Begründung von Leistungsansprüchen nötig ist. Wenn es sich insbesondere um langfristige Leistungen handelt, muss er unbedingt die notwendigen und hinreichenden Mindestzeiten in den diversen Gesetzgebungen, denen er zugehörig war, ableisten, damit er insgesamt eine mit der Ausübung seiner gesamten Berufslaufbahn in einem einzigen Land vergleichbare Rente bekommt.

Die Bedeutung des dem klassischen Völkerrecht entnommenen Grundsatzes der Wahrung der Ansprüche, auf die eine Anwartschaft besteht, ist evident. Für seine Durchsetzung ist die Anwendung zweier wohlbekannter Verfahren notwendig: die Kumulierung von Versicherungszeiträumen und die anteilige Berechnung der Leistungen.

Mit zwei besonders innovativen Urteilen hat der EuGH der Kumulierungsregel von im Rahmen der Gesetzgebung zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten geleisteten Versicherungszeiträumen (beziehungsweise der Arbeits- und Aufenthaltszeiten) eine Tragweite gegeben, die weit über die Fragen der Begründung von Leistungsansprüchen und Leistungsberechnungen hinausgeht, für die sie

ursprünglich konzipiert wurde: Es geht dabei um die Urteile vom 26. Oktober 1995 in der Rechtssache C-481/93 (Moscato, Slg. 1995, I-3537) und in der Rechtssache C-482/93 (Klaus, Slg. 1995, I-3560).

Es sei daran erinnert, dass die Kumulierungsregel in erster Linie darauf abzielt, einer Person, die in einem Mitgliedstaat gearbeitet hat, die Berücksichtigung dieses Zeitraums in dem Land zu ermöglichen, in das sie sich begibt, um ein Recht auf eine Sozialversicherungsleistung zu eröffnen, die in diesem zweiten Staat von einer Aufenthaltsbedingung abhängig ist, oder um Leistungen zu berechnen, deren Höhe von der Dauer der Berufslaufbahn abhängt. Diese Regel wird in mehreren Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bezüglich der verschiedenen Zweige der Sozialversicherung angeführt, insbesondere im Bereich von Berufsunfähigkeit (Artikel 38 Absatz 1) und der Krankheit (Artikel 18), Zweige, auf die sich die Rechtssachen Moscato und Klaus beziehen.

Herr Moscato, ein italienischer Staatsbürger, hatte in Belgien und dann in den Niederlanden gearbeitet; danach war er in Belgien arbeitslos geworden, um schließlich in den Niederlanden erneut eine Tätigkeit aufzunehmen. Doch zwei Monate später musste er jede berufliche Tätigkeit wegen psychischer Störungen aufgeben. Zwar wurden ihm vom niederländischen Krankenversicherungssystem Leistungen ausbezahlt. Doch der niederländische Träger lehnte es mit Hinweis auf die nationale Gesetzgebung im Bereich der Invalidität ab, ihm eine Entschädigung wegen Arbeitsunfähigkeit zu bewilligen, mit der Begründung, dass sein Gesundheitszustand zu Beginn seiner letzten Berufsausübung in den Niederlanden eindeutig habe voraussehen lassen, dass weniger als sechs Monate später eine Arbeitsunfähigkeit eintreten würde.

Durfte der Träger zu Recht das Datum, an dem Herr Moscato dem niederländischen System beigetreten war, zum Startpunkt der Zugehörigkeit machen und so vorhergehende Versicherungszeiten nicht berücksichtigen, die vom Betroffenen im Rahmen der Gesetzgebung eines anderen Mitgliedstaats geleis-

⁽²¹⁴⁾ Diesbezüglich hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung [KOM(2008) 414 endg. vom 2.7.2008] vorgelegt, in dem unter anderem die Erkenntnisse aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs aufgenommen werden.

tet worden waren? Der EuGH verneinte diese Frage: Die Kumulierungsregel, die in Artikel 51 Buchstabe a des Vertrags ausgeführt und durch Artikel 38 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Bereich der Berufsunfähigkeitsversicherung umgesetzt wird, fordert vom zuständigen Versicherungsträger, die gesamte berufliche Laufbahn des Arbeitnehmers so zu interpretieren, als wäre sie auf ein und demselben Staatsgebiet absolviert worden.

Im Urteil in der Rechtssache Klaus wiederholt der EuGH diese Interpretation der Kumulierungsregel, doch diesmal bezogen auf die Krankenversicherung.

Frau Klaus, eine niederländische Staatsangehörige, hatte in Spanien, in den Niederlanden, dann wieder in Spanien und ab Oktober 1989 in den Niederlanden gearbeitet. Kaum zwei Wochen nach Beginn ihrer neuen Tätigkeit in den Niederlanden war sie aufgrund von Rückenschmerzen nicht mehr in der Lage zu arbeiten. Das von ihr bei der zuständigen niederländischen Krankenkasse beantragte Krankengeld wurde abgelehnt, weil sie am 20. Oktober 1989, dem Anfangsdatum ihrer in das niederländische Krankversicherungssystem eingegliederten Versicherung, bereits nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Tätigkeit auszuüben.

Wie Artikel 38 war Artikel 18 der Verordnung so interpretiert worden, dass die zuständigen Versicherungsträger auch Versicherungszeiten mit einbeziehen müssen, die der Versicherte im Rahmen der Gesetzgebung eines anderen Mitgliedstaats geleistet hat, so, als handele es sich um von dem Versicherten im Rahmen der von ihnen angewendeten Gesetzgebung geleistete Versicherungszeiten. Dies gilt insbesondere, wenn die Gesetzgebung des zuständigen Staates für die Bewilligung von Krankenleistungen voraussetzt, dass die Arbeitsunfähigkeit nicht bereits zum Zeitpunkt des Beitritts bestanden hat.

Diese Rechtsprechung trug sicherlich zu einer noch stärkeren „Deterritorialisierung“, als dies die Regelungen der nationalen Sozialversicherungssysteme tun, zugunsten der Schaffung des Binnenmarktes bei.

E. Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit ⁽²¹⁵⁾

Die vom EuGH in der Rechtssache C-165/91, Van Munster (Urteil vom 5. Oktober 1994, Slg. 1994, I-4686), und in höherem Maß in der Rechtssache C-262/97, Engelbrecht (Urteil vom 26. September 2000, Slg. 2000, I-3721), getroffenen Urteile werfen ein neues Licht auf die Verpflichtungen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, wenn diese ihre nationalen Bestimmungen im Bereich der Sozialversicherung auf Wanderarbeitnehmer anwenden. Dem EuGH zufolge kann die Anwendung der nationalen Gesetzgebung auf den Wanderarbeitnehmer, die genauso auch für den sesshaften Arbeitnehmer gilt, unvorhergesehene und wenig mit dem Ziel von Artikel 39 bis 42 EG zu vereinbarende Auswirkungen haben. Es obliegt den zuständigen Behörden, diese Auswirkungen so weit als möglich zu vermeiden oder abzuschwächen und dafür alle zur Verfügung stehenden Mittel anzuwenden. Insbesondere soll das innerstaatliche Recht so ausgelegt werden, dass es mit den „Anforderungen des Gemeinschaftsrechts“ gemäß dem in Artikel 10 EG dargelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit vereinbar ist.

Die Umstände der Rechtssache Van Munster lieferten die Grundlage für eine solche Analyse. Demgemäß hat in den Niederlanden jede verheiratete Person im Alter von 65 Jahren Anrecht auf eine persönliche Rente in Höhe von 50 % des Nettomindestlohns, zu denen weitere 50 % hinzukommen, wenn für den Unterhalt eines Ehegatten unter 65 Jahren gesorgt werden muss (also 100 % des Nettomindestlohns). In Belgien dagegen wird die Rentenhöhe auf der Grundlage der Versicherungszeiten berechnet, so dass dem Arbeitnehmer 75 % des Bruttolohns zustehen, wenn dessen Ehegatte keine berufliche Tätigkeit ausübt und keine Rente bezieht („Tarif für Verheiratete“), und allen anderen Arbeitnehmern 60 % („Tarif für Alleinstehende“).

⁽²¹⁵⁾ Siehe unsere Studie „Le devoir de loyauté dans l'ordre juridique communautaire“, *Droit social*, 1999, S. 908.

In vorliegendem Fall war Herr Van Munster, nachdem er eine belgische Rente nach dem „Tarif für Verheiratete“ bezogen hatte, im Rahmen der belgischen Gesetzgebung der „Tarif für Alleinstehende“ zugewiesen worden, als seine nicht arbeitende und in den Niederlanden wohnende Ehefrau das 65. Lebensjahr erreichte und eine persönliche Rente nach niederländischem Gesetz erhielt (50 % des Nettomindestlohns), obwohl die Bewilligung dieser Rente keine Erhöhung der Einkünfte des Paares insgesamt mit sich brachte (weil sie zeitgleich zu einer Verminderung in gleicher Höhe der Rente des Ehemanns erfolgte). Angesichts dieser Folgen hat der EuGH entschieden, dass die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit „mit sich bringt, dass (die belgischen Behörden) überprüfen, ob ihre Gesetzgebung eins zu eins auf den Wanderarbeitnehmer angewendet werden kann und auf dieselbe Art und Weise wie auf den sesshaften Arbeitnehmer, ohne dass diese Anwendung zum Verlust eines Sozialversicherungsvorteils für diesen Wanderarbeitnehmer führt und ihn deshalb davon abbringt, effektiv sein Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit wahrzunehmen“. Was das nationale Gericht angeht, so hat es „das nationale Recht, das es anzuwenden hat, so weit wie möglich in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen“.

Was geschieht aber, wenn die Auslegungsmodi der internen Rechtsordnung nun gerade keine „mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechende Auslegung“ zulassen? Muss der nationale Richter dann die betroffenen nationalen Bestimmungen ausschließen?

Nach der Rechtsprechung in der Rechtssache Simmenthal⁽²¹⁶⁾ haben die nationalen Rechtsprechungen die Verpflichtung, dem Gemeinschaftsrecht zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen, „und bei Bedarf jede im Gegensatz dazu stehende, auch nachträgliche Bestimmung der nationalen Gesetzgebung außer Acht zu lassen“ (Randnr. 21). Muss man diesen Grundsatz auf den möglichen Fall ausdehnen, bei

⁽²¹⁶⁾ Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77, Slg. 1978, 629.

dem die nationale Bestimmung, ohne dem Gemeinschaftsrecht entgegenzustehen, unter bestimmten Umständen eine Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, insbesondere, wenn sie mit einer Situation zu tun hat, die Elemente der Rechtslage eines Ausländers enthält, wodurch die gleichzeitige Anwendung der Gesetzgebung eines anderen Mitgliedstaats erforderlich wird?

In seinem Engelbrecht-Urteil hat der EuGH diese Frage ohne Umschweife folgendermaßen beantwortet:

„Wenn eine solche konforme Anwendung nicht möglich ist, muss die nationale Rechtsprechung voll und ganz das Gemeinschaftsrecht anwenden und die Rechte schützen, die es den Einzelpersonen zugesteht, wobei bei Bedarf jede Bestimmung unberücksichtigt bleibt, deren Anwendung *unter den Umständen des vorliegenden Falls* zu einem dem Gemeinschaftsrecht entgegengesetzten Ergebnis führen würde (siehe analog dazu das Urteil vom 21. Mai 1987 in der Rechtssache 249/85, Albako, Slg. 1987, 2345, Randnrn. 13 und folgende)“ (Randnr. 40; Hervorhebung durch den Verfasser).

Der Fall stellte sich folgendermaßen dar: Der Verlust eines sozialen Vorteils durch einen Arbeitnehmer allein aufgrund der Bewilligung einer ähnlich gearteten Leistung an seinen Ehegatten im Rahmen der Gesetzgebung eines anderen Mitgliedstaats, obwohl dieser Umstand keine Erhöhung der Gesamteinkünfte des Haushalts nach sich gezogen hatte (weil sie gleichzeitig zu einer Verringerung um denselben Betrag der persönlichen Rente des Arbeitnehmers im selben Staat geführt hatte), war dergestalt, dass „die Ausübung des Rechtes auf Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft behindert wurde“, die in Artikel 39 EG festgelegt ist (Randnrn. 41 und 42).⁽²¹⁷⁾

⁽²¹⁷⁾ Siehe in diesem Sinne auch das Urteil vom 18. April 2001 in der Rechtssache C-290/00, Duchon, Slg. 2002, I-3567, in dem der Gerichtshof geurteilt hat, dass der Verlust eines sozialen Vorteils für einen Arbeitnehmer aufgrund der Gewährung einer Leistung derselben Natur an seinen Ehepartner, wenn dieser Umstand keine Erhöhung der Gesamtressourcen des Paares mit sich bringt, die Ausübung des Arbeitsfreizügigkeitsrechts innerhalb der Gemeinschaft behindert, das in Artikel 39 EG verankert ist.

Dieses Urteil ist die konsequente Folge der EuGH-Rechtsprechung bezüglich Artikel 10 EG. In der Tat ergibt sich aus dieser Rechtsprechung, dass der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit für die Mitgliedstaaten eine spezifische Verpflichtung nach sich zieht, die sich nicht darauf beschränkt, nicht entgegen dem Gemeinschaftsrecht zu handeln oder sich zu verhalten; es obliegt ihnen weiterhin, selbst bei der Ausübung von Hoheitsrechten, die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen und die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft, der sie ja angehören, zu garantieren.

Doch damit das Gemeinschaftsrecht seine volle Wirksamkeit entfalten kann, muss der nationale Richter manchmal infolge des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit eine nationale Regel unberücksichtigt lassen, deren Anwendung die Verwirklichung von Sinn und Zweck des Vertrags berührt oder behindert. Der EuGH hat mehrfach in diesem Sinne entschieden; so mussten zum Beispiel bei der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten gewisse nationale Regeln vom Richter unberücksichtigt gelassen werden, weil sie die Durchsetzung des von Artikel 234 EG ⁽²¹⁸⁾ vorgesehenen Verfahrens in Anbetracht der besonderen Umstände des Falls verhinderte, was die Anwendung der durch die gemeinschaftliche Rechtsprechung übertragenen Rechte sehr erschwerte ⁽²¹⁹⁾; in der Sache *Factortame* ⁽²²⁰⁾ wurde der nationale Richter eingeladen, die Anwendung eines im englischen Recht verankerten Prinzips zu unterlassen, dem zufolge gegen die Krone keine einstweilige Verfügung erlassen werden kann.

Natürlich lag in den Fällen *Van Munster* und *Engelbrecht* der Ursprung der Behinderung in der Anwendung einer nationalen Vorschrift in Verbindung mit der Gesetzgebung eines anderen Mitgliedstaats. Doch handelte es sich um genau diejenige Einschränkungform der Arbeitnehmerfreizügigkeit,

⁽²¹⁸⁾ Siehe Urteil vom 16. Januar 1974 in der Rechtssache 166/73, *Rheinhöhlen*, Slg. 1974, 32, Randnrn. 2 und 3.

⁽²¹⁹⁾ Siehe Urteil vom 14. Dezember 1991 in der Rechtssache C-131/93, *Peterbroeck*, Slg. 1995, I-4599.

⁽²²⁰⁾ Siehe Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89, Slg. 1990, I-2433.

die sich aus der Ungleichheit der nationalen Sozialversicherungssysteme ergibt, die der Rat gemäß Artikel 42 EG über den Koordinationsweg aufheben sollte. Dennoch beinhaltet die Loyalitätspflicht für die Mitgliedstaaten den vollen Einsatz aller Mittel, um Sinn und Zweck des Vertrags zu erreichen, selbst wenn keine Durchsetzungsmaßnahmen mittels gemeinschaftlicher Institutionen vorhanden sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Umstände darauf hinweisen, dass eine solche Handlungsweise im Interesse der Gemeinschaft nötig wäre, aber sie diese nicht in Angriff genommen haben ⁽²²¹⁾.

Erschwerend kommt hinzu, dass aufgrund ständiger Veränderungen der nationalen Sozialversicherungsgesetzgebungen nicht in jedem Fall garantiert werden kann, dass jede sich aus der Verschiedenheit der nationalen Gesetzgebungen ergebende Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgehoben werden kann.

III. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Diese Übersicht über die Rechtsprechung des EuGH lässt den entscheidenden Einfluss des Gerichtshofs auf den Aufbau eines sozialen Europas in einem der wesentlichen Elemente klar erkennen, das üblicherweise als das Europäische Sozialmodell bezeichnet wird, auch wenn dieser Begriff unter bestimmten Aspekten etwas missbräuchlich ist ⁽²²²⁾, nämlich der sozialen Sicherheit. Sie ist auch die Frucht eines dau-

⁽²²¹⁾ Siehe in diesem Sinne das Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 32/79, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1980, 2403, Randnrn. 10, 15 und 25, in dem der EuGH die Auffassung vertrat, dass das Vereinigte Königreich gemäß dem früheren Artikel 5 (nunmehr Artikel 10) die notwendigen Maßnahmen ergreifen musste, um die Wahrung der Fischereieinkünfte im betreffenden Gebiet zu sichern, was einem Zweck des Vertrags entspricht, und dies vor Auslaufen der von der Beitrittsakte vorgesehenen Übergangszeit (insbesondere, wenn es der Gemeinschaft aufgrund bleibender unterschiedlicher Standpunkte innerhalb des Rates nicht gelingt, eine bestimmte Politik voranzutreiben), also bevor die Kompetenz in diesem Bereich ausschließlich der Gemeinschaft obliegt. Der EuGH hat zwar die Bestätigung nationaler Maßnahmen mit strengen Einschränkungen umgeben, damit die Ausübung gemeinschaftlicher Kompetenzen gewahrt bleibt, doch der eigentliche Grundsatz einer Verpflichtung des Mitgliedstaats wurde vom EuGH entsprechend Artikel 10 EG anerkannt.

⁽²²²⁾ Siehe unsere Studie „*Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social*“, in *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne* (sous la dir. de J.-V. Louis et S. Rodrigues), Bruylant, 2006, S. 99, 100.

erhaften und konstruktiven Dialogs zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten, die angerufen werden, um sich in erster Linie zu den Auslegungs- und Anwendungsfragen des Gemeinschaftsrechts in diesem Bereich zu äußern, der, was es anzuerkennen gilt, unter einer gewissen Esoterik leidet. Dieser Dialog ist umso mehr entscheidend, als die nationa-

len Richter „im Hinblick auf die letzte Stufe der Anwendung der Regel“, wie dies Louis Dubouis in gelungener Weise zum Ausdruck bringt ⁽²²³⁾, die Garanten für den Respekt der Rechte sind, die die Unionsbürger sowie übrigens auch die Angehörigen anderer Länder aus der Rechtsordnung der Gemeinschaft ableiten.

⁽²²³⁾ „La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire“, *Revue Française de droit administratif*, 1992, S. 9.

ERRUNGENSCHAFTEN IN 50 JAHREN DER KOORDINIERUNG DER SOZIALEN SICHERHEIT IN EUROPA

Rob Cornelissen
*Europäische Kommission,
Direktion „Sozialschutz und soziale Integration“* ⁽²²⁴⁾

Rob Cornelissen ist Niederländer. Er schloss das Studium an der juristischen Fakultät der katholischen Universität in Nimwegen (Niederlande) ab und promovierte dort im März 1984.

Seit September 1983 ist er für Generaldirektion Beschäftigung der Europäischen Kommission tätig.

In der Zeit vom 1. Mai 1990 bis zum 1. September 2008 leitete er verschiedene Bereiche der Generaldirektion Beschäftigung.

Seit dem 1. September 2008 ist er Berater der Direktion „Soziale Eingliederung und Sozialschutz“ in der Generaldirektion Beschäftigung.

Er hat zahlreiche Artikel verfasst und ist Koautor mehrerer Bücher zu Themen wie Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. (*)



I. EINLEITUNG

In einem beschränkten Zeitrahmen können nicht alle Errungenschaften des Koordinierungssystems seit 1958 behandelt werden, dem Jahr, in dem die Verordnungen Nr. 3 und Nr. 4 verabschiedet wurden. Eine Auswahl führt immer dazu, dass einige Themen – sogar bedeutende – nicht angesprochen werden. In diesem Vortrag soll nicht der Anschein einer vollständigen Übersicht über alle Errungenschaften des Koordinierungssystems in den letzten 50 Jahren erweckt werden. Ich möchte mich in meinem Beitrag vielmehr auf die folgenden Themenfelder konzentrieren:

- die Auswirkungen des Koordinierungssystems auf das Prinzip der Territorialität;
- das große Spektrum an Personen, denen der Schutz des Koordinierungssystems geboten wird;

- die Anwendbarkeit des sachlichen Geltungsbereichs des Koordinierungssystems auf Entwicklungen bei der nationalen Gesetzgebung;
- die Entstehung eines separaten Koordinierungssystems für beitragsunabhängige Sonderleistungen durch das Zusammenwirken von Gerichtshof und Legislative;
- die starken Auswirkungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung;
- das Koordinierungssystem als erstes und noch heute bedeutendes Instrument der grenzüberschreitenden Gesundheitsfürsorge.

Den Schwerpunkt meines Vortrags werden die positiven Errungenschaften der letzten 50 Jahre bilden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ich mir der Herausforderungen nicht bewusst wäre, die vor uns liegen. Mit einer Reihe dieser Herausforderungen werde ich mich in meinen Schlussfolgerungen befassen.

⁽²²⁴⁾ Dr. Rob Cornelissen ist Berater in der Direktion „Sozialschutz und soziale Integration“ der Europäischen Kommission in Brüssel. Dieser Artikel spiegelt nur die persönlichen Ansichten des Autors wider.

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

Errungenschaften trotz Einschränkungen

Bevor ich näher auf die bereits erwähnten Themenfelder eingehe, ist es wichtig, an die Einschränkungen zu erinnern, die sich aus der Zielsetzung von Artikel 42 EG ergeben.

Wie Simon Roberts in seinem Beitrag erläuterte, koordinieren die auf diesem Artikel basierenden Verordnungen nur die verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit. Sie befassen sich nicht mit den Unterschieden zwischen den einzelnen Systemen – beispielsweise hinsichtlich der Definition von „Familienangehörigen“ (eingetragene Lebensgemeinschaften, gleichgeschlechtliche Ehen, Altersbeschränkungen bei Kindern als Bedingung für Familienleistungen usw.), des Konzepts der „Erwerbsunfähigkeit“ (eine Person, die in drei Mitgliedstaaten arbeitete, gilt in Mitgliedstaat A als „vollständig erwerbsunfähig“, in Mitgliedstaat B als „teilweise erwerbsunfähig“ und in Mitgliedstaat C als „erwerbsfähig“) oder von Altersvoraussetzungen für den Rentenbezug – und können auch keinen Einfluss darauf nehmen. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, könnten diese Unterschiede dazu führen, dass Personen, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen umziehen, gegenüber anderen benachteiligt werden, die ihr gesamtes Berufsleben in einem einzigen Mitgliedstaat verbringen. ⁽²²⁵⁾ Diese Grenzen der Koordinierung sind für die Bürger Europas manchmal nur schwer verständlich.

II. DIE AUSWIRKUNGEN DES KOORDINIERUNGSSYSTEMS AUF DAS PRINZIP DER TERRITORIALITÄT

Die ausschließliche Anwendung nationalen Rechts könnte sich negativ auf Personen auswirken, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen ziehen. Die nationalen Gesetze zur sozialen Sicherheit beziehen

⁽²²⁵⁾ Urteil vom 19. März 2002 in den verbundene Rechtssachen C-393/99 und C-394/99, Hervein und Hervillier.

die besondere Situation von Menschen, die in einem anderen Land gelebt oder gearbeitet haben, im Allgemeinen nicht ein. ⁽²²⁶⁾ Nationale Gesetzesvorschriften steuern die jeweiligen Systeme der sozialen Sicherheit im Einklang mit nationalen Zielen. Die Systeme der sozialen Sicherheit werden beispielsweise auf Personen beschränkt, die im Hoheitsgebiet des jeweiligen Staats arbeiten oder ansässig sind. Leistungen werden jenen garantiert, die einen bestimmten Zeitraum entsprechend dem Sozialversicherungssystem des Landes gearbeitet oder verbracht haben; Familienleistungen werden Versicherten gewährt, deren Kinder sich im Staatsgebiet aufhalten, und Personen, die im Territorium des jeweiligen Staats ansässig sind, wird die Zahlung bestimmter Leistungen zugesichert. Im Allgemeinen wird bei der Untersuchung des „Territorialitätsprinzips“ ⁽²²⁷⁾ auf die Freiheit der Mitgliedstaaten verwiesen, diese territorialen Elemente heranzuziehen, um den Umfang ihrer Systeme der sozialen Sicherheit zu definieren sowie die für die Zahlung von Leistungen erforderlichen Bedingungen und Voraussetzungen zu ermitteln.

Die Verordnungen der Gemeinschaft zielen darauf ab, die Auswirkungen dieses „Territorialitätsprinzips“ ⁽²²⁸⁾ auf Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen abzumildern.

Dieses Ziel wurde durch eine Vielzahl von Vorschriften im Rahmen der Verordnungen erreicht, die im Lauf der Jahre weiterentwickelt und gestärkt wurden. Dazu zählen die ausschließli-

⁽²²⁶⁾ Es gibt in diesem Zusammenhang natürlich Ausnahmen wie Vorschriften, die darauf abzielen, eine Zusammenrechnung der gewährten Leistungen aus einem Staat mit den gewährten Leistungen nach den Gesetzen eines anderen Staats zu verhindern.

⁽²²⁷⁾ Werner Tegtmeier (1991), „Erfahrungen und Vorstellungen aus deutscher Sicht“, in *Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1991.

⁽²²⁸⁾ Rob Cornelissen: „The principle of territoriality and the Community Regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)“, *Common Market Law Review*, 1996, Jg. 33.

che⁽²²⁹⁾ und verbindliche Wirkung⁽²³⁰⁾ der Regelungen zu Gesetzeskonflikten, die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten für den Bezug von Leistungen⁽²³¹⁾, die Aufhebung von Wohnortklauseln⁽²³²⁾ und die grenzüberschreitende Anerkennung von Sachverhalten⁽²³³⁾. Wie Simon Roberts erläuterte, war das Ziel der Verordnungen von Anfang an, alle Schranken im Bereich der sozialen Sicherheit zu beseitigen, die einer echten Freizügigkeit der Arbeitnehmer entgegenstehen. Sämtliche Bestimmungen der Verordnungen müssen im Zusammenhang mit Artikel 42 EG interpretiert werden. Dies bedeutet beispielsweise, dass die Zusammenrechnungsbestimmungen weit ausgelegt werden müssen, um Fälle einzubeziehen, die nicht direkt durch diese Vorschriften geregelt werden.⁽²³⁴⁾ Dies kann dazu führen, dass Bestimmungen in einer Weise ausgelegt werden

müssen, die von der Legislative nicht vorgesehen war.⁽²³⁵⁾

In einer Europäischen Union mit 27 Mitgliedstaaten ist es beinahe unmöglich, sich mit allen Problemen zu befassen, die für Personen, die sich innerhalb der Union bewegen, im Bereich der sozialen Sicherheit entstehen könnten. Die Anwendung eines nationalen Gesetzes auf einen Wanderarbeitnehmer auf dieselbe Art wie auf einen stationären Arbeitnehmer kann zu unerwarteten Folgen führen, die im Widerspruch zu den Artikeln 39 und 42 EG stehen. In derartigen Fällen erfordert das in Artikel 10 des EG-Vertrags dargelegte Prinzip der Zusammenarbeit in gutem Glauben von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten den Einsatz aller zur Verfügung stehenden Mittel, um das Ziel der Freizügigkeit gemäß Artikel 39 bis 42 EG zu erreichen.⁽²³⁶⁾ Dazu zählt auch, dass die Behörden bei der Anwendung nationaler Gesetze diese so weit wie möglich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auslegen sollen. Ist eine Auslegung im Einklang mit diesen Anforderungen unmöglich, müssen die nationalen Behörden Gemeinschaftsrecht anwenden und dazu falls notwendig auf die Anwendung nationalen Rechts verzichten.⁽²³⁷⁾

III. DAS GROSSE SPEKTRUM AN PERSONEN, DIE DURCH DAS KOORDINIERUNGSSYSTEM ABGEDECKT WERDEN

A. Von Arbeitnehmern zu EU-Bürgern

Ursprünglich war das Ausmaß der europäischen Integration auf einen gemeinsamen Markt beschränkt.

⁽²²⁹⁾ Dies bedeutet, dass Personen, auf die das Koordinierungssystem Anwendung findet, nur den Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats unterliegen [Artikel 13 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004]. Die Gültigkeit dieser Bestimmung wurde durch den Gerichtshof bestätigt: Urteile vom 12. Juni 1986 in der Rechtssache 302/84, Ten Holder, vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 60/85, Luyten, und vom 15. Februar 2000 in der Rechtssache C-34/98, Kommission gegen Frankreich. In seinem jüngsten Urteil vom 20. Mai 2008 in der Rechtssache C-352/06, Bosmann, urteilte der Gerichtshof jedoch, dass einem Mitgliedstaat das Recht, Personen, die in seinem Staatsgebiet ansässig sind, Kindergeld zukommen zu lassen, nicht verweigert werden kann, selbst wenn es sich nicht um den zuständigen Staat handelt. Bedeutet dieses Urteil nun das Ende der ausschließlichen Wirkung der Regeln zu Gesetzeskonflikten? Das Urteil ist in dieser Hinsicht nicht völlig eindeutig. Einerseits kam der Europäische Gerichtshof zum Schluss, dass dem Wohnsitzstaat das Recht, Familienleistungen zu gewähren, auch dann nicht verwehrt werden kann, wenn er nicht der zuständige Staat ist, da die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Sinne der Ziele von Artikel 42 EG interpretiert werden müssen. Andererseits betonte der Gerichtshof ausdrücklich, dass das Gemeinschaftsrecht (und nicht nur die Verordnung) den deutschen Behörden nicht vorschreibt, Familienleistungen zu gewähren.

⁽²³⁰⁾ Das heißt, dass nationale Bedingungen ausgehebelt werden, wenn ihre Anwendung die Umsetzung der Gemeinschaftsregelung zu Gesetzeskonflikten praktisch unmöglich machen würde. Einer Person, die beispielsweise in einem Mitgliedstaat ansässig ist, aber in einem anderen arbeitet, kann der Zugang zu den sozialen Sicherungssystemen des letzteren nicht allein aufgrund der Tatsache, dass sie dort nicht wohnhaft ist, verweigert werden (Urteile vom 3. Mai 1990 in der Rechtssache C-2/89, Kits van Heijningen, und vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-196/90, De Paep).

⁽²³¹⁾ Artikel 6 und 61 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽²³²⁾ Artikel 7 und 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽²³³⁾ Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽²³⁴⁾ Urteile vom 26. Oktober 1995 in den Rechtssachen C-481/93, Moscato, und C-482/93, Klaus.

⁽²³⁵⁾ Urteile vom 10. Juni 1982 in der Rechtssache 92/81, Carraciolo; vom 23. Oktober 1986 in der Rechtssache 300/84, Van Roosmalen; vom 9. November 2006 in der Rechtssache C-205/05, Nemeč, sowie vom 20. Mai 2008 in der Rechtssache C-352/06, Bosmann. In letzter Konsequenz müssen in einer Verordnung enthaltene Bestimmungen als ungültig erachtet werden, wenn sie den Zielen der Artikel 39 bis 42 zuwiderlaufen: Siehe die Urteile vom 21. Oktober 1975 in der Rechtssache 24/75, Petroni, vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84, Pinna, vom 18. April 2002 in der Rechtssache C-290/00, Duchon, und vom 31. Mai 2001 in der Rechtssache C-43/99, Leclere.

⁽²³⁶⁾ Urteile vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-165/91, Van Munster, und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-262/97, Engelbrecht.

⁽²³⁷⁾ Siehe Randnr. 40 des Engelbrecht-Urteils.

Das Konzept der vier Freiheiten – von Kapital, Waren, Dienstleistungen und Arbeitnehmern – war wirtschaftlich begründet. Der anfängliche Gedanke, der den Verordnungen zugrunde lag, war zu verhindern, dass Arbeitnehmer im Bereich der sozialen Sicherheit für die Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit bestraft würden. Die Verordnung Nr. 3 bezog sich daher nur auf „abhängig Beschäftigte und sonstige gleichgestellte Arbeitnehmer“, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats waren, sowie deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Die sehr weitgefaste Definition des Konzepts „Arbeitnehmer“ in Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 spiegelt die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu diesem Begriff nach Verordnung Nr. 3 wider.⁽²³⁸⁾ Sie schließt alle Personen ein, die vom auf Arbeitnehmer ausgerichteten System der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats abgedeckt werden und sich aus einem beliebigen Grund im Gebiet der Union bewegen. Im Gegensatz zur Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, die auf Artikel 39 EG basiert, muss das Recht auf Freizügigkeit nicht ausgeübt werden, um die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 geltend zu machen, die auf Artikel 42 EG fußt. Letztere enthält in der Tat eine Reihe von Bestimmungen, die den Rahmen der Freizügigkeit übersteigen. Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 garantiert beispielsweise, dass Arbeitnehmer (sowie Selbstständige oder Studierende) – selbst wenn sie noch nie in einem anderen Mitgliedstaat gearbeitet haben – und ihre Familienangehörigen, die sich vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, als dem, in dem sie versichert sind, ein Anrecht auf alle Sachleistungen haben, die aus medizinischen Gründen notwendig sind.⁽²³⁹⁾

⁽²³⁸⁾ Siehe auch der Schlussantrag von Generalanwalt Mayras in der Rechtssache 17/76, Brack.

⁽²³⁹⁾ Die Kosten trägt der zuständige Staat.

Im Jahr 1981 wurde der Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Selbstständige und im Jahr 1999 auf Studierende ausgedehnt.⁽²⁴⁰⁾

In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof mehrfach betont, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht nur der Förderung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dient, sondern auch die Niederlassungsfreiheit⁽²⁴¹⁾, den freien Dienstleistungsverkehr⁽²⁴²⁾ und sogar den freien Personenverkehr⁽²⁴³⁾ unterstützen soll.

Artikel 22a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 liefert ein weiteres erstaunliches Beispiel für die Tatsache, dass die Verordnung den ursprünglichen Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer inzwischen weit übersteigt. Seit dem 1. Januar 1996⁽²⁴⁴⁾ gilt der Schutz nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstaben a und c sogar für alle Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats und nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats versichert sind (beispielsweise nicht erwerbstätige Personen, die in einem aufenthaltsbasierten System versichert sind).

Die Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht war ein wichtiger Schritt in der Entwicklung von einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit ihrem wirtschaftlichen Schwerpunkt hin zu einer politischen Europäischen Union,

⁽²⁴⁰⁾ Artikel 1 Buchstabe ca der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 definiert den Begriff „Studierender“ als „jede Person außer einem Arbeitnehmer, einem Selbstständigen oder einem seiner Familienangehörigen oder Hinterbliebenen im Sinne dieser Verordnung, die ein Studium oder eine Berufsausbildung absolviert, das/die zu einem von den Behörden eines Mitgliedstaats offiziell anerkannten Abschluss führt, und die im Rahmen eines allgemeinen Systems der sozialen Sicherheit oder eines auf Studierende anwendbaren Sondersystems der sozialen Sicherheit versichert ist“.

⁽²⁴¹⁾ Urteil vom 19. März 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-393/99 und C-394/99, Hervein.

⁽²⁴²⁾ Urteile vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C-202/97, Fitzwilliam, Randnr. 28; vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-56/01, Inizan, Randnrn. 21 und 25; vom 12. April 2005 in der Rechtssache C-145/03, Keller, Randnr. 46, sowie vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache C-372/04, Watts, Randnr. 54.

⁽²⁴³⁾ Urteile vom 23. November 2000 in der Rechtssache C-135/99, Elsen; vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98, Vanbraekel, Randnr. 32; vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-56/01, Inizan, Randnrn. 21 und 25, vom 12. April 2005 in der Rechtssache C-145/03, Keller, Randnr. 46, sowie vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache C-372/04, Watts, Randnr. 54.

⁽²⁴⁴⁾ Verordnung (EG) Nr. 3095/95 vom 22. Dezember 1995 (ABl. L 335 vom 30.12.1995, S. 1).

die den Interessen und dem Wohl aller ihrer Bürger dient, unabhängig davon, ob diese an wirtschaftlichen Aktivitäten beteiligt sind. In der Vergangenheit wurde beim Recht auf Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit in der EU ein schrittweiser Ansatz verfolgt.⁽²⁴⁵⁾ Die Unionsbürgerschaft überträgt allen Unionsbürgern das Recht auf Freizügigkeit. Dies wird durch die Tatsache verdeutlicht, dass es nun ein einzelnes Gemeinschaftsinstrument gibt, das sich mit dem Recht auf Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit in der EU befasst.⁽²⁴⁶⁾ Daher war es keine Überraschung, dass die Kommission 1998 in ihrem Vorschlag⁽²⁴⁷⁾ zur Vereinfachung und Modernisierung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 anregte, die neue Verordnung auf alle EU-Staatsangehörigen auszudehnen, die nach nationalem Recht versichert sind.⁽²⁴⁸⁾ Die Legislative stimmte dem zu: Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt für alle Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats, die nach nationalem Recht versichert sind – unabhängig davon, ob es sich um Arbeitnehmer, Selbstständige, Studierende, Beamte, Rentner oder auch nicht erwerbstätige Personen handelt –, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

B. Familienangehörige: von Kermaschek bis Cabanis-Isarte

Wie wir gesehen haben, ist die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für Arbeitnehmer, Selbstständige und Studierende, die im Moment oder in der Vergangenheit der Gesetzgebung eines oder mehrerer Mitgliedstaaten unterliegen bzw. unterlagen und die

Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind⁽²⁴⁹⁾, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen gültig.

Familienangehörige und Hinterbliebene können sich jedoch nicht auf die Verordnung in ihrer Gesamtheit stützen. Nach der Meinung des Europäischen Gerichtshofs unterscheidet die Legislative der Gemeinschaft zwischen zwei unterschiedlichen Kategorien: Arbeitnehmern einerseits sowie ihren Familienangehörigen und Hinterbliebenen andererseits. In seinem Urteil vom 23. November 1976⁽²⁵⁰⁾ entschied der Gerichtshof, dass Angehörige und Hinterbliebene die Verordnung nur in Bezug auf *abgeleitete Rechte* geltend machen können, Rechte auf Leistungen also, die sie durch ihren Status als Familienangehörige oder Hinterbliebene erworben haben, wie Familienleistungen, Gesundheitsfürsorge und Hinterbliebenenrenten. Dieses sogenannte Kermaschek-Prinzip bewirkte, dass Familienangehörige oder Hinterbliebene die Verordnung *nicht* geltend machen konnten, *außer* es handelte sich um Leistungen, die sie durch ihren Status als Familienmitglieder erworben hatten. 20 Jahre später präziserte der Gerichtshof seine Rechtsprechung deutlich. In seinem Urteil in der Rechtssache Cabanis-Isarte⁽²⁵¹⁾ begrenzte der Gerichtshof die Gültigkeit der Kermaschek-Regel auf Fälle, in denen sich Familienangehörige eines Arbeitnehmers auf Bestimmungen der Verordnung beziehen, die nur auf Arbeitnehmer anwendbar sind. Praktisch bedeutet dies, dass Familienangehörige die Verordnung jetzt geltend machen *dürfen*, *außer* sie beziehen sich auf Bestimmungen, die nur auf Arbeitnehmer anwendbar sind, wie etwa den Abschnitt „Leistungen bei Arbeitslosigkeit“. Familienangehörige können nun beispielsweise den Gleichbehandlungsgrundsatz, der in Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 niedergelegt ist, in Anspruch nehmen. Ein weiteres Beispiel: Nach Artikel 73 der Verordnung

⁽²⁴⁵⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968 (ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2), Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15. Oktober 1968 (ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 13), Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21. Mai 1973 (ABl. L 172 vom 28.6.1973, S. 14), Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 (ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 26), Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 (ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 28) sowie Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 (ABl. L 317 vom 18.12.1993, S. 59).

⁽²⁴⁶⁾ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77).

⁽²⁴⁷⁾ ABl. C 38 vom 12.2.1999.

⁽²⁴⁸⁾ Natürlich unter der Voraussetzung, dass ein grenzüberschreitendes Element vorhanden ist. Die auf Artikel 42 EG basierenden Verordnungen der Gemeinschaft gelten nicht in Situationen, die vollständig auf einen Mitgliedstaat beschränkt sind: Urteile vom 11. Oktober 2001 in der Rechtssache C-95/99, Khalil, Randnrn. 69-72, sowie vom 1. April 2008 in der Rechtssache C-212/06, Wallonische Regierung gegen Flämische Regierung, Randnr. 33.

⁽²⁴⁹⁾ Außerdem für staatenlose Personen oder Flüchtlinge, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

⁽²⁵⁰⁾ Urteil vom 23. November 1976 in der Rechtssache 40/76, Kermaschek.

⁽²⁵¹⁾ Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-308/93.

(EWG) Nr. 1408/71 hat der *Ehepartner* eines Arbeitnehmers, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt und mit seiner Familie in einem anderen Mitgliedstaat lebt, im Beschäftigungsstaat Anspruch auf Familienleistungen wie Erziehungsgeld. Dem Ehepartner dürfen solche Leistungen nicht auf der Grundlage einer Unterscheidung zwischen dem persönlichen Recht eines Arbeitnehmers und den durch Familienangehörige erworbenen abgeleiteten Rechten verwehrt werden. Eine derartige Unterscheidung ist nur dann relevant, wenn sich Familienangehörige auf Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 beziehen, die nur auf Arbeitnehmer und nicht auf Familienmitglieder anwendbar sind, wie diejenigen in Bezug auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit.⁽²⁵²⁾ Bei Familienleistungen wird hingegen prinzipiell nicht unterschieden.⁽²⁵³⁾

C. Die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen in das Koordinierungssystem

Als Familienangehörige oder Hinterbliebene von Arbeitnehmern, Selbstständigen oder Studierenden, die Staatsbürger eines EU-Mitgliedstaats sind oder der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats unterliegen, waren Angehörige von Drittstaaten schon immer von den Koordinierungsverordnungen abgedeckt. Wie in Abschnitt II erläutert, erwächst daraus jedoch nur ein begrenzter Schutz.

Nur Arbeitnehmer und Selbstständige (sowie Studierende), die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats bzw. staatenlose Personen oder Flüchtlinge mit Wohnsitz im Staatsgebiet eines Mitgliedstaats sind, können die Gemeinschaftsverordnungen in vollem Umfang geltend machen. Daraus ergibt sich, dass Arbeitnehmer und Selbstständige, die Staatsangehörige von Drittstaaten sind, prinzipiell nicht unter die Regelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen. Warum aber nicht?

⁽²⁵²⁾ Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-189/00, Ruhr.

⁽²⁵³⁾ Urteil vom 10. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-245/94 und C-312/94, Hoever-Zachow.

Wie bereits erwähnt, war der ursprüngliche Gedanke hinter den Koordinierungsverordnungen, zu verhindern, dass Arbeitnehmer im Bereich der sozialen Sicherheit für die Ausübung ihres in Artikel 39 EG verankerten Rechts auf Freizügigkeit bestraft würden. Da das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer nur Staatsbürgern der Mitgliedstaaten zukommt⁽²⁵⁴⁾, war es eine logische Folge, den Schutz der Verordnungen, die auf Artikel 51 des EWG-Vertrags basierten (entsprechend dem heutigen Artikel 42 EG), auf Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, zu beschränken. Aus diesem Grund besitzt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ebenso wie ihre Vorgängerin, Verordnung Nr. 3, nur Gültigkeit für Arbeitnehmer (und Selbstständige), die Staatsangehörige⁽²⁵⁵⁾ eines Mitgliedstaats sind.⁽²⁵⁶⁾

Im November 1997 legte die Kommission einen Vorschlag zur Erweiterung des Geltungsbereichs von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige vor.⁽²⁵⁷⁾ Dieser Vorschlag scheiterte jedoch aufgrund seiner Rechtsgrundlage. Drei Mitgliedstaaten (Dänemark, Großbritannien und Irland) waren der Meinung, dass angesichts der engen Verbindung zwischen Artikel 48 (entsprechend dem aktuellen Artikel 39 EG) und Artikel 51 (Artikel 42 EG) der letztgenannte keine Rechtsgrundlage für eine Ausweitung des Geltungsbereichs von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige darstellen könne. Die Diskussionen über die Rechtsgrundlage führten dazu, dass der Vorschlag auf Eis gelegt wurde.

In seinem Urteil vom 11. Oktober 2001 in der Rechtssache Khalil⁽²⁵⁸⁾ bestätigte der Europäische Gerichts-

⁽²⁵⁴⁾ Urteil vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache C-230/97, Awoyemi, Randnr. 29.

⁽²⁵⁵⁾ Außerdem für staatenlose Personen oder Flüchtlinge, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Zum Verständnis für die Gründe der Einbeziehung von Staatenlosen und Flüchtlingen in den persönlichen Geltungsbereich der Gemeinschaftsverordnungen siehe das Urteil vom 11. Oktober 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-95/99 bis C-98/99 sowie C-180/99, Khalil.

⁽²⁵⁶⁾ Sowie für ihre Familienangehörigen oder Hinterbliebenen, unabhängig von deren Nationalität (siehe vorstehender Abschnitt II).

⁽²⁵⁷⁾ ABl. C 6 vom 10.1.1998.

⁽²⁵⁸⁾ Verbundene Rechtssachen C-95/99 bis C-98/99 sowie C-180/99.

hof implizit, dass Artikel 42 EG keine rechtliche Grundlage für die Ausdehnung der Verordnung auf Drittstaatsangehörige liefert.

Die Entwicklungen der letzten zehn Jahre hinsichtlich der Rechtsgrundlage sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bereiteten den Weg für eine Ausweitung des Geltungsbereichs von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige. Im Vertrag von Amsterdam wurde der Vertrag durch Artikel 63 ergänzt. Darin wurde eine Zuständigkeit der Gemeinschaft für die Entwicklung von Maßnahmen zur Einwanderungspolitik sowie zur Definition der Rechte und Bedingungen, unter denen rechtmäßig in einem Mitgliedstaat ansässige Drittstaatsangehörige in einem anderen Mitgliedstaat leben dürfen, begründet.

Eine weitere wichtige Entwicklung war die Einführung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die im Dezember 2000 in Nizza vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission feierlich erklärt wurde. In ihr sind eine Reihe von Rechten verankert, die sowohl Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten als auch Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in den Mitgliedstaaten aufhalten, zuerkannt werden.⁽²⁵⁹⁾ Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Gaygusuz⁽²⁶⁰⁾ stellte die Diskussion um die Ausweitung des persönlichen Geltungsbereichs der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige in einen weiter gefassten rechtlichen Kontext. In diesem Urteil entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass Sozialversicherungsrechte Vermögensrechte darstellen und demzufolge die Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit durch die Europäi-

sche Konvention zum Schutz der Menschenrechte garantiert wird. In Folge dieses Urteils wurde in der Fachliteratur die Frage aufgeworfen⁽²⁶¹⁾, ob der Ausschluss von Drittstaatsangehörigen aus dem Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 mit den Grundrechten vereinbar ist, die einen Teil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bilden.

Bei einer Sondertagung im Oktober 1999 in Tampere schuf der Europäische Rat die Säulen einer europäischen Einwanderungspolitik. Eine der Säulen besagt, dass die Europäische Union „eine gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich im Hoheitsgebiet ihrer Mitgliedstaaten rechtmäßig aufhalten“, sicherstellen und ihnen „vergleichbare Rechte und Pflichten wie EU-Bürgern“ zuerkennen muss.

All diese Entwicklungen führten dazu, dass die Kommission im Februar 2002 einen neuen Vorschlag⁽²⁶²⁾ unterbreitete, um die Gültigkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige auszuweiten – diesmal auf der Grundlage von Artikel 63 Absatz 4 EG.⁽²⁶³⁾ Gleichzeitig wurde der Vorschlag aus dem Jahr 1997 zurückgezogen. Am 14. Mai 2003 wurde die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates⁽²⁶⁴⁾ angenommen, die den Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige ausweitet. Die Verordnung war die erste gesetzliche Bestimmung der Gemeinschaft, die im Rahmen des neuen Artikels 63 Absatz 4 EG verabschiedet wurde.⁽²⁶⁵⁾

Dank der Verordnung (EG) Nr. 859/2003 werden nun Drittstaatsangehörige von der aktuellen europäi-

⁽²⁵⁹⁾ Die Charta wurde jetzt in den Vertrag von Lissabon integriert und besitzt denselben Wert wie die Verträge. Artikel 6 Absatz 3 des neuen Vertrags über die Europäische Union besagt: „Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

⁽²⁶⁰⁾ Urteil vom 16. September 1996 in der Rechtssache 39/1995/545/632, Gaygusuz gegen Österreich.

⁽²⁶¹⁾ Herwig Verschueren: „EC social security coordination excluding third country nationals: still in line with fundamental rights after the Gaygusuz judgement?“, *Common Market Law Review* 1997, S. 991-1017.

⁽²⁶²⁾ ABl. C 126 vom 28.5.2002, S. 388.

⁽²⁶³⁾ Im Dezember 2001 hatte der Europäische Rat von Laeken bereits eine Übereinkunft zu Artikel 63 als geeignete Grundlage für eine mögliche Ausdehnung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige erzielt.

⁽²⁶⁴⁾ ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 1.

⁽²⁶⁵⁾ Später wurden noch weitere auf Artikel 63 Absatz 4 EG basierende Bestimmungen angenommen: Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. L 16 vom 23.1.2004, S. 44).

schen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 abgedeckt. Die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs dieser Verordnung hat den rechtlichen Status der Staatsangehörigen von Drittstaaten innerhalb der EU zweifellos deutlich gestärkt. Drittstaatsangehörige, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen ziehen, werden nun im Bereich der sozialen Sicherheit tatsächlich gegenüber EU-Staatsangehörigen gleichbehandelt.⁽²⁶⁶⁾ Die Erweiterung des Geltungsbereichs der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unterliegt jedoch zwei Bedingungen. Zunächst einmal muss sich die betreffende Person rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten. Dies ergibt sich aus Artikel 63 Absatz 4 EG, der die rechtliche Grundlage der Verordnung darstellt. Kein Gesetzgebungsakt der Gemeinschaft definiert, was mit „sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten“ gemeint ist.⁽²⁶⁷⁾ Unter Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten, versteht man diejenigen Personen, welche die rechtlichen Aufenthaltsvoraussetzungen des Mitgliedstaats, in dem sie sich aufhalten, erfüllen, sowie diejenigen, die aufgrund eines Rechts, das durch einen Gesetzgebungsakt der Gemeinschaft entstanden ist⁽²⁶⁸⁾, bzw. aufgrund einer internationalen Verpflichtung, die der betreffende Mitgliedstaat oder die Europäische Gemeinschaft – insbesondere im Rahmen von Assoziierungsabkommen – eingegangen sind, die Erlaubnis haben, sich dort aufzuhalten. Die zweite Einschränkung ist, dass die Bestimmung keine Anwendung auf „Sachverhalte, die mit keinem Element über die Grenze eines einzelnen Mitgliedstaats hinausweisen,“ findet.⁽²⁶⁹⁾ Mit anderen Worten: Es muss ein grenzüberschreitendes Element geben, von dem mindestens zwei Mitgliedstaaten betroffen sind.

Ein libanesischer Arbeitnehmer, der in Deutschland lebt und arbeitet, kann die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 beispielsweise nicht dazu heranziehen, Familienleistungen in derselben Höhe, wie sie deutschen Staatsangehörigen zustehen, zu beanspruchen, wenn seine Kinder in Deutschland ansässig sind. Halten sich seine Kinder jedoch in einem anderen Mitgliedstaat auf, kann er die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 geltend machen, da ein grenzübergreifendes Element zwischen den beiden Mitgliedstaaten vorliegt.

Das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements, das zwei oder mehr Mitgliedstaaten betrifft, führt dazu, dass die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, nicht in jedem Fall die Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen der Gemeinschaft in diesem Mitgliedstaat gewährleistet. Einige Gruppen von Drittstaatsangehörigen profitieren auch ohne ein grenzüberschreitendes Element zwischen Mitgliedstaaten von einer Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit. Dazu zählen beispielsweise Wissenschaftler⁽²⁷⁰⁾, langfristig in einem Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigte Personen⁽²⁷¹⁾ sowie Personen, die unter Sonderbestimmungen zur Gleichbehandlung in internationalen Abkommen zwischen der EU und einigen Drittstaaten fallen. So können türkische Arbeitnehmer Artikel 3 des Beschlusses 3/80⁽²⁷²⁾ des Assoziationsrats EWG-Türkei vom 19. September 1980 direkt geltend machen, um im Bereich der sozialen Sicherheit mit Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, in dem sie sich aufhalten, gleichgestellt zu werden. Dazu ist kein grenzüberschreitendes Element erforderlich. Die Gleichbehandlungsbestimmungen in den Abkommen, die mit Algerien, Marokko und Tunesien geschlossen wurden, wirken sich ebenfalls direkt

⁽²⁶⁶⁾ Die im Anhang enthaltenen Sonderbestimmungen zu Familienleistungen in Deutschland und Österreich haben nur begrenzte Auswirkungen.

⁽²⁶⁷⁾ Andere Sprachversionen von Artikel 63 Absatz 4 EG verwenden anstatt des Begriffs „aufhalten“ das Konzept des „Wohnsitzes“. Einige Beispiele für andere Sprachversionen: Englischer Text: „... who are legally resident in a member state“. Französischer Text: „... en situation régulière de séjour dans un Etat membre“. Niederländischer Text: „... die legaal in een lidstaat verblijven“.

⁽²⁶⁸⁾ Beispielsweise Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001, Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 sowie Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29. April 2004.

⁽²⁶⁹⁾ Dies ist auch die Formulierung, die der Gerichtshof bei seinem Urteil in der Rechtssache Khalil verwendete.

⁽²⁷⁰⁾ Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung (ABl. L 289 vom 3.11.2005, S. 15).

⁽²⁷¹⁾ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. L 16 vom 23.1.2004, S. 44).

⁽²⁷²⁾ Urteile vom 4. Mai 1999 in der Rechtssache C-262/96, Sürül, sowie vom 28. April 2004 in der Rechtssache C-373/02, Öztürk.

aus, wie der Gerichtshof in einer Reihe von Urteilen bestätigt hat.⁽²⁷³⁾ Derzeit befasst sich die Legislative mit einem Vorschlag⁽²⁷⁴⁾, auch Drittstaatsangehörigen, die noch nicht langfristig aufenthaltsberechtigt sind, die Gleichbehandlung zuzusichern.

Wie wir alle wissen, wird die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bald ersetzt werden. Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wird in Kürze einsatzbereit sein. Mit dem Tag der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wird die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufgehoben. Daher wird auch ein neues Rechtsinstrument erforderlich, um den Geltungsbereich der neuen Verordnung auf Drittstaatsangehörige auszuweiten. Im Jahr 2007 präsentierte die Kommission einen diesbezüglichen Vorschlag⁽²⁷⁵⁾, der derzeit dem Rat vorliegt.

IV. ANWENDBARKEIT DES SACHLICHEN GELTUNGSBEREICHS DES KOORDINIERUNGSSYSTEMS AUF ENTWICKLUNGEN BEI DER NATIONALEN GESETZGEBUNG

Entspricht die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in ihrem sachlichen Geltungsbereich den aktuellen Anforderungen? Berücksichtigt die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 die Einführung neuer Formen der sozialen Sicherheit in verschiedenen Mitgliedstaaten in ausreichendem Maße?

Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 findet Anwendung in der Sozialgesetzgebung mit Einfluss auf eine Reihe von Bereichen, die in Artikel 4 Absatz 1 aufgeführt sind. Diese basieren auf dem ILO-Übereinkommen 102 aus dem Jahr 1952!

⁽²⁷³⁾ Urteile vom 31. Januar 1991 in der Rechtssache C-18/90, Kziber, vom 20. April 1994 in der Rechtssache C-58/93, Yousfi, vom 3. Oktober 1996 in der Rechtssache C-126/95, Hallouzi, sowie vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-113/97, Babahenini.

⁽²⁷⁴⁾ Vorschlag der Kommission vom Oktober 2007, KOM(2007) 638 endg.

⁽²⁷⁵⁾ KOM(2007) 439 endg.

Selbst wenn es sich bei der fraglichen Leistung um eine Leistung der sozialen Sicherheit handelt, wird sie nur dann von der Verordnung abgedeckt, wenn sie unter eine der in Artikel 4 Absatz 1 aufgeführten Leistungsarten fällt.⁽²⁷⁶⁾

Wie wir wissen, sehen sich die Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten mit vielerlei Herausforderungen konfrontiert. Sie müssen Antworten auf Sachverhalte wie die demografische Entwicklung und die Alterung der Gesellschaft sowie sich wandelnde Familienstrukturen finden. Darüber hinaus stehen die Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten auch in finanzieller Hinsicht unter Druck. Der Ausgangspunkt bei der Koordinierung besteht darin, die nationalen Sozialversicherungssysteme in ihrer bestehenden Form mit all ihren Unterschieden in Bezug auf Leistungen, Verfahren, Organisationsformen und die Finanzierung zu akzeptieren. Änderungen an den nationalen Systemen wirken sich daher auch auf die Koordinierung der sozialen Sicherheit aus, die eine Brücke zwischen den verschiedenen Systemen schlägt. Das bestehende Koordinierungssystem war tatsächlich in der Lage, die Einführung einer breiten Palette neuer Leistungen in den nationalen Gesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten zu verarbeiten. Dabei dürfen wir aber nicht vergessen, dass diese Flexibilität hauptsächlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und nicht etwaigen Anpassungen der Bestimmungen durch den Gesetzgeber geschuldet ist.

Als Reaktion auf den demografischen Wandel und sinkende Fruchtbarkeitsziffern haben verschiedene Mitgliedstaaten beispielsweise neue Leistungen wie Erziehungs- oder Elterngeld eingeführt. Sie stellen einen Teil der familienpolitischen Maßnahmen dar. Diese Leistungen wurden eingeführt, um einem Elternteil die Chance zu geben, sich der Erziehung eines Kleinkinds zu widmen und eventuelle finanzielle Nachteile durch den Verzicht auf Einkommen

⁽²⁷⁶⁾ Urteile vom 5. Juli 1983 in der Rechtssache 171/82, Valentini, sowie vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-25/95, Otte.

aus einer Vollzeitbeschäftigung abzumildern. Da sich diese Gelder aber auf Familienkosten beziehen, gelten sie im Sinne des Koordinierungssystems als Familienleistungen.⁽²⁷⁷⁾

Die *Beschäftigungspolitischen Leitlinien* unterstreichen, wie wichtig es ist, Arbeit und Familienleben miteinander in Einklang zu bringen, um eine höhere Beteiligung der Frauen am Arbeitsleben zu ermöglichen. Finnland hat zu diesem Zweck eine Kinderbetreuungsbeihilfe eingeführt. Ziel dieser Leistung ist, ein Anrecht auf finanzielle Unterstützung für die Organisation der Kinderbetreuung als Alternative zu Plätzen in Tagesstätten zu schaffen. Da mit der Beihilfe auch die Kosten für Pflege und Erziehung der Kinder getragen werden, um die finanzielle Belastung zu mindern, muss sie im Rahmen des Koordinierungssystems als Familienleistung betrachtet werden.⁽²⁷⁸⁾

Die Alterung der Bevölkerung führt zu einem wachsenden Pflegebedarf bei älteren Menschen. Zu diesem Zweck hat eine Reihe von Mitgliedstaaten Pflegeversicherungen eingeführt. In einigen Fällen wird die Pflege direkt durch autorisierte Stellen bereitgestellt. In manchen Mitgliedstaaten gewährt die Pflegeversicherung jedoch unter bestimmten Voraussetzungen ein Anrecht auf Leistungen, um die Kosten der Pflege, die zu Hause durch andere Personen erfolgt, zu decken: das sogenannte Pflegegeld. Seit den Urteilen in den Rechtssachen *Molenaar*⁽²⁷⁹⁾, *Jauch*⁽²⁸⁰⁾ und *Hosse*⁽²⁸¹⁾ wissen wir, dass diese Leistungen als Geldleistungen bei Krankheit anzusehen sind.

Die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wird hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs nur eine sehr begrenzte Modernisierung mit sich bringen.

⁽²⁷⁷⁾ Urteile vom 10. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-245/94 und 312/94, *Hoeber-Zachow*, sowie vom 11. Juni 1998 in der Rechtssache C-275/96, *Kuusijärvi*

⁽²⁷⁸⁾ Urteil vom 7. November 2002 in der Rechtssache C-333/00, *Maaheimo*.

⁽²⁷⁹⁾ Urteil vom 5. März 1998 in der Rechtssache C-160/96.

⁽²⁸⁰⁾ Urteil vom 8. März 2001 in der Rechtssache C-251/99.

⁽²⁸¹⁾ Urteil vom 21. Februar 2006 in der Rechtssache C-286/03.

Zunächst einmal wird die aktuelle Leistungsart „Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft“ um den Zusatz „und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft“ erweitert.⁽²⁸²⁾ Darüber hinaus wird sich die neue Verordnung auch auf Vorruhestandsleistungen beziehen. Diese Ausdehnung wird nur recht begrenzte Auswirkungen haben, da die neue Verordnung wie ihre Vorgängerin nur für die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit Gültigkeit besitzt. Nach meinem Kenntnisstand gibt es gesetzliche Vorruhestandssysteme nur in Dänemark und Schweden. Das neue Kapitel „Vorruhestandsleistungen“ umfasst nur einen Artikel, der besagt, dass die Regel der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten für den Bezug von Leistungen keine Anwendung findet.

Im Hinblick auf *nicht gesetzlich* festgelegte ergänzende Systeme der sozialen Sicherheit gibt es nur sehr bescheidene Ansätze im Gemeinschaftsrecht zum Schutz der Menschen, die sich im Bereich der Union bewegen.⁽²⁸³⁾ Die Verhandlungen zum Vorschlag der Kommission⁽²⁸⁴⁾, den Schutz in diesem Bereich zu stärken, gestalten sich sehr schwierig.

⁽²⁸²⁾ Erwägungsgrund 19 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004: „In einigen Fällen können Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen von der Mutter oder dem Vater in Anspruch genommen werden; weil sich für Väter diese Leistungen von Erziehungsleistungen unterscheiden und mit Leistungen bei Mutterschaft im engeren Sinne gleichgesetzt werden können, da sie in den ersten Lebensmonaten eines Neugeborenen gewährt werden, ist es angezeigt, Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft gemeinsam zu regeln.“

⁽²⁸³⁾ Richtlinie 98/49/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbstständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 209 vom 25.7.1998, S. 46).

⁽²⁸⁴⁾ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates – Verbesserung der Portabilität von Zusatzrentenansprüchen über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern durch Verbesserung der Begründung und Wahrung von Zusatzrentenansprüchen [KOM(2007) 603 endg.]

V. DIE ENTSTEHUNG EINES SEPARATEN KOORDINIERUNGSSYSTEMS FÜR „BEITRAGSUNABHÄNGIGE SONDERLEISTUNGEN“ DURCH DAS ZUSAMMENWIRKEN VON RICHTSHOF UND LEGISLATIVE

A. Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Verordnung (EWG) Nr. 1408/71

Wie Verordnung Nr. 3 bezieht sich auch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nur auf die Gesetzgebung hinsichtlich der sozialen Sicherheit. Artikel 4 unterstreicht von Anfang an, dass sich die Verordnung auf alle gesetzlichen allgemeinen und besonderen Systeme der sozialen Sicherheit bezieht, unabhängig davon, ob sie auf Beiträgen beruhen oder beitragsfrei sind. In dieser Hinsicht ergeben sich mit der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 keine bedeutenden Veränderungen.

Gemäß Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist die Sozialhilfe nicht Teil des sachlichen Geltungsbereichs. In der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 findet sich jedoch keine Definition der Begriffe „soziale Sicherheit“ oder „Sozialhilfe“. Aus der umfassenden Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass die Unterscheidung zwischen Leistungen, die aus dem Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgeschlossen sind, und jenen, die darunter fallen, im Wesentlichen auf den Merkmalen der jeweiligen Leistung basiert. Hierbei wird besonders auf ihren Zweck sowie die Voraussetzungen für eine Gewährung geachtet und nicht darauf, ob sie in der nationalen Gesetzgebung als Leistung der sozialen Sicherheit klassifiziert wird. Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof stets betont, dass eine Leistung als Leistung der sozialen Sicherheit betrachtet werden kann, wenn sie den Empfängern unabhängig von jeder auf Ermessensausübung beruhenden Einzelfallbeurteilung der persönlichen Bedürftigkeit aufgrund einer gesetzlich umschriebenen Stellung gewährt wird

und sich auf eines der in Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht.⁽²⁸⁵⁾

Mit anderen Worten: Wenn eine Leistung für Familienkosten Familien, die bestimmte objektive Kriterien erfüllten, automatisch gewährt wurde, musste sie mit allen daraus erwachsenden Konsequenzen als Familienleistung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 betrachtet werden. Wohnortklauseln, deren Erfüllung in der nationalen Gesetzgebung als Bedingung für den Bezug der fraglichen Leistung enthalten war, wurden durch Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufgehoben.⁽²⁸⁶⁾ Auch Leistungen, die als Rente mit Bezug zu Invalidität, Alter oder Hinterbliebenen anzusehen waren, mussten nach Artikel 10 exportiert werden, selbst wenn nationales Recht die jeweilige Leistung auf Personen, die sich im Hoheitsgebiet des jeweiligen Staates aufhielten, beschränkte.⁽²⁸⁷⁾

B. Die Reaktion der Legislative: Verordnung (EWG) Nr. 1247/92

Durch die Annahme der Verordnung (EWG) Nr. 1247/92⁽²⁸⁸⁾ schuf die Legislative ein eigenes Koordinierungssystem für beitragsunabhängige Sonderleistungen: ein Koordinierungssystem also, das sich vom normalen System nach Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unterscheidet⁽²⁸⁹⁾ und den besonderen Merkmalen der betroffenen Leistungen Rechnung trägt.

⁽²⁸⁵⁾ Der Gerichtshof hat klargestellt, dass sich der sachliche Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unter anderem auf folgende Elemente erstreckt: garantiertes Altersmindesteinkommen in Belgien: Urteil vom 22. Juni 1972 in der Rechtssache 1/72, Frilli; Mobilitätsbeihilfe in Großbritannien: Urteil vom 20. Juni 1991 in der Rechtssache C-356/89, Stanton Newton; Beihilfen des Fonds National de Solidarité in Frankreich: Urteile vom 9. Oktober 1974 in der Rechtssache 24/74, Biazon, vom 24. Februar 1987 in den verbundenen Rechtssachen 379, 380, 381/85 und 93/86, Giletti, sowie vom 11. Juni 1991 in der Rechtssache C-307/89, Kommission gegen Frankreich; Leistungen für ältere Arbeitslose oder Arbeitslose mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit in den Niederlanden: Urteil vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-66/92, Acciardi; Sozialrente in Italien: Urteil vom 10. Mai 1983 in der Rechtssache 139/82, Piscitello.

⁽²⁸⁶⁾ Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-78/91, Hughes.

⁽²⁸⁷⁾ Urteil vom 24. Februar 1987 in den verbundenen Rechtssachen 379, 380, 381/85 und 93/86, Giletti.

⁽²⁸⁸⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 vom 30. April 1992 (ABl. L 136 vom 19.5.1992, S. 1).

⁽²⁸⁹⁾ Siehe sechster Erwägungsgrund der Verordnung (EWG) Nr. 1247/92.

Als erster Teil dieses separaten Koordinierungssystems wurde Absatz 2a unter Artikel 4 eingefügt, um klarzustellen, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auch für beitragsunabhängige Sonderleistungen gilt. Der neue Absatz enthielt auch eine Beschreibung der Art von Leistungen, die der Gesetzgeber im Sinne dieser Bestimmung als „Sonderleistungen“ erachtete. Dieser Hinweis war jedoch nicht besonders präzise. Es gab keine Definition, wie der Begriff „beitragsunabhängig“ zu verstehen sei.

Der zweite Teil des neuen separaten Koordinierungssystems bestand in der Einfügung des Artikels 10a in die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Dieser Artikel hatte zum Ziel, dass für die beitragsunabhängigen Sonderleistungen die Bestimmungen in Titel III der Verordnung sowie die allgemeine Aufhebung von Wohnsitzklauseln bei Renten nach Artikel 10 nicht zur Anwendung kommen sollten. Die Formulierung im Text war allerdings relativ uneindeutig gewählt.⁽²⁹⁰⁾ Der neue Artikel 10a enthielt darüber hinaus eine eigene Zusammenrechnungsbestimmung zur Gewährung derartiger Leistungen⁽²⁹¹⁾ sowie einige spezifische Bestimmungen zur Gleichstellung von Sachverhalten.⁽²⁹²⁾

C. Rechtsprechung des Gerichtshofs zur neuen Verordnung

In drei Urteilen zu britischen Leistungen, die im durch Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 eingefügten Anhang IIa enthalten waren, bestätigte der Europäische Gerichtshof die Gültigkeit des eigenen Koordinierungssystems für beitragsunabhängige Sonderleistungen. Diese Urteile hatten nicht nur zur Folge, dass die Exportierbarkeit der betroffenen Leistungen

ausgeschlossen wurde⁽²⁹³⁾, sondern auch, dass die nach britischem Recht⁽²⁹⁴⁾ vorgesehene Prüfung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts bei beitragsunabhängigen Sonderleistungen nicht angewendet werden durfte.⁽²⁹⁵⁾ In seinem späteren Urteil in der Rechtssache Jauch⁽²⁹⁶⁾ betonte der Gerichtshof, dass er bei keinem der drei erwähnten Urteile (Snares, Partridge und Swaddling) untersucht hatte, ob die fraglichen Leistungen „Sonderleistungen“ und „beitragsunabhängig“ im Sinne des Artikels 4 Absatz 2a waren – aus dem einfachen Grund, dass sich diese Frage im Rahmen der Verhandlungen gar nicht gestellt hatte. In jedem der drei vorgenannten Urteile erläuterte der Gerichtshof, die Leistungen müssten aufgrund der Tatsache, dass sie in Anhang IIa aufgeführt wurden, als „beitragsunabhängige Sonderleistungen“ betrachtet werden.⁽²⁹⁷⁾

Das Urteil in der Rechtssache Jauch läutete eine neue Phase für das Koordinierungssystem für beitragsunabhängige Sonderleistungen ein. In diesem Urteil stellte der Gerichtshof klar, dass die einfache Tatsache der Auflistung einer fraglichen Leistung im Anhang IIa nicht mehr ausreichte, um sie als „beitragsunabhängige Sonderleistung“ zu betrachten. Im Gegenteil müsse bei jeder fraglichen Leistung untersucht werden, ob diese tatsächlich eine „Sonderleistung“ und „beitragsunabhängig“ sei. Nach sorgfältiger Prüfung der fraglichen Leistung – des österreichischen Pflegegelds – kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dabei handele es sich ungeachtet der Auflistung in Anhang IIa weder um eine „Sonderleistung“ noch sei diese „beitragsunabhängig“.

Einige Monate später untersuchte der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Leclere⁽²⁹⁸⁾, ob es sich bei der in Anhang IIa aufgeführten luxemburgi-

⁽²⁹⁰⁾ Der Text der Artikels 10a Absatz 1 lautete: „Ungeachtet der Bestimmungen in Artikel 10 und Titel III erhalten die Personen, für die diese Verordnung gilt, die in Artikel 4 Absatz 2a aufgeführten beitragsunabhängigen Sonderleistungen in bar ausschließlich in dem Wohnmitgliedstaat gemäß dessen Rechtsvorschriften, sofern dessen Leistungen in Anhang IIa aufgeführt sind. [...]“

⁽²⁹¹⁾ Artikel 10a Absatz 2, wie durch Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 eingefügt.

⁽²⁹²⁾ Artikel 10a Absätze 3 und 4, wie durch Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 eingefügt.

⁽²⁹³⁾ Urteile vom 4. November 1997 in der Rechtssache C-20/96, Snares, sowie vom 11. Juni 1998 in der Rechtssache C-297/96, Partridge.

⁽²⁹⁴⁾ Diese Bestimmungen sahen eine beträchtliche Aufenthaltsdauer vor Ort als Vorbedingung für den Bezug der fraglichen Leistung an.

⁽²⁹⁵⁾ Urteil vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-90/97, Swaddling.

⁽²⁹⁶⁾ Randnr. 17 des Urteils vom 8. März 2001 in der Rechtssache C 215/99, Jauch.

⁽²⁹⁷⁾ Randnr. 32 des Snares-Urteils, Randnr. 33 des Partridge-Urteils und Randnr. 24 des Swaddling-Urteils.

⁽²⁹⁸⁾ Urteil vom 31. Mai 2001 in der Rechtssache C-43/99.

schen Mutterschaftsbeihilfe tatsächlich um eine Sonderleistung handelte. Der Gerichtshof erklärte diesen Teil des Anhangs für ungültig, da es sich bei der fraglichen Leistung nicht um eine „Sonderleistung“ handelte.

D. Die Reaktion der Legislative: Verordnung (EG) Nr. 647/2005

Neue Kriterien

Diese Urteile ermunterten die Legislative, das gesamte damals gültige Koordinierungssystem für „beitragsunabhängige Sonderleistungen“ einschließlich des Anhangs IIa zu überarbeiten. Die Kommission präsentierte im Jahr 2003⁽²⁹⁹⁾ einen Vorschlag zu Kriterien, die Leistungen erfüllen müssen, um als „besonders“ und „beitragsunabhängig“ zu gelten. Durch die Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 647/2005⁽³⁰⁰⁾ nahm die Legislative den Vorschlag der Kommission zur Formulierung der neuen Kriterien fast ohne Änderungen⁽³⁰¹⁾ an.

Die neuen Formulierungen fußen in weiten Teilen auf den Urteilen in den Rechtssachen Jauch und Leclere.⁽³⁰²⁾ Unter Verweis auf die Ziele der Artikel 39 bis 42 des Vertrags erklärte der Gerichtshof, dass es dem Gemeinschaftsgesetzgeber zwar freistehe, Vorschriften zu erlassen, die Ausnahmen vom Grundsatz der Exportierbarkeit von Leistungen der sozialen Sicherheit vorsehen, solche abweichenden Vorschriften jedoch eng auszulegen seien. Die Struktur der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zeigt, dass die Konzepte „Leistungen der sozialen Sicherheit“ im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 und der „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ im Sinne von Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung einander ausschließen. Leistungen, die die Bedingungen einer „Leistung der sozialen Sicherheit“ im Sinne des Artikels 4 Absatz 1

der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfüllen, können also nicht als „besondere beitragsunabhängige Geldleistung“⁽³⁰³⁾ gelten. Familienleistungen oder Leistungen bei Krankheit nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 können beispielsweise nicht „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ nach Artikel 4 Absatz 2a darstellen.

Angesichts der weitgefassten Interpretationen der Begriffe „Leistungen bei Krankheit“⁽³⁰⁴⁾ und „Familienleistungen“⁽³⁰⁵⁾ wurden damit die Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Leistung als „besondere beitragsunabhängige Geldleistung“ gelten kann, verschärft. Darüber hinaus wurde die Unterscheidung zwischen den zwei Kategorien beitragsunabhängiger Sonderleistungen – Artikel 4 Absatz 2a Ziffer i einerseits und Artikel 4 Absatz 2a Ziffer ii andererseits – deutlich präzisiert.

Die erste Kategorie bezieht sich auf Leistungen, die Menschen in finanzieller Not unterstützen sollen („[...] ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts garantieren, das in Beziehung zu dem wirtschaftlichen und sozialen Umfeld in dem betreffenden Mitgliedstaat steht“). Die zweite Kategorie betrifft Leistungen, deren Ziel es ist, Menschen zu helfen, die Unterstützung benötigen, um am alltäglichen Leben der Gesellschaft teilzunehmen [„allein dem besonderen Schutz des Behinderten zu dienen, der eng mit dem sozialen⁽³⁰⁶⁾ Umfeld dieser Person in dem betreffenden Mitgliedstaat verknüpft ist“]. Daher bietet die bloße Tatsache, dass einem Behinderten eine Leistung gewährt wird, keine ausreichende Grundlage, daraus zu schließen, dass dies

⁽²⁹⁹⁾ ABl. C 80 vom 30.3.2004.

⁽³⁰⁰⁾ Verordnung (EG) Nr. 647/2005 vom 13. April 2005 (ABl. L 117 vom 4.5.2005, S. 1).

⁽³⁰¹⁾ Es gibt lediglich einen kleinen Unterschied bei der Formulierung zum Kriterium „beitragsunabhängig“ in Artikel 4 Absatz 2a Buchstabe b.

⁽³⁰²⁾ Siehe Randnrn. 20 und 21 des Jauch-Urteils sowie Randnr. 35 des Leclere-Urteils.

⁽³⁰³⁾ Dies wurde auch in der jüngeren Vergangenheit durch das Urteil des Gerichtshofs vom 21. Februar 2006 in der Rechtssache C-286/03, Hosse, bestätigt.

⁽³⁰⁴⁾ Urteile vom 5. März 1998 in der Rechtssache C-160/96, Molenaar, sowie vom 8. März 2001 in der Rechtssache C-215/99, Jauch. Später bestätigt durch die Urteile vom 8. Juli 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-502/01 und C-31/02, Gaumain-Cerri, sowie vom 21. Februar 2006 in der Rechtssache C-286/03, Hosse.

⁽³⁰⁵⁾ Urteile vom 10. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-245/94 und C-312/94, Hoever-Zachow; vom 11. Juni 1998 in der Rechtssache C-275/96, Kuusijärvi; vom 2. Februar 2002 in der Rechtssache C-255/99, Humer, sowie vom 7. November 2002 in der Rechtssache C-333/00, Maaheimo.

⁽³⁰⁶⁾ In diesem Fall wird nicht wie bei der ersten Kategorie auf das wirtschaftliche Umfeld verwiesen.

eine „besondere beitragsunabhängige Geldleistung“ ist.⁽³⁰⁷⁾

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 umfasst dieselben Kriterien wie Verordnung (EG) Nr. 647/2005.

Neuer Anhang IIa

Um zu belegen, dass die Verordnung (EG) Nr. 647/2005 tatsächlich eine Überarbeitung und nicht nur eine Anpassung des Koordinierungssystems für „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ darstellt, wurde der gesamte Anhang IIa abgeändert und nicht nur einzelne Einträge, wie dies bei früheren Änderungen des Anhangs IIa⁽³⁰⁸⁾ der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 der Fall gewesen war.

Eine große Zahl an Leistungen, die vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 647/2005 in Anhang IIa aufgeführt wurden, sind im neuen Anhang nicht mehr enthalten, da sie als Familienleistungen oder Leistungen bei Krankheit im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 anzusehen sind.

⁽³⁰⁷⁾ Verordnung (EG) Nr. 647/2005 hat auch die Formulierung von Artikel 10a präzisiert: Wie bereits erwähnt, war es das Ziel des Gesetzgebers im Jahr 1992, ein eigenes Koordinierungssystem für beitragsunabhängige Sonderleistungen zu schaffen. Daher sollten die Bestimmungen des gesamten Titels III sowie von Artikel 10 nicht auf beitragsunabhängige Sonderleistungen angewendet werden. Die Formulierung der früheren Version des Artikels 10a war jedoch relativ uneindeutig. Sie konnte so verstanden werden, dass lediglich die Aufhebung von Wohnortklauseln nach Titel III und Artikel 10 abgeschafft wurde. Aufgrund dieser unklaren Formulierung entschied der Gerichtshof in seinem Urteil vom 22. September 1998 in der Rechtssache C-132/96, *Stinco*, dass Artikel 46 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfordert, dass der zuständige Träger bei der Bestimmung des theoretischen Rentenbeitrags, der als Grundlage für die Berechnung der anteiligen Rente dient, eine in nationalem Recht vorgesehene Ergänzungsleistung zur Erreichung des Mindestruhegehalts zu berücksichtigen hat. Artikel 10a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 647/2005, besagt nun, dass die Bestimmungen von Titel III (einschließlich Artikel 46) „nicht für die in Artikel 4 Absatz 2a genannten besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ gelten.

⁽³⁰⁸⁾ Siehe beispielsweise: Verordnung (EWG) Nr. 1249/92 vom 30. April 1992 (ABl. L 136 vom 19.5.1992, S. 28), Verordnung (EG) Nr. 1290/97 vom 27. Juni 1997 (ABl. L 176 vom 4.7.1997, S. 1), Verordnung (EG) Nr. 1223/98 vom 4. Juni 1998 (ABl. L 168 vom 13.6.1998, S. 1), Verordnung (EG) Nr. 1399/1999 vom 29. April 1999 (ABl. L 164 vom 30.6.1999, S. 1) sowie Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 vom 5. Juni 2001 (ABl. L 187 vom 10.7.2001, S. 1).

VI. DIE STARKEN AUSWIRKUNGEN DES GRUNDSATZES DER GLEICHBEHANDLUNG

Einen der Grundpfeiler des EG-Vertrags bildet der Grundsatz, dass jede Form der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten ist. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer umfasst das Recht der Wanderarbeitnehmer, im Gastland die Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmern zu erfahren. Das Prinzip des „lex loci laboris“ spiegelt den Gleichbehandlungsgrundsatz⁽³⁰⁹⁾ wider, der in Artikel 39 EG sowie Titel II der aktuellen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sowie der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 verankert ist. Die Bedeutung des Artikels 39 EG für die Koordinierung der sozialen Sicherheit reicht aber noch weiter: Das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Gottardo* illustriert die weitreichende Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nach Artikel 39 EG sehr anschaulich. In seinem Urteil entschied der Gerichtshof, dass der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit einem Drittstaat zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle, die Anwendung eines derartigen Abkommens aber in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht erfolgen müsse. Wenn beispielsweise Mitgliedstaat A ein Abkommen mit einem Drittstaat schließt, müssen demzufolge Staatsangehörige der Mitgliedstaaten B oder C, die Versicherungszeiten in dem Drittstaat abgeleistet haben, im Mitgliedstaat A wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats behandelt werden. Nach Meinung des Gerichts⁽³¹⁰⁾ ergibt sich diese Verpflichtung aus dem in Artikel 39 EG verankerten Gleichheitsgrundsatz.

Der Gerichtshof zögert nicht, Artikel 39 EG direkt anzuwenden, um angemessene Lösungen für Arbeitnehmer zu finden, die die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht geltend machen kön-

⁽³⁰⁹⁾ Siehe Prof. Herwig Verschueren: „Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for Member states' labour and social security law?“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Jg. 24, Nr. 2, 167-199, 2008.

⁽³¹⁰⁾ Urteil vom 15. Januar 2002 in der Rechtssache C-55/00, *Gottardo*. Siehe auch Empfehlung Nr. 22 vom 18. Juni 2003 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. L 326 vom 13.12.2003).

nen.⁽³¹¹⁾ Der Gerichtshof schreckt auch nicht davor zurück, eine Bestimmung der Verordnung für ungültig zu erklären, wenn sie den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Artikel 39 EG verletzt.⁽³¹²⁾

Die Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht verstärkte die Auswirkungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes noch weiter. Ausgehend von seinem berühmten Urteil in der Rechtssache Martinez Sala verlieh der Gerichtshof der Idee der Unionsbürgerschaft in einer Reihe von Entscheidungen⁽³¹³⁾ viel mehr Gewicht, als ursprünglich erwartet worden war. Die Fachleute diskutieren noch immer die Wechselbeziehung zwischen den verschiedenen Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in den Artikeln 12 und 18 EG einerseits sowie denjenigen in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 andererseits.

Im Hinblick auf die soziale Sicherheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz explizit in Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 niedergelegt, der besagt, dass Personen, die sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften wie die Staatsangehörigen dieses Staates haben. In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof den Grundsatz der Gleichbehandlung weit gefasst ausgelegt und nicht nur offene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten, sondern auch verdeckte Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung unterschiedlicher Kriterien zum gleichen Ergebnis führen.⁽³¹⁴⁾

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hat den Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen EU-Staatsangehörigen in zweierlei Hinsicht gestärkt. Zunächst einmal erfordert die aktuelle Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, dass sich die betroffene Person in einem Mitgliedstaat aufhalten muss, um den Grundsatz der Gleichbehandlung geltend machen zu können. Laut Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist diese Voraussetzung nicht mehr erforderlich.⁽³¹⁵⁾ Damit können Personen, die unter die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 fallen, die Nichtdiskriminierungsbestimmung der vorgeannten Verordnung auch dann geltend machen, wenn sie in einem Drittstaat ansässig sind. Dies verhindert beispielsweise, dass Mitgliedstaaten bei Rentenbeziehern, die in Drittstaaten ansässig sind, nur ihren eigenen Staatsangehörigen Rentenansparungen gewähren.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung wurde zudem durch die Einfügung einer Bestimmung zur grenzüberschreitenden Anerkennung von Sachverhalten oder Ereignissen gestärkt.⁽³¹⁶⁾ Dies bedeutet, dass Sachverhalte oder Ereignisse in einem Mitgliedstaat von einem anderen Mitgliedstaat berücksichtigt werden müssen, als wären sie in dessen Hoheitsgebiet eingetreten. Diese Bestimmung steht mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs in Einklang.⁽³¹⁷⁾

Die Gleichstellung von Sachverhalten oder Ereignissen in einem Mitgliedstaat kann jedoch in keinem Fall bewirken, dass ein anderer Mitgliedstaat zuständig wird oder dessen Rechtsvorschriften anwendbar werden.⁽³¹⁸⁾ Um klarzustellen, dass die Gleichstellung von Sachverhalten oder Ereignissen, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats auftre-

⁽³¹¹⁾ Urteile vom 22. November 1995 in der Rechtssache C-443/93, Vougioukas, vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-411/98, Ferlini, sowie vom 16. Dezember 2004 in der Rechtssache C-293/03, My.

⁽³¹²⁾ Urteile vom 15. Januar 1984 in der Rechtssache 41/84, Pinna, sowie vom 18. April 2002 in der Rechtssache C-290/95, Duchon.

⁽³¹³⁾ Urteile vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-85/96, Martinez Sala; vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-184/99, Grzelczyk; vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-224/98, D'Hoop; vom 2. Oktober 2003 in der Rechtssache C-148/02, Garcia Avello; vom 23. März 2004 in der Rechtssache C-138/02, Collins; vom 7. September 2004 in der Rechtssache C-456/02, Trojani; vom 15. März 2005 in der Rechtssache C-209/03, Bidar; vom 26. Oktober 2006 in der Rechtssache C-192/05, Tas-Hagen, Slg. 2006, I-10451, sowie vom 22. Mai 2008 in der Rechtssache C-499/06, Nerkowska.

⁽³¹⁴⁾ Urteile vom 25. Juni 1997 in der Rechtssache C-131/96, Mora Romero; vom 21. September 2000 in der Rechtssache C-124/99, Borawitz; vom 9. November 2006 in der Rechtssache C-346/05, Chateigner, sowie vom 18. Januar 2007 in der Rechtssache C-332/05, Celozzi.

⁽³¹⁵⁾ Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽³¹⁶⁾ Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽³¹⁷⁾ Der Gerichtshof hat in der Tat in einer Reihe von Urteilen für eine grenzüberschreitende Anerkennung von Tatsachen oder Ereignissen als Bedingung für den Grundsatz der Gleichbehandlung entschieden: Urteile vom 7. Juni 1988 in der Rechtssache 20/85, Roviello; vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/87, Paraschi; vom 9. Dezember 1993 in den verbundenen Rechtssachen 45/92 und 46/92, Lepore und Scamuffa; vom 25. Juni 1997 in der Rechtssache C-131/96, Mora Romero; vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache C-28/00, Kauer; vom 18. April 2002 in der Rechtssache C-290/00, Duchon, sowie vom 28. April 2004 in der Rechtssache C-373/02, Öztürk.

⁽³¹⁸⁾ Erwägungsgrund 11 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

ten, nicht mit dem Grundsatz der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegt wurden, in Widerspruch steht, wurde die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zudem um Erwägungsgrund 10 ergänzt. Dieser besagt, dass Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 keine Versicherungszeiten begründet. Nur Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegt werden, dürfen bei der Anwendung des Grundsatzes der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten einbezogen werden.⁽³¹⁹⁾

VII. DAS ERSTE UND NOCH HEUTE BEDEUTENDE INSTRUMENT DER GRENZÜBERSCHREITENDEN GESUNDHEITSFÜRSORGE

Die Koordinierung der sozialen Sicherheit in Europa war das erste und für lange Zeit auch einzige Instrument der grenzüberschreitenden Gesundheitsfürsorge in der EU.

Dank des Koordinierungssystems haben alle Unionsbürger, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats versichert sind, während eines Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat ein Anrecht auf Sachleistungen, die sich als medizinisch notwendig erweisen, wobei die Art der Leistungen und die voraussichtliche Dauer des Aufenthalts zu berücksichtigen sind.⁽³²⁰⁾ Durch die Einführung der Europäischen Krankenversicherungskarte im Jahr 2004 wurde das Verfahren, um eine derartige ungeplante Behandlung zu erhalten, vereinfacht.⁽³²¹⁾ Der Inhaber einer solchen Karte hat im Mitgliedstaat, in dem er sich aufhält, in Einklang mit den Rechtsvorschriften dieses Staats ein Anrecht auf Leistungen, als wäre er in diesem Mitgliedstaat versichert. Die Europäische Krankenversicherungskarte ist für viele Bürger zu einem wichtigen Symbol Europas geworden. Inzwischen sind mehr als 172 Millionen Europäische Krankenversicherungskarten im Umlauf. Die Inhaber der Karten erhalten direkten Zugang zu den Gesundheitsdiensten. Darüber hinaus garantiert die Karte, dass der ausgebende Mitgliedstaat dem Aufenthaltsstaat die Kosten vollständig erstattet.

Für Reisen in einen anderen Mitgliedstaat, die dem Zweck dienen, dort Gesundheitsleistungen in Anspruch zu nehmen, erfordern sowohl die aktuelle Verordnung (EWG) Nr. 1408/71⁽³²²⁾ als auch die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁽³²³⁾ stets eine vorherige Genehmigung. Dies gilt für Krankenhausaufenthalte wie für ambulante Behandlungen. Die angeforderte Genehmigung darf nicht verweigert werden⁽³²⁴⁾, wenn die fragliche Behandlung zu den Leistungen zählt, die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staats vorgesehen sind, und eine Behandlung in diesem Mitgliedstaat nicht innerhalb eines in Anbetracht des aktuellen Gesundheitszu-

⁽³¹⁹⁾ Erwägungsgrund 10 steht auch vollständig mit dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Adanez-Vega (Rechtssache C-372/02) in Einklang. Das Urteil (vom 11. November 2004) in dieser Rechtssache basiert auf der Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die im Gegensatz zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004 keine allgemeine Bestimmung zur grenzüberschreitenden Anerkennung von Sachverhalten oder Ereignissen enthält. Nichtsdestotrotz bezog sich Herr Adanez-Vega während der Verhandlung auf den Sachverhalt, dass nach deutschem Recht die Zeit eines in Deutschland abgeleisteten Wehrdienstes als Versicherungszeit behandelt wird. Er hatte seinen Militärdienst in Spanien abgeleistet. Nach der Meinung von Herrn Adanez-Vega erforderte Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, der jegliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zwischen EU-Staatsbürgern untersagt, dass sein in Spanien abgeleiteter Wehrdienst dem deutschen Wehrdienst gleichzusetzen sei. Mit anderen Worten: Aus seiner Sicht bestand kein Grund zu untersuchen, ob die Voraussetzungen zur Anwendung der Zusammenrechnungsbestimmungen erfüllt waren. Der Gerichtshof wies diese These zurück. Die Zeit des in Spanien abgeleisteten Wehrdienstes könnte nur in Betracht gezogen werden, wenn die Bedingungen für die Anwendung der Zusammenrechnungsbestimmungen erfüllt wären. Der Gerichtshof erklärte, dass Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nur anwendbar ist, „soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen“. Der Gerichtshof fuhr fort und verwies auf die Tatsache, dass in der betreffenden Rechtssache die Verordnung besondere Bestimmungen (nämlich Artikel 67 und 71) enthalte, die den auf Leistungen wegen Arbeitslosigkeit gerichteten Anspruch eines Arbeitslosen regeln, der Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegt hat. Diese besonderen Bestimmungen verdrängen den in Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

⁽³²⁰⁾ Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71; Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽³²¹⁾ Verordnung (EG) Nr. 631/2004 vom 31. März 2004 (ABl. L 100 vom 6.4.2004).

⁽³²²⁾ Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c.

⁽³²³⁾ Artikel 20 Absatz 1.

⁽³²⁴⁾ Die Formulierung „darf nicht verweigert werden, wenn ...“ aus Artikel 22 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wurde in Artikel 20 Absatz 2 der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 durch einen positiveren Wortlaut ersetzt: „Die Genehmigung wird erteilt, wenn ...“.

stands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit der versicherten Person *medizinisch* vertretbaren Zeitraums⁽³²⁵⁾ gewährt werden kann.

Ist die Genehmigung erfolgt, hat die versicherte Person ein Anrecht auf Leistungen im Aufenthaltsstaat nach den geltenden Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats, als ob sie nach diesen Rechtsvorschriften versichert wäre. Dies bedeutet, dass die Kosten der Behandlung vom zuständigen Mitgliedstaat entsprechend den im Aufenthaltsstaat anwendbaren Sätzen erstattet werden. Darüber hinaus kann der Versicherte die Auszahlung eines eventuellen Differenzbetrags zwischen den Erstattungssätzen im Aufenthaltsstaat und den für die gleiche Leistung im zuständigen Mitgliedstaat anwendbaren Sätzen verlangen.⁽³²⁶⁾ In vielen Fällen erfolgt eine direkte Zahlung durch den Träger, ohne dass der Patient Zahlungen leisten muss.

Wie wir alle wissen, gibt es inzwischen einen zweiten Weg, geplante grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen zu erhalten, indem direkt die Bestimmungen des Vertrags zum freien Warenverkehr und der Dienstleistungsfreiheit in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof geltend gemacht werden.⁽³²⁷⁾ Dabei ist keine Genehmigung für ambulante Behandlungen erforderlich. In einem derartigen Fall muss der Patient zunächst stets selbst zahlen und kann nach seiner Rückkehr vom Sachaufwandsträger eine Rückzahlung nach den im zuständigen Staat anwendbaren Sätzen einfordern. Sind die Sätze im Mitgliedstaat, in dem die Behandlung erfolgte,

höher als im zuständigen Staat, hat der Patient *kein* Anrecht auf eine zusätzliche Erstattung.

Ein System der vorherigen Genehmigung für Krankenhausbehandlungen kann unter bestimmten Bedingungen gerechtfertigt sein. Die Voraussetzungen zur Einholung einer derartigen Genehmigung müssen auf vorab bekannten objektiven und nicht-diskriminierenden Kriterien beruhen. Personen, die eine Genehmigung eingeholt haben, erhalten den für sie günstigsten Rückerstattungssatz.⁽³²⁸⁾

Im Juli 2008 nahm die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung an.⁽³²⁹⁾ Der Vorschlag fußt auf der Annahme, dass die Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ein allgemeines Instrument für Patienten bieten, die sich nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums gesundheitlich versorgen lassen können. Daher soll die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in allen Fällen, in der ihre Voraussetzungen erfüllt werden, Gültigkeit haben. Der Vorschlag zielt darauf ab, diese Verordnung durch einen Rechtsrahmen für Patienten, die sich aus anderen Gründen im Ausland gesundheitlich versorgen lassen möchten, zu ergänzen. Eine entscheidende Rolle in den Diskussionen der nächsten Monate wird natürlich die Frage der Kohärenz dieses Vorschlags mit den in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der zugehörigen Durchführungsverordnung niedergelegten Bestimmungen spielen.

VIII. SCHLUSSBEMERKUNGEN

In meiner Präsentation habe ich mich auf eine Reihe von Erfolgen konzentriert, die bei der Koordinierung der verschiedenen Sozialversicherungsprogramme der Mitgliedstaaten mithilfe von EU-Verordnungen erzielt wurden. Es ist unbestritten, dass diese Verordnungen einen sehr hohen Schutz im Bereich der

⁽³²⁵⁾ Artikel 22 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in der Auslegung des Gerichtshofs in den Urteilen vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-56/01, Inizan, sowie vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache C-372/04, Watts; Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽³²⁶⁾ Artikel 26 Absatz 5 der neuen Durchführungsverordnung, entsprechend dem Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98, Vanbraekel.

⁽³²⁷⁾ Insbesondere die Urteile vom 28. April 1998 in den Rechtssachen C-120/95, Decker, und C-158/96, Kohl; vom 12. Juli 2001 in den Rechtssachen C-368/98, Vanbraekel, und C-157/99, Smits-Peerbooms; vom 13. Mai 2003 in der Rechtssache C-385/99, Müller-Fauré; vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-56/01, Inizan; vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-8/02, Leichtle; vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache C-372/04, Watts; vom 15. Juni 2006 in der Rechtssache C-466/04, Accerreda Herrera; sowie vom 19. April 2007 in der Rechtssache C-444/05, Stamatelaki.

⁽³²⁸⁾ Urteil vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98, Vanbraekel, Randnr. 31.

⁽³²⁹⁾ Vorschlag vom 2. Juli 2008, KOM(2008) 414 endg.

sozialen Sicherheit von Menschen, die innerhalb der EU umziehen, bieten. Im Rahmen der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 profitieren die EU-Bürger in einer Reihe von Bereichen von einer weiteren Verbesserung ihrer Rechte. Damit sind jedoch noch längst nicht alle Probleme im Bereich der sozialen Sicherheit gelöst. Es bleibt noch eine Menge zu tun.

Der Gesetzgeber und insbesondere die Kommission, die über das Initiativrecht verfügt, sind dafür verantwortlich, regelmäßig zu prüfen, ob die EU-Verordnungen den aktuellen Anforderungen noch genügen. Dies könnte bedeuten, dass die Verordnungen angepasst werden oder vom Parlament getroffene Entscheidungen aufgrund von Entwicklungen beim nationalen Recht oder beim Gemeinschaftsrecht und bei der Rechtsprechung des EuGH sowie im sozioökonomischen Kontext revidiert werden müssen.

Was die Reaktion auf Entwicklungen bei nationalen Rechtsvorschriften anbelangt, waren wir mit den Koordinierungsregeln zwar in der Lage, auf die Einführung einer ganzen Reihe neuer nationaler Leistungen in den einzelnen Mitgliedstaaten einzugehen. Wir verdanken diese Flexibilität jedoch hauptsächlich dem EuGH und nicht dem Parlament. So war es trotz der Anstrengungen im Rahmen der Verhandlungen über den Kommissionsvorschlag zur Vereinfachung von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 von einer Ausnahme abgesehen⁽³³⁰⁾ nicht möglich, Bestimmungen speziell für Leistungen bei langfristiger Pflege in Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu integrieren. Es gibt inzwischen Signale, dass sich das Parlament nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-299/05⁽³³¹⁾ erneut mit der Frage beschäftigen möchte, ob die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 um ein Kapitel zu Pflegeleistungen erweitert werden soll. Die Erweiterung um ein derartiges Kapitel zu Pflegeleistungen wäre ein sehr positiver Schritt, der

ein ausgeglicheneres Koordinierungssystem zum Wohle der Bürger in grenznahen Gebieten ermöglichen würde.

Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht und die Einführung der Unionsbürgerschaft wirken sich ebenfalls auf die Koordinierungsregeln aus. Durch diese Entwicklungen wurden eine Reihe grundlegender Fragen aufgeworfen. In welchem Ausmaß könnte das Koordinierungssystem aus Verordnung (EG) Nr. 883/2004 im Rahmen der Artikel 12 und 18 EG infrage gestellt werden? Ich habe auf Richtlinie 2004/38/EG als einziges Instrument der Gemeinschaft, in dem die Freizügigkeit innerhalb der Union geregelt ist, verwiesen. Welche Beziehung besteht zwischen dieser Richtlinie und dem in Verordnung (EG) Nr. 883/2004 festgelegten separaten Koordinierungssystem für „beitragsunabhängige Sonderleistungen“? Welches rechtliche Instrument hat Vorrang? Verwirken Personen, die auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (bzw. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in ihrer aktuellen Fassung) eine beitragsunabhängige Sonderleistung in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, beantragen, ihr Aufenthaltsrecht, weil sie die Anforderungen zu einem berechtigten Aufenthalt im Gastland nach der Richtlinie 2002/38/EG nicht mehr erfüllen? Oder ist es umgekehrt: Erfüllen Personen, die nach Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (bzw. (EWG) Nr. 1408/71) auf eine Leistung zur Sicherung des Existenzminimums im Gastland Anspruch haben, automatisch die Anforderungen zum Erhalt bzw. zur Wahrung des Aufenthaltsrechts nach Richtlinie 2004/38/EG⁽³³²⁾? Diese Fragen müssen geklärt werden.

Was die Entwicklungen bei der Rechtsprechung des EuGH anbelangt, sind die Entscheidungen zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung gemäß den Bestimmungen zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr bedauerlicherweise nicht vollstän-

⁽³³⁰⁾ Artikel 34 der Verordnung 883/04 zielt darauf ab, eine Überlappung von langfristigen Pflegeleistungen in Fällen, in denen diese Leistungen von einem Mitgliedstaat als Barleistung und von einem anderen als Sachleistung gewährt werden, zu verhindern.

⁽³³¹⁾ Urteil vom 18. Oktober 2007 in der Rechtssache C-299/05, Kommission/Rat und Parlament

⁽³³²⁾ Prof Herwig Verschueren: „European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems“, *European Journal of Migration and Law*, Jg. 9, 2007, 307-346. Siehe auch den trESS-Think-Tank-Bericht 2008: „The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC“ auf der Tress-Website.

dig in den Text der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 übernommen worden. Bei der Aushandlung des Kapitels „Leistungen im Krankheitsfall“ im Rat im Jahr 2002 brachten einige Mitgliedstaaten zum Ausdruck, dass die bis zu diesem Datum gefällten Urteile ihre Systeme nicht betreffen. Hier wurde eine gute Gelegenheit vertan. Die Wahrscheinlichkeit, dass wir nun mit einem Nebeneinander zweier rechtlicher Instrumente für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung leben müssen, ist sehr hoch.

Auch Entwicklungen im sozioökonomischen Umfeld könnten es erforderlich machen, die Koordinierungsregeln zu überdenken. Die Dominanz des „lex loci laboris“⁽³³³⁾ bei der Bestimmung des geltenden Rechts blieb in der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gewahrt, und das Prinzip der Einheit des anwendbaren Rechts wurde durch die neue Verordnung sogar gestärkt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dieses Thema nicht mehr auf der Tagesordnung stünde. Im Gegenteil: Es muss die Frage geklärt werden, ob die Regelungen von Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in Bezug auf Gesetzeskonflikte den Anforderungen entsprechen, die sich aus neuen Formen der Mobilität ergeben.⁽³³⁴⁾ Die Kommission hat im vergangenen Jahr ein Anhörungsverfahren eingeleitet, und der Think Tank Tress wurde um weitere Überlegungen zu diesem Thema gebeten.⁽³³⁵⁾ Im Rahmen dieses Prozesses wird sich die grundlegende Frage stellen, ob es angemessen ist, einige Kernkonzepte der Regelungen zu Gesetzeskonflikten, wie die Dominanz des „lex loci laboris“ und die Einheit des anwendbaren Rechts, zu modifizieren.

Damit Personen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, keine Benachteiligung im Bereich der Sozialversicherung hinnehmen müssen,

⁽³³³⁾ Dieses Recht besagt, dass eine am Wirtschaftsleben beteiligte Person der Gesetzgebung des Mitgliedstaats unterliegt, in dessen Hoheitsgebiet sie angestellt oder selbstständig tätig ist, selbst wenn sich ihr Wohnsitz in einem anderen Land befindet.

⁽³³⁴⁾ Mitteilung der Kommission: „Mobility, an instrument for more and better jobs: the European Job Mobility Action Plan (2007-2010)“, KOM(2007) 773 endg.

⁽³³⁵⁾ Ein erster Bericht, „Towards a new framework for applicable legislation“, ist auf der Tress-Website bereits verfügbar.

reichen Gesetze allerdings nicht aus. Eine korrekte und reibungslose Anwendung der Regelungen ist ebenfalls von entscheidender Bedeutung. Als Hüterin der EG-Verträge trägt die Kommission hier Verantwortung. Eine korrekte Anwendung der Regelungen muss jedoch zuerst auf nationaler Ebene sichergestellt werden. In den Mitgliedstaaten sind Behörden, Institutionen, Sozialpartner, Richter, Anwälte, Vertreter von Nichtregierungsorganisationen und andere Experten tagtäglich mit der Frage konfrontiert, wie die Koordinierungsregeln ausgelegt und umgesetzt werden sollen. Vertreter von Behörden und Institutionen kooperieren auf nationaler Ebene bereits häufig miteinander und nehmen auf Gemeinschaftsebene an Treffen teil, bei denen Probleme mit der Umsetzung erörtert werden. Dies trifft jedoch nicht unbedingt auf die anderen Beteiligten (Anwälte, Richter, Sozialpartner, NRO-Vertreter und andere Experten) zu. Um die Kenntnisse dieser Beteiligten zu stärken und auf nationaler Ebene Netzwerke aller Beteiligten aufzubauen, hat die Kommission vor sechs Jahren die Einrichtung eines Netzwerks zur Koordinierung von Fragen zur sozialen Sicherheit beschlossen. Dieses Netzwerk setzt sich aus unabhängigen Experten in sämtlichen Mitgliedstaaten zusammen und organisiert regelmäßige Seminare in allen Mitgliedstaaten. An diesen Seminaren nimmt auch immer ein Vertreter der Kommission teil. Das Netzwerk ist auch unter der Bezeichnung trESS bekannt. Es veröffentlicht einen Jahresbericht zur Anwendung der Koordinierungsregeln. Dieser Bericht wird nicht nur der Kommission vorgelegt, sondern auch jährlich vom Beratenden Ausschuss für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer geprüft. Dank der Arbeit von trESS hat die Kommission nun einen deutlich besseren Überblick über die tatsächliche Anwendung der Gemeinschaftsregeln in den Mitgliedstaaten. Darüber hinaus können die Regelungen ermittelt werden, die geklärt, korrigiert oder angepasst werden müssen.

Eine problemlose Anwendung der Koordinierungsregeln gehört zu den Hauptzielen der neuen Durchführungsverordnung. Dabei geht es um eine effizientere und engere Kooperation zwischen den

Institutionen. Der Austausch von Informationen erfolgt auf elektronischem Weg. Die Durchführungsverordnung enthält weitere Bestimmungen zu einer reibungslosen Anwendung der Regel, beispielsweise eine Reihe von Bestimmungen zur provisorischen Anwendung von Rechtsvorschriften sowie zur provisorischen Gewährung von Leistungen.⁽³³⁶⁾ Der Grundsatz der geordneten Verwaltung spiegelt sich in klaren Bestimmungen der Ver-

ordnung (EG) Nr. 883/2004⁽³³⁷⁾ wider. Hiermit wird verhindert, dass sich die Bürger bei Schwierigkeiten in Bezug auf die Auslegung oder Anwendung der Verordnung an zahllose Institutionen wenden müssen.

Auf diese Weise trägt das neue Koordinierungssystem trotz seiner Mängel wesentlich zur europäischen Integration bei.

⁽³³⁶⁾ Artikel 6.

⁽³³⁷⁾ Artikel 76 Absätze 4 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

ANWENDUNG DER DURCHFÜHRUNGSVERORDNUNG IM KONTEXT DER DEZENTRALISIERUNG UND REGIONALISIERUNG BEI FRAGEN DER SOZIALEN SICHERHEIT

Eberhard Eichenhofer

Friedrich-Schiller-Universität, Jena (Deutschland)

Geboren 1950, Studium der Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft in Tübingen und Saarbrücken, 1979 Promotion („Leitende Angestellte als Begriff des Unternehmensrechts“), 1980-1982 Vorberichterstatter (Bundessozialgericht), 1982-1989 Wissenschaftlicher Referent (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht: Studien und Anfragen zu internationalem und vergleichendem Sozialrecht), 1987 Habilitation Saarbrücken (Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Deutsches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht), seit 1989 Professor (Arbeitsrecht, Sozialrecht und Bürgerliches Recht) an den Universitäten Osnabrück (bis 1997) und Jena, 2003 Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Universität Göteborg; Veröffentlichungen: *Sozialrecht Kanadas*, 1984; *Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht*, 1987; *Recht der sozialen Sicherheit in den USA*, 1991; *Internationales Sozialrecht*, 1995, 1997 (2. Ausgabe); *Sozialrecht*, 1995; 1997 (2. Ausgabe), 2000 (3. Ausgabe), 2003 (4. Ausgabe), 2004 (5. Ausgabe), 2007 (6. Ausgabe); *Sozialrecht der Europäischen Union*, 2001, 2003 (2. Ausgabe), 2006 (3. Ausgabe); *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, 2007; *Europäisches Sozialrecht*, 1998, 2002, 2008, *Sozialstaat und Globalisierung*, 2009. (*)



I. EINLEITUNG

A. Europäisches Koordinierungsrecht

Die Koordinierungsverordnungen zur sozialen Sicherheit – wie in den Verordnungen Nr. 3⁽³³⁸⁾, (EWG) Nr. 1408/71⁽³³⁹⁾ und (EG) Nr. 883/2004⁽³⁴⁰⁾ festgelegt – sind nicht nur die ältesten Bestandteile der europäischen Gesetzgebung, sondern zählen auch zu den wichtigsten Aspekten des europäischen Rechts. Die

Bestimmungen sind an die Mitgliedstaaten gerichtet und haben doppelte Auswirkungen auf das Rechtssystem der Mitgliedstaaten: Erstens müssen sie von den Verwaltungen der Sozialversicherungssysteme in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden, und zweitens geben sie die Sozialgesetzgebung in den Mitgliedstaaten vor. Diese doppelten Auswirkungen sind in zwei Bereichen festzustellen: Durch die einzigartigen Bestimmungen zur Rechtswahl wird im europäischen Koordinierungsrecht ein identischer internationaler Anwendungsbereich der Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten festgelegt. Durch die eingeforderte Gleichbehandlung aller EU-Bürger, den Abgleich von Fakten und Leistungsbezugsdauern, das Anrecht auf Sachleistungen für Personen, die sich nicht im zuständigen Mitgliedstaat aufhalten, und die Umwandlung sämtlicher Leistungen in Barleistungen erhält nationales Sozialrecht durch europäisches Recht internationale Wirksamkeit!⁽³⁴¹⁾

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

⁽³³⁸⁾ ABl. 30 vom 16.12.1958, S. 561.

⁽³³⁹⁾ ABl. L 149 vom 5.7.1971, S. 2; M. Fuchs, *Nomos-Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*, 2005 (4. Aufl.); F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp, 2003 (4th ed.); B. Schulte, „Supranationales Sozialrecht“, in U. Becker, B. von Maydell, F. Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 2008, 4. Aufl.; S. Van Raepenbusch, *La Sécurité des Travailleurs Européens*, Bruxelles, 2001; P. Hanau, H.-D. Steinmeyer, R. Wank, *Handbuch des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, München, 2002.

⁽³⁴⁰⁾ ABl. L 166 vom 30.4.2004; E. Eichenhofer (Hrsg.), *50 Jahre nach dem Beginn – neue Regeln über die Koordination sozialer Sicherheit*, Berlin 2009; F. Marhold (Hrsg.), *Das neue Sozialrecht der EU*, Wien 2005; B. Spiegel, „Die neue Sozialrechtskoordination. Überlegungen zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004“, *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht*, 2006, 85.

⁽³⁴¹⁾ E. Eichenhofer, *Sozialrecht der EU*, 2010 (4. Aufl.), Tz. 75 ff.

B. Die zwei Ebenen des Rechts

Die Koordinierung der sozialen Sicherheit basiert darauf, dass das Recht auf zwei Ebenen angelegt ist. Diese beiden Ebenen – die supranationale und die nationale – werden durch die Koordinierung miteinander verknüpft. Daher setzt europäisches Recht die Existenz einer Sozialgesetzgebung in den einzelnen Mitgliedstaaten voraus.⁽³⁴²⁾ Erstere bezieht sich auf letztere, und ohne letztere ist erstere nicht nur nicht funktionsfähig, sondern geradezu undenkbar. Ein zweites Charakteristikum des EG-Koordinierungsrechts ist die Verknüpfung von mehreren nationalen Sozialgesetzgebungen bei grenzüberschreitenden Fällen, d. h. Fällen, in denen mehrere nationale Sozialversicherungssysteme Anwendung finden.

Das europäische Koordinierungsrecht im Bereich der sozialen Sicherheit dient der Umsetzung gewisser elementarer Ziele innerhalb der Sozialversicherungssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten: Es geht darum, doppelten Schutz genauso zu verhindern wie Lücken, und darum, die einzelnen Sozialversicherungsansprüche aus einem Mitgliedstaat zu wahren, selbst wenn die berechtigte Person keine Verbindung mehr zu dem Mitgliedstaat hat, in dem diese Ansprüche einst erworben wurden. Da das europäische Recht als übergeordnete Struktur zu den Gesetzen der Mitgliedstaaten gedacht ist, sind europäisches und nationales Recht eng miteinander verwoben.

C. Mitgliedstaaten als Nationalstaaten

Bei dieser auf zwei Ebenen angelegten Herangehensweise wird das europäische Recht direkt an die Gesamtheit der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten verwiesen. Sie fußt damit auf der Vorstellung,

⁽³⁴²⁾ S. Chardon, „Principles of Coordination“, in Y. Jorens und B. Schulte, *Coordination of Social Security in Connection with the Accession of Central and Eastern European States, the „Riga Conference“*, Brügge 1999, S. 43, 46: Der Begriff der Koordinierung bezieht sich hier auf die Regelung der Beziehung zwischen nationalen Sozialversicherungssystemen auf der Grundlage von Prinzipien und Techniken zum Schutz des Anrechts auf Sozialleistungen für Personen mit wechselndem Wohnsitz. Die Substanz der Systeme bleibt davon unberührt“; F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp 2003 (4. Aufl.), S. 6: „Koordinierungsregeln dienen der Angleichung von Sozialversicherungssystemen untereinander“.

dass es einheitliche, homogene und zentrale Rechtsvorschriften gibt, die von jedem Mitgliedstaat genauestens ausgearbeitet und kultiviert werden. Auf den ersten Blick erscheint diese Annahme vernünftig zu sein – insbesondere, was die Sozialversicherung anbelangt. Das moderne Konzept der Sozialversicherung ist im Nationalstaat fest verwurzelt. Sozialhistoriker betrachten Bismarcks Sozialversicherungsinitiative aus dem Jahr 1881 als logische Konsequenz aus der Gründung des Deutschen Reichs 1871. Dies ist zumindest daraus zu schließen, wenn sie die Sozialversicherung als entscheidendes Instrument zur „inneren Gründung des Deutschen Reichs“ bezeichnen.⁽³⁴³⁾

Diese Beobachtung ist nicht auf ein bestimmtes Land beschränkt, sondern sie lässt sich in ganz Europa machen. Anthony Giddens⁽³⁴⁴⁾ stellt in seinen Betrachtungen zur Entwicklung des Wohlfahrtsstaats in Europa im 20. Jahrhundert den Kontext genau heraus: „Die Wirtschaft und die Gesellschaft zu mobilisieren, war eine Forderung in der Kriegszeit; die gestärkte Rolle des Staates im Ersten Weltkrieg führte neue Formen wirtschaftlicher und sozialer Vorsorge ein, die während des Zweiten Weltkrieges ausgedehnt wurden [...]. Der Wohlfahrtsstaat war immer ein Nationalstaat [...]. Einer der Hauptfaktoren in der Entwicklung des Wohlfahrtsstaates war der Wunsch auf Seiten der regierenden Autoritäten, die nationale Solidarität zu stärken [...]. Von den ersten Tagen an bis heute waren die Wohlfahrtssysteme als Teil eines generelleren Prozesses der Staatenbildung konstruiert. Wer Wohlfahrtsstaat sagt, sagt Nationalstaat.“

Dieses Konzept wurde auch von T. H. Marshall⁽³⁴⁵⁾ in seiner Theorie des sozialen Bürgertums von äußerst prominenter Seite aufgegriffen. Heutzutage ist diese Argumentation – trotz ihres missverständlichen und sogar gefährlichen nationalistischen Untertons –

⁽³⁴³⁾ M. Stolleis, „Die Sozialversicherung Bismarcks“, in H. F. Zacher (Hrsg.), *Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung der Sozialversicherung*, Berlin, 1979, 387 ff.

⁽³⁴⁴⁾ A. Giddens, *Beyond Left and Right*, 1994, S. 136 f.

⁽³⁴⁵⁾ T. H. Marshall, „Citizenship and Social Class“ (1949), in T. H. Marshall, *Sociology at the Crossroads and other Essays*, London, 1963, S. 67 ff.

weltweit als die angemessenste Theorie zur Legitimation des modernen Wohlfahrtsstaats als Garant für individuelle soziale Rechte zur Integration aller „Bürger“ in einen Wohlfahrtsstaat und eine Gesellschaft akzeptiert.

Viele internationale Beispiele machen jedoch deutlich, dass soziale Sicherheit und Nationalstaat nicht unbedingt Hand in Hand gehen. Die Sozialversicherungssysteme der USA, Kanadas und der Schweiz setzen sich aus einer komplexen Kombination aus Komponenten auf Bundes-, Landes-, Provinz- und Kantonsebene zusammen.⁽³⁴⁶⁾ Da alle föderalen Staaten durch die Unterteilung der legislativen Gewalt auf zwei staatliche Ebenen gekennzeichnet sind, basieren Sozialversicherungsprogramme häufig nicht nur auf nationalen Gesetzen, sondern auf den autonomen Rechtsvorschriften einer regionalen Einheit, die innerhalb des föderalen Systems des Nationalstaats mit bestimmten legislativen Rechten ausgestattet ist. Auch die lokale Ebene spielt bei der Sozialpolitik eine wichtige Rolle – nicht nur als Koordinator der Leistungen, sondern auch mit politischer Gestaltungskraft.⁽³⁴⁷⁾ Dies ist schon seit Jahrhunderten so!

Als vor einem halben Jahrhundert der Prozess der europäischen Integration in Gang gesetzt wurde, handelte es sich bei fünf der sechs Gründungsmitglieder um zentralistische Nationalstaaten. Und innerhalb des einzigen föderalen Staates war die Sozialpolitik ausschließlich Sache des Bundes – weil die Sozialgesetzgebung als wichtiger Pfeiler des Staates betrachtet wurde. Aus diesem Grund war die Koordinierungsverordnung in den Gründungsjahren der EG nicht mit Fragen der Dezentralisierung und Regionalisierung von Fragen der sozialen Sicherheit konfrontiert.⁽³⁴⁸⁾

⁽³⁴⁶⁾ U. Becker, *Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht*, Baden-Baden, 1996; *Le fédéralisme social, lien social et politiques*, 2006; S. Vansteenkiste, *Sociale Zekerheid, federalisme en de Europese Gemeenschap*, 1995, S. Vansteenkiste and M. Taeymans (Ed), *Sociaal Beleid en Federalisme, Staatsrechtsconferentie*, 1998, Vlaamse Juristenvereniging.

⁽³⁴⁷⁾ Verschiedene Autoren, *Le autonomie locali nei paesi della Comunità Economica Europea*, Napoli 1981.

⁽³⁴⁸⁾ D. Merten (Hrsg.), *Föderalismus und Europäische Gemeinschaften*, Berlin, 1990 (2. Aufl.); H.-J. Blanke, *Föderalismus und Integrationsgewalt. Die Bundesrepublik Deutschland, Spanien, Italien und Belgien als dezentralisierte Staaten in der EG*, Berlin 1991.

Aber die Zeiten ändern sich! Bei der internen Struktur der Nationalstaaten stehen die Zeichen auf Dezentralisierung und Regionalisierung. In Großbritannien, Frankreich, Spanien, Italien und Belgien sind Bewegungen hin zu mehr Gewicht für die Regionen zu beobachten. Demnach entwickeln sich in den ehemals hochgradig zentralisierten Nationalstaaten dezentrale Gesetzgebungs- und Verwaltungsstrukturen. Beispiele aus der EU für diesen Trend sind regionale Rechtsvorschriften zum Gesundheitswesen und zum Pflegebereich⁽³⁴⁹⁾ sowie zum Arbeitsmarkt und zu Finanzierungsfragen in Belgien⁽³⁵⁰⁾ und zu den Themenkomplexen Sozialhilfe, Gesundheitswesen und Arbeitsmarktmaßnahmen in Spanien⁽³⁵¹⁾. In Kanada⁽³⁵²⁾ und den USA⁽³⁵³⁾ gibt es noch größere Einflussbereiche für die Gesetzgebungskompetenzen auf Ebene der Bundesstaaten und Provinzen. So sind es regionale Parlamente und Verwaltungen, die sich um Fragen wie Arbeitnehmerentschädigungen und Sozialhilfe sowie um den Arbeitsmarkt (USA) bzw. Renten- und Pflegeversicherung (Quebec und Kanada) kümmern.

D. Drei zentrale Fragen

Im Kontext des europäischen Koordinierungsrechts stellt diese Veränderung den Beobachter vor tiefgreifende Probleme, die sich nicht so einfach lösen lassen. Es drängen sich drei Fragen auf, die eine klare Antwort erfordern:

- Hat das europäische Recht Auswirkungen auf die Sozialgesetze der regionalen autonomen Parlamente in den Mitgliedstaaten? (II)

⁽³⁴⁹⁾ Y. Jorens, „Défédéralisation de la sécurité sociale en Belgique: l'exemple des soins de longue durée“, *Lien Social et Politiques*, Nr. 56, 2006, S. 129.

⁽³⁵⁰⁾ P. Pochet, P. Reman, „La sécurité sociale en Belgique: entre régionalisation et européanisation“, ebd., 89-102.

⁽³⁵¹⁾ M. Chapales, „La protection sociale dans l'État des Autonomies. L'enjeu de fédéralisation progressive entre l'autonomie régionale et la solidarité internationale“, ebd., 103-117; J. L. de Castro Ruano, *La emergente participación política de las regiones en el proceso de construcción europea*, Bilbao 1994.

⁽³⁵²⁾ E. Eichenhofer, *Sozialrecht Kanadas*, Baden-Baden 1984; G. Boismean, „Les nouveaux visages de vieux démons“, ebd., 57-71; P. Graefe und M. Levesque, „La nouvelle gouvernance fédérale et les politiques sociales au Canada“, ebd., 75-88.

⁽³⁵³⁾ E. Eichenhofer, *Recht der sozialen Sicherheit in den USA*, Baden-Baden 1991.

- Falls ja, ist das europäische Koordinierungsrecht direkt auf interregionale Beziehungen des Sozialversicherungssystems innerhalb eines Mitgliedstaats anwendbar? (III)
- Falls ja, welchen Einfluss hat das europäische Koordinierungsrecht auf die interregionale Koordination der Sozialversicherungssysteme? (IV)

Die folgenden Kapitel sollen Antworten auf die gestellten Fragen aufzeigen. Sie tragen hoffentlich zu einem besseren Verständnis, oder – um es akademisch auszudrücken – zu einer „Theorie über die Interrelation des europäischen und interregionalen Sozialrechts“ bei. (V)

II. EUROPÄISCHE KOORDINIERUNG UND REGIONALE ÖFFENTLICHE ORGANE DER SOZIALVERSICHERUNG

A. Rechtliche Struktur der EG/EU

Die Europäischen Gemeinschaften (EG) und die Europäische Union (EU) wurden von den Mitgliedstaaten ins Leben gerufen. Die Mitgliedstaaten werden völkerrechtlich als unabhängige und souveräne Nationalstaaten betrachtet. Europäische Gesetze, die auf einzelnen Bestimmungen des Primärrechts der EG bzw. EU beruhen, stehen über den Gesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten. Was die Quelle anbelangt, bricht supranationales Recht das Recht in den einzelnen Mitgliedstaaten. Aufgrund dieser Vorrangstellung gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten hat das EG-Recht eine so große Bedeutung. ⁽³⁵⁴⁾

Dieser Effekt des supranationalen Rechts lässt sich durch die rechtliche Konstruktion der EG und der EU erklären. Die gesetzgebende Gewalt der beiden supranationalen Organe ergibt sich aus der Übertra-

gung der Gewalt von den Mitgliedstaaten. ⁽³⁵⁵⁾ Diese Übertragung ist im Primärrecht zusammengefasst. Hierin übertragen die Mitgliedstaaten Rechte auf die europäischen Institutionen. Wenn die legislative Gewalt der europäischen Institutionen auf der Übertragung der legislativen Gewalt der Mitgliedstaaten beruht, stellt sich die Frage, ob dies auch die legislativen Rechte regionaler öffentlicher Organe innerhalb der Mitgliedstaaten betrifft, wie es sie in Schottland, Nordirland und Wales, den autonomen Gemeinschaften in Belgien und Spanien, den Regionen in Italien und Frankreich, den Kantonen in der Schweiz und den Ländern in Österreich und Deutschland gibt.

B. Sind die Mitgliedstaaten in sozialen Belangen homogene Rechtssubjekte?

Öffentliche Organe auf regionaler Ebene sind zwar autonom, aber sie können nicht als losgelöst betrachtet werden. Auch sie sind in die Rechtsordnung des Mitgliedstaats, dem sie als integraler Bestandteil angehören, integriert. Die regionalen Gebietseinheiten in den Mitgliedstaaten sind nicht unabhängig (auch wenn einige von ihnen „Botschaften“ im Ausland unterhalten), sondern Teil des jeweiligen Mitgliedstaats. Von einem Mitgliedstaat verabschiedete Rechtsvorschriften auf nationaler Ebene sind auch für die regionalen Behörden bindend. Durch ihre Rolle als autonome Organe mit eigener, unabhängiger legislativer Gewalt sind sie jedoch in bestimmten Bereichen autonom, d. h., sie können in diesen Bereichen selbst und ohne Eingriff von nationaler Seite Entscheidungen treffen. Die beiden staatlichen Ebenen sind folglich relativ unabhängig voneinander.

Schließlich gibt es in Europa eine lange und ausgeprägte Tradition der lokalen Selbstbestimmung, die auch für das Sozialrecht von großer Bedeutung ist (wie noch heute in vielen nordischen Ländern). Dies

⁽³⁵⁴⁾ Der EuGH (Urteil vom 20. Mai 2008 in der Rechtssache C-352/06, Bosmann, Slg. 2008, I-3827) eröffnet jedoch Möglichkeiten für günstigere Regelungen zur Rechtswahl in den autonomen Gesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten.

⁽³⁵⁵⁾ Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 3; Rs. 6/64 Costa/ENEL, Slg. 1964, 1253; R. Streinz, in Michael Sachs, *Grundgesetz*, 2007 (4. Aufl.), Randnrn. 52 f. in Bezug auf die Bestimmung aus dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Artikel 23), nach der die Bundesrepublik Hoheitsrechte an eine supranationale Institution übertragen kann.

hängt damit zusammen, dass die staatliche Gewalt vor der Gründung der Nationalstaaten, die in den Jahrzehnten nach der Französischen Revolution erfolgte, von den Städten ausgeübt wurde. Als sich seit dem 11. Jahrhundert die ersten sozialen Netzwerke und Sozialleistungen entwickelten, übernahmen die Städte eine entscheidende Rolle: Krankenhäuser und Armenhäuser, Arbeitshäuser, Heime für Behinderte, Ältere, Waisen und unverheiratete Mütter wurden von lokalen Behörden errichtet und betrieben – in ganz Europa!

Es gibt also ein europäisches Sozialmodell, das deutlich älter ist als das Konzept des Wohlfahrtsstaats. Die Kommunen waren jahrhundertlang die wichtigste und mächtigste Institution bei der Wahrung des Gemeinwohls. Gegen Ende des 16. Jahrhunderts waren die Städte die zentralen Akteure auf dem Gebiet der Sozialpolitik. Ab dem 17. Jahrhundert übernahm der sich herausbildende Territorialstaat einen immer größer werdenden Teil der hiermit verbundenen Aufgaben. Im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts übernahm der Territorialstaat die zentrale Rolle bei der Organisation und Bereitstellung sozialer Leistungen. Schließlich übernahm der Staat die Gesamtkontrolle und Verwaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens der Gesellschaft. Für Individualität und eigene Entscheidungen der Bürger blieb nur wenig Platz. Bei der Analyse der Zusammenhänge der Koordinierung von Sozialleistungen auf europäischer und interregionaler Ebene sind diese historisch gewachsenen Traditionen politisch relevant, denn die Dezentralisierungsbestrebungen von heute verlaufen in den Pfaden der Territorialstaaten vor der Gründung der Nationalstaaten.

C. Quellen

Der rechtliche Rahmen des EG-Koordinierungsrechts zu Fragen der sozialen Sicherheit enthält keine konkreten Bestimmungen, die Aufschluss über die gestellten Fragen geben könnten. Die Frage, ob es Auswirkungen auf Sozialgesetze öffentlicher regionaler Institutionen gibt, ist noch lange nicht deutlich beantwortet. Unter diesen Umständen müssen zur Klärung der Fra-

ge, welche rechtlichen Antworten das europäische Recht vorsieht, das Primär- und das Sekundärrecht sowie die Rechtsprechung untersucht werden.

1. Primärrecht

Aus der Sicht des Primärrechts achtet die EU gemäß Artikel 6 Absatz 3 des EU-Vertrags die „nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten“. Diese Bestimmung wird in Artikel 4 Absatz 2 des EU-Vertrags, wie im Lissabon-Vertrag beschlossen, genauer ausgeführt. Was diesen Text anbelangt, impliziert die Verpflichtung zur Achtung der nationalen Identität auch den Respekt für die fundamentalen und konstitutionellen Strukturen des Mitgliedstaats, einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung. Nach Artikel 136 des EG-Vertrags muss die europäische Sozialpolitik den Traditionen und Besonderheiten der einzelnen Mitgliedstaaten gerecht werden. Zusätzlich belegt der Ausschuss der Regionen (gemäß Artikel 263 des EG-Vertrags und Artikel 305 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV), dass sowohl EG als auch EU die regionale Verwaltung zur Kenntnis nehmen, ihr eine spezielle Anerkennung zuteil werden lassen und versuchen, sie in den rechtlichen Rahmen von EG und EU zu integrieren.

2. Sekundärrecht

Ein weiterer Hinweis auf die mögliche Beantwortung der Frage, ob die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Gesetze öffentlicher regionaler Institutionen angewendet werden kann, findet sich in Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [Artikel 1 Buchstabe l der Verordnung (EG) Nr. 883/2004]. Hierin wird der Begriff „Rechtsvorschrift“ definiert als Regelung „im Zusammenhang mit den Gesetzen, Verordnungen und sämtlichen sonstigen Durchführungsmaßnahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten und mit den von Artikel 3 Absatz 1 abgedeckten Bereichen der Sozialversicherung“. Aus dieser Definition folgt nicht, dass das Gesetz vom Mitgliedstaat selbst beschlossen werden muss. Dies folgt aus Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr.

883/2004], nach der auch die sozialen Rechte zum Schutz von Einzelnen vor den Risiken von Kollektivverträgen (z. B. zur Gründung und Verwaltung der Arbeitslosenversicherung in Dänemark und Frankreich, die zu Sozialversicherungssystemen auf der Grundlage von Privatrecht – d. h. Tarifvertragsrecht – führen) als Systeme der sozialen Sicherheit aufgefasst werden können, insofern sie an die Stelle von vergleichbaren Institutionen des öffentlichen Rechts treten.

Dies macht deutlich, dass im Kontext der Koordinierung jedes im Rahmen nationalen Rechts entstandene System als Sozialversicherungssystem, das auf expliziter rechtlicher Grundlage ein Anrecht auf risikobezogene Leistungen begründet, zu akzeptieren ist – unabhängig davon, ob es durch nationale oder regionale Gesetze zustande gekommen ist. Es spielt also keine Rolle, welches Organ eine sozialrechtliche Regelung beschlossen hat.

Diese Interpretation wird auch vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) geteilt.⁽³⁵⁶⁾ Nach Auffassung des Gerichts ist der Begriff „Rechtsvorschrift“ [Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71] sehr weit und umfassend auszulegen. Daraus wird die Schlussfolgerung abgeleitet, dass die von dezentralen Organen in öffentlichen regionalen Institutionen beschlossenen Gesetze unter die allgemeine Regelung für die europäischen Koordinierungsverordnungen fallen. Dies ergibt sich auch aus Bestimmungen in den Anhängen der Verordnung zur Koordinierung von Sozialleistungen, in denen regionale Regelungen ausdrücklich erwähnt werden.

3. Rechtsprechung zur Relevanz des Gemeinschaftsrechts bei Rechtsvorschriften und bei der Verwaltung durch öffentliche regionale Institutionen

In seinem Urteil vom 29. April 1999⁽³⁵⁷⁾ vertritt der EuGH die Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht nicht nur für alle nationalen Gerichte der einzelnen

⁽³⁵⁶⁾ Rs. 109/76, Blottner, Slg. 1977, 1141.

⁽³⁵⁷⁾ Rs. C-224/97, Ciola/Vorarlberg, Slg. 1999, I-2517.

Mitgliedstaaten, sondern auch für Verwaltungsorgane auf allen Ebenen bindend ist. Sie müssen nicht nur sämtliche Bestimmungen des nationalen Rechts, die dem europäischen Recht nicht widersprechen, berücksichtigen, sondern auch dafür sorgen, dass sämtliche Entscheidungen dem Gemeinschaftsrecht präzise und substantiell entsprechen. Aus diesem Grund muss das österreichische Bundesland Vorarlberg die Liegeplätze am österreichischen Ufer des Bodensees ohne Unterscheidung der Nationalität der EU-Bürger vergeben. Was die Freizügigkeit anbelangt, erklärte der EuGH es formell für unzulässig, dass ein deutsches Bundesland die Zulassung zum Vorbereitungsdienst im Rahmen eines mit einer öffentlichen regionalen Institution geschlossenen Arbeitsvertrags verweigert.⁽³⁵⁸⁾ Bei der Ausschreibung von Bauarbeiten müssen auch Kommunen die europäischen Rechtsvorschriften beachten.⁽³⁵⁹⁾ Nach Ansicht des EuGH ist ein öffentlicher Pensionsfonds eines deutschen Bundeslands an die Gesetze zur Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung gebunden. Daher muss der Fonds den Hinterbliebenen bei gleichgeschlechtlichen Paaren die gleichen Leistungen zugestehen wie bei verheirateten Paaren.⁽³⁶⁰⁾ Regionale Sozialversicherungen müssen bei der Erhebung von Beiträgen die Regelungen von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 beachten.⁽³⁶¹⁾ Daher ist auch die flämische Versicherung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH an das europäische Koordinierungsrecht gebunden.⁽³⁶²⁾ Der Gerichtshof hielt diese Feststellung jedoch für so offensichtlich, dass er nicht näher auf das Problem einging.

D. Rechtfertigung

Diese Lösung lässt sich durch die Tatsache erklären, dass das Gemeinschaftsrecht an die Mitgliedstaaten gerichtet ist; falls diese ihre legislative bzw. exekutive

⁽³⁵⁸⁾ Rs. 65/85, Deborah Lawrie/Land Baden-Württemberg, Slg. 1986, 2121.

⁽³⁵⁹⁾ Rs. 103/88, Costanzo, Slg. 1989, 1839.

⁽³⁶⁰⁾ Rs. C-267/06, Maruko (Urteil 2008, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁽³⁶¹⁾ Rs. C-103/06, Philippe Dervain (Urteil 2008, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁽³⁶²⁾ Rs. C-212/06, Regierung der französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung/Flämische Regierung, Slg. 2008, I-1683.

Gewalt an interne unabhängige Institutionen und Einheiten delegieren, bedeutet dies nicht, dass die durch das Gemeinschaftsrecht auferlegten Verpflichtungen nicht mehr gelten. ⁽³⁶³⁾ „Der Nationalstaat wurde gegründet, um die Herrschaft des Zentrums gegenüber der Peripherie durchzusetzen. ⁽³⁶⁴⁾ Hieraus folgt, dass nationale Gesetze regionalen Rechtsvorschriften übergeordnet sind.“ Das Gemeinschaftsrecht betrachtet die Mitgliedstaaten nicht in ihrer Eigenschaft als gesetzgebende Institutionen, sondern als rechtliches Gesamtsystem! Aus diesem Grund unterliegen sämtliche regionalen und lokalen Elemente der Rechtssysteme in den Mitgliedstaaten genau wie die nationale Gesetzgebung den EG-Rechtsvorschriften. ⁽³⁶⁵⁾ Daher betrachtet Ingolf Pernice die Auswirkungen des EG-/EU-Rechts auf die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten auf drei oder, falls die lokale Ebene als weitere legislative Gewalt berücksichtigt wird, sogar vier Ebenen: Hierbei bildet die EG/EU die erste Ebene, die nationale Gesetzgebung die zweite, die regionale Gesetzgebung die dritte und die lokale Gesetzgebung die vierte Ebene innerhalb eines umfassenden föderalen Systems, das in das europäische Rechtssystem eingebettet ist. Dies zeigt deutlich, dass in einer aus mehreren Ebenen bestehenden europäischen Regierungsstruktur der Begriff der nationalen Souveränität zur Beschreibung der Beziehungen zwischen EG- bzw. EU-Mitgliedstaaten nicht mehr angebracht ist.

III. EUROPÄISCHE UND INTERREGIONALE GESETZE ÜBER SOZIALE SICHERHEIT

A. Interregionales Gesetz über soziale Sicherheit

Wenn innerhalb eines Mitgliedstaats öffentliche regionale Institutionen Normen im Bereich der sozi-

⁽³⁶³⁾ R. Monaco, „Politica regionale Comunitaria e regioni“, in F. Cuocolo, R. Monaco, C. Tesaro u. a., *Istituzioni Comunitarie e Regioni, III. Convegno Nazionale di Studi regionale*, Neapel 1990, S. 27, 29.

⁽³⁶⁴⁾ S. Fabbrini, „The European Union in American Perspective“, in C. Asell und C. di Paolo, *Restructuring Territoriality: Europe and the United States*, Cambridge 2004, S.163 ff.

⁽³⁶⁵⁾ I. Pernice, in H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, 1998, Bd. 2, Randnr. 23 Artikel 23.

alen Sicherheit aufstellen können, darf dies nicht auf das zu schaffende materielle Recht beschränkt werden. Auf der Grundlage dieser Berechtigung kann und darf die regionale Institution (beispielsweise im Sozialbereich) nicht nur die Leistungen festlegen und bestimmen, wer die Institution zur Verwaltung der fraglichen Leistungen leitet (bzw. bestimmen, wer hierüber entscheiden soll). Die legislative Gewalt umfasst zwei weitere Elemente, nämlich die Definition des Anwendungsbereichs und die Festlegung der zeitlichen und räumlichen Auswirkungen des regionalen Systems der sozialen Sicherheit. ⁽³⁶⁶⁾

Nationale Rechtsvorschriften zielen nie darauf ab, weltweit gesetzliche Rechte und Pflichten zu definieren, wenn auch materielles Recht häufig in universalistischer Sprache verfasst ist. Bei regionalen Rechtsvorschriften innerhalb eines Mitgliedstaats geht es folglich nicht darum, ein weltweites soziales Netz zu knüpfen. Das Gegenteil ist meist der Fall! Regionale Sozialpolitik entspringt häufig einem weitaus weniger universalistischen Gedanken, der bisweilen vor allem von Sozialromantik geprägt ist. ⁽³⁶⁷⁾ Unter dem Vorwand einer stärkeren sozialen Kohäsion innerhalb eines Teils eines Mitgliedstaats wird versucht, „die anderen“ vom Bezug dieser regionalen Leistungen auszuschließen. (Diese Einstellung erinnert an Jean-Paul Sartres berühmten Ausspruch: „Die Hölle – das sind die anderen!“) Sozialpolitik auf regionaler Ebene ist also eine Kombination aus Inklusion und Exklusion – und das auf einer klaren rechtlichen Grundlage.

Da materielles Recht für einen bestimmten geografischen und zeitlichen Bereich festgelegt wird ⁽³⁶⁸⁾, bedarf es eines Rechts zwischen den Orten, zwi-

⁽³⁶⁶⁾ E. Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, München 1994, Tz. 11, S. 144 ff.

⁽³⁶⁷⁾ P. Van Parijs, „Rechtvaardig Sociaal Beleid in een Plurinationale Federale Staat“, in S. Vansteenkiste und M. Taeymans (Hrsg.), *Sociaal Beleid en Federalisme. Staatsrechtsconferentie, 1998*, S. 3-12, insb. 5 ff.: Der Autor nutzt den eigentümlichen Begriff der „volksgemeenschap“ zur Charakterisierung der „interpersoonlijke solidariteit ... binnen een zelfde ethnos (uiteraard niet raciaal maar cultureel gedefinieerd), omdat ze voldoende identificatie vereist“; siehe dagegen Danny Pieters, „Het Sociaal Beleid in de Federale Rechtsorde“, ebd., 13, 15: „ons staatsbestel kent geen ‚volksgemeenschap‘ ... ook gemeenschappen zijn territoriaal gedefinieerd“.

⁽³⁶⁸⁾ E. Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, 1994.

schen den Bundesstaaten, zwischen den Provinzen bzw. zwischen den Regionen. Dieser Begriff ist im Kontext von Gesetzeskonflikten bzw. der Rechtswahl zu verstehen. Aus dieser Sicht wird deutlich, dass interregionales und internationales Recht strukturell identisch sind. Beide sind notwendig, da Gesetze auf regionaler oder nationaler Ebene im rechtlichen Rahmen anderer Regionen bzw. Nationen beschlossen werden. Heutzutage ist internationales Recht von übergeordneter Bedeutung, weil Gesetze vor allem auf der Ebene der Nationalstaaten entstehen. Wenn ein Mitgliedstaat regionale Rechtsvorschriften zulässt, muss er klären, wie mit den verschiedenen Rechtsvorschriften umgegangen wird – insbesondere in Bezug auf die Auswirkungen auf die betroffenen Personen, wenn Vorteile aus der internen Mobilität innerhalb des Mitgliedstaats gezogen werden.

Aus historischer Sicht sind nationale Rechtsvorschriften ein Überbleibsel aus der rechtlichen Entwicklung innerhalb der letzten beiden Jahrhunderte. Vor der Gründung der Nationalstaaten fußten rechtliche Beziehungen auf den Gesetzen von Territorialstaaten – Städten und Herzogtümern. Im Mittelalter galten in jedem Ort unterschiedliche Gesetze. So, wie die Städte die Vorläufer des modernen Wohlfahrtsstaats sind, ist die Regelung des Rechts zwischen den Orten der Vorläufer des Völkerrechts. Die Gründungsväter des Völkerrechts – die Italiener Bartolus und Baldus – gründeten ihre Vorschläge zu den Fundamenten des anwendbaren Rechts auf der Analyse der Regeln der Gerichte, die von den Städten in Ausübung ihrer legislativen Gewalt festgelegt worden waren.

Beim interregionalen und internationalen (d. h. Völker-)Recht müssen Antworten auf mehr oder minder identische Fragen gefunden werden. Erstens: Wie wird der Anwendungsbereich eines Gesetzes festgelegt? In diesem Zusammenhang muss der Bereich definiert werden, in dem das Gesetz Gültigkeit erlangt, d. h., in dem es anwendbar und gesellschaftlich relevant ist. Zweitens: Welche Auswirkungen hat ein bestimmtes Recht? Soll es auf die regionale und nationale Sphäre begrenzt sein, d. h. für den Bereich,

in dem und für den es beschlossen wurde, gelten, oder soll die Anwendbarkeit vom Nutznießer abhängen, also auch dann gelten, wenn dieser in einer anderen Region bzw. einem anderen Nationalstaat seinen Wohnsitz oder Arbeitsplatz hat?

Wie nationale Gesetze können auch regionale Gesetze auf die „Bürger“, die Einwohner, die Gruppe der Beschäftigten, die Personen, die für das Gesetz gestimmt haben, oder die Personen, die Vermögenswerte im Zuständigkeitsbereich der legislativen Gewalt haben, angewendet werden. Im Völkerrecht muss also genau wie im interregionalen Recht eine Unterscheidung zwischen dem „*lex domicilii*“, dem „*lex patriae*“, dem „*lex loci laboris*“, dem „*lex contractus*“ und dem „*lex rei sitae*“ gemacht werden. All diese Grundsätze können zur Bestimmung des interregionalen bzw. internationalen Anwendungsbereichs einer Rechtsordnung festgelegt werden.

Was die zweite Frage anbelangt, stehen sowohl interregionales als auch internationales Recht vor der gleichen Alternative: Soll das materielle Recht einer Region bzw. eines Nationalstaats nur innerhalb des jeweiligen Hoheitsgebiets gelten, oder soll das Recht, das in einer Region bzw. einem Nationalstaat erworben wurde, auch außerhalb dieses Hoheitsgebiets Anwendung finden?

Auf diese Frage gibt es eine engstirnige und eine offene Antwort. Welche Antwort vorzuziehen ist, hängt nicht nur vom Gemütszustand der jeweils an der Gesetzgebung beteiligten Personen ab. Eine engstirnige Antwort begnügt sich damit, ein erworbenes Recht im regionalen oder nationalen Bereich zu überprüfen; eine offene Antwort erkennt jedoch an, dass es sich bei sozialen Rechten um Menschenrechte, mit anderen Worten also um Maßnahmen zur Gewährleistung der menschlichen Grundversorgung, handelt! Aus dieser Menschenrechtsperspektive ist ein interregionaler bzw. internationaler Schutz der erworbenen sozialen Rechte nicht nur ein wünschenswertes politisches Ziel, sondern eine rechtliche Notwendigkeit. Letzteres bedarf jedoch einer großen Bandbreite an Institutionen für eine

interregionale bzw. internationale Kooperation, und vor allem der Bereitschaft, einen rechtlichen und administrativen Rahmen für die Koordinierung der Fragen rund um die soziale Sicherheit zu schaffen.

B. Interregionale und europäische Koordinierung

Das EG-Koordinierungsrecht ist eine Sonderform des internationalen Sozialrechts. ⁽³⁶⁹⁾ Der Ursprung und Zweck dieses supranationalen Rechts war und ist im Bereich der Koordinierung des internationalen Sozialrechts der Austausch sämtlicher bilateraler Elemente – d. h. von Elementen zwischenstaatlicher Rechtsvorschriften auf der Basis des Völkerrechts – durch supranationale, europäische und multilaterale Rechtsvorschriften. Hierdurch entsteht ein internationales Sozialrecht, das in allen Mitgliedstaaten direkt und nach gleichen Regeln und Grundsätzen Anwendung findet.

Trotz der Tatsache, dass die Regionen integrale und abhängige Bestandteile der Mitgliedstaaten sind und als autonome Organe die Beschränkungen und Anforderungen des EG- und EU-Rechts an die Mitgliedstaaten, denen sie angehören, erfüllen müssen, und unabhängig von den umfassenden strukturellen Analogien zwischen internationalem und interregionalem Sozialrecht stellt sich die Frage, ob das EG-Koordinierungsrecht zu Fragen der sozialen Sicherheit auf Bestimmungen des interregionalen Sozialrechts angewendet werden kann.

Da das interregionale Recht ein integraler Bestandteil des internen Rechts jedes einzelnen Mitgliedstaats ist, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es beim EG-Koordinierungsrecht ausschließlich darum geht, die internationalen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf das Sozialrecht zu regeln. Dieser Grundsatz findet sich in sämtlichen Entscheidungen des EuGH wieder. Bei der Anwendung der Koordinierungsregeln hat der EuGH

⁽³⁶⁹⁾ S. Devetzi, *Die Kollisionsnormen des Europäischen Sozialrechts*, Berlin 2000; E. Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, München 1994; ders., *Sozialrecht der EU*, 2010 (4. Aufl.); R. Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1988.

nicht verlangt, dass die betroffenen Personen von ihren Grundrechten Gebrauch machen ⁽³⁷⁰⁾: „Der EuGH hat [...] deutlich gemacht, dass die Vorschriften des Vertrags über die Freizügigkeit und die zu ihrer Durchführung erlassenen Maßnahmen nicht auf Tätigkeiten anwendbar sind, die keinerlei Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen.“ ⁽³⁷¹⁾ „Dies ist insbesondere der Fall in Sachverhalten, in denen die Situation eines Arbeitnehmers ausschließlich Faktoren aufweist, die zu einer Verknüpfung mit einem Nicht-EU-Land und einem einzelnen Mitgliedstaat führen.“ ⁽³⁷²⁾

Für die Anwendung des EG-Koordinierungsrechts ist daher ein die Grenzen der Mitgliedstaaten übergreifendes Element erforderlich. Interregionale Beziehungen können jedoch auf interne Situationen beschränkt werden. Dieses Leitprinzip ist auch ein Eckpfeiler der EuGH-Rechtsprechung, wie sich aus zahlreichen Urteilen zum Niederlassungsrecht ⁽³⁷³⁾, zur Freizügigkeit ⁽³⁷⁴⁾ und zur Anwendung von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ⁽³⁷⁵⁾, zu Fragen der sozialen Sicherheit in Drittländern und für Wanderarbeiter sowie zum Konzept der Unionsbürgerschaft zeigt. ⁽³⁷⁶⁾ Wie aus den zuletzt genannten Urteilen hervorgeht, vertritt der EuGH die Auffassung, dass der rechtliche Status eines EU-Bürgers nicht vom rechtlichen Status einer natürlichen Person, die in einem Mitgliedstaat arbeitet und keinerlei Verbin-

⁽³⁷⁰⁾ Rs. 75/63, Unger, Slg. 1964, 381; Rs. 31/64, Bertholet, Slg. 1965, 112.

⁽³⁷¹⁾ Verbundene Rechtssachen C-95/99 bis C-98/99 und C-180/99, Kahlil, Slg. 2001, I-7413; Rs. C-59/95, Moriana, Slg. 1997, I-1071; Rs. C-153/91, Petit, Slg. 1992, I-4973; Rs. C-64/96 und C-65/96, Uecker und Jacquet, Slg. 1997, I-3171; Rs. C-225/95, C-226/95 und C-227/95, Kapasakalis, Slg. 1998, I-4239; Rs. C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345.

⁽³⁷²⁾ Verbundene Rechtssachen C-95/99 bis C-98/99 und C-180/99, Kahlil, Slg. 2001, I-7413; Rs. C-297/92, Baglieri, Slg. 1993, -5211; Rs. C-60/93, Aldewereld, Slg. 1994, I-2991.

⁽³⁷³⁾ Rs. 20/87, Gauchard, Slg. 1987, 4879.

⁽³⁷⁴⁾ Rs. C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345.

⁽³⁷⁵⁾ Verbundene Rechtssachen C-95/99 bis C-98/99 und C-180/99, Kahlil, Slg. 2001, I-7413.

⁽³⁷⁶⁾ Rs. C-403/03, Schempp, Slg. 2005, I-6421; mit erheblichen Auswirkungen auf die Sozialpolitik, bereits früh erkannt von S. Van Raepenbusch in „Persons Covered by Regulation (EEC)1408/71 and European Citizenship“, in Swedish National Social Insurance Board/European Commission, *25 years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on social security for migrant workers*, Stockholm 1997, S. 71 und 81 ff.

zung zu einem zweiten Mitgliedstaat hat, hergeleitet werden kann.

Nach Auffassung des EuGH gelten die in Artikel 84 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festgelegten sprachlichen Rechte nicht für Sozialversicherungsverhältnisse ohne grenzübergreifenden Bezug (d. h. ohne Verbindung zu einem zweiten Mitgliedstaat).⁽³⁷⁷⁾ Die Auseinandersetzung über die sprachlichen Rechte der verschiedenen Sprachgemeinschaften in Belgien ist daher kein Fall für das EG-Koordinierungsrecht für Fragen der sozialen Sicherheit. Aus diesem Grund war es kaum überraschend, dass der Gerichtshof im Urteil zu regionalen Rechtsvorschriften zur flämischen Pflegeversicherung⁽³⁷⁸⁾ zum Schluss kam, dass das Gemeinschaftsrecht für diese regionale Rechtsvorschrift – falls und insofern es um den Status von Personen geht, die keinen Gebrauch vom Grundrecht auf Freizügigkeit machen – nicht relevant ist. Unter diesen Umständen gibt es kein Mandat für das EG-Koordinierungsrecht, solange interregionale Beziehungen ausschließlich durch das interne Recht eines Mitgliedstaats geregelt werden.

C. Sind die EG-Koordinierungsregeln relevant für interregionale Fragen der sozialen Sicherheit?

Aus dem EuGH-Urteil zur flämischen Pflegeversicherung folgt auch, dass die Relevanz des EG-Koordinierungsrechts bei interregionalem Recht nicht dauerhaft mit der Begründung, ersteres sei Teil des supranationalen und letzteres Teil des nationalen und daher internen Sozialrechts, auszuschließen ist. Das Urteil enthält jedoch noch einen weitaus wichtigeren Aspekt, in dem es um die Bestimmung im regionalen Recht geht, nach der Leistungen aus der Pflegeversicherung auf Personen beschränkt waren, die ihren Wohnsitz im flämischen Teil Belgiens bzw. in der Region Brüssel-Hauptstadt hatten. Personen aus anderen Teilen Belgiens, die auf Pflegeleistungen

angewiesen waren und nur früher in der Flämischen Region ihren Wohnsitz hatten, waren von den Leistungen ausgeschlossen.

Nach Auffassung des EuGH stellt diese Bestimmung der flämischen Pflegeversicherung zum Ausschluss von Personen aus anderen Teilen Belgiens unter Umständen eine Benachteiligung der EU-Bürger, die aktiv ihr Recht auf Freizügigkeit nach Artikel 39 des EG-Vertrags nutzen und bezahlte Arbeit in einem beliebigen Mitgliedstaat annehmen, dar, da diese ihren Anspruch auf Sozialleistungen verlieren, wenn sie sich für einen Wohnort außerhalb der betroffenen Region entscheiden. Aus dem EuGH-Urteil zur flämischen Pflegeversicherung lässt sich nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass es sich bei Sozialgesetzen von öffentlichen regionalen Institutionen um Bereiche handelt, in denen europäisches Recht keinerlei Relevanz hat.⁽³⁷⁹⁾ EG-Recht muss also auch bei interregionalem Sozialrecht beachtet werden. Die Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem EG-Koordinierungsrecht kann geprüft werden, insofern es bei dem Sachverhalt um eine grenzüberschreitende Problematik geht.

Es wäre daher eine völlige Fehleinschätzung zu glauben, dass zwischen dem EG-Koordinierungsrecht als Bestandteil des supranationalen Rechts auf der einen Seite und dem interregionalen Sozialrecht als Bestandteil des internen bzw. nationalen Rechts auf der anderen Seite eine vollkommene Trennung und damit eine Koexistenz ohne jedweden Berührungspunkt besteht! Das EG-/EU-Recht ist kein zusammenhängendes und kohärentes Rechtssystem, das als hermetisch geschlossene und vollständige Rechtsordnung über den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten steht. Zweck und Absicht des EG- bzw. EU-Rechts ist es vielmehr, das Funktionieren des Gemeinsamen Markts auf der Grundlage der Rechtssysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. EG- bzw. EU-Recht wird nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten relevant. Für diese Fälle muss gewährleistet sein, dass supranationales Recht über dem

⁽³⁷⁷⁾ Rs. C-153/91, Petit, Slg. 1992, I-4973.

⁽³⁷⁸⁾ Rs. C-212/06, Regierung der französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung/Flämische Regierung (a. a. O.); siehe auch Urteil 11/2009 des Belgischen Verfassungsgerichts, Nr. 3194/3195.

⁽³⁷⁹⁾ Siehe die Argumentation der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 28. Juni 2007 (C-212/06), Nrn. 115-157.

Recht der Mitgliedstaaten steht, unabhängig von der staatlichen Ebene, auf der es im Mitgliedstaat beschlossen wurde.

Fragen in Bezug auf EG-/EU-Recht werden also nicht gestellt, um eine abstrakte Hierarchie der supranationalen und nationalen Bestimmungen festzulegen, sondern sie werden immer nur auf Basis faktischer Ereignisse relevant – bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten von Personen. Durch die sehr weitgefaste Definition des EuGH im Hinblick auf eine grenzüberschreitende Verbindung und die wachsende Bedeutung der innergemeinschaftlichen Tätigkeiten aufgrund einer zunehmenden Mobilität der Arbeitnehmer auf dem Gemeinsamen Markt darf die Wahrscheinlichkeit, dass interregionale Regelungen von Fragen der sozialen Sicherheit aus dem Blickwinkel des EG-Koordinierungsrechts hinterfragt werden, nicht unterschätzt werden.

Bei einer Untersuchung der Frage, welche Fälle in der Rechtsprechung des EuGH als grenzüberschreitend betrachtet werden, wird deutlich, dass der Nutznießer selbst eine Verbindung zu mehreren Mitgliedstaaten haben muss. Bei Familienleistungen genügt eine grenzüberschreitende Verbindung über das Kind, dessentwegen die Eltern Anspruch auf eine Leistung haben.⁽³⁸⁰⁾ Der gleiche Grundsatz gilt für die Besteuerung von Eltern.⁽³⁸¹⁾ In diesem Zusammenhang stellte der EuGH fest, dass ein grenzüberschreitendes Element auch die Situation eines Familienmitglieds des Steuerzahlers, der in einem Mitgliedstaat lebt und arbeitet, sein kann, wenn der Steuerzahler den steuerlichen Abzug von Unterhaltszahlungen an ein in einem anderen Mitgliedstaat lebendes Familienmitglied verlangt, auch wenn das Steuerrecht des betroffenen Staates dies nicht vorsieht!

Das EG-Koordinierungsrecht zum Sozialrecht ist nicht nur für regionales materielles Recht relevant, sondern auch für interregionale Aspekte, zumindest,

was die völkerrechtlichen Konsequenzen anbetrifft, da die Grenzen von Regionen nicht immer mit denen der Mitgliedstaaten übereinstimmen. Die Mitgliedstaaten sind an das EG-Koordinierungsrecht gebunden, und Regionen sind dies auch, wenn interregionale Bewegungen als international betrachtet werden!

IV. HAT DAS EUROPÄISCHE KOORDINIERUNGSRECHT FÜR SOZIALRECHT RELEVANZ FÜR INTERREGIONALES RECHT?

A. Interregionales Sozialrecht und Bestimmungen des EG-Koordinationsrechts

In seinem Urteil vom 1. April 2008 zur flämischen Pflegeversicherung – dieses Urteil ist für die weitere Debatte von höchster Bedeutung! – hat der EuGH rein interne Sachverhalte und Sachverhalte mit EG-Dimension deutlich voneinander getrennt. Während erstere nicht den Bestimmungen des EG-Rechts unterliegen, sind letztere direkt auf ihre Vereinbarkeit mit der EG-Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu prüfen. Der Gerichtshof stellte Folgendes fest⁽³⁸²⁾:

„In dieser Beziehung darf nicht vergessen werden, dass nach ständiger Rechtsprechung die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit und die zur Durchführung dieser Bestimmungen erlassenen Maßnahmen nicht auf Tätigkeiten anwendbar sind, die keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen [...] Andererseits hat der Gerichtshof auch festgestellt, dass alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die unabhängig von ihrem Wohnsitz und ihrer

⁽³⁸⁰⁾ Rs. C-194/96, Kulzer, Slg. 1998, I-895.

⁽³⁸¹⁾ Rs. C-403/03, Schempp, Slg. 2005, I-6421.

⁽³⁸²⁾ Rs. C-212/06, Regierung der französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung/Flämische Regierung, Slg. 2008, I-1683.

Staatsangehörigkeit von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben und in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind, in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen.“⁽³⁸³⁾

„Unter diesen Umständen müssen im Licht dieser Grundsätze zwei Sachverhalte unterschieden werden [...]. Zum einen führt die Anwendung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung [...] dazu, dass diejenigen belgischen Staatsangehörigen vom System der Pflegeversicherung ausgeschlossen sind, die eine Berufstätigkeit im niederländischen Sprachgebiet oder im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt ausüben, aber in den französischsprachigen oder deutschsprachigen Gebieten wohnen und nie von ihrer Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft Gebrauch gemacht haben. Auf solche rein internen Sachverhalte kann das Gemeinschaftsrecht nicht angewandt werden.“⁽³⁸⁴⁾

„Zum anderen kann die im Ausgangsverfahren streitige Regelung auch in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallende Arbeitnehmer oder Selbständige vom System der Pflegeversicherung ausschließen, nämlich sowohl Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten als des Königreichs Belgien, die im niederländischen Sprachgebiet oder im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt eine Berufstätigkeit ausüben, aber in einem anderen Teil des Staatsgebiets wohnen, als auch belgische Staatsangehörige, die sich in der gleichen Situation befinden und von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Hinsichtlich dieser zweiten Gruppe von Arbeitnehmern und Selbständigen ist daher zu prüfen, ob die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, um deren Auslegung das vorliegende Gericht ersucht, einer Regelung wie der des Ausgangsverfahrens entgegenstehen, soweit diese Regelung für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten als des Königreichs Belgien oder für belgische Staatsangehörige, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit inner-

halb der Europäischen Gemeinschaft Gebrauch gemacht haben, gilt.“⁽³⁸⁵⁾

„Im Licht dieser Grundsätze wurden als Beschränkungen insbesondere Maßnahmen qualifiziert, die bewirken, dass Arbeitnehmer oder Selbständige infolge der Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlieren, die ihnen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zustehen. [...] Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende kann solche beschränkenden Wirkungen entfalten, wenn sie den Anschluss an das Pflegeversicherungssystem von dem Erfordernis eines Wohnsitzes entweder in einem abgegrenzten Teil des Staatsgebiets, nämlich im niederländischen Sprachgebiet bzw. im zweisprachigen Gebiet Brüssel-Hauptstadt, oder in einem anderen Mitgliedstaat abhängig macht.

Wanderarbeitnehmer und -selbständige, die eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit in einem dieser beiden Gebiete ausüben oder ausüben wollen, könnten nämlich davon abgehalten werden, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen und ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich in Belgien aufzuhalten, weil eine Wohnsitznahme in bestimmten Teilen des belgischen Staatsgebiets den Verlust der Möglichkeit mit sich bringen würde, in den Genuss von Leistungen zu kommen, die sie andernfalls hätten beanspruchen können. Mit anderen Worten, der Umstand, dass sich die betroffenen Arbeitnehmer oder Selbständigen in der Situation befinden, entweder die Pflegeversicherung zu verlieren oder in der Wahl des Ortes, an den sie ihren Wohnsitz verlegen, beschränkt zu sein, ist zumindest geeignet, die Ausübung der durch die Art. 39 EG und 43 EG verliehenen Rechte zu behindern.“⁽³⁸⁶⁾

„Außerdem können [...] die beschränkenden Wirkungen der streitigen Regelung nicht als zu ungewiss oder zu indirekt angesehen werden, um eine gegen die Art. 39 EG und Art. 43 EG verstoßende

⁽³⁸³⁾ Nrn. 33 f.

⁽³⁸⁴⁾ Nrn. 37 ff.

⁽³⁸⁵⁾ Nrn. 41 f.

⁽³⁸⁶⁾ Nrn. 46 ff.

Beschränkung darzustellen. Insbesondere hängt [...] die Möglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer oder Selbständigen, die fraglichen Pflegeversicherungsleistungen in Anspruch zu nehmen, nicht von einem zukünftigen und hypothetischen Ereignis ab, sondern von einem Umstand, der [...] mit der Ausübung des Freizügigkeitsrechts verbunden ist, nämlich von der Wahl des Ortes, an den der Betroffene seinen Wohnsitz verlegt.“⁽³⁸⁷⁾

Hieraus folgt eindeutig, dass sämtliche Nutznießer, die innerhalb des zuständigen Gebiets (Flämische Gemeinschaft oder Brüssel) als Arbeitnehmer in die Pflegeversicherung einzahlen, ihre Ansprüche verwirklichen, wenn sie ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, z. B. in die Niederlande oder nach Deutschland – obwohl es auch dort Pflegeversicherungen gibt.

Die Beschränkung der flämischen Pflegeversicherung auf Einwohner der Region lässt sich nicht mit den Besonderheiten des flämischen Systems zur Pflege abhängiger Personen und mit der räumlichen Beschränkung, die der flämischen Gesetzgebung und den flämischen Behörden bei der Organisation und Verwaltung auferlegt sind, begründen. Nach EG-Recht ist es nicht nur möglich, sondern notwendig, in einer belgischen, d. h. flämischen, Sozialversicherung erworbene Pflegeversicherungsansprüche auch in anderen Ländern wie Deutschland und den Niederlanden auf Kosten der flämischen Versicherung nutzen zu können. Die gleiche Regelung ist im europäischen Recht für die Gesundheitsversorgung von Rentnern vorgesehen.⁽³⁸⁸⁾ Angesichts eines Koordinierungsrechts, in dem die Pflege als integraler Bestandteil des Gesundheitswesens betrachtet wird⁽³⁸⁹⁾, konnte der EuGH bei der flämischen Pflegeversicherung keine auf dem Wohnsitz basierenden Einschränkungen für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten zulassen.

⁽³⁸⁷⁾ Nr. 51.

⁽³⁸⁸⁾ Artikel 27 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 = Artikel 23 ff. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽³⁸⁹⁾ Rs. C-160/96, Molenaar, Slg. 1998, I-843, Rs. C-215/99, Jauch, Slg. 2001, I-1901, und Rechtssache C-286/03, Hosse, Slg. 2006, I-1771; F. Pennings, Nr. 2, 149 ff.

B. Ist das EG-Koordinationsrecht relevant bei internen Streitfragen rund um die Sozialversicherung?

Das EG-Koordinierungsrecht ist auch bei regionalen Sachverhalten anwendbar, wenn diese eine innergemeinschaftliche Komponente aufweisen, beispielsweise eine Verbindung zu einem anderen Mitgliedstaat. Aber auch in Fällen, in denen der grenzüberschreitende Aspekt fehlt, kann das EG-Recht für die rechtliche Stellung der betroffenen Personen von Belang sein. Auch in diesem Fall sei auf die Erwägungen des EuGH in der Rechtssache um die flämische Pflegeversicherung verwiesen:

„Die Auslegung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts kann dem vorlegenden Gericht jedoch möglicherweise auch in Bezug auf Sachverhalte, die als rein intern einzustufen sind, von Nutzen sein, und zwar insbesondere dann, wenn das Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorschreibt, dass jedem Inländer die gleichen Rechte zustehen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats in einer von diesem Gericht für vergleichbar gehaltenen Lage kraft Gemeinschaftsrechts zustünden.“⁽³⁹⁰⁾

Obwohl das EG-Recht direkt auf rein interne Sachverhalte anwendbar ist⁽³⁹¹⁾, bleibt es Aufgabe der nationalen Gerichte zu prüfen, ob nach den Bestimmungen des supranationalen Rechts ein Arbeitnehmer oder Selbständiger aus dem betroffenen Staat ohne Verbindung zum Rechtssystem eines anderen Mitgliedstaats unter Umständen gegenüber einem Arbeitnehmer oder Selbständigen mit einer solchen Verbindung diskriminiert wird. Einer möglichen verfassungsrechtlichen Prüfung der Ungleichbehandlung innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten steht nichts entgegen.⁽³⁹²⁾ Aus diesem Grund muss im Rahmen des nationalen Verfassungsrechts die Frage gestellt und geklärt werden, bis zu welchem Umfang

⁽³⁹⁰⁾ Rs. C-212/06, Regierung der französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung/Flämische Regierung (a. a. O.), Nr. 40; A. Wallrabenstein, Hinweis in *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, 139 ff.

⁽³⁹¹⁾ Rs. C-332/90, Steen I, Slg. 1992, I-341.

⁽³⁹²⁾ Rs. C-132/93, Steen II, Slg. 1994, I-2715.

Unterschiede bei der Behandlung interner und grenzüberschreitender Sachverhalte zulässig sind.

Hiermit wird eine allgemeine und sehr grundlegende Problematik des EG-/EU-Rechts angeschnitten, nämlich das der *umgekehrten Diskriminierung* ⁽³⁹³⁾. In Deutschland wird dieser Sonderfall der Diskriminierung als „Inländer-Diskriminierung“ bezeichnet. Hierbei geht es um die Frage, ob Inländer nach europäischem Recht gegenüber Migranten benachteiligt werden. Diese Frage ist jedoch eher rhetorischer Art, da der Ton, in dem sie gestellt wird, die erwartete Antwort verrät.

Die Beschreibung der Frage, vor der wir stehen, ist folglich nicht korrekt. Eine Umformulierung wäre wünschenswert, beispielsweise wie folgt: Ist es im verfassungsrechtlichen Rahmen der Mitgliedstaaten möglich, dass Einzelpersonen nach EG-Recht größere Vorteile genießen als Personen in vergleichbarer Situation nach dem internen Recht? Wenn ein derartiger Unterschied als Diskriminierung aufgefasst würde, läge keine Diskriminierung durch das EG-Recht, sondern umgekehrt durch das nationale Recht vor. Es gibt einen subtileren Zusammenhang zwischen dem internen Recht und dem EG-Recht. Wenn ein solcher Grundsatz der Nichtdiskriminierung im internen Recht des Mitgliedstaats zu finden ist, ließe sich dies sogar als die logische Konsequenz aus dem zugrundeliegenden EG-Recht betrachten!

C. Lassen sich im internen Recht von Mitgliedstaaten Grundsätze der Nichtdiskriminierung hinsichtlich der Behandlung vergleichbarer Fälle im EG-Recht und im internen Recht finden?

Wir kommen schließlich zur Frage, ob internes Recht einen rechtlichen Status von Einzelpersonen zulässt, der im Vergleich zu dem Status, den diese Personen unter EG-Recht zugesprochen bekommen könnten, sollten und würden, weniger vorteilhaft ist. Diese

Frage kann nicht durch die Auslegung des EG-Rechts gelöst werden, da es bei rein internen Sachverhalten nicht anwendbar ist. Dennoch richtet sich die Fragestellung auf die impliziten Konsequenzen des EG-Rechts. Wenn das genannte Prinzip im internen Recht der Mitgliedstaaten zu finden wäre, dann beträfen die Standards des EG-Rechts auch das interne Recht selbst. Mit anderen Worten würde die Relevanz der EG-Rechtsvorschriften über die eigene Sphäre hinausgehen.

Die Antwort auf diese Frage darf nicht von den Verfassungen der Mitgliedstaaten hergeleitet werden, da explizite Bestimmungen kaum zu finden sind. Eine Lösung muss auf der Basis eines anerkannten Verfassungsgrundsatzes, der in der Regel recht abstrakt formuliert ist und interpretiert werden muss, gefunden werden. Eine der zentralen Verfassungsgrundsätze ist in diesem Zusammenhang der Gleichheitsgrundsatz. Ist die Gleichheit interner und europäischer Sachverhalte in den Mitgliedstaaten von heute eine akzeptierte Regel? Gleichheit ist – wie Artikel 20 der EU-Menschenrechtscharta zeigt – ein weitgehend akzeptierter und allseits geachteter Grundsatz des europäischen Verfassungsrechts. Was den Grundsatz der Gleichheit anbelangt, vertrat das Bundesverfassungsgericht ⁽³⁹⁴⁾ die Auffassung, dass die Anforderungen der deutschen Handwerksordnung im Hinblick auf die Gründung von Handwerksunternehmen im Hinblick auf die Gleichbehandlung nicht mehr verfassungskonform seien, da die (hohen) deutschen Standards innerhalb des Gemeinsamen Markts nur von Luxemburg und Österreich befolgt würden, während die Anforderungen an die Qualifikation selbständiger Handwerker in allen anderen Mitgliedstaaten deutlich niedriger seien. Es sei daher ungerecht und eine Ungleichbehandlung von Handwerkern, wenn das deutsche Gesetz höhere Anforderungen stelle als die Gesetze in den anderen Mitgliedstaaten. ⁽³⁹⁵⁾

⁽³⁹⁴⁾ BVerfG, 5.12.2005, 1 BvR 1730/02 = *Gewerbearchiv* 2006, 71-73.

⁽³⁹⁵⁾ Sachs-Osterloh, *Grundgesetz*, 2007 (4. Aufl.), Artikel 3 Randnr. 71: verschiedenste Formen der umgekehrten Diskriminierung können im Allgemeinen nach Artikel 3 Absatz 1 GG infrage gestellt werden; vgl. auch A. Epiney, N. 55, 426 ff.

⁽³⁹³⁾ A. Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995; Anne Walter, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, 2008.

Was den Grundsatz der Gleichheit – Artikel 3 Absatz 1 des deutschen Grundgesetzes – anbelangt, entschied das Verwaltungsgericht Oldenburg am 26. September 2008 ⁽³⁹⁶⁾ über die Relevanz dieser Verfassungsbestimmung im Hinblick auf die Behandlung ähnlicher Sachverhalte nach europäischem und internem Recht. Nach Auffassung des Gerichts verstießen die Verordnungen zu einem öffentlichen Pensionsfonds einer Renten- und Invaliditätsversicherung für Zahnärzte im Bundesland Niedersachsen, die auf der Grundlage eines Landesgesetzes von der Zahnärztekammer Niedersachsen beschlossen worden waren, gegen den Grundsatz der Gleichheit und somit gegen die Verfassung. Die Regelungen benachteiligten Zahnärzte, die aus anderen Bundesländern nach Niedersachsen zogen, gegenüber Zahnärzten aus anderen EU-Mitgliedstaaten. In der Tat waren aus anderen EU-Ländern stammende Zahnärzte, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie zuvor tätig und sozialversichert waren, von der Zwangsmitgliedschaft im Pensionsfonds von Niedersachsen befreit und konnten ihre bisherigen Sozialversicherungssysteme auf freiwilliger Basis ⁽³⁹⁷⁾ fortführen, während ihren Kollegen, die nach einer Zeit der Selbständigkeit in einem anderen Bundesland nach Niedersachsen wechselten, diese Wahlmöglichkeit nicht blieb.

Nach Auffassung des Gerichts gibt es keine Rechtfertigung dafür, dass aus anderen EU-Mitgliedstaaten nach Niedersachsen ziehende Zahnärzte im Hinblick auf eine Renten- und Invaliditätsversicherung besser gestellt sein sollten als Zahnärzte aus anderen deutschen Bundesländern. Daher urteilte das Gericht wie folgt: „Wenn das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt in einer bestimmten Weise behandelt wird, ist es allein eine Frage des nationalen (Verfassungs-)Rechts, ob ein inländischer Sachverhalt ebenso behandelt werden muss.“ Nach Ansicht des Gerichts darf der durch das

EG-/EU-Recht begründete Standard keinen größeren Vorteil bieten als der durch nationales Recht begründete Standard, da ansonsten der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt würde.

Falls die Schlussfolgerung zur Grundlage des national anerkannten Grundsatzes der Gleichheit stimmt, muss jede Ungleichbehandlung durch die Verfassung der jeweiligen Mitgliedstaaten gerechtfertigt werden können. Falls das interne Recht für den Einzelnen weniger vorteilhaft ausfällt als das EG-/EU-Recht, führt dies zu nicht zu rechtfertigenden Unterschieden zwischen In- und Ausländern. ⁽³⁹⁸⁾ Falls dieser Unterschied nach der Verfassung unrechtmäßig und nichtig ist, bildet die EG-/EU-Rechtsvorschrift auch den Standard für das entsprechende interne Gesetz! Dieser Argumentation zufolge interpretiert der österreichische Verfassungsgerichtshof ⁽³⁹⁹⁾ Artikel 14 der europäischen Menschenrechtskonvention – die eine Diskriminierung von Einzelpersonen in Bezug auf ihre Menschenrechte als Verletzung der europäischen und internationalen Garantien zur Wahrung dieser Menschenrechte betrachtet – in dem Sinne, dass die Staatsbürger des betroffenen Staates mindestens genauso behandelt werden müssen wie Staatsbürger anderer Mitgliedstaaten.

Diese Auffassung geht weit über die Rechtsprechung des EuGH hinaus, der eine unterschiedliche Behandlung von grenzüberschreitenden EG-/EU-Rechtsfällen und internen Fällen mit dem EG-/EU-Recht als vereinbar betrachtet. ⁽⁴⁰⁰⁾ „Nach dieser Auffassung wirkt sich das EG-/EU-Recht auf nationales Recht aus und geht damit über den Bereich hinaus, in dem formell und offiziell direkt supranationales Recht angewendet wird!“ Wenn der Verfassungsgrundsatz zur Wahrung der Gleichheit gemäß dem Urteil des Verwaltungsgerichts Oldenburg ausgelegt werden soll, stellen die durch die europäischen Rechtsvorschriften (bzw. den EuGH) etablierten Leitlinien nicht nur Standards für das Völkerrecht dar. Diese Standards müssen dann auch bei Entschei-

⁽³⁹⁶⁾ Aktenzeichen 7 A 5226/06 = *MedR* 2009, 43, Nachdruck auch in *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, mit einem Hinweis von E. Eichenhofer.

⁽³⁹⁷⁾ Was Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 anbelangt, gilt die Zwangsmitgliedschaft in einem regionalen Sozialversicherungssystem auch bei grenzüberschreitenden Fällen innerhalb Europas.

⁽³⁹⁸⁾ A. Epiney, N. 56, 432 ff.

⁽³⁹⁹⁾ VerfG EuGRZ 1997, 362.

⁽⁴⁰⁰⁾ Rs. 370/88, Procurator Fiscal/Marshall, Slg. 1990, I-4071.

dungen in vergleichbarem nationalen Rechtssachen beachtet und eingehalten werden.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich, dass auf der Grundlage des Gleichheitsgrundsatzes immer entschieden werden muss, welches Gesetz das vorteilhaftere ist: Internes Recht ist nur zu beachten, wenn es mit dem europäischen Recht im Einklang steht; ist dies nicht der Fall, so ist das interne Recht nichtig. Ist das interne Recht jedoch vorteilhafter für die Einzelperson als das EU-Recht, hat das interne Recht Vorrang.

Eine solche Entwicklung kann als Reaktion der nationalen Gesetzgebung auf die Bestimmungen des EU-Rechts zur Nichtdiskriminierung (Artikel 12 des EG-Vertrags) betrachtet werden⁽⁴⁰¹⁾: Wenn eine nachteilige Behandlung von grenzüberschreitenden Rechtssachen im Vergleich mit internen Rechtssachen gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt und aus diesem Grund die vorteilhaftere Rechtsvorschrift angewendet werden muss⁽⁴⁰²⁾, lässt sich argumentieren, dass der gleiche Grundsatz auch im umgekehrten Fall angewendet werden muss, d. h. bei Schlechterbehandlung des internen Sachverhalts gegenüber einem grenzüberschreitenden Sachverhalt. Es besteht also von beiden Seiten ein Harmonisierungsdruck bei Rechtsfragen.

Dieser Grundsatz ist nicht über jeden rechtlichen Zweifel erhaben⁽⁴⁰³⁾: Es stellt sich die Frage, was von der nationalen Souveränität übrig bleibt, wo doch eigentlich das Prinzip der Subsidiarität gilt, nach dem die Mitgliedstaaten in verschiedenen Feldern der Gesetzgebung die alleinige Zuständigkeit haben? In den ausstehenden Rechtssachen am EuGH zur Steuergewalt der autonomen Regionen in Spanien⁽⁴⁰⁴⁾ muss die Frage geklärt werden, wie weit die

regionale Autonomie bei der Frage der Besteuerung der Wirtschaft reicht und in welchem Maße die autonomen Gemeinschaften zur Einhaltung von Zielen, die im Interesse des Zentralstaats stehen, verpflichtet sind. Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten nach Artikel 136 des EG-Vertrags das Recht, die Sozialpolitik in ihrer nationalen Tradition fortzuführen.

Wenn regionale Systeme der sozialen Sicherheit das Anzeichen für eine allgemeine Tendenz für eine Abwendung vom Wohlfahrtsstaat hin zu Wohlfahrtsregionen sind⁽⁴⁰⁵⁾, dann ist es offensichtlich, dass Regionen auch bei allen relevanten Faktoren für die Gründung von Systemen der sozialen Sicherheit die notwendige Autonomie haben sollten. Es gibt also eine allgemeine Rechtfertigung für regionale Unterschiede beim Kreis der Leistungsbezieher, bei den abgedeckten Risiken und bei der Höhe der Leistung. Genau darum geht es ja bei der Regionalisierung der Systeme der sozialen Sicherheit: Es geht darum, Unterschiede in der Form und in der Höhe der Leistungen zu ermöglichen. Diese Unterschiede sind im nationalen Recht und im EG-/EU-Recht anzuerkennen. Doch regionale Autonomie ist keine ausreichende Rechtfertigung für den Ausschluss von Personen, die in einem regionalen System auf der Basis ihres Wohnsitzes versichert waren und denen die Leistung verweigert wird, weil sie innerhalb des Mitgliedstaats in eine andere Region umgezogen sind. Ob ein derartiger Ausschluss nach den nationalen Gesetzen des Mitgliedstaats, die die Einrichtung regionaler Systeme der sozialen Sicherheit im Rahmen der regionalen Autonomie zulassen, zulässig ist, darf bezweifelt werden. Da die Koordinierung der Sozialsysteme innerhalb Europas eine übergeordnete Aufgabe ist, fällt die interregionale Koordination der regionalen Sozialsysteme den einzelnen Mitgliedstaaten zu. Diese müssen dafür sorgen, dass zwischen den Regionen die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und der Gleichbehandlung gewährleistet sind. Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung leitet sich auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ab, der in Bezug auf interregionale

⁽⁴⁰¹⁾ E. Eichenhofer, N. 30, Tz. 112 ff.; U. Becker, „Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote für die Gleichbehandlung von Sachverhalten im koordinierenden Sozialrecht“, *VSSR* 2000, 221.

⁽⁴⁰²⁾ B. Schulte, „Supranationales Sozialrecht“, in U. Becker, B. von Maydell und F. Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, Baden-Baden, 2008 (4. Aufl.), Randnrn. 33-38.

⁽⁴⁰³⁾ A. Epiney, N. 55, 432 ff., 470 ff.

⁽⁴⁰⁴⁾ Siehe Aussage der Generalanwältin Juliane Kokott vom 8. Mai 2008 (C-428/06, KGT Risja).

⁽⁴⁰⁵⁾ M. Ferrera, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford 2005, S. 167 ff.).

Migranten ein zentrales Element des interregionalen Rechts darstellt. Das Argument, dass die Regionen bei der Errichtung eigener Systeme der sozialen Sicherheit freie Hand haben, ist also nicht besonders überzeugend, wenn die Mitgliedstaaten selbst beim internen Recht keinen niedrigeren Standard als beim europäischen Recht akzeptieren möchten. Dieses Problem tritt offen zutage, wenn ein erworbenes Anrecht auf Sozialleistungen aufgrund von europäischem Recht international einklagbar ist, nach internem Recht aber kein Anspruch besteht, weil regionale Systeme zur sozialen Sicherheit auf nationaler Ebene keine Gültigkeit besitzen. Ein Nationalstaat, in dem regionale Sozialversicherungssysteme nicht landesweit gültig sind, erweckt den Eindruck, als befände er sich im Zustand der Sezession! Er hinkt beim mittlerweile erreichten Status der europäischen Integration hinterher, und dies ist sowohl nach internem als auch nach europäischem Recht nicht mehr hinnehmbar!

V. EUROPÄISCHES KOORDINIERUNGSRECHT FÜR SOZIALRECHT UND REGIONALE SOZIALPOLITIK

A. Eine zweifach divergierende Solidarität?

In der Debatte um die Verbindung zwischen dem EG-Koordinierungsrecht und den regionalen Systemen der sozialen Sicherheit wird das Argument vorgebracht, regionale und internationale Solidarität seien grundlegend unterschiedliche Konzepte.⁽⁴⁰⁶⁾ Sollte also die regionale Solidarität als etwas völlig anderes betrachtet werden als die internationale Solidarität?

Diese Beobachtung ist nicht falsch, aber äußerst vage und ziemlich missverständlich. Vage deswegen, weil nicht darauf hingewiesen wird, in welcher

⁽⁴⁰⁶⁾ In diese Richtung argumentiert P. Van Parijs, N. 29, 1998, S. 5: „De solidariteit tussen personen binnen een Volksgemeenschap moet strikt onderscheiden en gescheiden worden van de solidariteit binnen een internationale (of confederale) gemeenschap“.

Hinsicht es bei den beiden Konzepten Unterschiede bei der „Solidarität“ gibt. Missverständlich deswegen, weil es bei regionalem und internationalem Sozialrecht um unterschiedliche Formen der Solidarität geht. Die Zustandsbeschreibung des regionalen und internationalen Sozialrechts anhand der zweifach divergierenden Solidarität führt folglich nicht weiter. Stattdessen stellen sich zwei weitaus interessantere Fragen: Erstens: Wie lassen sich die Unterschiede zwischen regionalem und internationalem Sozialrecht charakterisieren? (B) Zweitens: Wie tragen beide zur Solidarität bei? (C)

B. Materielles Recht und Koordinierungsrecht

Was die erste Frage anbelangt, müssen die grundlegenden strukturellen Unterschiede zwischen dem regionalen und dem internationalen Sozialrecht auf jeden Fall berücksichtigt werden. Regionales Sozialrecht ist Teil des nationalen Rechts eines Mitgliedstaats. Da es die nationalen Gesetze in diesem Mitgliedstaat ersetzt, hat das regionale Recht den gleichen rechtlichen Charakter wie das tarifvertraglich geregelte Sozialrecht, das an die Stelle staatlicher Regeln tritt, beispielsweise die Arbeitslosenversicherung in Frankreich⁽⁴⁰⁷⁾ oder Dänemark⁽⁴⁰⁸⁾. Die erste Besonderheit des regionalen Sozialrechts ist also die Rolle bei der Festlegung materiellrechtlicher Bestimmungen zu Fragen der sozialen Sicherheit, beispielsweise zur Festlegung der Leistungsempfänger, der Beitragsbasis und der Verwaltung zur Festsetzung und Erhebung der Beiträge sowie der Struktur der Leistungen.

Aus der Perspektive des EG-Koordinierungsrechts hat ein regionales Sozialversicherungssystem den gleichen rechtlichen Status wie andere – meist tarifvertraglich geregelte – bzw. private Systeme⁽⁴⁰⁹⁾: Das

⁽⁴⁰⁷⁾ F. Kessler, *Droit de la Protection Sociale*, Paris, 2005 (2. Aufl.), S. 376 ff.

⁽⁴⁰⁸⁾ D. Pieters, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Antwerpen 2002, 47, 51.

⁽⁴⁰⁹⁾ Die Bedeutung dieser Systeme nimmt zu: S. Vansteenkiste, S. Devetzi, F. Goyens (Hrsg.), *Private Partners in Social Insurance*, Löwen 2001, mit Berichten aus Belgien, Tschechien, Griechenland, Deutschland, Ungarn, Norwegen, Schweden und den Niederlanden.

regionale Sozialrecht wird als integraler Bestandteil des Sozialsystems eines Mitgliedstaats aufgefasst und im Rahmen des Koordinierungsrechts als abhängiger Bestandteil der Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats zu sozialen Fragen betrachtet. Die Koordinierungsverordnung gilt dabei ohne Einschränkung. Ohne Ausnahmen gelten sämtliche Bestimmungen des EG-Koordinierungsrechts auch für die regionalen Sozialsysteme, also ganz so, als handele es sich um nationale Rechtsvorschriften. Dies ist notwendig, da die Mitgliedstaaten ansonsten durch das EG-Koordinierungsrecht auferlegte Verpflichtungen umgehen könnten, indem sie die nationale Zuständigkeit an öffentliche regionale Institutionen abtreten. Das Koordinierungsrecht behandelt folglich sämtliche Formen materiellen Rechts innerhalb eines Mitgliedstaats gleich, unabhängig von der Art und Weise des Zustandekommens und von verwaltungsrechtlichen Fragen.

C. Solidarität beim materiellen Recht und beim Koordinierungsrecht

Jede materialrechtliche Bestimmung und jedes auf nationaler bzw. regionaler Ebene organisierte oder von den Sozialpartnern getragene Sozialsystem verfolgt das Ziel einer größeren Solidarität unter den Systembeteiligten. Jede Maßnahme zur Schaffung sozialer Sicherheit führt zu Solidarität. Bei dieser Betrachtungsweise kommen die emotionale und die kulturelle Komponente jedoch zu kurz. Solidarität ist kein vages, schwer greifbares Gefühl, sondern eine sehr feste Beziehung, die vor allem auf der Zahlung von Geldern an eine Institution basiert, die dieses Geld an die Bedürftigen, also mitunter die „anderen“, verteilt! Im Kontext der Grundrechte der EU-Bürger hat die Solidarität einen offiziellen und weitreichenden Status als konstruktive Basis für die EU-weit anerkannten sozialen Menschenrechte. ⁽⁴¹⁰⁾

Sämtliche Systeme der sozialen Sicherheit basieren auf dem Prinzip des Gebens und Nehmens, da Leistungen nur an Personen gezahlt werden, die zuvor

⁽⁴¹⁰⁾ Kapitel IV Artikel 27 bis 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Beiträge entrichtet haben. Hinter dem Begriff „Solidarität“ steht in diesem Zusammenhang hauptsächlich ein Finanzsystem zur Verteilung und Verwaltung sozialer Risiken auf alle Arbeitnehmer bzw. die Gesamtbevölkerung eines bestimmten Gebiets.

Innerhalb eines Nationalstaats sorgt ein landesweites Sozialversicherungssystem für einen Ausgleich wirtschaftlicher und sozialer Unterschiede zwischen einzelnen Regionen und zur Verteilung der Last sozialer Risiken auf alle Schultern. Somit hat die „nationale Solidarität“ auch eine starke regionale Komponente, insofern, als unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Entwicklungen in unterschiedlichen Teilen des Landes als Bestandteil des sozialen Risikos betrachtet werden, das von den Sozialversicherungssystemen auf nationaler Ebene berücksichtigt und verwaltet werden soll. Bei der deutschen Wiedervereinigung kam es bei der Angleichung der Lebensbedingungen zu einem immensen Transfer von Sozialleistungen von West nach Ost.

„Regionale Solidarität“, die häufig „intensiver“ als die „nationale Solidarität“ wahrgenommen wird, steht im Vergleich zu letzterer für einen geringeren Grad an Solidarität, da sie darauf abzielt, wirtschaftlich starke Regionen weiter zu stärken, indem sie die Last der Risiken aus wirtschaftlich und sozial schwächeren Regionen ausschließt. Das Konzept der regionalen Solidarität weicht damit von der Vorstellung der „nationalen Solidarität“ ab. Es wird weniger regionale Solidarität gewonnen, als „nationale Solidarität“ verloren geht.

Die „Solidarität“ der Sozialversicherungssysteme ist frei von jeder Sozialromantik. So werden die meisten Beitragszahler und Versicherten von Anfang an durch die Erhebung der Beiträge daran erinnert, was die enorme Maschinerie zur Ermittlung von Anrechten und zur Verteilung von Einkommen vor allem für sie bedeutet. Das macht die Sozialsysteme ähnlich beliebt wie die Steuerbehörden! Aus diesem Grund und aufgrund der enormen Komplexität und der zahlreichen Formalitäten wird das gesamte System von den Bürgern eher negativ betrachtet. Die finan-

zielle Grundlage, die darauf beruht, dass die Beitragszahler Geld für unsichere Zeiten zurücklegen, ist technisch kompliziert und für den Einzelnen kaum zu durchschauen. Daher wird die Sozialversicherung von den versicherten Personen weder als wohltätige noch als besonders philanthropische Einrichtung betrachtet. Es bleibt also festzuhalten, dass die Systeme der sozialen Sicherheit sehr gut und differenziert funktionieren und dass hierdurch eine Solidarität entsteht. Dennoch werden die Systeme meist nicht im Geringsten als Schlüsselement der sozialen Solidarität verstanden. Es ist also fragwürdig, ob die Systeme der sozialen Sicherheit trotz ihrer offensichtlich entscheidenden Rolle für das Wohlergehen der Nutznießer jemals als positiv wirkende Institution aufgefasst werden.

Das EG-Koordinierungsrecht zum Sozialrecht dient jedoch nicht in erster Linie der Förderung der Solidarität.⁽⁴¹¹⁾ Als logische Konsequenz der materiellen sozialen Sicherheit muss das Recht einige zusätzliche Aufgaben erledigen, die ohne eine Koordination nicht möglich wären bzw. sich sogar äußerst negativ auf die soziale Sicherheit auswirken können. Eine mangelnde Koordination hätte auch einen Mangel an Solidarität zur Folge. Zu einer konkreten Analyse des EG-Koordinierungsrechts trägt das Konzept der Solidarität jedoch nichts Erhellendes bei. Schließlich sind wie bei den nationalen Systemen auch beim internationalen Sozialrecht einige recht grundlegende technische Dimensionen⁽⁴¹²⁾ zu beachten:

- Erstens die bloße Tatsache, dass es zahlreiche nationale Systeme der sozialen Sicherheit gibt.

⁽⁴¹¹⁾ R. Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, S. 118 ff., 198 ff. und 274 ff., zu den Auswirkungen internationaler Systeme der sozialen Sicherheit zur Förderung der sozialen Gerechtigkeit.

⁽⁴¹²⁾ S. Chardon, „Principles of Coordination“, in Y. Jorens und B. Schulte, *Coordination of Social Security in Connection with the Accession of Central and Eastern European States, the „Riga Conference“*, Brügge 1999, S. 47; „The Member States play a fundamental role running the concrete coordination: respect for civil rights in everyday life is based on the productive co-operation between social institutions of security of the different Member States. Besides the roles which determine the rights of individuals, coordination also consists of a set of functions and procedures which allow productive co-operation between the institutions of Member States“; F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp, 2003 (4th ed.), S. 8 ff.

Solange jeder Nationalstaat diese Problematik auf eigene Faust angeht, steht jedes System isoliert für sich. Die wichtigste Rolle, die das Völkerrecht hier spielen muss, ist folglich die Überwindung dieser stillschweigend hingenommenen Parallelexistenz der zahlreichen nationalen Systeme, in denen so getan wird, als gäbe es die Welt um sie herum gar nicht!

- Zweitens führt die Existenz paralleler Systeme dazu, dass einige Personen doppelt und andere gar nicht geschützt sind. Beides ist im Sinne der sozialen Sicherheit aller nicht hinnehmbar. Im Koordinierungsrecht müssen daher Wege und Mittel gefunden werden, um beide Fälle zu verhindern.
- Drittens ist der Sozialversicherungsschutz, solange die Systeme der Mitgliedstaaten die Existenz anderer Systeme nicht berücksichtigen, auf den jeweils zuständigen Nationalstaat beschränkt. Dies macht es Migranten unmöglich, Leistungen zu beziehen, weil sie ihre Beiträge in einem anderen System geleistet haben, und diese Beitragszahlungen sind in dem System, das an ihrem neuen Wohnsitz gilt, unerheblich.

Die Koordination bedeutet folglich keine konkrete Förderung der Solidarität in eine bestimmte Richtung oder mit einer bestimmten Absicht. Vielmehr geht es darum, die verschiedenen nationalen Systeme der sozialen Sicherheit miteinander in Verbindung zu bringen. In dieser Hinsicht trägt sie zur sozialen Solidarität bei. Es ist jedoch nicht der Hauptzweck des EG-Rechts, soziale Solidarität herzustellen.

Im europäischen Kontext muss die EG-Koordination zur Schaffung eines „europäischen Sozialraums“ (Jacques Delors) führen, der nicht als von der EG verantworteter homogener Bereich mit einem vollständig harmonisiertem Sozialrecht zu verstehen ist, sondern als Bereich, in dem das Sozialrecht aller Mitgliedstaaten auf eine Weise ineinander verwoben ist, dass Lücken und doppelter Schutz verhindert werden und die Ansprüche aus dem Sozialrecht international (d. h. EU-weit) geltend gemacht wer-

den können, unabhängig davon, auf welchen Rechtsvorschriften aus welchem Mitgliedstaat sie beruhen. Bei der Koordinierung geht es darum, ein Solidaritätsdefizit zu überwinden, insofern, als soziale Eingliederung und soziale Ausgliederung als zwei Seiten der gleichen Medaille betrachtet werden können. Die wichtigsten Ziele der Koordination sind die Überwindung von exklusiven Regelungen in den einzelnen Wohlfahrtsstaaten, die in völliger Isolation voneinander organisiert sind, und die Einbindung der einzelnen Staaten in das homologe System aller anderen Mitgliedstaaten. Durch dieses Ideal wird die Solidarität in Europa vertieft – nicht durch eine Bereicherung oder Intensivierung der sozialen Sicherheit, sondern durch eine Verbreiterung!

D. EG-Koordinierung und regionale Systeme für soziale Sicherheit

Aus diesen Erkenntnissen lässt sich schlussfolgern, dass auch regionale Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten an die EG-Koordinierung gebunden sind. Folglich müssen die regionalen Zweige der Sozialversicherungssysteme in den Mitgliedstaaten sämtliche Bestimmungen dieser Verordnung erfüllen. Dies liegt daran, dass die regionalen Sozialversicherungssysteme an die Stelle der ansonsten vorhandenen nationalen Systeme treten. Als bloßer Ersatz nationaler Systeme haben sie keinen anderen Status im Koordinierungsrecht als die durch tarifvertragliche Regelungen etablierten Systeme der sozialen Sicherheit, die im EG-Recht als Zweige der Sozialversicherung zählen, weil sie vorhandene Sozialversicherungssysteme auf nationaler Ebene ersetzen. Da kein Mitgliedstaat die Einhaltung von in der EG-Koordinierungsverordnung festgelegten Verpflichtungen durch den Transfer von legislativer Gewalt an eine mit legislativer Gewalt ausgestattete Region umgehen darf, muss die regionale Gesetzgebung im Einklang mit dem EG-Recht stehen. Das EG-Recht gilt bindend für Mitgliedstaaten, denen die regionale Einheit als abhängiger Bestandteil mit insgesamt eingeschränkter legislativer Gewalt angehört. Im regionalen Recht müssen die Grundfreiheiten des EG-Rechts durch

eine Anpassung an die etablierten europäischen Normen gewährleistet sein.

Bei internen Rechtssachen, die aus diesem Grund nicht nach EG-Recht geregelt werden, hat das EG-Koordinierungsrecht indirekte Auswirkungen auf die Grundlagen des Verfassungsrechts im jeweiligen Mitgliedstaat. Dies lässt sich durch die Tatsache erklären, dass nicht nur die EG, sondern auch die einzelnen Mitgliedstaaten den Prinzipien des Gemeinsamen Markts und einer offenen Gesellschaft mit Freizügigkeit und dem freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital ohne rechtswidrige Beschränkungen verpflichtet sind. EU- bzw. EG-Recht bildet somit auch den Standard für die Mobilität innerhalb eines Mitgliedstaats: Was in Europa zulässig ist, darf in einem Mitgliedstaat nicht verboten werden! Der europäische Standard gilt also über das nationale Verfassungsrecht auch intern! ⁽⁴¹³⁾

VI. SCHLUSSBEMERKUNG

Das EG-Koordinierungsrecht zu Systemen der sozialen Sicherheit ist ein wichtiger Aspekt der europäischen Gesetzgebung, weil es Europa in einen einzigartigen „Sozialraum“ verwandelt. Dies ist kein Ergebnis europäischer Harmonisierung, aber es ist eines europäischer Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Aus dem untersuchten Beispiel geht genau die gestiegene Bedeutung des EG-/EU-Rechts bei der Organisation länderübergreifender Gepflogenheiten im Wirtschaftsleben und somit auch des sozialen Schutzes hervor. Europäisches Recht ist zu einem Labor für länderübergreifende Formen des sozialen Schutzes geworden ⁽⁴¹⁴⁾, denn es setzt Standards beim Schutz des Rechts auf Freizügigkeit und kombiniert dieses Recht mit dem sozialen Zweck, erworbene Ansprüche aus sozialen Rechten zu wahren. Bei dem behandelten Thema wird sehr eindrucksvoll deutlich, dass die Sozialstan-

⁽⁴¹³⁾ In diese Richtung geht auch Generalanwältin Eleanor Sharpston in ihren Überlegungen vom 28. Juni 2007, siehe Nrn. 118 ff. (C-212/06).

⁽⁴¹⁴⁾ E. Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, München 2007, S. 155 ff.

dards des europäischen Rechts auch außerhalb des eigentlichen Anwendungsbereichs, dem völkerrechtlichen Kontext im Rahmen der garantierten Gleichbehandlung, relevant sind. Daher wird die legislative Gewalt der Mitgliedstaaten und auch der Regionen im Bereich der sozialen Sicherheit beachtet und geschützt. Das nationale Recht ist jedoch nicht mehr das dominante Instrument der Sozialgesetzgebung. An die Stelle jedes nationalen Gesetzes kann ein regionales Gesetz treten. Beide sind jedoch

an das europäische Recht gebunden. Dies ist nicht bedauerlich. Es kommt einem die äußerst präzise und überzeugende Beobachtung des Nobelpreisträgers Thomas Mann in den Sinn, der bei einer Rede vor Arbeitern im Wiener Bezirk Ottakring im Jahr 1932 im Rückblick auf die Geschichte betonte: „[Wir müssen] erkennen, dass die Nation weder etwas Erstes noch darum etwas Letztes ist. Sie ist eine Stufe zu größeren Zusammenfassungen, sie liegt auf dem Wege vom Stamm und Landschaft zu Europa!“⁽⁴¹⁵⁾

⁽⁴¹⁵⁾ T. Mann, „Rede vor Arbeitern in Wien“ (1932), in ders., *Von Deutscher Republik*, Frankfurt/Main 1984, S. 360.

DIE ANWENDUNG DER KOORDINIERUNGSVORSCHRIFTEN BEI MASSNAHMEN AKTIVER ARBEITSMARKTPOLITIK AUF NATIONALER EBENE



Maximilian Fuchs
Universität Ingolstadt (Deutschland)

Maximilian Fuchs, Jahrgang 1950, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg und promovierte 1979. Von 1977 bis 1979 war er wissenschaftlicher Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg. Im Jahr 1980 wurde er wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München. Von 1983 bis 1999 war er Professor für Sozialrecht an der Universität Bamberg. Seine Habilitation schloss er 1990 an der Universität München ab. Er war an der Universität Erlangen-Nürnberg als Professor tätig und arbeitet seit 1993 als Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt. In den akademischen Jahren 1999 bis 2003 war er Visiting Professor an den Universitäten Tor Vergata Rom, Bozen, Trento, der Pazmany Universität in Budapest sowie der Universität Catania, wo er Europäisches Arbeitsrecht unterrichtete. Er ist Mitherausgeber der *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* (ZESAR) und Partner des Centers of Excellence „The Design of Efficient Labour Market Institutions in Europe“ an der Universität Trier.

I. DAS RISIKO DER ARBEITSLOSIGKEIT ALS REGULINGSGEGENSTAND DES EUROPÄISCHEN RECHTS

Die Erzielung von Einkommen durch (abhängige, selbständige) Arbeit hat in modernen Gesellschaften existenziellen Charakter. Keine Arbeit zu haben, stellt eine existenzielle Bedrohung dar. Dies war der Grund, auf dem Gebiete der sozialen Sicherheit neben den klassischen Risiken, die ähnliche Bedrohungen darstellen wie Krankheit, Unfall, Invalidität oder Alter, auch das Nichtvorhandensein von Arbeit als soziales Risiko zu betrachten und dagegen Schutzmechanismen vorzusehen. Manche nationalen Systeme sind gerade als Antwort auf einschneidende Wirtschaftskrisen entstanden. ⁽⁴¹⁶⁾

⁽⁴¹⁶⁾ Die jetzt voll durchschlagende Weltwirtschaftskrise zeigt die Problematik mit besonderer Evidenz. Und vielleicht besinnen sich gerade die Gegner einer Arbeitslosenversicherung in diesen Zeiten, wie gut es ist, dass wir Schutzsysteme haben, weil sie einen wesentlichen Faktor der Binnennachfrage darstellen.

Angesichts dauerhafter Massenarbeitslosigkeit in Europa hat auch der europäische Gesetzgeber seinen Beitrag zur Bewältigung des Risikos Arbeitslosigkeit leisten wollen. Er hat dies auf verschiedenen Ebenen getan. ⁽⁴¹⁷⁾ Von Beginn der europäischen Einigung an und seit Inkrafttreten der Römischen Verträge war es dem europäischen Gesetzgeber ein Anliegen, neben den nach wie vor fortbestehenden nationalen Arbeitsmärkten eine Art europäischen Arbeitsmarkt zu konstituieren. Wesentliche Rechtsgrundlage hierfür war die Verankerung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer. ⁽⁴¹⁸⁾ Deshalb sicherte Artikel 39 EG-Vertrag das Recht, sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu begeben, um Arbeit zu suchen und Arbeit aufzunehmen. In der Freizügigkeitsverordnung (EWG) Nr. 1612/68 ist deshalb die Arbeitsvermittlung europäisiert wor-

⁽⁴¹⁷⁾ Auf dem Gebiet europäischen Arbeitsrechts könnte man die Richtlinie 98/59/EG betreffend Massenentlassungen oder die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG nennen.

⁽⁴¹⁸⁾ Vgl. zu diesem historischen Hintergrund s. M. Fuchs und F. Marhold, *Europäisches Arbeitsrecht*, Wien, Springer, 2. Aufl. 2006, S. 3 ff.

den. ⁽⁴¹⁹⁾ Dass das Funktionieren eines solchen grenzüberschreitenden Austauschs von Arbeitskräften auch ein Problem der sozialen Sicherheit war, zeigte sich daran, dass mit Artikel 51 EWG-Vertrag ein Koordinierungsinstrument als Bestandteil der Freizügigkeitsregeln eingeführt wurde. Die auf dieser Basis ergangenen Koordinierungsverordnungen Nr. 3 und später (EWG) Nr. 1408/71 erfassten auch Leistungen bei Arbeitslosigkeit.

Leistungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik müssen sich in dieses Koordinierungssystem einfügen. Aktive Arbeitsmarktpolitik beschreibt eine strategische Neuorientierung der Arbeitsmarktpolitik. Ehe wir koordinierungsrechtliche Antworten geben können, ist es deshalb zunächst notwendig, sozusagen den Status quo der Koordinierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu untersuchen und vorzustellen. Im Anschluss daran muss gefragt werden, was das Essenzielle und Neue an aktiver Arbeitsmarktpolitik ist und wie sich diese politische Denkrichtung auf die Gestaltung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit ausgewirkt hat. Vor diesem Hintergrund kann dann der koordinierungsrechtliche Hintergrund beleuchtet werden.

II. DAS SYSTEM DER KOORDINIERUNG DER LEISTUNGEN BEI ARBEITSLOSIGKEIT

Im Folgenden wird eine geraffte Darstellung der Koordinierungsregeln und Prinzipien betreffend Leistungen bei Arbeitslosigkeit gegeben. Diese Ausführungen sollen den Grundstein dafür legen, dass im weiteren Verlauf sichtbar gemacht werden kann, welche Herausforderungen die aufgrund der Strategien aktiver Arbeitsmarktpolitik geänderte Gestalt von Leistungen bei Arbeitslosigkeit im nationalen Bereich an das System der Koordinierung stellt. Diese Ausgangsfragestellung wirft eine Reihe von Problemen auf. Im Wesentlichen geht es darum zu unter-

suchen, inwieweit die betreffenden Leistungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. in absehbarer Zeit in den der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 fallen und, wenn ja, welcher Leistungskategorie innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs sie zuzuordnen sind. Davon ausgehend ergeben sich notgedrungen Anschlussfragen, die darauf gerichtet sind, die Anwendung der Mechanismen der Koordinierung auf diese Leistungen zu prüfen. Dies gilt namentlich für die Frage des Leistungsexports.

A. Der sachliche Anwendungsbereich der Leistungen bei Arbeitslosigkeit

Der sachliche Anwendungsbereich ⁽⁴²⁰⁾ für Leistungen bei Arbeitslosigkeit ergibt sich aus Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. ⁽⁴²¹⁾ Wie bei allen anderen Leistungen der sozialen Sicherheit verlangt der Tatbestand des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, dass eine Leistung die Merkmale des Begriffs der sozialen Sicherheit erfüllt. ⁽⁴²²⁾ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hängt die Unterscheidung zwischen Leistungen, die vom Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgeschlossen sind, und solchen, die darunter fallen, hauptsächlich vom Wesen der jeweiligen Leistung ab, insbesondere von ihrem Zweck und den Voraussetzungen für ihre Gewährung, nicht dagegen davon, ob eine Leistung nach nationalem Recht eine Leistung der sozialen Sicherheit ist. ⁽⁴²³⁾ Eine Leistung kann dann als Leistung der sozialen Sicherheit betrachtet werden, wenn sie erstens den Empfängern ohne jede auf Ermessen beruhende individuelle Bedürftigkeitsprüfung aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands gewährt wird und sich zweitens auf eines der in Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezähl-

⁽⁴²⁰⁾ Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs bei Leistungen bei Arbeitslosigkeit s. M. Fuchs in M. Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Einführung, Randnr. 43.

⁽⁴²¹⁾ Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe h der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁴²²⁾ Ausführlich dazu M. Fuchs in M. Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Artikel 4 Randnrn. 7 ff.

⁽⁴²³⁾ Rechtssache 249/83 Hoeckx, Slg. 1985, 973, Randnr. 11; Rs. C-111/91, Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817, Randnr. 28.

⁽⁴¹⁹⁾ Vgl. die Artikel 13 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68.

ten Risiken bezieht ⁽⁴²⁴⁾. Neben diesen allgemeinen Kriterien der Zugehörigkeit zu einem System der sozialen Sicherheit müssen im Folgenden die spezifischen Merkmale einer Leistung bei Arbeitslosigkeit herausgearbeitet werden. Dies geschieht anhand der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, der in einer Reihe von Entscheidungen die Konturen der Leistungen bei Arbeitslosigkeit herausgearbeitet hat. ⁽⁴²⁵⁾

Die Anwendung dieser Grundsätze hat der EuGH in einer Reihe von Urteilen vorgenommen. Danach ist eine Leistung dann dem Risiko der Arbeitslosigkeit zugeordnet, wenn sie den aufgrund der Arbeitslosigkeit verlorenen Arbeitslohn ersetzen soll und deshalb für den Unterhalt des arbeitslosen Arbeitnehmers bestimmt ist. ⁽⁴²⁶⁾ Diese Leistungsmerkmale, die auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur übernommen wurden ⁽⁴²⁷⁾, haben dem Gerichtshof und der Rechtspraxis bei schwierigen Abgrenzungsfällen als Orientierung gedient. Zwei richtungweisende Urteile sind hervorzuheben, weil sie einerseits die Abgrenzungsschwierigkeiten, die auftreten können, sichtbar machen, andererseits auch den einschlagenden Lösungsweg aufzeigen. Es sei an dieser Stelle gleichzeitig auch darauf hingewiesen, dass gerade diese Urteile für den späteren Teil dieses Vortrags bedeutsam sind, weil die Sachverhalte in Bereichen angesiedelt sind, die wir bei Leistungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik antreffen.

In der Rechtssache Otte ⁽⁴²⁸⁾ stand für den EuGH zur Prüfung eine Leistung deutschen Rechts an, die für ältere Arbeitnehmer des Steinkohlebergbaus vorgesehen war, die aufgrund einer Stilllegungs- oder Rationalisierungsmaßnahme entlassen werden. Anspruchsvoraussetzung war, dass der Betroffene mindestens in den zwei seiner Entlassung vorange-

gangenen Jahren im deutschen Kohlenbergbau beschäftigt gewesen sein und im Zeitpunkt seiner Entlassung eine Versicherungszeit von normalerweise mindestens 180 Monaten zurückgelegt haben und aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, im Rahmen einer vom Bundesministerium für Wirtschaft genehmigten Stilllegungs- oder Rationalisierungsmaßnahme entlassen worden sein musste. Ferner hätte er in längstens fünf Jahren vom Tag seiner Entlassung an gerechnet die Voraussetzungen für den Bezug eines Altersruhegeldes erfüllen können.

Streitig war, ob es sich hier aufgrund bestimmter Ähnlichkeiten um Leistungen bei Alter (Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71) oder um Leistungen bei Arbeitslosigkeit oder aber auch um Vorruhestandsleistungen handelte. Für die Einordnung als Vorruhestandsgeld hatte sich insbesondere die deutsche Regierung im Hinblick auf die beschäftigungspolitischen Ziele ausgesprochen. ⁽⁴²⁹⁾ Der EuGH sprach sich im Gegensatz zur Kommission, die eine Einordnung als Leistung bei Alter befürwortete, für eine Leistung bei Arbeitslosigkeit aus. Die Zugehörigkeit zu einer Leistung bei Alter konnte der EuGH im Hinblick auf den Zweck der Leistung mit guten Gründen verneinen. ⁽⁴³⁰⁾ Die Verneinung eines Bezugs zu den Leistungen bei Arbeitslosigkeit wird mit einer aufschlussreichen Begründung versehen. ⁽⁴³¹⁾ Stellt man allein auf den Wortlaut der Formulierung ab, die der EuGH zur Charakterisierung der Leistungen in früheren Urteilen gegeben hatte (s. dazu oben), so hätte durchaus das Vorliegen einer Leistung bei Arbeitslosigkeit bejaht werden können. Denn die Leistung wurde gewährt bei Vorliegen von Arbeitslosigkeit und hatte den Zweck, den Unterhalt des Empfängers sicherzustellen. Wenn wir aber einen Blick auf die konkrete Begründung des Gerichtshofs werfen, zeigt

⁽⁴²⁴⁾ Rs. C-66/92, Acciardi, Slg. 1993, I-4567, Randnr. 14.

⁽⁴²⁵⁾ Vgl. dazu U. Rönsberg, *Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit*, Herbolzheim, Centaurus, 2006, S. 36 ff.

⁽⁴²⁶⁾ Rs. C-102/91 Knoch, Slg. 1992, I-4341, Randnr. 44; Rechtssache C-57/96, Meints, Slg. 1997, I-6708, Randnr. 27.

⁽⁴²⁷⁾ Vgl. etwa E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 3. Aufl. 2006, Randnr. 259.

⁽⁴²⁸⁾ Rs. C-25/95, Otte, Slg. 1996, I-3745.

⁽⁴²⁹⁾ Vorruhestandsleistungen sind bis dato nicht explizit in den sachlichen Geltungsbereich eingebunden. Die Kommission hatte im Jahr 1996 einen Vorschlag zugunsten der Personen mit Anspruch auf Vorruhestandsleistungen vorgelegt, um den besonderen Merkmalen der Leistungen der in Rede stehenden Art Rechnung zu tragen; vgl. ABl. C 62 vom 1.3.1996, S. 14. Vorruhestandsregelungen sind jetzt durch Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe i der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 einbezogen.

⁽⁴³⁰⁾ Vgl. Rs. C-25/95, Otte, Slg. 1996, I-3745, Randnrn. 34.

⁽⁴³¹⁾ Rs. C-25/95, Otte, Slg. 1996, I-3745, Randnrn. 36 und 37.

sich, dass diese Zwecksetzung allein zur Bestimmung der Zuordnung der Leistung nicht ausreichend ist. Der Gerichtshof weist auf den Umstand hin, dass sich die Höhe des Anpassungsgeldes nach den Bestimmungen für die Altersrente bemisst, der Empfänger des Anpassungsgeldes weder verpflichtet ist, sich als Arbeitssuchender registrieren zu lassen noch dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stehen oder von der Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Tätigkeit Abstand zu nehmen, mit der eine bestimmte Höchstgrenze übersteigende Einkünfte erzielt werden. Darüber hinaus verweist der Gerichtshof auf die Ausführungen des Generalanwalts, der auf den beschäftigungspolitischen Zweck des Anpassungsgeldes hingewiesen hat, der insbesondere darin bestehe, die entlassenen Arbeitnehmer aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung herauszuhalten.

Wir dürfen deshalb der Entscheidung Otte entnehmen, dass für die Bejahung einer Leistung bei Arbeitslosigkeit nicht nur die Funktion, Einkommensersatz wegen Arbeitslosigkeit und Unterhalt zu gewähren, ausschlaggebend ist, sondern auch die üblichen Anspruchsmerkmale einer Leistung bei Arbeitslosigkeit nach nationalem Recht erfüllt sein müssen. Der EuGH geht offensichtlich von einer bestimmten Anspruchsstruktur der Leistungen bei Arbeitslosigkeit aus, was nicht bedeutet, dass immer alle Merkmale zu erfüllen sind, die in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehen sind.

Diese Einschätzung des Urteils des EuGH in der Rechtssache Otte wird durch das anschließende Urteil in der Rechtssache Meints⁽⁴³²⁾ bestätigt. Infrage stand eine Entschädigung aus einem Fonds für in der Landwirtschaft tätige Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis wegen Flächenstilllegungen ihres früheren Arbeitgebers beendet worden war, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllten. Zu den Voraussetzungen gehörte unter anderem, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosengesetz hatte. Es handelte sich um eine

einmalige Leistung, deren Höhe sich ausschließlich nach dem Alter des Berechtigten richtete. Geht der Begünstigte innerhalb von zwölf Monaten nach der Beendigung seines früheren Arbeitsvertrags erneut ein Arbeitsverhältnis mit seinem ehemaligen Arbeitgeber ein, ist die Leistung zurückzuzahlen.

Der EuGH geht auch hier von seiner grundsätzlichen Orientierung aus, wonach Leistungen bei Arbeitslosigkeit solche Leistungen sind, die den aufgrund der Arbeitslosigkeit verlorenen Arbeitslohn ersetzen sollen und für den Unterhalt des arbeitslosen Arbeitnehmers bestimmt sind. Vor diesem Hintergrund analysiert der EuGH wie schon zuvor in der Rechtssache Otte die Leistungsvoraussetzungen. Es sind vier Punkte, die letztlich zur Verneinung der Charakterisierung einer Leistung bei Arbeitslosigkeit führen. Entscheidende Aspekte sind für den EuGH⁽⁴³³⁾: Der Empfänger muss die Leistung zurückzahlen, wenn er innerhalb von zwölf Monaten ein neues Arbeitsverhältnis mit seinem früheren Arbeitgeber eingeht. Weder Entstehung noch Höhe des Leistungsanspruchs hängen von der Dauer der Arbeitslosigkeit ab. Die streitige Leistung wird nicht regelmäßig, sondern nur einmal gezahlt. Die Höhe ist allein vom Alter des Antragstellers abhängig, und schließlich wird die Leistung zusätzlich zu den Leistungen bei Arbeitslosigkeit gewährt, die in der nationalen Regelung der sozialen Sicherheit vorgesehen sind, wobei der Anspruch auf die letztgenannten Leistungen eine Voraussetzung für ihre Gewährung ist. Man kann auch hier den Schluss ziehen, dass bei der Bewertung einer Leistung als einer Leistung wegen Arbeitslosigkeit neben der Einkommensersatzfunktion entscheidend darauf abzustellen ist, ob sie die typischen Merkmale einer Leistung wegen Arbeitslosigkeit aufweist.

Bedenken hinsichtlich der hier befürworteten Einschätzung der Rechtsprechung des EuGH könnten sich aus der Entscheidung in der Rechtssache De Cuyper⁽⁴³⁴⁾ ergeben. Die Kenntnis und Darstellung

⁽⁴³²⁾ Rs. C-57/96, Meints, Slg. 1997, I-6708.

⁽⁴³³⁾ Rs. C-57/96, Meints, Slg. 1997, I-6708, Randnrn. 29-32.

⁽⁴³⁴⁾ Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947.

dieser Entscheidung ist vor allem auch deshalb besonders wichtig, weil sie schon Aspekte beinhaltet, die später im Rahmen dieses Beitrags eine wichtige Rolle spielen werden. Infrage stand eine Leistung nach der Belgischen Königlichen Verordnung über die Regelung bei Arbeitslosigkeit. Konkret sah eine Bestimmung dieser Verordnung vor, dass ein Vollarbeitsloser, der mindestens 50 Jahre alt ist und schon in den letzten beiden Jahren vor Antragstellung mit einer bestimmten Häufigkeit eine Leistung als Vollarbeitsloser bezogen hat, eine Befreiung von der sogenannten Stempelpflicht erhalten kann, der zufolge er nicht mehr der Verpflichtung, dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stehen und jede zumutbare Arbeit anzunehmen, sich bei der Vermittlungsstelle zu melden oder an einem Begleitplan teilzunehmen und sich als Arbeitssuchender registrieren zu lassen, unterliegt. Allerdings war der Bezug der erwähnten Leistung mit der Ausübung einer entgeltlichen Tätigkeit unvereinbar und befristet.

Der EuGH bejahte das Vorliegen einer Leistung wegen Arbeitslosigkeit. Wie schon bei den vergangenen Urteilen untersuchte auch hier der Gerichtshof im Einzelnen die Leistungsvoraussetzungen. Sowohl vom Zweck her wie auch im Hinblick auf die Ausgestaltung der Voraussetzungen handelte es sich um eine typische Arbeitslosenunterstützung. Fraglich war, wie mit der Besonderheit des Verzichts auf die typischen Merkmale der Verfügbarkeit des Arbeitslosen umzugehen war. Der Gerichtshof meinte, dass die Befreiung von dieser Verpflichtung nicht die wesentlichen Merkmale einer Leistung bei Arbeitslosigkeit ändere. Zur Begründung führt der Gerichtshof an, dass die Erteilung dieser Befreiung nicht bedeute, dass der Arbeitslose von der Verpflichtung befreit wäre, dem Arbeitsamt zur Verfügung zu stehen, da auch dann, wenn er von der Verpflichtung, sich als Arbeitssuchender registrieren zu lassen und jede zumutbare Arbeit anzunehmen, befreit ist, stets diesem Amt zum Zweck der Kontrolle seiner beruflichen und familiären Situation zur Verfügung stehen müsse. Diese Begründung kann freilich nicht überzeugen. Denn die Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt ist ein essenzielles Kriterium für

die Berechtigung zum Bezug von Arbeitslosenunterstützung in allen Mitgliedstaaten. Vielleicht kann man die Position des EuGH aber dadurch rechtfertigen, dass die infrage stehende belgische Leistung im europäischen Kontext kein Einzelfall ist. Auch in anderen Ländern gibt es vergleichbare Bestimmungen in den Gesetzen über Leistungen für Arbeitslose. So sieht im deutschen Recht § 428 Absatz 1 SGB III den Bezug von Arbeitslosengeld von Arbeitnehmern, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, auch dann vor, wenn sie nicht arbeitsbereit sind und nicht alle Möglichkeiten nutzen und nutzen wollen, um ihre Beschäftigungslosigkeit zu beenden. Der Grund für diese Regelung liegt nach Vorstellung des Gesetzgebers darin, dass nach Vollendung des 58. Lebensjahres eine Wiedereingliederung in das Arbeitsleben im Allgemeinen nicht mehr in Betracht kommt.⁽⁴³⁵⁾ Der Sache nach handelt es sich aber eigentlich um eine Vorruhestandsleistung.

Eine wichtige Fallgestaltung, die vermutlich in weiteren Ländern in der Zukunft eine Rolle spielen könnte, lag der Rechtssache Jörn Petersen zugrunde.⁽⁴³⁶⁾ Petersen, ein deutscher Staatsangehöriger, war in Österreich als Arbeitnehmer beschäftigt. Er stellte bei der österreichischen Pensionsversicherungsanstalt einen Antrag auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension. Das österreichische Recht (§ 23 AIVG) sieht während des Zeitraums der Bearbeitung des Rentenanspruchs die vorschussweise Gewährung von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe vor, wenn die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Leistungen gegeben sind, ausgenommen die Voraussetzung der Arbeitsfähigkeit, Arbeitswilligkeit und Arbeitsbereitschaft. Dieser Vorschuss wurde dem Kläger, Herrn Petersen, auch gewährt. Als Herr Petersen aber nach Deutschland verzog, wurde die Leistungsgewährung versagt. Hätte es sich um eine Leistung bei Invalidität i. S. v. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gehandelt, hätte die österreichische Wohnortklausel den

⁽⁴³⁵⁾ Vgl. Winkler in Gagel, *SGB III Arbeitsförderung*, München, C. H. Beck, 2006, § 428 Randnr. 2.

⁽⁴³⁶⁾ Urteil vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-228/07, Petersen (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

Export der Leistung wegen Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht verhindern können.

Zu den Kriterien der Abgrenzung verweist der Gerichtshof auf frühere Urteile⁽⁴³⁷⁾, wonach Leistungen der sozialen Sicherheit unabhängig von den besonderen Eigenheiten der verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften als Leistungen gleicher Art zu betrachten sind, wenn ihr Sinn und Zweck sowie ihre Berechnungsgrundlage und die Voraussetzungen für ihre Gewährung identisch sind. Um dies feststellen zu können, bediente sich der EuGH erneut der Kriterien, die er in den soeben besprochenen Entscheidungen entwickelt hatte. Er stellt ganz wesentlich auf den Zuschnitt der Leistung, d. h. die Anspruchsvoraussetzungen und ihre Berechnungsgrundlage, ab. Der Umstand, dass die Leistung einem Beschäftigungslosen dient, der über keine Einkünfte verfügt, so dass ihm finanzielle Mittel verschafft werden müssen, hätte im Grunde genommen sowohl eine Zuordnung zu den Leistungen bei Invalidität wie bei Arbeitslosigkeit ermöglicht. Erst über die Kenntnis der Anspruchsvoraussetzungen und Berechnungsgrundlagen verschafft sich der Gerichtshof die Basis, die Zuordnung vornehmen zu können. Entscheidend ist, dass alle Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld erfüllt sein müssen, wenngleich auf das Merkmal der Verfügbarkeit verzichtet wird. Aber die Leistung hat erklärtermaßen den Sinn, dass der Leistungsbezieher in der Phase der Unsicherheit der Gewährung der Invaliditätsleistung auf dem Arbeitsmarkt verbleiben soll, um damit zu verhindern, dass ihm der spätere Zugang zum Arbeitsmarkt erschwert wird, falls der Antrag auf die Berufsunfähigkeitspension abgelehnt werden sollte. Die Vorschussleistung wird nach den gleichen Vorschriften wie das Arbeitslosengeld berechnet. Und sie wird von der für die Zahlung des Arbeitslosengeldes zuständigen Behörde gewährt. Ebenfalls typisch für eine Leistung bei Arbeitslosigkeit ist der Umstand, dass die Leistung entfällt, sobald eine entgeltliche Beschäftigung aufgenommen wird. Das alles lässt

den Schluss zu, dass die Leistung hauptsächlich das aufgrund der Arbeitslosigkeit verlorene Arbeitsentgelt ersetzen soll und damit für den Unterhalt des arbeitslosen Arbeitnehmers bestimmt ist.

B. Förderleistungen

Die vorangegangenen Beispiele aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs haben gezeigt, dass die Streitfälle üblicherweise aus dem Bereich der Geldleistungen kommen. Historisch gesehen haben Geldleistungen auch zunächst im Bereich der Systeme zum Schutze gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit die wichtigste Rolle gespielt. Im Laufe der Zeit haben die Mitgliedstaaten aber das Angebot an Förderleistungen unterschiedlichster Art kräftig ausgebaut. Und wenn wir über Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik sprechen, kommt diesem Bereich eine besondere Rolle zu. Denn – wie gezeigt werden wird – aktive Arbeitsmarktpolitik will ja gerade vermeiden, dass Menschen in der Arbeitslosigkeit verharren, indem ihnen Geldleistungen zur Verfügung gestellt werden. Vielmehr sollen sie an aktiven Maßnahmen beteiligt werden. Deshalb muss diesem Fragenkreis besondere Aufmerksamkeit zuteil werden.

Soweit ersichtlich, ist zu dieser Problematik bislang erst eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ergangen. Es handelt sich um das Urteil in der Rechtssache *Campana*.⁽⁴³⁸⁾ Dieses Urteil gibt sicherlich keine erschöpfende Auskunft über den hier angesprochenen Fragenkreis. Dennoch sind einige sehr wesentliche Aussagen getroffen. In der Sache ging es um einen Antragsteller italienischer Nationalität, der in der Bundesrepublik Deutschland arbeitete und an einem Lehrgang für die Meisterprüfung im Radio- und Fernsichttechnikerhandwerk teilnahm. Er beantragte die Übernahme der Kosten für diesen Lehrgang. Nach deutschem Recht bestand ein Anspruch auf diese Leistungen auch für nichtarbeitslose Arbeitnehmer, wenn sie für einen bestimmten Zeitraum vor der Maßnahme in einem beitrags-

⁽⁴³⁷⁾ Rs. 171/82, *Valentini*, Slg. 1983, 2157. Randnr. 13; Rechtssache C-406/04, *De Cuyper*, Slg. 2006, I-6947, Randnr. 25.

⁽⁴³⁸⁾ Rs. 375/85, *Campana*, Slg. 1986, 2387.

pflichtigen Versicherungsverhältnis gestanden hatten. ⁽⁴³⁹⁾ Dieses Urteil erlangt Bedeutung zunächst insofern, als im konkreten Falle ein Fall von Arbeitslosigkeit nicht vorgelegen hat. Deshalb hatte der Generalanwalt seine Schlussanträge auch mit der Überlegung begonnen, ob Leistungen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auch Leistungen vorbeugender Natur sein könnten, die den Eintritt der Arbeitslosigkeit verhindern sollen. ⁽⁴⁴⁰⁾ Der Generalanwalt machte darauf aufmerksam, dass schon damals (1985!) eine Entwicklung dahin gehend sich abzeichnete, auch mit vorbeugenden Maßnahmen gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit anzugehen.

Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung diese Gedanken aufgegriffen. Er betont, dass die Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund der „gegenwärtigen Wirtschaftslage Maßnahmen zur Förderung der beruflichen Bildung getroffen (hätten), die sowohl in Arbeit stehenden Arbeitnehmern zur Abwendung drohender Arbeitslosigkeit die Verbesserung ihrer Qualifikation als auch arbeitslosen Arbeitnehmern die Umschulung und die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben ermöglichen sollen. Beide Arten von Leistungen dienen der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.“ ⁽⁴⁴¹⁾ Um auch den von der Bundesrepublik Deutschland vorgebrachten Bedenken Rechnung zu tragen, die insbesondere dahin gingen, dass die Leistungen zur Förderung der beruflichen Bildung auch anderen Zwecken als der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit dienen, schränkte der EuGH seine Auffassung ein. Als Leistungen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sollten nur solche Leistungen zur Förderung der beruflichen Bildung anzusehen sein, die entweder bereits arbeitslose Arbeitnehmer oder aber solche Arbeitnehmer betreffen, die zwar noch in Arbeit stehen, für die aber eine konkrete Gefahr, arbeitslos zu werden, besteht. Die Frage, ob für den in Arbeit stehenden Arbeitnehmer eine konkrete Gefahr

besteht, arbeitslos zu werden, muss von den nationalen Behörden geprüft werden. ⁽⁴⁴²⁾

C. Beitragsunabhängige Geldleistungen

Wie später zu zeigen sein wird, spielen beitragsunabhängige Geldleistungen im Rahmen aktiver Arbeitsmarktpolitik eine wichtige Rolle. Es ist deshalb auch hier notwendig, die legislativen und theoretischen Grundlagen dieses Leistungstyps darzustellen. Dies hat vor folgendem Hintergrund zu geschehen. Die heutige Struktur des Artikels 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ⁽⁴⁴³⁾ geht wesentlich zurück auf die Rechtsprechung des EuGH. ⁽⁴⁴⁴⁾ In diesem Zusammenhang scheint es sinnvoll, die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Hoeckx herauszugreifen. ⁽⁴⁴⁵⁾ Die Klägerin, Vera Hoeckx, eine niederländische Staatsangehörige, wohnte in Belgien und bezog dort Leistungen wegen Arbeitslosigkeit. Sie verzog für einige Zeit nach Frankreich, wo ihr weiterhin Arbeitslosenunterstützung gewährt wurde. Als sie nach einiger Zeit wieder nach Belgien zurückkehrte, hatte sie keinen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung mehr. Sie beantragte deshalb Hilfe zum Lebensunterhalt, die ihr versagt wurde. Zum Verständnis der Entscheidung des EuGH muss man wissen, dass nach belgischem Recht Voraussetzung für den Bezug der Leistung Bedürftigkeit ist und der Hilfeempfänger nachweisen muss, dass er zur Arbeit zur Verfügung steht. Zusätzlich wurde für EG-Staatsangehörige bestimmt, dass ihnen der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt zusteht, wenn sie sich während mindestens der letzten fünf Jahre, die dem Zeitpunkt der Gewährung dieser Hilfe vorausgehen, tatsächlich in Belgien aufgehalten haben. Es leuchtet ein, dass diese belgische Regelung in eindeutigen Widerspruch zu Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und dem darin enthaltenen Diskriminierungsverbot stand. Dieser Aspekt wäre freilich nur relevant gewesen, wenn es sich bei der fraglichen

⁽⁴³⁹⁾ § 46 Absatz 1 AFG a.F., jetzt §§ 77 ff. SGB III.

⁽⁴⁴⁰⁾ Vgl. Schlussanträge, Slg. 1987, 2395, 2397.

⁽⁴⁴¹⁾ Rs. 375/85, Campana, Slg. 1986, 2387, Randnr. 9.

⁽⁴⁴²⁾ Rs. 375/85, Campana, Slg. 1986, 2387, Randnrn. 12 und 13.

⁽⁴⁴³⁾ In Zukunft ergibt sich diese Struktur aus den Artikeln 3 und 70 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁴⁴⁴⁾ Vgl. ausführlich dazu M. Fuchs in M. Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Artikel 4, Randnrn. 25 ff.

⁽⁴⁴⁵⁾ Rs. 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973.

Leistung um eine solche im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gehandelt hätte.

In Beantwortung dieser Frage verweist der EuGH zunächst auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die Unterscheidung zwischen Leistungen, die vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen sind, und solchen, die darunter fallen, im Wesentlichen von den grundlegenden Merkmalen jeder Leistung, insbesondere von ihrer Zielsetzung und den Voraussetzungen ihrer Gewährung abhängt, nicht dagegen davon, ob eine Leistung von den nationalen Rechtsvorschriften als eine Leistung der sozialen Sicherheit eingestuft wird. Gleichzeitig betont der Gerichtshof, dass es Rechtsvorschriften nationalen Rechts gibt, die ihrem persönlichen Anwendungsbereich, ihren Zielen und den Einzelheiten ihrer Anwendung nach beiden genannten Kategorien gleich nahe stehen und sich so jeder allgemeingültigen Einordnung entziehen. Der EuGH erkennt also an, dass es eine Art Zwitterleistungen gibt. Gelegentlich wird deshalb im Hinblick auf solche Leistungen auch der Begriff der „hybrid benefits“ benutzt.⁽⁴⁴⁶⁾ Hybride Leistungen in diesem Sinne weisen gleich starke Elemente der Sozialhilfe wie der sozialen Sicherheit auf. Der EuGH musste im Jahr 1985 angesichts der damals bestehenden Rechtssituation eine Wahl zwischen der Zugehörigkeit zum einen oder anderen System treffen. Hätte er sich für Sozialhilfe entschieden, wäre der materielle, der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht gegeben gewesen [Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71]. In seiner Begründung hob der EuGH als entscheidendes Abgrenzungskriterium hervor, dass eine gesetzliche Regelung nur dann in den Bereich der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fällt, wenn sie jedenfalls unter anderem einen Bezug zu einem der in Artikel 4 Absatz 1 ausdrücklich aufgezählten Risiken hat. Über diesen Bezug äußert sich der EuGH in seiner Entscheidung nicht. Die Verneinung, dass es sich insoweit um einen Zweig der sozialen Sicherheit handelt, beruht im

⁽⁴⁴⁶⁾ Vgl. F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp-Oxford-New York, intersentia, 4. Aufl. 2003, S. 69 ff.

Wesentlichen auf Überlegungen, die den Sozialhilfecharakter der Leistung herausstreichen. Die Ausführungen des EuGH hierzu sind von sehr grundlegender Bedeutung, weshalb sie hier wörtlich zitiert werden sollen⁽⁴⁴⁷⁾:

„Wie sich aus den Akten ergibt, ist die Hilfe zum Lebensunterhalt dadurch gekennzeichnet, dass sie einerseits den Begünstigten einen Anspruch auf die Leistungen einräumt, andererseits jedem gewährt wird, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und ‚sie sich nicht aus eigener Kraft oder in anderer Weise beschaffen kann‘ (Art. 3 des belgischen Gesetzes). Somit wird auf die Bedürftigkeit als wesentliches Anwendungskriterium abgestellt und auf jegliche Voraussetzung hinsichtlich der Berufstätigkeit-, Beitrags- oder Mitgliedschaftszeiten, die bei einer zur Abdeckung eines bestimmten Risikos vorgesehenen Einrichtung der sozialen Sicherheit zurückgelegt worden sind, verzichtet, der Hilfeempfänger muss nur nachweisen, dass ‚er zur Arbeit zur Verfügung steht‘, es sei denn, dass er dazu aus gesundheitlichen oder sozial zwingenden Gründen nicht in der Lage ist. Außerdem ist er verpflichtet, seine Ansprüche auf Sozialleistungen, ja sogar seine Unterhaltsansprüche geltend zu machen, wenn das Openbaar Centrum dies für notwendig hält.“

In der Folgezeit hat der EuGH eine Vielzahl weiterer Entscheidungen zu treffen gehabt, bei denen es – abgekürzt gesprochen – um solche hybriden Leistungen ging.⁽⁴⁴⁸⁾

Bekanntlich haben die Rechtsprechung des EuGH, aber auch die danach verbliebenen Unsicherheiten in der Rechtsanwendung, dazu geführt, dass sich der europäische Gesetzgeber entschlossen hat, die Rechtsprechung des EuGH zu kodifizieren. Dies ist durch die Verordnung (EWG) Nr. 1247/72⁽⁴⁴⁹⁾ gesche-

⁽⁴⁴⁷⁾ Rs. 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973, Randnr. 13.

⁽⁴⁴⁸⁾ Bedeutsam sind insbesondere die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen 1/72, Frille, Slg. 1972, 475; 24/74, BIASON, Slg. 1974, 999; C-78/91, Hughes, Slg. 1992, I-4859; C-6/92, Acciardi, Slg. 1993, I-4591; C-20/96, Snares, Slg. 1997, I-6082; C-297/96, Partridge, Slg. 1998, I-3467, sowie C-90/97, Swaddling, Slg. 1999, I-1075.

⁽⁴⁴⁹⁾ Vgl. Verordnung (EWG) 1247/92 des Rates vom 30. April 1992 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 136 vom 19.5.1992, S. 1).

hen. Dies hat zur Einführung eines Absatzes 2a in Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 geführt. Durch die Verordnung (EG) Nr. 647/2005⁽⁴⁵⁰⁾ hat Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 seine jetzige Fassung erhalten.⁽⁴⁵¹⁾ Entscheidend ist, dass diese Leistungen im Anhang IIa aufgeführt sind.⁽⁴⁵²⁾ Dieser Eintrag ist konstitutiver Natur.

D. Der Export von Leistungen bei Arbeitslosigkeit

Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 steht in engem Zusammenhang mit Artikel 10a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.⁽⁴⁵³⁾ Das Prinzip des Leistungsexports, das in Artikel 42 EG verankert ist und in Artikel 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71⁽⁴⁵⁴⁾ ausgeführt ist, erfährt bei den beitragsunabhängigen Geldleistungen eine bedeutsame Einschränkung. Diese Leistungen zeichnen sich ja dadurch aus, dass sie von der gesetzgeberischen Motivation her gedacht einen starken Bezug zur jeweiligen nationalen Sozialpolitik haben. Die nationalen Vorschriften machen deshalb regelmäßig den Wohnsitz zu einem leistungsbegründenden Element. Die Rechtsprechung des EuGH, der gezwungen war, in der Abgrenzung der klassischen Leistungen der sozialen Sicherheit (Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71) und der Systeme der Sozialhilfe [Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71] einen Zwischenweg zu steuern, führte letztlich zur Einbindung der beitragsunabhängigen Geldleistungen in die Sozialrechtskoordinierung. Dies wollten die Mitgliedstaaten der EU jedoch so nicht hinnehmen. Mit der Verordnung (EWG) Nr. 1247/92⁽⁴⁵⁵⁾ hat sich der europäische Gesetzgeber dafür entschieden, diesen Geldleistungstyp aus der unbeschränkten Koordinierung des Artikels 10

Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 herauszunehmen. In Artikel 10a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist die ausschließliche Rechtszuständigkeit des Wohnmitgliedstaats der betreffenden Leistung verankert, vorausgesetzt, dass die Leistung in Anhang IIa aufgeführt ist. Was die Leistungen bei Arbeitslosigkeit anbelangt, fallen diese ohnehin nicht unter das allgemeine Exportgebot des Artikels 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Die Aufhebung der Wohnortklauseln in Artikel 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bezieht sich nur auf die dort explizit genannten Leistungen. Die Nichteinbeziehung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit versteht sich vor dem Hintergrund der Koordinierungsvorschriften in den Artikeln 67 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.⁽⁴⁵⁶⁾ Artikel 69 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gibt klar zu erkennen, dass ein Leistungsexport nur unter den dort genannten Voraussetzungen und in einem sehr beschränkten Umfange möglich sein soll. Eine weitere Grundlage für die grenzüberschreitende Erbringung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit stellt Artikel 71 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 dar.

Aufgrund dieser eindeutigen Rechtslage entsprach es deshalb unangefochtener Rechtspraxis, dass Leistungen bei Arbeitslosigkeit nur auf dieser Basis in ein anderes Land transferiert wurden. Allerdings war abzusehen, dass eines Tages den EuGH auch ein Fall erreichen würde, der Anlass gab, das bestehende Koordinierungsrecht mit den Vorschriften über die Freizügigkeit (Artikel 18 ff. EG) zu konfrontieren. Bekanntermaßen hat der EuGH beginnend mit der Rechtssache Martínez Sala⁽⁴⁵⁷⁾ das Recht der Freizügigkeit aus Artikel 18 auch für den Bereich der sozialen Sicherheit instrumentalisiert.⁽⁴⁵⁸⁾

Deshalb war es nicht überraschend, dass diese Grundsätze eines Tages auch die Koordination der Leistungen bei Arbeitslosigkeit beeinflussen würden. Dies geschah erstmals mit dem bereits oben

⁽⁴⁵⁰⁾ Vgl. ABI. L 117 vom 4.5.2005.

⁽⁴⁵¹⁾ Artikel 70 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hat diese Definition übernommen.

⁽⁴⁵²⁾ Zu der Aufnahme dieses Merkmals sah sich der Ordnungsgeber aufgrund der Urteile des EuGH in den Rechtssachen C-215/99, Jauch, Slg. 2001, I-1901, und C-43/99, Leclere, Slg. 2001, I-4265, veranlasst. Vgl. dazu Nr. 3 der Präambel der Verordnung (EG) Nr. 647/2005.

⁽⁴⁵³⁾ Künftig Artikel 70 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁴⁵⁴⁾ Künftig Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁴⁵⁵⁾ Siehe oben C.

⁽⁴⁵⁶⁾ Künftig die Artikel 61 ff. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁴⁵⁷⁾ Rs. C-85/96, Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691.

⁽⁴⁵⁸⁾ Vgl. dazu E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 3. Aufl. 2006, Randnrn. 334 ff.

erwähnten Fall in der Rechtssache De Cuyper. ⁽⁴⁵⁹⁾ Dem Kläger belgischer Nationalität war die Leistung wegen Arbeitslosigkeit versagt worden, weil er in Frankreich wohnte. Unter Berufung auf frühere Rechtsprechung konstatiert der EuGH, dass eine solche Regelung Staatsangehörige allein deshalb benachteiligt, weil sie ihre Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten, wahrgenommen haben, und dies eine Beschränkung der Freiheiten darstelle, die Artikel 18 EG jedem Unionsbürger verleihe. ⁽⁴⁶⁰⁾ Eine solche Beschränkung könne nach Gemeinschaftsrecht nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen. ⁽⁴⁶¹⁾ Damit ist das übliche Prüfungsschema eröffnet, das der EuGH grundsätzlich anwendet, wenn es um Eingriffe in Grundfreiheiten geht. Auf der Ebene der Rechtfertigung des Eingriffs müssen objektive Erwägungen des Allgemeininteresses, die von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängig sind, gegeben sein und die Maßnahme muss verhältnismäßig sein. Diese Voraussetzungen bejaht der EuGH im konkreten Fall. Er betont, dass bei Kontrollmaßnahmen, die bezwecken, die familiäre Situation des betroffenen Arbeitslosen und das mögliche Vorhandensein von Betroffenen nicht gemeldeter Einkommensquellen zu prüfen, die Wirksamkeit weitgehend darauf beruhe, dass die Kontrolle unerwartet stattfindet und an Ort und Stelle durchgeführt werden kann, da die zuständigen Dienste die Übereinstimmung zwischen den Angaben des Arbeitslosen und den tatsächlichen Verhältnissen prüfen können müssen. Auch sei zu beachten, dass die in Bezug auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit durchzuführende Kontrolle eine Besonderheit aufweist, die die Einrichtung einschneidenderer Mechanismen rechtfertigt, als sie bei der Kontrolle anderer Leistungen eingerichtet werden.

⁽⁴⁵⁹⁾ Siehe oben unter A.

⁽⁴⁶⁰⁾ Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947, Randnr. 39.

⁽⁴⁶¹⁾ Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947, Randnr. 40.

Das Ergebnis mag befriedigen, die Begründung allerdings nicht. Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung ergeben sich sowohl im Hinblick auf den Wortlaut des Artikels 18 EG und seine Entstehungsgeschichte, als auch im Hinblick auf die Systematik der EG-rechtlichen Grundlagen des koordinierenden Sozialrechts. Diese Zweifel sind vor folgendem Hintergrund zu sehen. Nationales Arbeitsförderungsrecht sieht die Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit in aller Regel nur bei Wohnsitz oder Aufenthalt im Leistungsstaat vor. ⁽⁴⁶²⁾ Das darin zum Ausdruck kommende Territorialitätsprinzip ⁽⁴⁶³⁾ kann angesichts der Regelung in Artikel 42 EG nicht aufrechterhalten werden. Diese Vorschrift des EG-Vertrags verlangt im Grundsatz Zahlungen der Leistung ohne Rücksicht auf den Wohnsitz. Artikel 42 EG verlangt aber keine Verwirklichung des sogenannten Exportprinzips ohne Einschränkungen. Verlangt sind die zur Herstellung der Freizügigkeit notwendigen Maßnahmen. Der europäische Gesetzgeber hat sich für eine differenzierte Ausgestaltung der grenzüberschreitenden Erbringung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit entschieden. ⁽⁴⁶⁴⁾ Eine generelle Anwendung des Leistungsexports hat er durch die Nichtaufnahme der Leistungen bei Arbeitslosigkeit in Artikel 10 ausgeschlossen. Ein Export von Leistungen soll vielmehr nur im Rahmen der Artikel 69 und 71 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 möglich sein. Die jetzt bestehenden Grenzen und Beschränkungen der Freizügigkeit durch Artikel 69 sind häufig kritisiert worden. ⁽⁴⁶⁵⁾ Insbesondere ist die Ausdehnung der Frist von drei Monaten befürwortet worden. ⁽⁴⁶⁶⁾ Auch bei der Neugestaltung des Koordinationsrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist

⁽⁴⁶²⁾ Vgl. dazu F. Warnecke, *Koordinierendes Arbeitsförderungsrecht und Freizügigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1995, S. 25 f.

⁽⁴⁶³⁾ Zur Bedeutung des Territorialitätsprinzips im internationalen Sozialrecht siehe M. Fuchs und U. Preis, *Sozialversicherungsrecht*, Köln, Otto Schmidt Verlag, 2. Aufl. 2009, § 61 II.

⁽⁴⁶⁴⁾ Zur Differenzierung zwischen Export- und Integrationsprinzip siehe R. Langer, in M. Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Artikel 42 EG-Vertrag Randnr. 20 ff.

⁽⁴⁶⁵⁾ Vgl. etwa die Diskussionsbeiträge von E. Eichenhofer und A. Gagel in B. Schulte und H. Zacher (Hrsg.), *Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, S. 189 ff.

⁽⁴⁶⁶⁾ Der Vorschlag wurde auch von der Kommission unterbreitet, vgl. B. Karl, „Neuerungen in der Koordinierung des europäischen Arbeitslosenversicherungsrechts“, in F. Marhold (Hrsg.), *Das neue Sozialrecht der EU*, Wien, Linde, 2005, S. 47.

über eine Erweiterung nachgedacht worden. Die Vorschläge haben beim Gesetzgeber aber nur begrenzt Gehör gefunden.⁽⁴⁶⁷⁾

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufzuwerfen, ob die Koordinierungsvorschriften der Artikel 67 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 den Erfordernissen der Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Artikel 39 ff. EG) genügen. Zu Recht ist ja immer wieder betont worden, dass das koordinierende europäische Sozialrecht ein Annexinstitut der Freizügigkeit der Arbeitnehmer darstellt. Ein deutscher Autor hat deshalb den Begriff des freizügigkeitsspezifischen Sozialrechts geprägt.⁽⁴⁶⁸⁾ Und die Tatsache, dass die Ermächtigungsgrundlage für Rechtsakte der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Koordinierung der sozialen Sicherheit in Artikel 42 EG enthalten ist, zeigt die systematische Verbindung mit dem Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Deshalb ist die Kritik gegen die bestehenden Koordinierungsregelungen der Leistungen bei Arbeitslosigkeit von den betreffenden Autoren auch unter dem Blickwinkel mangelnder Respektierung der Freizügigkeit vorgetragen worden. Diese Kritik hat sich nicht nur gegen Artikel 69, sondern auch gegen die Bestimmungen in Artikel 67 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gerichtet.⁽⁴⁶⁹⁾ Der EuGH hatte sich mit solchen Argumenten schon frühzeitig auseinanderzusetzen gehabt. Richtungweisend für die Position des EuGH ist die Entscheidung in der Rechtssache Testa⁽⁴⁷⁰⁾ geworden. Der EuGH weist darauf hin⁽⁴⁷¹⁾, dass Artikel 69 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eine die territoriale Ausrichtung des nationalen Rechts partiell überwindende freizügigkeitsfördernde Vorschrift darstellt.⁽⁴⁷²⁾ Dem Arbeitnehmer wird das grundsätzliche Recht eingeräumt, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um

dort eine Beschäftigung zu suchen und dennoch Leistungen bei Arbeitslosigkeit beizubehalten. Dass Artikel 69 Absatz 2 dieses Freizügigkeitsrecht zeitlich begrenzt und von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig macht, ist unbedenklich. Artikel 42 EG untersagt es dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht, die zur Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer eingeräumten Vergünstigungen von Bedingungen abhängig zu machen und ihre Grenzen festzulegen. In späteren Entscheidungen hat der EuGH diese Rechtsauffassung unterstrichen.⁽⁴⁷³⁾ Zu Recht ist deshalb von einer ständigen Rechtsprechung des EuGH gesprochen worden, mit der er die Vereinbarkeit der Koordinationsregeln der Leistungen bei Arbeitslosigkeit judiziert hat.⁽⁴⁷⁴⁾

Vor diesem Hintergrund erscheint es unverständlich, wie der EuGH trotz dieser ständigen Rechtsprechung in der Rechtssache De Cuyper einen Verstoß gegen Artikel 18 EG ins Auge fassen konnte. Der methodische Weg des EuGH ist aus zweierlei Gründen abzulehnen. Die Regeln über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Artikel 39 ff. EG) sind „lex specialis“ gegenüber den spezifischen Freizügigkeitsregeln des EG-Vertrags. Zu Recht ist betont worden, dass das Schutzgut des Artikels 18 die Freiheit der Person als solche ist und nicht die Mobilität von Produktionsfaktoren und wirtschaftlichen Leistungsträgern. Deshalb ist das Recht aus Artikel 18 EG dann maßgebend, wenn der Unionsbürger sich ohne wirtschaftliche Zielsetzung innerhalb der EU bewegen und niederlassen will. Sofern die Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit aus wirtschaftlichen Gründen in Anspruch genommen wird, sind die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit als spezielle Normen einschlägig.⁽⁴⁷⁵⁾ Artikel 18 EG hät-

⁽⁴⁶⁷⁾ Siehe Artikel 64 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (Verlängerungsmöglichkeit auf sechs Monate).

⁽⁴⁶⁸⁾ Vgl. R. Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1988, S. 277.

⁽⁴⁶⁹⁾ E. Eichenhofer, „Freizügigkeit und Europäisches Arbeitsförderungsrecht“, *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht*, 1991, 161 ff.

⁽⁴⁷⁰⁾ Rs. 41/79, Testa, Slg. 1980, 1979.

⁽⁴⁷¹⁾ Wie schon zuvor in dem Urteil Rechtssache 139/78, Cocioli, Slg. 1979, 991.

⁽⁴⁷²⁾ Rs. 41/79, Testa, Slg. 1980, 1979, Randnrn. 17 ff.

⁽⁴⁷³⁾ Vgl. Rs. C-272/90, van Noorden, Slg. 1991, I-2543; Rechtssache C-62/71 Gray, Slg. 1992, I-2737; Rechtssache C-215/00, Rydergard, Slg. 2002, I-1817.

⁽⁴⁷⁴⁾ Vgl. E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 3. Aufl. 2006, S. 161.

⁽⁴⁷⁵⁾ So zutreffend A. Hatje in J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Artikel 18 EG Randnr. 18; W. Kluth in C. Callies und M. Ruffert, *EUV/EGV*, München, C.H. Beck Verlag, 3. Aufl. 2007, Artikel 18 EG Randnr. 16 und ebenso C. Becker, „Freizügigkeit in der EU. Auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit“, *EuR* 1999, 522, 532.

te also gar nicht als Prüfungsmaßstab herangezogen werden dürfen.

Aber auch wenn man Artikel 18 EG zur Anwendung bringen will, ist es notwendig, das dort verankerte Freizügigkeitsrecht in strikter Anwendung des Wortlauts des Artikels 18 zu prüfen. Artikel 18 Absatz 1 EG stellt das Freizügigkeitsrecht unter den ausdrücklichen Vorbehalt der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Dazu gehören unstreitig Artikel 42 EG und die auf dieser Grundlage ergangene Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Da die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 – wie vom EuGH selbst unterstrichen – das Koordinationsrecht der Leistungen bei Arbeitslosigkeit ausdrücklich als im Einklang mit EG-Recht angesehen hat, ist eindeutig geklärt, dass ein weitergehendes Recht einem Unionsbürger aus Artikel 18 Absatz 1 EG nicht zustehen kann.

Damit ist nicht gesagt, dass freizügigkeitsbeschränkende Vorschriften, sei es des nationalen Rechts oder der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, nicht einer Prüfung am Maßstab der Artikel 39 ff. EG zugänglich wären. Wie in diesem Beitrag bereits mehrfach betont, ist das Recht der Koordinierung der sozialen Sicherheit Bestandteil des Rechts der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Artikel 39 ff. EG. Folglich muss es auch seine innere Kohärenz mit diesem Regelungsbereich wahren. Es ist deshalb möglich zu fragen, ob die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ⁽⁴⁷⁶⁾ von der Ermächtigung in Artikel 42 EG in zutreffender Weise Gebrauch gemacht hat. ⁽⁴⁷⁷⁾

In der Rechtssache Petersen hat der EuGH nicht das Recht der Koordinierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit, wie es in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 verankert ist, am Maßstab des Artikels 39 geprüft, sondern die Wohnsitzklausel österreichischen Rechts. Die Argumentation des EuGH hierzu war fol-

gende. ⁽⁴⁷⁸⁾ Konstatiert wird, dass Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 einen Leistungsexport von Leistungen bei Arbeitslosigkeit nicht vorschreibt. Die Voraussetzungen für den Leistungsexport nach den Artikeln 69 und 71 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 lägen nicht vor. An dieser Stelle verlässt der EuGH die koordinationsrechtliche Argumentation und wendet sich der Prüfung der Wohnortklausel nach österreichischem Recht zu. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 habe kein gemeinsames System der sozialen Sicherheit geschaffen, sondern eigene nationale Systeme bestehen lassen und die nationalen Systeme koordinieren wollen. Mangels einer Harmonisierung auf der Ebene der Gemeinschaft seien die Mitgliedstaaten daher zwar weiterhin für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit zuständig, jedoch müssten sie dabei gleichwohl das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beachten. Der mit Artikel 39 bis 42 EG verfolgte Zweck wäre verfehlt, wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlieren würden, die ihnen die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats sichern, insbesondere wenn diese Vergünstigungen die Gegenleistung für die von ihnen gezahlten Beiträge darstellen. Eine solche Konsequenz könnte Gemeinschaftsarbeitnehmer nämlich davon abhalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, und würde somit diese Freiheit beeinträchtigen.

Damit kommt der EuGH zur Prüfung des Wohnortserfordernisses nach österreichischem Recht. Darin sieht der EuGH eine verschleierte Form der Diskriminierung i. S. v. Artikel 39 Absatz 2 EG, für die es an einer objektiven Rechtfertigung fehle – insbesondere habe die österreichische Regierung keine Rechtfertigungsgründe vorgetragen. Diesem Ergebnis kann man zustimmen, nicht aber der Begründung. Zunächst hätte es einer Prüfung bedurft, ob nicht Artikel 69 einen Bezug der Leistung des Antragstel-

⁽⁴⁷⁶⁾ Dasselbe gilt natürlich auch für die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁴⁷⁷⁾ Eines der bekanntesten Beispiele einer solchen Überprüfung stellt die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Vougioukas dar, Rs. C-443/93, Vougioukas, Slg. 1995, I-4052.

⁽⁴⁷⁸⁾ Vgl. zu der Argumentationskette Rs. C-228/07, Petersen, Randnrn. 37 ff.

lers auch in Deutschland ermöglicht. Unter den in Artikel 69 Absatz 1 genannten Voraussetzungen hätte der Antragsteller zumindest für drei Monate den Geldleistungsanspruch auch in Deutschland gehabt. Dass sich der Antragsteller nicht nur in Deutschland aufgehalten hat, sondern auch seinen Wohnsitz genommen hat, schließt die Anwendung des Artikels 69 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht aus. ⁽⁴⁷⁹⁾ Da der Antragsteller schon vier Wochen nach Beginn der Arbeitslosigkeit bei der Arbeitsverwaltung als Arbeitssuchender gemeldet worden war und dieser zur Verfügung gestanden hatte, konnte es nur noch auf die Meldung bei der Arbeitsverwaltung in Deutschland angekommen sein. Man nehme ruhig einmal zulasten des Antragstellers an, er habe dies nicht getan. Nach österreichischem Recht kam es aber auf Arbeitsfähigkeit, Arbeitswilligkeit und Arbeitsbereitschaft gar nicht an. Dann kann man sinnvollerweise aber auch nicht die Einhaltung von Artikel 69 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 verlangen. Dieses Ergebnis würde man wohl schon auf der Basis einer einfachen Interpretation gewinnen können. Eine solche Interpretation wäre aber sicherlich wegen Artikel 39 EG gefordert. EG-rechtliche Vorschriften müssen auch im Lichte der Grundfreiheiten ausgelegt werden. Im vorliegenden Falle auf dem Wohnsitzerfordernis zu beharren, wäre eine freizügigkeitswidrige Interpretation des Artikels 69, die durch nichts gerechtfertigt wäre. Folglich hätte hier schon auf der Ebene des Koordinationsrechts jedenfalls für die ersten drei Monate der Leistungsanspruch in Deutschland bejaht werden müssen.

Die gleiche Argumentation muss hinsichtlich der in Buchstabe c festgelegten zeitlichen Begrenzung auf drei Monate gelten. Solange die Rente aus der Pensionsversicherung nicht bezahlt wird, muss das Arbeitslosengeld fortgezahlt werden.

Gegen diese Lösung mag man einwenden, sie liefere im Ergebnis auf das Gleiche hinaus. Der hier favorisierte Lösungsweg beruht auf der Überlegung, dass

⁽⁴⁷⁹⁾ So zutreffend E. Eichenhofer in M. Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Artikel 69 Randnr. 2.

es nicht zulässig ist, die eindeutigen Festlegungen der Exportierbarkeit von Leistungen bei Arbeitslosigkeit, wie sie in den Artikeln 69 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zum Ausdruck kommen, dadurch auszuhebeln, dass man über die Anwendung der Freizügigkeitsvorschriften auf das nationale Recht abweichende Lösungen durchsetzt.

III. AKTIVE ARBEITSMARKTPOLITIK

In der zweiten Hälfte der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts kam es zu einer zunächst theoretischen, dann praktischen Neuorientierung staatlicher Intervention in den Arbeitsmarkt. Allgemein werden die neuen Konzepte unter dem Begriff der aktiven Arbeitsmarktpolitik zusammengefasst. Die neuen arbeitsmarktpolitischen Konzepte führten notwendigerweise auch zu einer Neuorientierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Im Folgenden müssen deshalb die tragenden Gedanken dieser Entwicklung dargestellt und ihre Auswirkungen auf die Gestaltung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit herausgestellt werden. Vor diesem Hintergrund wird es dann auch möglich sein, die Relevanz für das Europäische Koordinierungsrecht zu untersuchen.

Gerade im Hinblick darauf mag man zunächst fragen, was denn die alte Arbeitsmarktpolitik ausgemacht und wie sie sich auf die Gestaltung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit ausgewirkt hat. Man könnte das alte Denkschema als passive Arbeitsmarktpolitik bezeichnen. ⁽⁴⁸⁰⁾ Gelegentlich wird von passiven Leistungen der Arbeitslosigkeit gesprochen. ⁽⁴⁸¹⁾ Kennzeichnend für die frühere Denkweise und ihre rechtliche Ausprägung in der Normierung von Voraussetzungen und Inhalten der Arbeitslosenunterstützung ist die Beschränkung auf das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses und die Verfügbarkeit des Antragstellers, Voraussetzungen, die automatisch

⁽⁴⁸⁰⁾ Vgl. J. R. Shackleton, „Britain's Labor Market Under the Blair Governments“, *Journal of Labor Research*, 2007, 454-476 (469).

⁽⁴⁸¹⁾ Vgl. etwa J. Münder, „Das SGB III. Die Grundsicherung für Arbeitsuchende“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 3209 ff. (3210).

bei Vorhandensein der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen zum Bezug von Geldleistungen führten. Mit dieser Aussage wird nicht verkannt, dass es auch in der Vergangenheit in allen Mitgliedstaaten der EU, wenngleich mit unterschiedlicher Intensität, ergänzende Fördermaßnahmen gegeben hat, um die Betroffenen zu befähigen, wieder in den Arbeitsmarkt integriert zu werden. Für den Richtungswechsel sind zwei Entwicklungen maßgeblich geworden, die im Folgenden zu beschreiben sind: die Strategien der europäischen Beschäftigungspolitik und die Formulierung eines New Deal in der Arbeitsmarktpolitik im Vereinigten Königreich.

A. Europäische Beschäftigungspolitik

Die zunehmende Massenarbeitslosigkeit in Europa hatte die Regierungschefs Mitte der 1990er Jahre veranlasst, die Beschäftigungspolitik ganz oben auf die Prioritätenliste zu setzen. ⁽⁴⁸²⁾ Diese Bemühungen mündeten ein in einen neuen Titel VIII Beschäftigung (Artikel 125-130 EG) in den Vertrag von Amsterdam. ⁽⁴⁸³⁾ Für die hier zu führende Diskussion ist die Festlegung von beschäftigungspolitischen Leitlinien (Artikel 128 EG) von besonderer Bedeutung. Schon vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam einigte sich der Europäische Rat in Luxemburg im Jahr 1997 auf die ersten beschäftigungspolitischen Leitlinien. ⁽⁴⁸⁴⁾ Seither wird die Beschäftigungspolitik auf vier Pfeiler gestützt: die Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit, die Entwicklung des Unternehmertums, die Förderung der Anpassungsfähigkeit der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer sowie den Ausbau der Maßnahmen für Chancengleichheit. Im Jahr 2003 kam es zu einer Überarbeitung und Neufassung dieser Leitlinien. ⁽⁴⁸⁵⁾ Unter Leitlinie 1 ist erstmals von „aktiven und präventiven Maßnahmen für Arbeitslose und Nichterwerbspersonen“ die Rede. Unter diesem Titel werden die Mitgliedstaaten aufgefordert sicherzustellen, dass die Bedürfnisse aller

Arbeitssuchenden in einem Frühstadium ihrer Arbeitslosigkeit ermittelt werden und ihnen Dienstleistungen wie Beratung, Unterstützung bei der Arbeitssuche und individuelle Aktionspläne zur Verfügung stehen. Auf der Grundlage des genannten ermittelten Bedarfs müssen sie den Arbeitssuchenden die Möglichkeit bieten, an wirksamen und effizienten Maßnahmen zur Verbesserung ihrer Beschäftigungsfähigkeit und ihrer Eingliederungschancen teilzunehmen, wobei besonderes Augenmerk denjenigen gelten sollte, die auf dem Arbeitsmarkt mit den größten Schwierigkeiten konfrontiert sind. Sie sollen sicherstellen, dass jedem Arbeitslosen binnen sechs Monaten nach Eintritt der Arbeitslosigkeit im Fall von Jugendlichen und binnen zwölf Monaten im Fall von Erwachsenen in Form einer Ausbildung, einer Umschulung, Berufserfahrung, eines Arbeitsplatzes oder einer anderen Beschäftigungsmaßnahme, ggf. in Kombination mit einer kontinuierlichen Unterstützung bei der Arbeitssuche, geholfen wird. Mit den integrierten Leitlinien für Wachstum und Beschäftigung (2005-2008) ⁽⁴⁸⁶⁾ und den neuen Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten ist das ursprüngliche Konzept fortgeschrieben worden.

B. Der neue Welfare-Approach im Vereinigten Königreich

Mit dem Regierungswechsel 1997 hat Großbritannien ein grundlegend neues Reformkonzept der Sozialpolitik in Angriff genommen, das in Anlehnung an die Reformära des amerikanischen Präsidenten Roosevelt „New Deal“ getauft wurde. ⁽⁴⁸⁷⁾ Plakativ ist der Wechsel zur neuen Politik in der Ersetzung der Frage „What money can we pay you?“ durch die Frage „How can we help you become more independent?“ ⁽⁴⁸⁸⁾ Dieser Weg „from welfare to work“ ist darauf konzen-

⁽⁴⁸²⁾ Siehe dazu C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 3. Aufl. 2006, S. 105 ff.

⁽⁴⁸³⁾ Siehe dazu E. Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, München, C.H. Beck Verlag, 2007, S. 90 ff.

⁽⁴⁸⁴⁾ Siehe ABl. C vom 28.1.1998, S. 1.

⁽⁴⁸⁵⁾ ABl. L 197 vom 5.8.2003, S. 13.

⁽⁴⁸⁶⁾ KOM(2005) 141 endg.

⁽⁴⁸⁷⁾ Vgl. „A New Deal for Welfare: Empowering People to Work“, 1998. Zu einer theoretischen Grundlegung der neuen Politik s. A. Giddens, *The Third Way*, Oxford, Blackwell Publishers, 1998, S. 99 ff.

⁽⁴⁸⁸⁾ „A New Contract for Welfare: Principles into Practice“ (DSS, Cm 4101), 1998, S. 9. Vgl. dazu K. Puttick, „2020: A Welfare Odyssey. A Commentary on Principles into Practice and the Reform Programme“, *Industrial Law Journal*, 1999, S. 190 ff.

triert, Rechte mit Verantwortung zu verbinden. ⁽⁴⁸⁹⁾ Was die arbeitsmarktpolitische Komponente dieser neuen sozialpolitischen Ausrichtung anbelangt, ist das Hauptaugenmerk auf die aktive Rolle der früher mit passiven Leistungen bedienten Betroffenen gerichtet. Dies schlägt sich notgedrungen in der Ausgestaltung der Voraussetzungen von Leistungen an Arbeitslose nieder. Das zeigt sich deutlich an der beitragsunabhängigen, einkommensabhängigen Arbeitslosenunterstützung. ⁽⁴⁹⁰⁾ Gegenüber den üblichen Kriterien der Verfügbarkeit zum Bezug von Leistungen bei Arbeitslosigkeit treten jetzt ganz entscheidend zwei neue Elemente hinzu: Der Antragsteller muss sich selbst aktiv um Beschäftigung bemühen, und er muss mit der zuständigen Behörde eine Vereinbarung abgeschlossen haben, in der die einzelnen Schritte des Wiedereintritts in das Arbeitsleben festgelegt sind („job seeker’s agreement“). Gleichzeitig richtete die Regierung zahlreiche Programme ein, um durch Maßnahmen der Aus- und Fortbildung und der Schaffung von Arbeitsgelegenheiten diesen Prozess zu begleiten. ⁽⁴⁹¹⁾

Bedeutsam ist, dass die britische Regierung besonderen Wert auf die Einbindung von Behinderten in den Arbeitsmarkt gelegt hat. Deshalb wurde die Geldleistung bei Invalidität („invalidity benefit“) neu konfiguriert. Der Hintergrund ist vor allem auch darin zu sehen, dass die Zahl der Empfänger dieser Leistung in der Vergangenheit dramatisch zugenommen hatte (von 700 000 im Jahr 1970 auf 2 700 000 im Jahr 1998). Die letzte Etappe der Entwicklung markiert die Einführung einer sogenannten „employment and support allowance“ (ESA) im Jahr 2008. ⁽⁴⁹²⁾ Wesentliche Voraussetzung für den Bezug der Leistung ist eine gesundheitliche Beeinträchtigung oder Behinderung des Antragstellers in der Weise, dass es unvernünftig wäre, von ihm im Zeitpunkt der Antrag-

stellung die Ausübung einer Tätigkeit zu erwarten. Um das Potenzial zu erfassen, das in der Person steckt, um – wenn auch möglicherweise nur eingeschränkte – Arbeitstätigkeiten auszuüben, wird eine Arbeitsfähigkeitsprüfung durchgeführt („work capability assessment“). Ausgehend von der Gesundheitsprüfung wird ein eingehendes Gespräch mit dem Antragsteller vorgenommen, in dem seine Möglichkeiten ausgelotet werden. Auf dieser Basis wird ein Aktionsplan erstellt. Weigert sich der Antragsteller, dieses Verfahren mitzutragen, wird seine Leistung gekürzt. Auf der Basis dieses Plans werden unterschiedliche Formen der Ausbildung, des Arbeitstrainings oder einer Beschäftigung vorgesehen. Es gibt zwei Arten von ESA, beitragsabhängige Leistungen („contributory allowance“) und von den finanziellen Verhältnissen des Betroffenen abhängige Leistungen („income-related allowances“). Alle bisherigen vergleichbaren Leistungen werden abgeschafft (von Übergangsvorschriften abgesehen).

C. Leistungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik in Deutschland

Die Impulse, die durch die europäische Beschäftigungspolitik, aber ganz wesentlich auch durch die im Vereinigten Königreich eingeleitete Politik des New Deal gegeben wurden, haben die Landschaft der Arbeitsmarktpolitik in ganz Europa, wenn auch in den einzelnen Ländern unterschiedlich, verändert. ⁽⁴⁹³⁾ Im Folgenden wird die jüngste Gesetzgebung in Deutschland beschrieben. Deutschland hat eine konsequente Politik aktiver Arbeitsmarktpolitik betrieben und die Leistungen bei Arbeitslosigkeit ganz im Sinne der vorbezeichneten Ideen ausgestaltet. Die Kenntnis dieses Leistungsspektrums hilft dann, die Fragen und Probleme zu formulieren, die im Rahmen der europäischen Sozialrechtskoordination auftreten und gelöst werden müssen. Deutsche Regelungen dienen also hier lediglich als Anschau-

⁽⁴⁸⁹⁾ Vgl. „A New Deal for Welfare: Empowering People to Work“, 1998, in: „Our approach has been based on the principle that the best welfare policy of all is work and throughout this process of reform we have sought to match rights with responsibilities.“

⁽⁴⁹⁰⁾ Income-based job seekers allowance, zu Einzelheiten Wikeley, Ogus und Barendt, *The Law of Social Security*, London, Butterworth, 5. Aufl. 2002, S. 336 ff.

⁽⁴⁹¹⁾ Vgl. zu diesen Aktivitäten Shackleton, „Britain’s Labour Market under the Blair Government“, *Journal of Labour Research*, 2007, 445 (469).

⁽⁴⁹²⁾ The Employment and Support Allowance Regulations 2008 (Nr. 794).

⁽⁴⁹³⁾ Vgl. zu den unterschiedlichen Strategien und Inhalten aktiver Arbeitsmarktpolitik in europäischen Ländern J. Kluge u. a., *Active Labor Market Policies in Europe. Performance and Perspectives*, Berlin Heidelberg, Springer 2007; W. Eichhorst und O. Kaufmann (Hrsg.), *Bringing the jobless into work?: Experiences with activation schemes in Europe and the US*, Berlin Heidelberg, Springer, 2008.

ungsmaterial. Soweit vergleichbare Regelungen in anderen Ländern bestehen, begegnen uns ähnliche Probleme. Und die Antworten, die zu finden sind, müssen verallgemeinerungsfähig sein.

Deutschland hat seit dem Ende der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts einen klaren Kurs aktiver Arbeitsmarktpolitik betrieben. Das traditionelle Konzept des Schutzes bei Arbeitslosigkeit durch Transferleistungen wurde angesichts knapper werdender öffentlicher Mittel und begrenzter Steuerkapazitäten nicht abgeschafft, aber doch deutlich zurückgedrängt. Die Ideen aus Großbritannien, in Deutschland als aktivierender Sozialstaat ⁽⁴⁹⁴⁾ bezeichnet, fanden zunehmend Eingang in die politische Diskussion und in der Folge davon in die Gesetzgebung. ⁽⁴⁹⁵⁾ Erstes sichtbares Zeichen war die Reform des Arbeitsförderungsrechts im Jahr 1997. In § 3 Absatz 1 SGB III ⁽⁴⁹⁶⁾ sind sämtliche Leistungen der Arbeitsförderung aufgelistet. Ausdrücklich benutzt das Gesetz den Ausdruck der Leistungen der aktiven Arbeitsförderung. Das sind alle Leistungen der Arbeitsförderung mit Ausnahme von Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit und Teilarbeitslosengeld sowie Insolvenzgeld (§ 3 Absatz 4 SGB III). § 5 SGB III normiert den Vorrang der aktiven Arbeitsförderung. Die Leistungen der aktiven Arbeitsförderung sind so einzusetzen, dass sonst erforderliche Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts bei Arbeitslosigkeit nicht nur vorübergehend vermieden und dem Entstehen von Langzeitarbeitslosigkeit vorgebeugt werden kann. Mit Wirkung zum 1. Januar 2005 hat der deutsche Gesetzgeber ein zweites System der Arbeitsförderung geschaffen, die sogenannte Grundsicherung für Arbeitssuchende, verankert im SGB II. ⁽⁴⁹⁷⁾ Die Grundsicherung für Arbeitssuchende umfasst Leistungen zur Beendigung oder Verringerung der Hilfebedürftigkeit, insbesondere

- durch Eingliederung in Arbeit und
- zur Sicherung des Lebensunterhalts.

Der Anspruch auf diese Leistungen ergibt sich aus § 7 SGB II. Der Anspruchsteller muss sich im Alter zwischen 15 und 65 Jahren befinden ⁽⁴⁹⁸⁾, erwerbsfähig und hilfebedürftig sein und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Daraus ergibt sich, dass die Leistungen beitragsunabhängig, ihre Gewährung aber einkommens- und vermögensabhängig sind. ⁽⁴⁹⁹⁾ Auch muss unter bestimmten Voraussetzungen auf Unterhaltsansprüche zurückgegriffen werden. Die Leistungen nach dem SGB II sind subsidiärer Natur. Soweit Leistungen nach Rechtsvorschriften anderer Sozialleistungsträger bestehen, haben diese Vorrang. Dieser Grundsatz gilt aber – von Ausnahmen abgesehen – nicht im Verhältnis zu den Leistungen nach dem SGB III. Leistungen nach diesem Gesetzbuch können grundsätzlich nicht an Personen im Sinne des SGB II erbracht werden.

Das neue System ist von dem Grundsatz des Forderns und Förderns geprägt (§§ 2, 14 SGB II). Der erwerbsfähige Hilfebedürftige muss aktiv an allen Maßnahmen zu seiner Eingliederung in Arbeit mitwirken, insbesondere eine Eingliederungsvereinbarung abschließen. Er muss alle Arbeiten auf dem Arbeitsmarkt annehmen. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, greifen Sanktionen bis hin zum Entzug der Leistung. Der Grundsatz des Förderns bedeutet, dass die zuständigen Leistungsträger den Hilfebedürftigen umfassend mit dem Ziel der Eingliederung in Arbeit unterstützen müssen. Hierfür muss die zuständige Agentur für Arbeit einen persönlichen Ansprechpartner für jeden erwerbsfähigen Hilfebedürftigen benennen. Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit entsprechen weitgehend den Maßnahmen, die im SGB III vorgesehen sind. Als Geldleistung zur Sicherung des Unterhalts ist ein sogenanntes

⁽⁴⁹⁴⁾ Vgl. zum Begriff M. Galuske und T. Rietzke, „Aktivierung und Ausgrenzung. Aktivierender Sozialstaat“, in R. Anhorn, F. Bettinger, J. Stehr (Hrsg.), *Sozialer Ausschluss und Soziale Arbeit*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2. Aufl. 2008, S. 399.

⁽⁴⁹⁵⁾ Vgl. dazu W. Spellbrink, „Ist die Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen?“, *Juristenzeitung*, 2004, 538 ff.

⁽⁴⁹⁶⁾ SGB III ist jenes Buch des Sozialgesetzbuches, in dem das Recht der Arbeitsförderung verankert ist.

⁽⁴⁹⁷⁾ Siehe dazu J. Münder, „Die Grundsicherung für Arbeitssuchende“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 3209 ff.

⁽⁴⁹⁸⁾ Mit der Anhebung der Altersgrenzen in der Rentenversicherung wird diese Altersgrenze ebenfalls angehoben.

⁽⁴⁹⁹⁾ Zur Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen vgl. §§ 11 ff. SGB II.

Arbeitslosengeld II vorgesehen. ⁽⁵⁰⁰⁾ Für eine alleinstehende Person ist ein monatlicher Betrag von 345 Euro vorgesehen. Verschiedene Umstände können aber zu einer Erhöhung dieses Betrags führen, außerdem werden dem Antragsteller die angemessenen Kosten für die Unterkunft einschließlich Heizung bezahlt. Soweit der erwerbsfähige Hilfebedürftige Arbeitslosengeld II innerhalb von zwei Jahren nach dem Ende des Bezugs von Arbeitslosengeld ⁽⁵⁰¹⁾ bezieht, erhält er in diesem Zeitraum einen monatlichen Zuschlag zum Arbeitslosengeld II. ⁽⁵⁰²⁾

Die vorangegangene Darstellung zeigt, dass sich in der Bundesrepublik ein zweigeteiltes System der Arbeitsförderung entwickelt hat. Grob gesprochen gibt es ein Teilsystem, das den Arbeitnehmern offensteht, die bisher dem Arbeitsmarkt angehört haben und deshalb auch Beiträge für die Arbeitslosenversicherung gezahlt haben, jetzt aber arbeitslos geworden sind. Diejenigen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen (also bisher nicht lange genug Beiträge zur Sozialversicherung gezahlt haben oder überhaupt nicht in Arbeit gestanden haben), werden einem einkommens- und vermögensabhängigen Leistungssystem unterworfen.

Eine solche Differenzierung des Arbeitsförderungsrechts ist auch vielen anderen Mitgliedstaaten der EU geläufig. ⁽⁵⁰³⁾ Im Folgenden soll nun untersucht werden, welche Konsequenzen aus solchen ausdifferenzierten Systemen der aktiven Arbeitsmarktförderung für das Recht der europäischen sozialrechtlichen Koordinierung entstehen.

§ 8 SGB III definiert den Begriff der Erwerbsfähigkeit dahin gehend, dass Erwerbsfähigkeit trotz Krankheit oder Behinderung noch vorliegt, wenn

die betreffende Person wenigstens drei Stunden täglich erwerbstätig sein kann. ⁽⁵⁰⁴⁾ Unverkennbar ist die Parallele zu der Entwicklung im Vereinigten Königreich. Der Gesetzgeber hat die Definition der Erwerbsfähigkeit bewusst so weit gewählt, um allen Personen, die nicht voll erwerbsgemindert sind, die Teilhabe an den Eingliederungsleistungen zu ermöglichen und damit auch die Chance auf eine Integration in das Erwerbsleben zu geben. ⁽⁵⁰⁵⁾ Der Gedanke der Arbeitsmarktintegration und die möglichst weitgehende Erschließung von Erwerbspotenzialen ist also oberstes Ziel dieser Regelung.

IV. KONSEQUENZEN FÜR DAS KOORDINIERUNGSRECHT

Die geänderten Konzepte der Arbeitsmarktpolitik, die Herausbildung einer aktiven Arbeitsmarktpolitik, haben – wie gezeigt – das Recht der Leistungen bei Arbeitslosigkeit ganz wesentlich beeinflusst. Das bedeutet freilich nicht, dass wir von einem völlig geänderten rechtlichen Hintergrund der Leistungssysteme ausgehen müssen. Viele Strukturelemente der nationalen Leistungssysteme sind beibehalten, aber verstärkt worden. Für diese Bereiche verläuft die Koordinierung in den gewohnten Bahnen. Es sind aber auch Leistungen bei Arbeitslosigkeit hinzugekommen, die doch ein verändertes Gesicht insbesondere im Hinblick auf ihre Voraussetzungen gegenüber traditionellen Schutzformen aufweisen. Auch sie müssen sich in das bestehende Koordinierungssystem der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 einfügen, da die alten Normen fortbestehen und auch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 an dem erreichten Besitzstand nichts Grundlegendes geändert hat. Vor diesem Hintergrund mag es sinnvoll sein, im Folgenden die unterschiedlichen Leistungsmenüs auseinander zu halten und einer koordinationsrechtlichen Würdigung zuzuführen.

⁽⁵⁰⁰⁾ § 19 SGB II. Die Bezeichnung Arbeitslosengeld II ist vor dem Hintergrund der grundsätzlichen, beitragsabhängigen Leistung des Arbeitslosengeldes (sozusagen Arbeitslosengeld I) nach dem SGB III zu verstehen.

⁽⁵⁰¹⁾ Also der Leistung nach dem SGB III.

⁽⁵⁰²⁾ Vgl. zu Einzelheiten § 24 SGB II.

⁽⁵⁰³⁾ Vgl. dazu die Beiträge in I. Lødemel und H. Trickey (Hrsg.), *An offer you can't refuse*, Bristol, The Policy Press, 2001.

⁽⁵⁰⁴⁾ Dieses Zeitvolumen entspricht dem Begriff der vollen Erwerbsminderung in der Rentenversicherung.

⁽⁵⁰⁵⁾ Vgl. zur Begründung des Gesetzes BT-Drucks. 15/5235, S. 4.

A. Beitragsabhängige Geld- und Sachleistungen

Dies ist – wenn man so will – der klassische Bereich der Leistungen wegen Arbeitslosigkeit. Nach nationalem Recht entsteht der Anspruch üblicherweise durch die Zugehörigkeit und damit Beitragszahlung zur Arbeitslosenversicherung. Gemeint sind in erster Linie Einkommensersatzleistungen. Daher rührt die Formulierung des EuGH, wonach eine Leistung dann dem Risiko der Arbeitslosigkeit im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zugeordnet ist, wenn sie den aufgrund der Arbeitslosigkeit verlorenen Arbeitslohn ersetzen soll und deshalb für den Unterhalt des arbeitslosen Arbeitnehmers bestimmt ist.

Nichts anderes gilt aber für Sach- und Dienstleistungen. Hierher gehören alle denkbaren Angebote der Aus- und Fortbildung, durch die Arbeitslose Kenntnisse und Fähigkeiten erlangen sollen, um wieder in den Arbeitsmarkt zurückkehren zu können. Da dieses Leistungssegment im Zuge des Ausbaus und der Forcierung aktiver Arbeitsmarktpolitik erheblich erweitert wurde, dürfte es in Zukunft für die Koordination zusätzlich an Bedeutung gewinnen. Zweierlei Problembereiche mögen sich daraus ergeben:

Der erste Problembereich die Abgrenzung zwischen Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Leistungen bei Invalidität. ⁽⁵⁰⁶⁾ Da diese Leistungsarten unter unterschiedliche Koordinierungsregeln hinsichtlich der Exportierbarkeit fallen, ist diese Abgrenzung bedeutsam. Und da die Mitgliedstaaten – nicht zuletzt aufgefordert durch die beschäftigungspolitischen Leitlinien der EU – Behinderte oder Personen mit Leistungseinschränkungen stärker in den Arbeitsmarkt integrieren wollen, kann es verstärkt zur Normierung von Leistungen kommen, die sowohl Elemente des Invaliditäts- wie des Arbeitslosigkeitsschutzes aufweisen. In der Rechtssache Petersen hat der EuGH eine methodische Anleitung zur Abgrenzung gegeben. Die Formel lautet, dass Leistungen der sozialen Sicherheit unabhän-

⁽⁵⁰⁶⁾ Verstanden als allgemeine Bezeichnung für alle Formen von Erwerbsminderung.

gig von den besonderen Eigenheiten der verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften als Leistungen gleicher Art zu betrachten sind, wenn ihr Sinn und Zweck sowie ihre Berechnungsgrundlage und die Voraussetzungen für ihre Gewährung identisch sind. Dagegen sind lediglich formale Merkmale nicht als wesentliche Tatbestandsmerkmale für die Einstufung der Leistungen anzusehen. ⁽⁵⁰⁷⁾ Um diese Kriterien anwenden zu können, muss man – wie oben gezeigt ⁽⁵⁰⁸⁾ – von einem Typus der Leistungen bei Invalidität bzw. Arbeitslosigkeit ausgehen. Dieser Typus erschließt sich aus Merkmalen, wie sie üblicherweise unabhängig von landesspezifischen Besonderheiten in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anzutreffen sind. Der in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht definierte Begriff der Invalidität muss in engem Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit bestimmt werden. Leistungen bei Invalidität müssen also einen Bezug zur Erwerbsfähigkeit haben. ⁽⁵⁰⁹⁾ Invalidität kann als das Risiko der dauernden oder zumindest längerfristigen Minderung oder Aufhebung der Erwerbsfähigkeit infolge einer Beeinträchtigung des körperlichen oder geistigen Gesundheitszustands verstanden werden, die regelmäßig und typischerweise mit einer kompensationsbedürftigen Einkommensminderung verbunden ist. ⁽⁵¹⁰⁾ Man kann demnach sagen, dass eine Leistung bei Invalidität vorliegt, wenn es um eine Geldleistung geht, die einen Einkommensausfall ausgleichen will, weil die betreffende Person aufgrund aufgehobener oder eingeschränkter Erwerbsfähigkeit nicht in der Lage ist, Einkommen zu erzielen, und die Höhe der Leistung nach Berechnungsgrundlagen ermittelt ist, wie sie für Invaliditätsleistungen üblich sind. In gleicher Weise kann man für Leistungen bei Arbeitslosigkeit formulieren: Es muss sich um Leistungen handeln, die den Ausgleich des Ausfalls von Einkommen bezwecken, der wesentlich auf Arbeitslosigkeit zurückzuführen ist, also auf das Nichtvorhandensein eines für den Betroffenen

⁽⁵⁰⁷⁾ Urteil vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-228/07, Petersen, Slg. 2008, I-6989, Randnr. 21.

⁽⁵⁰⁸⁾ Abschnitt II A.

⁽⁵⁰⁹⁾ Vgl. Rs. 14/72, Heinze, Slg. 1972, 1105; Rs. 818/79, AOK Mittelfranken, Slg. 1980, 2729.

⁽⁵¹⁰⁾ So R. Schuler in M. Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Vorbemerkung zu Artikel 37 Randnr. 3.

geeigneten Arbeitsplatzes, den Unterhaltsausfall aufzufangen will und die Leistungen im Hinblick auf Voraussetzungen und Berechnung die typischen Elemente einer Leistung wegen Arbeitslosigkeit aufweisen. Dass die Arbeitslosigkeit auch durch das Vorhandensein von körperlichen/geistig bedingten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit mit beeinflusst ist, nimmt einer Leistung noch nicht den Charakter einer Leistung bei Arbeitslosigkeit. Entscheidend ist, dass die Leistung auf die Überwindung von Arbeitslosigkeit zielt. Eine Leistung wird koordinationsrechtlich gesehen dann zu einer Leistung wegen Arbeitslosigkeit, wenn sie nicht nur einen Einkommensausfall ausgleichen will (dies tut auch die Leistung wegen Invalidität oder geminderter Erwerbsfähigkeit), sondern das Ziel der mehr oder weniger umfassenden Integration in den Arbeitsmarkt verfolgt. Vor diesem Hintergrund muss die Zielsetzung aktiver Arbeitsmarktpolitik auch koordinationsrechtlich umgesetzt werden. Leistungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik wollen Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit nicht ignorieren, aber sie wollen diesen Zustand auch nicht durch passive Leistungen perpetuieren. Vielmehr soll das Erwerbspotenzial des Betroffenen mit dem Ziel ausgeschöpft werden, dieses auf dem Arbeitsmarkt oder im Rahmen einer ähnlichen Tätigkeit zum Einsatz zu bringen. Dies bringt es mit sich, dass typische Elemente der Voraussetzungen der Leistungen wie Verfügbarkeit abgemildert werden können oder im Einzelfall auf sie verzichtet werden kann, wie das in vielen Ländern bei älteren Arbeitslosen der Fall ist. In diesem Lichte sind die Entscheidungen in den Rechtssachen De Cuyper und Jörn Petersen zu sehen. Entscheidend ist, dass das Ziel der Arbeitsmarktintegration noch nicht aufgegeben ist. Da Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik die Eigeninitiative und die Eigenverantwortung betonen und diese in Form von Eingliederungsvereinbarungen rechtlich fixieren, ist die Komponente des Bezugs zum Arbeitsmarkt ohnehin leicht festzustellen.

Die gleichen Grundsätze müssen zur Anwendung gelangen, wenn es um Sach- und Dienstleistungen geht. Steht im Vordergrund einer Maßnahme die Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit durch Verbesserung des Gesundheitszustands (sogenannte

Rehabilitationsleistung), so handelt es sich um Leistungen bei Invalidität.⁽⁵¹¹⁾ Steht dagegen trotz der körperlichen Beeinträchtigungen bei einer Maßnahme der Erwerb oder die Verbesserung von Fähigkeiten zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit im Vordergrund, mit dem Ziel eines ganz bestimmten Einsatzes auf Arbeitsplätzen, so handelt es sich um Leistungen bei Arbeitslosigkeit.

Besondere Probleme entstehen, wenn es sich um Geldleistungen handelt, die mit Fördermaßnahmen verknüpft sind.⁽⁵¹²⁾ Nehmen wir an, eine Bestimmung des Mitgliedstaats A sieht eine Geldbeihilfe vor, wenn der Betroffene einen Eignungstest durchführen lässt und eine Trainingsmaßnahme absolviert. Nach Gewährung der Leistung entschließt sich der Antragsteller, nicht die gleiche, aber eine ähnliche Trainingsmaßnahme im Staat B durchführen zu lassen. Sollen solche Geldleistungen unter den Export nach Artikel 69 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen? Wie ist es, wenn im Staat B keine Sanktionen bei Abbruch der Maßnahme vorgesehen sind? Hier taucht eine Vielzahl von Fragen, nicht zuletzt administrativer Art auf. Können Mitgliedstaaten die Leistungsgewährung auf den Fall der Durchführung der Maßnahme im Inland beschränken? Eine abschließende Klärung dieser zahlreichen Fragen ist im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich. Jedenfalls muss auch koordinationsrechtlich dem Anliegen und den Besonderheiten aktiver Arbeitsmarktpolitik Rechnung getragen werden. Aktive Arbeitsmarktpolitik zielt auf eine enge Verzahnung von („passiver“) Geldleistung und („aktiver“) Beteiligung des Leistungsempfängers. Diese Verknüpfung darf nicht dadurch infrage gestellt werden, dass der Leistungsempfänger unter Mitnahme der Geldleistung (im Wege des Leistungsexports) an der Fördermaßnahme in einem anderen EU-Staat teilnimmt. Es müsste gewährleistet sein, dass die mit einer bestimmten Fördermaßnahme verbundenen Intentionen des Ursprungslandes und dessen Sanktions-

⁽⁵¹¹⁾ Vgl. dazu R. Schuler in M. Fuchs (Hg), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl. 2005, Vorbemerkung zu Artikel 37 Randnr. 7.

⁽⁵¹²⁾ Siehe zur Problemformulierung auch Y. Jorens/J. Hajdú, *tress. European report 2007*, S. 97 f.

mechanismen nicht außer Kraft gesetzt werden. Ob sich diese Probleme administrativ werden lösen lassen, ist ungewiss. Solange diese Probleme aber nicht gelöst sind, kann ein Export der Geldleistung nicht befürwortet werden.

Der zweite Problembereich ergibt sich daraus, dass aktive Arbeitsmarktpolitik – wie oben gezeigt – großen Wert auf präventive Maßnahmen legt. Damit befindet man sich in dem Problemfeld, das durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Campana* markiert ist. Geht man von den Grundsätzen dieser Entscheidung aus, so steht einmal fest, dass auch präventive Maßnahmen unter den Anwendungsbezug des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen. Für noch in einem Beschäftigungsverhältnis stehende Arbeitnehmer kann erst dann von Leistungen bei Arbeitslosigkeit gesprochen werden, wenn eine konkrete Gefahr besteht, arbeitslos zu werden.

Da die Rechtssache *Campana* einen Fall in Deutschland betraf, hat sich namentlich das deutsche Schrifttum besonders mit der Problematik beschäftigt.⁽⁵¹³⁾ Eine beträchtliche Anzahl von Autoren folgt der Meinung des Vorlagebeschlusses des Bundessozialgerichts (BSG), das präventive Leistungen nicht als Leistungen wegen Arbeitslosigkeit ansieht und sich dabei auch auf die Entstehungsgeschichte der Verordnung beruft.⁽⁵¹⁴⁾ Auch ist der kritische Einwand nicht ganz von der Hand zu weisen, dass es sich um einen schwierig zu handhabenden Abgrenzungsmaßstab handelt.⁽⁵¹⁵⁾ Autoren, die präventive Leistungen ausschließen wollen, bringen vor allem auch den Aspekt ins Spiel, dass solche Förderungsleistungen als Ausdruck nationaler Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik gesehen werden. Angesichts der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Campana* können solche Auffassungen keine Geltung

beanspruchen. Dadurch, dass der EuGH aber auf die konkrete Gefahr der Arbeitslosigkeit abstellt, reduziert sich die Zahl der Anwendungsfälle ohnehin erheblich.

B. Beitragsunabhängige Leistungen

Die neueren Entwicklungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik, die beispielhaft an neuen Leistungssystemen und -formen im Vereinigten Königreich und in Deutschland aufgezeigt wurden, machen deutlich, dass nationale Arbeitsmarktpolitik sich verstärkt um die große Zahl von Arbeitslosen bemüht, die nicht unter den Schutzschirm fallen, der üblicherweise durch die Zugehörigkeit zu einer beitragspflichtigen Arbeitslosenversicherung entsteht. Die Tatsache allein, dass eine Leistung nicht auf Beitragszahlung gründet, entzieht diese noch nicht dem sachlichen Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wie sich aus Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ergibt. Da die aufgezeigten Beispiele im Vereinigten Königreich und Deutschland aber gleichzeitig Leistungen sind, die einkommens- und vermögensabhängig sind, entsteht das Problem der Abgrenzung zur Sozialhilfe, auf die die Verordnung gemäß Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht anwendbar ist. Dabei muss auch Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bedacht werden, wonach der sachliche Anwendungsbereich auch für besondere beitragsunabhängige Geldleistungen eröffnet ist, die nach Rechtsvorschriften gewährt werden, die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen. Nach der Legaldefinition (oben Abschnitt II A) müssen sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, also entweder dazu bestimmt sein, einen zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutz gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit zu gewähren und den Betroffenen ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu garantieren, oder allein dem besonderen Schutz des Behinderten dienen, und deren

⁽⁵¹³⁾ U. Rönsberg, *Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit*, Herbolzheim, Centaurus, 2006, S. 106 f. mit zahlreichen Literaturnachweisen.

⁽⁵¹⁴⁾ Vgl. BSG 15.10.1985 – 11 b/7 RAr 95/84 SGB 1986, 214.

⁽⁵¹⁵⁾ G. Haverkate/S. Huster, *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1999, Randnr. 292.

Finanzierung ausschließlich durch obligatorische Steuern erfolgt und deren Gewährung und Berechnung nicht von Beiträgen hinsichtlich der Leistungsempfänger abhängen. Ferner müssen sie im Anhang IIa aufgeführt sein. Wirft man einen Blick auf Anhang IIa, so hat man den Eindruck, dass die Mitgliedstaaten tendenziell ihre Geldleistungen, die ihrer aktiven Arbeitsmarktpolitik entspringen, in den Anhang IIa aufgenommen haben.⁽⁵¹⁶⁾ Damit haben die betroffenen Mitgliedstaaten verbindlich festgestellt, dass diese Leistungen in die Koordinierung einbezogen sind, selbst wenn es sich im Einzelfall bei den Leistungen streng genommen um solche der Sozialhilfe [Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71] handeln sollte.

Damit bleibt aber die Frage offen, wie mit den Sach- und Dienstleistungen aktiver Arbeitsmarktpolitik zu verfahren ist. Als Beispiel sei noch einmal auf die Fördermaßnahmen im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem deutschen SGB II verwiesen. Diese Leistungen werden nur gewährt, wenn der Antragsteller hilfebedürftig ist, d. h. sein Einkommen und Vermögen eine bestimmte Schwelle nicht überschreitet und auch keine Unterhaltsansprüche gegen Angehörige realisiert werden können. Diese Leistungen können nur dann in die Koordination einbezogen werden, wenn sie unter Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen. Hierzu muss auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden. Richtungweisend sind die schon oben zitierten Urteile in den Rechtsachen Hoeckx und Acciardi. Unter Bezugnahme auf weitere neuere Entscheidungen hat der EuGH in der Rechtsache Petersen die ständige Rechtsprechung noch einmal aufgegriffen und dahin gehend zusammengefasst, dass „nach ständiger Rechtsprechung eine Leistung dann als eine Leistung der sozialen Sicherheit betrachtet werden kann, wenn sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands ohne jede im Ermessen liegende individuelle Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit gewährt wird und wenn sie sich auf eines der in Arti-

⁽⁵¹⁶⁾ Vgl. dazu auch die Einträge der Geldleistungen, die oben für Deutschland und das Vereinigte Königreich beschrieben wurden.

kel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht.“⁽⁵¹⁷⁾ Die Begründung der Entscheidung in der Rechtssache Hoeckx wurde oben ausführlich dargelegt. Die dort infrage stehende Leistung belgischen Rechts setzte voraus, dass der Hilfeempfänger nachweist, dass er zur Arbeit zur Verfügung steht. Damit hätte man einen Bezug zum Risiko der Arbeitslosigkeit bejahen können. Da die Leistungsgewährung aber ganz wesentlich von Bedürftigkeitskriterien bestimmt war, verneinte der EuGH den Charakter einer Leistung der sozialen Sicherheit. Hängt die Gewährung einer Leistung von einer für die Sozialhilfe charakteristischen Einzelfallbeurteilung der persönlichen Bedürftigkeit des Antragstellers ab, scheidet sie aus dem Anwendungsbereich des Artikels 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aus.⁽⁵¹⁸⁾

C. Aufenthaltsrechtlicher Koordinierungsausschluss?

Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, verankert das Prinzip der Gleichbehandlung, wonach jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, die gleiche Behandlung wie die Angehörigen dieses Mitgliedstaats zu erfahren hat. Allerdings lässt Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG davon eine Ausnahme zu. Der Aufnahmemitgliedstaat ist nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder ggf. während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.

Von dieser Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland bezüglich der Leistungen der Grundsicherung

⁽⁵¹⁷⁾ Rs. C-228/07, Petersen, Randnr. 19 sowie die dort angegebenen Urteile.

⁽⁵¹⁸⁾ Rs. C-78/91, Hughes, Slg. 1992, I-4839; Rs. C-66/92, Acciardi, Slg. 1993, 4567, Randnr. 15.

cherung für Arbeitssuchende (SGB II) Gebrauch gemacht. ⁽⁵¹⁹⁾ Trotz der Erfüllung der Voraussetzungen im Allgemeinen sind Ausländer und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts sowie Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen von der Leistungsbeziehung ausgenommen. ⁽⁵²⁰⁾ Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind von ihr auch EG-Staatsangehörige erfasst.

Ob dieser Ausschluss wirksam ist, wird im Schrifttum sehr unterschiedlich beantwortet. ⁽⁵²¹⁾ Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass Artikel 24 Absatz 2 i. V. m. Artikel 14 Absatz 4 der Richtlinie 2004/38/EG wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 12 i. V. m. Artikel 18 EG unwirksam sei. ⁽⁵²²⁾ Dabei beruft man sich insbesondere auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Collins. ⁽⁵²³⁾ Darin hatte der EuGH betont, dass es angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft nicht mehr möglich sei, vom Anwendungsbereich des Artikels 39 Absatz 2 EG, der eine Ausprägung des in Artikel 12 EG-Vertrag garantierten tragenden Grundsatzes der Gleichbehandlung ist, eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll. ⁽⁵²⁴⁾ Diese Frage wird sicherlich irgendwann vom EuGH zu entscheiden sein. Anzumerken ist, dass die Entscheidung Collins noch zur alten Richtlinie 68/360/EWG ergangen ist. Die Richtlinie 2004/38/EG hat einerseits die Aufenthaltsrechte von EG-Staatsangehörigen deutlich gestärkt. Insbesondere sind die Ausweisungsmöglichkeiten bei Bezug von Sozialhilfe sehr eingeschränkt worden. Andererseits

bringt Artikel 24 der Richtlinie 2004/38/EG zum Ausdruck, dass legitimen Interessen der Mitgliedstaaten entsprochen werden soll. Von daher kann die Beschränkung des Artikels 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG als objektiv gerechtfertigte Einschränkung des Rechts der Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen werden. Denn man wird Mitgliedstaaten ein legitimes Recht zuerkennen müssen, Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik, die aus Steuermitteln finanziert werden, in einem finanziell überschaubaren und verkraftbaren Rahmen zu halten. Diese Leistungen könnten ansonsten einen Anreiz dafür bieten, in Länder mit einem relativ hohen Leistungsstandard einzuwandern.

Klar sollte aber andererseits sein, dass eine nationale Vorschrift, die sich auf Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG stützt, nicht die Rechte aus der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufheben kann. Wegen des Grundsatzes des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts müssen diese Rechte Bestand haben. Soweit es sich also bei den Leistungen der Grundsicherung um beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 handelt, können diese Leistungen nicht über eine nationale Vorschrift aufgehoben werden.

V. ZUSAMMENFASSUNG

In der zweiten Hälfte der 1990er Jahre war bei der Arbeitsmarktpolitik ein Wechsel von einer passiven Leistungsversorgung hin zu einer aktiven Wiedereingliederung der Menschen in den Arbeitsmarkt zu beobachten. Auf europäischer Ebene wurden diese Ideen vom Europäischen Rat und im Sog des Regierungswechsels in Großbritannien favorisiert. Nach dem alten Modell wurden Leistungen an Arbeitslose in Form von Barleistungen gewährt, die das entgangene Einkommen ersetzen und damit den Unterhalt sichern. Es verwundert nicht, dass der EuGH die beiden Elemente zur Erläuterung des Konzepts der Arbeitslosenunterstützung nach Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 herangezogen hat. Nur in der Rechtssache Campana ging es um

⁽⁵¹⁹⁾ Vgl. dazu das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2006 (BGBl. I S. 1970) und die Gesetzesbegründung hierzu in BT-Drucks. 16/5065, S. 234.

⁽⁵²⁰⁾ Vgl. § 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 1 und 2 SGB II.

⁽⁵²¹⁾ Vgl. zu den verschiedenen Ansichten Spellbrink in Eicher/Spellbrink (Hrsg.), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitssuchende*, München, C.H. Beck, 2. Aufl. 2008, § 7 Randnrn. 13 ff.

⁽⁵²²⁾ In diesem Sinne F. Schreiber, „Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Artikel 12 i. V. m. Artikel 18 EG-Vertrag für Grundsicherungsleistungen (SGB II und SGB XII)“, *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2006, 423, 430.

⁽⁵²³⁾ Rs. C-138/02, Collins, Slg. 2004, I-2703.

⁽⁵²⁴⁾ Randnr. 63 der Entscheidung.

eine konkrete Form einer aktiven Arbeitsmarktmaßnahme. In dem Maße, in dem eine wachsende Zahl von Ländern auf aktive Arbeitsmarktmaßnahmen setzte, gewannen neben den Barleistungen auch die Sachleistungen an Bedeutung. Sehr häufig sind Bar- und Sachleistungen miteinander verbunden.

Diese neue Situation verursacht zahlreiche Probleme – Probleme bei der Frage des Anspruchs auf Leistungen, Verwaltungsprobleme und vor allem das Problem beim Zugang von Ausländern zu diesen Leistungen und beim Bezug der Leistungen im Ausland.

DIE AUSWIRKUNGEN DER ARTIKEL 12, 18, 39 UND 43 DES EG-VERTRAGS AUF DIE KOORDINIERUNG DER SYSTEME DER SOZIALEN SICHERHEIT ⁽⁵²⁵⁾

Eleanor Spaventa

*Universität Durham und Durham European Law Institute
(Vereinigtes Königreich)*



Dr. Eleanor Spaventa ist Professorin der Jurisprudenz an der Universität Durham und Leiterin des Durham European Law Institute. Davor war sie in unterschiedlichen Positionen an der Universität Birmingham (2004-2006) und an der Universität Cambridge (2000-2004) beschäftigt. Die Forschungsschwerpunkte von Dr. Spaventa, zu denen sie bereits viel veröffentlicht hat, sind Freizügigkeitsrecht, Unionsbürgerschaft, Verfassungsrecht der EG und EU, Terrorismusbekämpfung in der EU und die dritte Säule. Sie ist Autorin von *Free movement of workers: Barriers to movement in their constitutional context* (Kluwer 2007). Zusammen mit Michael Dougan hat sie *EU and Social Welfare* (Hart Publishing 2004) herausgegeben, und sie ist Koautorin von *Wyatt and Dashwood's EU law* (Sweet and Maxwell 2006). Im Jahr 2009/10 ist sie Professorin für Europarecht am College of Europe in Natolin. (*)

I. EINLEITUNG

In diesem Beitrag möchten wir analysieren, in welcher Form sich die Interpretation der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft und die Neuinterpretation des Rechts auf Freizügigkeit durch den Europäischen Gerichtshof auf die Systeme der sozialen Sicherheit auswirken. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf dem Zusammenhang mit dem Sekundärrecht, mit dem nationale Bestimmungen zu Sozialleistungen koordiniert werden. ⁽⁵²⁶⁾

Bevor wir eine kritische Einschätzung der Auswirkungen der Freizügigkeitsbestimmungen auf die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und allgemein auf die Zugänglichkeit von Sozialleis-

tungen vornehmen können, müssen wir uns die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung in Bezug auf das Recht auf Freizügigkeit vor Augen führen.

Seit den 1970er Jahren, als die Freizügigkeitsbestimmungen in Kraft traten, hat der EuGH einen zweiphasigen Test erarbeitet, mit dem sich die Vereinbarkeit nicht direkt diskriminierender nationaler Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht überprüfen lässt. Erstens muss eine nationale Regelung in den Bereich der relevanten Bestimmung des Vertrags fallen, und zweitens muss die Regelung gerechtfertigt sein. ⁽⁵²⁷⁾ Gerechtfertigt ist eine Regelung nur dann, wenn mit ihr ein öffentliches Interesse verfolgt wird, das mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang steht (dies ist immer der Fall, insofern es sich nicht klar um eine protektionistische Regelung handelt), und wenn die Regelung notwendig und angemessen ist.

In der Praxis ist die Prüfung auf Angemessenheit und Notwendigkeit der wichtige Test zur Beurteilung der

⁽⁵²⁵⁾ Mein besonderer Dank geht an Yves Jorens und Michael Couchier für die Organisation der äußerst anregenden Konferenz und an die Teilnehmer, die zu einer sehr lebhaften Diskussion beigetragen haben.

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

⁽⁵²⁶⁾ Es gibt eine Fülle von Literatur zu den Auswirkungen der Unionsbürgerschaft auf sozialrechtliche Bestimmungen, z. B. G. de Búrca (Hrsg.), *EU Law and the Welfare State* (OUP 2005), M. Dougan und E. Spaventa (Hrsg.), *Social Welfare and EU law* (Hart Publishing 2005) und A. Somek, „Solidarity decomposed: being and time in European citizenship“ (2007), *European Law Review*, 787.

⁽⁵²⁷⁾ Zur Rechtsprechung siehe z. B. Rs. 33/74, C. H. M. Van Bisbergen/Be-stuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Slg. 1974, 1299.

Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, falls eine Regelung in den Bereich der Freizügigkeitsbestimmungen fällt. Theoretisch ist es die Aufgabe der nationalen Gerichte, über die Angemessenheit der Regelungen zu entscheiden. In der Praxis ist hieran jedoch häufig der EuGH beteiligt. Da es sich bei der Beurteilung der Angemessenheit insofern um ein wichtiges Instrument handelt, als die Judikative die Möglichkeit erhält, politische Entscheidungen der Legislative auf ihre Legitimität zu prüfen, wurde dem EuGH vorgeworfen, er setze seine eigene Vision des Binnenmarkts auf Kosten der (legitimeren) politischen Entscheidungen der Legislative auf nationaler und europäischer Ebene durch. Diese Kritik nahm Mitte der 90er Jahre zu, nachdem die Definition der Beschränkung der Freizügigkeit deutlich ausgeweitet worden war, damit ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Vertrags fiel.⁽⁵²⁸⁾ Der Anwendungsbereich des Vertrags wurde größer, und der EuGH konnte in immer mehr Gebieten die Angemessenheit nationaler Regelungen prüfen und wurde dadurch zum Schlichter bei Fragen der Legitimität nationaler Regelungen, die nicht diskriminierend waren, sondern bisweilen zentrale politische Entscheidungen hinsichtlich des Umfangs der Marktregulierung oder auch der Organisation der öffentlichen Ausgaben darstellten.⁽⁵²⁹⁾

Die Auswirkungen der neu eingeführten Unionsbürgerschaft, die erst in den späten 1990er Jahren offensichtlich wurden⁽⁵³⁰⁾, sorgten für eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Vertrags: Dieses Mal wurden jedoch keine Marktregeln unter die Lupe genommen, und in der Tat ging es bei vielen Regelungen um den Zugang zu Sozialleistungen.

⁽⁵²⁸⁾ Die Entwicklung hin zu einer Rechtsprechung gegen diskriminatorische Beschränkungen wurde zum ersten Mal in der Rs. C-76/90, M. Säger/Dennemeyer & Co. Ltd, Slg. 1991, I-4221, im Zusammenhang mit dem freien Verkehr von Dienstleistungen deutlich, und wurde dann in der Rs. C-55/94, Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Slg. 1995, I-4165, auf die Niederlassungsfreiheit und in der Rs. C-415/93, Union Royal Belge des Sociétés de Football Association ASBL/Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, I-4921, auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ausgedehnt.

⁽⁵²⁹⁾ Siehe beispielsweise die Rechtsprechung zur Möglichkeit der Rückforderung von im Ausland in Anspruch genommenen Leistungen des Gesundheitssystems, Rechtssache C-157/99, B. S. M. Geraets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ und Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Slg. 2001, I-5473, und die detailliertere Erläuterung im weiteren Verlauf.

⁽⁵³⁰⁾ Seit dem Urteil in der Rechtssache C-85/96, M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern, Slg. 1998, I-2691.

gen.⁽⁵³¹⁾ Des Weiteren wurden einige Regelungen geprüft, die das Ergebnis einer korrekten Umsetzung von EG-Sekundärrecht darstellten und damit Ausdruck des politischen Willens auf höchster Ebene waren.⁽⁵³²⁾ Aufgrund dieser Rechtsprechung wurde dem Gerichtshof vorgeworfen, er versuche auf eigene Faust und ohne politische Rückendeckung einen transnationalen Bereich der sozialen Sicherheit zu schaffen, in dem die Bürger der Union eine Teilverantwortung für das Schicksal anderer Unionsbürger aus anderen Nationen übernehmen müssten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung des vergangenen Jahrzehnts eher als Revolution oder als Evolution zu verstehen ist, denn obwohl sie für viele Beobachter überraschend ausfiel, stand sie im Einklang mit der tiefgreifenden Integration, die für die Förderung, wenn nicht sogar Etablierung, einer noch engeren Union der europäischen Völker notwendig ist.⁽⁵³³⁾

In meinem Beitrag gehe ich auf die relevante Rechtsprechung ein und beleuchte die Auswirkungen der Bestimmungen zu Freizügigkeit und Unionsbürgerschaft auf die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und auf den Zugang zu Sozialleistungen. Dabei gehe ich insbesondere auf die Spannung zwischen den Primärbestimmungen des Vertrags in der Auslegung durch den Gerichtshof auf der einen und dem Sekundärrecht [insbesondere Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Richtlinie 2004/38/EG] auf der anderen Seite ein.⁽⁵³⁴⁾ Ich werde auf diese Prob-

⁽⁵³¹⁾ Z. B. Rs. C-85/96, M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern, Slg. 1998, I-2691, und Rs. C-184/99, R Grzelczyk/Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Slg. 2001, I-6193.

⁽⁵³²⁾ Z. B. Rs. C-413/99, Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department, Slg. 2002, I-7091, in Bezug auf die Anforderungen, die wirtschaftlich inaktive Bürger zur Erlangung des Niederlassungsrechts erfüllen müssen, und Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119, in Bezug auf Darlehen zur Finanzierung von Unterhaltskosten.

⁽⁵³³⁾ Siehe die Präambel zum EG- und zum EU-Vertrag.

⁽⁵³⁴⁾ Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates zur Anwendung von Sozialversicherungsprogrammen auf Angestellte, Selbständige und Familienmitglieder bei einem Umzug innerhalb der Gemeinschaft (in der aktuellen Fassung). Konsolidierte Fassung 1997 (ABl. L 28 vom 30.1.1997, S. 1, und http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1971/en_1971R1408_do_001.pdf); die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wird aufgehoben, sobald die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1) in Kraft tritt; Richtlinie 2004/38/EG zu den Rechten der Unionsbürger und ihrer Familienmitglieder auf Freizügigkeit innerhalb des gesamten Gebiets der Mitgliedstaaten (ABl. L 229 vom 29.6.2004, S. 35) (im weiteren Verlauf Richtlinie 2004/38/EG).

leme thematisch statt chronologisch eingehen. Zwei Hauptthemen stehen im Vordergrund: die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Vertrags durch einen „hermeneutischen Trick“ und die zweigleisige Herangehensweise des Gerichtshofs bei der Ausdehnung der individuellen Rechte, ohne die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts der Gemeinschaft infrage zu stellen. Bevor wir uns eingehend mit diesen Fragen beschäftigen, sollten wir uns kurz die Auswirkungen der Unionsbürgerschaft in Erinnerung rufen, insofern diese die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit betreffen.

II. UNIONSbüRGERSCHAFT UND NICHTDISKRIMINIERUNG

Ich habe eben darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof bei der Beurteilung der Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit den Bestimmungen der ökonomischen Freizügigkeit auf eine zweigleisige Herangehensweise setzt: Erstens wird überprüft, ob ein Hindernis vorliegt, aufgrund dessen der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Vertrags fällt, und zweitens wird geprüft, ob ein öffentliches Interesse zur Rechtfertigung der Regelung vorliegt. Hierin enthalten ist eine Prüfung der Angemessenheit. Es steht außer Frage, dass der Gerichtshof bei einer größeren Zahl nationaler Regelungen die Angemessenheit prüfen muss, wenn es eine besonders breite Definition der Beschränkung der Freizügigkeit gibt. Dennoch mussten die Kläger bis Ende der 90er Jahre eine (wenn auch schwache) Verbindung zu einem wirtschaftlichen Sachverhalt nachweisen, um in den Anwendungsbereich der Freizügigkeitsbestimmungen zu gelangen.⁽⁵³⁵⁾ Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft ist diese Verbindung nicht mehr erforderlich. Ein Migrations-Sachverhalt (falls über-

haupt)⁽⁵³⁶⁾ reicht nach Artikel 18 EG aus, damit der Vertrag Anwendung findet.⁽⁵³⁷⁾ Darüber hinaus kann sich der Kläger, sobald er sich im Anwendungsbereich des Vertrags befindet, auf das in Artikel 12 EG verbriefte allgemeine Verbot der Diskriminierung aufgrund der Nationalität berufen.⁽⁵³⁸⁾ Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Nationalität wird sehr weit ausgelegt. Es bezieht sich nicht nur auf die direkte, sondern auch auf die indirekte Diskriminierung, insbesondere auf Diskriminierung aufgrund des Wohnsitzes oder der Dauer des Aufenthalts⁽⁵³⁹⁾ sowie aufgrund von Migration⁽⁵⁴⁰⁾.

Es ist klar, dass die Artikel 12 und 18 EG in einem System, in dem das Anrecht auf Sozialleistungen auf Personen, die ihren Wohnsitz im jeweiligen Land haben oder durch ihre Erwerbstätigkeit einen Beitrag leisten, sowie auf Staatsbürger, die keine weitere Verbindung zu ihrem Staat nachweisen müssen, beschränkt ist, einen Angriff auf etablierte sozialrechtliche Anforderungen auf dem Gebiet anderer Mitgliedstaaten darstellen. Da das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und/oder der Freizügigkeit durchgängig so ausgelegt wurde, dass auch der Wohnortwechsel kein Grund für eine Diskriminierung darstellen darf, stellte Artikel 18 EG auch eine Belastung, wenn nicht gar Herausforderung der Regelungen im Hinblick auf die Nichtexportierbarkeit bestimmter Leistungen, ins-

⁽⁵³⁵⁾ Insbesondere schwächte der Gerichtshof die erforderliche wirtschaftliche Verbindung ab, indem er den Beziehern von Dienstleistungen (im Wesentlichen Touristen) die Möglichkeit einräumte, sich in Bezug auf die Inanspruchnahme touristischer Dienstleistungen auf Artikel 12 des EG-Vertrags zu berufen; siehe Rs. 186/87, Cowan/le Trésor Public, Slg. 1989, 195, und Rs. C-45/93, Kommission/Spanien (Eintritt in Museen), Slg. 1994, I-911.

⁽⁵³⁶⁾ Siehe z. B. Rs. C-148/02, Garcia Avello, Slg. 2003, I-11613, wo bereits der bloße Wunsch, zukünftig den Wohnsitz zu verlegen, als hinreichender Sachverhalt betrachtet wurde, oder Rs. C-212/06, Regierung der Französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung/Flämische Regierung, Slg. 2008, I-1683, die durch den Begriff der potenziellen Entmutigung von einem rein nationalen Sachverhalt in den Zuständigkeitsbereich des EuGH fiel, und Rs. C-403/03, Schempp, Slg. 2005, I-6421, wo der Umzug der früheren Ehefrau des Klägers den innergemeinschaftlichen Aspekt des Sachverhalts begründete. Ich habe an anderer Stelle dafür argumentiert, formell auf die Notwendigkeit eines innergemeinschaftlichen Aspekts zu verzichten und damit den Anwendungsbereich des Vertrags auch auf (einige wenige) rein nationale Sachverhalte zu erweitern; siehe E. Spaventa, „Seeing the woods despite the trees? On the scope of Unon citizenship and its constitutional effects“ (2008), 45 *Common Market Law Review* 13.

⁽⁵³⁷⁾ Z. B. Rs. C-224/98. M. N. D’Hoop/Office national d’emploi, Slg. 2002, I-6191.

⁽⁵³⁸⁾ Z. B. Rs. C-85/96, M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern, Slg. 1998, I-2691.

⁽⁵³⁹⁾ Z. B. Rs. C-192/05, Tas-Hagen und Tas, Slg. 2006, I-10451, und Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119.

⁽⁵⁴⁰⁾ Z. B. Rs. C-224/98, M. N. D’Hoop/Office national d’emploi, Slg. 2002, I-6191.

besondere von beitragsunabhängigen Sonderleistungen, dar. ⁽⁵⁴¹⁾ Wie wir im weiteren Verlauf detailliert sehen werden, bedeutet dies nicht, dass die Mitgliedstaaten nun dazu verpflichtet sind, allen Unionsbürgern Leistungen bzw. den Export solcher Leistungen zu gewähren. Vielmehr geht es darum, dass nationale Anforderung für den Bezug von Leistungen nun von der Gemeinschaft und/oder den nationalen Gerichten auf Notwendigkeit und Angemessenheit geprüft werden.

III. PROZESS DER ANALYSE UND REKONSTRUKTION DES GELTUNGSBEREICHS DES VERTRAGS

Wie bereits zuvor erwähnt, hat die Einführung der Unionsbürgerschaft unter anderem dazu geführt, dass es im Gemeinschaftsrecht keinen festen Zusammenhang mehr zwischen der Erwerbstätigkeit und dem Anspruch auf Leistungen gibt. Dies ist insbesondere in Bezug auf Sozialleistungen von Bedeutung, beispielsweise bei Leistungen im Rahmen von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die zuvor auf erwerbstätige Migranten beschränkt waren. Artikel 18 EG eröffnet damit denjenigen, die bislang nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fielen, weil sie nicht erwerbstätig waren oder keine Dienstleistungen erbrachten bzw. erhielten, neue Möglichkeiten. Zu Beginn war jedoch nicht ganz klar, was diese Auslegung von Artikel 18 EG tatsächlich zu bedeuten hatte. Die Mitgliedstaaten hatten daher die legitime Erwartung, dass die Unionsbürgerschaft dazu beitragen würde, den Status quo als primäres Vertragsrecht zu kodifizieren. In dieser Hinsicht sollte nicht vergessen werden, dass vor dem Maastrichter Vertrag drei Richtlinien zur Freizügigkeit von nicht erwerbstätigen Personen verabschiedet wurden. ⁽⁵⁴²⁾ In diesen

Richtlinien wurde das Aufenthaltsrecht auf diejenigen Personen beschränkt, die krankenversichert und wirtschaftlich unabhängig waren und daher keinen Anspruch auf Sozialleistungen hatten. Des Weiteren durften die wirtschaftlich unabhängigen Migranten den Richtlinien zufolge nicht zu einer übermäßigen Belastung angesichts der sozialrechtlichen Bestimmungen des Gastlands werden. ⁽⁵⁴³⁾ Im Gegenzug bezog sich Artikel 18 des EG-Vertrags auf die durch Sekundärrecht auferlegten Beschränkungen und Bedingungen, die nach Absicht der Verfasser einen Schutz gegen potenzielle Ansprüche auf Sozialleistungen im Gastland gewährleisten sollten. Danach stellten die Bestimmungen in den Richtlinien über das Aufenthaltsrecht die in Artikel 18 EG angesprochenen Beschränkungen dar, aufgrund derer nicht erwerbstätige Bürger keinen Anspruch auf Sozialleistungen des Gastlands erhielten.

In der Rechtssache Sala ⁽⁵⁴⁴⁾ entschied sich der Gerichtshof für eine andere Methode der Auslegung und führte einen Prozess der Analyse und Rekonstruktion des Gemeinschaftsrechts durch. ⁽⁵⁴⁵⁾ In dieser Rechtssache ging es um die Rechte einer spanischen Staatsbürgerin, die sich rechtmäßig aufgrund eines bilateralen Abkommens zwischen Deutschland und Spanien (aber nicht aufgrund von Gemeinschaftsrecht) in Deutschland aufhielt. Obwohl Frau Sala das Recht auf Aufenthalt nicht verweigert werden konnte, hatte sie kein Anrecht auf eine Aufenthaltsgenehmigung, die wiederum die Voraussetzung gewesen wäre, bestimmte Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen, beispielsweise das Kindergeld, das ihr exakt wegen der fehlenden Aufenthaltsgenehmigung verweigert wurde. Die Beihilfe fiel in den Anwendungsbereich der Verordnungen (EWG) Nr.

⁽⁵⁴¹⁾ Z. B. Rs. C-192/05, Tas-Hagen und Tas, Slg. 2006, I-10451.

⁽⁵⁴²⁾ Richtlinie 90/364/EWG des Rates über das Aufenthaltsrecht (ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 26); Richtlinie 90/365/EWG des Rates über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen (ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 28); Richtlinie 93/96/EG des Rates über das Aufenthaltsrecht der Studenten (ABl. L 317 vom 18.12.1993, S. 59).

⁽⁵⁴³⁾ Artikel 1 der Richtlinie 90/364/EWG des Rates über das Aufenthaltsrecht (ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 26); Artikel 1 der Richtlinie 90/365/EWG des Rates über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen (ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 28); Artikel 1 der Richtlinie 93/96/EG des Rates über das Aufenthaltsrecht der Studenten (ABl. L 317 vom 18.12.1993, S. 59).

⁽⁵⁴⁴⁾ Rs. C-85/96, M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern, Slg. 1998, I-2691.

⁽⁵⁴⁵⁾ Zum Urteil in der Rechtssache Sala siehe S. O'Leary, „Putting flesh on the bones of European Union citizenship“ (1999), 24 *European Law Review*, 68; J. Shaw und S. Fries, „Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice“ (1998), 4 *European Public Law*, 533.

1408/71 ⁽⁵⁴⁶⁾ und (EWG) Nr. 1612/68 ⁽⁵⁴⁷⁾, und das Erfordernis einer Aufenthaltsgenehmigung verstieß gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, da deutsche Staatsbürger eine solche Genehmigung nicht vorweisen mussten. Da nicht zweifelsfrei feststand, ob Frau Sala als Arbeitnehmerin, die in den Anwendungsbereich der Verordnung oder des Artikels 39 EG gefallen wäre, betrachtet werden könnte, stellte sich die Frage, ob die Situation dennoch aufgrund der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft in den Anwendungsbereich des Vertrags fallen würde und ob Artikel 12 EG anwendbar wäre.

Nach Auffassung des Gerichtshofs fiel Frau Sala als Unionsbürgerin in den persönlichen Geltungsbereich des Vertrags; das Gericht stellte zudem fest, dass die fragliche Leistung in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags fällt, da sie zum Anwendungsbereich der Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 1612/68 gehört. Da die Leistung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts und Frau Sala in den persönlichen Geltungsbereich des Vertrags fällt, fand Artikel 12 EG Anwendung, und Frau Sala wurde das Anrecht auf Leistungen zugesprochen.

Das Urteil in der Rechtssache Sala ist knapp formuliert und daher nicht leicht verständlich. Für unsere Zwecke interessant ist jedoch die Argumentation des Gerichtshofs in Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags. Diese kann nämlich zumindest als spitzfindig, wenn nicht gar als völlig verdreht betrachtet werden. Betrachten Sie in diesem Zusammenhang Folgendes: Die Tatsache, dass die Leistungen für die Kindererziehung in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, ist keine Neuerung. Nach Gemeinschaftsrecht hat jedoch nur eine bestimmte, im Sekundärrecht festgelegte Kategorie von Personen Anspruch auf Gleichbehandlung in Bezug auf diese Leistungen. Mit anderen Worten scheint es so zu sein, dass vor dem Urteil in der Rechtssache Sala beide Bedingungen [persönlicher Geltungsbereich gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Verordnung (EWG)

Nr. 1612/68 oder Artikel 39 und sachlicher Anwendungsbereich] gleichzeitig erfüllt sein mussten.

Beim Urteil in der Rechtssache Sala analysiert der Gerichtshof jedoch, wie der sachliche Anwendungsbereich und der persönliche Geltungsbereich ausgelegt werden müssen: Im Ergebnis bedeutet dies, dass nicht mehr beide Bedingungen in Bezug auf die gleiche Rechtsvorschrift erfüllt sein müssen. Die beiden Bedingungen können getrennt voneinander betrachtet werden, und wenn der Sachverhalt in den Bereich der Bestimmungen des EG-Vertrags, insbesondere des Artikels 18, fällt, kann Gleichbehandlung in Bezug auf alle jemals im Gemeinschaftsrecht erwähnten Leistungen eingefordert werden, selbst wenn die Rechtsvorschrift die klare Absicht enthält, den Kreis der Leistungsbezieher einzuschränken und daher sämtliche anderen Personengruppen von der Einforderung der Gleichbehandlung auszuschließen.

Die Auswirkungen der Unionsbürgerschaft auf Ansprüche aus Systemen der sozialen Sicherheit sind damit sehr groß, da sich die Zahl der potenziellen Leistungsbezieher, die sich bei Sozialleistungen auf Gleichbehandlung durch das Gastland berufen können, enorm erhöht. Dennoch unterscheidet sich der Bezug auf die Artikel 18 und 12 EG vom Bezug auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Die beiden Wege führen nicht zwangsläufig zum gleichen Ergebnis: Eine indirekte Diskriminierung kann gerechtfertigt sein. Die durch Artikel 18 und 12 EG gewährten Rechte können daher, zumindest theoretisch, eingeschränkter sein als die Rechte, die sich aus Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ergeben. Wenn ein Kläger das Gericht davon überzeugt, dass er in den persönlichen Geltungsbereich und in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung fällt, befindet er sich unter Umständen in einer deutlich besseren Position als unter Artikel 18 EG. ⁽⁵⁴⁸⁾

⁽⁵⁴⁶⁾ Familienleistung nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h.

⁽⁵⁴⁷⁾ Sozialleistung nach Artikel 7 Absatz 2.

⁽⁵⁴⁸⁾ Dies hängt sehr stark davon ab, wie die konkrete Klage lautet. In bestimmten Fällen kann eine indirekte Diskriminierung auch in Bezug auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gerechtfertigt sein; in Fällen wie der Exportierbarkeit von Leistungen oder der Möglichkeit, Leistungen des Gesundheitswesens im Ausland in Anspruch zu nehmen, gewährt die Verordnung bestimmte „Rechte“, von denen die Mitgliedstaaten nicht abweichen können (siehe die folgende Diskussion).

Dieser Prozess der Analyse und Rekonstruktion ist auch in anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere im Bildungsbereich, offensichtlich. Es sei daran erinnert, dass die „Studentenrichtlinie“ das Recht ausländischer Studenten auf Unterhaltszuschüsse des Gastlands ausschloss⁽⁵⁴⁹⁾ und dass, wie auch in den anderen Richtlinien über das Aufenthaltsrecht, die Studenten ausreichende Mittel nachweisen müssen, damit sie dem Sozialsystem des Gastlands nicht zur Last fallen. In einer Reihe von Fällen, an deren Beginn die Rechtssache Grzelczyk⁽⁵⁵⁰⁾ stand, wendete der Gerichtshof die Argumentation aus der Rechtssache Sala auch auf Studenten an.

Der Kläger, ein französischer Student in Belgien, stellte einen Antrag auf Minimex, die soziale Grundversicherung, um sich in seinem letzten Jahr an der Universität ausschließlich auf das Studium konzentrieren zu können. Die Auszahlung der Leistung wurde Herrn Grzelczyk mit der Begründung verweigert, er sei kein „Arbeitnehmer“ gemäß Gemeinschaftsrecht und könne sich daher nicht auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 berufen. Nach Auffassung des Gerichtshofs fiel der Kläger jedoch aufgrund der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft sehr wohl in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Im Einklang mit dem Urteil in der Rechtssache Sala wurde ihm die Gleichbehandlung beim Bezug von Sozialleistungen, einschließlich des Minimex, zugestanden. Zur Umgehung der durch Sekundärrecht bedingten Beschränkungen argumentierte der Gerichtshof, dass der ausdrückliche Ausschluss ausländischer Studenten von Unterhaltszuschüssen in Richtlinie 93/96/EWG nicht automatisch auch den Ausschluss von sonstigen Sozialleistungen bedeute.

Das Urteil in der Rechtssache Grzelczyk bestätigte insofern das Urteil in der Rechtssache Sala, als geklärt wurde, dass EU-Bürger mit rechtmäßigem Wohnsitz auf der Grundlage von Artikel 12 EG unabhängig von

den Beschränkungen durch das Sekundärrecht der Gemeinschaft Sozialleistungen beantragen können. In der Rechtssache Grzelczyk wurde jedoch auch das Urteil in der Rechtssache Sala relativiert, weil der Gerichtshof das Argument anerkannte, dass die Bürger durch eine übermäßige Inanspruchnahme der Leistungen aus dem Sozialsystem den Aufnahmemitgliedstaat „über Gebühr belasten“ würden und dass der Mitgliedstaat dazu berechtigt sei, das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers zu beenden.⁽⁵⁵¹⁾ Diese Konzession an die Sorgen der Mitgliedstaaten in Bezug auf eine übermäßige Inanspruchnahme von Sozialleistungen ist jedoch deutlich eingeschränkter, als es auf den ersten Blick scheint: Erstens klärt der Gerichtshof nicht, wann ein Bürger zur „Belastung über Gebühr“ wird. Da in solchen Fällen immer der Grundsatz der Angemessenheit gilt, würde ein einmaliger Antrag definitiv nicht ausreichen, um das Aufenthaltsrecht des Bürgers und somit sein Recht auf Sozialleistungen zu verwirken.⁽⁵⁵²⁾ Zweitens führt diese Rechtsprechung dazu, dass der nationale administrative Rahmen für die Inanspruchnahme von Sozialleistungen deutlich komplizierter wird: Unionsbürgern, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, können Sozialleistungen nicht mehr ausschließlich aufgrund mangelnder Erwerbstätigkeit vorenthalten werden. Wie in weiteren Urteilen geklärt⁽⁵⁵³⁾, müssen die Verwaltungsbehörden den Antrag daraufhin prüfen, ob die Belastung des nationalen Sozialsystems „verhältnismäßig“ bzw. „unverhältnismäßig“ ist, d. h., die Verwaltungsbehörden müssen eine Bewertung hinsichtlich bestimmter Umstände des jeweiligen Antragstellers durchführen. Außerdem gibt der Gerichtshof nicht an, ob das Konzept der „Verhältnismäßigkeit“ in Bezug auf die Belastung für das öffentliche Budget durch den einzelnen Antrag – wohl kaum mit Aussicht auf Erfolg – oder durch den potenziellen kumulativen

⁽⁵⁴⁹⁾ Artikel 3 der Richtlinie 93/96/EG des Rates über das Aufenthaltsrecht von Studenten (ABl. L 317 vom 18.12.1993, S. 59).

⁽⁵⁵⁰⁾ Rs. C-184/99, R Grzelczyk/Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Slg. 2001, I-6193.

⁽⁵⁵¹⁾ Rs. C-184/99, R Grzelczyk/Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Slg. 2001, I-6193, Randnr. 42.

⁽⁵⁵²⁾ Dieser Grundsatz ist inzwischen in Artikel 14 Absatz 3 der Richtlinie 2004/38/EG kodifiziert.

⁽⁵⁵³⁾ Siehe z. B. Rs. C-413/99, Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department, Slg. 2002, I-7091, obwohl es in dieser Rechtssache um das Aufenthaltsrecht und nicht um die Inanspruchnahme von Leistungen ging, und Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119.

Effekt bei der Inanspruchnahme durch mehrere Bürger geprüft werden soll.

Der expansive Effekt der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft setzt sich in der weiteren Rechtsprechung des Gerichtshofs fort. In der Rechtssache Bidar⁽⁵⁵⁴⁾ beantragte ein französischer Staatsbürger, der in Großbritannien studierte, ein Darlehen zur Finanzierung der Unterhaltskosten, der mit der Begründung abgelehnt wurde, er sei im Sinne der Bestimmungen des zutreffenden Gesetzes nicht dauerhaft in Großbritannien ansässig.⁽⁵⁵⁵⁾ Zur Erinnerung: Gemäß Richtlinie 93/96/EWG haben ausländische Studenten kein Anrecht auf Unterhaltszuschüsse oder Darlehen des Gastlands. Der Gerichtshof entschied jedoch, dass auf Herr Bidar nicht die Studentenrichtlinie, sondern die allgemeine Aufenthaltsrichtlinie 90/364/EWG zutrifft, da er bereits in Großbritannien ansässig gewesen sei, bevor er sein Universitätsstudium antrat. Die allgemeine Richtlinie schließe die Zahlung von Unterhaltszuschüssen nicht explizit aus. Darüber hinaus stellte der Gerichtshof fest, dass die Unterhaltszuschüsse nach der Verabschiedung der Richtlinie 2004/38/EG in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fielen (auch wenn diese Richtlinie zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht in Kraft war). Es sollte jedoch berücksichtigt werden, dass die Richtlinie das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Unterhaltszuschüsse für nicht erwerbstätige Migranten so lange ausschließt, bis diese das Recht auf einen dauerhaften Wohnsitz erworben haben.⁽⁵⁵⁶⁾ Dennoch befand der Gerichtshof, dass die Zuschüsse – weil sie Arbeitnehmern und deren Familienmitgliedern sowie allen Personen mit stän-

digem Wohnsitz in Großbritannien zustehen – in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen und dass daher gemäß dem Urteil in der Rechtssache Sala Artikel 12 EG gilt.

Einige Aspekte des Urteils in der Rechtssache Bidar sind zwar kürzlich anders entschieden worden.⁽⁵⁵⁷⁾ Für unsere Zwecke ist jedoch die Begründung der Entscheidung von besonderem Interesse. Der Prozess der Analyse und Rekonstruktion ähnelt dem in der Rechtssache Sala: Der Ausschluss einer Person von Leistungen, die nur „einigen“ Bürgern gewährt werden, betrifft nicht deren Rechte nach den primären Bestimmungen des Vertrags. Des Weiteren ist ein Vergleich der Rechtssachen Grzelczyk und Bidar unter Umständen hilfreich beim Verständnis des Wunschs des Gerichtshofs, hermeneutische Instrumente teleologisch einzusetzen, wobei der Telos bzw. Zweck darin besteht, die Bürger nicht nur in das Gastland, sondern auch in dessen Sozialgemeinschaft zu integrieren. Beachten Sie, wie effektiv der Gerichtshof über das Sekundärrecht das gewünschte Ergebnis erzielt: Herr Grzelczyk hat Anspruch auf Minimex-Zahlungen, da die Studentenrichtlinie diesen Anspruch nicht explizit ausschließt; und Herr Bidar, der ebenfalls Student ist, kann über die allgemeine Aufenthaltsrichtlinie den expliziten Ausschluss seines Anrechts auf Unterhaltszuschüsse aus der Studentenrichtlinie umgehen.

Die gleiche expansive Herangehensweise findet sich auch in der Rechtssache Collins.⁽⁵⁵⁸⁾ Herr Collins, ein irischer Staatsangehöriger, zog zur Arbeitssuche nach Großbritannien und beantragte weniger als eine Woche nach seiner Ankunft einen Zuschuss für Arbeitssuchende. Dieser Zuschuss wurde abgelehnt, weil Herr Collins „keinen gewöhnlichen Aufenthalt“ in Großbritannien habe. Nach bisheriger Rechtsprechung hatten Arbeitssuchende im Gemeinschaftsrecht nur einen eingeschränkten Status und konnten nicht gemäß Artikel 39 Absatz 2 EG Arbeitslosenun-

⁽⁵⁵⁴⁾ Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119; notiert von C. Barnard (2005), *Common Market Law Review*, 1465; siehe auch M. Dougan, „Fees, grants and dole cheques: who covers the cost of migrant education within the EU?“ (2005), 42 *Common Market Law Review* 943.

⁽⁵⁵⁵⁾ Nach den Bestimmungen der infrage stehenden englischen Regelungen haben nur Personen, die seit mindestens drei Jahren und nicht aufgrund einer Vollzeitausbildung in England ansässig sind, Anspruch auf ein Darlehen zur Finanzierung des Unterhalts. Herr Bidar war seit drei Jahren in England ansässig, besuchte dort jedoch eine Bildungseinrichtung und hatte daher keinen Anspruch auf das Darlehen.

⁽⁵⁵⁶⁾ Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG; nicht erwerbstätigen Migranten wird nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt (d. h., sobald sie das Anrecht auf einen ständigen Wohnsitz erworben haben) eine uneingeschränkte Gleichbehandlung zuteil.

⁽⁵⁵⁷⁾ Urteil vom 18. November 2008 in der Rechtssache C-158/07, Förster (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), siehe Diskussion unten.

⁽⁵⁵⁸⁾ Rs. C-138/02, Collins, Slg. 2004, I-2703.

terstützung beantragen. ⁽⁵⁵⁹⁾ Der Gerichtshof vertrat jedoch die Ansicht, dass es mit der Einführung der Unionsbürgerschaft nicht mehr möglich sei, Leistungen finanzieller Art, die den Zugang zu Beschäftigung im Gastland erleichtern sollen, aus dem Anwendungsbereich von Artikel 39 Absatz 2 EG auszuschließen. Da das Erfordernis des gewöhnlichen Aufenthalts insofern eine indirekte Diskriminierung darstellte, als die Staatsangehörigen des eigenen Lands dieses Erfordernis einfacher erfüllen können, bedurfte es einer speziellen Rechtfertigung. Der Gerichtshof erkannte an, dass das Erfordernis des Aufenthalts dem legitimen Ziel diene, eine enge Verbindung zwischen dem Antragsteller und dem Arbeitsmarkt des Gastlands sicherzustellen. Gemäß dem Grundsatz der Angemessenheit durfte die Aufenthaltsdauer, die als Voraussetzung für eine solche Verbindung gefordert wird, den Zeitraum, den die Behörden notwendigerweise zur Feststellung benötigen, ob der Antragsteller ein echtes Interesse an der Aufnahme von Arbeit hat, nicht überschreiten. Erneut fordert der Gerichtshof von den Mitgliedstaaten, die besonderen Umstände des Antragstellers zu berücksichtigen. Darüber hinaus steht das Urteil des Gerichtshofs erneut im Konflikt mit den Bestimmungen des Sekundärrechts. Insbesondere Richtlinie 2004/38/EG, die zum Zeitpunkt des Urteils verabschiedet, jedoch noch nicht in Kraft getreten war, enthält Bestimmungen, die Arbeitssuchende von der Gleichbehandlung in Bezug auf Sozialleistungen ausschließen. ⁽⁵⁶⁰⁾

Die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft hat erhebliche Auswirkungen auf die Berechtigung zu Sozialleistungen über das im Sekundärrecht zugeordnete Maß hinaus. Besonders interessant für unsere Zwecke ist hierbei der Prozess der Analyse und Rekonstruktion des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft.

⁽⁵⁵⁹⁾ Rs. 316/85, Lebon, Slg. 1987, 2811.

⁽⁵⁶⁰⁾ Zu den Problemen, die sich aus dem Urteil in der Rechtssache Collins ergeben, siehe die Argumentation des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in den verbundenen Rechtssachen C-22/08 und C-23/08, Vatsouras, vom 12. März 2009, in denen zum Zeitpunkt der Niederschrift noch kein Urteil ergangen ist.

Die Sorgfalt, mit der sich die Gesetzgeber um die Beschränkung der potenziellen Bezieher von Sozialleistungen kümmern, hat kaum Auswirkungen auf die Rechte, die die Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht ableiten, oder ist bisweilen sogar kontraproduktiv. ⁽⁵⁶¹⁾

IV. ZWEIFLEISIGE HERANGEHENSWEISE

Wie oben gesehen, verfolgt der Gerichtshof seit der Einführung der Unionsbürgerschaft einen Prozess der Analyse und Rekonstruktion des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts. Dieser Prozess hat erhebliche Auswirkungen auf die Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten gegenüber ausländischen Unionsbürgern haben. Wir haben auch festgestellt, dass der Prozess der Analyse von Bestimmungen des Vertrags und des Sekundärrechts ausgeht und dass die kombinierte Neuauslegung der Bestimmungen dazu führt, dass es Unionsbürgern praktisch unmöglich ist, Sozialleistungen in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen.

Es gibt jedoch noch eine andere Linie der Rechtsprechung, die bei der Analyse der Auswirkungen der primären Bestimmungen des Vertrags auf die Sozialsysteme der Mitgliedstaaten relevant ist: Hierbei handelt es sich um Fälle, in denen nationale Regelungen, in denen Bestimmungen des Sekundärrechts korrekt umgesetzt worden waren, dennoch – zumindest im konkreten Fall – als unvereinbar mit den primären Bestimmungen des Vertrags erklärt wurden. Bei diesen Fällen ging es um den Zugang zu Leistungen der Krankenversicherung eines anderen Staates als dem, in dem der Antragsteller versichert war.

Zur Erinnerung: In Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist unter anderem festgelegt, dass die in einem Mitgliedstaat Versicherten nach erfolgter Genehmigung durch den betroffenen Mitgliedstaat

⁽⁵⁶¹⁾ Siehe auch M. Dougan, „Expanding the frontiers of European Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of the national Member States?“, in C. Barnard und O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law* (Hart Publishing 2008), 119.

dazu befugt sind, in einem anderen Mitgliedstaat Leistungen aus der Krankenversicherung in Anspruch zu nehmen. Gemäß der Verordnung darf diese Genehmigung nicht verweigert werden, wenn die Behandlung zu den Leistungen zählt, die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staats vorgesehen sind, und wenn dort eine Behandlung nicht innerhalb eines in Anbetracht des aktuellen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit der versicherten Person vertretbaren Zeitraums gewährt werden kann.

In einer Reihe von Fällen ⁽⁵⁶²⁾ wurde die durch die Verordnung getroffene Regelung infrage gestellt, da der Gerichtshof die Auffassung vertrat, dass die Antragsteller zwar nicht die in nationalem Recht festgelegten Anforderungen gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfüllten, aber auf die Leistungen dennoch gemäß Artikel 49 EG Anrecht hätten. In der Rechtssache Vanbraekel ⁽⁵⁶³⁾ ging es um eine Krankenhausbehandlung, die von einem Versicherungsträger in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem der Patient versichert war, abgewickelt wurde. Hierbei ging es nicht um die Genehmigung, die nachträglich erteilt wurde, sondern um die Höhe der Erstattung. Gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 haben ausländische Patienten in einem anderen Mit-

gliedstaat das Recht auf die gleiche Behandlung wie die Versicherten im System dieses Mitgliedstaats. Im fraglichen Fall war die Erstattung nach den Bestimmungen des Gastlands weniger vorteilhaft als die Erstattung nach den Bestimmungen des Herkunftslands des Klägers. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass nach Artikel 49 EG eine Erstattung nach den Regeln des Herkunftslands erfolgen muss: Wenn Patienten sowohl in den Anwendungsbereich von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 als auch in den von Artikel 49 EG fallen, können sie die Erstattung nach den für sie günstigeren Regelungen verlangen. Bei Patienten, die nur in den Anwendungsbereich von Artikel 49 EG fallen, weil sie die Bedingungen der Verordnung nicht erfüllen, bleibt die Erstattung immer auf die im Herkunftsland festgelegten Beträge beschränkt. ⁽⁵⁶⁴⁾ Des Weiteren vertrat der Gerichtshof in der Rechtssache Peerbooms ⁽⁵⁶⁵⁾ die Auffassung, dass die im nationalen Recht als Voraussetzung für eine Erstattung der im Ausland anfallenden Kosten für medizinische Behandlung erforderliche Vorabgenehmigung ein Hindernis darstellt, das in den Anwendungsbereich von Artikel 49 EG fällt und daher nicht rechtfertigt werden muss, obwohl Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 diese Vorabgenehmigung fordert. In der Rechtssache Müller-Fauré ⁽⁵⁶⁶⁾ ging der Gerichtshof noch einen Schritt weiter und urteilte, dass im Fall einer Behandlung außerhalb eines Krankenhauses die Vorschrift der Vorabgenehmigung nicht mit Artikel 49 EG vereinbar ist, obwohl diese Vorabgenehmigung in Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vorgesehen ist. In der Rechtssache Watts stellte der Gerichtshof klar, dass Wartelisten kein ausreichender Grund dafür seien, die Genehmigung einer Behandlung im Ausland zu verweigern. ⁽⁵⁶⁷⁾

In all diesen Fällen hat der Gerichtshof nicht die Tatsache infrage gestellt, dass diese nationalen Vor-

⁽⁵⁶²⁾ Die Streitfälle in Bezug auf die Krankenversicherung haben zu einer lebhaften akademischen Debatte geführt; siehe z. B. P. Cabral, „Cross-Border Medical Care in Europe: Bringing Down a First Wall“ (1999), 24 *European Law Review*, 387, A. P. Van der Mei, „Cross-border access to medical care in the European Union – some reflections on the judgments in Decker and Kohl“ (1998), 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 277, M. Fuchs, „Free Movement of Services and Social Services: Quo Vadis?“, (2002) 8 *European Law Journal*, 536, E. Steyger, „National Health Care Systems Under Fire (but not too heavily)“ (1999), 29 *Legal Issues of Economic Integration*, 97, A. P. Van der Mei, „Cross-border access to medical care in the European Union – some reflections on Garaets-Smits and Peerbooms and Vanbraekel“ (2002), 9 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 189, G. Davies, „Welfare as a Service“ (2002), 29 *Legal Issues of Economic Integration*, 27, und V. Hatzopoulos, „Killing the National Health Systems but Healing the Patients? The European market for health care after the judgement of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms“ (2002), 39 *Common Market Law Review* 683, E. Spaventa, „Public Services and European Law: Looking for Boundaries“ (2002-3), 5 *CYELS* 271, T. Hervey, „Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy“ (2002), 8 *European Public Law*, 69, A. Dawes, „Bonjour Herr Doctor: national health care systems, the internal market and cross-border medical care within the European Union“ (2006), 33 *Legal Issues of Economic Integration*, 167, G. Davies, „Competition, Free Movement and Consumers of Public Services“ (2006), 17 *EBL Rev* 95, C. Newdick, „Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity“ (2006), 43 *Common Market Law Review*, 1645.

⁽⁵⁶³⁾ Rs. C-368/98, Abdon Vanbraekel u. a./Alliance nationale des mutualités chrétiennes, Slg. 2001, I-5363.

⁽⁵⁶⁴⁾ Siehe auch Rs. C-385/99, Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, und van Riet/Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, Slg. 2003, I-4509.

⁽⁵⁶⁵⁾ Rs. C-157/99, B. S. M. Garaets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ und Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Slg. 2001, I-5473.

⁽⁵⁶⁶⁾ Rs. C-385/99, Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, und van Riet/Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, Slg. 2003, I-4509.

⁽⁵⁶⁷⁾ Rs. C-372/04, Watts, Slg. 2006, I-4325.

schriften im Einklang mit der Regelung durch Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 stehen. Auch die Regelungen im Zusammenhang mit der Verordnung selbst blieben unangetastet. Dennoch wurden die infrage stehenden nationalen Regelungen als unvereinbar mit Artikel 49 EG gewertet. Es stellt sich daher die Frage, wie sich die Vereinbarkeit der durch die Verordnung festgelegten Regelungen, auf deren Grundlage die Vorschrift der Vorabgenehmigung fußt, mit der Rechtsprechung des Gerichts bewerkstelligen lässt. Es wäre schließlich anzunehmen, dass Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ebenso als unvereinbar mit den primären Bestimmungen des Vertrags angesehen werden müsste, wenn die Vorschrift zur Vorabgenehmigung die Freizügigkeit behindert und aufgrund der Bestimmungen von Artikel 49 rechtfertigt werden muss und wenn in bestimmten Fällen auch eine Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht festgestellt wird.⁽⁵⁶⁸⁾

Die Diskrepanz, die auf ähnliche Weise auch bei den Anforderungen für die Gewährung des Aufenthaltsrechts im Kontext der Unionsbürgerschaft gilt, lässt sich also nur schwer in Worte fassen. Nach dem Urteil in der Rechtssache Baumbast⁽⁵⁶⁹⁾ argumentierte ich gemeinsam mit Michael Dougan dahin gehend, dass der Gerichtshof eine zweigeteilte Auslegung der Beziehung zwischen dem Primär- und dem Sekundärrecht in Bezug auf die Unionsbürgerschaft ins Spiel bringt.⁽⁵⁷⁰⁾ Die in den drei Richtlinien zum Aufenthaltsrecht und nun in der Richtlinie 2004/38/EG formulierten Grundrechte bilden damit die Grundla-

ge der Rechte, die den Unionsbürgern zustehen. Bürger, die diese Anforderungen erfüllen, haben automatisch ein Aufenthaltsrecht. Dies gilt auch in Bezug auf die Inanspruchnahme von Krankenversicherungsleistungen im Ausland nach Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (und wahrscheinlich auch in Bezug auf viele, wenn nicht sogar alle in der Verordnung gewährte Rechte): Falls den Patienten eine Vorabgenehmigung erteilt wurde bzw. die Patienten die Anforderungen für diese Vorabgenehmigung erfüllen, haben sie das Recht, bei Reisen in andere Mitgliedstaaten die gleichen Leistungen in Anspruch zu nehmen, als wären sie in diesem Mitgliedstaat versichert. Wenn die im Sekundärrecht der Gemeinschaft, also in der Richtlinie 2004/38/EG bzw. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 definierten grundlegenden Anforderungen nicht erfüllt werden, haben die Bürger unter Umständen die Möglichkeit, ihre Rechte über das Primärrecht, das gleichzeitig eingeschränkter und weiter gefasst ist als das Sekundärrecht, geltend zu machen. Es ist weiter gefasst, weil es deutlich über die Bestimmungen des Sekundärrechts hinausgeht, aber es ist auch beschränkter, weil hierbei eine Bewertung der tatsächlichen Umstände und der Frage, ob eine Verweigerung des Rechts ein gerechtfertigtes und angemessenes Mittel des Mitgliedstaats ist, vorgenommen wird. Die Tatsache, dass wir das Sekundärrecht und die primären Bestimmungen des Vertrags praktisch als untere und obere Grenze der im Gemeinschaftsrecht gewährten Rechte betrachten müssen, wurde indirekt durch das oben erwähnte Urteil in der Rechtssache Vanbrekael bestätigt. Hier vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass Patienten, die in den Anwendungsbereich von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen, zwischen der dort festgelegten Erstattung (d. h. des Gastlands) und der Erstattung nach Artikel 49 EG (d. h. des Herkunftslands) entscheiden können.

Diese durch die Rechtsprechung etablierte zweigleisige Herangehensweise kann als Weiterentwicklung etablierter Grundsätze in Bezug auf den freien Personenverkehr betrachtet werden – ganz gleich, wie sehr sich die Mitgliedstaaten auch dagegen sträuben mögen, denn diese sehen neue finanzielle Ver-

⁽⁵⁶⁸⁾ Die Kommission hat einen Entwurf vorgelegt, mit dem die Rechtsprechung zu Bestimmungen über die Gesundheitsversorgung in einer Richtlinie kodifiziert werden soll. Siehe den Entwurf für eine Richtlinie über Patientenrechte, KOM(2008) 414 endg.; der Entwurf wurde am 23. April 2009 in geänderter Form vom Europäischen Parlament verabschiedet.

⁽⁵⁶⁹⁾ Siehe Rs. C-413/99, Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department, Slg. 2002, I-7091.

⁽⁵⁷⁰⁾ M. Dougan und E. Spaventa, „Educating Rudy and the (non-)English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC“ (2003), 28 *European Law Review*, 699; siehe auch M. Dougan, „The constitutional dimension to the case law on Union citizenship“ (2006), 31 *European Law Review*, 613, und E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union – Barriers to movement in their constitutional context*, Kluwer Law International, 2007, insbesondere Kapitel 6 und 7, sowie E. Spaventa, „Seeing the woods despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects“ (2008), 45 *Common Market Law Review* 13.

pflichtungen auf sich zukommen, die zu allem Überfluss aus ihrer Sicht häufig eine Umgehung sorgfältig austarierter politischer Kompromisse darstellen. Seit den 1970er Jahren hat der Gerichtshof deutlich gemacht, dass direkt aus dem Vertrag abgeleitete Rechte durch Sekundärrecht konkretisiert werden können, aber nicht per se durch die Rechtsprechung „etabliert“ werden. ⁽⁵⁷¹⁾ In diesem Licht betrachtet wirkt die Rechtsprechung eventuell weniger überraschend. Der Gerichtshof hat im Sekundärrecht festgelegte Beschränkungen nie als endgültig betrachtet. Sie sind zwar per se legitim, da sie einem offensichtlich legitimen öffentlichen Interesse der politischen Institutionen folgen, aber sie sind nicht das letzte Wort bei der Auslegung der primären Bestimmungen des Vertrags durch den Gerichtshof (auch wenn sie gewiss bei der Auslegung berücksichtigt werden). In welchen Grenzen die vertraglich gewährten Rechte gelten, ist letztlich allein Sache des Gerichtshofs. Das Sekundärrecht verleiht diesen Rechten lediglich Wirksamkeit. Wie bei Verfassungsrechten entwickelt sich der Inhalt der Vertragsbestimmungen mit der Zeit weiter. Die grundlegenden Bestimmungen unterliegen dabei einer weniger ausgeprägten Dynamik. Die zweigleisige Herangehensweise ist aus verfassungsrechtlicher Sicht also absolut sinnvoll, auch wenn dies in der Politik etwas anders gesehen wird.

V. DIE EXPORTIERBARKEIT VON LEISTUNGEN ÜBER DIE BESTIMMUNGEN DER VERORDNUNG (EWG) NR. 1408/71 HINAUS

Die zweigleisige Herangehensweise mit dem Sekundärrecht auf der einen und dem Vertrag auf der anderen Seite hat erhebliche Auswirkungen auf das Recht zum über die Bestimmungen der Verordnung

(EWG) Nr. 1408/71 hinausgehenden Export von Leistungen. Die Kombination aus dem Recht auf Freizügigkeit gemäß Artikel 18 EG und der vom Gerichtshof beschlossenen technischen Auslegung (zweigleisige Herangehensweise und Herangehensweise in Anlehnung an die Rechtssache Sala) bedeutet eine Infragestellung der Aufenthaltsvorschrift in Bezug auf die von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 abgedeckten Leistungen, und zwar sogar dann, wenn diese Vorschrift selbst mit der Verordnung im Einklang stünde. Es sei noch einmal gesagt, dass die Übereinstimmung einer Beschränkung mit den im Sekundärrecht festgelegten Regelungen noch nicht zwangsläufig eine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht bedeutet.

In der Rechtssache De Cuyper musste das Problem einer Aufenthaltsvorschrift im Zusammenhang mit der Zahlung von Arbeitslosenunterstützung geklärt werden. ⁽⁵⁷²⁾ Herr De Cuyper bezog eine derartige Leistung vom belgischen Staat. Als Über-Fünfzigjähriger war er von den lokalen Kontrollverfahren ausgenommen. Die Inanspruchnahme der Leistung war jedoch an seinen Aufenthalt in Belgien gekoppelt. Bei einer Untersuchung fanden die Behörden heraus, dass Herr De Cuyper in Frankreich wohnte. Daraufhin wurde die Zahlung der Leistungen eingestellt, und Herr De Cuyper wurde aufgefordert, die Summe, die er während seines Aufenthalts in Frankreich bezogen hatte, zurückzuzahlen. Herr De Cuyper argumentierte, dass die Aufenthaltsvorschrift eine Einschränkung seines in Artikel 18 EG gewährten Rechts auf Freizügigkeit innerhalb der EU darstelle. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass die fragliche Leistung in der Tat eine Arbeitslosenunterstützung darstelle, die nach den Bestimmungen von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 an den Aufenthalt in dem Staat, der die Leistung zahlt, geknüpft werden kann. ⁽⁵⁷³⁾ Der Gerichtshof stellte jedoch auch fest, dass die Aufenthaltsvorschrift eine Einschränkung des Rechts der EU-Bürger auf Freizügig-

⁽⁵⁷¹⁾ Beispiele hierfür sind die Auslegung der Abweichung von den guten Sitten und die Tatsache, dass im Sekundärrecht geforderte Dokumente ein bloßer Beleg, nicht aber konstitutiver Bestandteil des fraglichen Rechts sind. Siehe z. B. Rs. C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX) ASBL/Belgien*, Slg. 2002, I-6591.

⁽⁵⁷²⁾ Rs. C-406/04, *De Cuyper*, Slg. 2006, I-6947; siehe auch M. Cousins, „Citizenship, Residence and Social Security“ (2007), *European Law Review*, 386.

⁽⁵⁷³⁾ Siehe die in Artikel 69 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 formulierten Bedingungen.

keit darstelle und diese Vorschrift daher in den Anwendungsbereich des Artikels 18 EG falle, auch wenn sie gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zulässig sei. Folglich müsse die Vorschrift gerechtfertigt sein, d. h. ein legitimes Interesse verfolgen und für die Erreichung dieses Ziels angemessen und notwendig sein. Im fraglichen Fall wurde die Vorschrift des Aufenthalts in Belgien als gerechtfertigt betrachtet, da die Behörden in der Lage sein mussten, die gesetzlichen Bedingungen für die Gewährung der Leistung zu überprüfen. ⁽⁵⁷⁴⁾

Die Tatsache, dass die Aufenthaltsvorschrift in diesem Fall gerechtfertigt war, sollte nicht von der Bedeutung des Urteils ablenken. Wie bereits in den Rechtssachen im Zusammenhang mit Leistungen der Krankenversicherung und in den Fällen rund um das Thema Unionsbürgerschaft gesehen, bewahrt die Autorisierung einer bestimmten Vorgehensweise durch Sekundärrecht seitens des Mitgliedstaats die nationalen Regelungen nicht vor einer eingehenden Untersuchung. Ob nun die Aufenthaltsvorschrift beim Bezug von beitragsunabhängigen Leistungen gerechtfertigt ist, hängt sehr stark von den Bedingungen des jeweiligen Einzelfalls ab. Diese Art der Rechtsprechung führt bisweilen zu praktischen Problemen. Die Behörden, die die Anträge auf Leistungen der sozialen Sicherheit bearbeiten, sind mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Ansprüchen und der Vermeidung von Leistungsmissbrauch bereits stark ausgelastet. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs erhöht die Komplexität der Aufgabe zusätzlich, da die Regelungen nicht nur im abstrakten Fall, sondern auch unter Berücksichtigung der konkreten Fakten des fraglichen Falls angemessen sein müssen. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Rechtssache Hendrix. ⁽⁵⁷⁵⁾ In diesem Fall ging es um eine Leistung für behinderte Jugendliche. Die Leistung war ein

Zuschuss zum Einkommen der behinderten Person, die im Rahmen eines Programms der niederländischen Regierung eine geringer entlohnte Stelle angetreten hatte. Herr Hendrix erhielt diesen Zuschuss, bis er seinen Wohnsitz von den Niederlanden nach Belgien verlegte.

Im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 klassifizierte der Gerichtshof die Leistung als beitragsunabhängige Sonderleistung, und es sei legitim, diese Leistung auf Personen zu beschränken, die im jeweiligen Hoheitsgebiet ansässig sind. ⁽⁵⁷⁶⁾ Der Gerichtshof stellte jedoch ebenso fest, dass Herr Hendrix als Wanderarbeitnehmer, der in den Anwendungsbereich von Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und Artikel 39 EG fällt, zu klassifizieren sei. Des Weiteren vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass die fragliche Leistung als „sozialer Vorteil“ betrachtet werden könne und dass sich Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 explizit nicht auf Regelungen nach Artikel 42 [einschließlich Verordnung (EWG) Nr. 1408/71] bezieht. Der Gerichtshof unterstrich jedoch auch, dass Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 der konkrete Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes aus Artikel 39 Absatz 2 EG sei und daher gleich ausgelegt werden solle. Aus diesem Grund müsse die Aufenthaltsvorschrift gerechtfertigt und für die Erreichung des gesetzten Ziels angemessen sein. Daraufhin beschloss der Gerichtshof, dass die Angemessenheit einer im Grundsatz gerechtfertigten Aufenthaltsvorschrift im jeweiligen Fall vom nationalen Gericht zu klären sei. Da nach niederländischem Recht auf die Aufenthaltsvorschrift verzichtet werden kann, wenn dies zu einem „inakzeptablen Grad der Ungerechtigkeit“ führen würde, wies der EuGH das nationale Gericht an, die Gesetzeslage im Licht des Gemeinschaftsrechts zu interpretieren und dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass Herr Hendrix seine in Artikel 39 EG verbrieften Rechte in Anspruch genommen und seine Verbindung zu den Niederlanden nicht vollständig abgebrochen habe. ⁽⁵⁷⁷⁾

⁽⁵⁷⁴⁾ Siehe auch Urteil vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-228/07, Petersen (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht). In diesem Urteil vertritt der Gerichtshof die Auffassung, dass eine Aufenthaltsvorschrift im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Arbeitslosenunterstützung eine Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer darstelle (da es sich um einen ausländischen Arbeitnehmer handelte, der in sein Herkunftsland zurückgezogen war), die in diesem Fall nicht gerechtfertigt sei.

⁽⁵⁷⁵⁾ Rs. C-287/05, Hendrix, Slg. 2007, I-6909.

⁽⁵⁷⁶⁾ Siehe Artikel 10a Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Randnr. 38 des Urteils.

⁽⁵⁷⁷⁾ Zum Begriff der „realen Verbindung“ siehe C. O'Brien, „Real links, abstract rights and false alarms: the relationship between the ECJ's 'real links' case law and national solidarity“ (2008), 33 *European Law Review*, 643.

Die zweigleisige Herangehensweise, nach der die Regelungen des Sekundärrechts selbst bei Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des Vertrags nicht zwangsläufig Bestand haben, wirkt sich in erheblichem Maße auf die Nichtexportierbarkeit von Leistungen aus. Daher ist es eine Frage des verbrieften Rechts, ob eine Leistung gemäß der Regelung in Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 exportiert werden kann. In den Fällen, in denen die Exportierbarkeit der Leistung nicht im Sekundärrecht festgelegt ist, fällt der Antragsteller in jedem Fall in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, und die Beschränkung muss vom Mitgliedstaat rechtfertigt werden. Darüber hinaus müssen die Behörden unter Umständen die konkreten Umstände des Antragstellers in Betracht ziehen, auch wenn sich die Aufenthaltsvorschrift leichter dadurch rechtfertigen lasse, dass die Behörden in der Lage sein müssen, die Legitimität der Ansprüche vor Ort zu überprüfen.

VI. AUSWIRKUNGEN DER UNIONSBÜRGERSCHAFT AUF LEISTUNGEN, DIE BISLANG NICHT UNTER DAS GEMEINSCHAFTSRECHT FIELEN

Die Einführung der Unionsbürgerschaft hatte auch weitreichende Folgen in Bezug auf die Möglichkeit, Leistungen zu exportieren, die bislang völlig dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts entzogen waren. Kriegsbezogene Renten waren beispielsweise nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor Einführung der Unionsbürgerschaft ⁽⁵⁷⁸⁾ völlig aus dem Anwendungsbereich des Vertrags ausgeschlossen.

In diesem Zusammenhang gilt es, einen genauen Blick auf die Argumentation der Entscheidungen zu richten: Der springende Punkt ist nicht, dass diese Leistungen nunmehr per se unter das Gemeinschaftsrecht fallen, sondern dass jede Einschränkung

⁽⁵⁷⁸⁾ Z. B. Rs. 207/78, Even, Slg. 1979, 2019, Rs. C-315/94, de Vos, Slg. 1996, I-1417.

des Rechts auf Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Mitgliedstaaten unter den Anwendungsbereich von Artikel 18 EG fällt. Diese Differenzierung ist in Bezug auf die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von überragender Bedeutung: Da derartige Leistungen nicht per se unter das Gemeinschaftsrecht fallen, hätten Nicht-Staatsangehörige kein Anrecht auf sie. Ein Leistungsempfänger, der nach nationalem Recht beispielsweise einen Anspruch auf eine Rente für zivile Kriegsoffer oder eine Form von Kriegsfolgerente hat, besitzt jedoch möglicherweise das Recht, seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlagern, ohne seinen Anspruch aus diesem Grund einzubüßen. Andernfalls wäre sein Recht auf Freizügigkeit stark eingeschränkt: Falls die Rente oder Leistung die Haupteinkommensquelle des Anspruchsberechtigten darstellt, müsste er aus Furcht, diese Leistung zu verlieren, auf sein im Gemeinschaftsrecht verankertes Recht auf Freizügigkeit verzichten.

Dies zeigte sich beispielsweise in der Rechtssache Nerkowska. ⁽⁵⁷⁹⁾ Frau Nerkowska war als polnische Staatsangehörige im Krieg nach Russland deportiert worden. Infolge der Deportation verlor sie nicht nur ihre Eltern, sondern hatte auch unter anhaltenden gesundheitlichen Beschwerden zu leiden. Nach polnischem Recht stand ihr daher eine Rente zu, die allerdings an die Bedingung ihres Aufenthalts in Polen geknüpft war. Frau Nerkowska lebte jedoch in Deutschland. Der Gerichtshof entschied, das Wohnsitzerfordernis stelle eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Rechtes von Frau Nerkowska dar, sich frei im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen. Falls es darauf abziele, eine ausreichende Verbindung der Klägerin mit dem Hoheitsgebiet des die Leistung gewährenden Staats sicherzustellen, sei dies unverhältnismäßig, da es sich bei Frau Nerkowska um eine polnische Staatsangehörige handelte, die 20 Jahre in Polen gelebt und gearbeitet hatte und somit ausreichend in die polnische Gesellschaft integriert sei. Wenn hingegen ihre Anwesenheit für

⁽⁵⁷⁹⁾ Rs. C-499/06, Nerkowska, Slg. 2008, I-3993, siehe auch Rs. C-192/05, Tas-Hagen und Tas, Slg. 2006, I-10451, sowie Urteil vom 12. Dezember 2008 in der Rechtssache C-221/07, Krystyna Zablocka-Weyhermüller (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

eine medizinische oder administrative Kontrolle erforderlich sei, könnten die staatlichen Behörden dies auf einer Ad-hoc-Basis verlangen. Daher sei eine Aufenthaltsvorschrift unverhältnismäßig.

Wie bereits erwähnt, dient diese Entscheidung nicht dazu, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts so zu erweitern, dass bislang ausgeschlossene Leistungen nun einbezogen werden. Es geht vielmehr darum, das Ausmaß zu begrenzen, in dem die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit indirekt durch die Anforderung, dass sich Leistungsempfänger in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet aufhalten müssen, einschränken. Diese Unterscheidung ist wichtig, da die Mitgliedstaaten bei Leistungen, die in den sachlichen Geltungsbereich des Vertrags fallen, die Verweigerung von Leistungen, die an die Nationalität gebunden sind, gegenüber Nicht-Staatsangehörigen rechtfertigen müssten. Dies wurde in der Rechtssache Baldinger bestätigt⁽⁵⁸⁰⁾, als der Gerichtshof entschied, dass eine kriegsbezogene Leistung nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts [in diesem Fall Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 sowie Artikel 39 Absatz 2] falle. Nunmehr fällt jedoch jegliche Aufenthaltsvorschrift, die von einem Mitgliedstaat als Bedingung für den Bezug einer Leistung eingeführt wird, in den Anwendungsbereich des Artikels 18 EG und muss daher rechtfertigt werden.

VII. DAS FÖRSTER-URTEIL UND DIE AUSWIRKUNGEN DER RICHTLINIE 2004/38/EG

Eine allgemeinere Frage, über deren Antwort nur spekuliert werden kann, ist, ob die Richtlinie 2004/38/EG einen Einfluss auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs nehmen wird. Einerseits kodifiziert die Richtlinie weitgehend die Rechtsprechung zu Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit zum Zeitpunkt des Entwurfs. Diesbezüglich bezieht die Richtlinie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den schrittweisen Ansatz bei Anrechten auf Sozialleis-

tungen deutlich ein.⁽⁵⁸¹⁾ So wurde zwar die Anforderung bestätigt, dass nicht erwerbstätige Bürger, die sich länger als drei Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, über ausreichende Mittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen⁽⁵⁸²⁾, die Richtlinie stellt jedoch auch klar, dass die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger im Gastland nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf.⁽⁵⁸³⁾ Darüber hinaus gewährt die Richtlinie ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, das durch einen rechtmäßigen ununterbrochenen Aufenthalt über fünf Jahre im Gastland erwächst.⁽⁵⁸⁴⁾ Bürger mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht haben unabhängig von ihrer Erwerbstätigkeit ein Anrecht auf Gleichbehandlung. Die Richtlinie kodifiziert damit gewissermaßen den Gedanken einer „realen Verbindung“ und legt fest, dass nach dem Aufenthalt eines Bürgers im Gastland über einen Zeitraum von fünf Jahren von einer derartigen Verbindung auszugehen ist.

Andererseits erscheinen die Bestimmungen der Richtlinie restriktiver als die vorstehend analysierte Rechtsprechung. Insbesondere haben nach Artikel 24 Absatz 2 nicht erwerbstätige Bürger sowie Arbeitssuchende während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder länger, falls Arbeitssuchende ihren Aufenthalt über mehr als drei Monate ausdehnen, kein Anrecht auf Sozialhilfe. Zudem erhalten nicht erwerbstätige Bürger erst durch den Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt ein Anrecht auf Studienbeihilfen einschließlich Unterhaltsbeihilfen. Wie bereits erwähnt, scheinen diese Bestimmungen nicht mit dem Ansatz des Gerichtshofs in den Rechts-sachen Collins und Bidar in Einklang zu stehen. Es sei nochmals erwähnt, dass der Gerichtshof in der Rechtssache Collins entschied, eine Aufenthaltsvorschrift für die Gewährung einer Beihilfe für Arbeits-

⁽⁵⁸⁰⁾ Rs. C-386/02, Baldinger, Slg. 2004, I-8411.

⁽⁵⁸¹⁾ Siehe auch Barnard, „Annotation on Bidar“, 42 *Common Market Law Review*, (2005), 1465, wo von einem „quantitativen Ansatz“ bei der Gleichbehandlung die Rede ist (unter 1468), sowie vom gleichen Autor „EU citizenship and the principle of solidarity“, in M. Dougan und E. Spaventa (Hrsg.), *Social Welfare and EU law*, Hart Publishing (2005), Kap. 8.

⁽⁵⁸²⁾ Siehe Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/38/EG.

⁽⁵⁸³⁾ Siehe Artikel 14 Absatz 3 der Richtlinie 2004/38/EG.

⁽⁵⁸⁴⁾ Siehe Artikel 16 der Richtlinie 2004/38/EG.

suchende sei gerechtfertigt, die Mindestaufenthaltsdauer dürfe aber nicht über ein Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um sich zu vergewissern, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Suche nach einer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt des Gastlands ist. ⁽⁵⁸⁵⁾ Artikel 24 Absatz 2 schließt hingegen jedes Anrecht auf Sozialhilfe für Arbeitssuchende aus. In gleicher Weise entschied der Gerichtshof in der Rechtssache Bidar, Studenten hätten ein Anrecht auf Unterhaltsbeihilfen, wenn sie über eine tatsächliche Verbindung zum Gastland verfügten. ⁽⁵⁸⁶⁾ In der betreffenden Rechtssache hatte sich Herr Bidar drei Jahre lang in Großbritannien aufgehalten – deutlich kürzer also als die nun in der Richtlinie 2004/38/EG geforderten fünf Jahre. Daraus ergibt sich die Frage, ob der Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung überdenken wird oder ob er weiterhin seine zweigleisige Herangehensweise beim Sekundärrecht verfolgt, nach der Bürger, die die in der Richtlinie 2004/38/EG genannten Bedingungen erfüllen, automatisch ein Anrecht auf die darin gewährten Rechte haben, während bei Personen, bei denen dies nicht der Fall ist, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewendet wird und ein Anrecht stark vom jeweiligen Sachverhalt abhängt.

Nach Meinung der Verfasserin wird die Reaktion gemischt ausfallen. Beim Versuch einer Prognose, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird, sollten wir uns nicht nur die verfassungsrechtlichen Grundsätze, die der Gerichtshof entwickelt hat, vor Augen führen, sondern auch die Gründe für ihre Entwicklung. Mit anderen Worten: Wir müssen unterscheiden zwischen den tatsächlichen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, die vom Gerichtshof in Bezug auf die Unionsbürgerschaft entwickelt wurden, und jenen Rechtssachen, deren Ergebnis stark von den jeweiligen Umständen des Falls geprägt war und bei denen daher eine allgemeinere Anwendung unwahrscheinlich ist. Ausgehend von den Rechtssachen ergibt sich ein wertvoller, wenn auch nicht völlig eindeutiger Hinweis auf mögliche zukünftige Ent-

wicklungen der Rechtsprechung aus dem kürzlich erfolgten Urteil in der Rechtssache Förster. ⁽⁵⁸⁷⁾

Frau Förster, eine deutsche Staatsangehörige, ging in die Niederlande, um zu studieren und sich als Lehrerin ausbilden zu lassen. Während ihres Studiums war sie in verschiedenen Stellungen beschäftigt und erhielt als Arbeitnehmerin ein Unterhaltsstipendium. Nach einer Überprüfung fand die zuständige Behörde jedoch heraus, dass Frau Förster seit etwa sechs Monaten nicht mehr gearbeitet hatte, und forderte eine Rückzahlung des Unterhaltsstipendiums für den Zeitraum, in dem sie nicht erwerbstätig gewesen war. Nach den niederländischen Vorschriften stehen nicht erwerbstätigen Bürgern Unterhaltsstipendien erst nach einem Aufenthalt von fünf Jahren zu. Frau Förster war zum Zeitpunkt ihrer Erwerbslosigkeit aber erst seit etwas mehr als drei Jahren in den Niederlanden ansässig. Sie vertrat die Ansicht, das Bidar-Urteil sei auf sie anzuwenden und sie habe ein Anrecht auf Gleichbehandlung, da sie eine ausreichende Verbindung zum Gastland nachgewiesen hätte. Es muss auch erwähnt werden, dass Frau Förster nach Abschluss ihres Studiums eine Anstellung fand und daher in den Niederlanden blieb.

Der Gerichtshof befand, das Erfordernis eines Aufenthalts von fünf Jahren sei gerechtfertigt und überschreite nicht das Maß dessen, was nötig ist um sicherzustellen, dass ein Unionsbürger in der Gesellschaft des Gastlands integriert ist. Der Gerichtshof betonte einen Unterschied zwischen der fraglichen Rechtssache und dem Bidar-Urteil aufgrund der Tatsache, dass die britischen Bestimmungen in letzterem Fall es Studenten unmöglich machten, jemals Unterhaltsstipendien zu erhalten, da Aufenthalte zu Studienzwecken bei der Berechnung der Aufenthaltsdauer nicht einbezogen wurden. In der Rechtssache Förster war der Grund des Aufenthalts in den Niederlanden für die Berechnung der erforderlichen Aufenthaltsdauer hingegen ohne Belang.

⁽⁵⁸⁵⁾ Rs. C-138/02, Collins, Slg. 2004, I-2703.

⁽⁵⁸⁶⁾ Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119.

⁽⁵⁸⁷⁾ Urteil vom 18. November 2008 in der Rechtssache C-158/07, Förster (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

Das Urteil in der Rechtssache Förster könnte in seiner Bedeutung weit über das Thema Unterhaltsstipendien hinausreichen und wirft Fragen auf, in welchem Umfang die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft und möglicherweise auch zum Gesundheitswesen Bestand haben wird. In dieser Hinsicht besteht nach Ansicht der Verfasserin die größte Änderung in der Rückkehr zu einer abstrakten Analyse der fraglichen Bestimmungen anstelle der Bewertung, inwieweit die Anwendung der Bestimmungen auf die Sachverhalte in einem bestimmten Fall angemessen ist. Die Rechtsprechung konzentrierte sich vor der Rechtssache Förster stark auf den individuellen Kläger und die Angemessenheit der staatlichen Reaktion im Einzelfall – ungeachtet der Probleme, die ein derartiger Ansatz für die Verwaltungsbehörden darstellen kann. Dabei wurde das Konzept der „realen Verbindung“ zur Gesellschaft des Gastlands als Begründung für Ansprüche in Bezug auf den jeweiligen Fall geprüft. Ziel schien eine Unterscheidung zwischen „guten Klägern“ – Personen in vorübergehenden Schwierigkeiten (Grzelcyck), Menschen, die sich in wirklich außergewöhnlichen Situationen befanden und nicht versuchten, die Großzügigkeit des Gastlandes auszunutzen (Bidar), sowie redlichen Klägern (Sala, Collins) – und „schlechten Klägern“, sogenannten Sozialleistungstouristen. In der Rechtssache Förster hingegen schenkt der Gerichtshof der Situation von Frau Förster, bei der es sich offensichtlich um eine redliche Klägerin handelte – einer Person, die gearbeitet hatte, im Land bleiben wollte und eine Beschäftigung in den Niederlanden gefunden hatte –, keinerlei Beachtung und kehrt zu einer abstrakten Betrachtungsweise der fraglichen Bestimmungen zurück. Darüber hinaus ignoriert der Gerichtshof auch die legitime Erwartung, die durch seine eigene Rechtsprechung hervorgerufen wurde, um zu einem Ergebnis zu kommen, das für die Klägerin so überraschend wie unfair war, nämlich der Rückzahlung des erhaltenen Stipendiums.

Aus Sicht der Verfasserin stellt das Förster-Urteil ein klares Zeichen für die Bereitschaft des Gerichtshofs dar, Entscheidungen der Legislative zu akzeptieren, solange diese allgemein gerechtfertigt sind. Dieses

Urteil könnte also mit anderen Worten darauf hindeuten, dass der Gerichtshof die Beschränkung der Unterstützung auf Studenten akzeptiert, die über eine wirtschaftliche Verbindung verfügen [weil sie selbst erwerbstätig waren ⁽⁵⁸⁸⁾ oder weil sie Kinder von Erwerbstätigen sind] oder durch einen sehr langen Aufenthalt eine tatsächliche Verbindung zur Gesellschaft des Gastlandes aufweisen. Die Entscheidung in der Rechtssache Förster muss außerdem im Kontext der aktuellen Rechtsprechung betrachtet werden, bei dem sich der Gerichtshof mit den Auswirkungen der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft auf die Exportierbarkeit von im Herkunftsland gewährten Unterstützungsleistungen für Studenten befasst. ⁽⁵⁸⁹⁾ Nach Meinung der Verfasserin wird sich die Rechtsprechung eher in Richtung der Unterstützung durch den eigenen Staat entwickeln, d. h., es wird den Mitgliedstaaten immer weiter erschwert, die Freizügigkeit der Studenten einzuschränken, indem sie die Unterstützung auf jene begrenzen, die sich im eigenen Hoheitsgebiet einschreiben. Hier könnte es zu einer Entwicklung ähnlich jener im Bereich des Gesundheitswesens kommen, bei der den Mitgliedstaaten auferlegt wird, Studenten die Möglichkeit zu geben, die Unterstützung, die sie im Herkunftsland erhalten hätten, in einen anderen Mitgliedstaat zu übertragen. Zudem könnte die Rückkehr zu einer abstrakteren Betrachtungsweise der Legitimität der fraglichen Bestimmungen auf die Entwicklung einer ausgereifteren Rechtsprechung hindeuten.

Dennoch bleibt das Förster-Urteil sehr verwirrend und lässt die Frage unbeantwortet, inwieweit die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft auf andere Sachverhalte angewendet werden kann. Möglicherweise bleibt die Entscheidung auf die Unterstützung von Studenten beschränkt, da es sich um einen Bereich mit sehr hoher Mobilität handelt, der nicht in allen Mitgliedstaaten einheitlich behandelt wird. Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer großzügigen

⁽⁵⁸⁸⁾ Siehe z. B. Rs. C-413/01, Ninni-Orasche, Slg. 2003, I-13187.

⁽⁵⁸⁹⁾ Siehe verbundene Rechtssachen C-11 und 12/06, Morgan und Bucher, Slg. 2007, I-9161, sowie Rechtssache C-76/05, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Slg. 2007, I-6849, erwähnt in M. Dougan, „Cross-border educational mobility and the exportation of students financial assistance“ (2008), 33 *European Law Review*, 723.

Auslegung der Vertragsbestimmungen könnten daher beträchtlich sein. Somit könnten die Folgen der politischen Entscheidungen, die im Rahmen der Richtlinie 2004/38/EG getroffen wurden, für die Rechtsprechung des Gerichtshofs in anderen Rechtssachen geringer ausfallen. Wie bereits erwähnt, entschied der Gerichtshof in der Rechtssache Collins, dass ein Mitgliedstaat einem zugewanderten Arbeitssuchenden eine Beihilfe für Arbeitssuchende nur verweigern dürfte, solange dieser keine tatsächliche Beziehung zum Arbeitsmarkt des betreffenden Staats hergestellt habe. Andererseits besagt Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, Arbeitssuchenden ein Anrecht auf Sozialhilfe zu gewähren. In Artikel 14 der Richtlinie 2004/38/EG wird zudem festgelegt, dass die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch Unionsbürger (einschließlich Arbeitssuchender) nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf und Arbeitssuchende ohne weitere Bedingungen länger als drei Monate im Land verbleiben dürfen, solange sie nachweisen können, dass sie eine begründete Aussicht haben, einen Arbeitsplatz zu finden. Trotz der expliziten Formulierung der Richtlinie wäre es nun natürlich möglich, dass Arbeitssuchende, die eine begründete Aussicht auf eine Einstellung nachgewiesen haben und daher mehr als drei Monate bleiben dürfen, auch eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des Gastlandes hergestellt haben und somit einen Anspruch auf eine Beihilfe für Arbeitssuchende besitzen.⁽⁵⁹⁰⁾ Allgemeiner gesprochen und in Ermangelung legislativer Entscheidungen von völliger Klarheit lässt sich festhalten, dass sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einem verfassungsmäßigen Prinzip entwickelt hat, das von der Legislative nicht ignoriert werden kann.

VIII. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Bei der Analyse der Auswirkungen der Bestimmungen des Vertrags zur Freizügigkeit und Unionsbür-

⁽⁵⁹⁰⁾ Zu diesem Punkt siehe auch die Argumentation des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in den verbundenen Rechtssachen C-22/08 und C-23/08, Vatsouras, vom 12. März 2009, in denen zum Zeitpunkt der Niederschrift noch kein Urteil ergangen ist.

gerschaft im Hinblick auf die Koordinierung von Systemen der sozialen Sicherheit haben wir uns auf die „verfassungsrechtlichen“ Auswirkungen der Rechtsprechung konzentriert, d. h. auf die Rechtsprechung, die in Zukunft unabhängig von Regelungen im Sekundärrecht Auswirkungen auf die Anerkennung von Sozialleistungen haben könnte. Die Rechtsprechung ist von einer expansiven Herangehensweise und der Entwicklung neuer hermeneutischer Techniken zur Stärkung der Rechte der Unionsbürger geprägt; gleichzeitig bleibt die Gültigkeit des Sekundärrechts, das vor der Schaffung der Unionsbürgerschaft verabschiedet wurde, davon unberührt. Während die Auswirkungen dieser Rechtsprechung aus verfassungsrechtlicher Perspektive von großer Bedeutung sind, fallen die Auswirkungen auf Sozialleistungen aus der Praxisperspektive deutlich geringer aus.

Insbesondere das Ausmaß, in dem ein Unionsbürger Sozialleistungen seines Gastlands über das im Sekundärrecht festgelegte Maß hinaus in Anspruch nehmen kann, wird durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Aufenthaltskriterien festzulegen und somit zu verlangen, dass die Antragsteller eine reale und nicht nur vorübergehende Verbindung mit dem Gastland haben, beschränkt werden. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung in der Praxis nur beschränkte Auswirkungen für nicht erwerbstätige Antragsteller. Andererseits erhalten die Unionsbürger nach den ersten drei Monaten erst dann ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die Bedingung wirtschaftlicher Unabhängigkeit und einer (zumindest nahezu) umfassenden Krankenversicherung⁽⁵⁹¹⁾ erfüllen. Wenn diese Bedingungen nicht erfüllt sind, steht es den Mitgliedstaaten frei, das Aufenthaltsrecht zu verweigern und das Risiko eines Missbrauchs von Sozialleistungen zu verhindern. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass ein nicht erwerbstätiger Bürger, der sich erst seit drei Monaten im Gastland aufhält, eine „reale Verbindung“ zu der Gesellschaft des Gastlands gefunden hat und daher von den Anforderungen der Regelungen zu Sozialleistungen

⁽⁵⁹¹⁾ Siehe Rs. C-413/99, Baumbast und R/Secretary of State for the Home Department, Slg. 2002, I-7091.

ausgenommen werden könnte. Andererseits führt ein einmaliger Antrag auf Leistungen des Sozialsystems im Gastland bzw. die Tatsache, vorübergehend auf Unterstützung angewiesen zu sein, nicht gleich dazu, dass eine Person ihr Aufenthaltsrecht verliert. Wiederholte Anträge können hingegen dazu führen, dass die Person als „unverhältnismäßige Belastung“ betrachtet wird. Eine Grauzone entsteht in dieser Hinsicht bei den Bürgern, die zwar lange genug – vier Jahre – im Gastland ansässig sind, dass eine „reale Verbindung“ besteht, die aber dennoch nicht dauerhaft ansässig sind. In diesem Zusammenhang ist es, wie Barnard schreibt⁽⁵⁹²⁾, wahrscheinlich, dass die Aufenthaltsdauer das entscheidende Kriterium für die Frage darstellt, wann aus einer „verhältnismäßigen“ eine unverhältnismäßige Belastung wird. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Gerichtshof an den Bestimmungen der Richtlinie 2004/38/EG orientieren und wie in der Rechtssache Förster von einer verfassungsrechtlichen Herangehensweise zu einer Argumentation anhand der grundlegenden Bestimmungen übergehen wird.

Andererseits sind die Auswirkungen der Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft unter Umständen stärker in Bezug auf die Neuauslegung der Regelungen zur Freizügigkeit und auf die Anerkennung von Sozialleistungen im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. 1612/68 spürbar. Hier hat der Gerichtshof die seit dem Maastrichter Vertrag zu beobachtenden Weiterentwicklungen als Instrument zur Freisetzung des inhärenten Potenzials des Primär- und Sekundärrechts genutzt. Daher hat der Gerichtshof, beispielsweise in der Rechtssache Gaumain-Cerri⁽⁵⁹³⁾, festgestellt, dass es keinen Grund mehr zur Klärung gibt, ob ein Antragsteller in den persönlichen Geltungsbereich von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fällt, da die Kombination aus der Unionsbürgerschaft und den Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung auf den gleichen Effekt hinausläuft. Wie im

Detail oben erläutert, haben Arbeitssuchende nach Neuauslegung von Artikel 39 Absatz 2 zumindest Anspruch auf eine gewisse Unterstützung durch das Gastland.⁽⁵⁹⁴⁾

In Bezug auf Forderungen gegenüber dem Herkunftsland stellen die Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft die Beschränkung der Exportierbarkeit von Leistungen, einschließlich beitragsunabhängiger Leistungen, infrage. In Bezug auf die Sachverhalte, in denen das Risiko eines Leistungsmissbrauchs real ist, hat der Gerichtshof zumindest theoretisch eingestanden, dass eine Aufenthaltsvorschrift erforderlich sein könnte. Dennoch, wie die Urteile in den Rechtssachen Hendrix und Nerkowska zeigen, sind die Mitgliedstaaten in der Pflicht, die Notwendigkeit einer Aufenthaltsvorschrift nachzuweisen. Darüber hinaus scheint die Rechtsprechung zum Thema Exportierbarkeit vollständig im Einklang mit der Schaffung eines grenzfreien Raums, in dem für alle Bürger Freizügigkeit herrscht, zu stehen.

Abschließend lässt sich feststellen, dass die im Rahmen dieses Beitrags untersuchte Rechtsprechung deutlich die inhärenten Beschränkungen aufzeigt, denen die politischen Entscheidungen auf der Ebene der Gemeinschaft unterliegen. Das Sekundärrecht regelt zwar vielleicht die Ausübung der im Vertrag festgelegten Rechte, aber es kann das in diesen Rechten steckende Potenzial nicht völlig ausschöpfen. Dies zeigt sich an der Rechtsprechung im Hinblick auf die Bestimmungen über die Gesundheitsversorgung, in der Rechtsprechung zur Exportierbarkeit und in der Rechtsprechung, die von den in den Richtlinien über den Aufenthalt (und nun in der Richtlinie über die Unionsbürgerschaft) festgelegten Unter- und Obergrenzen abweicht und aus der hervorgeht, dass Bürger unter Berufung auf das Primärrecht Rechtsansprüche einfordern können, die ihnen im Sekundärrecht nicht zustehen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die Rechtsprechung absolut haltbar; aus

⁽⁵⁹²⁾ Barnard, „Annotation on Bidar“, 42 *Common Market Law Review* (2005), 1465, und „EU citizenship and the principle of solidarity“, in M. Dougan und E. Spaventa (Hrsg.), *Social Welfare and EU Law* (Hart Publishing 2005), Kap. 8.

⁽⁵⁹³⁾ Verbundene Rechtssachen C-502/01 und C-31/02, Gaumain-Cerri und Barth, Slg. 2004, I-6483.

⁽⁵⁹⁴⁾ Rs. C-138/02, Collins, Slg. 2004, I-2703; siehe auch Urteil vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-228/07, Petersen (noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht).

politischer Sicht gibt es insofern Probleme, als sie als ungebührliche Einmischung des Gerichtshofs in einen Bereich, der der Politik vorbehalten sein sollte, betrachtet werden kann. Dennoch sollte nicht vergessen werden, dass in den 1970er Jahren gegen die expansive Rechtsprechung zum freien Personen- und Warenverkehr ähnliche Kritik ins Feld geführt wurde. Ohne diese Rechtsprechung des EuGH wäre der Binnenmarkt noch heute eine Chimäre. Wie die geschichtliche Entwicklung gezeigt hat, haben die politischen Institutionen die

Auffassungen des Gerichtshofs akzeptiert und in einigen Fällen sogar in Rechtsvorschriften kodifiziert. ⁽⁵⁹⁵⁾ Die Richtlinie über die Unionsbürgerschaft ist ebenso ein Signal der Akzeptanz und der Übertragung des verfassungsrechtlichen Rahmens auf die vom Gerichtshof erarbeitete Sichtweise der Unionsbürgerschaft. Vielleicht sehen sich die Bürger, die angesichts des wachsenden Einflussbereichs des Gemeinschaftsrechts auch eine entsprechende Zunahme der eigenen Rechte erwarten, ja doch nicht mehr gleich als Ketzer verunglimpft.

⁽⁵⁹⁵⁾ Siehe z. B. Richtlinie 2006/123/EG zu Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36).

DIE KOORDINIERUNG IM KONTEXT DER REGELN DES BINNENMARKTS – ODER: WIE LÄSST SICH DIE KRISE IM 50. JAHR DES BESTEHENS ÜBERWINDEN?



Jean-Philippe Lhernould
Université de Poitiers (Frankreich)

Dr. Jean-Philippe Lhernould ist Professor für Rechtswissenschaften an der Universität von Poitiers in Frankreich, wo er als Vizepräsident außerdem für das Personalwesen verantwortlich ist. Sein Fachgebiet ist Europäisches Arbeits- und Sozialrecht. Dazu gehören Themen wie der Status mobiler Arbeitnehmer, Diskriminierung und Europäische Betriebsräte. Neben drei Büchern hat er über 200 Artikel in französischen und internationalen juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht und hält Vorträge auf vielen internationalen Konferenzen. Er ist Sachverständiger für die Europäische Kommission und für das von dieser Institution finanzierte trESS-Netzwerk. Außerdem ist er als Berater für Kanzleien und als Rechtsbeistand für internationale Konzerne tätig. Darüber hinaus leitet er Seminare für Rechtsanwälte, Privatunternehmen und öffentliche Einrichtungen über französisches Arbeits- und Sozialrecht. (*)

Wenn nach 50 Jahren eine Bilanz der erfolgten Maßnahmen zu ziehen ist, so sind die Koordinierungsvorschriften vor dem Hintergrund einer zunehmenden Einigung der Gemeinschaft zu sehen: Immer wieder werden die Vorschriften wegen ihrer Lücken und Schwächen, ihrer Komplexität und ihres starren Korsetts, das eine Weiterentwicklung behindert, kritisiert. Vergessen wird dabei, welchen wichtigen Beitrag sie auf institutioneller Ebene, die wegen der gewichtigen Forderung nach Einvernehmlichkeit im Rat so schwierig zu bewältigen ist, zum freien Personenverkehr und zum Binnenmarkt geleistet haben. Um sich den Mehrwert der Koordinierungsregeln bewusst zu machen, genügt es schon, sich vorzustellen, was ohne sie passieren würde: Chaos bei geltenden Rechtsvorschriften, fehlende soziale Absicherung, doppelte Beiträge, Verlust von Rechten usw. Hinzu kommt, dass viele Kritikpunkte, die aus den eigenen Reihen kommen, nicht auf eine Unzulänglichkeit der Koordinierungsvorschriften, sondern auf ein unvollständiges und nicht angepasstes nationales Recht auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, auf

Informations- und Kommunikationsdefizite zurückzuführen sind. Größtenteils tragen dafür die Mitgliedstaaten die Verantwortung.

Abgesehen davon laden die Kritikpunkte dazu ein, die Vorschriften infrage zu stellen. Müssen sich die Koordinierungsvorschriften nicht zwingend weiterentwickeln, wenn davon auszugehen ist, dass die Fortschritte auf rechtlichem Gebiet ⁽⁵⁹⁶⁾, die durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aus ihrer diplomatischen Agonie gerissen wurden, nicht grundsätzlicher Natur sind, sondern bestenfalls einer Modernisierung gleichkommen, im Wesentlichen kosmetisch sind und marginale Anpassungen darstellen?

Tatsache ist, dass die Koordinierung, trotz all ihrer Verdienste, nach 50 Jahren in der Krise steckt: Ihr Zuständigkeitsbereich ist bedroht, und darüber hinaus ist ihre Methode strittig, und ihre Grundlagen werden infrage gestellt. Rechtsquellen, die die Koordinierungsvorschriften ergänzen oder mit ihnen konkurrieren, treten immer mehr in Erscheinung, stiften

(*) *Dieser Beitrag wurde aus dem Französischen übersetzt.*

⁽⁵⁹⁶⁾ Denn der wesentliche Gewinn der neuen Verordnung scheint in der Dematerialisierung des Datenaustauschs zu liegen.

bei den Beteiligten (vor allem bei den zuständigen Verwaltungen und Institutionen) Verwirrung und scheinen die Botschaft der Koordinierung zu überlagern. Wer kann nach dem sich direkt an den Vertrag (Artikel 42) anlehnenden Urteil Bosmann heute mit Bestimmtheit sagen, welche Tragweite der Grundsatz der Einzigartigkeit der Rechtsvorschriften⁽⁵⁹⁷⁾ hat, der doch einen der Pfeiler des Systems der Koordinierung darstellt? Welche Bedeutung hat als weiteres Beispiel der Ausschluss der Koordinierung⁽⁵⁹⁸⁾ bei Leistungen für Kriegsoffer als Folge eines Urteils des EuGH, nach dem „Artikel 18 Absatz 1 EG dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der dieser einem seiner Staatsangehörigen die Bewilligung einer Leistung für zivile Kriegsoffer ausschließlich deshalb verweigert, weil der Betroffene zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht im Hoheitsgebiet dieses Staates, sondern in dem eines anderen Mitgliedstaats wohnte“⁽⁵⁹⁹⁾? Wie sieht die Zukunft im Hinblick auf die Territorialisierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit aus, die oftmals verschrien wird und dennoch durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bestätigt wurde, wenn doch der Status von Wanderarbeitnehmern nach Artikel 39 des EG-Vertrags und eine minutiöse Analyse des Grundsatzes der Proportionalität einen Keil in diese territoriale Abschottung treiben⁽⁶⁰⁰⁾? Welche Bedeutung hat der Grundsatz der Nichtexportierbarkeit von beitragsunabhängigen Sonderleistungen, wenn doch wiederum Artikel 39 des EG-Vertrags die Rechtmäßigkeit der Wohnsitzklausel von einer individuellen Einschätzung im Rahmen einer Prüfung von Notwendigkeit und Proportionalität abhängig macht⁽⁶⁰¹⁾? Gleiches gilt für Familienleistungen, deren Bezieher durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 von der Exportierbarkeit ausgeschlossen

sind, aber dank Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 von der Aufhebung der Wohnsitzklauseln profitieren⁽⁶⁰²⁾. Welche Bedeutung hat die Bedingung einer Vorabgenehmigung für die Inanspruchnahme von grenzüberschreitenden Pflege- und Gesundheitsleistungen angesichts der Erfordernisse der Dienstleistungsfreiheit? Das ist nicht alles: Es müssen entscheidende Antworten darauf gegeben werden, wie sich die Koordinierungsvorschriften im Hinblick auf mobile nicht arbeitende Bürger mit der Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, verbinden werden. Tragen wir nicht sogar in naher Zukunft zu Spaltungsversuchen bei, d. h. zur Entstehung von sektoralen Koordinierungsregelungen am Rande der Koordinierungsvorschriften, wie berufliche Tätigkeiten, die eine Ad-hoc-Vorschrift für sich beanspruchen, um sich von dem „Monster Koordinierung“ zu befreien? Dieses Phänomen der Spaltung ist nicht unbekannt, zumal es bereits eine getrennte „Koordinierung“ gibt, nämlich für ergänzende Rentensysteme.

Muss man den gemeinschaftlichen Richtern den Vorwurf machen, dass sie sich anpassen und sich von den rigiden Vorgaben und zu engen materiellen Grenzen der Koordinierungsvorschriften befreien? Ist es nicht zu einfach, wenn man ihnen vorwirft, sie gingen den Weg des geringsten Widerstands, wenn sie eher auf der Basis von Quellen außerhalb der Koordinierung Urteile fällen und nicht auf der Grundlage komplexer Regeln, die allerdings ad hoc entstehen, wenn sie die Koordinierung eher als ein technisches Etwas wahrnehmen als ein abstraktes Ganzes, entstanden aus subtilen Verhandlungen zwischen Institutionen, während zu jeder Situation transnationaler Mobilität ein persönlicher, einzigartiger und manchmal dramatischer Fall gehört?

Wenn in einer „Sache der Wurm drin ist“, könnte dieser Umstand paradoxerweise helfen, der Koordinierung wieder neue Form, neuen Glanz und neuen

⁽⁵⁹⁷⁾ Urteil vom 20. Mai 2008 in der Rechtssache C-352/06 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁽⁵⁹⁸⁾ Artikel 3 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004. Vgl. auch Urteil vom 31. März 1977 in der Rechtssache 79/76, Fossi, Slg. 1977, 667.

⁽⁵⁹⁹⁾ Urteil vom 26. Oktober 2006 in der Rechtssache C-192/05, Tas-Hagen, Slg. 2006, I-10451. Vgl. auch Urteil vom 4. Dezember 2008 in der Rechtssache C-221/07, Krystyna Zablocka-Weyhermüller (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁽⁶⁰⁰⁾ Urteil vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-228/07, Petersen (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁽⁶⁰¹⁾ Urteil vom 11. September 2007 in der Rechtssache C-352/06, Hendrix, Slg. 2007, I-6909.

⁽⁶⁰²⁾ Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-212/05, Gertraud Hartmann, Slg. 2007, I-6303.

Zusammenhalt zu verleihen. Wenn man sich nämlich auf die Grundsätze des Binnenmarkts konzentriert, auch wenn diese oft der sozialen Sicherheit entgegengesetzt werden, kann die Frage gestellt werden, ob die Grundsätze nicht zu einer Neubelebung der Koordinierung beitragen, ihr wieder Sinn geben und ihr die zentrale Bedeutung beimessen könnten, die sie in der Einigung der Gemeinschaft verdient, und bei den Beteiligten (Mitgliedstaaten, Institutionen der sozialen Sicherheit, Bürger, Unternehmen, Richter) wieder Vertrauen wecken könnten.

Die Einigung der Gemeinschaft ist ein einzigartiges Projekt, das sich auf die Schaffung untrennbarer Beziehungen zwischen politischer Stabilität und wirtschaftlicher Integration stützt. Dies muss das Mittel sein, um diese Einigung zu bewahren. In diesen Zeiten hoher Instabilität ist es gut, sich diese offenkundige Tatsache ins Gedächtnis zu rufen, denn die Versuchung, sich in Feindseligkeiten zu ergehen, liegt näher, als man denkt. Ein gemeinschaftliches Europa wird folglich gebaut: Auch wenn es sich nicht um ein Instrument handelt, das einem hehren Ziel (Frieden) dient, ist Europa eng mit einem im Wesentlichen wirtschaftlich ausgerichteten Grundsatztext verbunden, der auf einer liberalen oder neoliberalen Marktideologie fußt. Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c des EG-Vertrags legt den formalen Rahmen dessen fest, was ursprünglich als „gemeinsamer“ Markt bezeichnet wurde und sich später zu einem „Binnenmarkt“ entwickelt hat. Die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasst „einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist“. Noch genauer: „Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß diesem Vertrag gewährleistet ist“ (Artikel 14 Absatz 2 EG-Vertrag). Der EuGH bestätigt die Mittlerrolle dieser Ideologie: „Der Begriff gemeinsamer Markt – so wie ihn der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung herausgearbeitet hat – stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziele der Verschmel-

zung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarkts möglichst nahekommen“⁽⁶⁰³⁾.

Die Koordinierung nationaler Systeme der sozialen Sicherheit und die Koordinierung des Binnenmarkts, die oberflächliche Analysen nur als gegenläufig bezeichnen können, entwickeln sich in Bereichen, die Gemeinsamkeiten aufweisen. Ihre Beziehungen unterstehen allerdings Besonderheiten, von denen einige es verdienen, herausgestellt zu werden.

Die erste Besonderheit betrifft die Art und Weise, wie die Koordinierung am Binnenmarkt teilnimmt. In dieser Hinsicht ist sie nämlich ein doppeltes Werkzeug, da die Koordinierung zur Umsetzung des freien Verkehrs von Arbeitnehmern selbst Teil des Binnenmarkts ist. Man versteht nun problemlos die geschachtelte Struktur von Kapitel 1 („Die Arbeitskräfte“) des Titels 3 des EG-Vertrags („Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr“). Ausgehend von der Erklärung in Artikel 39 Absatz 1 des EG-Vertrags – „Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet“ – fügt der Grundsatztext Artikel 42 des EG-Vertrags ein Vademekum der Koordinierung auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit in reduzierter Form bei: „Der Rat beschließt gemäß dem Verfahren des Artikels die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen; zu diesem Zweck führt er insbesondere ein System ein, welches aus- und einwandernden Arbeitnehmern und deren anspruchsberechtigten Angehörigen Folgendes sichert: a) die Zusammenrechnung aller Arten der nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Anspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen; b) die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen“.

Die zweite Besonderheit für die Koordinierung besteht in der Absicht, einen Binnenmarkt für Men-

⁽⁶⁰³⁾ Urteil vom 5. Mai 1982 in der Rechtssache 15/81, Gaston Schul Douane Expéditeur BV, Slg. 1982, 1409.

schen zu schaffen, wobei die das Individuum betreffenden Überlegungen über jenen stehen, die sich auf die Interessen von Unternehmen beziehen. Es ist symptomatisch, dass die Präambel der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Unternehmen in keiner Weise erwähnt: „Die Vorschriften über die Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften für die soziale Sicherheit fügen sich in den Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten sind, ein und sollen dementsprechend zur Verbesserung der Lebenshaltung und der Beschäftigungsbedingungen dieser Arbeitnehmer beitragen“ (Präambel, erster Absatz). Der Text wird im Wortlaut in die Präambel zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (1. Erwägungsgrund) übernommen. Hält man sich den Tenor der Verordnung in seiner Gesamtheit vor Augen, stellt man fest, dass die Sozialbeiträge nur am Rande erwähnt werden, auch wenn sie ein entscheidender Faktor bei den Arbeitskosten und somit für die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens sind. Abgesehen von der Entsendung und den Bestimmungen für Selbständige hebt die Verordnung auf Personen ab. Die Untersuchung der sozialen Sicherheit vor dem Hintergrund des Binnenmarkts hätte zu der Frage der Stellung von Unternehmen in der Koordinierung und der Zweckmäßigkeit eines Ausgleichs der Interessen zwischen denen Beteiligten führen können. Lautet Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht wie folgt: „Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“? Wenn es um die Beziehungen zwischen Kleinunternehmen und den Koordinierungsvorschriften und um die Beziehungen zwischen sehr großen Unternehmen, die in der gesamten Gemeinschaft tätig sind, und den Koordinierungsvorschriften geht, dann muss die Effektivität der unternehmerischen Freiheit in der Umsetzung der Koordinierungsvorschriften detailliert untersucht werden. Diese Untersuchung geht jedoch nicht in diese Richtung.

Die dritte Besonderheit bezieht sich auf die Tatsache, dass die Koordinierung nur eine der „Vorgaben“ der

Gemeinschaft für die soziale Sicherheit ist. Der Binnenmarkt, auf der Grundlage von sowohl expliziten als auch impliziten Bestimmungen, beschäftigt sich mit der sozialen Sicherheit aus unterschiedlichen Blickwinkeln: berufliche Gleichstellung von Männern und Frauen, Ausgabe von Erlassen, Zusatzrenten, Versicherungsmarkt usw. Vor allem aber wurde die soziale Sicherheit Teil wirtschaftlicher Freiheitsbestrebungen und ihres integrativen Ziels, das der Koordinierung mit ihren Einschränkungen und Beschränkungen entgegensteht: Das Kartellrecht und marktbeherrschende Stellungen von Unternehmen haben den Gerichtshof veranlasst, ein Konzept der sozialen Sicherheit zu entwickeln. Gleichzeitig wurde die Regelung zur Inanspruchnahme grenzüberschreitender Pflege- und Gesundheitsleistungen derart durch die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit erschüttert, dass man diese global als günstig für die Sozialversicherten beurteilen kann. Die Analyse der sozialen Sicherheit durch das Wirtschaftsrecht unterscheidet sich klar von dem vorsichtigen Koordinierungsansatz, der den Begriff der sozialen Sicherheit anhand objektiver Indizien, die den Anwendungsbereich der Vorschriften definieren, lediglich skizziert. Der Gerichtshof erinnert regelmäßig daran, woher diese Vorsicht rührt: „Die Verordnungen über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer haben kein angemessenes System der sozialen Sicherheit geschaffen, sondern eigene Systeme bestehen lassen, die gesonderte Ansprüche gegen verschiedene Träger gewähren.“⁽⁶⁰⁴⁾ Er weist auch darauf hin, dass „das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lässt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten“⁽⁶⁰⁵⁾.

Diese Beziehungen zwischen Koordinierung und Binnenmarkt führen zu der folgenden Frage: Können sich die Koordinierungsvorschriften neu auf einen Begriff einer ehrgeizigen sozialen Sicherheit ausrichten, damit ihnen eine Identität, eine Glaubwürdigkeit, eine Wirksamkeit, ein Einfluss und ein Glanz verliehen wer-

⁽⁶⁰⁴⁾ Urteil vom 9. Juli 1980 in der Rechtssache 807/79, Gravina, Slg. 1980, 2205.

⁽⁶⁰⁵⁾ Zum Beispiel Urteil vom 17. Februar 1993 in der Rechtssache C-159/91, Poucet, Slg. 1993, I-637.

den – alles Eigenschaften, die verloren gegangen sind? In anderen Worten: Ziel dieser Untersuchung ist es, herauszufinden, ob die Möglichkeit besteht, die Ambitionen der Koordinierungsvorschriften neu zu überdenken, indem man sich von dem Binnenmarkt inspirieren lässt. In dieser Hinsicht besteht ein eklatanter Gegensatz zwischen dem formalistischen Ansatz der sozialen Sicherheit in den Koordinierungsvorschriften (I) und dem von den Werkzeugen des Binnenmarkts inspirierten konzeptionellen Ansatz (II). Anders formuliert: Könnten die Koordinierungsvorschriften bei dem Versuch einer „Veredelung“ den Begriff der Solidarität (III) in den Mittelpunkt stellen?

I. EIN FORMALISTISCHER ANSATZ DER SOZIALEN SICHERHEIT IN DEN KOORDINIERUNGSVORSCHRIFTEN

In den Koordinierungsvorschriften definiert sich soziale Sicherheit durch einen Interventionsbereich (A). Die Politik der Gleichstellung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit verankert auch die soziale Sicherheit in einem Rahmen, selbst wenn dieser nicht exakt identisch ist (B).

A. Formalistischer Ansatz in den Koordinierungsvorschriften

Die Präambel der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, die die Präambel der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 widerspiegelt, enthält keinen Hinweis auf den Begriff der sozialen Sicherheit. Hat das Fehlen eines Hinweises damit zu tun, dass den Koordinierungsvorschriften ein vorsichtiger Auftrag übertragen wurde, ein Auftrag, an den in der Präambel erinnert wird? Dort heißt es: „Es ist notwendig, die Eigenheiten der nationalen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit zu berücksichtigen und nur eine Koordinierungsregelung vorzusehen“ (4. Erwägungsgrund). Dementsprechend enthält Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 eine lange Liste an Definitionen und Schlüsselkonzepten zum Verständnis und zur Umsetzung der Koordinierungsvorschriften. Es findet sich

aber keine Definition für den Begriff „soziale Sicherheit“. Ist dies also im Hinblick auf die verfolgten Ziele eine überflüssige Übung, oder ist es zu gefährlich, sich damit zu befassen? Noch immer ist der eigentliche Gegenstand der Koordinierung nicht definiert.

Die getroffene Auswahl entspricht einem formalistischen Ansatz der sozialen Sicherheit, indem eine so objektiv wie mögliche Abgrenzung ihres Gebietes getroffen wird. Diese Auswahl lässt sich auch eher durch die Sorge um Effektivität als durch den Geist der Koordinierung rechtfertigen. Es geht nämlich weder um Harmonisierung noch um Konvergenz, sondern lediglich um die Koordinierung nationaler Systeme, d. h. um eine Methode, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, ihre Souveränität im Bereich der sozialen Sicherheit zu bewahren. Es ist genau dieser Ansatz, der zu einer Privilegierung einer formellen und zweckorientierten Logik der sozialen Sicherheit geführt hat: Unter Bezugnahme auf die Konvention 102 der IAO handelt es sich zweifelsohne lediglich darum, dass sich die Staaten über die zu koordinierenden Systeme und Leistungen verständigen, die weniger in Zusammenhang mit einer begrifflichen, konzeptionellen Einheit als auf der Grundlage von Machbarkeitskriterien, ja sogar von finanziellen Gesichtspunkten, gewählt wurden. Was die Systeme und Leistungen der sozialen Sicherheit zusammenbringt, ist keine Idee, sondern es sind Belanglosigkeiten.

Statt ein Konzept der sozialen Sicherheit festzuschreiben, definiert die Verordnung (EG) Nr. 883/2004, wie auch ihre Vorgänger, einen materiellen Geltungsbereich. Es ist Artikel 3, der den Rahmen festlegt: „(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen: a) Leistungen bei Krankheit; b) Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft; c) Leistungen bei Invalidität; d) Leistungen bei Alter; e) Leistungen an Hinterbliebene; f) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten; g) Sterbegeld; h) Leistungen bei Arbeitslosigkeit; i) Vorruhestandsleistungen; j) Familienleistungen. (2) Sofern im Anhang XI nicht anderes bestimmt ist, gilt diese Verordnung für die allge-

meinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme betreffend die Verpflichtungen von Arbeitgebern und Reedern. (3) Diese Verordnung gilt auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Artikel 70. (4) Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Verpflichtungen von Reedern werden jedoch durch Titel III nicht berührt. (5) Diese Verordnung ist weder auf die soziale und medizinische Fürsorge noch auf Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen anwendbar.“

Die berücksichtigten Kriterien verweisen auf drei Abgrenzungen im Inneren, aus denen sich die soziale Sicherheit im Sinne der Koordinierungsvorschriften entwickelt.

Erste Abgrenzung: Die soziale Sicherheit geht mit bestimmten sozialen Risiken einher. Zur sozialen Sicherheit gehören allgemeine und spezielle Systeme, vorausgesetzt diese Systeme decken eines der in der Verordnung aufgeführten Risiken ab. Darüber hinaus wurde die Liste der Risiken durch Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erweitert, da sie nunmehr Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft und Vorruhestandsleistungen⁽⁶⁰⁶⁾ umfasst, aber keine Leistungen für Pflegebedürftigkeit [diese sind nach Auslegung des Gerichtshofs als Leistungen bei Krankheit weiterhin durch die Verordnung abgedeckt⁽⁶⁰⁷⁾]. Der Gerichtshof hat oftmals jedes Risiko großzügig ausgelegt⁽⁶⁰⁸⁾. Nichtsdestotrotz erfüllt hat das Risikokri-

terium weiterhin einen wichtigen Zweck, nicht nur für die Definition einer bestimmten Leistung⁽⁶⁰⁹⁾, sondern auch für die Festlegung des Geltungsbereichs der Verordnung. So kann beispielsweise die in Belgien gezahlte Hilfe zum Lebensunterhalt „als Sozialleistung allgemeiner Art nicht unter einen der in Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung Nr. 1408/71 aufgezählten Zweige der sozialen Sicherheit eingeordnet werden und stellt damit keine Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne dieser Verordnung dar“⁽⁶¹⁰⁾.

Zweite Abgrenzung: Die soziale Sicherheit unterscheidet sich von der Sozialhilfe⁽⁶¹¹⁾. Die Verordnung ist nämlich nicht auf Sozialhilfe⁽⁶¹²⁾ anzuwenden. Man weiß jedoch, dass der Europäische Gerichtshof durch die Kategorie *sui generis* in Hinblick auf gemischte Leistungen eine andere Realität geschaffen hat, die die Sozialhilfe im Sinne der Koordinierungsvorschriften durch die Anwendung der genannten Theorie des „attraktiven Effekts der sozialen Sicherheit“ auf einen kleinen Bereich beschränkt. Eine berühmte Formulierung des Europäischen Gerichtshofs lautet: „Bei Leistungen, die an der Grenze zwischen Sozialhilfe und sozialer Sicherheit liegen, mag es vom Gesichtspunkt der Anwendung der Verordnung her wünschenswert erscheinen, die gesetzlichen Systeme eindeutig danach zu unterscheiden, ob sie der sozialen Sicherheit oder der Fürsorge zuzurechnen sind, man kann aber die Möglichkeit nicht ausschließen, dass bestimmte Rechtsvorschriften ihrem persönlichen Anwendungsbereich, ihren Zielen und den Einzelheiten ihrer Anwendung nach beiden genannten gleich nahe stehen und sich jeder allgemein gültigen Einordnung entziehen.“ Solche Leistungen „kommen insofern der sozialen Sicherheit nahe, als sie die für die Fürsorge kennzeichnende Beurteilung nach dem Einzelfall nicht vorsehen und den Begünstigten eine gesetzlich umschriebene Stel-

⁽⁶⁰⁶⁾ Vollständige Liste der Risiken: Leistungen bei Krankheit, Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft, Leistungen bei Invalidität, Leistungen bei Alter, Leistungen an Hinterbliebene, Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Leistungen im Todesfall, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Vorruhestandsleistungen, Familienleistungen.

⁽⁶⁰⁷⁾ Vgl. zum Beispiel Urteil vom 8. März 2001 in der Rechtsache C-215/99, Jauch, Slg. 2001, I-1901.

⁽⁶⁰⁸⁾ So stellen zum Beispiel die vom Staat als Unterhaltsvorschuss gezahlten Leistungen, insofern als sie die finanzielle Belastung des sorgeberechtigten Elternteils lindern sollen, eine Familienleistung dar (Urteil vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-85/99, Offermanns, Slg. 2001, I-2261). Es sei anzumerken, dass Artikel 1 Buchstabe z der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 diese Rechtsprechung konterkariert, indem er bestimmt, „Der Begriff ‚Familienleistungen‘ bezeichnet alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.“

⁽⁶⁰⁹⁾ Eine als Krankheitsleistung bezeichnete Leistung, die eine Geldleistung darstellt, wird nicht dem gleichen System unterliegen wie eine Leistung bei Alter.

⁽⁶¹⁰⁾ Urteil vom 27. März 1985 in der Rechtssache 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973.

⁽⁶¹¹⁾ Leistungen für Opfer des Krieges werden von der Verordnung nicht erfasst; dies hindert den Gerichtshof nicht daran, diese auf der Grundlage anderer Bestimmungen zu koordinieren. Vgl. oben.

⁽⁶¹²⁾ Vgl. auch Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-25/95, Otte, Slg. 1996, I-3745.

lung einräumen“⁽⁶¹³⁾. Es spielt keine Rolle, dass die Leistung oder Gewährung im innerstaatlichen Recht in die Kategorie der Sozialhilfe eingeordnet ist⁽⁶¹⁴⁾. Folglich ist der Raum der Sozialhilfe residual. Er fasst Leistungen, die nach Ermessen zugestanden werden, und Leistungen, die keinem Risiko der sozialen Sicherheit Sinne von Artikel 3 Absatz 1 zugeordnet sind, zusammen. Im Hinblick auf gemischte Leistungen übernimmt Artikel 70 dieser Verordnung die Rechtsprechung der Gemeinschaft und stellt folgenden Grundsatz auf: „Dieser Artikel gilt für besondere beitragsunabhängige Geldleistungen, die nach Rechtsvorschriften gewährt werden, die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen.“

Dritte Abgrenzung: Die soziale Sicherheit ist in Rechtssystemen tief verankert, wobei Tarifsysteme nicht in ihr Gebiet fallen. Zur Stützung von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 verdeutlicht Artikel 1 Buchstabe I den Begriff „Rechtsvorschriften“, der „für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit“ bezeichnet. Tarifsysteme sind dennoch nicht vollkommen ausgeklammert, da sie unter die Koordinierung tarifvertraglicher Vereinbarungen fallen, „durch die eine Versicherungsverpflichtung, die sich aus den in Unterabsatz 1 genannten Gesetzen oder Verordnungen ergibt, erfüllt wird oder die durch eine behördliche Entscheidung für allgemein verbindlich erklärt oder in ihrem Geltungsbereich erweitert wurden, sofern der betreffende Mitgliedstaat in einer einschlägigen Erklärung ... davon unterrichtet“ (Artikel 1 Buchstabe I). In Frankreich werden diese Ausnahmen in zwei Bereichen deutlich: Das System der Arbeitslosenversicherung, ein tarifvertragliches, aber verpflichtendes System, lei-

tet sich aus den Koordinierungsvorschriften ab, da es ein gesetzliches System ersetzt; das obligatorische Zusatzversorgungssystem im Alter ARRCO-AGIRC ist nach einer einstimmigen Erklärung der französischen Behörden an dessen Stelle getreten⁽⁶¹⁵⁾. Handelt es sich bei den jeweiligen tariflichen Systemen um Systeme der sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung? Aus der Verordnung geht dies nicht hervor⁽⁶¹⁶⁾. Es scheint im Gegenteil klar zu sein, dass sich die zwischen einer Versicherungsgesellschaft und einem Individuum geschlossenen Versicherungsverträge nicht aus dem Geltungsbereich der Verordnung ergeben und daher nicht unter die soziale Sicherheit fallen, wobei unerheblich ist, dass sie sich auf ein Risiko der sozialen Sicherheit beziehen⁽⁶¹⁷⁾.

Schließlich ergibt sich für den Bereich der sozialen Sicherheit im Sinne der Koordinierungsvorschriften, auch wenn sich dieser im Laufe der Jahre etwas weiter entwickelt hat und grundlegende Bewegungen in den nationalen Systemen⁽⁶¹⁸⁾ berücksichtigt, folgendes Bild: Gesetzliche Systeme zu Leistungen, mit Ausnahme tariflicher Systeme, umfassen eine begrenzte Liste sozialer Risiken, die jedoch die Sozialhilfe einschränkt.

B. Formalistischer Ansatz im Rahmen der Gleichstellung von Männern und Frauen

Die Gleichstellung von Männern und Frauen ist ein zentrales Element der Sozialpolitik der Gemein-

⁽⁶¹³⁾ Urteil vom 22. Juni 1972 in der Rechtssache 1/72, Frilli, Slg. 1972, 457.

⁽⁶¹⁴⁾ Urteil vom 24. Februar 1987 in den verbundenen Rechtssachen 379, 380, 381/85, Giletti u. a., Slg. 1987, 955.

⁽⁶¹⁵⁾ Erklärung vom 29. März 1999, die als Grundlage für eine Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 vom 5. Juni 2001) diene.

⁽⁶¹⁶⁾ Vgl. auch den 6. Erwägungsgrund: „Die enge Beziehung zwischen den Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit und den tarifvertraglichen Vereinbarungen, die diese Rechtsvorschriften ergänzen oder ersetzen und die durch eine behördliche Entscheidung für allgemein verbindlich erklärt oder in ihrem Geltungsbereich erweitert wurden, kann einen Schutz bei der Anwendung dieser Bestimmungen erfordern, der demjenigen vergleichbar ist, der durch diese Verordnung gewährt wird. Als erster Schritt könnten die Erfahrungen der Mitgliedstaaten, die solche Regelungen notifiziert haben, evaluiert werden.“

⁽⁶¹⁷⁾ Urteil vom 15. März 1984 in der Rechtssache 313/82, NV Tiel-Utrecht, Slg. 1984, 1389.

⁽⁶¹⁸⁾ Ausweitung des Bereichs der koordinierten Leistungen, vom Arbeitnehmer zum Sozialversicherungsnehmer und weiter zum Bürger der Europäischen Union usw.

schaft. Bereits in Artikel 119 des Vertrags von Rom wird Folgendes erklärt: „Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten.“ Diese Politik hat sich entwickelt und findet sich in abgeleiteten Rechtstexten wieder, von denen einige sich auf die soziale Sicherheit beziehen. Die Richtlinie 79/7/EWG über gesetzliche Systeme und die Richtlinie 86/378/EWG über betriebliche Systeme haben den Grundsatz der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit verwirklicht. Die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeit und Beschäftigungsfragen hat diesen Grundsatz übernommen, während die Richtlinie 79/7/EWG weiterhin die Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit postuliert. Unser Augenmerk wird sich im Übrigen hauptsächlich auf Letztere und auf die weitreichende Rechtsprechung des Gerichtshofs richten, die sich auf Artikel 141 des EG-Vertrags stützt. Es wird sich zeigen, dass der eingeschlagene formalistische Weg die soziale Sicherheit vor dem Hintergrund zweier Abgrenzungen definieren wird: zum einen im Hinblick auf die Sozialhilfe (1) und zum anderen im Hinblick auf betriebliche Systeme (2).

1. Soziale Sicherheit und Sozialhilfe

Die Richtlinie 79/7/EWG vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit hat zum Ziel, „den Grundsatz der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit in erster Linie bei den gesetzlichen Systemen, die Schutz gegen die Risiken Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall, Berufskrankheit und Arbeitslosigkeit bieten, sowie bei den Sozialhilferegulungen, soweit sie die vorgeannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen, zu verwirklichen“ (Präambel, 1. Erwägungsgrund), und entwickelt eine interessante Vision über die Art und Weise, wie

sich gesetzliche Systeme und Sozialhilfe darin ausdrücken.

Zu bemerken ist ein erster und bedeutsamer Unterschied in der Begrifflichkeit: Während in den Koordinierungsvorschriften der Begriff „soziale Fürsorge“ verwendet wird, spricht man bei der Gleichstellung der Geschlechter von „Sozialhilfe“. Auch wenn dieser Unterschied in der Terminologie keine konkreten Auswirkungen zu haben scheint, kann man die fehlende begriffliche Durchgängigkeit bedauern, vermittelt sie doch im Gemeinschaftsrecht zumindest eine abgrenzende Vision der Konzepte der sozialen Sicherheit. Der andere Unterschied besteht darin, dass im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7/EWG Vorschriften zur Sozialhilfe eingeschlossen werden, wenn es heißt „soweit sie die vorgeannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen“. Ganz im Gegensatz zu dem, was man aus dem Titel der Richtlinie schließen könnte, ist die Sozialhilfe der sozialen Sicherheit nicht gleichgestellt. In Artikel 1 der Richtlinie heißt es: „Die Richtlinie hat zum Ziel, dass auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und der sonstigen Bestandteile der sozialen Sicherung im Sinne von Artikel 3 der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit schrittweise verwirklicht wird.“ Die Richtlinie unterscheidet demnach zwischen sozialer Sicherheit und sozialer Sicherung.

Annäherungen lassen sich auch erkennen. Wie bei den Koordinierungsvorschriften und wiederum im Sinne einer praktischen Wirksamkeit entscheidet sich der Gerichtshof für eine breite Auslegung des Bereichs der gesetzlichen Systeme und dies zulasten der Sozialhilfe, auch wenn die gedeckten gesetzlichen Risiken nicht genau gleich sind⁽⁶¹⁹⁾. So hält ein Heizkostenzuschuss im Rahmen des gesetzlichen Systems in Großbritannien für einen Empfänger, der das Rentenalter erreicht hat, Einzug in den Anwen-

⁽⁶¹⁹⁾ Nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a deckt sie die Risiken Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall und Berufsunfähigkeit, Arbeitslosigkeit ab.

dungsbereich der Richtlinie 79/7/EWG⁽⁶²⁰⁾, weil dieser Heizkostenzuschuss gesetzlich verankert ist und vor dem Risiko im Alter schützen soll. Die gesetzlichen Systeme zur sozialen Sicherheit decken sogar Vorteile ab, die organisch nichts mit der sozialen Sicherheit zu tun haben: „... ein System, wie es Regulation 6(1) [...] der Regulations 1989 vorsieht, unter dem bestimmte Personengruppen, darunter bestimmte ältere Menschen, von der Entrichtung der Rezeptgebühr befreit sind, [fällt] in den Anwendungsbereich der Richtlinie“, denn „angesichts der grundlegenden Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Ziels der Richtlinie 79/7/EWG, diesen Grundsatz im Bereich der sozialen Sicherheit schrittweise zu verwirklichen, kann ein Leistungssystem nicht nur deshalb vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden, weil es formell nicht Teil von nationalen Vorschriften über die soziale Sicherheit ist“⁽⁶²¹⁾. Da hingegen die Koordinierungsvorschriften die allgemeinen Leistungen der Sozialhilfe von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausnehmen, kann der Hinweis auf die „sonstigen Bestandteile der sozialen Sicherung im Sinne von Artikel 3“ nämlich nicht anders ausgelegt werden, als dass er sich auf Sozialhilferegulungen bezieht, die im Allgemeinen nicht zum Gebiet der sozialen Sicherheit gehören⁽⁶²²⁾. Insgesamt jedoch, wie im Rahmen der Koordinierungsvorschriften, ist der Umfang der Sozialhilfe residual.

2. Soziale Sicherheit und betriebliche Systeme

Eine der „summa divisio“ der Koordinierungsvorschriften betrifft die Unterscheidung zwischen gesetzlichen Systemen und Zusatzversorgungssystemen, da allein die erstgenannten, vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen, unter die Bestimmungen

fallen und sich die zweitgenannten⁽⁶²³⁾ aus der Richtlinie 98/49/EG „Übertragbarkeit“ ergeben. Im Bereich der sozialen Sicherheit liegt die Problematik im Hinblick auf die Gleichstellung von Männern und Frauen nahe beieinander. Zu unterscheiden ist nämlich zwischen „gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit“, die den Vorschriften der Richtlinie 79/7/EWG unterliegen, und den „betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit“ nach der Richtlinie 86/378/EWG, die ergänzenden Rentensystemen⁽⁶²⁴⁾ entsprechen. Man kann sich zudem fragen, warum im Titel der Richtlinie der letztere Ausdruck nicht dem Ausdruck „ergänzende Rentenleistungen“ vorgezogen wurde, der weitaus vager ist und von dem in der Richtlinie 98/49/EG verwendeten Begriff abweicht.

Was lässt sich feststellen? Zunächst sind die beiden Texte formal komplementär, da Artikel 2 der Richtlinie 86/378/EWG lautet: „Als betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit gelten Systeme, die nicht durch die Richtlinie 79/7/EWG geregelt sind.“ Im Hinblick auf die Koordinierung ist die Vorgehensweise identisch, da durch die Richtlinie 98/49/EG jegliche Überschneidung vermieden wurde: „Keine Rente oder Leistung darf sowohl den Bestimmungen dieser Richtlinie als auch den Bestimmungen der Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 574/72 unterworfen sein, und ein ergänzendes Rentensystem, das in den Anwendungsbereich der genannten Verordnungen fällt, weil ein Mitgliedstaat eine entsprechende Erklärung nach Artikel 1 Buchstabe j) der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 abgegeben hat, kann somit nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie unterworfen werden“ (5. Erwägungsgrund). Noch deutlicher erinnert die Präambel der Richtlinie 98/49/EG daran, dass sich die Koordinierungsvor-

⁽⁶²⁰⁾ Urteil vom 16. Dezember 1999 in der Rechtssache C-382/98, Taylor, Slg. 1999, I-8955.

⁽⁶²¹⁾ Urteil vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-137/94, Richardson, Slg. 1995, I-3407.

⁽⁶²²⁾ Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-228/94, Atkins, Slg. 1996, I-3633 (Leistung, die in Fahrpreisvergünstigungen für öffentliche Personenverkehrsmittel, besteht). Vgl. auch Urteil vom 16. Juli 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-63/91 und C-64/91, Jackson und Cresswell, Slg. 1996, I-4737 (britische Zulage zur Sicherung eines Grundeinkommens).

⁽⁶²³⁾ Vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen vgl. insbesondere die verpflichtenden französischen Zusatzversorgungssysteme ARRCO-AGIRC.

⁽⁶²⁴⁾ Vgl. Artikel 1 und 2 der Richtlinie. Nach Artikel 3 Buchstabe b bezeichnet der Ausdruck „ergänzendes Rentensystem“ ein nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten eingerichtetes betriebliches Rentensystem, beispielsweise ein Gruppenversicherungsvertrag oder ein branchenweit oder sektoral vereinbartes System nach dem Umlageverfahren, ein Deckungssystem oder Versprechen auf der Grundlage von Pensionsrückstellungen der Unternehmen oder eine tarifliche oder sonstige vergleichbare Regelung, die ergänzende Rentenleistungen für Arbeitnehmer oder Selbständige bieten soll“.

schriften „nur auf die gesetzlichen Rentensysteme beziehen. Das in diesen Verordnungen vorgesehene Koordinierungssystem erstreckt sich nicht auf ergänzende Rentensysteme, außer im Falle von Systemen, die unter den Begriff ‚Rechtsvorschriften‘ gemäß der Definition in Artikel 1 Buchstabe j) Unterabsatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen oder bezüglich der ein Mitgliedstaat eine Erklärung nach diesem Artikel abgibt“ (4. Erwägungsgrund). Da die Präambel einer Richtlinie für die zwingende juristische Tragweite nicht von Belang ist, begründet Artikel 1 der Richtlinie 98/49/EG den Zusammenhang mit den Koordinierungsvorschriften: Der Schutz, den die Richtlinie bietet, „betrifft Rentenansprüche aus freiwilligen wie auch aus vorgeschriebenen ergänzenden Rentensystemen mit Ausnahme der von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfassten Systeme“.

Während jedoch eine Änderung der Beziehungen zwischen den Koordinierungsvorschriften und der Richtlinie 98/49/EG nicht sehr weit führt, trägt die Richtlinie 86/378/EWG Gesichtspunkte bei, anhand deren definiert werden kann, welche Bestandteile die gesetzlichen und die betrieblichen Systeme umfassen. So heißt es dort: „Als betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit gelten Systeme, die nicht durch die Richtlinie 79/7/EWG geregelt werden und deren Zweck darin besteht, den unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigen eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe, eines Wirtschaftszweigs oder den Angehörigen eines Berufes oder einer Berufsgruppe Leistungen zu gewähren, die als Zusatzleistungen oder Ersatzleistungen die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit ergänzen oder an ihre Stelle treten, unabhängig davon, ob der Beitritt zu diesen Systemen Pflicht ist oder nicht“ (Artikel 2 Absatz 1).

Die richtige Aufteilung zwischen den gesetzlichen Systemen auf der einen Seite und den betrieblichen Systemen auf der anderen Seite ist für die Verwirklichung der Politik der Gleichstellung von Männern und Frauen eine wichtige Herausforderung, zumal insbesondere Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 79/7/EWG den Mitgliedstaaten gestattet, bei bestimmten

wesentlichen Fragen den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht anzuwenden⁽⁶²⁵⁾. In der Praxis hatte die Richtlinie 86/378/EWG einen untergeordneten Einfluss auf die Aufschlüsselung der gesetzlichen und betrieblichen Systeme: Artikel 141 des EG-Vertrags spielt eine entscheidende Rolle, zumal dort der Begriff „Entgelt“⁽⁶²⁶⁾ definiert wird. Diese Bestimmung hat im Übrigen die Grenzen zwischen gesetzlichen und betrieblichen Systemen in der Weise verschoben, dass ersteren eine marginale Bedeutung zukommt. Indirekte Folge: Die Definitionen des Begriffs „betriebliches System“ im Sinne der Richtlinie 86/378/EWG und des Artikels 141 des EG-Vertrags sind nicht deckungsgleich.

Es überrascht sicher nicht, dass es sich bei einer *betrieblichen Altersversorgung* „nicht um ein unmittelbar durch Gesetz geregeltes und deshalb nicht unter Artikel 119 fallendes Sozialversicherungssystem handelt. Die den Beschäftigten aufgrund des streitigen Systems gewährten Leistungen stellen vielmehr eine Vergütung dar, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäß Artikel 119 Absatz 2 aufgrund des Dienstverhältnisses zahlt“⁽⁶²⁷⁾. Gleichermaßen gehören Systeme der betrieblichen Altersversorgung, die entweder auf einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern oder auf einseitigen Entscheidungen des Arbeitgebers beruhen und die ohne Beteiligung der öffentlichen Hand in vollem

⁽⁶²⁵⁾ „Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, Folgendes von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen: a) die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen; b) die Vergünstigungen, die Personen, welche Kinder aufgezogen haben, auf dem Gebiet der Altersversicherung gewährt werden; den Erwerb von Ansprüchen auf Leistungen im Anschluss an Zeiträume der Beschäftigungsunterbrechungen wegen Kindererziehung; c) die Gewährung von Ansprüchen auf Leistungen wegen Alter oder Invalidität aufgrund abgeleiteter Ansprüche der Ehefrau; die Gewährung von Zuschlägen zu langfristigen Leistungen wegen Invalidität, Alter, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit für die unterhaltsberechtigten Ehefrau; e) die Folgen der zeitlich vor der Verabschiedung dieser Richtlinie liegenden Ausübung eines Rechts, keine Ansprüche zu erwerben oder keine Verpflichtungen im Rahmen eines gesetzlichen Systems einzugehen“.

⁽⁶²⁶⁾ Der Gerichtshof hat die Richtlinie 86/378/EWG nur selten ausgelegt, obwohl ihm dahin gehend Vorlagefragen gestellt wurden: Da Antworten auf die Fragen in Artikel 141 des Vertrags zu finden sind, ist es nach Ansicht des Gerichtshofs nicht angebracht, auf Grundlage der Richtlinie 86/378/EWG Stellung zu nehmen (vgl. beispielsweise Urteil vom 9. Dezember 2004 in der Rechtssache C-19/02, Hlosek, Slg. 2004, I-11491).

⁽⁶²⁷⁾ Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84, Bilka-Kaufhaus, Slg. 1986, 1607.

Umfang vom Arbeitgeber oder von diesem und den Arbeitnehmern gemeinsam finanziert werden, zu betrieblichen Systemen, aus denen Entgelte gezahlt werden⁽⁶²⁸⁾.

Der Gerichtshof hat jedoch den natürlichen Rahmen der betrieblichen Systeme weit überschritten, indem er durch eine ausgiebige Rechtsprechung ein Profil der sich aus der Richtlinie 79/7/EWG ergebenden Systeme und der Systeme geschaffen hat, aus denen nach Artikel 141 des EG-Vertrags Entgelte gezahlt werden. Die gesetzlichen Systeme beschränken sich nämlich auf Systeme, die „unmittelbar durch Gesetz geregelt sind, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder in dem Betroffengewerbebezweig einschließen und zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten“. Denn „diese Regelungen sichern den Arbeitnehmern Ansprüche aus gesetzlichen Systemen, an deren Finanzierung Arbeitnehmer, Arbeitgeber und gegebenenfalls die öffentliche Hand in einem Maße beteiligt sind, das weniger vom Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als von sozialpolitischen Erwägungen abhängt“⁽⁶²⁹⁾. Im Umkehrschluss sind alle Systeme, die nicht den kumulativen Kriterien Rechnung tragen, betriebliche Systeme oder „mit betrieblichen Systemen vergleichbar“⁽⁶³⁰⁾, und davon gibt es viele, die Millionen von Arbeitnehmern abdecken. So ist beispielsweise das (französische) Zusatzversorgungssystem im Alter ein betriebliches System, das Entgelte im Sinne von Artikel 141 des Vertrags zahlt, da „anhand des Kriteriums der Modalitäten der Finanzierung und Verwaltung eines Rentensystems sich jedoch nicht entscheiden lässt, ob das System in den Anwendungsbereich des Artikels 119 EG-Vertrag fällt“, zumal „die Sozialversicherungssysteme nicht für die gesamte Bevölkerung oder für alle Arbeitnehmer bestimmt sind“ und die „gewährten Leistungen in Beziehung zum letzten Gehalt ste-

hen“⁽⁶³¹⁾. Dennoch liegt hier ein quasi gesetzliches und verpflichtendes System vor, das nach dem Verteilungsverfahren⁽⁶³²⁾ gehandhabt wird und das in vielen Fällen Leistungen weit oberhalb des Basissystems gewährt und sich im Übrigen aus der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ergibt. Ein weiteres Beispiel: Ein System für Beamte, wie das ABPW (Niederlande), das unmittelbar gesetzlich geregelt ist und nicht nur eine Zusatzversorgung darstellt, da es in Teilen ein anderes, teilweise staatlich finanziertes gesetzliches System ersetzt, zahlt „Entgelte“ nach Artikel 141 des Vertrags, denn „die Rente wird dem Arbeitnehmer aufgrund seines Dienstverhältnisses mit seinem früheren Arbeitgeber gezahlt, d. h. nach dem aus dem Wortlaut des Artikels 119 selbst abgeleiteten Kriterium der Beschäftigung“. Der Gerichtshof vertritt die folgende Auffassung: „Die Erwägungen der Sozialpolitik, der Staatsorganisation und der Ethik oder selbst die den Haushalt betreffenden Überlegungen, die bei der Festlegung eines Systems wie des hier streitigen durch den Gesetzgeber tatsächlich oder vielleicht eine Rolle gespielt haben, können jedoch nicht entscheidend sein, wenn die Rente nur für eine besondere Gruppe von Arbeitnehmern gilt, unmittelbar von der abgeleiteten Dienstzeit abhängig ist und ihre Höhe aufgrund der letzten Bezüge des Beamten berechnet wird. Die vom öffentlichen Arbeitgeber gezahlte Versorgung steht somit völlig einer Rente gleich, die ein privater Arbeitgeber seinen ehemaligen Arbeitnehmern zahlen würde“⁽⁶³³⁾. Letztes Beispiel: Ein französisches Basissystem zur Beamtenversorgung, das gesetzlich geregelt und verpflichtend ist und auf Verteilung beruht, zahlt Entgelte, da „die Beamten, auf die es anwendbar ist, als besondere Gruppe von Arbeitnehmern anzusehen sind“, zumal die Pension „als Vergütung der Dienste gezahlt wird, die die Beamten bis zu ihrem ordnungsgemäßen Ausscheiden aus dem Dienst geleistet haben, und die Höhe der Pension das

⁽⁶²⁸⁾ Urteil vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88, Barber, Slg. 1990, I-1889.

⁽⁶²⁹⁾ Urteil vom 25. Mai 1971 in der Rechtssache 80/70, Defrenne, Slg. 1971, 445.

⁽⁶³⁰⁾ Vgl. Urteil in der Rechtssache Beune, unten.

⁽⁶³¹⁾ Urteil vom 25. Mai 2000 in der Rechtssache C-50/99, Podesta, Slg. 2000, I-4039.

⁽⁶³²⁾ In dem Urteil Evrenopoulos (Urteil vom 17. April 1997 in der Rechtssache C-147/95, Slg. 1997, I-2057) hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass ein Verteilungsverfahren Artikel 141 des Vertrags unterworfen sein könnte.

⁽⁶³³⁾ Urteil vom 28. September 1994 in der Rechtssache C-262/93, Beune, Slg. 1994, I-4471.

Niveau, die Dauer und die Art der geleisteten Dienste berücksichtigt“; der Gerichtshof fügte hinzu, dass „es für die Beantwortung der Frage, ob das betreffende System in den Anwendungsbereich des Artikels 119 EG-Vertrag fällt, weder darauf ankommt, ob es sich bei der betreffenden Rente um eine ergänzende Versorgungsleistung gegenüber einer aufgrund eines gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit gewährten Grundrente handelt, noch auf das Kriterium der Modalitäten der Finanzierung und Verwaltung eines Rentensystems“⁽⁶³⁴⁾.

Aus diesem kurzen Überblick über die Rechtsprechung zu Artikel 141 des EG-Vertrags geht hervor, dass die formalen, den Ursprung des Systems (gesetzlich oder betrieblich) bildenden Kriterien und seine Stellung im Rahmen der sozialen Sicherung (Basis- oder Zusatzversorgungssystem) nicht entscheidend sind. Die Kriterien für die Art der Verwaltung (durch Verteilung oder kapitalgedeckt, verpflichtender oder freiwilliger Beitritt) und für die Art der Finanzierung (autonom oder unter Beteiligung der öffentlichen Hand) sind gleichfalls ohne Belang. Gleiches gilt für eine eventuelle Anwendbarkeit der Koordinierungsvorschriften auf das System. Daraus folgt, dass ein System als betrieblich im Sinne der Gleichstellung von Männern und Frauen und im Sinne der Koordinierungsregeln als gesetzlich bezeichnet werden kann. Die Herangehensweise des Gerichtshofs ist daher in jeder Hinsicht zweckdienlich, da jegliche Reflexion über den Begriff der sozialen Sicherheit außer Acht gelassen wird. Dies führt dazu, dass einem variablen Ansatz der Vorzug gegeben wird: Die soziale Sicherheit ist plastisch, ihre Konturen variieren in Abhängigkeit der untersuchten Fragen. Man stellt gleichfalls fest, dass die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt von Artikel 141 des EG-Vertrags definiert werden: Sie decken Systeme ab, die nach den von dem Gerichtshof angelegten Kriterien keine Entgelte zahlen. Vorrang hat demnach die

„betriebliche soziale Sicherheit“ – auf die Gefahr hin, dass man ihr dadurch mehr Gewicht verleiht.

Nebenbei scheint es, als spiele die „soziale Sicherheit“ bei der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, die die Richtlinie 80/987/EWG und die späteren Richtlinien, die letztere geändert haben, eine Rolle. Die Mitgliedstaaten können daher vorsehen, dass die Artikel 3, 4 und 5 der Richtlinie „nicht für die Beiträge der Arbeitnehmer zu den einzelstaatlichen gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit oder den betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen außerhalb der einzelstaatlichen gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit gelten“. Nach Auffassung des Gerichtshofs, der im Hinblick auf britische, vom Arbeitgeber in Form von Pensionsfonds finanzierte Rentensysteme in einer Rechtssache angerufen wurde, in der die Vermögensmasse eines in Schwierigkeiten steckenden Unternehmens nicht ausreichte, um sämtliche fälligen Leistungen an alle Angeschlossenen zu decken, muss „die Finanzierung erworbene Rechte auf Leistungen bei Alter weder zwangsläufig von den Mitgliedstaaten selbst sichergestellt werden noch vollständig sein“. Jedoch muss ein von der Richtlinie gefordertes Mindestmaß an Schutz eingehalten werden, und es ist festzuhalten, dass „Vorschriften des innerstaatlichen Rechts in bestimmten Situationen auf eine Garantie hinauslaufen können, die auf 20 % oder 49 % der Ansprüche, die einem Arbeitnehmer zustanden, also auf weniger als deren Hälfte begrenzt ist, nicht als der Definition des in Artikel 8 der Richtlinie verwendeten Begriffs ‚Schutz‘ entsprechend angesehen werden“⁽⁶³⁵⁾.

Dieser erste Teil lässt die Behauptung zu, dass es der sozialen Sicherheit im Sozialrecht der Gemeinschaft an Identität fehlt, sei es im Bereich der Koordinierung oder bei der Gleichstellung der Geschlechter:

⁽⁶³⁴⁾ Urteil vom 29. November 2001 in der Rechtssache C-366/99, Griesmar, Slg. 2001, I-9383. Man beachte, dass in diesem Urteil der Gerichtshof das Rentensystem nicht als ein „betriebliches System“ definiert.

⁽⁶³⁵⁾ Urteil vom 25. Januar 2007 in der Rechtssache C-278/05, Robins, Slg. 2007, I-1053. Nach Auffassung des Gerichtshofs hängt die Zuständigkeit des betreffenden Mitgliedstaats von der Feststellung einer offenkundigen und erheblichen Überschreitung der Grenzen ab, die seinem Ermessen gesetzt sind.

Sie stellt nur einen variablen Rahmen dar und ein Instrument der Politiken, die sie überragen und in den Schatten stellen. Muss es dann erstaunen, dass die Richter über die Koordinierungsvorschriften hinausgehen und sich entsprechend der Umstände auf alternative Lösungen aus externen Quellen stützen? Als Reaktion auf diese negative Bestandsaufnahme, die ein nicht intaktes Bild der sozialen Sicherheit im Sozialrecht der Gemeinschaft zeichnet, sind Ideen in der Weise auszuschöpfen, wie der Binnenmarkt Sicherheit und Solidarität verbindet.

II. KONZEPTIONELLER ANSATZ DER SOZIALEN SICHERHEIT, INSPIRIERT VON DEN WERKZEUGEN DES BINNENMARKTS?

Die soziale Sicherheit wird außerhalb der Koordinierungsvorschriften, ob direkt oder indirekt, von einer Reihe von Quellen des primären Rechts und des abgeleiteten Rechts erfasst. Eine Analyse der zugehörigen Rechtsprechung ermöglicht es, sich der sozialen Sicherheit über einen deutlich anderen Ansatz zu nähern, bei dem man soziale Sicherheit nicht länger nach ihrem Umfang, sondern unter einem *konzeptionellen Gesichtspunkt* betrachtet.

Was ist unter „Konzeption“ zu verstehen? Der Begriff der Konzeption beruht auf der Vorstellung einer Klassifizierung. Wenn man die Konzeption einer bestimmten Sache ergründen möchte, muss man hinter einer sich verändernden und heterogenen sozialen Wirklichkeit nach Konstanten und Identitäten suchen. Die Suche nach Konzeptionen ist Teil juristischer Arbeit⁽⁶³⁶⁾. Die Individualisierung einer Konzeption setzt voraus, dass man deren integrale Bestandteile und Interaktionen einzeln aufführt und deren entscheidende Elemente zum Ausdruck bringt. „Konzeption“ bedeutet aber nicht „Qualifikation“: Die Konzeption ist nicht notwendigerweise mit der Rechtsordnung verbunden. Sie dient dazu,

⁽⁶³⁶⁾ F. P. Benoît: *Notions, concepts, instruments de la connaissance juridique*, Presse Universitaire Grenoble, 1995.

die Wirklichkeit besser zu verstehen, ist „das Ergebnis einer intellektuellen Vorgehensweise, bei der man dank der Vorstellung, die man von der Realität hat, von der sensiblen Realität zu der Darstellung dieser Realität übergeht“⁽⁶³⁷⁾. Die Konzeption ist „eine allgemeine Vorstellung von geistiger Arbeit“ oder „das Ergebnis einer geistigen Anstrengung mit dem Ziel, in einer vorherrschenden Darstellung das logisch Wesentliche zu erfassen“⁽⁶³⁸⁾. Somit lassen sich Konzeption und Konzept synonym verwenden.

In methodischer Hinsicht setzt das Erkennen einer Konzeption zweierlei voraus: Zum einen Abstraktion von der Verallgemeinerung des Realen und zum anderen den Weg zurück zum Realen. Nehmen wir ein Beispiel, das Charles Jarrosson (a. a. O.) verwendet: Kennt man Eisen, Blei, Gold und Kupfer, muss der Intellekt zum Verständnis des Konzepts Metall sowohl verallgemeinern als auch abstrahieren. Ist dieser Punkt erreicht, wird es umso einfacher, das eine oder andere, bislang unbekannte Metall zu kennen. Im Bereich des Rechts erfolgt die Suche nach einem Konzept über eine Analyse, bei der aus den realen Elementen die Elemente zusammengefasst werden, die sich für eine gemeinsame Qualifikation eignen. Die Konzeption ist das Ergebnis von sowohl äußerst unterschiedlichen Daten als auch von geschichtlichen Hintergründen, dem sozialen und wirtschaftlichen Kontext und dem Rechtsvergleich. Diese Vorgehensweise ermöglicht es der Konzeption, die rechtliche Realität zu beeinflussen, da sie das Recht dahin gehend lenkt, mit der Konzeption in Einklang zu stehen. Es gäbe also zwei Kategorien von Konzeptionen, „begriffliche“ Konzeptionen, die unabhängig davon wären, welchem Ziel sie dienen⁽⁶³⁹⁾, und „funktionale“ Konzeptionen, die durch ihre Funktion gekennzeichnet sind. In unserem Sinn muss die Konzeption der sozialen Sicherheit beide Ansätze übernehmen.

Dank der Instrumente des Binnenmarkts hat man nämlich die Identität der sozialen Sicherheit im

⁽⁶³⁷⁾ C. Jarrosson: *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1987.

⁽⁶³⁸⁾ C. Jarrosson, a. a. O.

⁽⁶³⁹⁾ G. Vedel, JCP 1948, I, Nr. 682.

Gemeinschaftsrecht isoliert. Ein inhärentes Merkmal der sozialen Sicherheit ist die Solidarität. Dieser Umstand ergibt sich ganz offenkundig aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs (A) und der Arbeit des Gesetzgebers (B).

A. Solidarität und soziale Sicherheit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Worum es bei der sozialen Sicherheit grundsätzlich geht, wurde von dem Europäischen Gerichtshof bereits vor mehr als 25 Jahren anlässlich einer Streitigkeit, die die Anwendung der Grundsätze des freien Warenverkehrs implizierte, aufgezeigt⁽⁶⁴⁰⁾. Bei dem Rechtsstreit ging es darum zu klären, ob die Tatsache, dass die Niederlande zum Zwecke von Einsparungen bei der Pflichtversicherung gegen Krankheit Versicherte von der Versorgung mit bestimmten Arzneimitteln ausschließt, eine Maßnahme darstellt, die die gleiche Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen hat. Es wird dargelegt, dass 80 % der in den Niederlanden verbrauchten Arzneimittel importiert werden. Wenn ein Arzneimittel somit von der Kostenerstattung durch die Einrichtung ausgeschlossen wird, wird es weniger gekauft und droht damit ganz vom Inlandsmarkt verdrängt zu werden. Die Antwort des Gerichtshofs gründet sich auf die Eigenständigkeit der Krankenpflichtversicherung: „Angesichts der Besonderheit des Arzneimittelhandels, der dadurch gekennzeichnet ist, dass Träger der sozialen Sicherheit anstelle der Verbraucher die Krankheitskosten tragen, kann jedoch eine Regelung der hier gegebenen Art als solche nicht als Beschränkung der durch Artikel 30 EWG-Vertrag gewährleisteten Einfuhrfreiheit angesehen werden, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind“⁽⁶⁴¹⁾. Worin besteht nun diese „Besonderheit“? Der Gerichtshof führt dies nicht weiter aus. Man ahnt

aber, dass nach dieser Kennzeichnung diese Besonderheit dazu dient, die soziale Sicherheit isoliert zu betrachten und eine Betrachtung außerhalb der Vorschriften des Wettbewerbsrechts zu rechtfertigen.

Zehn Jahre später wird der Gerichtshof Gelegenheit haben, seine Analyse ausführlicher darzustellen. In den berühmten Rechtssachen Poucet und Pistre⁽⁶⁴²⁾ hatten zwei Selbständige nicht die Verpflichtung des Beitritts zu einem Versicherungssystem für Krankheit und Alter, aber den Umstand infrage gestellt, dass sie ihre Versicherungsgesellschaft nicht frei wählen könnten, da ihnen die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit, denen sie verpflichtend angehörten, den Versicherer aufzwingen würden. Die beiden Versicherten vertraten die Auffassung, dass die mit der Verwaltung eines Systems der sozialen Sicherheit betraute Einrichtung als Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag anzusehen seien und die beherrschende Stellung, die der Einrichtung durch Rechtsvorschriften eingeräumt werde, mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sei. Der Gerichtshof folgt dieser Argumentation nicht. „Die Krankenkassen oder die Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken, erfüllen jedoch eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter. Die Tätigkeit beruht nämlich auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität und wird ohne Gewinnzweck ausgeübt. Die Leistungen werden von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht. Folglich ist diese Tätigkeit keine wirtschaftliche Tätigkeit, und die mit ihr betrauten Einrichtungen sind daher keine Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag.“

Was ist unter Solidarität zu verstehen? Im Hinblick auf die Urteile in den Rechtssachen Poucet und Pistre bedeutet Solidarität, dass allen Personen, die einem System der sozialen Sicherheit angehören, unabhängig von ihrer Vermögenslage und ihrem Gesundheitszustand zum Zeitpunkt des Beitritts, Versicherungsschutz bei Krankheit, Alter, Tod und

⁽⁶⁴⁰⁾ Urteil vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82, Duphar, Slg. 1984, 523.

⁽⁶⁴¹⁾ Eine derartige Regelung, so der Gerichtshof, ist nur dann mit dem Vertrag vereinbar, wenn bei der Auswahl der nicht erstattungsfähigen Arzneimittel jede Diskriminierung importierter Arzneimittel unterbleibt. Die Negativlisten sind daher aufgrund objektiver Kriterien zu erstellen, die vom Ursprung der Erzeugnisse unabhängig und für jeden Importeur überprüfbar sind.

⁽⁶⁴²⁾ Urteil vom 17. Februar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 und I-647.

Invaliderität gewährt wird. Der Solidaritätsgrundsatz wird im Versicherungssystem für Krankheit und Mutterschaft dadurch konkretisiert, so der Gerichtshof, dass dieses System durch Beiträge nach Maßgabe der Einkünfte aus Berufstätigkeit und der Altersrenten finanziert wird; von der Beitragsleistung sind nur die Bezieher einer Invaliditätsrente und die versicherten Altersrentner befreit, deren Einkünfte unterhalb einer bestimmten Grenze liegen. Außerdem behalten die Personen, die diesem System nicht mehr angehören, ihre Leistungsansprüche unentgeltlich ein Jahr lang. Diese Solidarität bringt eine Einkommensumverteilung zwischen den Wohlhabenden und den Personen mit sich, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde. Im System der Altersversicherung kommt die Solidarität, nach Auffassung des Gerichtshofs, dadurch zum Ausdruck, dass die Renten der im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer durch die von den erwerbstätigen Arbeitnehmern geleisteten Beiträgen finanziert werden. Sie zeigt sich zudem in der Gewährung von Rentenansprüchen, denen keine Gegenleistung in Form von Beiträgen gegenübersteht und deren Höhe nicht von den geleisteten Beiträgen abhängt.

Die Solidarität ist somit für die soziale Sicherheit gleichzeitig Zweck und Methode. Demnach ist der Ansatz vollkommen anders als bei den Koordinierungsvorschriften: Deren formale Kriterien treten hinter den funktionalen Kriterien des Binnenmarkts zurück.

Die Begründung des Gerichtshofs wurde auf einen Rechtsstreit über die Weigerung eines Handwerkers, Sozialbeiträge an die staatliche Unfallversicherungsanstalt Italiens aufgrund der Tatsache zu zahlen, dass diese Einrichtung eine Monopolstellung habe, was zum Missbrauch der beherrschenden Stellung verleite, übertragen. Der Gerichtshof vertritt hier eine ähnliche Auffassung wie in den Urteilen *Poucet* und *Pistre*, angepasst an das Risiko von Arbeitsunfällen. „Eine Einrichtung, die wie das INAIL [l’Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro]

durch Gesetz mit der Verwaltung eines Systems der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten betraut ist, fällt nicht unter den Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag.“ Zum einen: „Der Schutz gegen die Risiken eines Arbeitsunfalls und einer Berufskrankheit gehört seit langer Zeit zum sozialen Schutz, den die Mitgliedstaaten ihrer gesamten Bevölkerung oder einem Teil hiervon gewähren.“ Zum anderen: Das gesetzliche System der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten Italiens verfolgt „insofern, als es eine obligatorische soziale Sicherung für alle Selbständigen außerhalb des Agrarbereichs vorsieht, die eine vom Gesetz als gefahrgeneigte qualifizierte Tätigkeit ausüben, einen sozialen Zweck“. „Ein solches System soll nämlich allen geschützten Personen eine Deckung gegen die Risiken des Arbeitsunfalls und der Berufskrankheit gewähren, unabhängig von jeder Pflichtverletzung des Geschädigten oder des Arbeitgebers und damit ohne dass derjenige zivilrechtlich haftbar gemacht werden müsste, der die Vorteile aus der gefahrgeneigten Tätigkeit zieht.“ „Der soziale Zweck des fraglichen Versicherungssystems wird ferner dadurch bestätigt, dass die Leistungen auch gewährt werden, wenn die fälligen Beiträge nicht entrichtet wurden; dies trägt offensichtlich zum Schutz aller Versicherten gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten bei.“ Der Gerichtshof hebt anschließend mehrere Faktoren hervor, die nachweisen, dass das System von dem Grundsatz der Solidarität geleitet wird: Es wird „durch Beiträge finanziert, deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist“, da die Höhe der gewährten Leistungen „nicht notwendig proportional zu den Einkünften des Versicherten ist“. Das Fehlen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen „bewirkt somit eine Solidarität zwischen den hoch bezahlten Arbeitnehmern und denjenigen, die in Anbetracht ihrer niedrigen Einkünfte keine angemessene soziale Absicherung hätten, wenn ein solcher Zusammenhang bestünde“⁽⁶⁴³⁾

⁽⁶⁴³⁾ Urteil vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-218/00, *Cisali di Battistello Venanzio & C. Sas* und *INAIL*, Slg. 2002, I-691.

Wie würde der Gerichtshof bei Zusatzversorgungssystemen reagieren? In der Rechtssache FFSA⁽⁶⁴⁴⁾ hat der Gerichtshof auf der Grundlage derselben Begründung zu einem französischen Zusatzrentenversicherungssystem für die Selbständigen landwirtschaftlicher Berufe eine konträre Lösung angeführt. Das Dekret, das dieses System eingeführt hat, sah die Verwaltung durch die Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole vor. Diese Monopolstellung wurde von der Fédération des sociétés d'assurance als Vertreterin privater Versicherungsunternehmen infrage gestellt. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung: „Eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Rentenversicherungssystem verwaltet, das insbesondere hinsichtlich der Beitrittsvoraussetzungen, der Beiträge und der Leistungen aufgrund einer Verordnung nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet, ist ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 ff. EG-Vertrag.“ Daraus folgte eine Antwort, die sich grundlegend von den Urteilen Poucet und Pistre unterscheidet, denn es geht nicht um den Zusatzversorgungscharakter des Systems, sondern um die Tatsache, dass es kapitalgedeckt funktioniert. Überdies ist die Zugehörigkeit freiwillig. Dies genügt, um die Faktoren der Solidarität, nach denen die französischen Behörden die Monopolstellung zu rechtfertigen suchten, als unzureichend zu qualifizieren.

Die Wende kam dann mit den drei Urteilen vom 21. September 1999⁽⁶⁴⁵⁾ zu niederländischen Zusatzrentensystemen (2. Säule), die auf Branchenebene durch Tarifvertrag geschaffen wurden. Ist die vom Staat verankerte Verpflichtung von Unternehmen, die einem bestimmten Wirtschaftszweig angehören, ihre Arbeitnehmer bei dem besagten Rentenfonds anzumelden, mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft vereinbar? In seiner Antwort misst der

Gerichtshof dem Umstand, dass der Rentenfonds von den Tarifpartnern geschaffen wurde, eine große Bedeutung bei: Ein solches System soll in seiner Gesamtheit ein bestimmtes Rentenniveau für alle Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweigs gewährleisten und trägt daher unmittelbar zur Verbesserung einer der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, nämlich ihrer Entlohnung, bei und fällt nicht unter Artikel 85 des Vertrags. Abgesehen davon und aufgrund der Tatsache, dass das System kapitalgedeckt arbeitet, ist der Gerichtshof der Auffassung, dass der das System verwaltende Fonds ein Unternehmen im Sinne der Artikel 85 ff. des Vertrags ist. Die Monopolstellung wird dennoch nicht bestritten, denn „das ausschließlich vom Fonds verwaltete Zusatzrentensystem ist durch einen erhöhten Grad an Solidarität gekennzeichnet, und zwar insbesondere wegen der Unabhängigkeit der Beiträge vom Risiko, der Verpflichtung, alle Arbeitnehmer ohne vorherige ärztliche Untersuchung aufzunehmen, der Fortsetzung der Begründung von Rentenansprüchen unter Befreiung von der Beitragszahlung bei Arbeitsunfähigkeit, der Übernahme von vom Arbeitgeber bei dessen Konkurs geschuldeten Beitragsrückständen durch den Fonds sowie der Indexierung der Höhe der Renten zur Erhaltung ihres Wertes“. Nach alledem „könnte die Entziehung des dem Fonds übertragenen ausschließlichen Rechts dazu führen, dass es einem solchen Fonds unmöglich würde, die ihm übertragenen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu erfüllen, und dass sein finanzielles Gleichgewicht gefährdet würde“. Im Rahmen eines anderen niederländischen betrieblichen Zusatzrentenfonds, der aufgrund einer Entscheidung der öffentlichen Hand für alle Fachärzte obligatorisch ist, hat der Gerichtshof ebenfalls wie folgt entschieden: „Ein von einer Standesvertretung eines freien Berufes eingerichteter, mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betrauter Rentenfonds, der die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmt und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet und in dem die Pflichtmitgliedschaft vom Staat für alle Angehörigen des betreffenden Berufes vorgeschrieben worden ist, ist ein Unternehmen im

⁽⁶⁴⁴⁾ Urteil vom 16. November 1995 in der Rechtssache C-244/94, Slg. 1995, I-4013.

⁽⁶⁴⁵⁾ Urteil vom 21. September 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-115/97 bis C-117/97, Brentjens, Slg. 1999, I- 6025; Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-219/97, Bokken BV, Slg. 1999, I-6121; Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-67/96, Bokken BV, Slg. 1999, I-5751.

Sinne der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag.“ „Die Artikel 86 und 90 EG-Vertrag verwehren es dem Staat nicht, einem Rentenfonds das ausschließliche Recht zur Verwaltung eines Zusatzrentensystems für die Angehörigen eines freien Berufes zu gewähren.“⁽⁶⁴⁶⁾

Die Identität der sozialen Sicherheit wurde durch eine Analyse der Verwaltungspraxis der Richtlinien zu „Versicherungen“ gestärkt. Es wurde im Wesentlichen die Frage gestellt, ob das Monopol von Einrichtungen der sozialen Sicherheit, die in Frankreich mit der Verwaltung der Kranken- und Mutterschaftsversicherung von Selbständigen betraut sind, mit Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 92/49/EWG vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) vereinbar ist, die von ihrem Geltungsbereich Versicherungen im Rahmen eines gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit ausschließt. Der Gerichtshof verneinte diese Frage und erinnerte daran, dass „Systeme der sozialen Sicherheit, die, wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, auf dem Solidaritätsgrundsatz beruhen, die Versicherungspflicht erfordern, damit die Anwendung dieses Grundsatzes sowie das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme gewährleistet sind. Wäre Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 92/49 im Sinne der Ausführungen des nationalen Gerichts auszulegen, so würde die Versicherungspflicht beseitigt und dementsprechend der Fortbestand der betreffenden Systeme unmöglich gemacht“⁽⁶⁴⁷⁾.

Unter den Geltungsbereich der Richtlinie 92/49/EWG fallen hingegen Unternehmen, die das Risiko von Arbeitsunfällen, sogar im Rahmen eines gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit abdecken, da diese Unternehmen auf eigenes Risiko eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen; das ist der Fall bei Arbeitsunfallversicherungen in Belgien⁽⁶⁴⁸⁾. Die

Richtlinie über „Versicherungen“ kann demnach Systeme der sozialen Sicherheit abdecken, die im Übrigen unter die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fallen.

Die Begründung des Gerichtshofs, die auf dem Solidarprinzip beruht, findet auch auf das Kartellrecht Anwendung. Zu beantworten war die Frage, ob zur Bewältigung der Ausgabenerhöhungen bei den gesetzlichen Krankenkassen, die Krankenkassenverbände des betreffenden Staates (Deutschland) per Gesetz dazu aufgefordert werden könnten, Festbeträge für die Beteiligung der Krankenkassen an den Kosten von Arzneimitteln und Pflegematerial festzulegen. Anders ausgedrückt: Kennzeichnet diese Situation ein Übereinkommen, nach dem die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts hinsichtlich des Beitragssatzes miteinander konkurrieren, um Pflichtmitglieder und freiwillig Versicherte zu gewinnen, zumal nach deutschem Recht die Versicherten ihre Krankenkasse frei wählen können? Nach Auffassung des Gerichtshofs ist „festzustellen, dass die Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland wie die Einrichtungen, um die es in der Rechtssache Poucet und Pistre ging, an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mitwirken. Sie nehmen insoweit eine rein soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. Besonders hervorzuheben ist, dass die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet sind, ihren Mitgliedern im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe sind. Die Krankenkassen haben somit keine Möglichkeit, auf diese Leistungen Einfluss zu nehmen.“ „Da die Tätigkeit von Einrichtungen wie den Krankenkassen nicht wirtschaftlicher Art ist, sind sie keine Unternehmen im Sinne der Artikel 81 EG und 82 EG.“ Der Gerichtshof fügt hinzu, „dass die Kassenverbände bei der Festsetzung dieser Festbeträge kein eigenes Interesse verfolgen, das sich vom rein sozialen Zweck der Krankenkassen trennen ließe. Vielmehr kommen die Kassenverbände mit dieser Festsetzung einer Pflicht nach, die vollständig zur Tätigkeit der Krankenkassen

⁽⁶⁴⁶⁾ Urteil vom 12. September 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Pavlov, Slg. 2000, I-6451.

⁽⁶⁴⁷⁾ Urteil vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-238/94, Garcia, Slg. 1996, I-1673.

⁽⁶⁴⁸⁾ Urteil vom 18. Mai 2000 in der Rechtssache C-206/98, Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-3509.

sen im Rahmen der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung gehört“⁽⁶⁴⁹⁾.

Eine nahezu identische Frage wurde in der Rechtssache „Fédération espagnole des entreprises d’instruments scientifiques, médicaux techniques et dentaires (FENIN) gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften“ aufgeworfen, in der es darum ging, ob Einrichtungen, die Gesundheitsleistungen in Form eines nationalen Gesundheitsdienstes erbringen, unter die Wettbewerbsregelungen fallen. Der spanische Unternehmerverband, in dem die meisten der Unternehmen, die medizinische Erzeugnisse an Krankenhäuser des nationalen Gesundheitssystems liefern, zusammengeschlossen sind, beanstandete bei der Kommission, dass die mit der Verwaltung des nationalen Gesundheitsdienstes betrauten Einrichtungen ihre Schulden systematisch mit einem Rückstand von durchschnittlich 300 Tagen beglichen, während sie ihre Schulden gegenüber anderen Dienstleistungserbringern innerhalb sehr viel angemessenerer Fristen zahlten. Die dem Verband angeschlossenen Unternehmen fühlten sich als Opfer einer Diskriminierung, die auf dem spanischen Markt für medizinische Erzeugnisse mit der beherrschenden Stellung der das nationale Gesundheitssystem verwaltenden Einrichtungen in Zusammenhang stünde. Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG) weist die Klage zurück und vertritt die Auffassung, dass das nationale Gesundheitssystem (SNS) „nach dem Solidaritätsgrundsatz funktioniert, weil es durch Sozialversicherungsbeiträge und andere staatliche Beiträge finanziert wird und unentgeltlich Dienstleistungen an seine Mitglieder auf der Grundlage eines umfassenden Versicherungsschutzes erbringt. „Diese Einrichtungen handeln bei der Verwaltung des SNS somit nicht als Unternehmen“⁽⁶⁵⁰⁾. Die Einrichtungen des nationalen Gesundheitsdienstes können auch weder nach dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, nach ihrer Verwaltungstätigkeit des

⁽⁶⁴⁹⁾ Urteil vom 16. März 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband und andere, Slg. 2004, I-2493.

⁽⁶⁵⁰⁾ Urteil vom 4. März 2003 in der Rechtssache T-319/99, FENIN, Slg. 2003, II-357.

nationalen Gesundheitsdienstes noch nach ihrer damit verbundenen Einkaufstätigkeit als Unternehmen angesehen werden. In seiner Entscheidung im Berufungsverfahren hat der Gerichtshof das Rechtsmittel zurückgewiesen und geurteilt, dass das EuG den Begriff „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft exakt angewendet hat, ein Begriff, der jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung, unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art ihrer Finanzierung, umfasst. Den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem Markt. Im vorliegenden Fall üben die verwaltenden Einrichtungen rein soziale Tätigkeiten aus und gehören damit zu der nationalen Solidargemeinschaft. Für den Gerichtshof ist die Käufertätigkeit der verwaltenden Einrichtungen, die nach dem FENIN wirtschaftlichen Charakter hat, nicht von der späteren Dienstleistung zu trennen. Die verwaltenden Einrichtungen fallen nicht unter das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und handeln nicht als Unternehmen, da sie bei den Mitgliedern des FENIN medizinische Erzeugnisse kaufen⁽⁶⁵¹⁾.

Der Grundsatz der Solidarität entfaltetete sich schließlich in der Ausgestaltung der Bedingungen, nach denen ein System der sozialen Fürsorge funktioniert, von dem man vermutete, dass es die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit behinderte. Es handelte sich um ein italienisches System der Sozialhilfe, das den Vertragsabschluss mit Wohnheimen für Senioren davon abhängig machte, dass diese Wohnheime von Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben würden, eine Bedingung, die eine Gesellschaft nach luxemburgischem Recht, die in Italien gegründet wurde, nicht erfüllte. Nach Auffassung des Gerichtshofs „beruht dieses System der Sozialhilfe, dessen Durchführung grundsätzlich den Behörden anvertraut ist, auf dem Grundsatz der Solidarität, was sich darin ausdrückt, dass das System vorrangig denjenigen beistehen soll, die wegen unzureichender Familieneinkünfte, der vollständigen oder teilweisen

⁽⁶⁵¹⁾ Urteil vom 11. Juli 2006 in der Rechtssache C-205/03 P, Fenin gegen Kommission, Slg. 2006, I-6295.

Unmöglichkeit, sich selbst zu versorgen, oder der Gefahr der Marginalisierung bedürftig sind, und nur in den Grenzen, die sich aus der Kapazität der Einrichtungen und verfügbaren Mittel ergeben, auch anderen Personen, die aber nach Maßgabe ihrer finanziellen Situation entstehende Kosten gemäß Tarifen zu tragen haben, die sich nach ihren Familieneinkünften richten“. Der Gerichtshof folgert daraus, dass „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ein Mitgliedstaat im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen kann, dass ein System der Sozialhilfe [...] seine Ziele nur erreichen kann, wenn zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen der Sozialhilfe nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbszweck verfolgen“. Folglich „verstößt die streitige Voraussetzung [kein Erwerbszweck] nicht gegen die Artikel 52 und 58 EG-Vertrag“⁽⁶⁵²⁾.

B. Solidarität, soziale Sicherheit und Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Die grundlegende Art der sozialen Sicherheit wurde anlässlich der Debatten über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse herausgestellt⁽⁶⁵³⁾. Man hat sich daher die Frage vorgelegt, ob die soziale Sicherheit eine eigenständige Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse sei. In der Richtlinie 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt spiegelt sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs wider, auch wenn die Richtlinie bei der sozialen Sicherheit nicht den Begriff „Solidarität“ verwendet⁽⁶⁵⁴⁾. Die Richtlinie, die die Dienstleistungs- und Nieder-

lassungsfreiheit in der Europäischen Union erleichtern soll, „berührt nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit“⁽⁶⁵⁵⁾. Somit wird die Analyse der Rechtsprechung im Hinblick auf das Konzept der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ bestätigt: „... muss die Frage, ob bestimmte Tätigkeiten – insbesondere Tätigkeiten, die mit öffentlichen Mitteln finanziert oder durch öffentliche Einrichtungen erbracht werden – eine ‚Dienstleistung‘ darstellen, von Fall zu Fall im Lichte sämtlicher Merkmale, insbesondere der Art, wie die Leistungen im betreffenden Mitgliedstaat erbracht, organisiert und finanziert werden, beurteilt werden.“ Weiter heißt es: „... das wesentliche Merkmal eines Entgelts darin liegt, dass es eine Gegenleistung für die betreffenden Dienstleistungen darstellt und dass das Merkmal des Entgelts bei Tätigkeiten fehlt, die vom Staat oder für den Staat ohne wirtschaftliche Gegenleistung im Rahmen der sozialen, kulturellen, bildungspolitischen und rechtlichen Verpflichtungen des Staates ausgeübt werden, wie etwa bei im Rahmen des nationalen Bildungssystems erteiltem Unterricht oder der Verwaltung von Systemen der sozialen Sicherheit, die keine wirtschaftliche Tätigkeit bewirken. [...] Diese Tätigkeiten entsprechen daher nicht der in Artikel 50 des Vertrags enthaltenen Definition von ‚Dienstleistungen‘ und fallen somit nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie“ (Präambel, Randnr. 34). Auch der Begriff der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“, auf den sich bestimmte Vorschriften der Richtlinie über „Dienstleistungen“ beziehen und der von dem Gerichtshof herausgearbeitet wurde, deckt zumindest die soziale Sicherheit von Arbeitnehmern ab und stellt die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit sicher (Präambel, Randnr. 40 und Artikel 4 Absatz 8).

Die Europäische Kommission berücksichtigt auch die besondere Stellung der sozialen Sicherheit im Rahmen der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse. In einer Mitteilung vom 26. April

⁽⁶⁵²⁾ Urteil vom 17. Juni 1997 in der Rechtssache C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, I-3395.

⁽⁶⁵³⁾ Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden definiert als „marktbezogene und nichtmarktbezogene Dienstleistungen, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“. *Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, KOM(2004) 374 endg.

⁽⁶⁵⁴⁾ Sie verwendet ihn allerdings für andere Sozialdienstleistungen, vgl. Präambel der Richtlinie, Randnr. 27.

⁽⁶⁵⁵⁾ Präambel, Randnr. 14, und Artikel 1 Absatz 6.

2006 ⁽⁶⁵⁶⁾ versteht sie unter dem Konzept „Sozialdienstleistungen“ „die gesetzlichen Regelungen und ergänzenden Systeme der sozialen Sicherung (betriebliche Systeme oder solche auf Gegenseitigkeit) zur Absicherung elementarer Lebensrisiken in Bezug auf Gesundheit, Alter, Arbeitsunfälle, Arbeitslosigkeit, Ruhestand, Behinderungen“. Wenn die Sozialdienstleistungen nach anwendbarem Gemeinschaftsrecht keine eindeutige Kategorie im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bilden, so weisen sie jedoch besondere Merkmale auf wie „Funktion nach dem Grundsatz der Solidarität, unter anderem in dem Sinne, dass Risiken ausgeschlossen werden und kein Ausgleich zwischen Beiträgen und Leistungen im Einzelfall stattfindet“ oder „ohne Erwerbszweck, unter anderem im Hinblick auf besonders schwierige Situationen, oft auch historisch bedingt“. Sie unterscheiden sich daher von den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, auch wenn die praktische Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Dienstleistungen nicht leicht fällt: „... dass weder der Sektor noch die rechtliche Stellung eines Dienstleisters (öffentliches oder privatwirtschaftliches Unternehmen, Unternehmensvereinigung oder Teil der öffentlichen Verwaltung) noch der Finanzierungsmodus darüber entscheiden, ob dessen Tätigkeiten wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur sind“ ⁽⁶⁵⁷⁾. Man kann sicherlich bedauern, dass die Zusatzversorgungssysteme allesamt mit Solidaritätssystemen gleichgesetzt werden, das ist eine ungenaue Verallgemeinerung, aber wenigstens wird die soziale Sicherheit anhand von Elementen der Solidarität herausgearbeitet.

Der Binnenmarkt erlaubt demnach die Entstehung einer Konzeption der sozialen Sicherheit, die in dem Solidarprinzip verankert ist. Könnte diese die gemeinsame sichtliche Grundlage für die Koordinierungsregeln der Zukunft bilden?

⁽⁶⁵⁶⁾ „Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union“, KOM(2006) 177 endg.

⁽⁶⁵⁷⁾ In diesem Sinne Mitteilung der Kommission „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“, 20. November 2007, KOM(2007) 725 endg.

III. STEHT BEI DEN KOORDINIERUNGSREGELN DER ZUKUNFT DIE SOLIDARITÄT IM MITTELPUNKT?

Auch wenn die Koordinierungsregeln hinsichtlich der Komplexität der festgelegten Ziele überaus umfassend sind, fehlt es ihnen an Akzeptanz. Ihre Architektur verdrängt das Ideal. Die Technik lässt nun einmal keine Träumereien zu, ist nicht Trägerin eines transzendentalen Projekts, begeistert die Menschen nicht. Sachlich ausgedrückt: Sie interessiert die Entscheidungsträger nicht.

Muss man den formalen Ansatz der sozialen Sicherheit nicht marginalisieren und stattdessen einem konzeptionellen Willen Raum zum Gedeihen geben, damit die Koordinierungsvorschriften wieder einen Sinn haben? In diesem Zusammenhang müsste es das Ziel der Koordinierungsvorschriften sein, die solidarischen Systeme und Leistungen der sozialen Sicherheit zu koordinieren. Artikel 42 des EG-Vertrags lässt diesem Ansinnen breiten Raum, indem er einfach darauf hinweist, dass der Rat „auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit“ die notwendigen Maßnahmen für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschließt. Er definiert soziale Sicherheit nicht, verhindert nicht die Formulierung von Koordinierungsregeln um den Begriff der sozialen Sicherheit.

Ist diese Perspektive etwas Unerreichbares? Vielleicht nicht, denn betrachtet man die jüngste Rechtsprechung des EuGH, so kann man zu dem Schluss kommen, dass dem untrennbaren Band zwischen sozialer Sicherheit und Solidarität (A) Bestätigung zuteilwird. Der nächste Schritt bestünde nun in der Schaffung einer formalen Verbindung zwischen sozialer Sicherheit und Solidarität (B) in den Koordinierungsvorschriften.

A. Ist eine solidarische soziale Sicherheit im Sinne der Rechtsprechung anwendbar auf die Koordinierungsregeln?

Das bereits erwähnte Urteil Bosmann verdient besondere Beachtung, kann es doch als Beginn eines neuen Paradigmas, eines Paradigmas, das nicht ohne Bezug zu dem Begriff der sozialen Sicherheit steht, gesehen werden. Ursprung der Streitigkeit in der Rechtssache Bosmann war die Tatsache, dass die Mutter als Belgierin mit ihren Kindern in Deutschland wohnte und ihr Familienleistungen nach deutschem Recht mit der Begründung versagt wurden, dass ab dem Tag, an dem sie in den Niederlanden eine Arbeit gefunden hätte, niederländisches Recht gelten würde. Im niederländischen Recht war nun aber die Gewährung von Leistungen in ihrer familiären Situation nicht vorgesehen⁽⁶⁵⁸⁾. In den Augen des Gerichtshofs steht die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 „dem nicht entgegen, dass ein Wanderarbeiter, der dem System der sozialen Sicherheit des Beschäftigungsmitgliedstaats unterliegt, nach den nationalen Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Familienleistungen im letztgenannten Staat bezieht“. Artikel 42 des EG-Vertrags stützt diese Auslegung: „... die Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 im Licht des Art. 42 EG auszulegen sind, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer erleichtern soll und u. a. impliziert, dass Wanderarbeitnehmer nicht deshalb Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit verlieren oder geringere Leistungen erhalten dürfen, weil sie das ihnen vom EG-Vertrag verliehene Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben“.

Die Urteilsbegründung lässt sich sicherlich kritisieren, aber aus ihr entstehen die Anfänge einer neuer Methode, die die Wirksamkeit des Anrechts auf Leistungen in den Staaten und die Höhe der Leistungen bei der Lösung von Gesetzeskonflikten berücksichtigt, ja sogar die anwendbaren Rechtsvorschriften miteinander konkurrieren lässt. Ein solcher Mechanis-

mus stützt sich auf die Logik des von dem EG-Vertrag geförderten „sozialen Fortschritts“, also auf eine in den Präambeln der Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EG) Nr. 883/2004, die zur Verbesserung der Lebensumstände und Arbeitsbedingungen von mobilen Personen beitragen sollen, verankerten Logik. In der Logik des sozialen Fortschritts drückt sich nun eine Form des Grundsatzes der Solidarität aus, den der EuGH in den Urteilen Poucet und Pistre stützt. Das Urteil Bosmann legt darüber hinaus nahe, dass mit der Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit, denen der Solidargedanke gemeinsam ist, die Solidarität aus den internationalen Beziehungen ausgeklammert wird. Man muss vermeiden, dass diese Beziehungen nicht durch einen Rückzug der nationalen Systeme in finanzieller und menschlicher Hinsicht auf sich selbst, d. h. eine Abschottung, die in Widerspruch zu dem solidarischen Zweck der sozialen Sicherheit steht, gekennzeichnet werden.

Mit dem Urteil Bosmann wird eine Solidarität zwischen Staaten (einzig die Staaten, mit denen eine Person nach dem internationalen Privatrecht Bezugspunkte hat) deutlich, wobei die einen die Lücken und Schwächen der anderen kompensieren müssen, damit die bestmögliche soziale Absicherung oder wenigstens eine annehmbare Absicherung gewährleistet ist. Diese Form zwischenstaatlicher Solidarität ist im Übrigen geeignet, eine brutale und unbeliebte Rechtsprechung, die außer von den Sachverständigen auf dem Gebiet der Koordinierungsvorschriften von niemandem verstanden wird, infrage zu stellen, nach der die Koordinierung „einem Erwerbstätigen nicht garantiert, dass die Ausweitung seiner Tätigkeiten auf mehr als einen Mitgliedstaat oder deren Verlagerung in einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit neutral ist; aufgrund der Unterschiede der Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit der Mitgliedstaaten kann eine solche Ausweitung oder Verlagerung für den Erwerbstätigen je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in Bezug auf den sozialen Schutz haben“⁽⁶⁵⁹⁾.

⁽⁶⁵⁸⁾ Im niederländischen Recht war nun aber die Gewährung von Leistungen in ihrer familiären Situation nicht vorgesehen.

⁽⁶⁵⁹⁾ Urteil vom 19. März 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-393/99 und C-394/99, Hervein u. a., Slg. 2002, I-2829.

Die Solidarität im Urteil Bosmann ist das transnationale Abbild einer Form von innerer Solidarität, die der sozialen Sicherheit, die der Gerichtshof lange Zeit in seinen Urteilen zum Binnenmarkt zum Ausdruck gebracht hat, eigen ist und die sich in der Unterstützung von Personen ausdrückt, die aufgrund ihres Gesundheitszustands, ihrer Vermögenslage, ihrer beruflichen Situation, ihres Alters, ihrer familiären Umstände, ihrer Biografie usw., Hilfe benötigen. Es ist die diesen nationalen Systeme der sozialen Sicherheit eigene Solidarität, die sich auch aus den Koordinierungsvorschriften ergeben muss.

B. Eine formalisierte Solidarität in den Koordinierungsvorschriften: zwischen Symbolen und konkreter Realität

Zunächst gilt es festzuhalten, dass es ein Fehler wäre, anzunehmen, dass der solidarische Zweck der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit den derzeitigen Koordinierungsvorschriften fremd sei. Er ist nämlich ein unsichtbarer Leitfaden, dem seit 1958 (Zeitpunkt der Einführung der ersten Koordinierungsvorschriften) die koordinierten nationalen Systeme der sozialen Sicherheit folgen. Bei den Systemen der sozialen Sicherheit, die von dem Gerichtshof vor der Anwendung der Regelungen des Gemeinschaftsrechts geschützt werden, handelt es sich nämlich mehr oder weniger um die Systeme, die sich in den Koordinierungsvorschriften finden lassen, zumindest dann, wenn man sich auf gesetzliche Systeme beschränkt. Der Gerichtshof hat übrigens über den Umweg einer Rechtssache, in der die Monopolstellung einer Einrichtung beanstandet wurde, die das gesetzliche System der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten in Italien verwaltet, eine Verbindung zwischen Koordinierung und Solidarität geschaffen: Eine solche Einrichtung fällt nicht unter den Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, da insbesondere „die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [...] besondere Vorschriften zu Koordinierung der nationalen Systeme für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten enthält, für deren Anwendung im Hinblick auf die Italienische Republik das INAIL ausdrücklich als

zuständiger Träger [...] benannt wurde“⁽⁶⁶⁰⁾. Hinzuzufügen sei, dass bestimmte tarifliche Systeme (man denke an das ARRCO-AGIRC in Frankreich) aufgrund ihrer solidarischen Natur in die Koordinierungsvorschriften aufgenommen worden sind.

Die Herausforderung besteht darin, wie diese föderale Beziehung zwischen Systemen der sozialen Sicherheit und der Solidarität in den Koordinierungsregeln sichtbar gemacht werden kann, wie sie sich aufwerten lässt und zu welchen Zwecken. Unserer Auffassung nach müssen die Ziele zum einen Symbolcharakter haben und zum anderen funktional sein. Die Dualität erinnert an den Begriff der Konzeption zu Beginn der Untersuchung.

Auf symbolischer Ebene ginge es um die Erzeugung einer bildlichen Wirkung in der Präambel der Verordnung. Wenn man die Koordinierung unter den Schutz der Systeme der sozialen Sicherheit stellen würde, denen ein solidarischer Zweck im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gemeinsam ist, gäbe man der Koordinierung neue Kraft. Sie würde zwar die Rolle eines Instruments des freien Personenverkehrs spielen, aber sie hätte eine Identität, eine eigene Kraft, eine Dynamik: Die Solidarität ist jedoch nicht nur ein Zustand, den es zu bewahren gilt, eine zu verdeutlichende und zu verteidigende Verbundenheit, sie ist auch ein Ziel, das erreicht werden muss. In anderen Worten: Die Solidarität stellt nicht nur eine gemeinsame Identität dar, die die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten zusammenbringt und die es verdient, in das wichtigste Schriftstück der Gemeinschaft zur sozialen Sicherheit aufgenommen zu werden, sondern darauf müssen alle Bemühungen gerichtet sein. Wenn sich die Systeme der sozialen Sicherheit zu gegebener Zeit „modernisieren“⁽⁶⁶¹⁾ müssen, wobei dieser Begriff voller Doppeldeutigkeit ist, muss man sich nicht dann eine unantastbare Grundlage in Erinne-

⁽⁶⁶⁰⁾ Urteil vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-218/00, a. a. O.

⁽⁶⁶¹⁾ Unter Bezugnahme auf eine Mitteilung der Europäischen Kommission „Modernisierung des Sozialschutzes im Interesse einer größeren sozialen Gerechtigkeit und eines stärkeren wirtschaftlichen Zusammenhalts: Die aktive Einbeziehung der arbeitsmarktfernen Menschen voranbringen“, KOM(2007) 620 endg.

rung rufen? Solidarität den Koordinierungsvorschriften voranstellen bedeutet Bindung Europas an eine solidarische soziale Sicherheit.

Auf operativer Ebene sind zwar keine tiefgreifenden Umwälzungen zu erwarten, aber man kann eine Reihe von Gelegenheiten schaffen und ergreifen. Der Hinweis auf Solidarität könnte helfen, die Koordinierung in einem anderen Licht zu sehen, die Koordinierungsvorschriften an den Stellen, an denen sich nichts bewegt, weiterzuentwickeln, indem man Horizonte eröffnet, die derzeit als unerreichbar gelten. Vier ins Auge springende Initiativen⁽⁶⁶²⁾ könnten so auf den Weg gebracht werden:

- Der Anwendungsbereich der Verordnung könnte neu überdacht werden. Insbesondere der gescheiterte Vorschlag für die Richtlinie zur „Verbesserung der Portabilität von Zusatzrentenansprüchen“⁽⁶⁶³⁾, der nach Änderung durch die Kommission und Überführung in einen Vorschlag für eine Richtlinie über „Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern durch Verbesserung der Begründung und Wahrung von Zusatzrentenansprüchen“⁽⁶⁶⁴⁾ keine Substanz mehr hat, lädt dazu ein, den solidarischen Systemen der Zusatzrentenversorgung in den Koordinierungsvorschriften einen Platz einzuräumen, auch wenn es sich um eine Solidarität auf betrieblicher Ebene handelt. In der Präambel der Richtlinie 98/49/EG wird erklärt: „Das durch die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 574/72 geschaffene Koordinierungssystem und insbesondere die Regeln für die Zusammenrechnung eignen sich nicht für Ergänzende Rentensysteme.“ Wird damit nicht die Anpassungsfähigkeit und Kreativität der Koordinierungsvorschriften unterschätzt, besonders zu einem Zeitpunkt, an dem sich die gesetzli-

chen Rentensysteme mehrerer Länder konzeptionell über Punktesysteme⁽⁶⁶⁵⁾ neu orientieren? Die Einbindung von Zusatzrentensystemen in die Koordinierungsvorschriften würde Letzteren immerhin ihre Glaubwürdigkeit zurückgeben, denn die Koordinierung von sozialer Sicherheit, die nur auf einer Säule ruht, würde dem großen europäischen Erfolg, den die soziale Sicherheit darstellt, nicht gerecht.

- Die Übernahme der grenzüberschreitenden Gesundheitsvorsorge könnte neu ausgestaltet werden, wobei die Initiative einer besonderen Richtlinie aufgrund der Dienstleistungsfreiheit⁽⁶⁶⁶⁾ nicht kohärent ist. Dieser Vorschlag für eine Richtlinie schwächte die Koordinierungsregeln und schadete durch ihre Komplexität und Undurchsichtigkeit den Bürgern. Sobald sie durch solidarische Systeme der sozialen Sicherheit abgesichert sind, müssten die grenzüberschreitenden Gesundheitsleistungen vollkommen erfasst werden – es geht dann um die Modalitäten der Übernahme im Rahmen der Koordinierungsvorschriften –, und sie dürften nicht an eine Parallelrichtlinie verwiesen werden.
- Die Regelungen bei Gesetzeskonflikten könnten neu untersucht werden. Dabei ginge es vor allem – nach dem Urteil Bosmann – darum, erneut an dem Grundsatz der Einzigartigkeit zu arbeiten und ihn angesichts der Ziele des sozialen Fortschritts und der Solidarität zu überdenken.
- Im Hinblick auf die soziale Sicherheit mobiler nicht arbeitender Bürger wäre schließlich das Ziel, den Vorrang der Koordinierungsvorschriften vor der Richtlinie 2004/38/EG, ein Beispiel für fehlende Solidarität par excellence, bei Gesetzeskonflikten zu formalisieren.

Wenn man die Koordinierungsvorschriften aus ihrem Stadium eines technischen Instruments heraus zu

⁽⁶⁶²⁾ Weitere Fragen, auf die der EuGH eine Antwort geben muss, verdienen eine erneute Lektüre: Status der Leistungen für Opfer des Krieges, System der Wohnsitzklauseln (insbesondere für Leistungen bei Arbeitslosigkeit), Zusammenhang mit der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 usw.

⁽⁶⁶³⁾ Vorgelegt von der Kommission am 20. Oktober 2005, KOM(2005) 507 endg.

⁽⁶⁶⁴⁾ Vorgelegt von der Kommission am 9. Oktober 2007, KOM(2007) 603 endg.

⁽⁶⁶⁵⁾ Bestimmte betriebliche Systeme könnten außerhalb der Koordinierung verbleiben, da sie nicht auf deren Mechanismen reduzierbar sind. Aber selbst für diese Systeme könnte man einen anderen, noch zielgerichteteren Ansatz vorsehen, der ihre Integration in die Koordinierung erzwingt; Voraussetzung wäre eine vorherige Anpassung dieser Systeme.

⁽⁶⁶⁶⁾ Vgl. den aktuellen Vorschlag für eine Richtlinie zur Anwendung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung vom 2. Juli 2008, KOM(2008) 414 endg.

einer Fürsprecherin eines fundamentalen Prinzips, das dem europäischen Sozialmodell eigen ist, weiterentwickeln würde, wäre an allen diesen defizitären Stellen eher ein Kampf auf Augenhöhe gegen parallele Rechtsprechungen, die andere fundamentale Prinzipien verteidigen (Unionsbürgerschaft, Dienstleistungsfreiheit, freier Personenverkehr usw.), möglich. Kann man bei dieser Gelegenheit hoffen, dass der gemeinschaftliche Richter wieder von den Koordinierungsvorschriften und ihrem Geist inspiriert würde?

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

Es ist paradoxerweise festzustellen, dass gerade die Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarkts den Begriff der sozialen Sicherheit aufwerten, obwohl der Binnenmarkt in der Öffentlichkeit als ein Spiegel einer neoliberalen und demnach unsolidarischen Vision Europas angesehen wird. Deutlich wurde dies insbesondere in den Debatten über die Richtlinie zu „Dienstleistungen“.

Wenn die Koordinierungsvorschriften in der Rechtsordnung der Gemeinschaft wieder erstrahlen wollen, ist ein Weg die Aufwertung des Grundsatzes der Solidarität, der ein Grundprinzip der sozialen Sicherheit ist. Die Koordinierungsvorschriften wären dann wieder, wie zu Beginn, die treibende Kraft bei der Schaffung eines gemeinsamen Marktes.

Man könnte die vorgeschlagenen Wege ablehnen. Sind sie überhaupt realistisch, wenn man sie wieder in den rechtlichen und politischen Kontext der Europäischen Union stellt? Neben den ersonnenen Lösungen ist die Feststellung zweifelsohne gültig, dass man insistieren und diskutieren muss: Die Koordinierungsvorschriften sind Opfer ihres technischen Ansatzes und ihrer mangelnden Orientierung. Sie beziehen sich auf eine soziale Sicherheit, die von den gemeinschaftlichen Richtern und der gemeinschaftlichen Gesetzgebung aus dem Gleichgewicht gebracht wurde. In dieser Hinsicht ist die Dynamik des Binnenmarkts, auch wenn die Ideologie strittig ist, ein Modell, das fortzuführen ist, damit die soziale Sicherheit und die Koordinierung wieder die Einheit erlangen, nach denen sie streben.

NEUE MIGRATIONSMUSTER UND KÜNFTIGE HERAUSFORDERUNGEN



Paul Minderhoud (*)

Radboud-Universität Nimwegen (Niederlande)

Dr. Paul Minderhoud ist außerordentlicher Professor am Zentrum für Migrationsrecht der Radboud-Universität Nimwegen, Niederlande. Seine Doktorarbeit ist eine soziojuristische Studie über die Unterschiede zwischen Einwanderern und Einheimischen bei der Umsetzung der Kindergeld- und Invaliditätsversicherungsgesetze in den Niederlanden: „Voor mij zijn ze allemaal gelijk“ (Amsterdam: Thesis Publishers 1993). Sein Hauptinteresse gilt den juristischen und soziojuristischen Aspekten der Einwanderung und sozialen Sicherheit. Er ist Projektleiter des *European Network on Free Movement of Workers* und Mitherausgeber des *European Journal of Migration and Law*. Seine Veröffentlichungen sind auf seiner Website aufgeführt (www.ru.nl/rechten/minderhoud). (**)

I. EINLEITUNG

Die Gesamtbevölkerung der EU beträgt derzeit etwa 490 Millionen Menschen.

Aufgrund diverser Verlagerungen bei demografischen Merkmalen der EU-Bevölkerung und des Ausscheidens der Nachkriegsgeneration aus dem Arbeitsmarkt wird die Anzahl der Personen in erwerbsfähigem Alter in den kommenden Jahren deutlich zurückgehen. Dies wird sich negativ auf Pensionsaufwendungen, Gesundheitskosten und Langzeitpflege, den Altersabhängigenquotienten und ganz allgemein auf die Dynamik der Wirtschaft auswirken. Nach den jüngsten Bevölkerungsprognosen von Eurostat sinkt die EU-Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter bis 2060 voraussichtlich um nahezu 50 Millionen, selbst wenn die Nettozuwanderung auf vergleichbarem Niveau bleibt. Ohne diese Zuwanderung liegt die Bevölkerung im erwerbs-

fähigen Alter 2060 etwa 110 Millionen unter dem heutigen Stand. Das würde bedeuten, dass in der EU insgesamt die Anzahl der über 65-Jährigen bis 2060 mehr als das Doppelte betragen wird. Vor diesem Hintergrund hat sich Migration zu einem entscheidenden Faktor für die demografische Entwicklung der EU herausgebildet, da sie in den vergangenen Jahren stärker ins Gewicht fiel als der Beitrag einer natürlichen Veränderung. Der wichtigste Beitrag der Zuwanderung zur Wirtschaft und Wettbewerbsfähigkeit der EU besteht jedoch neben und als wesentliche Ergänzung der Lissabon-Strategie für Wachstum und Beschäftigung darin, entstehende und künftige Arbeitskraft- und Kompetenzlücken auf den Arbeitsmärkten der EU zu schließen. In dieser Hinsicht ist unbedingt zu unterstreichen, dass der Rückgang der Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter nicht zwangsläufig bedeutet, dass diese Lücke durch eine gleich hohe Anzahl von Einwanderern geschlossen werden sollte: Ein so hohes Einwanderungsniveau wäre unrealistisch und würde eine erhebliche soziale und wirtschaftliche Belastung für die EU darstellen. Außerdem sind in der EU ausschließlich die

(*) Centre for Migration Law, Radboud-Universität Nimwegen, Niederlande.

(**) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

einzelnen Mitgliedstaaten dafür verantwortlich, Quoten für die als Arbeitskräfte aufgenommenen Einwanderer zu bestimmen. ⁽⁶⁶⁷⁾

Der ehemalige Kommissar für Justiz, Freiheit und Sicherheit Franco Frattini betonte 2007, dass die EU auf Zuwanderung angewiesen ist. Er räumte jedoch auch ein, dass Zuwanderung allein nicht die Lösung für eine alternde Bevölkerung sein kann. Auch wenn die Nettozuwanderung steigen sollte, bleibt es den europäischen Politikern nicht erspart, strukturelle und andere Änderungen umzusetzen, um den Auswirkungen einer alternden Bevölkerung entgegenzuwirken. Diese Herausforderung ist nicht zu unterschätzen. ⁽⁶⁶⁸⁾

A. Weitere Zahlen

Im Jahr 2006 ließen sich etwa 3 Millionen Zuwanderer aus dem Ausland in einem Land der EU-27 nieder. Diese Zuwanderer können anhand ihrer Staatsbürgerschaft in zwei Gruppen unterteilt werden: Bürger eines der 27 Mitgliedstaaten der EU (1,2 Millionen) und Nicht-EU-Bürger (1,8 Millionen). ⁽⁶⁶⁹⁾

Bürger der EU-27, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederließen, machten einen Anteil von 40 % der Zuwanderer aus dem Ausland aus. Die übrigen 60 % der Zuwanderer entfielen zu fast gleichen Teilen auf Bürger aus europäischen Ländern außerhalb der EU-27, Asien, Amerika und Afrika.

2006 bildeten Bürger aus Polen (etwa 290 000 Personen), Rumänien (etwa 230 000), Marokko (etwa 140 000), dem Vereinigten Königreich, der Ukraine und China (jeweils etwa 100 000) und Deutschland (etwa 90 000) die größte Gruppe der Zuwanderer.

Die größte Anzahl von Zuwanderern wurde 2006 in Spanien (803 000 Personen), Deutschland (558 500)

und dem Vereinigten Königreich (451 700) registriert, die zusammen 60 % aller Zuwanderer in die EU-27 aufnahmen.

Im Vergleich zur Bevölkerung im Ziel-Mitgliedstaat wurde der höchste Zuwanderungsanteil in den EU-27 in Luxemburg (28,8 Zuwanderer pro 1 000 Einwohner), Irland (19,6), Zypern (18,7), Spanien (18,1) und Österreich (10,3) registriert. Der Durchschnitt der EU-27 betrug 6,2 Zuwanderer pro 1 000 Einwohner. In Polen, Rumänien, Litauen und Lettland betrug der Anteil 1 Zuwanderer pro 1 000 Einwohner oder weniger.

In 17 der 24 Mitgliedstaaten, für die Daten zur Verfügung standen, waren die meisten Zuwanderer Bürger von Nicht-EU-Mitgliedstaaten. Der höchste Anteil wurde in Slowenien (90 %), Rumänien (86 %), Portugal (84 %) und der Tschechischen Republik (83 %) verzeichnet. In sieben Mitgliedstaaten war die Mehrheit der Zuwanderer Bürger der EU-27. Diese Mitgliedstaaten waren Luxemburg (84 %), Irland (77 %), Deutschland (57 %), Ungarn und die Slowakei (beide 54 %), Österreich (53 %) und Belgien (51 % im Jahr 2003).

Im Jahr 2006 machten Staatsangehörige von Drittstaaten etwa 3,8 % der Gesamtbevölkerung der EU aus. ⁽⁶⁷⁰⁾ Dies ist doppelt so viel wie die Anzahl der EU-Bürger, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind.

B. Drei zentrale Themen

Vor dem Hintergrund dieser demografischen Entwicklungen und der Zielsetzung von Lissabon, die EU zur wettbewerbsfähigsten Wirtschaft der Welt zu machen, werden in diesem Beitrag drei wichtige Themen angesprochen. Zunächst geht es im folgenden Abschnitt um den Stand der Dinge und die Kon-

⁽⁶⁶⁷⁾ Siehe „Eine gemeinsame Einwanderungspolitik für Europa“, 17. Juni 2008, MEMO/08/402.

⁽⁶⁶⁸⁾ Speech/07/91, Frattini, „The future of EU migration and integration policy“, London School of Economics, 23. Februar 2007.

⁽⁶⁶⁹⁾ Siehe Eurostat, „Recent Migration Trends: Citizens of EU-27 Member States become ever more mobile while EU remains attractive to non-EU citizens“, *Statistics in Focus*, 98/2008.

⁽⁶⁷⁰⁾ Am 1. Januar 2006 waren 18,5 Millionen Drittstaatsangehörige in der EU ansässig. Viele dieser Drittstaatsangehörigen sind selbst keine Zuwanderer, sondern Nachkommen von Zuwanderern, die nicht die Staatsbürgerschaft ihres Wohnsitzlandes angenommen haben. Siehe KOM(2007) 539.

sequenzen der jüngsten Erweiterungen von 2004 und 2007.

Anschließend gehe ich auf die europäische Migrationspolitik und deren Entwicklung in den letzten zehn Jahren ein. Im Vordergrund stehen hier der Bereich Arbeitskräftemigration, der seit langem von den Mitgliedstaaten als ausschließlich nationales Problem betrachtet wird, wo jedoch allmählich europäische Vorschriften akzeptiert werden.

Ein interessanter Teil der europäischen Migrationspolitik wird durch den sogenannten „Gesamtansatz“ begründet, das dritte Hauptthema dieses Beitrags. Im Zusammenhang mit diesem Gesamtansatz wird dem Phänomen der zirkulären Migration immer mehr Aufmerksamkeit geschenkt. Wie bereits erwähnt, konzentriere ich mich auf Arbeitskräftemigration und werde angesichts des Themas der Konferenz versuchen, auf Aspekte der sozialen Sicherheit einiger Entwicklungen einzugehen.

II. ERWEITERUNG

Ein wichtiges Ereignis, das die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU betraf und für neue Migrationsmuster sorgte, war die EU-Erweiterung von 15 auf 25 Mitgliedstaaten am 1. Mai 2004 und auf 27 Mitgliedstaaten am 1. Januar 2007. Der Beitritt der EU-10-Mitgliedstaaten sowie von Rumänien und Bulgarien hat zu neuen Migrationsströmen in Europa geführt. ⁽⁶⁷¹⁾

Das Grundrecht der Freizügigkeit der Arbeitnehmer wurde durch Übergangsbestimmungen eingeschränkt. Die Übergangsfrist beträgt bei beiden Beitrittsverträgen (2003 und 2005) maximal sieben Jahre. Sie ist in drei Phasen unterteilt („2 plus 3 plus

2“-Regelung). Die ersten beiden Jahre, in denen das nationale Gesetz der anderen Mitgliedstaaten den Zugang von Arbeitnehmern aus EU-8 und EU-2 regelt, sind bereits vorüber. In der zweiten, drei Jahre dauernden Phase können die Mitgliedstaaten ihre einzelstaatlichen Maßnahmen verlängern. Beschränkungen des Zugangs von Arbeitnehmern sollten im Prinzip mit der zweiten Phase enden. Allerdings kann ein Mitgliedstaat, der die einzelstaatlichen Maßnahmen am Ende der zweiten Phase beibehalten hat, bei schweren Störungen des Arbeitsmarkts oder der Gefahr schwerer Störungen nach Benachrichtigung der Kommission diese Maßnahmen weiterhin anwenden, bis der Zeitraum von sieben Jahren nach Beitrittsdatum beendet ist. Für Bulgarien und Rumänien enden die Übergangsregelungen unwiderruflich am 31. Dezember 2013 und für die EU-8-Mitgliedstaaten am 30. April 2011. ⁽⁶⁷²⁾

A. Erweiterung von 2004

Somit erlauben die im Beitrittsvertrag von 2003 festgelegten Übergangsvereinbarungen eingeschränkte Ausnahmeregelungen während eines Übergangszeitraums, der am 30. April 2011 unwiderruflich zu Ende geht. Die zweite Phase ist für die EU-8-Mitgliedstaaten am 30. April 2009 zu Ende gegangen. In dieser Phase öffneten 11 der EU-15-Mitgliedstaaten den Arbeitsmarkt für Arbeitnehmer aus den EU-8-Mitgliedstaaten: Das Vereinigte Königreich, Irland und Schweden hatten ihren Arbeitsmarkt sofort nach der Erweiterung geöffnet. Ihnen folgten Spanien, Finnland, Griechenland und Portugal am 1. Mai 2006 sowie Italien am 27. Juli 2006. Die Niederlande hoben am 1. Mai 2007 sämtliche Beschränkungen auf, Luxemburg am 1. November 2007 und Frankreich am 1. Juli 2008. Das Vereinigte Königreich hält an seinem obligatorischen Registrierungssystem fest, und in Finnland müssen Beschäftigungsverhält-

⁽⁶⁷¹⁾ Mit „EU-25-Mitgliedstaaten“ sind alle Mitgliedstaaten gemeint, die vor dem 1. Januar 2007 der EU angehörten; mit „EU-15-Mitgliedstaaten“ sind alle Mitgliedstaaten, die vor dem 1. Mai 2004 der EU angehörten. Mit „EU-10-Mitgliedstaaten“ sind alle Mitgliedstaaten gemeint, die der EU am 1. Mai 2004 beigetreten sind. Mit „EU-8-Mitgliedstaaten“ sind alle EU-10-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Maltas und Zyperns gemeint. Mit „EU-2-Mitgliedstaaten“ sind Bulgarien und Rumänien gemeint.

⁽⁶⁷²⁾ Mitteilung der Kommission. *Auswirkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Kontext der EU-Erweiterung*, Bericht über die erste Phase (1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2008) der im Beitrittsvertrag 2005 festgelegten Übergangsregelungen und gemäß der im Beitrittsvertrag 2003 festgelegten Übergangsregelung [KOM(2008) 765].

nisse nachträglich zu Überwachungszwecken registriert werden.

Die vier EU-15-Mitgliedstaaten, die Beschränkungen beibehalten haben, haben ihre Verfahren vereinfacht oder die Beschränkungen für einige Sektoren/Berufe gelockert (Österreich, Belgien, Dänemark und Deutschland). Belgien und Dänemark haben ihre Beschränkungen zum 1. Mai 2009 aufgehoben.

Deutschland und Österreich behalten ebenfalls ihre einzelstaatlichen Maßnahmen in Bezug auf die grenzüberschreitende Bereitstellung von Dienstleistungen bei.

Die drei EU-8-Mitgliedstaaten, die zunächst Maßnahmen auf Gegenseitigkeit anwandten, haben diese Maßnahmen eingestellt (Slowenien am 25. Mai 2006, Polen am 17. Januar 2007 und Ungarn am 1. Januar 2009).

B. Erweiterung von 2007 ⁽⁶⁷³⁾

Anfang 2007 traten Bulgarien und Rumänien der Europäischen Union bei. Die Beitrittsverträge mit diesen beiden neuen Mitgliedstaaten erlauben den 25 anderen Mitgliedstaaten die Anwendung von Übergangsregelungen in Bezug auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die inhaltlich mit den für die Mitgliedstaaten von 2004 geltenden Regelungen identisch sind (ohne Zypern und Malta, deren Bürger die gleichen Freizügigkeitsrechte genießen wie Arbeitnehmer aufgrund des Beitritts).

In der ersten Phase, die vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2008 dauerte, haben zehn der EU-25-Mitgliedstaaten (Tschechische Republik, Estland, Zypern, Lettland, Litauen, Polen, Slowenien, Slowakei, Finnland und Schweden) den Zugang von bulgarischen und rumänischen Arbeitnehmern zu ihren Arbeitsmärkten durch nationale Gesetze liberalisiert. Einige der EU-8-Mitgliedstaaten waren mit der fortgesetzten Anwendung der Übergangsregelung für

⁽⁶⁷³⁾ Auf Grundlage von <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=508&langId=en/>.

ihre Arbeitnehmer in einigen der EU-15-Mitgliedstaaten nicht einverstanden und führten dies als wichtigen Grund dafür an, dass sie bulgarischen und rumänischen Staatsbürgern uneingeschränkte Freizügigkeit gewährten. ⁽⁶⁷⁴⁾

Diesen Ländern folgten Spanien, Griechenland, Ungarn und Portugal am 1. Januar 2009, als die zweite Phase begann, und Dänemark am 1. Mai 2009. ⁽⁶⁷⁵⁾

Die übrigen Mitgliedstaaten der EU-25 haben ihre Arbeitserlaubnissysteme beibehalten, wenn auch in manchen Fällen mit einigen Änderungen und vereinfachten Verfahren.

In Malta etwa werden Arbeitserlaubnisse für Stellen, die mit qualifizierten und/oder erfahrenen Arbeitnehmern besetzt werden müssen, und für Berufe erteilt, für die auf dem maltesischen Arbeitsmarkt ein Mangel an Arbeitskräften herrscht. Frankreich wendet ein einfaches Verfahren für 150 Berufe an, wonach eine Arbeitserlaubnis ohne die Berücksichtigung der Beschäftigungssituation erteilt wird. Luxemburg hat ein vereinfachtes Verfahren eingeführt für die Arbeit in Landwirtschaft, dem Weinbau, im Hotel- und Gaststättengewerbe und für Personen mit spezifischen Qualifikationen, für die es im Finanzsektor einen Bedarf gibt. Belgien erteilt Arbeitserlaubnisse im beschleunigten Verfahren innerhalb von fünf Tagen, wenn die zu besetzende Stelle zu den Berufen gehört, bei denen Arbeitskräftemangel herrscht.

Italien verlangt keine Arbeitserlaubnis für die Beschäftigung in bestimmten Branchen und Tätigkeitsbereichen (Landwirtschaft, Tourismusgewerbe, Haushalt und Pflegedienste, Baugewerbe, Maschinenbau, Leitungsfunktionen und hochqualifizierte Tätigkeiten, Saisonarbeit). Im Vereinigten Königreich muss der Arbeitgeber eine Arbeitsgenehmigung

⁽⁶⁷⁴⁾ Siehe Kees Groenendijk, Elspeth Guild, Roel Fernhout, Pieter Boeles, Ryszard Cholewinski & Paul Minderhoud, *European Report on the Free Movement of Workers in 27 EU Member States in 2007*, Nimwegen, Centre for Migration Law, 2008.

⁽⁶⁷⁵⁾ In Finnland, Zypern und Slowenien muss die Beschäftigung nachträglich zu Überwachungszwecken registriert werden.

(abgesehen von einigen bestimmten Beschäftigungskategorien) und der Arbeitnehmer eine „Accession Worker Card“ (Zugangskarte für Arbeitnehmer) beantragen. Geringqualifizierte Arbeitnehmer werden auf bestehende Quotenregelungen in der Landwirtschaft und der Lebensmittelverarbeitung beschränkt, qualifizierte Arbeitnehmer können arbeiten, wenn sie die Voraussetzungen für eine Arbeitsgenehmigung erfüllen oder unter das Programm für hochqualifizierte Zuwanderer (Highly Skilled Migrant Programme) fallen. In den Niederlanden wird eine Arbeitsgenehmigung unter der Bedingung ausgestellt, dass in den Niederlanden bzw. den anderen Mitgliedstaaten keine entsprechenden Arbeitskräfte verfügbar sind und der jeweilige Arbeitgeber angemessene Arbeitsbedingungen und Unterkunft bieten kann. Zeitlich begrenzte Ausnahmen können für Sektoren gewährt werden, in denen Arbeitskräftemangel herrscht.

Irland fordert ebenfalls eine Arbeitserlaubnis. Neben dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis beschränken Österreich und Deutschland auch die Entsendung von Arbeitnehmern in bestimmten Bereichen.

Bis zum 31. Dezember 2011 müssen die Mitgliedstaaten, die nach wie vor Übergangsregelungen für Arbeitnehmer aus den beiden Ländern anwenden, nach den Bestimmungen des Beitrittsvertrags entweder diese Regelungen aufheben oder begründen, warum deren fortgesetzte Anwendung erforderlich ist.

Bulgarien und Rumänien haben beschlossen, den Zugang zu ihren Arbeitsmärkten für Arbeitnehmer aus den EU-25-Mitgliedstaaten, die die Freizügigkeit für bulgarische und rumänische Arbeitnehmer beschränken, ihrerseits nicht zu beschränken.

C. Mitigrationsmuster aufgrund der Erweiterung

Im November 2008 hat die Kommission einen Bericht zu den Auswirkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Kontext der EU-Erweiterung veröffent-

licht. ⁽⁶⁷⁶⁾ Nach diesem Bericht lässt sich der genaue Umfang der Mobilitätsströme nach der Erweiterung, bedingt durch Mängel in den vorliegenden Daten und die weitgehend offenen Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten, nur schwer feststellen. Verfügbare Statistiken und Daten aus der EU-Arbeitskräfteerhebung legen jedoch nahe, dass die Anzahl bulgarischer und rumänischer Staatsangehöriger, die in der EU-25 ansässig sind, von rund 690 000 Ende 2003 auf rund 1,8 Millionen Ende 2007 gestiegen ist, wobei dieser Prozess deutlich vor dem Beitritt der beiden Staaten zur EU im Januar 2007 begonnen hat. Dies entspricht einem durchschnittlichen Nettozuwachs von rund 290 000 Personen pro Jahr. Rund 19 % der Unionsbürger, die in den vergangenen vier Jahren in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässig wurden, waren Rumänen, rund 4 % Bulgaren.

Wichtigstes EU-Zielland ist Spanien, das deutlich mehr als 50 % der EU-internen Neumigranten aus Bulgarien und Rumänien aufgenommen hat. Zweitwichtigstes Aufnahmeland für Neumigranten aus Rumänien ist Italien (rund 25 %), während die Ströme in andere Mitgliedstaaten viel geringer sind und in keinem Fall 2 % der Gesamtzahl übersteigen. Für Neumigranten aus Bulgarien ist das zweitwichtigste Aufnahmeland Deutschland (15 %), während Griechenland, Italien, Frankreich, das Vereinigte Königreich und Zypern einen in etwa gleich großen Anteil der meisten anderen aufnahmen. Wenn auch, absolut gesehen, die Anzahl der bulgarischen und rumänischen Staatsangehörigen signifikant ist, erscheint sie angesichts der Gesamtbevölkerung der Aufnahmeländer gering.

Die Anzahl der Bürger aus anderen EU-Mitgliedstaaten mit gemeldetem Wohnsitz in Bulgarien und Rumänien war 2007 noch relativ gering (etwa 5 000 in Bulgarien und 9 000 in Rumänien). ⁽⁶⁷⁷⁾ Doch die-

⁽⁶⁷⁶⁾ Mitteilung der Kommission. *Auswirkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Kontext der EU-Erweiterung*, Bericht über die erste Phase (1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2008) der im Beitrittsvertrag 2005 festgelegten Übergangsregelungen und gemäß der im Beitrittsvertrag 2003 festgelegten Übergangsregelung [KOM(2008) 765].

⁽⁶⁷⁷⁾ Siehe Kees Groenendijk, Elspeth Guild, Roel Fernhout, Pieter Boeles, Ryszard Cholewinski und Paul Minderhoud, *European Report on the Free Movement of Workers in 27 EU Member States in 2007*, Nimwegen, Centre for Migration Law, 2008.

se Zahl nimmt rasch zu. Nach den neuesten offiziellen Daten, die von der rumänischen Einwanderungsbehörde (ORI) veröffentlicht wurden, leben derzeit 24 000 Bürger aus anderen EU-Staaten in Rumänien. ⁽⁶⁷⁸⁾

Auf Makroebene hatte die Erweiterung keine wesentlichen Auswirkungen auf Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt insgesamt. Dem Bericht der Kommission zufolge ist die Mobilität nach der Erweiterung (und die neue EU-interne Mobilität im Allgemeinen) zu einem großen Teil offenbar nur vorübergehend. Zahlenmaterial aus einigen Mitgliedstaaten lässt erkennen, dass sich viele mobile Arbeitnehmer für eine begrenzte Zeit in einen anderen Mitgliedstaat begeben, dort aber nicht auf Dauer bleiben wollen. So legen beispielsweise Daten für das Vereinigte Königreich die Vermutung nahe, dass rund die Hälfte der EU-8-Staatsangehörigen, die seit 2004 zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ins Vereinigte Königreich gekommen sind, das Land möglicherweise schon wieder verlassen hat, und in Irland ergibt sich ein ähnliches Bild. ⁽⁶⁷⁹⁾

Das britische Innenministerium (Home Office) bestätigte kürzlich, dass weniger Arbeitnehmer aus Polen und anderen osteuropäischen Nationen in das Vereinigte Königreich kommen und mehr Ausländer das Land verlassen, weil sich die Wirtschaftskrise verschärft. Das Home Office gab an, dass im vierten Quartal von 2008 26 815 Personen aus den EU-8-Mitgliedstaaten im Arbeitnehmerregistrierungssystem erfasst waren, was einem Rückgang von 53 % ausgehend vom Höchstwert von 57 310 in den drei Monaten bis September 2007, entspricht. „Studien zufolge kehren viele, die zu uns kamen, jetzt nach Hause zurück“, so Phil Woolas, Einwanderungsminister der Labour-Regierung. ⁽⁶⁸⁰⁾

⁽⁶⁷⁸⁾ Siehe <http://www.financiarul.ro/2009/04/06/as-many-as-80000-foreign-citizens-live-in-romania/>.

⁽⁶⁷⁹⁾ Siehe Europäische Kommission, *Employment in Europe 2008*, Chapter 3: Geographical labour mobility in the context of EU enlargement (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=119&langId=en>) sowie N. Pollard, M. Latorre und D. Sriskandarajah (2008), *Floodgates or turnstiles? Post enlargement migration flows to (and from) the UK*, Institute for Public Policy Research.

⁽⁶⁸⁰⁾ *The Bloomberg News*, 24. Februar 2009 (<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601102&sid=albYXsxo1zMI&refer=uk>).

Die Befürchtung, dass die Ankunft von Rumänen und Bulgaren zu zusätzlichen Arbeitsplatzverlusten führt, hat sich laut Bericht der Kommission als unbegründet erwiesen. Wirtschaftsmigranten aus den EU-8- und EU-2-Mitgliedstaaten haben keine schweren Störungen des Arbeitsmarkts in anderen EU-Ländern verursacht. Tatsächlich haben sie zum Wirtschaftswachstum beigetragen, ohne die örtlichen Arbeitnehmer zu verdrängen oder eine Senkung der Gehälter zu bewirken, so die Kommission.

Andererseits hat sich die regionale Aufteilung von Migrationsbeständen und -strömen in die EU-15-Mitgliedstaaten seit der EU-Erweiterung verändert. Vor der Vergrößerung waren 60 % der EU-8-Migranten in Deutschland und Österreich ansässig. Doch 2007 waren 43 % der EU-8-Migranten im Vereinigten Königreich und Irland ansässig. Mehr als 70 % des Nettomigrationsstroms aus den EU-8-Mitgliedstaaten wurden seit der Erweiterung vom Vereinigten Königreich und Irland aufgenommen. In den 1990er Jahren zogen 70 % der Migranten aus Bulgarien und Rumänien, die in die EU-15 kamen, nach Deutschland und Österreich. Doch seit Beginn dieses Jahrtausends haben Länder wie Spanien und Italien 80 % der Nettomigrationsströme aus Bulgarien und Rumänien aufgenommen. ⁽⁶⁸¹⁾

D. Praktische Probleme

Zwar zeichnet der Bericht der Kommission ein positives Bild der Erweiterung auf Makroebene. Doch bei genauerem Hinsehen werden einige Probleme auf Mikroebene erkennbar, die nicht von der Hand zu weisen sind.

Im Europäischen Bericht von 2007 zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer in 27 EU-Mitgliedstaaten werden diverse Probleme von (entsandten) Arbeitnehmern aus EU-8-Mitgliedstaaten mit minderwertigen Beschäftigungsbedingungen, schlechten Wohnbedingungen, Problemen mit Zugang zu Sozialleistungen

⁽⁶⁸¹⁾ Herbert Brücker, *Labour Mobility within the EU: Causes, Directions and Constraints*, ÖNB-Konferenz „The Integration of European Labor Markets“, Wien, 17.-18. November 2008.

gen und Integrationseinrichtungen sowie der mangelhaften Bildung von Migrantenkindern erwähnt. ⁽⁶⁸²⁾ Dem Bericht zufolge sind die gesetzgeberischen Maßnahmen gegen diese Praktiken recht unwirksam. Es ergeben sich einige Fragen zur ordnungsgemäßen Anwendung des Rechts von Arbeitnehmern aus EU-8-Mitgliedstaaten auf uneingeschränkte Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach zwölf Monaten Beschäftigung in einem Mitgliedstaat, der weiterhin von den Übergangsregelungen Gebrauch macht.

Anhand einer aktuellen empirischen Studie unter polnischen Arbeitnehmern im Vereinigten Königreich beschreibt Currie, dass zwar offiziell ein Anspruch auf Familienzusammenführung besteht, die in der Praxis jedoch nicht immer realisierbar ist. ⁽⁶⁸³⁾ Im Vereinigten Königreich (sowie in den Niederlanden) beispielsweise hat sich gezeigt, dass viele Zuwanderer, die nach der Erweiterung kamen und die in von ihrem Arbeitgeber organisierten Unterkünften leben, in der Realität einfach nicht genügend Platz haben oder nicht über einen angemessenen Lebensstandard verfügen, damit ihre Familie nachkommen kann. In Großbritannien hat möglicherweise die Verwirrung über Leistungsbeschränkungen dazu beigetragen, dass Wanderarbeitnehmer aus den EU-8 davon ausgehen, dass sie keinen Anspruch auf Sozial- oder Fürsorgeleistungen haben, wenn ihre Familie nachkommt. Dies ist besonders für Zuwanderer mit Kindern ein wichtiger Punkt.

Currie fragt sich, ob die formale Gleichstellung nach Ablauf der Übergangsfristen ausreicht, um hinsichtlich des Bürgerschaftserlebens von EU-15-Bürgern einerseits sowie EU-8- und EU-2-Bürgern andererseits eine wirkliche materielle Art der Gleichstellung zu schaffen. ⁽⁶⁸⁴⁾

Ein weiterer Problempunkt ist eine gewisse Bildungsverschwendung (Brain Waste): Migranten aus allen neuen Mitgliedstaaten werden in den Aufnahmeländern deutlich unter ihrem Bildungsniveau beschäftigt. Außerdem ist nicht klar, ob diese Arbeitnehmer aus den EU-8 und EU-2, die mehrere Jahre im Ausland verbringen und in dieser Zeit in Positionen unter ihrem Bildungsniveau arbeiten, in der Lage sein werden, bei Rückkehr in ihr Herkunftsland problemlos wieder in ihren Beruf einzusteigen. Längere Abwesenheiten können sich negativ auf die Karriere von Wanderarbeitnehmern in ihrem Heimatland auswirken. ⁽⁶⁸⁵⁾

E. Zukünftige Entwicklungen und Erweiterung

Der Bericht der Kommission kommt zu dem Schluss, dass es Hinweise gibt, dass die Mobilitätsströme aus den EU-2 und EU-8 ihren Höhepunkt bereits überschritten haben und dass ein großer Teil der EU-internen Mobilität der letzten Zeit vorübergehender Natur ist. Der rasche Anstieg des Einkommensniveaus und des Arbeitsbedarfs in den Herkunftsländern scheint in Verbindung mit der sinkenden Anzahl junger Menschen, die am ehesten emigrationsbereit sind, die Arbeitskräfteströme zu verringern und dürfte zu einem weiteren Rückgang des EU-internen Arbeitsangebots führen.

Innerhalb der Parameter einer stabilen und wachsenden Wirtschaft, die neue Wanderarbeitskräfte benötigt, hätte dies ein überzeugendes Argument sein können, um alle restlichen Übergangsregelungen aufzuheben und sogar um die Beitrittsverhandlungen mit anderen Ländern zu beschleunigen. Doch angesichts der aktuellen Wirtschaftskrise ist dies nicht mehr so offensichtlich.

Die derzeitige globale Rezession wirkt sich auf die künftigen Migrationsströme aus. Die EU-8- und EU-2-Herkunftsländer sind vom Verfall des Wechselkurses, der schrumpfenden Wirtschaft und der zunehmenden

⁽⁶⁸²⁾ Kees Groenendijk, Elspeth Guild, Roel Fernhout, Pieter Boeles, Ryszard Cholewinski und Paul Minderhoud, *European Report on the Free Movement of Workers in 27 EU Member States in 2007*, Nimwegen, Centre for Migration Law, 2008.

⁽⁶⁸³⁾ Samantha Currie, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, 2008, S. 144.

⁽⁶⁸⁴⁾ Samantha Currie, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, 2008, S. 206.

⁽⁶⁸⁵⁾ Samantha Currie, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, 2008, S. 208.

den Arbeitslosigkeit unverhältnismäßig stark betroffen. Eine höhere Arbeitslosigkeit in den Zielländern führt zu einer geringeren Einwanderung und einer höheren Rückwanderung. Höhere Emigrationsanreize in den Herkunftsländern haben eine geringere Wirkung, wenn die wirtschaftlichen Bedingungen in den Aufnahmeländern ungünstig sind. ⁽⁶⁸⁶⁾

Zwar orientieren sich Umfang und Richtung von Mobilitätsströmen eher an Arbeitsangebot und -nachfrage allgemein und an anderen Faktoren als an Beschränkungen des Arbeitsmarkts. ⁽⁶⁸⁷⁾ Doch für die Regierungen ist es schwierig, die restlichen Übergangsregelungen aufzuheben. Die niederländische Regierung beispielsweise entschied im November 2008, die Übergangsregelung aufgrund der Wirtschaftskrise zu verlängern, in der Erwartung, dass die benachbarten Mitgliedstaaten die gleiche Haltung einnehmen würden, und in dem Wunsch, dass die Niederlande für Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien nicht noch attraktiver werden. ⁽⁶⁸⁸⁾

Der Europäische Rat hat im Februar 2009 geäußert, dass die Mitgliedstaaten zwar das Recht haben, Beschränkungen bis zum Ende der dritten Phase der Übergangsperiode beizubehalten, die aktuelle schwere Finanz- und Wirtschaftskrise jedoch nicht als alleinige und grundsätzliche Rechtfertigung für die fortgesetzte Anwendung der Übergangsregelungen für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union herangezogen werden sollte. ⁽⁶⁸⁹⁾

Daher fordert der Rat die Mitgliedstaaten, die weiterhin Beschränkungen im Rahmen der Übergangsregelungen anwenden, auf, unter voller Beteiligung der Sozialpartner und in Übereinstimmung mit nationaler Praxis,

- angesichts der verfügbaren Fakten die weitere Anwendung von Beschränkungen in der zweiten Phase im Hinblick auf die baldmögliche Umstellung auf die volle Anwendung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu prüfen;
- Beschränkungen in der dritten Phase aufzuheben, wenn keine schweren Störungen des Arbeitsmarkts der betroffenen Mitgliedstaaten festgestellt werden oder drohen.

Die Wirtschaftskrise scheint sich nachteilig auf den Verhandlungsprozess über eine künftige Erweiterung ausgewirkt zu haben. ⁽⁶⁹⁰⁾ Die niederländische und die deutsche Regierung haben kürzlich weiteren Bewerbungen effektiv einen Riegel vorgeschoben, weil sie befürchten, dass noch eine Erweiterungswelle in Richtung Osten in der Wirtschaftskrise soziale Spannungen in Bezug auf Arbeitsplätze anheizen könnte. Im Rahmen der Beurteilung des Mitgliedschaftsantrags von Montenegro durch die Europäische Kommission spitzte sich die Angelegenheit im letzten Februar zu. Deutschland und die Niederlande befürchten, dass, wenn Montenegro in Betracht gezogen wird, Albanien, Bosnien und Serbien kurz darauf Beitrittsanträge abgeben werden. All diesen Ländern wurde 2003 eine EU-Mitgliedschaft in Aussicht gestellt. ⁽⁶⁹¹⁾

III. EUROPÄISCHE MIGRATIONSPOLITIK

Erst vor zehn Jahren erlangte die Europäische Gemeinschaft durch Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam gesetzgebende Kompetenz in Bezug auf Einwanderung und Asyl. Im Oktober 1999 verabschiedete der Europäische Rat in Tampere eine gemeinsame Einwanderungs- und Asylpolitik, um

⁽⁶⁸⁶⁾ Herbert Brücker, *Labour Mobility within the EU: Causes, Directions and Constraints*, ÖNB-Konferenz „The Integration of European Labor Markets“, Wien, 17.-18. November 2008.

⁽⁶⁸⁷⁾ Tesseltje De Lange, *Staat, markt en migrant; De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland 1945-2006*, Boom Juridische uitgevers, 2007.

⁽⁶⁸⁸⁾ Siehe Tweede Kamer 2008-2009, 29407, Nr. 98.

⁽⁶⁸⁹⁾ Ratsdokument 6480/09 vom 23. Februar 2009.

⁽⁶⁹⁰⁾ Die Kandidaten für eine Erweiterung sind folgende Länder: Kroatien, die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien und die Türkei. Potenzielle Kandidatenländer sind: Albanien, Bosnien und Herzegowina, Montenegro, Serbien und Kosovo.

⁽⁶⁹¹⁾ Siehe *The Telegraph* (Vereinigtes Königreich), 27. Februar 2009 (<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/4861544/EU-enlargement-blocked-over-backlash-against-foreign-workers.html>).

die Zielvorgaben des Vertrags von Amsterdam zu erfüllen. Diese Politik umfasst vier separate, jedoch eng miteinander verknüpfte Aspekte: Partnerschaft mit Herkunftsländern, ein gemeinsames europäisches Asylsystem, faire Behandlung von Bürgern aus Drittstaaten und Regulierung von Migrationsströmen. Innerhalb von fünf Jahren sollten Mindeststandards ausgearbeitet werden, was eine erste Harmonisierung der einzelstaatlichen Gesetzgebung bedeuten würde. Der zweite Schritt ist die Intensivierung dieses Harmonisierungsprozesses.

Im November 2004 verabschiedete der Europäische Rat das mehrjährige „Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union“ auf der Grundlage und zur Weiterentwicklung bisheriger Ergebnisse. ⁽⁶⁹²⁾

Ziel des Haager Programms ist die Verbesserung der gemeinsamen Fähigkeit der EU zur Gewährleistung der Grundrechte, der Mindestnormen für Verfahrensgarantien, des Zugangs zur Justiz im Hinblick auf den Schutz von schutzbedürftigen Personen, Regulierung von Wanderungsbewegungen und zum Schutz der Außengrenzen der Union. Allerdings wurden in Bezug auf das Problem der illegalen Grenzüberschreitungen vor allem repressive Maßnahmen erwähnt.

Das Haager Programm läuft im Dezember 2009 aus und wird vom Stockholmer Programm abgelöst, das im Dezember 2009 unter der schwedischen Ratspräsidentschaft verabschiedet wird. In diesem Stockholmer Programm werden die strategischen Ziele für die Weiterentwicklung der Union als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ von 2010 bis 2014 festgelegt. ⁽⁶⁹³⁾

⁽⁶⁹²⁾ Neben einer gemeinsamen Politik in Bezug auf Asyl, Migration, Visum und Grenzkontrollen sieht der Plan auch die Zusammenarbeit zwischen den Polizei- und Zollbehörden, Rettungsdiensten sowie die straf- und zivilrechtliche Zusammenarbeit vor.

⁽⁶⁹³⁾ Am 25. September 2008 startete die Europäische Kommission eine Öffentlichkeitsbefragung zum Umfang der künftigen Zusammenarbeit, die sich an die Mitgliedstaaten, die nationalen Parlamente, die Öffentlichkeit und andere Interessenvertreter richtete. Die Kommission beabsichtigt, im Mai 2009 eine Mitteilung zum zukünftigen Programm herauszugeben. Das Programm wird im Juli 2009 beim informellen Treffen der Justiz- und Innenminister der Union in Stockholm diskutiert und auf dem Gipfel im Dezember 2009 verabschiedet.

In den letzten zehn Jahren wurden enorme Fortschritte im Hinblick auf eine gemeinsame Asylpolitik und die gemeinsame Kontrolle der EU-Außengrenzen gemacht. Offenbar konnte bei den restriktiven Elementen am ehesten eine Einigung erzielt werden. Doch in Bezug auf die Regulierung der Zuwanderung, insbesondere der Arbeitskräftemigration, konnten sich die Mitgliedstaaten nicht auf eine gemeinsame Politik einigen. Wie die Sozialversicherung ist die Arbeitskräftemigration ein Bereich, in dem die Angst vor dem Verlust der nationalen Souveränität am ausgeprägtesten ist. Für viele Regierungen ist die Entscheidung, wer in das Land einreisen und sich als Wanderarbeitnehmer dort aufhalten darf, nach wie vor ein zentraler Aspekt dieser nationalen Souveränität.

Es ist unbedingt darauf hinzuweisen, dass die Einwanderungspolitik auf einem anderen Konzept beruht als die Freizügigkeit von Personen innerhalb der Union. Freizügigkeit wird als ein Bündel von individuellen Rechten (das Recht auf Einreise, das Recht auf freie Wahl des Wohnorts, das Recht auf Gleichbehandlung und so weiter) verstanden, auf die sich jeder Einzelne gegenüber dem Staat verlassen kann. Die Einwanderungspolitik dagegen beruht auf der Macht und dem Ermessen des Staates, die Einreise und Behandlung von Ausländern zu regulieren, deren Rechtsstellung somit schwächer ist. ⁽⁶⁹⁴⁾

Als Ergebnis dieser gesetzgeberischen Aktivität des Rates gibt es nun Rechtsvorschriften der Gemeinschaft für alle wichtigen Formen der Migration: Familienangehörige, Asylbewerber, Flüchtlinge, Studenten, langfristig Aufenthaltsberechtigte und Wissenschaftler. Wie bereits erwähnt, war die wichtigste Ausnahme von dieser Entwicklung die Verabschiedung von Rechtsvorschriften der Gemeinschaft für die Einreise zur Ausübung einer Beschäftigung. Ein früherer Vorschlag der Europäischen Kommission für eine allgemeine Richtlinie zu Wirtschaftsmigration stieß bei den Mitgliedstaaten auf derart heftigen

⁽⁶⁹⁴⁾ Massimo Condinanzi, Alessandra Lang und Bruno Nascimbene, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, S. 236.

Widerstand, ⁽⁶⁹⁵⁾ dass er 2005 zurückgezogen wurde und eine Auszeit zum Überdenken der EU-Vorgehensweise bekanntgegeben wurde. ⁽⁶⁹⁶⁾ Neue Diskussionen führten zur Vorstellung von zwei Vorschlägen für Richtlinien am 23. Oktober 2007. Ein Vorschlag betraf eine kombinierte Erlaubnis ⁽⁶⁹⁷⁾, der andere das Schaffen von Bedingungen für die Einreise von hochqualifizierten Arbeitnehmern, besser bekannt als die EU Blue Card (Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung für die Union) ⁽⁶⁹⁸⁾. Der Agenda der Generaldirektion Justiz und Inneres für 2009 zufolge, unterbreitet die Kommission im Mai 2009 zwei weitere Vorschläge: einen zu Saisonarbeitnehmern und einen zu Auszubildenden und innerbetrieblich versetzten Personen. ⁽⁶⁹⁹⁾

A. Der Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis

Der Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis sieht ein einheitliches Antragsverfahren für die Erteilung einer kombinierten Arbeits-/Aufenthaltsurlaubnis vor und legt die gemeinsamen Rechte fest, die Arbeitnehmer aus Drittstaaten, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, gewährt werden (Artikel 1). ⁽⁷⁰⁰⁾ Der Vorschlag wird noch vom Rat verhandelt.

⁽⁶⁹⁵⁾ Grünbuch der Kommission über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration, 11. Januar 2005, KOM(2004) 811 endg. (Grünbuch 2004), S. 3. Der Vorschlag wurde vom Europäischen Parlament, dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und dem Ausschuss der Regionen positiv aufgenommen.

⁽⁶⁹⁶⁾ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden, 27. September 2005, KOM(2005) 462 endg., S. 12.

⁽⁶⁹⁷⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über ein einheitliches Antragsverfahren für eine kombinierte Erlaubnis für Drittstaatsangehörige zum Aufenthalt und zur Arbeit im Gebiet eines Mitgliedstaats und über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten (Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis), 23. Oktober 2007, KOM(2007) 638.

⁽⁶⁹⁸⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (Vorschlag für eine hochqualifizierte Beschäftigung), 23. Oktober 2007, KOM(2007) 637.

⁽⁶⁹⁹⁾ Siehe ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/forward_programming_2009.pdf. Siehe auch Pressemitteilung „Attraktive Bedingungen für die Zulassung und den Aufenthalt hochqualifizierter Migranten“, Brüssel, 23. Oktober 2007, MEMO/07/423, S. 2.

⁽⁷⁰⁰⁾ Dieser Absatz beruht in weiten Teilen auf Helen Oosterom-Staples, „Regulating Labour Migration: The EU Saga on Third Country Nationals Seeking Access to the European Labour Market“, in Anita Böcker u. a. (Hrsg.), *Migration Law and Sociology of Law, Collected Essays in honour of Kees Groenendijk*, Wolf Legal Publishers, Nimwegen, 2008, S. 121-130.

Das im Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis vorgestellte Konzept besagt, dass die Erlaubnis, sich zur Ausübung einer Beschäftigung in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, in einem Verfahren beantragt und genehmigt wird. Im Vorschlag der Kommission wird die Formulierung „die sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten und dort arbeiten wollen“ verwendet, doch im neuesten Ratsdokument zu diesem Vorschlag, das öffentlich verfügbar ist, heißt es: „die einen Antrag auf Aufenthalt zum Zwecke der Ausübung einer Tätigkeit stellen“, wodurch Aufenthalt und Arbeit enger miteinander verknüpft sind. ⁽⁷⁰¹⁾ Die Mitgliedstaaten bestimmen, ob der Antrag vom Drittstaatsangehörigen oder (vom Rat ergänzt) von seinem Arbeitgeber zu stellen ist. Ein Arbeitnehmer aus Drittstaaten ist definiert als „jeder Drittstaatsangehörige, der in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zugelassen wird und in diesem Mitgliedstaat eine Arbeit aufnehmen darf“ (Artikel 2 Buchstabe b). Der Rat fügt dem Vorschlag der Kommission hinzu, dass diese Arbeit „im Kontext eines Beschäftigungsverhältnisses“ erfolgen muss. ⁽⁷⁰²⁾

Der persönliche Geltungsbereich der Richtlinie ist eher eingeschränkt (Artikel 3). Die Richtlinie gilt nicht für entsandte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer, die in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats als Saisonarbeitnehmer oder als Au-pair zugelassen werden. Die Richtlinie gilt ebenso wenig für Drittstaatsangehörige, die aufgrund von zeitlich begrenzten Schutzprogrammen zum Aufenthalt berechtigt sind, die gemäß Richtlinie 2004/83/EG internationalen Schutz genießen oder in Übereinstimmung mit nationaler Gesetzgebung, internationalen Verpflichtungen oder der Praxis des Mitgliedstaats Schutz beantragt haben. Die Richtlinie gilt auch nicht für Arbeitnehmer, die in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zugelassen wurden, um dort höchstens sechs Monate zu arbeiten, ausschließlich im Hinblick auf das einheitliche Verfahren.

Die Entscheidung über die Erteilung, Änderung oder Verlängerung der kombinierten Erlaubnis führt zu

⁽⁷⁰¹⁾ Siehe Ratsdokument 14668/08 vom 29. Oktober 2008.

⁽⁷⁰²⁾ Ebd.

einem kombinierten Titel, der sowohl die Aufenthalts- als auch die Arbeitserlaubnis in einem einzigen Verwaltungsakt umfasst (Artikel 4). Der Vorschlag sieht vor, dass die Anträge innerhalb von drei Monaten nach dem Datum der Einreichung bearbeitet werden. Diese Frist kann in komplizierten Ausnahmefällen verlängert werden (Artikel 5 Absatz 2). Der Rat fügte den Satz hinzu, dass „alle Konsequenzen einer nicht bis zum Ende dieser Frist getroffenen Entscheidung durch nationale Gesetzgebung festzulegen sind“.

Mit der kombinierten Erlaubnis ist der Inhaber zur Einreise, Wiedereinreise und zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaats berechtigt (Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a). Im Vorschlag der Kommission ist außerdem ein Recht auf Durchreise durch andere Mitgliedstaaten für diesen Zweck vorgesehen (Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe b), doch im neuesten öffentlichen Ratsdokument ist dieser Absatz derzeit leer gelassen. Außerdem werden dem Inhaber das Recht auf freien Zugang zum gesamten Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaats innerhalb der Beschränkungen, die im nationalen Recht aus Gründen der Sicherheit vorgesehen sind (Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe c), das Recht auf Ausübung der nach der kombinierten Erlaubnis genehmigten Tätigkeiten und das Recht auf Informationen über die Rechte, die durch die Richtlinie oder nationale Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der Erlaubnis verliehen werden, gewährt (Artikel 11 Absatz 1 Buchstaben d bis e). Die in Artikel 11 aufgeführten Rechte werden durch den Grundsatz der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten und den eigenen Staatsbürgern des jeweiligen Landes in Artikel 12 ergänzt.

Abschnitt 1 dieses Artikels enthält eine Liste der Bereiche, in denen eine Gleichbehandlung gewährleistet sein muss, vorbehaltlich der in Abschnitt 2 aufgeführten Ausnahmen. ⁽⁷⁰³⁾ Folgende Bereiche

⁽⁷⁰³⁾ Die Liste im Vorschlag der Kommission war nicht als vollständig anzusehen, wie dem Zusatz „zumindest“ in Abschnitt 1 zu entnehmen ist. Der Rat hat diesen Zusatz jedoch gestrichen.

werden aufgeführt: Arbeitsbedingungen ⁽⁷⁰⁴⁾, Vereinigungsfreiheit sowie Mitgliedschaft und Betätigung in einer Gewerkschaft, einem Arbeitgeberverband oder einer sonstigen Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, unbeschadet der nationalen Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und Sicherheit ⁽⁷⁰⁵⁾, allgemeine und berufliche Bildung ⁽⁷⁰⁶⁾, Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstiger beruflicher Befähigungsnachweise gemäß den einschlägigen nationalen Verfahren, soziale Sicherheit ⁽⁷⁰⁷⁾ und Zugang zu Gütern und Dienstleistungen sowie öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen ⁽⁷⁰⁸⁾. Der Vorschlag der Kommission umfasste außerdem Steuervergünstigungen und Zahlung erworbener Rentenansprüche bei Umzug in ein Drittland. Die Steuervergünstigungen wurden in der letzten (öffentlichen) Version des Rates vollständig gestrichen, und die Formulierung zu Rentenansprüchen ist wesentlich konkreter: „unbeschadet bestehender bilateraler Vereinbarungen Zahlung einkommensabhängiger erworbener gesetzlicher Renten oder Jahresrenten im Hinblick auf die Altersversorgung in der nach dem Gesetz des Schuldnermitgliedstaats oder der Schuldnermitgliedstaaten festgelegten Höhe bei Umzug in ein Drittland“. Die Version des Rates enthält ein zusätzliches Gleichbehandlungsrecht in Bezug auf „Beratungsdienste von Arbeitsämtern“ (Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe h neu).

⁽⁷⁰⁴⁾ Ausdrücklich erwähnt werden Arbeitsentgelt, Entlassung, Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz. Dieses Recht kann auf Arbeitnehmer aus Drittstaaten beschränkt werden, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen (Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe d, Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis).

⁽⁷⁰⁵⁾ Eine Beschränkung auf Arbeitnehmer aus Drittstaaten, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, ist zulässig (Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe d, Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis).

⁽⁷⁰⁶⁾ Beschränkungen sind hier zu finden: Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a (ausreichende Sprachkenntnisse) und Buchstabe b (Studienbeihilfen), Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis.

⁽⁷⁰⁷⁾ Hier finden wir einen Verweis auf die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71, (EG) Nr. 859/2003 und (EWG) Nr. 574/72 des Rates. Mit Ausnahme von Leistungen bei Arbeitslosigkeit kann dieses Recht auf Arbeitnehmer aus Drittstaaten beschränkt werden, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen (Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe e, Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis).

⁽⁷⁰⁸⁾ Ausdrücklich erwähnt werden Zugang zu Wohnraum und Unterstützung durch Arbeitsämter. Eine Beschränkung auf Drittstaatsangehörige, die sich seit mindestens drei Jahren im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats aufhalten oder dazu berechtigt sind, ist in Bezug auf öffentlichen Wohnraum zulässig (Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe c, Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis).

Die Gleichbehandlungsbestimmungen in diesem Vorschlag in Bezug auf soziale Sicherheit sind auch unmittelbar auf Personen anwendbar, die direkt aus einem Drittland kommen, sofern sich die betreffende Person rechtmäßig dort aufhält und die durch nationale Gesetze festgelegten Bedingungen für den Anspruch auf die betreffenden Sozialversicherungsleistungen erfüllt. ⁽⁷⁰⁹⁾ Dennoch sollte diese Richtlinie Arbeitnehmern aus Drittstaaten nicht mehr Rechte verleihen, als bereits durch bestehende Gemeinschaftsgesetzgebung im Bereich der sozialen Sicherheit für Drittstaatsangehörige vorgesehen sind, die über grenzüberschreitende Elemente zwischen Mitgliedstaaten verfügt. ⁽⁷¹⁰⁾ Abschnitt 2 erlaubt es Mitgliedstaaten, diese Gleichbehandlung auf Arbeitnehmer aus Drittstaaten zu beschränken, die tatsächlich in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, ausgenommen Leistungen bei Arbeitslosigkeit. ⁽⁷¹¹⁾ Im Rat wird die Frage, in welchem Umfang die (künftige) Richtlinie Sozialversicherungsansprüche und insbesondere den Zugang zu Leistungen bei Arbeitslosigkeit für Arbeitnehmer aus Drittstaaten regulieren sollte, die ihre Beschäftigung in einem Mitgliedstaat verloren haben, weiterhin diskutiert. ⁽⁷¹²⁾

Ungeachtet all der Beschränkungen weist Oosterom-Staples darauf hin, dass die Entscheidung für ein einheitliches Verfahren für alle Beteiligten eine Erleichterung darstellen würde. ⁽⁷¹³⁾ Der Teufelskreis, dass ein Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung so lange abgelehnt wird, bis eine Arbeitserlaubnis erteilt wird, und dass Letztere so lange verweigert wird, bis die Aufenthaltsgenehmigung erteilt wurde, sollte damit der Vergangenheit angehören. Es ist hervorzu-

heben, dass der Vorschlag keine Einreisebedingungen für Drittstaatsangehörige festlegt. Die Entscheidung bleibt ganz allein den Mitgliedstaaten überlassen.

Das Europäische Parlament, das bei diesem Verfahren das Recht auf Anhörung hat, verabschiedete am 20. November 2008 eine legislative EntschlieÙung, die den Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis ändert. ⁽⁷¹⁴⁾ Die wichtigsten Änderungen betrafen das gemeinsame Bündel von Rechten und die Gleichbehandlungsbestimmungen. Dem Europäischen Parlament zufolge muss das gemeinsame Bündel von Rechten für alle gelten, die zur Aufnahme einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet zugelassen wurden, und auch für diejenigen, die ursprünglich aus anderen Gründen zugelassen wurden, jedoch aufgrund von nationalem oder Gemeinschaftsrecht eine Arbeitserlaubnis erworben haben, unabhängig davon, zu welchen Zwecken die ursprüngliche Zulassung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erteilt wurde. Das Europäische Parlament machte deutlich, dass das einheitliche Antragsverfahren zwar nur bestimmte Arbeitnehmer aus Drittstaaten betrifft, das gemeinsame Bündel von Rechten jedoch unterschiedslos für alle Arbeitnehmer aus Drittstaaten gilt. Andernfalls sind bei einer solch grundlegenden Frage wie dem Recht auf Gleichbehandlung Diskriminierungen zwischen Arbeitnehmern aus Drittstaaten zu befürchten. Des Weiteren ist das Europäische Parlament der Ansicht, dass Arbeitnehmer aus Drittstaaten abgesehen von den im Vorschlag aufgeführten Rechten zumindest die gleiche Behandlung wie die eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf Folgendes genießen müssen: Arbeitsbedingungen, einschließlich Arbeitsentgelt, Urlaub, Arbeitszeit und Entlassung sowie Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz, allgemeine Bildung im weiteren Sinne (Aneignung der Sprache und der Kultur zur Verbesserung der Integration) und berufliche Bildung, Portabilität von Rentenansprüchen im Hinblick auf die Altersversorgung sowie im Falle des Ablebens oder von Invalidität, Informations- und Beratungsdienste der

⁽⁷⁰⁹⁾ Dieser umfassende Geltungsbereich wurde kürzlich im Rat infrage gestellt, da Artikel 63 des EG-Vertrags hierfür keine rechtliche Grundlage bietet. Siehe Ratsdokument 5082/09 vom 7. Januar 2009.

⁽⁷¹⁰⁾ Siehe Erwägungsgrund 16 des Vorschlags der Kommission.

⁽⁷¹¹⁾ Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe e, Vorschlag für eine kombinierte Erlaubnis.

⁽⁷¹²⁾ Ratsdokument 5082/09 vom 7. Januar 2009.

⁽⁷¹³⁾ Helen Oosterom-Staples, „Regulating Labour Migration: The EU Saga on Third Country Nationals Seeking Access to the European Labour Market“, in Anita Böcker u. a. (Hrsg.), *Migration Law and Sociology of Law, Collected Essays in honour of Kees Groenendijk*, Wolf Legal Publishers, Nimwegen, 2008, S. 121-130.

⁽⁷¹⁴⁾ Siehe A6-0431/2008.

Arbeitsämter. ⁽⁷¹⁵⁾ Die Mitgliedstaaten können die Gleichbehandlung mit eigenen Staatsangehörigen beschränken, indem sie für den Zugang zu allgemeiner und beruflicher Bildung einen Nachweis für ausreichende Sprachkenntnisse vorschreiben. Der Hochschulzugang kann von der Erfüllung besonderer Bildungsvoraussetzungen abhängig gemacht werden. Dem Europäischen Parlament zufolge kann auch die Gleichbehandlung in Bezug auf Studienbeihilfen beschränkt werden. Diese Änderungen sind nicht verbindlich, und es ist höchst unwahrscheinlich, dass der Rat sie angesichts der aktuellen Finanzkrise akzeptiert.

B. Vorschlag für eine hochqualifizierte Beschäftigung („EU Blue Card“)

Hochqualifizierte Arbeitnehmer aus allen Drittländern haben einen Anteil von 1,72 % an der Gesamtzahl der Arbeitskräfte der EU, was deutlich unter dem Anteil anderer wichtiger Einwanderungsländer wie Australien (9,9 %), Kanada (7,3 %), den USA (3,2 %) und der Schweiz (5,3 %) liegt. Die 27 verschiedenen Zulassungssysteme, die es derzeit in der EU gibt, werden als Hauptgrund für die geringe Attraktivität der EU als Einwanderungsziel betrachtet. Demzufolge ist es für potenzielle Wanderarbeitnehmer aus Drittstaaten wesentlich schwieriger, sich problemlos von einem Mitgliedstaat zu einem anderen zu bewegen. Daher besteht das Ziel des Vorschlags für eine hochqualifizierte Beschäftigung darin, ein beschleunigtes und flexibles Zulassungsverfahren und attraktive Aufenthaltsbedingungen für Drittstaatsangehörige einzuführen, damit die EU für hochqualifizierte Arbeitnehmer attraktiver wird. Die Vorteile für den Inhaber einer EU Blue Card sind auf der einen Seite das Recht auf Freizügigkeit innerhalb der EU und auf der anderen Seite das Recht auf sofortige Familienzusammenführung sowie die Möglichkeit, nach 18 Monaten einer hochqualifizierten Beschäftigung in einem zweiten Mitgliedstaat nachzugehen. ⁽⁷¹⁶⁾

⁽⁷¹⁵⁾ Das Plenum hat einige der Klauseln aus dem ursprünglichen Vorschlag erneut eingefügt, die der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres im Hinblick auf das Recht auf Gleichbehandlung gestrichen hatte.

⁽⁷¹⁶⁾ Im Vorschlag der Kommission betrug dieser Zeitraum zwei Jahre. Siehe www.europeanunionbluecard.com/.

„Hochqualifizierte Beschäftigung“ ist die Beschäftigung einer Person, die im betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht und/oder in Übereinstimmung mit nationalen Verfahren als Arbeitnehmer geschützt ist, ungeachtet der rechtlichen Beziehung, zur Ausübung einer echten und tatsächlichen Erwerbstätigkeit für oder unter Anleitung einer anderen Person und gegen Bezahlung; für diese Beschäftigung ist ein höherer beruflicher Bildungsabschluss oder eine einschlägige Berufserfahrung erforderlich. ⁽⁷¹⁷⁾ „Höherer beruflicher Bildungsabschluss“ sind durch Hochschulqualifikationen oder bei Ausnahmeregelungen, wenn die nationale Gesetzgebung dies vorsieht, durch mindestens fünf Jahre Berufserfahrung auf einem Niveau, das mit Hochschulqualifikationen vergleichbar ist, nachgewiesene Qualifikationen und die für den im Arbeitsvertrag oder verbindlichen Beruf oder verbindlichen Arbeitsplatzangebot angegebenen Beruf oder Sektor relevant sind. ⁽⁷¹⁸⁾

Der persönliche Geltungsbereich enthält zum großen Teil die gleichen Beschränkungen wie der persönliche Geltungsbereich des Vorschlags für eine kombinierte Erlaubnis.

In Artikel 5 werden die folgenden Zulassungskriterien für einen hochqualifizierten Arbeitnehmer festgelegt:

- ein gültiger Arbeitsvertrag oder ein verbindliches Arbeitsplatzangebot für mindestens ein Jahr,
- Erfüllung der für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines reglementierten Berufs und bei nicht-reglementierten Berufen Nachweis einer relevanten Qualifikation,
- ein gültiges Reisedokument und ggf. ein Visum (bzw. einen Visumsantrag),
- eine Krankenversicherung,

⁽⁷¹⁷⁾ Artikel 2 Buchstabe b in der neuesten öffentlichen Version des Rates, Ratsdokument 16952/08 vom 10. Dezember 2008.

⁽⁷¹⁸⁾ Artikel 2 Buchstabe g des Ratsdokuments 16952/08 vom 10. Dezember 2008. Im ursprünglichen Entwurf der Kommission waren drei Jahre Berufserfahrung ausreichend.

- keine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit,
- ein Gehaltsniveau, das mindestens das 1,5-Fache des durchschnittlichen Bruttojahresgehalts im betreffenden Mitgliedstaat umfasst. Für die Beschäftigung in einigen Berufen mit Arbeitskräftemangel kann dieses Niveau auf das 1,2-Fache des durchschnittlichen Bruttojahresgehalts herabgestuft werden. ⁽⁷¹⁹⁾

Als zusätzliche Bedingung wird in einem neuen Abschnitt 5, der vom Rat hinzugefügt wurde, betont, dass dieser Artikel die geltenden Tarifverträge oder Verfahren der betreffenden Berufszweige für hochqualifizierte Beschäftigung unberührt lässt. Durch die Richtlinie wird kein Recht auf Zulassung geschaffen. Die Mitgliedstaaten behalten die Zuständigkeit, Quoten für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen für hochqualifizierte Beschäftigung festzulegen. ⁽⁷²⁰⁾

Die Mitgliedstaaten haben einen Standardgültigkeitszeitraum für die EU Blue Card festzulegen, der zwischen einem und vier Jahren beträgt. Wenn der Arbeitsvertrag einen kürzeren Zeitraum vorsieht, ist die EU Blue Card für die Dauer des Arbeitsvertrags plus drei Monate auszustellen bzw. zu verlängern. ⁽⁷²¹⁾

Arbeitslosigkeit ist an sich kein Grund für den Entzug der EU Blue Card; allerdings darf die Arbeitslosigkeit nicht länger als drei aufeinander folgende Monate anhalten und während der Gültigkeit der EU Blue Card nur einmal auftreten (Artikel 14).

Laut Guild gibt es gute Gründe dafür, einer Person mehr Zeit für die Arbeitssuche zuzugestehen. Wie die aktuelle Finanzkrise zeigt, kann sich der Arbeitsmarkt schnell verändern. Eine Person, die beschlossen hat, mit der ganzen Familie in einen Mitglied-

staat zu ziehen, verdient eine faire Behandlung, falls sie arbeitslos wird. Dazu gehört auch ein angemessener Zeitraum für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz. Durch die drohende Ausweisung kurz nach dem Verlust des Arbeitsplatzes kann der Arbeitgeber auf unerwünschte Weise Einfluss auf den Einwanderungsstatus des Arbeitnehmers nehmen. Letzterer wird möglicherweise dazu gezwungen, schlechtere Bedingungen zu akzeptieren und Verstöße gegen das Arbeitsrecht (oder das Gesellschaftsrecht) durch den Arbeitgeber zu verschweigen, da sein Einwanderungsstatus zu sehr von einer Weiterbeschäftigung abhängt. ⁽⁷²²⁾

Die Gleichbehandlungsbestimmung (Artikel 15) enthält zum großen Teil die gleichen Rechte wie die Bestimmung des Vorschlags für eine kombinierte Erlaubnis. Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission werden Inhaber einer EU Blue Card hinsichtlich der Sozialhilfe im Sinn des nationalen Rechts wie eigene Staatsangehörige behandelt, obgleich die Mitgliedstaaten dies auf Fälle beschränken können, in denen dem Inhaber der EU Blue Card die Rechtsstellung langfristig Aufenthaltsberechtigter in der EG gewährt wurde. ⁽⁷²³⁾ In der aktuellsten Version des Rates wurde diese Gleichbehandlungsbestimmung gestrichen, wie auch die Gleichbehandlungsbestimmung zu steuerlichen Vergünstigungen.

Zur Anregung der zirkulären Migration ist es Inhabern einer EU Blue Card gestattet, für einen längeren Zeitraum (18 Monate und, wenn dem Inhaber der EU Blue Card außerdem die Rechtsstellung langfristig Aufenthaltsberechtigter in der EG gewährt wurde, 24 Monate) in ihr Herkunftsland zurückzukehren, ohne das Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat zu verlieren (Artikel 17 Absätze 3 und 4). Dieses Recht kann auf Fälle beschränkt werden, in denen die Rückkehr stattgefunden hat, um eine Erwerbstätigkeit auszuüben, einen Freiwilligen-

⁽⁷¹⁹⁾ Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission war das Niveau auf das 3-Fache des Mindestbruttomonatsgehalts festgelegt.

⁽⁷²⁰⁾ Artikel 7, Artikel 9 Absatz 2a und Artikel 19 Absatz 6 des Ratsdokuments 16952/08 vom 10. Dezember 2008.

⁽⁷²¹⁾ Artikel 8 Absatz 2 des Ratsdokuments 16952/08 vom 10. Dezember 2008.

⁽⁷²²⁾ Elspeth Guild, „EU Policy on Labour Migration, A First Look at the Commission's Blue Card Initiative“, *CEPS Policy Brief*, Nr. 145, November 2007.

⁽⁷²³⁾ Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe f und Artikel 15 Absatz 3 des Vorschlags für eine kombinierte Erlaubnis.

dienst abzuleisten oder ein Studium zu absolvieren (Artikel 17 Absatz 5).

Schließlich sind an dieser Stelle zwei Ergänzungen des Rates erwähnenswert, die das Arbeiten in einem zweiten Mitgliedstaat erschweren werden. ⁽⁷²⁴⁾ Artikel 19 Absatz 2 sieht vor, dass der zweite Mitgliedstaat in Übereinstimmung mit seiner nationalen Gesetzgebung entscheiden darf, dass der Antragsteller erst dann arbeiten darf, wenn die zuständige Behörde positiv über seinen Antrag entschieden hat, und Artikel 21 Absatz 4 sieht vor, dass der zweite Mitgliedstaat vom Inhaber der EU Blue Card verlangen kann, Folgendes nachzuweisen: a) eine Unterkunft, die für eine vergleichbare Familie in derselben Region als üblich betrachtet wird und den allgemeinen Gesundheits- und Sicherheitsnormen im betreffenden Mitgliedstaat entspricht, und b) stabile und regelmäßige Einkünfte, die für den eigenen Unterhalt und den der Familie ausreichen, ohne die Sozialhilfeleistungen des betreffenden Mitgliedstaats.

Das Europäische Parlament, das bei diesem Verfahren das Recht auf Anhörung hat, verabschiedete am 20. November 2008 eine legislative Entschließung, die den Vorschlag für eine hochqualifizierte Beschäftigung ändert. ⁽⁷²⁵⁾

Das Parlament schlug einen deutlicheren Rahmen, präzisere Definitionen und die Zusicherung von mehr Flexibilität für Mitgliedstaaten vor. Gleichzeitig wurden die Mitgliedstaaten angehalten, eine Abwanderung von Hochqualifizierten aus Drittländern zu vermeiden. Es wurde außerdem erklärt, dass Arbeitnehmer mit „Blue Card“ auf dem Arbeitsmarkt nicht gegenüber EU-Staatsbürgern bevorzugt werden sollten. Ein Inhaber der Blue Card sollte sechs anstatt drei Monate Zeit haben, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Die Karte sollte nicht als „Recht“ von Zuwanderern betrachtet werden und kann verweigert werden, auch wenn die Kriterien erfüllt werden. EU-Mitgliedstaaten werden aufgefordert, keine Blue

Cards in Sektoren zuzulassen, in denen der Zugang zu Arbeitnehmern aus EU-10-Mitgliedstaaten weiterhin beschränkt ist. Das Europäische Parlament verlangt außerdem, dass EU-Mitgliedstaaten die Abwanderung von Hochqualifizierten aus Drittstaaten durch die Blue Card in Sektoren, in denen diese Länder unter Arbeitskräftemangel leiden, nicht aktiv begünstigen. Dies gilt insbesondere für die Bereiche Gesundheitswesen und Bildung. ⁽⁷²⁶⁾

Der Vorschlag für eine hochqualifizierte Beschäftigung sollte am 8. Dezember 2008 beim Gipfeltreffen verabschiedet werden, doch die Tschechische Republik, die am 1. Januar 2009 die Ratspräsidentschaft von Frankreich übernahm, scheint eine Einigung zu verzögern, bis die eigenen Arbeitnehmer Zugang zu allen EU-Mitgliedstaaten haben (nach dem 30. April, siehe oben). ⁽⁷²⁷⁾

Die EU Blue Card kann als erster Schritt zu einer gemeinsamen, ansprechenden Politik der EU hinsichtlich hochqualifizierten Arbeitnehmern betrachtet werden. Dadurch wird der EU-Arbeitsmarkt für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige etwas attraktiver.

IV. NEUE MIGRATIONSMUSTER: WAS BEZWECKT DIE EU WIRKLICH?

Im Jahr 2008 wurden zwei wichtige politische Dokumente über die künftige Migrationspolitik der EU veröffentlicht. Das eine ist eine „Mitteilung zur gemeinsamen Einwanderungspolitik für Europa: Grundsätze, Maßnahmen und Instrumente“ ⁽⁷²⁸⁾ der Kommission, die im Juni veröffentlicht wurde. Das andere ist ein am 16. Oktober vom Europäischen Rat verabschiedetes Dokument namens „Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl“. ⁽⁷²⁹⁾

⁽⁷²⁶⁾ Siehe <http://www.europeanunionbluecard.com/?m=200812/>.

⁽⁷²⁷⁾ Agence France Presse, 27. November 2008.

⁽⁷²⁸⁾ KOM(2008) 359.

⁽⁷²⁹⁾ Ratsdokument 13440/08 vom 24. September 2008; auch als Französischer Pakt bekannt, da die Initiative während der französischen Ratspräsidentschaft verabschiedet wurde.

⁽⁷²⁴⁾ Ratsdokument 16952/08 vom 10. Dezember 2008.

⁽⁷²⁵⁾ Siehe A6-0432/2008.

Wie zuvor erwähnt, wird unter der schwedischen Ratspräsidentschaft ein neues Fünf-Jahres-Programm im Bereich Justiz, Freiheit und Sicherheit ausgearbeitet. Grundlage dieses sogenannten Stockholmer Programms sind die Mitteilung zur gemeinsamen Einwanderungspolitik sowie der Europäische Pakt zu Einwanderung und Asyl. Dies wird eine enorm schwierige Aufgabe, da beide Dokumente einen vollkommen anderen Ansatz verfolgen.

Diese Mitteilung ist der Beitrag der Kommission zur künftigen Entwicklung der gemeinsamen Einwanderungspolitik. Diese Entwicklung beruht auf 10 gemeinsamen Grundsätzen. Grundlage dieser 10 gemeinsamen Grundsätze ist das europäische Bekenntnis zu universellen Werten wie Schutz von Flüchtlingen, Respekt vor der Menschenwürde und Toleranz. Sie wurden den drei Hauptzielen der EU-Politik zugeordnet: Wohlstand, Solidarität und Sicherheit. Zu jedem Grundsatz gehört eine unvollständige Liste konkreter Maßnahmen, die auf EU- oder einzelstaatlicher Ebene ergriffen werden sollen und dazu dienen, den Grundsatz praktisch umzusetzen. Diese Grundsätze im Überblick:

- Wohlstand und Einwanderung: Die folgenden drei Grundsätze zielen darauf ab, den Beitrag der legalen Einwanderung zur sozioökonomischen Entwicklung der EU anzuerkennen und auszuweiten. Sie betreffen folgende Aspekte:
 1. klare Regeln und gleiche Bedingungen,
 2. besserer Ausgleich zwischen Qualifikationen und Bedarf,
 3. Integration als Schlüssel für eine erfolgreiche Einwanderung. Sie soll durch einen „in beide Richtungen gehenden Prozess“ gestärkt werden, an dem sowohl die Aufnahmegesellschaft als auch die Einwanderer aktiv beteiligt sind.

Diesbezüglich wird ausdrücklich auf die Systeme der sozialen Sicherheit verwiesen. Zur Stärkung der Inte-

gration müssen Mitgliedstaaten einen nichtdiskriminierenden und effektiven Zugang legaler Einwanderer zu Gesundheits- und Sozialschutzsystemen sowie die effektive Anwendung der EU-Rechtsvorschriften betreffend der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der EU gewährleisten.⁽⁷³⁰⁾

Außerdem sollten die EU und die Mitgliedstaaten für mehr Transparenz in Bezug auf die Regeln betreffend der Rentenansprüche von Migranten, die in ihr Herkunftsland zurückkehren wollen, sorgen.

- Solidarität und Einwanderung: Solidarität bedeutet in diesem Zusammenhang Solidarität der Mitgliedstaaten, Aufteilung der Lasten (finanzielle Solidarität) sowie Solidarität und Partnerschaft mit den Herkunfts- und Transitländern der Einwanderer. Konkret ist in diesen drei Grundsätzen die Notwendigkeit von Folgendem dargelegt:
 4. Transparenz, Vertrauen und Zusammenarbeit unter den Mitgliedstaaten,
 5. effiziente und kohärente Verwendung der verfügbaren Mittel – insbesondere zur Unterstützung der besonderen Migrations- und geografischen Probleme, denen sich die Mitgliedstaaten gegenübersehen,
 6. Partnerschaft mit Drittländern, um gemeinsam das gesamte Spektrum von Problemen im Zusammenhang mit Migration zu erörtern und zu bearbeiten.

Zur Realisierung dieser Partnerschaft wird erneut ausdrücklich auf die Systeme der sozialen Sicherheit verwiesen: Die EU und ihre Mitgliedstaaten müssen Bestimmungen über die Koordinierung der sozialen Sicherheit in die Assoziierungsabkommen aufneh-

⁽⁷³⁰⁾ 2003 verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 1) zur Ausdehnung der Bestimmungen von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf Drittstaatsangehörige, die 1. ihren rechtmäßigen Wohnsitz in der EU haben und 2. an einem grenzübergreifenden Sachverhalt beteiligt sind. Im Juli 2007 verabschiedete die Kommission einen Vorschlag, der die Bestimmungen von Verordnung (EG) Nr. 883/04, die die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ersetzt, auf Drittstaatsangehörige ausdehnt, die 1. ihren rechtmäßigen Wohnsitz in der EU haben und 2. an einem grenzübergreifenden Sachverhalt beteiligt sind [KOM(2007) 439].

men, die zwischen der EU, den Mitgliedstaaten und Drittländern geschlossen werden. Neben dem Grundsatz der Gleichbehandlung können die Übertragung erworbener sozialer Grundrechte, insbesondere die Übertragung von Rentenansprüchen, Gegenstand solcher Bestimmungen sein.

- Sicherheit und Einwanderung: Die folgenden vier Grundsätze befassen sich mit der Notwendigkeit, sicherzustellen, dass die für den Einwanderungsbereich geltenden Vorschriften eingehalten werden und dass mit illegaler Einwanderung effizient umgegangen wird:
 7. eine Visumpolitik im Interesse Europas, indem Bona-fide-Besuchern die Einreise erleichtert und gleichzeitig die Sicherheit gestärkt wird,
 8. integrierte Grenzverwaltung, um die Integrität des Schengen-Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen zu wahren,
 9. verstärkte Bekämpfung der illegalen Einwanderung und Null-Toleranz gegenüber Menschenhandel,
 10. wirksame und nachhaltige Rückführungsmaßnahmen.

Die Kommission ist fest davon überzeugt, dass die gemeinsame Einwanderungspolitik in partnerschaftlicher Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den EU-Institutionen durchgeführt werden muss. Grundlage sollten die Wirtschaftslage und die Einwanderungssituation in jedem Mitgliedstaat und der EU insgesamt sein. Hinsichtlich der Arbeitskräftemigration unterstreicht die Kommission jedoch, dass die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten weder durch die Grundsätze noch durch die Maßnahmen eingeschränkt werden. Quoten für die Zulassung von ausländischen Arbeitnehmern werden weiterhin ausschließlich vom jeweiligen Mitgliedstaat festgelegt. Von der Europäischen Union werden weder feste Quoten vorgegeben, noch ist in künftigen Richtlinien ein Recht auf Zulassung von ausländischen Arbeitnehmern vorgesehen.

„Der Französische Pakt“

Der Pakt dient als Fahrplan für die künftige Einwanderungspolitik der EU und umfasst fünf Handlungsprioritäten:

- Gestaltung der legalen Einwanderung unter Berücksichtigung der selbstbestimmten Prioritäten, Bedürfnisse und Aufnahmekapazitäten jedes Mitgliedstaats und Förderung der Integration,
- Bekämpfung der illegalen Einwanderung, indem insbesondere sichergestellt wird, dass illegal aufhältige Ausländer in ihre Herkunftsländer zurückkehren oder sich in ein Transitland begeben,
- Stärkung der Wirksamkeit der Grenzkontrollen,
- Schaffung eines Europas des Asyls,
- Aufbau einer umfassenden Partnerschaft mit den Herkunfts- und Transitländern, die die Synergien zwischen Migration und Entwicklung fördert.

Der Pakt wurde von diversen Experten kritisiert. Laut Collett steht er eindeutig für einen konservativeren Einwanderungsansatz. ⁽⁷³¹⁾ Die Einwanderungspolitik wird in Bezug auf „Kontrolle an erster Stelle“ beleuchtet, was hiermit ausdrücklicher geschieht als bisher. Von den fünf genannten Maßnahmenbereichen betrifft nur einer die Förderung des Zugangs zur EU, und selbst dabei geht es um die Prävention von illegaler und unerwünschter Migration. Im Gegensatz zur Mitteilung der Kommission wird die Notwendigkeit, die Einwanderungspolitik zu harmonisieren, im Pakt heruntergespielt. Der Rat verpflichtet die Mitgliedstaaten, die legale Einwanderung zu „gestalten“ anstatt gemeinsame Richtlinien zu erarbeiten: „Er erinnert daran, dass es Sache jedes Mitgliedstaats ist, über die für legale Migranten geltenden Voraussetzungen für die Einreise in sein Hoheitsgebiet zu entscheiden und gegebenenfalls deren Anzahl festzusetzen.“ Dies spiegelt eindeutig den Widerwillen der Mitgliedstaaten wider, ihre Zuständigkeit aufzugeben.

Carrera und Guild stellen außerdem fest, dass sich der Pakt stark an den Mitgliedstaaten orientiert und

⁽⁷³¹⁾ Elizabeth Collett, „The EU Immigration Pact – from Hague to Stockholm, via Paris“, *EPC Policy Brief*, Oktober 2008.

ihm eine überwiegend zwischenstaatliche Logik zugrunde liegt, wobei den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten Vorrang gegenüber denen der EU-27 eingeräumt wird. ⁽⁷³²⁾ Dadurch werden die anhaltenden Spannungen zwischen der Einführung einer europäischen Einwanderungs- und Asylpolitik und der Aufrechterhaltung der Zuständigkeiten und der Ermessensfreiheit der Mitgliedstaaten in diesen Bereichen verschärft.

Laut Bertossi schlägt der Pakt offen einen politischen Rahmen vor, dessen Ziel darin besteht, den „Bedenken der Bürger“ der EU-Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen anstatt eine Politik zu verfolgen, mit der die wirtschaftlichen und sozialen Probleme der Migration gelöst werden können. ⁽⁷³³⁾ Der Stellenwert, der dem Kampf gegen „illegale Einwanderung“, der Notwendigkeit, die Zuwanderung von Familien effektiver zu regulieren, der Stärkung von Frontex ⁽⁷³⁴⁾ sowie der Entwicklung von biometrischen Technologien eingeräumt wird, entspricht dieser Einschätzung. Der Pakt ist eine rechtlich nicht bindende Eingabe mit politischen Grundsätzen. Daher kann kaum davon ausgegangen werden, dass er im Bereich Migration tatsächlich umsetzbare gemeinsame Politik beiträgt. Ebenso wenig wird infrage gestellt, ob der Text einen wahrhaft europäischen Ansatz verfolgt. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, denn der Schwerpunkt verlagert sich zu einem stark national ausgerichteten Ansatz bei der europäischen Agenda zur Migrationspolitik.

V. GESAMTANSATZ UND ZIRKULÄRE MIGRATION

Eine interessante Komponente der gemeinsamen Migrationspolitik ist der sogenannte Gesamtansatz.

⁽⁷³²⁾ S. Carrera und E. Guild, „The French Presidency's European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanisation? Security vs. Rights?“ *CEPS Policy Brief*, Nr. 170, September 2008.

⁽⁷³³⁾ Christophe Bertossi, „How Can Europeans Agree on a Common Migration Policy?“ Bericht des Ifri/Barrow Cadbury Trust „Anglo-French Policy Dialogue on Regularisation and Co-Development“, (Entwurf, 26. Januar 2009).

⁽⁷³⁴⁾ Frontex ist die Europäische Agentur, die die Tätigkeit, Ausbildung und den Betrieb der Grenzkontrollen an den Außengrenzen der EU koordiniert.

Dieser Gesamtansatz zur Migrationsfrage kann als externe Dimension der Migrationspolitik der Europäischen Union definiert werden. Der 2005 verabschiedete Ansatz veranschaulicht das Bestreben der Europäischen Union, durch politischen Dialog und enge, praktische Zusammenarbeit mit Drittstaaten einen bereichsübergreifenden Rahmen für den einheitlichen Umgang mit Migration zu schaffen. Dies ist ein neuartiger Ansatz, um die Mobilität von Wanderarbeitskräften aus Drittländern in die EU zu fördern.

In der bereits erwähnten Mitteilung zur gemeinsamen Einwanderungspolitik für Europa von Juni 2008 wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, den Gesamtansatz zu stärken, um eine kohärente, gemeinsame europäische Migrationspolitik zu gewährleisten. Der Grundsatz, dass eine effektive Steuerung der Migrationsströme eine echte Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern voraussetzt und dass die Migrationsproblematik Teil der EU-Politik zur Entwicklungszusammenarbeit und der Außenpolitik sein sowie sich daraus ergebende Probleme umfassen sollte, wurde erneut bekräftigt. Im Oktober 2008 veröffentlichte die Kommission eine Mitteilung, die sich insbesondere mit dem Gesamtansatz beschäftigt. ⁽⁷³⁵⁾ In dieser Mitteilung zum Gesamtansatz wird es als Herausforderung formuliert, dass eine weiterentwickelte gemeinsame europäische Einwanderungspolitik sich verstärkt mit der Frage befassen muss, wie Arbeitsplatzsuchende und offene Stellen besser zueinander gebracht werden können und wie Arbeitsmigranten einen flexibleren Zugang erhalten können. ⁽⁷³⁶⁾ Das bedeutet, dass die Anstrengungen in den Bereichen Anerkennung von ausländischen Studiennachweisen, Übertragbarkeit von Pensions- und Sozialversicherungsansprüchen sowie die Förderung der Integration in den Arbeitsmarkt auf beiden Seiten des Migrationswegs, die soziale Eingliederung der Migranten und die Entwicklung interkultureller Kompetenzen

⁽⁷³⁵⁾ „Konsolidierung des Gesamtansatzes zur Migrationsfrage: Für mehr Koordinierung, Kohärenz und Synergie“, Mitteilung der Kommission, KOM(2008) 611 vom 8.10.2008.

⁽⁷³⁶⁾ KOM(2008) 611, S. 4.

intensiviert und sehr viel vorrangiger behandelt werden müssen.

Ein wichtiger Bestandteil dieses Ansatzes ist die Schaffung von Anreizen für die zirkuläre Migration durch die Einführung oder Konsolidierung von rechtlichen und operativen Maßnahmen wie Sammlung bewährter Verfahren und Einleitung von Pilotinitiativen für die zirkuläre Migration. Dadurch soll die zirkuläre Migration einen höheren Beitrag zur Entwicklung in den Herkunftsländern leisten, und es soll sichergestellt werden, dass die Mobilität den Markterfordernissen in den Bestimmungsländern entspricht. Diese Anreize sollen nicht zur Abwanderung von hochqualifizierten Arbeitskräften beitragen. Es sollen spezifische Instrumente zur Erleichterung der zirkulären Migration und der Mobilität hochqualifizierter Arbeitskräfte erkundet werden, beispielsweise durch „Doppelstellen“ (z. B. für Angehörige der Gesundheitsberufe, Lehrer und Forscher) und die Partnerschaft zwischen öffentlichen Arbeitgebern und Einrichtungen in den EU-Mitgliedstaaten und den Herkunftsländern der Migranten und Förderung der Reintegration in die Arbeitsmärkte der Herkunftsländer. ⁽⁷³⁷⁾ Es wird ausdrücklich erwähnt, dass in diesem Zusammenhang ermittelt werden muss, wie legalen Einwanderern das Recht auf vorrangigen Zugang zu einem verlängerten legalen Aufenthalt in der EU zuerkannt werden kann, und geprüft werden muss, wie die Übertragbarkeit von erworbenen sozialen Ansprüchen, insbesondere Rentenansprüchen, auf Drittländer diese Mobilität fördern kann.

Bisher haben beispielsweise Deutschland und die Schweiz ohne Erfolg eine solche Politik der zirkulären Migration verfolgt. Hailbronner und Koslowski ⁽⁷³⁸⁾ beschreiben, dass man davon ausging, dass die in den 1950er und 1960er Jahren aufgenommenen Gastarbeiter in ihr Heimatland zurückkehren würden und dass andere Zuwanderer sie in einer Art Rotationssystem ablösen würden. Stattdessen wur-

⁽⁷³⁷⁾ KOM(2008) 611, S. 5.

⁽⁷³⁸⁾ K. Hailbronner und R. Koslowski, *Models for Immigration Management Schemes*, GMF Paper Series, 2008.

de aus der angenommenen temporären Migration letztlich eine dauerhafte Migration, was zum Teil auf das wirtschaftliche Eigeninteresse von Arbeitgebern, die die erworbenen Fähigkeiten ihrer Arbeitnehmer nicht verlieren wollten, und zum Teil auf die sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Gastarbeiter zurückzuführen ist. Außerdem siedelten die Gastarbeiter ihre Familien nach Deutschland um.

Sie betonen, dass zirkuläre Migrationsprojekte in Zukunft nur dann erfolgreich gesteuert werden können, wenn in den Herkunftsländern für die Zuwanderer angemessene Aussichten auf akzeptable Lebensbedingungen bestehen. Es gibt zwar Hinweise darauf, dass Zuwanderer aus osteuropäischen Ländern und Ländern der ehemaligen Sowjetunion eine temporäre einer dauerhaften Migration vorziehen, doch bei Zuwanderern aus Afrika ist dies wahrscheinlich nicht der Fall. ⁽⁷³⁹⁾ Das wirtschaftliche Gefälle zwischen dem nördlichen und dem südlichen Ufer des Mittelmeers ist riesig. Das Pro-Kopf-Einkommen ist in Spanien 13-mal so hoch wie in Marokko. ⁽⁷⁴⁰⁾

Hailbronner und Koslowski betrachten das Gewähren eines besonderen Aufenthaltsstatus mit der Option, nach einer gewissen Zeit ins Gastland zurückzukehren, als zusätzlichen Anreiz, zurückzukehren.

In den Niederlanden wird der Beratungsausschuss Ausländerangelegenheiten (ACVZ) in Kürze einen Bericht zu temporärer/zirkulärer Migration veröffentlichen. ⁽⁷⁴¹⁾ Der ACVZ definierte temporäre Migration als Migration von Drittstaatsangehörigen, die für drei bis vier Jahre zum Zweck der Erwerbstätigkeit in ein Land kommen und nach diesem Zeitraum in ihr Herkunftsland oder ein anderes Land zurückkehren müssen.

⁽⁷³⁹⁾ Ali M. Mansoor und Bryce Quillin, *Migration and Remittances, Eastern Europe and Former Soviet Union*, Weltbank 2007, 110.

⁽⁷⁴⁰⁾ Im Vergleich zu den Differenzen zwischen den USA und Mexiko ist das Pro-Kopf-Einkommen wesentlich geringer und unterscheidet sich um das 6-Fache.

⁽⁷⁴¹⁾ Briefadvies tijdelijke migratie, 9. Februar 2009, ACVZ/ADV/2009/02.

Der ACVZ betont, dass dauerhafte Migration keine Lösung für die demografischen Probleme der Zukunft sein kann. Die Erfahrungen der Vergangenheit haben gezeigt, dass eines der größten Probleme der temporären Migration darin besteht, die Rückkehr des Zuwanderers zu garantieren. Als Anreiz für diese Rückkehr schlägt der ACVZ einige strenge Bedingungen vor. Die wichtigsten sind nachfolgend aufgeführt. Die Dauer des temporären Aufenthalts sollte vier Jahre nicht überschreiten, und die Wanderarbeiter haben in dieser Zeit keinen Anspruch auf Familienzusammenführung.⁽⁷⁴²⁾ Als Anreiz für die Rückkehr sollte der Zuwanderer in seinem Herkunftsland ein Arbeitsplatzangebot für ein Jahr erhalten, und nur die Zuwanderer, die sich an diese Forderungen halten, bekommen eine weitere Chance, nach einer gewissen Zeit (z. B. 18 Monate) wieder in der EU zu arbeiten. Des Weiteren sollten temporäre Wanderarbeitskräfte die Möglichkeit haben, ihre staatlichen und betrieblichen Renten abzulösen, so dass das Geld nur in ihrem Herkunftsland ausgezahlt wird.

VI. SCHLUSSBEMERKUNG

Aufgrund von demografischen Faktoren wird Arbeitskräftemigration in den nächsten Jahrzehnten unerlässlich sein. Die durchschnittliche Zahl der Geburten beträgt in der EU derzeit 1,5, während die Rentenquote bei 2,1 liegt.

Die Erweiterung hat die Mobilität innerhalb der Gemeinschaft angeregt, doch diese Quelle steht kurz vor dem Versiegen. Durch künftige Erweiterungen kann offenbar keine ausreichende Versorgung mit Arbeitskräften sichergestellt werden. Des Weiteren scheint sich der Prozess der Erweiterung verlangsamt anstatt beschleunigt zu haben.

Die Kommission hat dies eindeutig erkannt und versucht, allmählich eine gemeinsame Politik für die

⁽⁷⁴²⁾ Dies wirft die Frage auf, ob dies angesichts der Richtlinie 2003/86/EG zur Familienzusammenführung, Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Internationalen Konvention über die Rechte des Kindes möglich ist.

Arbeitskräftemigration zu erarbeiten. Die ersten Schritte sind erfolgt, doch es steht der EU noch ein steiler Weg bevor. Die ersten Vorschläge werden letztlich wahrscheinlich in einer stark verwässerten Fassung verabschiedet werden. Die Vorschläge haben zwar einige gravierende Schwächen, sind jedoch ein Ausgangspunkt für eine gemeinsame Politik. Für einige Mitgliedstaaten ist dies ein erster Schritt zu einer Migrationspolitik für hochqualifizierte Arbeitskräfte. Sollte es möglich sein, ein reibungsloses, effizientes und schnelles Verfahren für Unternehmen zu etablieren, um nach klaren, präzisen Regeln den Bedarf an Arbeitskräften aus Drittstaaten zu decken, wird die Wirtschaft der EU in beträchtlichem Umfang davon profitieren.

Außerdem sieht Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen die Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen vor, die sich fünf Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig in der EU aufgehalten haben. Sie erhalten das Recht, sich zu wirtschaftlichen Zwecken, einschließlich Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (wobei Mitgliedstaaten dies bis zu ein Jahr verzögern können), und aus nicht wirtschaftlichen Gründen in einem Mitgliedstaat zu bewegen und aufzuhalten. Somit wird es grundsätzlich weniger attraktiv, den Mitgliedstaaten die Erstzulassung zu überlassen, wenn jeder Mitgliedstaat den Ersteintritt separat kontrolliert. Im Interesse der Kohärenz kann zugunsten gemeinsamer Regeln für die Erstzulassung von Wanderarbeitskräften argumentiert werden.⁽⁷⁴³⁾

Ein gravierendes Problem sind die Spannungen zwischen dem Rat und der Kommission zu Fragen der Souveränitätsbeschränkung. Wie im Bereich der sozialen Sicherheit sind viele Mitgliedstaaten nach wie vor jeglicher Harmonisierung von Arbeitskräftemigration gegenüber sehr skeptisch eingestellt.

⁽⁷⁴³⁾ Elspeth Guild, „EU Policy on Labour Migration, A First Look at the Commission's Blue Card Initiative“, *CEPS Policy Brief*, Nr. 145, November 2007.

Eine interessante Entwicklung ist der zunehmende Einfluss eines Gesamtansatzes zur Migrationsfrage. Ein wesentlicher Bestandteil dieses Ansatzes ist die Förderung von zirkulärer Migration. Diese Art der Migration ist jedoch mit diversen Problemen verbunden.

Derzeit ist nicht abzusehen, welche Auswirkungen die Finanzkrise haben wird. Wird dadurch die Bereitschaft der Mitgliedstaaten zunehmen, demografische Probleme in Angriff zu nehmen, oder wird sie zu mehr Protektionismus und „Einzelgänger“-Verhalten führen?

NEUE VORSCHRIFTEN ZUR BESTIMMUNG DER ANWENDBAREN RECHTSVORSCHRIFTEN?

Yves Jorens
Universität Gent (Belgien)

Yves Jorens (geboren 1968 im belgischen Antwerpen) ist derzeit Professor für Sozialrecht (national und international) und Europäisches Sozialrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Gent in Belgien. Er ist der ehemalige Leiter einer selbständigen Nachwuchsgruppe, die am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München zum Thema Europäisches und internationales Sozialrecht forschte. Thema seiner Doktorarbeit ist die rechtliche Stellung von Nicht-EU-Bürgern im Europäischen Sozialrecht. Seit vielen Jahren bearbeitet er Themen des europäischen Sozialrechts und der europäischen Sozialpolitik im Hinblick auf den Beitritt und die Integration in die Europäische Union, Probleme im Zusammenhang mit internationaler Beschäftigung, Gesundheitspolitik und Gesundheitsgesetzen. Er hat die nationalen Sozialversicherungssysteme der EU-Mitgliedstaaten intensiv studiert und kennt diese mittlerweile gut.

Jorens hat bereits in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union gearbeitet, insbesondere in den neuen Mitgliedstaaten. Außerdem verfügt er in vielen dieser Länder über gute Kontakte zu Sozialversicherungsexperten. Auch in Südafrika und China ist er sehr aktiv. Bei verschiedenen Phare- und Consensus-Programmen zu europäischem Sozialrecht war er als Sachverständiger und Teamleiter tätig sowie als Berater für den Europarat. Er berät die Europäische Union in diversen Bereichen der sozialen Sicherheit in Europa sowie des Gesundheitsrechts und der Gesundheitspolitik in Europa. Yves Jorens ist Mitglied und Wissenschaftlicher Mentor des Missoc-Sekretariats (System zur gegenseitigen Information über den Sozialschutz in der EU). Derzeit ist er außerdem Projektleiter und Wissenschaftlicher Leiter des trESS-Projekts (Training and Reporting on European Social Security), das von der Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, in Auftrag gegeben wurde. Im Mittelpunkt dabei stehen die Regelungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit für Wanderarbeitnehmer. (*)



I. EIN GRUNDSATZ DER SOZIALEN SICHERHEIT IN EUROPA

Die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften ist einer der Grundsätze der sozialen Sicherheit für Wanderarbeitnehmer⁽⁷⁴⁴⁾. Das Ziel besteht

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

(744) Allerdings wird dieser Grundsatz in Artikel 42 des EG-Vertrags nicht wortwörtlich übernommen. Außerdem erwähnt Guy Perrin in seinem Buch („La sécurité sociale, son histoire à travers les textes“, Tome V: histoire du droit international de la sécurité sociale, Paris, Association pour l'étude de l'Histoire de la Sécurité Sociale, 1993, 361) diesen Grundsatz ebenso wenig als Grundsatz der internationalen Koordinierung.

darin, keinen Zweifel daran zu lassen, welches konkrete Gesetz den sozialen Schutz von Wanderarbeitnehmern regelt. In Ermangelung dieses Grundsatzes und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es der nationalen Souveränität eines jeden Mitgliedstaats unterliegt, die Bedingungen und Kriterien festzulegen, unter denen Personen abgesichert sein können (Arbeitsort, Wohnort, Staatsangehörigkeit, ...), ist eine Situation denkbar, in der zwei oder mehr widersprüchliche Gesetze gleichzeitig anwendbar sind oder die scheinbar unter keine der relevanten Rechtsvorschriften fällt. Das Ziel dieses Grundsatzes

lautet daher, im Interesse der Wanderarbeitnehmer sicherzustellen, dass überall dort, wo sich der Arbeitnehmer gerade aufhält, ein vollständiger, unverzüglich verfügbarer Schutz gegeben ist. ⁽⁷⁴⁵⁾

Die Verfahren zur Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften sind möglicherweise breit gefächert und nicht immer einfach anzuwenden. Diese können vom Arbeitsort, dem Wohnort, dem Sitz des Arbeitgebers, dem Registrierland usw. abhängen.

Innerhalb der Europäischen Union wurde die Option eingerichtet, den Arbeitsort als Kriterium zur Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften auszuwählen („lex loci laboris“). Dieser Entscheidung lagen rechtliche sowie praktische Argumente zugrunde. Dahinter steckte die Idee, dass die Rechte der Zuwanderer in Bezug auf soziale Sicherheit eindeutig mit der Rechtsordnung des Landes verknüpft werden sollen, mit dem der Zuwanderer in seinem Alltagsleben am engsten verbunden ist. Das „lex loci laboris“ entsprach daher nicht nur den ursprünglichen zu koordinierenden Systemen der sozialen Sicherheit, sondern auch der Idee, dass soziale Sicherheit eine Ergänzung zu Lohnarbeit ist und dass soziale Sicherheit und Arbeit oftmals eng miteinander verknüpft sind, z. B. in Bezug auf die Berechnung von Leistungen oder die Verwaltungsorganisation. ⁽⁷⁴⁶⁾ Es stimmt auch mit den im Arbeitsrecht anwendbaren Kollisionsnormen überein (siehe Übereinkommen von Rom von 1980 und Verordnung (EG) Nr. 593/2008). Durch die Auswahl des Wohnorts des Arbeitnehmers als Kriterium wird der Arbeitgeber möglicherweise ermutigt, die Entscheidung vom Beitragsniveau abhängig zu machen, das zwischen den Mitgliedstaaten variieren kann. In dieser Hinsicht erfolgt die Auswahl des Verbindungsfaktors des „lex loci laboris“ nach den Grundsätzen der Freizügigkeit von Arbeitnehmern, die – zumindest bei Verabschiedung der Koordinierungsverordnungen – den Bezugsrahmen darstellten. Soziale Sicherheit ist auch ein Aspekt des öffentlichen Rechts und betrifft die Frage der finanzi-

ellen Aufteilung der Kosten für die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern. ⁽⁷⁴⁷⁾

Dementsprechend findet der Wettbewerb hinsichtlich Arbeitskräften unter den Bestimmungen für den jeweiligen Markt statt, auf dem die Arbeit ausgeführt wird.

Alternative Verbindungsfaktoren, wie der Wohnort oder der Sitz des Arbeitgebers, wurden nur für den Fall festgelegt, dass die strenge Anwendung der Regel des Gesetzes des Arbeitsorts aufgrund der Art bestimmter Beschäftigungen nicht möglich ist.

Die Kollisionsnormen bestimmen nicht nur, wo der Arbeitnehmer versichert ist, sondern auch wo der Arbeitgeber seine Beiträge abführen muss. In dieser Hinsicht ist es irrelevant, ob der Arbeitgeber keine andere Verbindung zu diesem Staat hat, als dass sein Arbeitnehmer dort für ihn arbeitet. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist und daher dort weniger Beiträge zahlen muss. ⁽⁷⁴⁸⁾

Das „lex loci laboris“ gilt daher als allgemeine Vorschrift für die Zuordnung, selbst dann, wenn keine Wahl getroffen wurde ⁽⁷⁴⁹⁾. Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 weicht nur in bestimmten Situationen und aus Gründen der Durchführbarkeit und Wirksamkeit, wodurch die Zuordnung zum Staat des Wohnsitzes angemessener und eher den Interessen von Grenzarbeitnehmern gerecht wird, von der allgemeinen Vorschrift der Zuordnung zum Beschäftigungsstaat ab. ⁽⁷⁵⁰⁾

⁽⁷⁴⁷⁾ Siehe S. Van Raepenbusch, *La sécurité sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la Communauté économique européenne*, Brüssel, Story-Scientia, 1991, 225.

⁽⁷⁴⁸⁾ Rs. 8/75, *Le Football Club d'Andlau*, Slg. 1975, 739; der tatsächliche Wortlaut von Artikel 91 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 lautet wie folgt: „Ein Arbeitgeber kann nicht deshalb zur Zahlung höherer Beiträge herangezogen werden, weil sein Wohnsitz oder der Sitz seines Unternehmens im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des zuständigen Staates liegt.“ In der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wurde diese selbstverständliche Vorschrift gestrichen.

⁽⁷⁴⁹⁾ In der Rechtssache *Rebmann* (58/87, Slg. 1988, 3467) wurde entschieden, dass die Berücksichtigung von vollen Arbeitslosigkeitszeiten eines Grenzarbeitnehmers bei der Berechnung von Rentenansprüchen unter die allgemeine Vorschrift fällt, sofern keine besondere Bestimmung vorhanden ist. Dadurch sind auf die Situation von Grenzarbeitnehmern grundsätzlich die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats anzuwenden (Randnr. 19).

⁽⁷⁵⁰⁾ Rs. 58/87, *Rebman*, Slg. 1988, 3467, Randnr. 15.

⁽⁷⁴⁵⁾ ILO, „Introduction to social security“, Genf, ILO, 1984, 154.

⁽⁷⁴⁶⁾ Das Gehalt des Begünstigten ist oftmals ein wichtiges Kriterium bei der Berechnung der Leistungen.

Die grundlegende Option für das „lex loci laboris“ wurde jedoch in unterschiedlichen Erweiterungsstadien vielfach infrage gestellt, wenn neue Mitgliedstaaten der Europäischen Union beitraten. Die Zweifel beruhten insbesondere auf der Zuordnung anhand des Wohnorts. Der Beschäftigungsstaat wäre demnach nicht mehr das geeignetste und angemessenste Kriterium. ⁽⁷⁵¹⁾ Die zunehmende Anzahl von Ländern, die das Beveridge- oder das skandinavische Modell anwenden, sowie die Einführung von Elementen des Wohnorts und beitragsunabhängigen Leistungen in den traditionell am Bismarckschen Modell orientierten Ländern wurden häufig als Anlass betrachtet, das „lex loci laboris“ infrage zu stellen. Diese Diskussion kann sich zwar gelegentlich zu sehr in die Richtung eines länderspezifischen Ansatzes entwickeln, bei dem die tatsächliche Anzahl der wohnortbasierten Systeme im Vergleich zu den ursprünglichen Systemen, die in der Anfangszeit der Europäischen Union zu koordinieren waren, ermittelt wird. Doch der neue Rahmen der Koordinierungsverordnung (EG) Nr. 883/2004 bestätigt die Entscheidung für das „lex loci laboris“ und stärkt sie in gewissem Umfang sogar. Außerdem unterliegt nach Verordnung (EG) Nr. 883/2004 eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. ⁽⁷⁵²⁾ Nur bei nicht erwerbstätigen Personen sind die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats anzuwenden. ⁽⁷⁵³⁾ Dennoch bleibt die Frage der Angemessenheit dieser Kollisionsnormen unbeantwortet.

Erfolgte die Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 im richtigen Moment, um die Kollisionsnormen fast 50 Jahre nach Verabschiedung der Koordinierungsverordnungen zu ändern/anzupas-

sen, und wurde somit eine einzigartige Chance vertan, neue, „bessere“ (?) Kollisionsnormen zu verabschieden?

Durch Vereinfachung und Rationalisierung hat die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004, abgesehen von einer klaren Benennungsvorschrift für nicht erwerbstätige Personen, einige – geringfügige – Änderungen am bestehenden System mit sich gebracht. Diese betreffen die Entsendungsbestimmungen ⁽⁷⁵⁴⁾, die Benennungsvorschriften für die gleichzeitige Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in mindestens zwei Mitgliedstaaten. ⁽⁷⁵⁵⁾ Außerdem wurde die gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bis jetzt einzige Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift einer einzigen anwendbaren Rechtsordnung gestrichen. ⁽⁷⁵⁶⁾

II. MÜSSEN DIE KOLLISIONSNORMEN ÜBERARBEITET WERDEN?

Ist jedoch eine rein kosmetische Anpassung der Kollisionsnormen ausreichend, oder müssen die Normen grundsätzlich geändert werden? Und was spricht dafür?

⁽⁷⁵¹⁾ A. Christensen und M. Malmstedt, „Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii – an Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law“, *European Journal of Social Security*, Issue 1, Kluwer Law International 2000, 69; siehe auch D. Pieters, „Towards a Radical Simplification of the Social Security Coordination. Exploratory study on possibilities of replacement of Regulations (EEC) Nos. 1408/71 and 574/72 in order to simplify the EC Co-ordination of social security schemes“, in P. Schoukens (Hrsg.), *Prospects of Social Security Coordination*, Leuven, Acco, 1997, 190.

⁽⁷⁵²⁾ Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁷⁵³⁾ Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe e der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁷⁵⁴⁾ Insbesondere die Verlängerung des maximalen Entsendungszeitraums von einem auf zwei Jahre sowie die Aufnahme von Bedingungen, die bereits im Fallrecht des Europäischen Gerichtshofs klargestellt worden waren (die Tatsache, dass der Arbeitgeber, für dessen Rechnung eine Person ins Ausland entsendet wird, gewöhnlich im entsendenden Staat tätig sein muss, sowie dass bei Entsendung einer Person, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, diese Person im Staat ihrer vorübergehenden Beschäftigung eine ähnliche Tätigkeit ausüben muss), in die neuen Bestimmungen, siehe Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁷⁵⁵⁾ Hier wurden die wichtigsten Änderungen vorgenommen, insbesondere wurde die besondere Vorschrift für Arbeitnehmer im internationalen Transport gestrichen, so dass sie jetzt unter die allgemeine Vorschrift fällt. Ebenso ist jetzt vorgeschrieben, dass die betreffende Person einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat ausüben muss, damit dieser Staat anwendbar ist; siehe Artikel 13 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁷⁵⁶⁾ Artikel 13 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, Anhang VII von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Im Vergleich zu Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wurden in Verordnung (EG) Nr. 883/2004 einige separate Vorschriften für besondere Personenkategorien gestrichen. Gemäß Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gibt es keine besondere Vorschrift für Arbeitnehmer im internationalen Transport mehr. Personen, die in diplomatischer Mission und in Konsulatsposten beschäftigt sind, haben keine Wahlmöglichkeit mehr. Es gibt keine besondere Vorschrift für Beamte, die in zwei Ländern tätig sind, keine Vorschrift für Unternehmungen über eine gemeinsame Grenze hinweg, keine besondere Vorschrift für Beamte, die besonders versichert sind, und keine Vorschrift für Personen, die nicht zur Besatzung oder Mannschaft auf einem Schiff innerhalb der Hoheitsgewässer oder des Hafens gehören.

Wodurch ließen sich weitere Überlegungen zu neuen Normen für die anzuwendenden Rechtsvorschriften rechtfertigen? Unserer Meinung nach können drei Faktoren dabei eine Rolle spielen. ⁽⁷⁵⁷⁾

Der erste Faktor ist das sich deutlich verändernde Migrationsmuster. Der Wanderarbeitnehmer von vor 50 Jahren hat mit dem Wanderarbeitnehmer von heute nicht mehr viel gemeinsam. Eine der wichtigsten Veränderungen betrifft die Art der Migration selbst. Es haben sich neue Beschäftigungsmodelle ergeben, darunter zunehmend flexible Arbeitsmärkte. Die Verordnung wurde zu einem Zeitpunkt verabschiedet, als langfristige Vollzeitbeschäftigungsverhältnisse für Arbeitnehmer die Regel waren und der Wanderarbeitnehmer oder Gastarbeiter in der Regel eine männliche Person war, die (mit oder ohne Familie) ins Land ihrer Beschäftigung kam und am Ende ihres Arbeitslebens in ihr Herkunftsland zurückkehrte. Grundsätzlich wanderten Menschen aus, um bessere Arbeitsmöglichkeiten und -bedingungen zu bekommen, darunter auch höhere Gehälter. Dieser typische Migrant arbeitete im Bergbau, zog für einen langen Zeitraum in einen anderen Staat und kehrte häufig erst im Rentenalter in sein Herkunftsland zurück, wenn überhaupt. Wanderarbeiter dieses Typs waren im Staat ihres neuen Arbeitsorts insbesondere auf die uneingeschränkte Integration in die Systeme der sozialen Sicherheit bedacht. Wenn sie erst mit fortgeschrittenem Alter migrierten, bestand das größte Problem für diese Personen in der möglichen Übertragung von Pensionsleistungen. Heute gibt es viele unterschiedliche Arten von Wanderarbeitnehmern, die zu einem wachsenden europäischen Arbeitsmarkt beitragen. Dazu gehören beispielsweise Grenzarbeitnehmer, temporäre Wanderarbeitnehmer und paneuropäische Führungskräfte. Die anhaltende Globalisierung und Schaffung eines europäischen Binnenmarkts hat dazu geführt, dass Arbeitgeber Personal und Arbeitskräfte für zeitlich begrenzte Tätigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat entsenden. Die Menschen pendeln jede

Woche oder jeden Tag in andere Staaten und zu anderen Arbeitsorten. Die Karriereplanung eines Arbeitnehmers sieht heutzutage oftmals mehrere aufeinander folgende Auslandseinsätze (für einen kurzen oder längeren Zeitraum) vor. Diese erfolgen häufig in einem Netzwerk von Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten. Nicht der dauerhafte Umzug ist die bedeutendste Entwicklung, sondern die innerbetrieblichen und unternehmensübergreifenden Versetzungen.

Insbesondere Wanderarbeitnehmer, die häufig für kurze Zeit im Ausland arbeiten, werden eher dem System der sozialen Sicherheit in ihrem Herkunftsland zugeordnet und sind in dem Land, in dem sie für kurze Zeit beschäftigt sind, weniger integriert.

Es wurde oft argumentiert, dass diese neuen Formen der Mobilität die Grundsätze und die tatsächlichen Normen für die anzuwendenden Rechtsvorschriften infrage stellen. Kann dem nicht entgegnet werden, dass diese allgemeinen Kollisionsnormen aufgrund der hohen Flexibilität in Kombination mit den kurzen Einsätzen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten, was zu einem ständigen Wechsel des „lex loci laboris“ führt, nicht mehr angemessen sind? Wird dadurch nicht nur die soziale Sicherheitslage dieser Wanderarbeitnehmer in beträchtlichem Umfang verschärft, sondern sogar eine weitere Migration verhindert? ⁽⁷⁵⁸⁾ Wie steht es mit Managern in einem multinationalen Konzern, die ihren Arbeitsort häufig von einem Unternehmensstandort an einen anderen verlegen und während ihrer Karriere in unterschiedlichen Niederlassungen dieses Konzerns tätig sind? Die Zuordnung wird dadurch verkompliziert, dass sich diese Personen in einem Netzwerk eng miteinander verknüpfter Unternehmen bewegen, wobei der Arbeitnehmer gelegentlich sogar einen örtlichen Arbeitsvertrag mit einer Tochtergesellschaft unterschreibt, während sein eigentlicher (ruhender) Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft weiterhin besteht. In diesem Fall ist unklar, wer nun der Arbeitgeber des

⁽⁷⁵⁷⁾ Für einen allgemeinen Überblick über Trends und Herausforderungen im Zusammenhang mit den Verordnungen siehe Y. Jorens und J. Hajdu, *European Report 2008, Training and Reporting on European Social Security*, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 125 S.

⁽⁷⁵⁸⁾ A. Numhauser-Henning, „Freedom of movement and Transfer of Social Security Rights“, R. BLANPAIN (Hrsg.), *Collective bargaining, discrimination, social security and European integration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 185-186.

betreffenden Arbeitnehmers ist. Darstellende Künstler können beispielsweise ein Engagement als Arbeitnehmer bei einem EU-Darbietungsunternehmen in einem anderen EU-Land annehmen, als Beschäftigter bei einem EU-Darbietungsunternehmen entsendet werden, wenn dieses Unternehmen Aufführungen in anderen EU-Ländern hat, oder als Selbständiger einen Dienstleistungsvertrag in einem anderen EU-Land abschließen. ⁽⁷⁵⁹⁾ Die individuellen Mobilitätsprobleme, mit denen diese Personengruppen konfrontiert sind, führen häufig zu Forderungen nach bestimmten Kollisionsnormen, die besser auf die jeweiligen Merkmale und Situationen dieser Kategorien abgestimmt sind. ⁽⁷⁶⁰⁾

An zweiter Stelle steht die Freizügigkeit. Dieser zentrale Grundsatz der Koordinierungsverordnungen hat eine Entwicklung durchlaufen und ist von einer wirtschaftlichen Perspektive zu einem breiter gefassten Menschenrechtskonzept übergegangen. Die stets angenommene Verbindung zwischen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer als Instrument und dem wirtschaftlichen Interesse der Europäischen Union hat sich zu einer wachsenden Vereinigung von Bürgern entwickelt. Der Wanderarbeitnehmer ist nicht in erster Linie eine wirtschaftliche Person, sondern ein Mensch, der nach besseren Lebens- und Arbeitsbedingungen strebt. Analog dazu hat sich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Richtung einer Vereinigung „Europäischer Bürger“ entwickelt. Bei der Schaffung einer Rechtsordnung, die sich an sozialer Gerechtigkeit und den Erwartungen der Bevölkerung an eine europäische Integration orientiert, wie sie den allgemeinen Zielen der Verträge entnommen werden kann, ist der wirtschaftliche Aspekt in den Hintergrund gerückt. ⁽⁷⁶¹⁾ „Die Schaffung einer Unionsbürgerschaft, ergänzt durch die Freizügigkeit

ihrer Inhaber innerhalb des Hoheitsgebiets aller Mitgliedstaaten, bedeutet einen beträchtlichen qualitativen Fortschritt, da sie dieses Recht seiner funktionalen oder instrumentalen Bestandteile (Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder mit der Verwirklichung des Binnenmarkts) entkleidet und damit in den Rang eines eigenständigen und unabhängigen Rechts erhebt, das zum politischen Status der Bürger der Union gehört.“ ⁽⁷⁶²⁾

Durch diese Schaffung einer Unionsbürgerschaft, insbesondere auch wie vom Europäischen Gerichtshof interpretiert ⁽⁷⁶³⁾, wurden neue Rechte für nicht erwerbstätige Personen erlassen, die bis zu dem Zeitpunkt von der EU-Gesetzgebung nahezu ignoriert worden waren. ⁽⁷⁶⁴⁾ Dadurch erhielten sie den Status eines aktiven Anspruchstellers auf Sozialfürsorgeleistungen, selbst wenn sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen oder nachgegangen sind. ⁽⁷⁶⁵⁾ Da der Gerichtshof die Bestimmungen der Unionsbürgerschaft auch auf Rechtssachen anwendet, die den EU-Verordnungen unterliegen, wurde deutlich herausgestellt, dass die Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 (und in Zukunft Nr. 883/2004) nicht der einzige Weg ist, um in den Genuss von Leistungen und Rechten der sozialen Sicherheit zu kommen. Es wurde ein neues Konzept der europäischen Solidarität eingeführt. ⁽⁷⁶⁶⁾

⁽⁷⁵⁹⁾ Siehe z. B. R. Polacek, „Study on impediments to mobility in the EU-live performance sector and on possible solutions“, Studie für Pearle, Mobile.Home Project, Helsinki, 2007, 14.

⁽⁷⁶⁰⁾ R. Polacek, „Study on impediments to mobility in the EU-live performance sector and on possible solutions“, Studie für Pearle, Mobile.Home Project, Helsinki, 2007, und ERA Green paper, „Realizing a single labour market for researchers“, GD Forschung und Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 30. September 2008, Nr. 13571/08.

⁽⁷⁶¹⁾ Siehe A. Touffait, „La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de sécurité sociale des travailleurs Européens qui se déplacent“, *Mélanges offerts à P. H. Teitgen*, Paris, 1984, 525.

⁽⁷⁶²⁾ Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer, Randnr. 82 der Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen C-11/06 und C-12/06, Morgan, Slg. 2007, I-9161.

⁽⁷⁶³⁾ Rs. C-85/96, Martine Sala, Slg. 1998, I-2691; Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193; Rs. C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091; Rs. C-138/02, Collins, Slg. 2004, I-2703; Rs. C-456/02, Trojani, Slg. 2004, I-7573; Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, 2119; Rs. C-192/05, Tas-Hagen, Slg. 2006, I-10451; Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947.

⁽⁷⁶⁴⁾ Die Rechte von nicht erwerbstätigen Personen wurden in den drei Aufenthaltsrichtlinien ausgeführt (Richtlinie 90/364/EWG über das Aufenthaltsrecht, Richtlinie 90/365 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen und Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten). Diese drei Richtlinien wurden nun durch die allgemeine Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG ersetzt.

⁽⁷⁶⁵⁾ E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 114-115.

⁽⁷⁶⁶⁾ Siehe auch M. Ross, „Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?“, *Common Market Law Review*, 2007, 1065; M. Coucheir (Hrsg.), M. Saksliin (Hrsg.), S. Giubboni, D. Martinsen und H. Verschuere, *Think Tank Report 2008: The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008, 37 ff.

Damit kommen wir zu einem dritten, eng mit der Unionsbürgerschaft verknüpften Grund, warum es unter Umständen notwendig ist, die Normen für die anzuwendenden Rechtsvorschriften einer genaueren Prüfung zu unterziehen. In dem Moment, als die ersten Rechtssachen zur Unionsbürgerschaft im sozialen Bereich entstanden ⁽⁷⁶⁷⁾, verließen sich die Menschen, d. h. die Arbeitnehmer, unmittelbar auf andere Bestimmungen des EU-Vertrags und konnten sich womöglich kaum vorstellen, dass sie auf ihre konkreten Rechte in Bezug auf soziale Sicherheit Einfluss nehmen können. In den Rechtssachen im Bereich Gesundheitswesen ⁽⁷⁶⁸⁾ griff der Gerichtshof die nationalen Bedingungen für die Weigerung an, Kosten für medizinische Behandlungen im Ausland nach den Binnenmarktnormen zu erstatten, insbesondere in Bezug auf die Freizügigkeit von Waren und Dienstleistungen. Dadurch wurde den Bürgern der Gemeinschaft abgesehen von Artikel 22 von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ein zweiter Weg für die grenzüberschreitende medizinische Versorgung eröffnet. Infolge dieser Rechtsprechung wird die Übernahme von Kosten für medizinische Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat durch zwei unterschiedliche, gleichrangige Verfahren geregelt. ⁽⁷⁶⁹⁾ Diese Beispiele haben gezeigt, dass soziale Rechte unter Bezugnahme auf die Freizügigkeit geltend gemacht werden können.

Eine wichtige Entwicklung in dieser Hinsicht ist der direkte Verweis auf die Grundsätze der Freizügigkeit von Personen (Artikel 39) seitens der europäischen Arbeitnehmer, um gegen mögliche Einschränkungen ihrer Grundrechte anzugehen. Diese Einschränkungen sind nicht nur das Ergebnis der nationalen Rechtsvorschriften, sondern ergeben sich bisweilen sogar aus der Anwendung der EU-Verordnungen. Die traditionelle Nichtexportierbarkeit von bestimmten Leistungen gemäß Verordnung, wie

beitragsunabhängige Leistungen oder Leistungen bei Arbeitslosigkeit, könnte bei unmittelbarer Anwendung der Freizügigkeitsgrundsätze des EU-Vertrags immer mehr infrage gestellt werden. Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH, aber auch Entwicklungen auf nationaler Ebene haben deutlich gemacht, dass selbst nach Aufnahme einer Bestimmung in Anhang II der Verordnung, durch die die nationalen Behörden von der Pflicht ausgenommen werden, diese Leistungen zu exportieren, das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. EuGH-Rechtssachen wie *De Cuyper* ⁽⁷⁷⁰⁾ oder *Petersen* ⁽⁷⁷¹⁾ oder *Hendrix* ⁽⁷⁷²⁾ haben gezeigt, dass die Nichtexportierbarkeit bestimmter Leistungen zusammen mit dem Recht auf Freizügigkeit gemäß Artikel 39 EG-Vertrag oder der Unionsbürgerschaft gemäß Artikel 18 EG-Vertrag zu betrachten ist. Unter diesen Umständen können Aufenthaltsbedingungen nur dann weiterverfolgt werden, wenn sie sachlich gerechtfertigt und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Dies kann zu anderen Ergebnissen führen. Beispielsweise stufte der EuGH in der Rechtssache *Hendrix* eine Leistung für Behinderte, die in Anhang II der Verordnung aufgeführt ist, zwar als nicht exportierbar ein, stellte jedoch die Vereinbarkeit mit den Freizügigkeitsgrundsätzen gemäß Artikel 39 EG-Vertrag infrage. Diese Frage wurde den nationalen Gerichtshöfen übergeben, und nach Abwägung der nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf diese Grundsätze erklärte der nationale Gerichtshof die Nichtexportklausel für nicht anwendbar. Beispiele wie diese bestätigen, dass die Verordnungen nicht mehr den einzigen Weg zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit für Wanderarbeitnehmer darstellen. Diese Tendenz gewinnt nicht nur im Bereich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern an Bedeutung, sondern auch im freien Dienstleistungsverkehr. In der Rechtssache *Rüffert* ⁽⁷⁷³⁾ in Bezug auf den Mindestlohn und Richtlinie 96/71/EG untersuchte der Gerichtshof direkt

⁽⁷⁶⁷⁾ Rs. C-85/96, *Martine Sala*, Slg. 1998, I-2691.

⁽⁷⁶⁸⁾ Beginnend mit den Rechtssachen C-120/95, *Decker*, Slg. 1998, I-1831, und C-158/96, *Kohl*, Slg. 1998, I-1931.

⁽⁷⁶⁹⁾ Y. Jorens, M. Coucheir und F. Van Overmeiren, „Access to health care in an internal market: impact for statutory and complementary systems“, Grundlagenbericht, Brüssel, AIM, 2005, in *Bulletin Luxembourgais des questions sociales*, Vol. 18, 2005, 7.

⁽⁷⁷⁰⁾ Rs. C-406/04, *De Cuyper*, Slg. 2006, I-6947.

⁽⁷⁷¹⁾ Rs. C-228/07, *Petersen* (Urteil 2008, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁽⁷⁷²⁾ Rs. C-287/05, *Hendrix*, Slg. 2007, I-6909.

⁽⁷⁷³⁾ Rs. C-346/06, *Rüffert*, Slg. 2008, I-1989.

die Verpflichtung zur Zahlung eines Gehalts – ein Bereich, der eindeutig von dieser Richtlinie geregelt wird – im Zusammenhang mit dem freien Dienstleistungsverkehr.

Der direkte Verweis auf den EU-Vertrag hat zur Folge, dass jede Vorschrift jetzt auf den allgemeinen Freizügigkeitsgrundsatz geprüft und danach beurteilt wird. Das heißt, ist die Anwendung der betreffenden Vorschrift ein Hindernis, für das es keine sachliche Rechtfertigung gibt, und wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherzigt? Eine sachliche Rechtfertigung lässt sich möglicherweise problemlos finden. Doch den Verhältnismäßigkeitstest zu bestehen, ist wesentlich schwieriger. Die Nicht-exportierbarkeit einiger Leistungen ist ein einleuchtendes Beispiel hierfür. In der Rechtssache *De Cuyper* ⁽⁷⁷⁴⁾ bestätigt der Gerichtshof, dass die Anwendung der Aufenthaltsklausel auf eine arbeitslose Person, die nicht angeben muss, dass sie für eine Erwerbstätigkeit zur Verfügung steht, als Voraussetzung für die Beibehaltung ihres Anspruchs auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit eine Einschränkung darstellt, die jedoch durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, die Beschäftigungs- und Familiensituation einer arbeitslosen Person zu überwachen. Bei Betrachtung dieser Rechtfertigung drängt sich die Meinung auf, dass der Gerichtshof der Argumentation des Mitgliedstaats Belgien gegenüber sehr verständnisvoll eingestellt war, die in der Praxis jedoch nur wenig überzeugend war. Man kann nicht den Eindruck gewinnen, dass ähnlich einschränkende Vorschriften in Zukunft größere Schwierigkeiten haben werden, den Freizügigkeitstest zu bestehen. Dies wird vom Gerichtshof in der Rechtssache *Petersen* eindeutig bestätigt. ⁽⁷⁷⁵⁾ Dieser Fall betraf die Nichtexportierbarkeit eines Vorschusses an arbeitslose Antragsteller, die Leistungen bei Invalidität beantragt haben. Diese wiederum wurden vom Gerichtshof als Leistung bei Arbeitslosigkeit eingestuft. Hier erklärt der Gerichtshof eindeutig, dass eine Vorschrift des nati-

onalen Rechts, sofern sie nicht sachlich gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbar diskriminierend anzusehen ist, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. Der Gerichtshof erklärt zwar, dass die EU-Verordnung die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die den Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit an den Wohnort knüpfen, in normalen Situationen nicht ausschließt. Doch in Bezug auf die spezielle Situation von Herrn Petersen war dies nicht der Fall. Der Gerichtshof gab an, dass die österreichische Regierung nicht versucht hat, den Zweck zu erläutern, der mit dem Wohnortfordernis verfolgt wird, und nicht das Geringste vorgetragen hat, um dieses Erfordernis zu rechtfertigen. Es ist jedoch möglich, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit *insbesondere* (Kursivformatierung des Autors) einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann. Eine solche Gefährdung lässt sich aber schwer feststellen, wenn die zuständigen Behörden dadurch, dass sie die Leistungen denjenigen bewilligen, die bei Stellung ihres Antrags im Inland wohnen, gerade gezeigt haben, dass sie die wirtschaftliche Belastung dieser Leistung tragen können. Darüber hinaus scheint das Wohnortfordernis als unverhältnismäßig, da es für eine Leistung gilt, die denjenigen, die eine Berufsunfähigkeitspension beantragt haben, für eine begrenzte Zeit bezahlt werden soll.

Die nationale Vorschrift sowie die Vorschrift von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wird bei unmittelbarer Anwendung der Bestimmungen des EU-Vertrags außer Kraft gesetzt, wenn Mitgliedstaaten jetzt mit einer Aufgabe konfrontiert werden, die sie häufig vergessen, nämlich die konkrete Rechtfertigung in dem bestimmten Fall, die zusätzlich in Anbetracht des Verhältnismäßigkeitstests zu prüfen ist, allerdings nicht abstrakt, sondern angewandt auf die jeweilige Situation des Falls und der betreffenden

⁽⁷⁷⁴⁾ Rs. C-406/04, *De Cuyper*, Slg. 2006, I-6947.

⁽⁷⁷⁵⁾ Rs. C-228/07, *Petersen* (Urteil 2008, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

Person. Außerdem wendet der Gerichtshof in der Rechtssache Baumbast⁽⁷⁷⁶⁾ den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf die Fakten der Rechtssache Baumbast⁽⁷⁷⁷⁾ an. Der Gerichtshof hat sich dafür entschieden, die Vorschriften im konkreten Fall zu prüfen, also unter Berücksichtigung der Fakten des jeweiligen Falls. Selbst in Fällen, in denen die Gesetzgebung grundsätzlich mit den Belangen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist, kann sie bei Anwendung auf konkrete Situationen diesem widersprechen.⁽⁷⁷⁸⁾ Die Mitgliedstaaten werden der konkreten Rechtfertigung mehr Aufmerksamkeit schenken müssen und können sich nicht auf allgemeine Erklärungen beschränken. Für den Einzelnen, der den Schutz im Gemeinschaftsrecht sucht, ist es womöglich einfacher, bei der Konformität der nationalen Rechtsvorschriften mit dem EG-Recht anzusetzen.

Diese Prüfung des konkreten Falls hat zu einer verstärkten Überprüfung der Konformität von abgeleitetem EU-Recht mit den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts geführt.⁽⁷⁷⁹⁾ Der Gerichtshof zögert nicht, die Konformität der nationalen Rechtsvorschriften zu prüfen, selbst wenn sie dem abgeleiteten EU-Recht folgen, das unmittelbar unter den Vorschriften des EG-Vertrags steht. Laut Dougan kommt dies „einer gerichtlichen Nachprüfung eben dieses Gemeinschaftsrechts gleich, jedoch nicht der privilegierten Art von Prüfung, die man bei Fragen der Zuständigkeit bei der Ausübung der eigenen Gesetzgebung der Gemeinschaft erwarten würde, sondern der konfrontativen Art der Prüfung, die ständig in

Bezug auf nationale Bestimmungen zu beobachten ist, die die Freizügigkeit im Rahmen der Primärbestimmungen des Vertrags beschränken“⁽⁷⁸⁰⁾. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch den EuGH könnte als Infragestellung der Autonomie, Zuständigkeiten und Befugnisse der europäischen Legislative verstanden werden.⁽⁷⁸¹⁾ Die nationalen Vorschriften, die mit der Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 (und in Zukunft Nr. 883/2004) im Einklang stehen, sowie die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit selbst werden zunehmen auf Konformität mit den Grundsätzen des EU-Rechts geprüft werden.⁽⁷⁸²⁾ Nicht mehr die Verordnungen stellen den ultimativen Bezugsrahmen dar, sondern die Konformität mit dem Grundsatz der Freizügigkeit.

Durch die oben angeführten Gründe wird klar, dass, obgleich wir alle möglicherweise mit den derzeitigen Vorschriften einigermaßen zufrieden sind, nicht auszuschließen ist, dass die derzeitigen, jedoch auch die künftigen Koordinierungsvorschriften hinsichtlich der Konformität mit den Grundsätzen des EU-Rechts durch die Bestimmungen zu Unionsbürgerschaft, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, freiem Dienstleistungsverkehr und sogar freiem Warenverkehr wie oben ausgeführt weiter angegriffen werden.

⁽⁷⁷⁶⁾ Rs. C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091.

⁽⁷⁷⁷⁾ Siehe Entscheidungsgrund 92. In einem aktuellen Fall, dem Urteil vom 18. November 2008 in der Rechtssache C-158/07, Förster (Urteil 2008, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), über die Vergabe von Unterhaltsstipendien betrachtet der Gerichtshof die Angelegenheit eher von einem abstrakten als von einem konkreten Standpunkt aus. Es bleibt unklar, ob der Gerichtshof hiermit vom bisherigen Fallrecht abweichen möchte, nach dem die konkrete, individuelle Sachlage berücksichtigt wird (siehe auch den Beitrag von Spaventa in dieser Veröffentlichung).

⁽⁷⁷⁸⁾ E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, Den Haag, Kluwer Law International, 2007, 155.

⁽⁷⁷⁹⁾ M. Coucheir (Hrsg.), M. Sakslin (Hrsg.), S. Giubboni, D. Martinsen und H. Verschuere, *Think Tank Report 2008: The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008, 36-37.

⁽⁷⁸⁰⁾ M. Dougan, „The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship“, *European Law Review*, 2006, 620-621.

⁽⁷⁸¹⁾ Siehe auch S. Besson und A. Utzinger, „Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora’s Box“, *European Law Journal*, 2007, 575, und M. Coucheir (Hrsg.), M. Sakslin (Hrsg.), S. Giubboni, D. Martinsen und H. Verschuere, *Think Tank Report 2008: The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008, 37.

⁽⁷⁸²⁾ Siehe Entscheidungsgrund 57 der Schlussanträge von Generalwältin Kokott in der Rechtssache C-287/05, Hendrix (Slg. 2007, I-6909): „Somit muss eine Beschränkung der grundlegenden Freiheiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, selbst wenn diese Beschränkung sich aus einer Gemeinschaftsverordnung oder nationalen Vorschrift ergibt, die dem Sekundärrecht entspricht. Anerkanntermaßen genießt die Legislative der Gemeinschaft und der Einzelstaaten bei der Verabschiedung von Maßnahmen im Allgemeininteresse, die die grundlegenden Freiheiten betreffen, einen gewissen Spielraum. Das Gericht behält sich jedoch das Recht vor, zu prüfen, ob die Legislative den Umfang dieses Spielraums überschritten und damit die grundlegenden Freiheiten verletzt hat.“

III. SIND DIE DERZEITIGEN KOLLISIONSNORMEN „EG-RESISTENT“?

A. Neue Vorschriften für neue Migrationsmuster?

Sind die Verordnungen auf diesen neuen Rahmen abgestimmt? Ist nicht jetzt, da wir das 50. Jubiläum der Verordnungen feiern, der richtige Moment, um über eine mögliche Überarbeitung eines Systems von Kollisionsnormen nachzudenken, die es seit 50 Jahren gibt?

Häufig wird über neue oder geänderte Vorschriften diskutiert, die neue Migrationsmuster berücksichtigen sollten.

In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Ziel der neuen Verordnung, die Vorschriften zu vereinfachen und zu modernisieren, wurden einige Sondervorschriften für bestimmte Gruppen gestrichen, die das Koordinierungssystem verkomplizierten. In dieser Hinsicht würden die Anpassung und der Erlass von Sonderbestimmungen für „neue“ Arten der Mobilität dem Rationalisierungsprozess widersprechen, der mit Verordnung (EG) Nr. 883/2004 begonnen wurde. Die Neuaufnahme von bestimmten Vorschriften für sogenannte „neue“ Kategorien könnte zu einer wachsenden Anzahl von Forderungen seitens anderer Gruppen führen, wodurch die Fragmentierung und einheitliche Anwendung der Kollisionsnormen zunehmen würde. Grundsätzlich ist festzustellen, dass das Verknüpfen von Kollisionsnormen mit Arbeitnehmerkategorien kein überzeugender Ansatz ist. Offenbar gibt es in Übereinstimmung mit der Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (CASSTM) ⁽⁷⁸³⁾ nur wenige Situationen, die eine Sonderbehandlung erfordern.

Künstler, Besatzungen von Flugzeugen usw. waren auch in der Vergangenheit in anderen Ländern tätig,

⁽⁷⁸³⁾ Siehe Dokument 278/07 rev. vom 4. Oktober 2007.

wenn auch nicht im gleichen Ausmaß. Zu befürworten, dass für diese Arten der Mobilität Sonderbestimmungen erlassen werden sollten, würde jedoch in gewisser Weise nahelegen, dass der europäische Gesetzgeber diese Personengruppen mehr oder weniger ignoriert hat. Somit sind manche Formen der Mobilität nicht wirklich neu, sondern einfach stärker verbreitet. Die Einschaltung von Stellenvermittlungen sowie die Anwendung der Kollisionsnormen unter diesen Umständen sind seit Jahrzehnten bekannt. Schon 1970 befasste sich der Europäische Gerichtshof mit der Anwendung der Entsendungsbestimmungen in Bezug auf Stellenvermittlungen. ⁽⁷⁸⁴⁾ Einige andere Formen, wie Flugzeugbesatzungen, konnten als Transportarbeitnehmer eingestuft werden.

Diese Beispiele zeigen, dass einige der Fragen im Zusammenhang mit neuen Formen der Mobilität möglicherweise nicht auf die Unangemessenheit der bestehenden Vorschriften an sich zurückzuführen sind, sondern auf die Schwierigkeiten mit dem Verständnis der Konzepte und deren Umsetzung. Man könnte daher argumentieren, dass die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EG) Nr. 883/2004 tatsächlich einigermaßen gut auf die neuen Mobilitätsformen abgestimmt sind. Erforderlich sind eher eine Einigung hinsichtlich der Auslegung der Konzepte und eine effektive Umsetzung als eine grundlegende Änderung der Grundsätze oder operativen Konzepte der Verordnungen. ⁽⁷⁸⁵⁾

Die Expertengruppe, die sich für die Freizügigkeit von Wissenschaftlern einsetzt, möchte z. B. die Anwendung von Vereinbarungen gemäß Artikel 17 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (Artikel 16 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004) als Methode anwenden, um Behinderungen der Freizügigkeit dieser Personen zu vermeiden und deren individuelle Situ-

⁽⁷⁸⁴⁾ Rs. 35/70, *Manpower*, Slg. 1970, 1251.

⁽⁷⁸⁵⁾ Siehe Y. Jorens (Hrsg.), J.-P. Lhernould (Hrsg.), J.-C. Fillon, S. Roberts und B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008), 7.

ation besser zu berücksichtigen. ⁽⁷⁸⁶⁾ Auch die Darstellende Kunst setzt sich für die Einleitung von Verfahren zum Erhalt der E-101-Formblätter ein. ⁽⁷⁸⁷⁾

Eine bessere Anwendung der aktuellen Bestimmungen geht jedoch mit der Notwendigkeit einer weiteren Klarstellung einher. Die Unklarheit und die unterschiedlichen Auslegungen der Bestimmungen für die anzuwendenden Rechtsvorschriften bergen die Möglichkeit, dass die derzeitigen Bestimmungen kontrovers oder sogar falsch angewendet werden. Sie können jedoch auch eines Tages Gegenstand von Klagen beim Europäischen Gerichtshof werden. Ein typisches Beispiel für die uneinheitliche Anwendung ist die Auslegung von Artikel 17 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (Artikel 16 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004), die es den Mitgliedstaaten erlaubt, Vereinbarungen im Interesse von Wanderarbeitnehmern zu treffen, die von den Kollisionsnormen abweichen. Jeder Mitgliedstaat wendet seine eigenen Vorschriften an, die sich häufig voneinander unterscheiden, nicht nur zwischen den betreffenden Staaten, sondern sogar innerhalb desselben Staates. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es eines Tages schwierig sein wird, dem Europäischen Gerichtshof zu erläutern, warum Arbeitnehmer unter identischen Umständen unterschiedlichen Rechtsvorschriften unterliegen, weil die Mitgliedstaaten über die Anwendung dieses Artikels unterschiedlicher Ansicht sind. Könnte man hier mit Diskriminierung argumentieren? ⁽⁷⁸⁸⁾ Es stimmt natürlich, dass einer der wichtigsten Unterschiede diesbezüglich darin besteht, dass die Verordnung ein Koordinierungsinstrument ist und nicht der Harmonisierung der Systeme der sozialen Sicherheit dient, so dass die Verantwortung für die Umsetzung den verschiedenen Mitgliedstaaten obliegt. Die Definition der verwendeten Konzepte ist daher nicht die primäre Aufgabe

des europäischen Gesetzgebers, was nicht bedeuten soll, dass eine führende Funktion nicht zu begrüßen wäre.

Es ist natürlich nicht von der Hand zu weisen, dass zumindest in Bezug auf den wachsenden flexiblen Arbeitsmarkt eine zunehmende Anzahl von bestimmten Mobilitätsformen, die wiederum mit neuen Formen von Arbeitsverträgen zusammenhängen, festgestellt werden kann. Dazu zählen Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen, Arbeitnehmer, die über Stellenvermittlungen vorübergehend beschäftigt sind, Arbeitnehmer, die stark integrierten Unternehmen oftmals für kurze Zeit zur Verfügung gestellt werden, Telearbeiter oder Arbeitnehmer, die innerhalb eines multinationalen Konzerns ständig den Standort wechseln oder gleichzeitig an verschiedenen Standorten in unterschiedlichen Mitgliedstaaten tätig sind, wobei bisweilen Verträge mit diversen Niederlassungen bestehen ... Doch hängt das Problem zwangsläufig mit der Verabschiedung neuer Vorschriften zusammen? Betreffen die Probleme nicht auch die Schwierigkeit, die Grundkonzepte der Kollisionsnormen zu verstehen und umzusetzen? Die Arbeit in einem internationalen innerbetrieblichen Netzwerk aus verschiedenen Unternehmen ist ein typisches Beispiel hierfür. Damit geht das Problem einher, dass das Eigentum an Geräten und die Beschäftigung von Arbeitnehmern zunehmend in der Hand unterschiedlicher Unternehmen liegt, wobei die Arbeitnehmer in der Regel von „globalen“ Zeitarbeitsunternehmen beschäftigt werden. Wie wird der Begriff Arbeitgeber definiert? Ist es sinnvoll, dieses Netzwerk aus Gesellschaften als Gruppe von separaten Unternehmen zu betrachten, die jeweils eine eigene Rechtspersönlichkeit haben, oder sollten wir von einer großen Einheit ausgehen, wobei die Muttergesellschaft der übergeordnete Arbeitgeber ist? Welche Konsequenzen hat es, wenn ein Vertrag mit einer Tochtergesellschaft geschlossen wird? Ist der Arbeitgeber derjenige, mit dem ein Arbeitsvertrag geschlossen wird, oder ist es die Muttergesellschaft, die die Befugnis über die verschiedenen Niederlassungen und Tochtergesellschaften hat? Hierzu möchte ich auf einen aktuellen Fall der fran-

⁽⁷⁸⁶⁾ Siehe Schlussfolgerungen des Rates vom 30. September 2008, DOC1357/08.

⁽⁷⁸⁷⁾ Siehe z. B. R. Polacek, „Study on impediments to mobility in the EU live performance sector and on possible solutions“, Studie für Pearle, Mobile.Home Project, Helsinki, 2007, 34.

⁽⁷⁸⁸⁾ Siehe Y. Jorens und J. Hajdu, *European Report 2008, Training and Reporting on European Social Security*, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 8.

zösischen Cour de Cassation verweisen ⁽⁷⁸⁹⁾. Eine Arbeitnehmerin war bei der Muttergesellschaft L'Oréal beschäftigt. Bei ihrer Versetzung in eine Tochtergesellschaft in China beendet sie ihren Vertrag mit der Muttergesellschaft. Sie unterzeichnet einen Arbeitsvertrag mit der Tochtergesellschaft, wird jedoch entlassen, als sie schwanger wird. Der Cour de Cassation zufolge war diese Entlassung un gerechtfertigt, da keine Neuordnung stattgefunden hatte. Ungeachtet der Tatsache, dass zwischen der Muttergesellschaft und der Arbeitnehmerin kein Vertragsverhältnis mehr bestand, ist das Gericht der Ansicht, dass die Muttergesellschaft weiterhin die Verantwortung trägt, weil die Initiative, die Arbeitnehmerin der Tochtergesellschaft zur Verfügung zu stellen, von ihr ausging. Ist daher die Muttergesellschaft der eigentliche Arbeitgeber? Wäre es in einem solchen Fall nicht möglich, dass der Arbeitnehmer während der gesamten Beschäftigungsdauer dem Ort zugeordnet wird, an dem sich der Hauptarbeitgeber befindet? Doch stellen Sie sich auch den Fall eines Arbeitnehmers vor, der in eine andere Tochtergesellschaft versetzt wird, mit der er einen Arbeitsvertrag abschließt, während der ursprüngliche Vertrag mit der Muttergesellschaft ruht. Es ist vorgesehen, dass die betreffende Person nach einer Zeit wieder in die Muttergesellschaft eingegliedert wird oder die Garantie erhält, nach Ende der Beschäftigung in der Tochtergesellschaft eine neue Stelle in der Muttergesellschaft oder eine vergleichbare Position innerhalb des Konzerns angeboten zu bekommen. Kann die Idee der Wiedereingliederung als Kriterium für die Bestimmung des Ortes herangezogen werden, mit dem ein Arbeitnehmer am stärksten verbunden ist, und somit für die Bestimmung der angemessensten Kollisionsnorm? Wäre es nicht besser, eine derartige Situation aus einer lebensnahen, globalen Perspektive zu betrachten?

Doch eine konkrete Lösung für die oben genannten Herausforderungen erfordert mehr als nur eine kosmetische Anpassung der Kollisionsnormen. Die Fra-

⁽⁷⁸⁹⁾ Siehe Lhernould, J.-P., „Obligations de la société-mère suite au licenciement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère, Cass. Soc. 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-41700“, Dr. Soc. 2009, 69.

ge lautet: Würden die bestehenden Vorschriften den Test der Freizügigkeitsgrundsätze bestehen? Außerdem ist zu bedenken, dass etwaige neue Vorschriften diesen Grundsätzen entsprechen sollten. Sollten wir aus diesem Grund nicht vielmehr über einen neuen Rahmen nachdenken und die Grundsätze und die Philosophie hinter dem derzeitigen System näher beleuchten, also die Neutralität, die Verbindlichkeit sowie die ausschließliche und ausgeprägte Wirkung der Kollisionsnormen? ⁽⁷⁹⁰⁾

B. Für einen grundlegend neuen Ansatz?

1. Die Ziele der Verordnungen

Bevor man die derzeitigen Kollisionsnormen ändert, sollte vorab die Frage gestellt werden, für wen diese Koordinierungsverordnungen verfasst wurden. Wen sollen sie schützen?

Die Koordinierungsverordnungen sind ein Instrument, das verabschiedet wurde, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gewährleisten.

In der Präambel von Verordnung (EG) Nr. 883/2004 heißt es eindeutig: „Die Vorschriften zur Koordination der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit sind Teil des freien Personenverkehrs und sollten zur Verbesserung des Lebensstandards und der Arbeitsbedingungen beitragen.“ ⁽⁷⁹¹⁾ Das Ziel der neuen Verordnungen bestand darin, sicherzustellen, dass das Recht auf Freizügigkeit von Personen wirksam ausgeübt werden kann. ⁽⁷⁹²⁾

Daher passen die Koordinierungsverordnungen perfekt zu den allgemeinen Zielen des EU-Vertrags, wie

⁽⁷⁹⁰⁾ Genau dies war die Aufgabe, mit der sich der Think Tank zu neuen Formen der Mobilität und anzuwendenden Rechtsvorschriften im Rahmen des trESS-Projekts beschäftigte. Dieser Bericht ist daher unter anderem den Überlegungen und Ideen dieser Think-tank-Gruppe zu verdanken, der der Autor dieses Artikels angehört (siehe Y. Jorens (Hrsg.), J.-P. Lhernould (Hrsg.), J.-C. Fillon, S. Roberts und B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008). Die Aktivitäten des Think Tank werden im Jahr 2009 forgesetzt.

⁽⁷⁹¹⁾ Punkt 1 der Präambel

⁽⁷⁹²⁾ Punkt 45 der Präambel

in Artikel 2 dargelegt, nämlich ein hohes Maß an Sozialschutz sowie die Anhebung des Lebensstandards zu fördern. Von Anfang an hat der Europäische Gerichtshof erklärt, dass Grundlage, Rahmen und Grenzen der Verordnungen im Bereich der sozialen Sicherheit die Artikel 48 bis 51 (39 bis 42) des Vertrags sind, die der Sicherung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dienen. ⁽⁷⁹³⁾ Die Koordinierungsverordnungen müssen aus diesem Grund in Bezug auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ausgelegt werden. Die Interessen der Arbeitnehmer erhalten somit eine zentrale Position im Koordinierungsrahmen. Die Verordnung sieht jedoch lediglich eine „Koordinierungsregelung“ vor, keine Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften. Demzufolge bleiben gemäß Artikel 51 (jetzt 42) die Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten und somit zwischen den Rechten von Personen, die in den Mitgliedstaaten arbeiten, bestehen. Daraus folgt, dass wesentliche und verfahrenstechnische Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit in den einzelnen Mitgliedstaaten und somit zwischen den Rechten von Personen, die in den Mitgliedstaaten arbeiten, von Artikel 51 (jetzt 42) des EU-Vertrags unberührt bleiben. ⁽⁷⁹⁴⁾ In Wirklichkeit kann man sich nicht einmal sicher sein, ob man durch die festgelegte Rechtsordnung überhaupt versichert ist. Tatsächlich werden die Bedingungen, durch die das Recht oder die Pflicht entsteht, einem System der sozialen Sicherheit oder einem bestimmten Zweig eines solchen Systems anzugehören, oder der Anspruch auf eine Leistung vom Gesetzgeber des jeweiligen Mitgliedstaats festgelegt. ⁽⁷⁹⁵⁾ Die betreffende Person ist daher nur dann versichert, wenn sie die auf nationaler Ebene geltenden Bedingungen erfüllt. So wie die soziale Sicherheit nur innerhalb der EG koordiniert wird, bietet der EG-Vertrag einem Arbeitnehmer keine Garantie, dass die Ausweitung seiner Tätigkeiten

in mehrere Mitgliedstaaten oder die Übertragung der Tätigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat im Hinblick auf die soziale Sicherheit als neutral betrachtet wird. Daraus folgt, dass grundsätzlich jeder Nachbar, der sich im Vergleich zur Situation eines Arbeitnehmers, der ausschließlich in einem Mitgliedstaat einer Beschäftigung nachgeht, aus der Ausweitung oder der Übertragung von Tätigkeiten in einen oder mehrere Mitgliedstaaten und dadurch ergibt, dass er weiteren Rechtsvorschriften für die soziale Sicherheit unterliegt, nicht gegen Artikel 48 und 52 (jetzt 39 und 43) des EG-Vertrags verstößt, wenn diese Rechtsvorschriften diesen Arbeitnehmer im Vergleich zu Arbeitnehmern, die ausschließlich in dem Mitgliedstaat einer Beschäftigung nachgehen, wo diese gelten, nicht benachteiligen ... ⁽⁷⁹⁶⁾

Im Hinblick auf die Kollisionsnormen hat der Gerichtshof stets die Ziele dieser Normen aus der Arbeitnehmerperspektive erläutert: „Die Bestimmungen des Titels II der Verordnungen Nr. 3 und (EWG) Nr. 1408/71, die festlegen, welche Rechtsvorschriften auf Arbeitnehmer anzuwenden sind, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, bezwecken, dass die Betroffenen dem System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedstaats unterliegen, um die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, zu vermeiden.“ ⁽⁷⁹⁷⁾

Diese dominante Stellung des Arbeitnehmers in den Zielen der Verordnungen schließt jedoch nicht aus, dass auch andere Parteien, die traditionell an der sozialen Sicherheit beteiligt sind, eine Rolle spielen. Dies wird insbesondere im Zusammenhang mit den Kollisionsnormen deutlich. Wie bereits erwähnt, hat der Gerichtshof beispielsweise erklärt, dass nicht nur der Arbeitnehmer den Rechtsvorschriften dieses

⁽⁷⁹³⁾ Rs. 100/63, Van der Veen, Slg. 1964, 1215; siehe auch Rs. 242/83, Patte-ri, Slg. 1984, 3171.

⁽⁷⁹⁴⁾ Rs. C-41/94, Pinna, Slg. 1986, I-1.

⁽⁷⁹⁵⁾ Rs. 29/88, Schmitt, Slg. 1989, 581; Rs. C-2/89, Kits van Heijningen, Slg. 1990, I-755, Randnr. 19; Rs. C-275/96, Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419, Randnr. 29, und Rs. C-227/03, Van Pommeren-Bourgondiën, Slg. 2005, Randnr. 33.

⁽⁷⁹⁶⁾ Zum Beispiel verbundene Rechtssachen C-393/99 und C-399/99, Her-villier; siehe auch Rs. 493/04, Piatkowski. Dasselbe gilt beispielsweise auch im Bereich des Steuerrechts (siehe Rs. C-365/02, Lindfors, Slg. 2004, I-7183).

⁽⁷⁹⁷⁾ Siehe z. B. Rs. 60/85 Lujten, Slg. 1986, 2365; Rs. C-2/89, Kits van Heij-ningen, Slg. 1990, I-755; Rs. C-196/90, De Paep, Slg. 1991, I-4815, Randnr. 18; Rs. C-202/97, Fitzwilliam, Slg. 2000, I-883, Randnr. 20; Rs. C-275/96, Kuusijärvi, Slg., Slg. 1998, I-3419, Randnr. 28; Rs. 101/83 Brusse, Slg. 1984, 2223, Randnr. 14.

Mitgliedstaats unterliegt, sondern auch der Arbeitgeber, und die Tatsache, dass der Arbeitgeber im Mitgliedstaat seiner Gründung geringere Beiträge zahlen soll, hat keinerlei Relevanz. ⁽⁷⁹⁸⁾

Wo ein Arbeitnehmer versichert ist, beeinflusst daher auch die Situation des Arbeitgebers. Insbesondere im Hinblick auf die Entsendungsbestimmungen, die auch mit dem freien Dienstleistungsverkehr zusammenhängen und daher für den Arbeitnehmer von Interesse sind, erklärt der Gerichtshof, dass Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 3 das Ziel hat, Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu überwinden sowie die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung zu fördern und dabei administrative Schwierigkeiten insbesondere für die Arbeitnehmer, die Unternehmen und Organisationen der sozialen Sicherheit zu vermeiden. ⁽⁷⁹⁹⁾ Das heißt, die Kollisionsnormen wurden nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer, sondern auch im Interesse der Arbeitgeber und der Institutionen der sozialen Sicherheit erlassen.

2. Das Interessengleichgewicht

Bei einer möglichen Überprüfung eines Rahmens zur anwendbaren Rechtsordnung dürfen daher die Rolle und die Beteiligung dieser drei Parteien (Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Verwaltung) nicht aus den Augen verloren werden, und es ist das richtige Gleichgewicht zwischen den Interessen der drei Parteien zu finden. Dies ist auch das Konzept, das vom Think Tank von trESS im Hinblick auf neue Formen der Mobilität entwickelt wird: das Interessengleichgewicht bei der Festlegung des anwendbaren Rechts.

Die drei Parteien verfolgen jedoch unterschiedliche und mitunter widersprüchliche Interessen. ⁽⁸⁰⁰⁾

⁽⁷⁹⁸⁾ Rs. 8/75, Le Football Club d'Andlau, Slg. 1975, 739.

⁽⁷⁹⁹⁾ Siehe Rs. 35/70, Manpower, Slg. 1970, 1251, Randnr. 10; später bestätigt z. B. in der Rs. C-202/97, Fitzwilliam, Slg. 2000, I-883, Randnr. 28, und Rs. C-404/98, Plum, Slg. 2000 I-9379, Randnr. 19.

⁽⁸⁰⁰⁾ Siehe Y. Jorens (Hrsg.), J.-P. Lhernould (Hrsg.), J.-C. Fillon, S. Roberts und B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008), 16-17.

Für den Arbeitnehmer sind folgende Aspekte von Bedeutung: keine Änderung der Versicherungszugehörigkeit zum Aufbau langfristiger Leistungen (insbesondere Pensionen); Erzielen der höchstmöglichen Leistungen (d. h. kein Verlust von Leistungen aus dem Heimatland, z. B. insbesondere Langzeitpflege, Familienleistungen); Bewahrung der erforderlichen Flexibilität, so dass der Arbeitgeber nicht dazu gezwungen ist, einen anderen Arbeitnehmer einzustellen, dessen Verwaltung unkomplizierter ist, und den unflexiblen Arbeitnehmer zu entlassen, der in Bezug auf die soziale Sicherheit auf einer Behandlung besteht, die den Interessen des Arbeitgebers zuwiderläuft; Zahlung der niedrigsten Beiträge (solange sie zu Leistungen führen); Anwendbarkeit der Gesetzgebung ein und desselben Mitgliedstaats in den Bereichen soziale Sicherheit, Besteuerung und Arbeitsrecht – dies würde sicherstellen, dass all seine verschiedenen Rechte an ein und demselben Ort miteinander verknüpft sind, nämlich am zentralen Ort seines Interesses.

Für den Arbeitgeber sind hingegen folgende Punkte wichtig: alleinige Konfrontation mit dem Sozialversicherungssystem seines Heimatlandes, da er dieses System am besten kennt; Anwendung der Gesetzgebung ein und desselben Mitgliedstaats in den Bereichen soziale Sicherheit, Besteuerung und Arbeitsrecht für eine einfachere Verwaltung; volle Ausschöpfung der Wettbewerbsvorteile auf dem freien Markt (Ausnutzung dieser Möglichkeiten zum Finden der billigsten Arbeitskräfte) – zumindest aber möchte er keine höheren Beiträge zahlen als die lokalen Wettbewerber und zudem so flexibel sein, dass die (höheren) Angestellten bereit sind, umzuziehen (zu starke negative Auswirkungen für die Arbeitnehmer könnten die grenzüberschreitende Aktivität des Arbeitgebers behindern).

Und schließlich gibt es noch die Träger der sozialen Sicherheit. Für diese sind folgende Punkte wichtig: Alle Beitragszahler sollten im betreffenden Mitgliedstaat wohnhaft sein (da der grenzüberschreitende Einzug von Beitragsschulden mühsam und zeitaufwendig ist); es ist immer komplizierter, Situationen in

anderen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, als sich nur mit bekannten Situationen innerhalb des Staates zu befassen (z. B. könnte der Begriff „Einkommen“ in zwei verschiedenen Staaten eine unterschiedliche Bedeutung haben); Vermeidung von Streitigkeiten mit den Institutionen anderer Mitgliedstaaten.

Wir stehen somit drei verschiedenen und oftmals widersprüchlichen Interessenlagen gegenüber.

Wenn die Interessen aller drei Parteien berücksichtigt werden sollen, bleibt die Frage, ob alle Interessen dabei gleich gewichtet werden sollen oder ob die Interessen einer bestimmten Partei Vorrang vor den Interessen einer anderen Partei haben. Sollten die Interessen des Arbeitnehmers angesichts des Rahmens der Verordnungen zur Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht Vorrang haben? Dies wäre denkbar, doch die Meinung des Europäischen Gerichtshofs zu dieser Frage ist nicht immer eindeutig. Wie bereits erläutert, können auch die Prinzipien des freien Dienstleistungsverkehrs eine Rolle spielen. Wir haben insbesondere in den letzten Jahren ein wachsendes Interesse und eine steigende Anzahl an Fällen festgestellt, die sich mit dem Konflikt zwischen dem freien Dienstleistungsverkehr und dem Sozialschutz von Arbeitnehmern befassen. In diesen Fällen stellt der Gerichtshof eher auf die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers ab⁽⁸⁰¹⁾ und macht die sozialen Rechte von der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs abhängig. Beispielsweise kann die Vermeidung von Sozialdumping, die eindeutig das Kernstück des Sozialschutzes ist, nur innerhalb des Rahmens der Entsenderichtlinie 96/71/EG und auf Grundlage des freien Dienstleistungsverkehrs erfolgen.

Der Rolle der dritten Partei, den Trägern der sozialen Sicherheit, könnte hingegen eine geringere Bedeutung zukommen. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass gemäß Artikel 48 (jetzt 39) des Vertrags ein Mitgliedstaat in dem Fall, in dem ein Arbeitnehmer seinen Wohnsitz im Laufe eines Jahres von einem Mit-

gliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hat, um dort eine Beschäftigung aufzunehmen, von der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen befreit ist, die Beiträge übersteigen, die unter ähnlichen Umständen von einem Arbeitnehmer zu zahlen wären, der seinen Wohnsitz im Mitgliedstaat während des ganzen Jahres beibehalten hätte, ohne dass der erste Arbeitnehmer ebenfalls Anspruch auf zusätzliche Sozialleistungen hätte. Der Gerichtshof hat eindeutig festgestellt, dass administrative Überlegungen oder technische Schwierigkeiten in Bezug auf bestimmte Methoden der Einziehung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen keine Abweichungen eines Mitgliedstaats von den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts rechtfertigen.⁽⁸⁰²⁾ Diese Rechtsprechung wurde innerhalb des Rahmens des freien Dienstleistungsverkehrs ebenfalls angewendet.⁽⁸⁰³⁾

Gemäß dieser Rechtsprechung kann keine administrative Vereinfachung im Interesse der Träger der sozialen Sicherheit geltend gemacht werden. Man könnte argumentieren, dass den Interessen der Träger der sozialen Sicherheit somit eindeutig eine geringere Bedeutung zukommt als den Interessen der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber. Doch kann man einen Rechtfertigungsgrund finden, den der Arbeitgeber im Falle einer Behinderung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern anbringen könnte?

Sollten die Interessen des Arbeitnehmers aufgrund der Tatsache, dass er im Mittelpunkt der Verordnung steht, nicht immer Vorrang haben?

Doch werden die Interessen des Arbeitnehmers heutzutage ebenfalls durch die Verordnungen geschützt, und was fällt unter diese Interessen? Diese Frage führt uns zurück zu den Grundprinzipien der Verordnungen: dem neutralen Charakter des geltenden Rechts, dem verpflichtenden Charakter und dem Prinzip einer einzigen anwendbaren Rechtsordnung, das außerdem in die Konzepte der ausschließlichen und starken Wirkung umgesetzt wird.

⁽⁸⁰¹⁾ Siehe Rs. 341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767; Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779.

⁽⁸⁰²⁾ Rs. C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345, Randnr. 45.

⁽⁸⁰³⁾ Rs. 205/84, Kommission gegen Deutschland, Slg. 1986, 3755.

3. Die Grundprinzipien hinter den Kollisionsnormen

a) Der neutrale Charakter

Wie bereits dargelegt, werden Kollisionsnormen in der Regel im Interesse der Wanderarbeitnehmer erstellt, um deren Schutz sicherzustellen. „Im Interesse der Wanderarbeitnehmer“ ist dabei so auszulegen, dass unterschiedliche nationale Kriterien im Versicherungsbereich nicht dazu führen dürfen, dass Wanderarbeitnehmer „zwischen zwei Stühlen sitzen“ oder doppelte Beiträge zahlen müssen. Damit ist nicht gemeint, dass der Wanderarbeitnehmer ein Recht auf die höchsten Leistungen hat. Dabei ist in erster Linie die Vermeidung administrativer Komplikationen von Bedeutung, nicht der Erhalt der höchstmöglichen Leistungen oder die Zahlung der niedrigsten Beiträge. ⁽⁸⁰⁴⁾ Artikel 17 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (Artikel 16 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004), der den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die Möglichkeit von Ausnahmen zu den Kollisionsnormen im Interesse bestimmter Personengruppen oder bestimmter Personen gestattet, bestätigt diese Argumentation. Dabei bezieht sich „Interesse“ auf die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung und nicht auf die Anwendung der Rechtsvorschriften selbst, d. h. die Höhe der Leistungen und die konkreten Rechte und Pflichten, die sich aus der Anwendung einer bestimmten Rechtsvorschrift letztendlich ergeben. ⁽⁸⁰⁵⁾ Die auf Grundlage von Artikel 17 festgelegte Rechtsordnung ersetzt die früheren Kollisionsnormen. Damit besteht der grundlegende Zweck von Artikel 17 ebenso wie bei den Kollisionsnormen in der Vermeidung von administrativen Komplikationen. Auch die kürzlich vor dem Gerichtshof verhandelte Rechtssache Bosmann ⁽⁸⁰⁶⁾ hat verdeutlicht, dass der Erhalt höherer Leistungen bzw. überhaupt von Leistungen von der nationalen Gesetzgebung des betreffenden Mit-

gliedstaats abhängt. In den Kollisionsnormen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 finden der Inhalt des anwendbaren Rechts und der bestmögliche Schutz des Arbeitnehmers daher keine besondere Berücksichtigung.

Aus diesem Grund besteht durchaus die Möglichkeit, dass Arbeitnehmer oder Selbständige im Falle der Anwendung einer anderen Rechtsordnung höhere Sozialleistungen erhalten. Bei den Koordinierungsverordnungen wird dieses Interesse von Arbeitnehmern jedoch nicht berücksichtigt. Wenn durch die Festlegung einer bestimmten Rechtsordnung A administrative Komplikationen vermieden werden, wird diese Rechtsordnung gemäß dieser Argumentation gegenüber einer anderen Rechtsordnung B selbst dann bevorzugt, wenn Rechtsordnung B für den Arbeitnehmer vorteilhafter wäre.

Die Anwendung eines in den Bereichen des internationalen Privatrechts und Arbeitsrechts bekannten Favorisierungsprinzips fehlt im Bereich der sozialen Sicherheit. Gemäß der Entsenderichtlinie 96/71/EG darf die Anwendung der Rechtsordnung des Landes des vorübergehenden Beschäftigungsverhältnisses nicht dazu führen, dass für den Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungsbedingungen nicht zur Anwendung kommen. ⁽⁸⁰⁷⁾ Das gleiche Prinzip ist bereits im Übereinkommen von Rom und in der Rom-I-Verordnung ⁽⁸⁰⁸⁾ im Bereich des internationalen Privatrechts zu finden. Bei Anwendung des Favorisierungsprinzips spielt hier der Inhalt der betreffenden Rechtsvorschrift eine Rolle. Dabei hat das beste System, d. h. das System mit dem höchsten Schutz, Vorrang.

Dies ist im Sozialrecht nicht der Fall.

Doch steht diese vorrangige Bedeutung der Vermeidung administrativer Komplikationen immer im Einklang mit dem Prinzip der Freizügigkeit von Arbeitnehmern? Stellt die Tatsache, dass einem

⁽⁸⁰⁴⁾ Rs. 60/85, Lijiten, Slg. 1986, 2365; Rs. C-202/97 Fitzwilliam, Slg. 2000, I-883; Rs. C-404/98, Plum, Slg. 2000, I-9379.

⁽⁸⁰⁵⁾ Y. Jorens, *Wegwijs in het Europees sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1992, 78; siehe auch die Stellungnahme der Europäischen Kommission in der Rechtssache 101/83, Brusse, Slg. 1984, 2223.

⁽⁸⁰⁶⁾ Rs. C-352/06, Bosmann, Slg. 2008, I-3827.

⁽⁸⁰⁷⁾ Artikel 3 Absatz 7 der Entsenderichtlinie 96/71/EG.

⁽⁸⁰⁸⁾ Artikel 6 des Übereinkommens von Rom und Artikel 8 der Rom-I-Verordnung.

Arbeitnehmer aufgrund der gemäß der Verordnung gewählten Kollisionsnormen nicht die höchstmöglichen Leistungen garantiert werden, eine Behinderung der Freizügigkeit dar?

Oder ist der gemeinschaftliche Gesetzgeber möglicherweise gegen solche Argumente immun, da die Entscheidung, welche Normen dem EG-Vertrag entsprechen, in seiner eigenen Macht steht? Der Gerichtshof hat in der Tat festgestellt, dass der Rat über einen großen Ermessensspielraum im Hinblick auf die Auswahl der geeignetsten Maßnahmen zur Erreichung des Ziels von Artikel 51 (jetzt 42) des Vertrags verfügt und daher die Freiheit hat, zumindest in gewisser Hinsicht von den zurzeit in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 festgelegten Mechanismen abzuweichen.⁽⁸⁰⁹⁾ Durch diesen großen Ermessensspielraum soll sichergestellt werden, dass die Kollisionsnormen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Eine gerichtliche Überprüfung der Ausübung dieses Rechts muss sich daher auf die Untersuchung beschränken, ob diese Ausübung durch einen offensichtlichen Fehler oder einen Machtmissbrauch beeinträchtigt wird oder ob die betreffende Institution ihren Ermessensspielraum offensichtlich überschritten hat.⁽⁸¹⁰⁾

Doch steht die Tatsache, dass der Erhalt umfassender und höherer Leistungen zugunsten einer Reduzierung administrativer Komplikationen geopfert wird, im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn man den grundlegenden Zweck der Koordinierungsverordnungen, nämlich die Freizügigkeit von Personen, berücksichtigt? Daran könnte man Zweifel haben.

Doch selbst dann, wenn man nur das Argument der Reduzierung administrativer Komplikationen berücksichtigt, stellt sich die Frage, ob die tatsächlichen Kollisionsnormen diesen Test bestehen würden. Betrachten wir beispielsweise die Situation von Wanderarbeitnehmern, die häufig ihren Wohnort

wechseln und sich bei jeder neuen Beschäftigung mit anderen Rechtsordnungen auseinandersetzen müssen. Wird die Kontinuität der anwendbaren Rechtsordnung nicht sichergestellt, so kann dies zu einer weiteren Behinderung führen.⁽⁸¹¹⁾ Es kann sicherlich nicht ignoriert werden, dass eine derartige Situation die administrativen Komplikationen erhöhen und somit nicht den Zielen der Kollisionsnormen entsprechen würde. Kann nicht insbesondere dann, wenn der europäische Gesetzgeber für eine andere Personengruppe bewusst eine andere Kollisionsnorm vorsieht, von dieser Gruppe von Wanderarbeitnehmern mit häufig wechselndem Wohnort argumentiert werden, dass eine ähnliche Anwendung dieser Kollisionsnorm in der Regel zu einer Reduzierung von administrativen Komplikationen führt und daher eher mit der Freizügigkeit von Personen im Einklang steht?

Aber wäre es ebenfalls möglich, noch einen Schritt weiter zu gehen und die zuvor beschriebene Rechtsprechung des Gerichtshofs zu betrachten, in dem der Gerichtshof eindeutig feststellt, dass die Konformität mit der Freizügigkeit von Personen nicht abstrakt zu sehen ist, sondern vielmehr aus dem Blickwinkel der jeweiligen Situation des Arbeitnehmers betrachtet werden muss? Könnte dies dazu führen, dass bei der Untersuchung der Angemessenheit der Kollisionsnorm mehr auf die betreffenden Personen abgestellt wird? Das „lex loci laboris“ wurde deswegen ausgewählt, weil es eindeutig zur Perspektive der Marktintegration passt und es dem Arbeitnehmer ermöglicht, mit dem Land verbunden zu sein, zu dem er den engsten Bezug hat. Es ist gut möglich, dass ein Arbeitnehmer in einer konkreten Situation darlegt und nachweist, dass er zu einem anderen Land eine engere Verbindung hat. Könnte nicht argumentiert werden, dass in solchen Situationen ein alternativer Verbindungsfaktor oder eine alternative Kollisionsnorm verwendet werden sollte, durch

⁽⁸⁰⁹⁾ Rs. C-443/93, Vougioukas, Slg. 1995, I-4033, Randnr. 35.

⁽⁸¹⁰⁾ Rs. C-242/99, Vogler, Slg. 2000, I-9083.

⁽⁸¹¹⁾ Siehe Y. Jorens (Hrsg.), J.-P. Lhernould (Hrsg.), J.-C. Fillon, S. Roberts und B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008), 23.

den den/die die Interessen des Arbeitnehmers besser vertreten werden?

b) Der verpflichtende Charakter der Kollisionsnormen

Im Gegensatz zu den Bestimmungen des Arbeits- und des internationalen Privatrechts ist in den Verordnungen zur sozialen Sicherheit die Möglichkeit der freien Auswahl der anzuwendenden Sozialgesetzgebung nicht vorgesehen. ⁽⁸¹²⁾ Da die soziale Sicherheit zum öffentlichen Sektor gehört, dürfen die beteiligten Parteien von diesen allgemeinen Prinzipien nicht abweichen. Hierdurch kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die Parteien aufgrund der tatsächlichen Umstände eines Falls, beispielsweise im Hinblick auf den Wohnsitz, den Standort des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz usw., zumindest einen indirekten Einfluss auf die Wahl der anwendbaren Rechtsordnung haben. ⁽⁸¹³⁾

Die Kollisionsnormen haben daher einen verpflichtenden Charakter. Dies steht auch mit den nationalen Sozialversicherungssystemen im Einklang, denen zufolge das Prinzip der Solidarität vorsieht, dass die betreffende Person der anwendbaren Rechtsordnung unterliegen muss. Aus den Bestimmungen der

⁽⁸¹²⁾ Eine Ausnahme hierzu ist die Möglichkeit der freien Auswahl, die Artikel 16 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für in diplomatischer Mission und in Konsulatsposten beschäftigte Personen vorsieht. Dieses Optionsrecht stand gemäß Artikel 15 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auch bei den Europäischen Gemeinschaften beschäftigten Hilfskräften zur Verfügung. Siehe auch Rs. C-60/93, Aldewereld, Slg. 1994, I-2991, zur Situation einer Person, die in einem Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hat, bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt ist und ausschließlich außerhalb der Europäischen Union arbeitet. Die Möglichkeit, der betreffenden Person die Entscheidung darüber zu überlassen, welche Rechtsvorschriften für sie gelten sollen, wurde unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Verordnung für diese Situation keine bestimmte Kollisionsnorm vorsieht, vom Gerichtshof abgelehnt, da diese Möglichkeit ausdrücklich nur für in diplomatischer Mission beschäftigte Personen vorgesehen war und sich die betreffende Person nicht in einer damit vergleichbaren Situation befand.

⁽⁸¹³⁾ Gemäß dem tatsächlichen Wortlaut der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist es allgemein bekannt, dass diese indirekte Wahl über die tatsächlichen Umstände in der Praxis häufig vorkommen, und zwar insbesondere dann, wenn in zwei Mitgliedstaaten Tätigkeiten durchgeführt werden, von denen einer der Wohnsitzstaat ist. Indem die Beschäftigung zu Beginn im Wohnsitzstaat ausgeübt wird, und sei es auch nur für eine Woche, können die betreffenden Personen erreichen, dass nicht die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats, sondern die Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaats gelten. Durch die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 verringert sich die Wahrscheinlichkeit der bewussten Herbeiführung der Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaats, da jetzt verlangt wird, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit im Wohnsitzstaat ausgeübt wird.

Verordnung folgt, dass die Anwendung von nationalen Rechtsvorschriften durch Verweis auf Kriterien festgelegt wird, die den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts entnommen wurden. Auch wenn jeder Mitgliedstaat das Recht hat, in seiner Rechtsordnung die Bedingungen für das Recht oder die Pflicht zu einer Mitgliedschaft zum Sozialversicherungssystem oder zu einem bestimmten Zweig des Systems festzulegen, ist hervorzuheben, dass dies nicht bedeutet, dass die Mitgliedstaaten dazu berechtigt sind, den Umfang festzulegen, in dem ihre eigene Rechtsordnung oder die Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaats anwendbar ist. ⁽⁸¹⁴⁾ Die Anwendung der Bestimmungen der Verordnungen hängt daher von den objektiven Bedingungen und Umständen ab, durch die sich die Situation des betreffenden Arbeitnehmers auszeichnet, so dass der Arbeitnehmer keine Wahlmöglichkeit hat. ⁽⁸¹⁵⁾ Die Bestimmungen von Titel II bilden eine vollständige Reihe von Kollisionsnormen, durch die den Gesetzgebern der einzelnen Mitgliedstaaten das Recht zur Festlegung des Geltungsbereichs und der Anwendungsbedingungen der internationalen Rechtsvorschriften entzogen wird. Aus diesem Grund sind die Mitgliedstaaten nicht dazu berechtigt, festzulegen, in welchem Umfang ihre eigene Rechtsordnung oder die Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaats anwendbar ist, denn sie müssen die geltenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts einhalten. ⁽⁸¹⁶⁾ Die Kollisionsnormen sind verpflichtend anzuwenden. Ein Optionsrecht kann nur dann ausgeübt werden, wenn diese Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen ist. ⁽⁸¹⁷⁾ In der Rechtssache Miethé bezüglich Arbeitslosenleistungen hat der Gerichtshof eindeutig festgestellt, dass Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 so auszulegen ist, dass ein vollarbeitsloser Grenzgänger, für den diese Bestimmung gilt, nur bei dem Mitgliedstaat Leistungen beantragen kann, in dem er seinen Wohnsitz hat. Dies gilt auch dann, wenn er die vom Mitglied-

⁽⁸¹⁴⁾ Rs. 276/81, Kuijpers, Slg. 1982, 3027, Randnr. 14; Rs. 110/79, Coonan/Insurance Officer, Slg. 1980, 1445.

⁽⁸¹⁵⁾ Siehe z. B. auch Rs. 12/67, Guissart, Slg. 1967, 570.

⁽⁸¹⁶⁾ Rs. 302/84, ten Holder, Slg. 1986, 1821, Randnr. 21.

⁽⁸¹⁷⁾ Siehe z. B. auch Rs. 1/85, Miethé, Slg. 1986, 1837, Randnr. 12.

staat seiner letzten Beschäftigung festgelegten Bedingungen für den Bezug von Leistungen erfüllt.

Die anwendbare Rechtsordnung wird somit nach objektiven Gesichtspunkten aus den Kollisionsnormen der Verordnung abgeleitet, wobei diejenigen Faktoren berücksichtigt werden, die die jeweilige Situation mit der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats verbinden.

Üblicherweise gilt die freie Wahlmöglichkeit dabei als ausgeschlossen, da oftmals davon ausgegangen wird, dass der Arbeitnehmer – als schwächere Partei – nicht in der Position ist, dem Druck durch den Arbeitgeber standzuhalten, der vermutlich das Land mit den niedrigsten Beiträgen bevorzugt. Doch ist diese Annahme richtig? Auch heutzutage zielen die Kollisionsnormen ausschließlich auf die Vermeidung administrativer Komplikationen ab. So ist nicht auszuschließen, dass möglicherweise das Land mit den niedrigsten Beiträgen ausgewählt wird, wobei dies – auch wenn keine unmittelbare Wechselwirkung besteht – auch mit den niedrigsten Leistungen für den betreffenden Arbeitnehmer verbunden ist.

Die freie Wahlmöglichkeit stellt im internationalen Privatrecht ein Grundprinzip bei der Bestimmung des anzuwendenden Arbeitsrechts dar.⁽⁸¹⁸⁾ Doch auch in diesem Bereich wird das Grundprinzip der freien Wahlmöglichkeit in einem beträchtlichen Umfang durch Maßnahmen untergraben, die den Arbeitnehmer schützen sollen. Erstens würde die Tatsache, dass sich die Parteien für eine bestimmte Rechtsordnung entschieden haben, wenn alle anderen für die Situation zum Zeitpunkt der Wahl relevanten Aspekte nur mit einem Land verbunden sind, die Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Landes nicht negativ beeinflussen. Zweitens kann die von den Parteien getroffene Wahl bezüglich der Rechtsordnung nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm aufgrund zwingender Rechtsvorschriften zusteht, die wegen des Nichtvorhandenseins von Wahlmöglich-

⁽⁸¹⁸⁾ Artikel 3 des Übereinkommens von Rom und Artikel 3 der Rom-I-Verordnung.

lichkeiten auf Grundlage von objektiven Kriterien anwendbar sind.⁽⁸¹⁹⁾ Die Anwendung eines Schutz- und Favorisierungsprinzips für den Arbeitnehmer impliziert daher, dass das allgemeine Prinzip der freien Wahlmöglichkeit sehr begrenzt ist. Im Fall einer freien Wahlmöglichkeit im Bereich des Sozialrechts wäre es beispielsweise denkbar, eine Kollisionsnorm als Garantie dafür einzusetzen, dass durch die „freie“ Wahlmöglichkeit die Anwendung des Sozialschutzes des Landes, zu dem der betreffende Arbeitnehmer die engste Verbindung hat, nicht ausgehebelt wird. Andererseits wird dadurch das Problem nicht gelöst, denn es ergibt sich die Notwendigkeit, zu entscheiden, zu welchem Land der Arbeitnehmer die engste Verbindung hat. Ist es das Land, in dem er die höchsten Leistungen erhält? Oder könnte man beispielsweise im Fall eines Arbeitnehmers, der in Mitgliedstaat A für einen in Mitgliedstaat B ansässigen Arbeitgeber arbeitet und in Mitgliedstaat B seinen Wohnsitz hat, argumentieren, dass er die engste Verbindung zu Mitgliedstaat B hat?⁽⁸²⁰⁾

In der Regel ist das Zulassen einer freien Wahlmöglichkeit im Bereich der sozialen Sicherheit jedoch nicht empfehlenswert, und zwar nicht nur aufgrund des hohen Risikos, dass der Arbeitgeber tatsächlich das Land mit den niedrigsten Beiträgen auswählt, sondern auch aufgrund der Tatsache, dass dies der zwingend erforderlichen objektiven Anwendung des Sozialrechts widersprechen würde und damit die allgemeine Solidarität eines Sozialversicherungssystems untergraben würde und zu Missbrauch führen könnte.

In gewisser Hinsicht kann die Anwendung einer Artikel-17-Vereinbarung (Artikel 16 der Vereinbarung 883/2004) als eine Möglichkeit angesehen werden, zwischen bestimmten Systemen auszuwählen, auch wenn die Wahlmöglichkeit hierbei in erster Linie den Verwaltungsgremien gewährt wird.

⁽⁸¹⁹⁾ Siehe Artikel 6 des Übereinkommens von Rom sowie Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom-I-Verordnung).

⁽⁸²⁰⁾ Siehe Y. Jorens (Hrsg.), J.-P. Lhernould (Hrsg.), J.-C. Fillon, S. Roberts und B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008), 25.

c) Der Grundsatz der Ausschließlichkeit und ausgeprägten Wirkung der Kollisionsnormen

Die Konsequenz einer einzigen anwendbaren Rechtsordnung ist die ausschließliche Wirkung der Kollisionsnormen. Die grundlegende Frage ist, ob durch die Kollisionsnormen in jeder Situation sichergestellt werden kann, dass keine andere Rechtsordnung als die in der Verordnung festgelegte zur Anwendung kommt, ohne dass gegen die Artikel 39 und 42 des Vertrags verstoßen wird. Diese Diskussion ist nicht neu. Zudem hat es den Anschein, als ob der Europäische Gerichtshof zwischen verschiedenen Standpunkten hin und her „schwankte“.

Während der Gerichtshof zunächst der Ansicht war, dass die Verordnungen die Anwendung anderer Rechtsordnungen als diejenige des in den Kollisionsnormen festgelegten Mitgliedstaats nur in dem Maße verbieten, in dem der betreffende Arbeitnehmer zur Zahlung von Beiträgen an die betreffende Sozialversicherungseinrichtung verpflichtet ist, die ihm keine weiteren Vorteile gewähren kann⁽⁸²¹⁾, stellt er in späteren Fällen Folgendes fest: „Die Vorschriften des Titels II bilden nämlich ein geschlossenes System von Kollisionsnormen, das dem Gesetzgeber des einzelnen Mitgliedstaats die Befugnis nimmt, Geltungsbereich und Anwendungsvoraussetzungen seiner nationalen Rechtsvorschriften im Hinblick darauf zu bestimmen, welche Personen ihnen unterliegen und in welchem Gebiet sie ihre Wirkung entfalten sollen. Wie der Gerichtshof [...] festgestellt hat, können die Mitgliedstaaten nicht auch bestimmen, inwieweit ihre eigenen Rechtsvorschriften oder die eines anderen Mitgliedstaats anwendbar sind, da sie verpflichtet sind, die geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu beachten.“⁽⁸²²⁾ Weiterhin stellt der Gerichtshof in dieser Rechtssache Folgendes fest: „Dieser Grundsatz steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofes (siehe namentlich das Urteil vom 21. Oktober 1975 in der Rechtssache 24/75, Petroni, Slg. 1975, 1149), wonach

die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 nicht zum Verlust von Ansprüchen führen darf, die allein nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erworben worden sind. Dieser Grundsatz betrifft nämlich nicht die Regeln für die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften, sondern die Gemeinschaftsregeln über die Kumulierung von Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten. Er kann daher nicht bewirken, dass der Betroffene entgegen Artikel 13 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 für einen bestimmten Zeitraum nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten versichert ist“, unabhängig von der Beitragspflicht oder etwaigen sonstigen Kosten, die sich hieraus möglicherweise für den Betroffenen ergeben.⁽⁸²³⁾ Die gleichzeitige Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen ist daher nicht möglich. Die Kommission hat in diesem Fall zudem festgestellt, dass der Grundsatz der Unverletzlichkeit der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften [das berühmte Petroni-Prinzip⁽⁸²⁴⁾] nur für die materielle rechtlichen Bestimmungen des Koordinierungssystems gelten kann und nicht für die Kollisionsnormen.

Hierunter scheint auch die Möglichkeit zu fallen, dass ein Arbeitnehmer aufgrund der Kollisionsnormen den Anspruch auf höhere Leistungen, die in einem anderen Mitgliedstaat gewährt werden, verliert. Dies ist nicht wirklich überraschend, denn wie wir bereits festgestellt haben, geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass das Interesse des Arbeitnehmers in der Vermeidung und Begrenzung administrativer Komplikationen liegt und nicht in der Sicherstellung eines hohen Leistungsniveaus.

Die gleichzeitige Anwendung des nationalen Sozialversicherungssystems alleine sowie einer Kombination aus dem nationalen Sozialversicherungssystem und dem europäischen Sozialrecht war in dieser Hinsicht nicht möglich. Andererseits hat der Gerichtshof insbesondere in Bezug auf Familienleistungen

⁽⁸²¹⁾ Rs. 92/63, Nonnenmacher, Slg. 1964,613.

⁽⁸²²⁾ Rs. 302/84, ten Holder, Slg. 1986, 1821, Randnr. 21.

⁽⁸²³⁾ Rs. 302/84, ten Holder, Slg. 1986, 1821, Randnr. 22.

⁽⁸²⁴⁾ Rs. 24/75, Petroni, Slg. 1975, 1149, Randnrn. 21 und 22. Die Verordnung darf nicht zu dem Ergebnis führen, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften eingeschränkt werden.

bereits festgestellt, dass der Zweck von Artikel 51 (42) nicht erreicht werden würde, wenn Arbeitnehmer die Vorteile im Bereich der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen durch die Rechtsordnung eines einzelnen Mitgliedstaats zugesichert werden, da die Verordnungen das Vorhandensein verschiedener Systeme zulassen, durch die unterschiedliche Ansprüche gegenüber verschiedenen Einrichtungen entstehen, gegenüber denen der Anspruchsberechtigte direkte Rechte hat, und zwar entweder ausschließlich aufgrund von nationalen Rechtsvorschriften oder aufgrund von nationalen Rechtsvorschriften, die bei Bedarf insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der Bedingungen von Einwohnern um gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen ergänzt wurden.⁽⁸²⁵⁾

Wie bereits erwähnt, ist diese Diskussion in der Rechtssache Bosmann wieder aufgelebt. Obwohl der Gerichtshof zunächst den ausschließlichen Charakter bestätigt (gemäß Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt; dass diese Bestimmung auf die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats als die auf einen Arbeitnehmer anwendbaren Rechtsvorschriften verweist, hat zur Folge, dass nur die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats auf ihn anwendbar sind), führt er weiter aus, dass die Anwendung dieses Artikels dem nicht entgegensteht, dass ein Wanderarbeitnehmer, der dem System der sozialen Sicherheit des Beschäftigungsmitgliedstaats unterliegt, nach den nationalen Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Familienleistungen im letztgenannten Staat bezieht.

Die Rechtssache Bosmann weitet dieses bekannte Prinzip der kumulativen Anwendung von Familienleistungen lediglich aus, wobei die Besonderheit berücksichtigt wird, dass in diesem Fall, im Gegensatz zur Rechtsprechung zur Zusammenrechnung

⁽⁸²⁵⁾ Rs. 807/79, Gravina, Slg. 1980, 2205, Randnrn. 6 und 7; in zahlreichen anderen Rechtssachen bestätigt.

von Leistungen, der zuständige Staat keine Familienleistungen gewährt hat. Die grundlegende Frage ist, ob der nationale Gesetzgeber die Anwendung seiner eigenen Rechtsvorschriften ablehnen kann oder ob er zu deren Anwendung verpflichtet ist. Es scheint schwer vorstellbar, dass er die Anwendung seiner eigenen Rechtsvorschriften ablehnen kann. Als einziges Argument könnte man anbringen, dass es der Verordnung widerspricht, wenn auch die nationalen Rechtsvorschriften gelten. Die deutschen Behörden können in ihr nationales Recht eine Bestimmung aufnehmen, die besagt, dass Familienleistungen allen Personen gewährt werden, die im deutschen Hoheitsgebiet ihren Wohnsitz haben, mit Ausnahme von Personen, die gemäß den Koordinierungsregeln der Verordnung der Rechtsordnung eines anderen EU-Mitgliedstaats unterliegen. Allerdings würde eine solche Bestimmung wahrscheinlich als ein typisches Beispiel für eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit betrachtet werden. Aus der vom EuGH eröffneten Möglichkeit würde somit eine Verpflichtung werden.⁽⁸²⁶⁾

Kann die Rechtssache Bosmann auf Situationen beschränkt werden, in denen dann, wenn nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates keine Familienleistungen gezahlt werden müssen, Wanderarbeitnehmer jetzt auf Leistungen von einem nicht zuständigen Staat hoffen können? Die Berücksichtigung der Aussage des Gerichtshofs, dass die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Licht des Artikels 42 EG auszulegen sind, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer erleichtern soll und u. a. impliziert, dass Wanderarbeitnehmer nicht deshalb Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit verlieren oder geringere Leistungen erhalten dürfen, weil sie das ihnen vom EG-Vertrag verliehene Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben (Randnr. 29), scheint als solche die Begründung des Gerichtshofs in Bezug auf Familienleistungen nicht einzuschränken.⁽⁸²⁷⁾ Die

⁽⁸²⁶⁾ Siehe Y. Jorens (Hrsg.), J.-P. Lhernould (Hrsg.), J.-C. Fillon, S. Roberts und B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, Training and Reporting on European Social Security, Project DG EMPL/E/3 – VC/2007/0188, Brüssel, 2008), 26.

⁽⁸²⁷⁾ Rs. C-205/05, Nemeč, Slg. 2006, I-10745.

weitgefasste Argumentation des Gerichtshofs stellt unserer Ansicht nach eine Begründung dafür dar, dass sich die Anwendung des Wohnsitzlandes nicht nur auf Familienleistungen erstreckt, sondern auch auf alle anderen Leistungen ausgeweitet werden kann. So hat eine Person, die in einem Mitgliedstaat arbeitet und in einem anderen Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hat, im Wohnsitzstaat auch beispielsweise Anspruch auf Krankenversicherungsschutz, wenn die Rechtsordnung des Beschäftigungsstaats über kein Krankenversicherungssystem verfügt.

Der Europäische Gerichtshof scheint in diesem Fall das Petroni-Prinzip auf die Kollisionsnormen anzuwenden. Die Freizügigkeit von Arbeitnehmern bildet den Rahmen der Koordinierungsverordnungen, und jegliche Behinderung dieses Prinzips ist untersagt. Eine Anwendung der Verordnung, die dazu führen würde, dass einer Person die Rechte entzogen werden, die ihr gemäß der nationalen Rechtsordnung – die anstelle der Verordnung zur Anwendung käme – zustehen, würde diesem grundlegenden Ziel widersprechen. Aus diesem Grund müssen Ansprüche auf nationaler Ebene immer berücksichtigt werden. Aus dem Grundsatz, dass niemandem die ihm auf nationaler Ebene zustehenden Rechte entzogen werden dürfen, ergibt sich für denjenigen Mitgliedstaat, der zwar gemäß den Kollisionsnormen nicht der zuständige Staat, jedoch der Staat ist, dessen Rechtsordnung die betreffende Person unterliegt, die Verpflichtung, der betreffenden Person die Rechte und Leistungen, auf die sie Anspruch hat, zu gewähren. Die Leistungen, die aufgrund der Rechtsordnung des gemäß den Kollisionsnormen zuständigen Mitgliedstaats zu gewähren sind, sollten mit den nach nationalem Recht zu gewährenden Leistungen verglichen werden, und ein etwaiger Differenzbetrag sollte von dem (nicht zuständigen Staat) gezahlt werden. Dies bedeutet gewiss nicht, dass die Kollisionsnormen dadurch bedeutungslos werden.

Diese Vorgehensweise steht im Einklang mit der allgemeinen Rechtsprechung des Gerichtshofs im Rahmen des freien Personen- und Dienstleistungsver-

kehrs. Auch im Bereich der Gesundheitsfürsorge hat der Gerichtshof bereits in der Rechtssache Vanbraekel festgestellt, dass die infolge des freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zu zahlenden Erstattungsbeträge nicht niedriger sein dürfen als die nach nationalem Recht zu zahlenden Beträge⁽⁸²⁸⁾.

Die Folgen von Rechtssachen wie beispielsweise Bosmann und Nemeč verdeutlichen, dass auch die Höhe der Leistungen möglicherweise berücksichtigt werden muss, wodurch die Interessen der Arbeitnehmer gestärkt werden. Somit könnte das im internationalen Arbeitsrecht bekannte Favorisierungsprinzip auch Einzug ins Sozialrecht gehalten haben. Dies gilt für alle Zweige der sozialen Sicherheit. Dadurch erscheint die derzeitige Philosophie der Kollisionsnormen möglicherweise in einem anderen Licht, und man wird ermutigt, diese Normen direkt aus dem Blickwinkel des EG-Vertrags zu betrachten.

IV. SCHLUSSBEMERKUNGEN

50 Jahre nach den ersten EG-Verordnungen zur Koordinierung haben neue Entwicklungen von Migrationsmustern sowie die wachsende Anwendbarkeit der Grundprinzipien des EU-Rechts zu einer Situation geführt, in der möglicherweise über neue Kollisionsnormen nachgedacht werden sollte. Diese Normen sollten nicht einfach nur einer „kosmetischen Behandlung“ unterzogen werden, sondern es sind die dahinterstehenden Grundprinzipien zu überprüfen, wie beispielsweise der Grundsatz der Neutralität, der verpflichtende Charakter und die Anwendbarkeit einer einzigen Rechtsordnung. Die Anpassung einiger dieser Prinzipien würde den Interessen der Arbeitnehmer möglicherweise besser gerecht werden und zudem den Bestimmungen zur Freizügigkeit von Arbeitnehmern entsprechen. Die Zeit ist reif, um die derzeitigen Kollisionsnormen im Hinblick auf das Interessengleichgewicht zu überprüfen.

⁽⁸²⁸⁾ Rs. C-368/98, Vanbraekel, Slg. 2001, I-5363.

KOORDINATION NEUER LEISTUNGEN



Bernhard Spiegel

*Österreichisches Bundesministerium für Arbeit,
Soziales und Konsumentenschutz*

Abteilungsleiter im Österreichischen Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

- Geboren am 18. April 1959
- Jurastudium an der Universität Wien
- Seit 1982 Beamter im Ministerium für Soziales
- Seit 1997 Abteilungsleiter
- Seit dem EU-Beitritt Österreichs verantwortlich für Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Verhandlungsführer beim Beitritt Österreichs, Mitglied der Verwaltungskommission und des Beratenden Ausschusses für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, österreichischer Vertreter in der Gruppe „Sozialfragen“ des Rates, wenn es um die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern geht, Erfahrung mit anderen Mitgliedstaaten aufgrund diverser Phare-/TAIEX-Projekte und bilateraler Verhandlungen
- Verantwortlich für bilaterale Abkommen zwischen Österreich und anderen Staaten oder internationalen Organisationen im Bereich der sozialen Sicherheit
- Verantwortlich für EuGH-Rechtssachen im Bereich der sozialen Sicherheit und EG-Konformität der nationalen Gesetzgebung
- Vorsitzender der Expertengruppe [die unter der Aufsicht der Verwaltungskommission den elektronischen Datenaustausch zwischen Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vorbereitet]
- Vorsitzender der SPC-Gruppe zu SSGI (Social Services of General Interest, soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse)
- Mitglied bei trESS (Think Tank und Gastreferent)
- Referent bei internationalen Konferenzen zur sozialen Sicherheit, Vorträge zu EG-Regelungen im Bereich der sozialen Sicherheit für österreichische Arbeitgeber, Verfasser von Artikeln zu internationalen Fragen der sozialen Sicherheit

I. EINLEITUNG

A. Was ist eine „neue Leistung“?

Das Auftreten neuer Leistungen der sozialen Sicherheit ist immer eine Herausforderung für alle Spieler auf europäischer Ebene ⁽⁸²⁹⁾. Zunächst einmal ist klar,

⁽⁸²⁹⁾ Ich werde mich im Folgenden mit der Konsequenz des Auftretens neuer Leistungen im Rahmen der Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit beschäftigen. Natürlich kann dieses Phänomen auch Auswirkungen in anderen Bereichen des europäischen Sozialrechts haben, wie z. B. bei den Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen; das Hinterherhinken dieser Richtlinien – verglichen mit der Entwicklung des Sozialrechtes in den Mitgliedstaaten – kann man schön an der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-77/95, Züchner,

dass Europa keine Möglichkeit hat, das Entstehen neuer Leistungen zu beeinflussen ⁽⁸³⁰⁾. Die Mitgliedstaaten entwickeln autonom ihre nationale Rechtslage, um den gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Herausforderungen Rechnung zu tragen.

Slg. 1996, I-5689 sehen, wo der EuGH sich gezwungen sah, die Richtlinie 79/7/EWG des Rates zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. L 6 vom 10.1.1979, S. 24) für Personen für unanwendbar zu erklären, die sich der Kindererziehung oder der Betreuung kranker Familienangehöriger widmen, wiewohl gerade diese Personengruppen von den nationalen Rechtsvorschriften immer mehr der Situation der Erwerbstätigen angeglichen werden.

⁽⁸³⁰⁾ Die Ausgestaltung der nationalen Sozialpolitik und damit auch die Entscheidung, wie die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit weiterentwickelt werden, bleibt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten (Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931).

Die weitestgehend vergleichbaren Rahmenbedingungen, die für die Mitgliedstaaten gelten (wie z. B. die demografische Situation), hat aber zur Folge, dass in vielen Mitgliedstaaten parallel Entwicklungen einsetzen, die nahezu gleichzeitig zum Auftreten neuer Leistungen führen⁽⁸³¹⁾. Aus europäischer Sicht sind neue Leistungen vor allem dann interessant, wenn sie in mehreren Mitgliedstaaten auftreten, weil dann ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) für einen dieser Staaten automatisch Auswirkungen auf die anderen betroffenen Staaten haben kann.

Ziel ist jetzt, die Koordination solcher neuen Leistungen näher zu untersuchen. Natürlich kann man nicht alle neuen Leistungskategorien⁽⁸³²⁾ umfassend darstellen. Ich werde daher einige Leistungen herausgreifen, die ich für besonders gut als Demonstrationsobjekt geeignet halte.

Die Spieler auf europäischer Ebene befinden sich beim Auftreten neuer Leistungen in einem ständigen Wettlauf. Gelingt es dem Gesetzgeber, zuerst aktiv zu werden? Wegen des komplexen Beschlussfassungsprozesses muss zunächst die Kommission einen Ent-

wurf vorlegen, über den dann Rat und Parlament gemeinsam beschließen⁽⁸³³⁾. Oder kommt der EuGH zuerst zum Zug? Sehr oft ist der EuGH Gewinner, weil der Gesetzgeber es einfach nicht schafft, einstimmig die notwendigen Rechtsakte zu beschließen. In diesem Fall ist Kritik am EuGH stets garantiert. Ich möchte mich im Folgenden daher auch näher mit diesem Wettlauf beschäftigen und untersuchen, ob die Kritik an verschiedenen Urteilen⁽⁸³⁴⁾ des EuGH wirklich gerechtfertigt ist, wenn man die Rolle der beiden „Wettläufer“ genauer analysiert.

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit wird derzeit in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 geregelt. Diese Verordnung wird voraussichtlich in den ersten Monaten des Jahres 2010⁽⁸³⁵⁾ durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 abgelöst werden, die zwar im Prinzip auf denselben Grundsätzen beruht, aber doch etliche Neuerungen enthält. Wir werden uns also mit beiden Instrumenten beschäftigen, und ich möchte sie im Folgenden als „Koordinierungsverordnungen“ bezeichnen. Wichtig ist aber gleich vorweg, dass sich beide Instrumente nur mit den gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit beschäftigen⁽⁸³⁶⁾. Daher interessieren uns natürlich vorrangig auch nur die neuen gesetzlichen Leistungen der sozialen Sicherheit. Aber ganz kann man Bereiche außerhalb der gesetzlichen sozialen Sicherheit auch nicht vernachlässigen.

Zum einen gibt es immer wieder Abgrenzungsprobleme zur Sozialhilfe⁽⁸³⁷⁾, da die Grenze zwischen

⁽⁸³¹⁾ Ob auch die auf politischer Ebene seit dem Jahr 2000 („Lissabon-Prozess“) eingesetzte politische Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten durch die „Methode der offenen Koordinierung“ dazu beiträgt oder in Zukunft beitragen wird, dass sich die Reformprozesse in den Mitgliedstaaten parallel entwickeln, bleibt abzuwarten.

⁽⁸³²⁾ Bewusst muss uns aber sein, dass auch über die Frage, was eigentlich „neue Leistungen“ sind Auffassungsunterschiede bestehen. K. Alaviukhola „Co-ordination of ‚New‘ Benefits“ in „Co-ordinating work-based and residence-based social security, herausgegeben von R. Langer und M. Saksliin, Helsinki, Publications of the Faculty of Law University of Helsinki, 2004, S. 173, legt das Schwergewicht auf neue Familienleistungen. Zum Thema des Wechsels der europäischen Systeme der sozialen Sicherheit allerdings, insbesondere zur Privatisierung von Risiken und den Konsequenzen davon für die Koordination nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, siehe „Meeting the Challenge of Change“, herausgegeben von der niederländischen Sociale Verzekeringsbank als Zusammenfassung der Beiträge während der Konferenz am 30. und 31. Oktober 1997 in Noordwijk aan Zee. G. Igl identifiziert vor allem Familienleistungen und Pflegeleistungen als am meisten problematische neue Leistungsformen in „Co-ordination and New Forms of Social Protection“ in „25 Years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers“, herausgegeben vom Swedish National Social Insurance Board, Stockholm, 1997. Diese Abhandlung betraf aber noch die Situation vor den Klarstellungen durch den EuGH in den Rechtssachen C-160/96, Molenaar, Slg. 1998, I-843, betreffend Pflegeleistungen bzw. C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow, Slg. 1996, I-4895; in diesen Urteilen hat der EuGH Erziehungsleistungen eindeutig als Familienleistungen im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 betrachtet. Einen guten Überblick über die Probleme, die sich aus dem Auftreten neuer Leistungssysteme ergeben, bietet auch der „European report 2008“ des trESS-Netzwerks (abrufbar über www.tress-network.org).

⁽⁸³³⁾ Für Rechtsakte betreffend die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern muss der Rat einstimmig im Mitbeschlussverfahren mit dem Europäischen Parlament entscheiden (Artikel 42 EG).

⁽⁸³⁴⁾ Natürlich sind die Urteile des EuGH immer ein beliebtes Objekt für Wissenschaft und Lehre. Einige Urteile wurden aber besonders heftig kritisiert. Ein gutes Beispiel dafür ist das Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow, Slg. 1996, I-4895, das z. B. von E. Eichenhofer, „Deutsches Erziehungsgeld und Europäisches Sozialrecht“ in SGB 10/97, S. 449 ff, kritisiert wird.

⁽⁸³⁵⁾ Nach derzeitiger Planung am 1.3.2010.

⁽⁸³⁶⁾ Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und Artikel 1 Buchstabe l der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁸³⁷⁾ Die Sozialhilfe ist nach Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. Artikel 3 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vom sachlichen Geltungsbereich dieser Instrumente ausgeschlossen.

sozialer Sicherheit und Sozialhilfe in fast allen Mitgliedstaaten fließend ist. Natürlich hat der EuGH schon lange Klarheit geschaffen, indem er alle Leistungen zur sozialen Sicherheit erklärt, die nicht auf einer Beurteilung des Einzelfalls beruhen und einen Rechtsanspruch einräumen⁽⁸³⁸⁾. Allerdings beruht die nationale Systematik der Mitgliedstaaten oftmals auf anderen Unterscheidungskriterien, und außerdem wird bei der Neugestaltung der Sozialrechtsordnungen oftmals der Rubikon zwischen Leistungen der sozialen Sicherheit und der Sozialhilfe überschritten, ohne dass die betroffenen Mitgliedstaaten sich dessen bewusst sind. Sofern es den betroffenen Mitgliedstaaten nicht gelingt, diese Leistungen so schnell wie möglich als „besondere beitragsunabhängige Geldleistung“ anerkannt zu bekommen, was nur im Einvernehmen mit der Kommission und allen anderen Mitgliedstaaten möglich ist⁽⁸³⁹⁾, droht dann automatisch die Pflicht zum Export der Leistung in die anderen Mitgliedstaaten. Das ist wohl für diese Leistungskategorie von allen Konsequenzen der Koordinierungsverordnungen die schlimmste Gefahr.

Aber auch die Grenze der gesetzlichen Systeme zu den kollektivvertraglichen oder privatrechtlichen Versorgungssystemen ist fließend. Letztere stehen ebenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs der Koordinierungsverordnungen. Auch bei diesen fällt auf, dass je nach den Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtslage sozialpolitisch durchaus vergleichbare Systeme einmal unter die Verordnungen fallen und einmal nicht. Als Beispiel kann man auf die Versicherung bei privatrechtlich agierenden Krankenversicherungseinrichtungen verweisen. Beruht diese Versicherung auf einer gesetzlichen Verpflichtung und hat der Gesetzgeber den Privatversicherungen auch einige Mindestqualitätsstandards auferlegt, fällt dieses System auf jeden Fall unter den Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnungen (ein gutes Beispiel dafür ist das Krankenversicherungsobligatorium in der Schweiz). Sieht der

nationale Gesetzgeber aber nur vor, dass bestimmte Personen versicherungsfrei sind und überlässt er diesen die Wahl, wie sie sich gegen die einzelnen Risiken der sozialen Sicherheit absichern, dann ist eine solche Versicherung nicht von den Koordinierungsverordnungen erfasst, selbst, wenn die Versicherung bei derselben Privatversicherung abgeschlossen ist, die auch im Rahmen des Schweizer Obligatoriums tätig wird (ein Beispiel dafür ist die Versicherungsfreiheit bestimmter Personengruppen nach den deutschen Rechtsvorschriften)⁽⁸⁴⁰⁾. Dasselbe Phänomen ist auch bei den Rentensystemen der zweiten oder dritten Säule zu sehen.

In der Folge werden wir – wie gesagt – einige der neuen Leistungen näher analysieren. Den Schwerpunkt möchte ich zunächst auf die Pflegeleistungen setzen, weil diese ein Paradebeispiel für sämtliche Aspekte und Probleme sein können, die mit neuen Leistungskategorien verbunden sind. Dann werde ich noch eingehen auf neue Systeme im Bereich der Rentenversicherung, wie kapitalgedeckte Systeme oder Rentenkontensysteme und abschließend noch einige Aspekte der Erziehungsleistungen untersuchen, die ebenfalls als neue Leistungskategorie betrachtet werden können.

II. PFLEGELEISTUNGEN

A. Ausgangslage

Etliche Mitgliedstaaten haben in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts begonnen, flächendeckende Systeme der Pflegevorsorge einzuführen, die vor allem den Bedürfnissen der demografischen Entwicklung entgegenkommen sollten. Ziel dieser Systeme ist, jenen Personen, die nicht in der Lage sind, selbst ihren Bedürfnissen gemäß zu leben, die ständig oder zumindest immer wieder bei den Verrichtungen des täglichen Lebens auf fremde Hilfe angewiesen sind, durch ein staatliches Leistungssystem

⁽⁸³⁸⁾ Siehe z. B. Rs. 24/74, BIASON, Slg. 1974, 999.

⁽⁸³⁹⁾ Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. Anhang X der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁸⁴⁰⁾ Damit kann ein und dieselbe Versicherung bei einer europaweit agierenden Privatversicherung einmal von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfasst sein (wenn die Schweiz zuständiger Staat ist) und einmal nicht (wenn Deutschland zuständiger Staat ist).

zu helfen. Bei diesen Personen handelt es sich in der Regel um die älteren Bevölkerungskreise, aber manchmal können auch jüngere Personen mit entsprechenden Behinderungen darunter fallen. Gleich vorweg ist darauf hinzuweisen, dass es sich sehr oft um keine absoluten Neuerfindungen der nationalen Sozialpolitik handelt, sondern dass die Wurzeln dieser Leistungen schon in älteren Systemen für die Behinderten (z. B. Blindenleistungen) liegen, wie sie fast alle Mitgliedstaaten seit Jahrzehnten kennen⁽⁸⁴¹⁾.

Interessant ist auch, dass es im Rahmen der Experten/Expertinnen für die Koordinierungsverordnungen absolut unmöglich scheint, eine Definition für diese neue Leistungskategorie zu finden. Entsprechende Versuche im Rat bei der Ausarbeitung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁽⁸⁴²⁾, aber auch anschließend auf Ebene der Verwaltungskommission⁽⁸⁴³⁾, waren bisher nicht von Erfolg gekrönt. Im Unterschied dazu sind andere Akteure der europäischen Sozialpolitik nicht so gehemmt beim Finden von allgemein akzeptierten Definitionen für Pflegeleistungen. So hat z. B. der Sozialschutzausschuss folgende Definitionen verwendet, die von allen Mitgliedstaaten unwidersprochen akzeptiert wurden:

Zunächst (2003):

„Long-term care consists of assistance to persons who are unable to live autonomously and are there-

⁽⁸⁴¹⁾ Eine gute Dokumentation dieser älteren Vorgängerleistungen findet sich in der Judikatur des EuGH zur Abgrenzung der Leistungen der sozialen Sicherheit von den außerhalb der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 stehenden Leistungen der Sozialhilfe noch vor der Einföhrung des Anhangs IIa in die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Jahr 1992 (durch die Verordnung (EWG) Nr. 1247/92, ABl. L 136 vom 19.5.1992, S. 1) – siehe z. B. die Urteile zur belgischen Beihilfe für Behinderte in der Rechtssache 187/73, Callemeyn, Slg. 1974, 553, oder zur französischen Beihilfe für erwachsene Behinderte in der Rechtssache 63/76, Inzirillo, Slg. 1976, 2057.

⁽⁸⁴²⁾ Im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wird erstmals von „Leistungen bei Pflegebedürftigkeit“ gesprochen (Artikel 34); wegen Uneinigkeit der Delegationen in der Ratsarbeitsgruppe für Sozialfragen bei der Ausarbeitung wurde die schwierige Definitionsfrage an die Verwaltungskommission delegiert (siehe Absatz 2 dieser Regelung).

⁽⁸⁴³⁾ Auch die Verwaltungskommission konnte diese Definitionsaufgabe nicht erfüllen und wird in ihrem Beschluss, mit dem die Liste der Pflegegeld- und Pflegegeldleistungen festgelegt werden wird, nur eine Ja/Nein-Liste veröffentlichen, die auf die Existenz dieser Leistungen verweist, ohne aber genau zu erläutern, welche Leistungen konkret betroffen sind.

fore dependent on the help of others in their everyday lives. Their needs for assistance can range from facilitating mobility, shopping, preparing meals and other household tasks to washing and feeding in most extreme cases. Providing such long-term care does not necessarily require medical skills.“

Und dann:

„A cross-cutting policy issue that brings together a range of services for persons who are dependent on help with basic activities of daily living over an extended period of time.“⁽⁸⁴⁴⁾

Von der sozialpolitischen Zielsetzung her betrachtet haben all diese neuen Leistungssysteme etwas gemeinsam. Sie sind für alle Einwohner geplant, wobei möglichst flächendeckend ein Schutz der gesamten Bevölkerung gegen dieses neue Risiko der Pflegebedürftigkeit bezweckt wird. Ein Export dieser Leistungen für Personen in anderen Mitgliedstaaten ist systemwidrig.

Klar war, dass bei dieser Ausgangslage Entscheidungen des EuGH zur europarechtlichen Verträglichkeit dieser Systeme zu erwarten waren. Ich möchte im Folgenden zunächst die einzelnen Etappen dieser Judikatur nachzeichnen.

B. Chronologie der EuGH-Judikatur

1. Rechtssache Molenaar

Der erste Fall betraf die deutsche Pflegeversicherung⁽⁸⁴⁵⁾. Nach der maßgebenden deutschen Rechtslage unterliegen – vereinfacht ausgedrückt – alle Personen, die der deutschen Krankenversicherung unterliegen, auch der deutschen Pflegeversicherung. Die Versicherung wird im engen organisatorischen Verbund mit den deutschen Kran-

⁽⁸⁴⁴⁾ Diese Definition wurde von der OECD genommen, hat aber in den politischen Diskussionen im Sozialschutzausschuss nie Anlass zu Problemen gegeben. Bei einer genaueren Analyse zeigt sich aber, dass auch diese Definition verbesserungsfähig wäre. Auch Babys würden nämlich diese Definition erfüllen, wiewohl Leistungen an alle Babys natürlich nicht zu den Pflegeleistungen in diesem Sinn zählen.

⁽⁸⁴⁵⁾ Rs. C-160/96, Molenaar, Slg. 1998, I-843.

kenkassen durch Pflegekassen ausgeübt. Als Leistungen sind ein Pflegegeld und eine Palette von Sachleistungen vorgesehen, die auch in Kombination erbracht werden können.

Anlassfall war ein Grenzgänger aus Frankreich, der in Deutschland arbeitete. Er musste zwar Beiträge zur deutschen Pflegeversicherung entrichten, konnte aber aufgrund seines Wohnorts in Frankreich nach deutscher Systematik keinen Leistungsanspruch geltend machen⁽⁸⁴⁶⁾. Deutschland stellte zwar nicht in Abrede, dass es sich bei der Pflegeversicherung um einen von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfassten Zweig der sozialen Sicherheit handelt, vertrat aber die Auffassung, dass dieses System ausschließlich Sachleistungen [einschließlich des Pflegegelds als „Sachleistungssurrogat“⁽⁸⁴⁷⁾] vorsehe. Sachleistungen sind nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zu exportieren, sondern werden nur an die jeweils in dem betreffenden Mitgliedstaat wohnenden Personen erbracht⁽⁸⁴⁸⁾.

Bei dieser Ausgangslage musste der Gerichtshof sich zunächst mit der Frage beschäftigen, welche Regelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf die deutsche Pflegeversicherung anzuwenden sind. Da die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 kein eigenes Kapitel für „Pflegeleistungen“ kennt, musste der EuGH jene Leistungen suchen, denen dieses neue Risiko am ehesten zugeordnet werden kann. Vor allem wegen der ergänzenden Funktion zur gesetzlichen Krankenversicherung, aber auch wegen der organisatorischen Verflechtung mit den Krankenkassen, ordnete der EuGH die Pflegeversicherung dem Risiko „Krankheit“ zu. Als nächster Schritt musste entschieden werden, ob es sich beim Pflegegeld um eine Geld- oder eine Sachleistung handelt. Für den

Gerichtshof stand außer Zweifel, dass als Sachleistungssurrogat nur eine Leistung betrachtet werden kann, die die im Einzelfall tatsächlich vom Versicherten/von der Versicherten ausgelegten Behandlungskosten erstattet. Hat die betroffene Person aber wie beim deutschen Pflegegeld völlige Autonomie, wie sie diese Leistung verwenden will (z. B. Einkauf professioneller Dienste, Bezahlung von Hilfe durch Verwandte, aber auch „Sparen für schlechtere Zeiten“), handelt es sich aus der Sicht des EuGH um eine Geldleistung. Nach dieser Festlegung war die Konsequenz aber unausweichlich: Geldleistungen bei Krankheit sind nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu exportieren⁽⁸⁴⁹⁾.

Daraus folgt, dass auch bei Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat eine in der deutschen Pflegeversicherung (aktuell!)⁽⁸⁵⁰⁾ versicherte Person einen Anspruch auf Pflegegeld aus dieser deutschen Versicherung geltend machen kann. Damit ist aber auch klargestellt, dass die Pflegesachleistungen, wie z. B. die Bereitstellung einer professionellen Hilfskraft für die Verrichtungen des täglichen Lebens (Einkaufen, Körperpflege, Säuberung der Wohnung usw.), nicht exportiert werden können. Diese können vielmehr wie alle übrigen Sachleistungen bei Krankheit auch für die in einem anderen Mitgliedstaat versicherten Personen, die in Deutschland wohnen, zulasten der zuständigen ausländischen Träger erbracht werden. Wohnt daher der Bezieher/die Bezieherin ausschließlich einer österreichischen Rente in Deutschland⁽⁸⁵¹⁾, so kann diese Person nicht nur die „normalen“ Sachleistungen der deutschen Krankenversicherung (wie z. B. Arztbesuch, Medikamente oder Krankenhaus-

⁽⁸⁴⁶⁾ Nach der Streitgegenständlichen deutschen Rechtslage konnten nur Personen mit Wohnort in Deutschland Leistungsansprüche aus der deutschen Pflegeversicherung ableiten (SGB XI).

⁽⁸⁴⁷⁾ Deutschland berief sich dafür auf das Urteil in der Rechtssache 61/65, Vaassen-Göbbels, Slg. 1966, 584, in dem der Gerichtshof klarstellte, dass Leistungen, die zwar in Geld gezahlt werden, die aber eine Erstattung für die vom Versicherten vorher bar ausgelegten Behandlungskosten sind, nicht als Geld-, sondern als Sachleistungen bei Krankheit zu betrachten sind.

⁽⁸⁴⁸⁾ Siehe z. B. hinsichtlich der Sachleistungen bei Krankheit Titel III Kapitel 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁴⁹⁾ Bei Wohnort außerhalb des zuständigen Staates hinsichtlich der Aktiven nach Artikel 19, hinsichtlich der Rentner nach Artikel 28 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁵⁰⁾ Nach der Systematik der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 setzen die Leistungen bei Krankheit eine aktuelle Versicherung in dem betroffenen Mitgliedstaat voraus. Anders ausgedrückt, hat eine Person, die zunächst in Deutschland versichert war, dann aber nach Polen geht und den polnischen Rechtsvorschriften aufgrund der Ausübung einer neuen Erwerbstätigkeit nach Titel II der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unterliegt, keinen Anspruch auf die deutschen Leistungen bei Krankheit (und damit auch keinen Anspruch auf das deutsche Pflegegeld) mehr, selbst wenn vor der Übersiedlung nach den deutschen Rechtsvorschriften Pflegegeld bezogen wurde.

⁽⁸⁵¹⁾ Nach Artikel 29 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 hat sich dieser österreichische Rentner mit einem Formblatt E 121 bei einer deutschen Kasse eintragen zu lassen und erhält dann dieselben Sachleistungen wie ein jeder deutscher Versicherter.

pflege) in Anspruch nehmen, sondern eben auch die Pflegesachleistungen. Erstatte muss all diese Leistungen die zuständige österreichische Krankenkasse. Das ist aber absolut keine Revolution, sondern die ganz logische Konsequenz der Betrachtung der Pflegeleistungen als Leistungen aus dem Versicherungsfall der Krankheit. Darauf werden wir im Folgenden noch näher eingehen müssen.

2. Rechtssache Jauch

Der nächste Fall betraf Österreich⁽⁸⁵²⁾. Ähnlich wie in Deutschland war auch in Österreich bei der nationalen Vorbereitung dieses neuen Systems sehr wohl auch das Europarecht miteinbezogen worden. Anders als in Deutschland wollte man in Österreich aber nicht den Weg der Sachleistungen gehen, sondern jenen der beitragsunabhängigen Sonderleistungen. Es gab nämlich bereits den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, in den die Mitgliedstaaten beitragsunabhängige Sonderleistungen eintragen konnten, die unter anderem alleine dem besonderen Schutz der Behinderten dienen⁽⁸⁵³⁾. In Österreich wurde daher danach gestrebt, die Leistungen vor allem „beitragsunabhängig“ zu machen. Daher wurde das österreichische System nicht durch eigene „Pflegebeiträge“ finanziert, sondern aus dem allgemeinen Steueraufkommen⁽⁸⁵⁴⁾.

In Österreich kommt noch dazu, dass es kein einheitliches Pflegesystem gibt. Vielmehr ist aufgrund der

föderalen Struktur Österreichs ein föderales Bundespflegegeld vorgesehen, das Leistungen für all jene Personen vorsieht, für die der Bund zuständig ist (Bezieher von Renten aus der allgemeinen Sozialversicherung, Bundesbeamte, BezieherInnen sonstiger Bundesleistungen wie z. B. Versorgungssysteme für Kriegsoffer und deren Familienangehörige), und neun Landessysteme für alle anderen Personengruppen (vor allem Aktive, und Landesbeamte sowie deren Familienangehörige)⁽⁸⁵⁵⁾. Organisatorisch ist das Pflegegeld von der Krankenversicherung aber völlig getrennt. Das Bundespflegegeld an die Rentner wird z. B. von der zuständigen Rentenversicherungsanstalt, jenes für Aktive von den Einrichtungen der Landesregierungen ausgezahlt.

Österreich hatte daher beantragt, das Pflegegeld nach dem Bundespflegegeld in den Anhang IIa, die Pflegegelder nach den neun Landespflegegeldgesetzen in den Anhang II Teil III der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 betreffend regionale beitragsunabhängige Sonderleistungen einzutragen. Diesen Anträgen wurde sowohl von der Kommission als auch von allen Mitgliedstaaten zugestimmt, so dass diese Leistungen nach dem Wortlaut der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nur bei Wohnort in Österreich zu gewähren waren (kein Export).

In der Rechtssache Jauch ging es um einen österreichischen Alleinrentner (Bezug nur einer österreichischen Rente), der in Deutschland lebte. Bis ins Jahr 1998 erhielt er deutsches Pflegegeld⁽⁸⁵⁶⁾, das jedoch nach der Molenaar-Entscheidung eingestellt wurde. Er beantragte daher Pflegegeld in Österreich. Nach dem Wortlaut der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71

⁽⁸⁵²⁾ Rs. C-215/99, Jauch, Slg. 2001, I-1933

⁽⁸⁵³⁾ Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁵⁴⁾ Der EuGH bestritt in seinem Urteil in der Rechtssache allerdings auch die Beitragsunabhängigkeit. Der österreichische Gesetzgeber hat nämlich – so wie immer – eine sehr komplizierte Finanzierungsvariante gewählt. Der Beitragssatz zur Krankenversicherung wurde angehoben, dadurch konnte der Beitrag der Rentenversicherung zur Krankenversicherung der Rentner gesenkt werden und damit sparte der Staat bei der Deckung des Defizits der Rentenversicherung. Dieses ersparte Geld konnte in die Pflegevorsorge gepumpt werden. Der EuGH misstraute dieser Finanzierung und erklärte sie als letztendlich beitragsbezogen. Tatsächlich aber sind die Verrechnungskreise der Krankenversicherung und der Pflegevorsorge in Österreich streng getrennt. Daher fließt kein einziger Euro der Krankenversicherung in die Pflegevorsorge. Ich glaube daher, dass der EuGH die Komplexität der Finanzierung der sozialen Sicherheit in Österreich nicht verstanden hat. Noch dazu wären diese Überlegungen ohnehin nicht ausschlaggebend gewesen, da der EuGH ja gleichzeitig auch den Charakter als „Sonderleistung“ verneint hat. Die „Fleißaufgabe“ wäre daher nicht notwendig gewesen. Das zeigt aber auch, dass zu komplizierte nationale Lösungen den EuGH oft vor Probleme stellen, die zum Nachteil der betroffenen Mitgliedstaaten ausgehen.

⁽⁸⁵⁵⁾ Der Grund für diese zehn Systeme liegt in der Kompetenzverteilung der österreichischen Bundesverfassung und in der Absicht, die vor der Einführung des neuen Systems völlig unterschiedlichen Leistungen (z. B. Hilflosenzuschüsse zu den Renten aber auch Blinden- und Behindertengelder der Bundesländer) zu vereinheitlichen. Durch eine Vereinbarung des Bundes mit den neun Bundesländern wurde sichergestellt, dass alle zehn Systeme nach einheitlichen Grundsätzen vorgehen und vor allem auch die Beträge der Pflegegelder in ganz Österreich einheitlich sind.

⁽⁸⁵⁶⁾ Da Deutschland vor dem Molenaar-Urteil eben davon ausging, dass das Pflegegeld eine Sachleistung ist, die auch an ausländische Rentner nach Artikel 28 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu erbringen ist (gegen Kostenerstattung durch den zuständigen ausländischen Träger), wenn diese mit einem Formblatt E 121 bei einer deutschen Kasse eingetragen sind.

war klar, dass in diesem Fall ein Export des Bundespflegegeldes (dieses kam vorrangig in Betracht, da es sich bei ihm um einen Rentner aus der allgemeinen Sozialversicherung handelte) nicht möglich war. Die Frage war aber, ob dieser Exportausschluss des Anhangs IIa im Einklang mit den Grundsätzen des EG-Vertrags steht. Der EuGH entschied, dass es sich beim österreichischen Pflegegeld nach dem Bundespflegegeldgesetz um keine Sonderleistung handelt, da das Risiko „Pflegebedürftigkeit“ ein normales Risiko bei Krankheit sei (das hatte der EuGH schon in der Rechtssache Molenaar entschieden). „Normale“ Leistungen können aber nicht in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen werden. Diese Leistungen müssen den allgemeinen Koordinierungsregelungen für Leistungen bei Krankheit folgen. Daher ist z. B. für Rentner ein Export vorzunehmen, wenn Österreich für die Leistungen bei Krankheit zuständig ist (und daher die Kosten der Sachleistungen bei Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat zu tragen hat) ⁽⁸⁵⁷⁾. Nach diesem Urteil durfte Österreich für Herrn Jauch daher den Export des österreichischen Bundespflegegeldes nach Deutschland nicht verweigern.

Der EuGH hat somit mit diesem Urteil für neue Leistungskategorien eines klargestellt: Unterschiedliche nationale Systematik, organisatorische Struktur oder Finanzierung sind bedeutungslos. Es kommt immer nur auf die Zielorientierung einer Leistung an. Wenn diese übereinstimmt, müssen alle vergleichbaren Leistungen der verschiedenen Mitgliedstaaten nach denselben Grundsätzen koordiniert werden. Noch etwas können wir aus den Urteilen in den Rechtssachen Molenaar und Jauch lernen: Solange der Gemeinschaftsgesetzgeber keine eigenständigen Koordinierungsgrundsätze für solche neuen Leistungskategorien schafft, bleibt dem EuGH nichts anderes übrig, als die Koordinierungsgrundsätze für

⁽⁸⁵⁷⁾ Nach Artikel 28 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Die Zuständigkeit bedeutet hier nicht die Zuständigkeit nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften, die bei Rentnern immer im Wohnstaat liegt, sondern die Zuständigkeit zur Kostentragung sowohl für die Sachleistungen (im Wege der Kostenerstattung) als auch für die Geldleistungen durch die Verpflichtung zur direkten Auszahlung.

jene Leistungskategorie für anwendbar zu erklären, die der untersuchten am ähnlichsten ist ⁽⁸⁵⁸⁾.

3. Rechtssache Hosse

Österreich ist wohl der bestgeprüfte Mitgliedstaat der Union. Alle Leistungen, die durch Eintragung in die in Betracht kommenden Anhänge vom Export ausgenommen wurden, landeten nämlich vor dem EuGH ⁽⁸⁵⁹⁾. Nach dem Bundespflegegeld in der Rechtssache Jauch wurde auch ein in den Anhang II Teil III der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragenes Landespflegegeld dem EuGH zur Prüfung vorgelegt ⁽⁸⁶⁰⁾.

Anlassfall war ein Grenzgänger, der in Österreich (Bundesland Salzburg) arbeitete, aber mit seiner Familie in Deutschland wohnte. Seine Tochter war behindert, und seine Frau widmete sich der Betreuung dieser Tochter; eine davor ausgeübte Erwerbstätigkeit wurde zu diesem Zwecke eingestellt. Hinsichtlich der Sachleistungen bei Krankheit war damit sowohl die Ehefrau als auch die Tochter mit dem Grenzgänger in der österreichischen Krankenversicherung mitversichert ⁽⁸⁶¹⁾. Fraglich war aber, ob ein Anspruch auf österreichisches Pflegegeld für die behinderte Tochter bestand.

Bundespflegegeld (wie es in der Rechtssache Jauch behandelt wurde) kam in diesem Fall nicht in Betracht, da es an einem Anknüpfungspunkt an die Bundeszuständigkeit fehlte (der Vater war aktiv und noch nicht Rentenbezieher).

⁽⁸⁵⁸⁾ Diesem Grundsatz begegnen wir immer wieder. Auch bei den von vielen Staaten neu eingeführten Erziehungsleistungen blieb dem EuGH nichts anderes über, als diese Leistungskategorie den Familienleistungen anzunähern, wiewohl in vielen Mitgliedstaaten diese Leistungen national als Leistungen bei Mutterschaft gelten (siehe z. B. Rs. C-275/96, Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419, hinsichtlich der Einordnung in Schweden vor diesem Urteil). Auf die Erziehungsleistungen werde ich im Folgenden noch näher eingehen.

⁽⁸⁵⁹⁾ Zusätzlich zu den Rechtssachen Jauch und Hosse ist auch noch auf die Rechtssache C-160/02, Skalka, Slg. 2004, I-5613, zu verweisen, in der die österreichische Ausgleichszulage untersucht wurde, die ebenfalls in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen ist. In diesem Fall bestätigte der EuGH die österreichische Eintragung allerdings.

⁽⁸⁶⁰⁾ Rs. C-286/03, Hosse, Slg. 2006, I-1771.

⁽⁸⁶¹⁾ Nach Artikel 19 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 waren beide bei einer deutschen Krankenversicherung mit einem E-106-Formblatt eingetragen.

Der EuGH entschied, dass auch das Salzburger Landespflegegeld dieselbe Funktion wie die bisher untersuchten Pflegegelder der deutschen Pflegeversicherung und nach dem österreichischen Bundespflegegeldgesetz hat. Auch dieses dient aus der Sicht des EuGH im Wesentlichen der Ergänzung der Leistungen der Krankenversicherung, um die pflegebedingten Mehraufwendungen der Person abzudecken. Dem von der österreichischen Regierung vorgetragenen Argument, dass aber organisatorisch überhaupt keine Beziehung zur Krankenversicherung bestünde, entgegnet er, dass es darauf nicht ankomme⁽⁸⁶²⁾. Auch unerheblich ist aus der Sicht des EuGH, dass nach der österreichischen Systematik der Anspruch auf Pflegegeld ein eigener Anspruch der pflegebedürftigen Person (hier der Tochter) ist, der Anspruch auf Leistungen bei Krankheit, aber nach der Verordnung nur aus der Rechtssituation des Vaters abgeleitet werden kann (nur dieser unterliegt den österreichischen Rechtsvorschriften)⁽⁸⁶³⁾. Letztendlich kommt eine solche Leistung für Familienangehörige immer (auch) dem/der GrenzgängerIn selbst zugute. Der EuGH sprach daher konsequenterweise auch diesen österreichischen Leistungen die Qualität der Sonderleistung ab. Daher wurde auch diese als Leistung bei Krankheit betrachtet, was die Anwendung der allgemeinen Regelungen des Kapitels „Leistungen bei Krankheit“ der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Folge hat. Daher leitete Herr Hosse einen Anspruch auf das Salzburger Pflegegeld auch für seine in Deutschland lebende Tochter ab⁽⁸⁶⁴⁾.

⁽⁸⁶²⁾ Damit löst er sich erstmals zur Gänze von dieser Bindung. Im Fall Jauch hat er noch u. a. auf die Erhöhung der Krankenversicherungsbeiträge verwiesen um die Verbindung zur Krankenversicherung zu untermauern (Randnr. 33). Bei den Landespflegegeldern und deren autonomen Finanzierung aus den jeweiligen Landesbudgets sowie der organisatorischen Zuständigkeit der Landesregierung konnte diese Bindung nicht mehr behauptet werden.

⁽⁸⁶³⁾ Dies ist im Übrigen eine Haltung, die wir auch aus der Judikatur zu den Familienleistungen kennen (siehe z. B. Urteil in der Rechtssache C-543/03, Dodi und Oberhollenzer, Slg. 2005, I-5049). Auch bei Familienleistungen ist es unerheblich, wer nach nationaler Systematik einen konkreten Leistungsanspruch geltend machen kann. Es kommt immer nur auf die familiäre Verbindung an. Wenn es sich um eine „Familie“ handelt, hat jedes Familienmitglied das Recht, die Leistung zu beanspruchen, egal ob es selbst oder eine andere Person aus dem Familienverband den Rechtsvorschriften des in Betracht kommenden Mitgliedstaats unterliegt.

⁽⁸⁶⁴⁾ Nach Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

Der EuGH hat damit erneut Konsequenz gezeigt. Auch die föderale Struktur eines Mitgliedstaats kann eine Leistung, die nur der Deckung eines allgemeinen und „normalen“ Risikos der sozialen Sicherheit dient, nicht aus der Koordination herausnehmen. Nicht nur die nationale Systematik der verschiedenen Systemen der sozialen Sicherheit ist daher unerheblich, sondern auch die Kompetenzverteilung innerhalb der Mitgliedstaaten. Auch Leistungen, die wie das Salzburger Pflegegeld nach nationaler Systematik eher der Sozialhilfe zugeordnet werden können, sind vor der Anwendung der allgemeinen Koordinierungsregelungen nicht gefeit. Natürlich wäre es lohnend, sich in diesem Zusammenhang auch noch näher mit der Sonderrolle regionaler Leistungen auseinanderzusetzen, bei denen der EuGH jüngst erhebliche Turbulenzen ausgelöst hat⁽⁸⁶⁵⁾. Das würde aber den vorgegebenen Rahmen sprengen und ist in Bezug auf das österreichische Pflegesystem weniger bedeutsam, da alle neun österreichischen Bundesländer ein nahezu identisches Pflegesystem haben, so dass es keine regionalen Unterschiede bei diesen Leistungen gibt.

Allerdings regt das Urteil in der Rechtssache Hosse auch zum weiteren Nachdenken an. Der EuGH führt nämlich aus, dass diese Zuständigkeit Österreichs nur dann gilt, wenn die Tochter nicht in dem Staat, in dem sie wohnt, Anspruch auf gleichartige Leistungen hat⁽⁸⁶⁶⁾. Wie ist das zu verstehen? Nach der Systematik der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71⁽⁸⁶⁷⁾ kann es für Leistungen bei Krankheit immer nur einen zuständigen Staat geben. Bei Familienmitgliedern ist das entweder der Wohnstaat, wenn in diesem von einem Familienmitglied eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, oder eben ein anderer Mitgliedstaat, in dem ein

⁽⁸⁶⁵⁾ Urteil in der Rechtssache C-212/06, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement Wallon, Slg. 2008, I-1683. Dazu ausführlich vor allem auch hinsichtlich der weiteren Konsequenzen H. Verschueren „La régionalisations de la sécurité sociale en Belgique à la lumière de l'arrêt de la cour de justice européenne portant sur l'assurance-soins flamande“, *Développements de l'Europe Sociale*, 2008, 173. Interessant wäre auch zu untersuchen, wie dieses Urteil des EuGH im Verhältnis zum Urteil des EFTA-Gerichtshofs in E-3/05, EFTA-Überwachungsbehörde gegen Norwegen vom 3.5.2006, zu verstehen ist, in dem regionale Sonderleistungen wie die norwegische Finnmarkzulage sehr wohl eine gewisse Bestandsgarantie erfuhren.

⁽⁸⁶⁶⁾ Randnr. 56 des Urteils.

⁽⁸⁶⁷⁾ Titel III Kapitel 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

Familienmitglied eine Erwerbstätigkeit ausübt ⁽⁸⁶⁸⁾. Für einen vorrangigen Anspruch des Wohnlandes in allen Fällen ist nach dieser Systematik kein Platz. Hätte der EuGH daher in einem Fall, in dem die Tochter in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland (wo für einen Anspruch auf Pflegegeld immer eine Versicherung notwendig ist, die im Fall der Familien Hosse eben nicht vorlag) wohnt, die Verpflichtung Österreichs zum Export des Pflegegeldes abgelehnt, wenn z. B. im Wohnland alle Einwohner einen Anspruch auf Pflegegeld haben? Wie gesagt, kann man das aus systematischer Sicht nicht verstehen, solange man in der geltenden Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 verbleibt. Aber vielleicht hat uns der EuGH einen Weg für eine künftige Koordination bereits gewiesen (Vorrang immer des Wohnlandes) ⁽⁸⁶⁹⁾? Das bleibt auf jeden Fall eine spannende Frage!

4. Rechtssache Gaumain-Cerri

Diese Rechtssache ist auch ein sehr gutes Beispiel für neue Leistungssysteme, die die Mitgliedstaaten eingeführt haben. Sie zeigt auch besonders deutlich die Komplexität, mit der wir zu kämpfen haben.

Ausgangspunkt ist erneut die deutsche Rechtslage betreffend die Pflegeleistungen. Der deutsche Gesetzgeber hat nämlich nicht nur Leistungen für die pflegebedürftigen Personen selbst (Pflegegeld und Pflegesachleistungen) eingeführt, sondern auch Annexeleistungen ganz anderer Artikel. Nach deutschem Recht ist nämlich auch die Situation der Pflegekraft (also jener Person, die sich um die pflegebedürftige Person kümmert) gesetzlich geregelt. Diese Pflegekraft erhält unter bestimmten Umständen eine Absicherung in der deutschen Renten- und Unfallversicherung, wobei der Staat die Beiträge zahlt und der betreffenden Person damit eine beitragsfreie Versicherung ermöglicht.

Aus systematischer Sicht betrachtet ist das keine Besonderheit der deutschen Rechtslage. In einigen Mitgliedstaaten erhält überhaupt die Pflegekraft selbst die Leistung (z. B. in Irland „carers pension“ oder „carers allowance“), wobei aber oft eher ein Einkommensersatz für diese Person im Vordergrund steht. Ergänzende Versicherungen sind aber nicht nur im Zusammenhang mit Pflegeleistungen vorgesehen. Die nationalen Gesetzgeber gehen immer öfter dazu über, Tätigkeiten, die als im Allgemeininteresse liegend betrachtet werden können, mit solchen ergänzenden Versicherungen für die betroffenen Personen (die in der Regel keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können oder die Erwerbstätigkeit einschränken müssen, um sich diesen Tätigkeiten im Allgemeininteresse zu widmen) zu honorieren. Als Beispiel kann auf eine Krankenversicherung für Personen, die sich der Kindererziehung widmen, oder Rentenversicherungszeiten für Personen, die kranke oder sterbende nahe Angehörige begleiten, verwiesen werden.

Vor dem EuGH landete zuerst die Rentenversicherung für die Pflegekraft nach den deutschen Rechtsvorschriften ⁽⁸⁷⁰⁾. Es ging um folgende Fallkonstellationen:

- In einem Fall wohnte eine Familie in Frankreich, und Vater und Mutter übten als Grenzgänger in Deutschland eine Erwerbstätigkeit aus; der Sohn war mit ihnen in der deutschen Kranken- und Pflegeversicherung mitversichert und bezog deutsches Pflegegeld aufgrund einer Behinderung, beide Elternteile betreuten den behinderten Sohn ⁽⁸⁷¹⁾.
- Im anderen Fall wohnte eine deutsche Staatsbürgerin in Belgien und pflegte von dort aus einen in Deutschland lebenden Beamten im Ruhestand, der deutsche Pflegeleistungen bezog. Von diesem erhielt sie auch ein Entgelt für die Pflegetätigkeit, was aber nicht zu einer

⁽⁸⁶⁸⁾ Siehe Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, der genau diese unterschiedlichen Vorrangregelungen festlegt.

⁽⁸⁶⁹⁾ In diese Richtung könnte das Urteil in der Rechtssache C-352/06, Bosmann, Slg. 2008, I-3827, weisen, das man als Tabubruch betrachten kann, indem trotz klarer Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 dennoch eine „Restkompetenz“ des Wohnlandes anerkannt wurde.

⁽⁸⁷⁰⁾ Verbundene Rechtssachen C-502/01 und C-31/02, Gaumain-Cerri und Barth, Slg. 2004, I-6483.

⁽⁸⁷¹⁾ Fall Gaumain-Cerri.

erwerbsmäßigen Tätigkeit nach deutscher Systematik führte⁽⁸⁷²⁾.

Nach nationalem deutschem Recht ist diese Rentenversicherung auf Pflegekräfte mit Wohnort in Deutschland beschränkt. Daher bestand in beiden Fallkonstellationen kein Anspruch. Der EuGH musste nun entscheiden, wie diese Rentenversicherung aus EG-rechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Interessanter Ansatz dabei war, dass diese Versicherungen bereits in den Vorlagefragen nicht im Zusammenhang mit den „Anzuwendenden Rechtsvorschriften“⁽⁸⁷³⁾ untersucht wurden, sondern als „Leistung“. Der EuGH stellte in seinem Urteil klar, dass auch eine solche Rentenversicherung als Ergänzung des Pflegegeldes zu sehen ist und daher genau wie dieses eine Leistung bei Krankheit im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist. Aus erster Sicht ist dieses Ergebnis absolut unverständlich – wie kann eine Rentenversicherung eine Leistung bei Krankheit sein?

Nach einer näheren Überprüfung erscheint das Urteil aber durchaus systematisch und konsequent. An sich kann ein Mitgliedstaat sich nämlich auf verschiedenste Weise um die rentenrechtliche Absicherung einer Pflegekraft kümmern. So kann er auch der pflegebedürftigen Person ein entsprechend angehobenes Pflegegeld gewähren, damit dieser Betrag auch ausreicht, um der Pflegekraft entweder genügend Geld zu geben, damit diese sich selbst um ihre Rentenversicherung kümmert, oder aber die pflegebedürftige Person eine solche Rentenversicherung für „ihre“ Pflegekraft direkt zahlen kann. Es dürfte nach der bisherigen Judikatur des EuGH zu den Pflegegeldern klar sein, dass ein so erhöhtes Pflegegeld auf jeden Fall uneingeschränkt als Geldleistung bei Krankheit gilt und daher der Koordination dieser Leistungen folgt (natürlich unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat die Pflegekraft wohnt – dieser Wohnort wäre nämlich völlig uner-

heblich, weil das Pflegegeld ja keine Zweckwidmung hätte). Warum soll daher ein anderes Ergebnis eintreten, wenn der Staat selbst einspringt und die Beiträge zur Rentenversicherung (zugunsten der pflegebedürftigen Person) zahlt? Aus diesem Blickwinkel wird auch klar, dass es sich bei der Tragung der Rentenversicherungsbeiträge für die Pflegekraft um eine Geld- und keine Sachleistung bei Krankheit handeln kann. Aufgrund dieses Urteils besteht in beiden Fällen daher Anspruch auf die Rentenversicherung für die Pflegekraft.

Ein weiterer interessanter Aspekt dieses Urteils ist natürlich nicht nur die Auswirkung auf die pflegebedürftige Person, sondern auch jene auf die Pflegekraft. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 legt nämlich unter dem Kapitel „Anzuwendende Rechtsvorschriften“ fest, welchen Rechtsvorschriften eine Person unterliegt. Bei Ausübung z. B. einer abhängigen Beschäftigung sind das die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird⁽⁸⁷⁴⁾. Sofern die Rechtsvorschriften dieses Beschäftigungsstaats daher die Tätigkeit als Pflegekraft der Versicherung in einem System der ArbeitnehmerInnen unterstellen⁽⁸⁷⁵⁾, führt dieses Urteil bei Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats für die Geldleistungen zugunsten der pflegebedürftigen Person zu Doppelversicherungen – was an sich nach der Systematik der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vermieden werden soll⁽⁸⁷⁶⁾. Das

⁽⁸⁷⁴⁾ Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁷⁵⁾ Dieser Schutz in einem System, das für ArbeitnehmerInnen gilt, ist die Voraussetzung, um die betreffende Person in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu bringen (Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung). Bei einer Pflegekraft kann es daher z. B. darauf ankommen, ob die Beziehung zwischen pflegebedürftiger Person und Pflegekraft als Arbeitsverhältnis angesehen wird und ob das erzielte Entgelt die national vorgesehenen Grenzbeträge für den Eintritt der Versicherungspflicht übersteigt. In der Regel soll Übereinstimmung zwischen den Begriffen „Arbeitnehmer“ und „Ausübung einer abhängigen Beschäftigung“ bestehen (EuGH in der Rechtssache C-340/94, de Jaeck, Slg. 1997, I-461). Daher kann man in unserem Fall davon ausgehen, dass eine Person, die aufgrund der Tätigkeit als Pflegekraft als ArbeitnehmerIn in dem Staat gilt, in dem sie die Tätigkeit ausübt, in der Regel auch als dort abhängig beschäftigte Person den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegt. Wir lassen dabei natürlich bewusst bestimmte Fallgruppen außer Betracht, wie z. B. eine in einem Mitgliedstaat niedergelassene selbständige Pflegekraft, die sich selbst zu Pflegeleistungen in einen anderen Mitgliedstaat entsendet (siehe z. B. EuGH in der Rechtssache C-178/97, Banks, Slg. 2000, I-2005) und daher den Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates unterliegt (Artikel 14a Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).

⁽⁸⁷⁶⁾ Artikel 13 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁷²⁾ Fall Barth.

⁽⁸⁷³⁾ Titel II der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 – eine Untersuchung nach diesem Titel hätte nämlich zweifellos in eine andere Richtung gedeutet, da es dann eine Prüfung der individuellen Situation der Pflegekraft gewesen wäre, was durchaus zu anderen Zuständigkeiten als bei der pflegebedürftigen Person führen kann.

ist aus meiner Sicht eine Frage, die noch nicht hinreichend abgeklärt ist. In der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wurde zumindest klargestellt, dass eine solche Versicherung als Annex zu einer Leistung wie eben die Rentenversicherung als Pflegekraft einer Person, die deutsches Pflegegeld bezieht, nicht dazu führt, dass die deutschen Rechtsvorschriften generell auf diese Pflegekraft Anwendung finden⁽⁸⁷⁷⁾. Daher kann z. B. eine Pflegekraft, die einen deutschen Rentner/eine deutsche Rentnerin in Spanien betreut und selbst auch in Spanien wohnt, wiewohl sie Zeiten in der deutschen Rentenversicherung erwirbt, nicht auch für ihre Kinder deutsche Familienleistungen in Anspruch nehmen⁽⁸⁷⁸⁾.

Verhältnismäßig klar ist die Frage somit hinsichtlich der Versicherungen für die Pflegekraft entschieden. Wie steht es aber mit Versicherungen, die mit anderen Leistungen der sozialen Sicherheit zusammenhängen? Nehmen wir das Beispiel der österreichischen Rechtslage, nach der die BezieherInnen von Erziehungsgeld auch krankenversichert sind. Ist in diesem Fall die Krankenversicherung eine Familienleistung und hat diese daher derselben Koordination wie die Familienleistungen zu folgen? Setzt man den Gedankengang des EuGH konsequent fort, muss man zu diesem Schluss kommen. Allerdings führt das zu sehr komplexen Ergebnissen, auf die wir im Einzelnen in diesem Zusammenhang nicht eingehen können⁽⁸⁷⁹⁾.

Wie bereits gesagt, sind solche nationalen Rechtsentwicklungen, die als Zusatz zu Sozialleistungen

noch ein Versicherungspaket vorsehen, keine Einzelercheinungen. Sobald solche Pakete aber der Koordination unterliegen, weil grenzüberschreitende Elemente vorliegen, wird es sofort sehr kompliziert. Die vom EuGH vorgegebene Lösung, wonach die Versicherung der auslösenden Leistung zu folgen hat, mag zwar konsequent sein, führt aber manchmal zu schier unlösbaren Problemen. Auch die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hat dafür keine eindeutige Lösung gebracht.

5. Rechtssache Kommission gegen Parlament und Rat

Trotz dieser doch verhältnismäßig eindeutigen Linie des EuGH gegenüber der neuen Leistungskategorie der Pflegeleistungen war das aus der Sicht etlicher Mitgliedstaaten nicht so klar. Viele Mitgliedstaaten hatten nämlich ihre Leistungen für behinderte oder pflegebedürftige Personen, so wie Österreich vor der Jauch-Entscheidung, in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen. Da nicht alle Mitgliedstaaten in gleichem Ausmaß nationale Gerichte haben, die jede Frage sofort als Vorlagefrage an den EuGH herantragen, bestand für diese Staaten kaum die Gefahr einer Überprüfung dieser Eintragungen durch den Gerichtshof. Die Kommission als Wächterin der Verträge konnte aber nicht nur abwarten, sondern musste agieren. Nach einem sehr intensiven Diskussionsprozess in der Verwaltungskommission, bei dem sämtliche in den Anhang eingetragenen Leistungen genau analysiert wurden, legte die Kommission einen Vorschlag für eine Überarbeitung des Anhangs IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vor, mit dem sämtliche Pflegeleistungen, die den deutschen oder österreichischen Pflegegeldern entsprechen, aus dem Anhang gestrichen werden sollten. Allerdings waren nicht alle betroffenen Mitgliedstaaten sofort gewillt, diesen Vorschlag der Kommission zu akzeptieren. Im Rat musste daher weiterverhandelt werden, bis endlich die meisten Mitgliedstaaten bereit waren, ihre Anhangseintragungen zu streichen. Nur drei Mitgliedstaaten, nämlich Finnland, Schweden und das Vereinigte Königreich, waren zu diesem Schritt nicht bereit. Um ein

⁽⁸⁷⁷⁾ Erwägungsgrund Nr. 18a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, der durch die erste Änderung dieser Verordnung eingefügt werden wird.

⁽⁸⁷⁸⁾ Nach Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. Artikel 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 kann eine den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegende Person Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates auch für Kinder in Anspruch nehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen.

⁽⁸⁷⁹⁾ So sind bei Familienleistungen sehr oft zwei Mitgliedstaaten zuständig, um Leistungen zu gewähren. Einer davon ist vorrangig zuständig, der andere nur nachrangig, und dieser zahlt seine Familienleistung nur als Unterschiedsbetrag, wenn der Leistungsbetrag nach diesen Rechtsvorschriften höher ist als jener des vorrangig zuständigen Mitgliedstaats (klar geregelt nunmehr in Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004). Kann es eine Krankenversicherung als „Unterschiedsbetrag“ geben, wenn der vorrangig zuständige Mitgliedstaat für die erziehende Person keine Krankenversicherung kennt?

gänzliches Scheitern der Verhandlungen zu vermeiden, mussten diese Leistungen als Kompromiss daher im Anhang IIa der Verordnung belassen werden⁽⁸⁸⁰⁾. Die Kommission behielt sich aber bereits bei dieser Einigung die Einleitung eines Verfahrens vor dem EuGH vor.

Dieses Verfahren führte dann schlussendlich zur erforderlichen Klarheit⁽⁸⁸¹⁾. Der Gerichtshof verallgemeinerte nämlich seine bisherige Judikaturlinie. Er entschied, dass auch die betroffenen Leistungen der drei Mitgliedstaaten [finnische Kinderbetreuungsbeihilfe, schwedische Pflegebeihilfe für behinderte Kinder, schwedische Behindertenbeihilfe, britische Disabled Living Allowance (DLA), britische Attendance Allowance (AA) und britische Carers Allowance⁽⁸⁸²⁾] als „normale“ Leistungen bei Krankheit unter die allgemeine Koordination dieser Leistungen fallen. Ausgenommen davon wurde ausschließlich der Mobilitätsteil der DLA, der vom EuGH als Sozialhilfekomponente angesehen wurde. Der Gerichtshof führte aus, dass diese Leistungen zum einen den Eltern behinderter Kinder helfen, die Pflege, Betreuung und Rehabilitation behinderter Kinder sicherzustellen (aus der Sicht des EuGH ist der Hauptzweck dieser Leistungen trotzdem medizinischer Natur), zum anderen helfen diese Leistungen bei Funktionsstörungen von Erwachsenen und sollen durch die Finanzierung der Hilfe einer dritten Person den Behinderten helfen, die durch die Krankheit verursachten Kosten zu tragen und die Lebensqualität zu verbessern bzw. die Eigenständigkeit und die soziale Integration zu fördern. Wichtig ist auch, dass es sich bei diesen Leistungen ganz eindeutig um solche handelt, die überhaupt keine Verbindung zum nationalen System der Leistungen bei Krankheit haben. Die ursprünglich nach den Rechtssachen Molenaar und Jauch von manchen Mitgliedstaaten noch ange-

nommene Notwendigkeit einer Verbindung zumindest aus organisatorischer Sicht oder durch die Finanzierung wurde damit endgültig als irrelevant angesehen.

Aus systematischer Sicht ist dieses Urteil auf jeden Fall zu begrüßen. Dadurch wird nämlich sichergestellt, dass alle aus sozialpolitischer Sicht vergleichbaren Leistungen immer denselben Koordinierungsgrundsätzen unterworfen werden. Auch hat es die Bereitschaft der Mitgliedstaaten gehoben, über neue Koordinierungsmethoden nachzudenken⁽⁸⁸³⁾. Zu erwähnen ist auch noch, dass diese Überprüfung des Anhangs IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht nur auf die Mitgliedstaaten beschränkt blieb. Auch für die EWR-Staaten blieb dies nicht ohne Konsequenzen; so wurde vom EFTA-Gerichtshof eine liechtensteinische Leistung aus dem Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in der Fassung des EWR-Abkommens gestrichen⁽⁸⁸⁴⁾.

C. Probleme aufgrund dieser Judikatur

Man kann daher nach diesen Urteilen davon ausgehen,

- dass es eine neue Leistungskategorie der Pflegeleistungen gibt und
- dass diese für alle Mitgliedstaaten einheitlich nach den Koordinierungsregelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für die Leistungen bei Krankheit zu koordinieren sind, was zum einen die Gewährung der Sachleistungen durch den Träger des Wohn- oder Aufenthaltsstaats zulasten des zuständigen Staates und zum anderen den Export der Pflegegeldleistungen zur Folge hat.

⁽⁸⁸⁰⁾ Verordnung (EG) Nr. 647/2005 (ABl. L 117 vom 4.5.2005, S. 1).

⁽⁸⁸¹⁾ Rs. C-299/05, Kommission gegen Parlament und Rat, Slg. 2007, I-8695. Aus verfahrenstechnischen Gründen konnte die am Verhandlungsverfahren beteiligte Kommission kein Vertragsverletzungsverfahren gegen die drei betroffenen Mitgliedstaaten nach Artikel 226 des Vertrags, sondern nur das Nichtigkeitsverfahren nach Artikel 230 des Vertrags einsetzen.

⁽⁸⁸²⁾ Diese Leistungen waren bisher unter den Punkten W. Finnland (b), X. Schweden (c) und Y. Vereinigtes Königreich (d), (e) und (f) in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen.

⁽⁸⁸³⁾ Nach meinen persönlichen Erfahrungen war es vor diesem Urteil ausgeschlossen, das Thema „Koordination von Pflegeleistungen“ auf europäischer Ebene zu diskutieren. Vor allem die Vertreter der drei durch das Verfahren betroffenen Mitgliedstaaten stellten nämlich in Abrede, dass es überhaupt so etwas wie eine allgemeine Leistungskategorie der Pflegeleistungen gibt. Österreich hat während seiner EU-Präsidentschaft im Jahr 2006 versucht, in der Verwaltungskommission das Thema „Neue Wege für die Koordination von Pflegeleistungen“ zu diskutieren, und ist an dem Widerstand dieser drei Staaten gescheitert.

⁽⁸⁸⁴⁾ Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 14. Dezember 2007 in der Rechtssache E-5/06, EFTA-Überwachungsbehörde gegen Liechtenstein, betreffend die Hilflosenentschädigung nach den liechtensteinischen Rechtsvorschriften.

Nach dieser systematisch völlig logischen Schlussfolgerung muss man sich die damit zusammenhängende Folgefrage stellen, ob dieses Ergebnis zu sozialpolitisch vertretbaren Konsequenzen führt⁽⁸⁸⁵⁾.

1. Zufall des Anlassfalls

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass aus meiner Sicht bei einer Einschaltung des EuGH immer der jeweilige Anlassfall eine ganz große Bedeutung hat⁽⁸⁸⁶⁾. Es ist zwar müßig, die „Was-wäre-wenn-Frage“ zu stellen, aber bei den Pflegeleistungen drängt sie sich mir doch auf. Was wäre gewesen, wenn der EuGH zuerst die Rechtssache Jauch zu entscheiden gehabt hätte und nicht die Rechtssache Molenaar? Ich möchte daran erinnern, dass in Österreich wegen der Entwicklung der Leistung und auch der organisatorischen Struktur die Pflegegelder nach dem Bundespflegegeldgesetz viel näher zu den Renten als zu den Leistungen der Krankenversicherung stehen. Hätte der EuGH dann völlig unvoreingenommen möglicherweise Pflegeleistungen als Leistungen bei Invalidität eingestuft? Das hätte aber dann die Anwendung des Titels III Kapitel 2 und 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Folge gehabt. Dann hätten wir zwar eine klare Koordination für Geldleistungen, nicht aber für die Pflegesachleistungen. Pflegegelder könnten aber dann im Verhältnis der Rentenversicherungszeiten proratisiert werden. Ich gehe davon aus, dass das die schlechteste Lösung gewesen wäre. Zum einen wäre das für viele Mitgliedstaaten aufgrund der Besonderheiten der nationalen Rechtslage kaum

⁽⁸⁸⁵⁾ Das ist aber eine Prüfung, die der EuGH normalerweise nicht anstellt. Selbst bei der Suche nach Rechtfertigungsgründen für die Behinderung der Grundfreiheiten wird in der Regel zwar das finanzielle Gleichgewicht der Systeme der sozialen Sicherheit als Rechtfertigungsgrund für beschränkende Maßnahmen akzeptiert (z. B. hinsichtlich von Beschränkungen bei der Dienstleistungsfreiheit in der Rechtssache C-385/99, Müller-Fauré und van Riet, Slg. 2003, I-4509), ob eine Auslegung des europäischen Rechts aber zu sozialpolitisch stimmigen Ergebnissen führt, spielt bei den Entscheidungen des EuGH in der Regel keine Rolle.

⁽⁸⁸⁶⁾ So kommt es auch immer auf die konkret formulierte Frage des vorlegenden Gerichts an. Aus meiner Sicht ein sehr gutes Beispiel ist die Rechtssache C-352/06, Bosmann, Slg. 2008, I-3827. Was doch alle in dieser Fallkonstellation interessiert hätte, ist auf jeden Fall die Frage, ob der Wohnortstaat verpflichtet ist, trotz der Zuständigkeit eines anderen Staates wegen der Ausübung einer Erwerbstätigkeit auch die für alle Einwohner vorgesehenen Leistungen zu gewähren, und nicht (was tatsächlich gefragt wurde), ob er daran gehindert ist, Leistungen nach seinen Rechtsvorschriften zu gewähren.

administrierbar, und zum anderen hätte das möglicherweise ein erhebliches Ansteigen der Zahl der zwischenstaatlichen Fälle zur Folge gehabt⁽⁸⁸⁷⁾. So gesehen kann man dem Zufall dankbar sein, dass Molenaar vor Jauch kam.

2. Export ist sozialpolitisch nicht steuerbar

Sämtliche Pflegeleistungen haben sozialpolitisch das Ziel, den Einwohnern eines Mitgliedstaats ein ausreichendes Niveau an Leistungen sicherzustellen. Dabei spielen natürlich viele Faktoren eine Rolle, die sich nur auf den betroffenen Mitgliedstaat beziehen. Bei Geldleistungen wie z. B. beim Pflegegeld sind auch immer das Kostenniveau im Land (wie hoch sind die Kosten einer Pflegekraft, einer Haushaltshilfe, von Hilfsmitteln wie z. B. eines Rollstuhls, was kostet besondere Diätahrung usw.), das Angebot sonstiger Leistungen (z. B. von den jeweiligen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellte Pflegeheime), aber auch sonstige Vergünstigungen (wie z. B. freie Fahrt auf öffentlichen Verkehrsmitteln für behinderte Personen) besonders wichtig. Der nationale Gesetzgeber bezieht all diese Elemente ein, wenn er die Höhe der Pflegegeldleistung festlegt. Sozialpolitisches Ziel ist, dass erst das Zusammenspiel all dieser Elemente einen ausreichenden Schutz der pflegebedürftigen Personen sicherstellt.

Bei Kombileistungen (Kombination von Pflegesach- und Pflegegeldleistungen) ist das noch deutlicher. Bei diesen will der nationale Gesetzgeber den erforderlichen Schutz nämlich nur durch dieses Zusammenspiel sicherstellen.

In dem Moment, in dem Pflegegeld in einen anderen Mitgliedstaat exportiert wird, passt dieses Zusammenspiel nicht mehr. Insbesondere ist auf die folgenden Aspekte hinzuweisen:

⁽⁸⁸⁷⁾ Leistungen bei Invalidität müsste nämlich jeder Staat leisten, in dem die betreffende Person irgendwann einmal Versicherungszeiten erworben hat. Bei der Koordination als Leistung bei Krankheit ist grundsätzlich immer nur ein Mitgliedstaat zuständig, und zwar jener, der aktuell für die Leistungen bei Krankheit zuständig ist.

- Je nach dem Kostenniveau im Wohnland kann das aus einem anderen Mitgliedstaat exportierte Pflegegeld zu viel (bei Export in ein Niedriglohnland) bzw. zu wenig sein (bei Export in ein Hochlohnland), es mutiert daher zum Teil zu einem Zusatzeinkommen der pflegebedürftigen Person bzw. hindert diese an der Freizügigkeit, weil es den erforderlichen Pflegebedarf nicht abdecken kann.
- Dasselbe passiert auch, wenn in den beiden Staaten das Angebot sonstiger Leistungen unterschiedlich ist (z. B. der eine Staat stellt auch Plätze in staatlichen Pflegeheimen oder Freifahrt auf öffentlichen Verkehrsmitteln kostenlos zur Verfügung, der andere nicht).
- Auch bei Kombileistungen ergeben sich solche Konsequenzen; wenn das Pflegegeld, das exportiert wird, nur gemeinsam mit Pflegesachleistungen das sozialpolitische Ziel erreicht, kann dieses Ziel nicht erfüllt werden, wenn das Wohnland solche Pflegesachleistungen nicht kennt; umgekehrt kann ein Pflegegeld, das nach der Systematik des betroffenen Staates sämtliche Pflegekosten abdecken soll, bei Export in einen Mitgliedstaat, der Kombileistungen oder gar nur Pflegesachleistungen kennt, leicht zu einer ungewollten Überversorgung führen.

Zugegebenermaßen ist das aber nicht unbedingt eine Besonderheit der Pflegeleistungen. Bei allen exportierten Geldleistungen wirken sich natürlich immer auch die Lebenshaltungskosten (das Kostenniveau) im jeweiligen Wohnland aus⁽⁸⁸⁸⁾. Auch bei anderen Leistungen gibt es ein Zusammenspiel zwischen Sach- und Geldleistungen, so dass sich ein Export immer nachteilig auswirken kann⁽⁸⁸⁹⁾.

⁽⁸⁸⁸⁾ Das ist z. B. auch bei Renten der Fall; allerdings gibt es bei diesen ein Sicherheitsnetz: Erreichen die aus einem anderen Mitgliedstaat exportierten Renten nicht jenen Betrag, der im Wohnland als Mindestrente vorgesehen ist, so hat das Wohnland die ausländischen Renten auf dieses Niveau zu heben (Artikel 10a Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wonach beitragsunabhängige Mindestrenten, die in der Regel als nichtexportierbar in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen sind, auch zu ausländischen Renten gewährt werden müssen).

⁽⁸⁸⁹⁾ Dieses Zusammenspiel gibt es z. B. bei Invaliditätsleistungen, die mit Aktivierungs- und Rehabilitationsleistungen zusammenspielen, oder Familiengeldleistungen, die mit Sachleistungen wie z. B. freien Kindergartenplätzen zusammenspielen.

Aber immer wenn sich bei einer neuen Leistungskategorie eine Exportverpflichtung ergibt, zeigt sich diese Konsequenz erneut mit aller Deutlichkeit. Wann immer grenzüberschreitende Karrieren betroffen sind, verliert die nationale Sozialpolitik ihre Einflussmöglichkeit und was national eine wohlausgewogene Kombination verschiedener Elemente ist, die erst in ihrer Gesamtheit das Ziel erreicht, versagt auf der anderen Seite der Grenze. Das ist aber eine unausweichliche Folge, so lange wir in Europa kein einheitliches System der sozialen Sicherheit haben.

Wichtige Lehre, die wir aus der bisherigen Judikatur ziehen können, ist auch, dass selbst wenn Mitgliedstaaten bei der Planung und politischen Vorbereitung einer neuen Leistungskategorie die Auswirkungen des EG-Rechts einbeziehen, das nicht vor unliebsamen Überraschungen schützt. Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wurde bei der Einführung der Pflegeleistungen das nationale System so konzipiert, dass ein Export der Pflegegelder nach dem EG-Recht nicht erfolgen muss (in Deutschland durch den Plan, Sachleistungen zu schaffen, und in Österreich durch den Plan, beitragsunabhängige Sonderleistungen zu schaffen). Wie wir gesehen haben, sind diese Pläne nicht aufgegangen. Daher bleibt für die nationalen Gesetzgeber bei der Einführung neuer Leistungskategorien immer ein Restrisiko, dass im Wege des Europarechts, z. B. über eine Exportverpflichtung, aus sozialpolitischer Sicht ungewollte Effekte eintreten.

3. Zusammentreffen von Geld- mit Sachleistungen, die denselben Zweck verfolgen

Abschließend möchte ich noch einen besonders unbefriedigenden Aspekt der Koordination der Pflegeleistungen als Leistungen bei Krankheit herausgreifen. Bis zu dieser neuen Leistungskategorie war der Export von Geldleistungen bei Krankheit eine verhältnismäßig klare Sache gewesen. Vorrangig

ging es im Krankheitsfall ⁽⁸⁹⁰⁾ dabei um Krankengelder für die erwerbstätige Bevölkerung, die Einkommensverluste aufgrund der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vermeiden sollten. Für solche Leistungen bieten die geltenden Koordinierungsregelungen kein Problem. Es ist nur logisch, dass jener Mitgliedstaat, in dem der Betroffene während der Aktivzeit versichert war, nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit diese Leistung erbringt ⁽⁸⁹¹⁾, und nicht z. B. der Wohnortstaat. Auch klar ist, dass es keine Sachleistungen geben kann, die dieselben Ziele wie das Krankengeld haben. Eine Kumulation von Leistungen mit demselben sozialpolitischen Ziel ist daher nicht möglich.

Durch die Anwendung der Koordinationsregelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auch auf die neuen Pflegegeldleistungen wurde eine Leistungskategorie erfasst, für die diese Regelungen nicht gedacht waren. Die Konsequenzen dieser Koordinierungsregelungen können am folgenden Beispiel dargestellt werden.

Ein österreichischer Rentner wohnt in Deutschland, er bezieht ausschließlich eine österreichische Rente. Aufgrund der Anwendbarkeit der Koordination für die Leistungen bei Krankheit ist Österreich daher der für die Krankenversicherung zuständige Mitgliedstaat ⁽⁸⁹²⁾. Österreich muss daher direkt die Geldleistungen bei Krankheit erbringen, die Sachleistungen bei Krankheit gewährt Deutschland als Wohnland nach den deutschen Rechtsvorschriften, wobei aber die Kosten dieser Sachleistungen von der zuständi-

gen österreichischen Krankenkasse zu erstatten sind ⁽⁸⁹³⁾. Aufgrund der Kostentragung durch Österreich darf die zuständige österreichische Krankenkasse von der österreichischen Rente auch die Beiträge für die Krankenversicherung der Rentner einbehalten ⁽⁸⁹⁴⁾.

Somit hat – wie wir bereits mehrfach gesehen haben – Österreich bei Pflegebedürftigkeit dieses Rentners sein Pflegegeld nach Deutschland zu exportieren (dieses schließt nach der österreichischen Systematik einen Beitrag zu sämtlichen pflegebezogenen Aufwendungen, also z. B. auch für die Kosten einer vom Pflegebedürftigen bezahlten Heimhilfe ein). Da Deutschland aber nach nationalem Recht auch Pflegesachleistungen kennt, können auch diese [z. B. eine Heimhilfe ⁽⁸⁹⁵⁾] vom österreichischen Rentner in Anspruch genommen werden. Die Kosten dieser Sachleistung muss aber auch Österreich erstatten. Es besteht daher die Gefahr, dass das österreichische Pflegegeld gar nicht mehr notwendig ist, um die pflegebedingten Mehrkosten der pflegebedürftigen Person zu decken (das Pflegegeld mutiert daher zu einem zusätzlichen Einkommen); auf der anderen Seite muss Österreich doppelt zahlen – einmal durch den Export des Pflegegeldes und dann ein zweites Mal durch die Kostenerstattung für die in Deutschland gewährten Pflegesachleistungen ⁽⁸⁹⁶⁾.

⁽⁸⁹⁰⁾ Daneben spielte die Exportregelung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Bezug auf Geldleistungen nach Titel III Kapitel 1 auch noch eine Rolle bei Mutterschaftsleistungen (Wochengeldern), auf die ich nicht weiter eingehen möchte, bei denen aber auch schon wieder neue Leistungssysteme hereinspielen können. Viele Staaten haben nämlich für erziehende Elternteile Erziehungsleistungen eingeführt (oft über einen viel längeren Zeitraum, als es aufgrund der mit der Geburt verbundenen besonderen Situation der Mutter erforderlich ist, während der die Mutter aus Schutzgründen nicht arbeiten sollte, und oft auch für beide Elternteile wahlweise). Etliche Staaten betrachteten diese Erziehungsleistungen für die Koordination als Mutterschafts- und nicht als Familienleistungen. Auch bei diesen neuen Leistungen musste erst der EuGH Klarheit schaffen (siehe insbesondere Rs. C-275/96, Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419), indem er entgegen der jeweiligen nationalen Systematik entschied, dass es sich einheitlich um Familienleistungen handelt.

⁽⁸⁹¹⁾ Zum Beispiel nach Artikel 19 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁹²⁾ Nach Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁹³⁾ Artikel 28 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wobei die Kosten aber nicht nach den tatsächlichen Kosten des Einzelfalls abgerechnet werden, sondern pauschal nach den durchschnittlichen Kosten der Behandlung eines in Deutschland versicherten Rentners (Artikel 95 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72); Deutschland hat in die Berechnung dieses Pauschbetrags auch die Kosten der Pflegesachleistungen einbezogen (siehe Nummer 2 des Beschlusses Nr. 175 der Verwaltungskommission, ABl. L 47 vom 19.2.2000, S. 32).

⁽⁸⁹⁴⁾ Artikel 33 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁸⁹⁵⁾ Hinsichtlich der nach den deutschen Rechtsvorschriften in Betracht kommenden Pflegesachleistungen siehe §§ 36 ff. SGB XI.

⁽⁸⁹⁶⁾ Aber auch der Kehrfall ist problematisch! Wohnt nämlich ein deutscher Alleinrentner in Österreich, verliert er nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sofort sein Recht, auch Pflegesachleistungen in Anspruch zu nehmen, da die österreichischen Rechtsvorschriften keine Pflegesachleistungen kennen. Dadurch, dass nur das deutsche Pflegegeld nach Österreich exportiert wird, die deutschen Pflegesachleistungen aber oftmals viel „wertvoller“ als das deutsche Pflegegeld sind, kann man das als Rechtsverlust deuten. Mit dieser Frage ist derzeit der EuGH in der Rechtssache C-208/07, Chamier-Glisczinski, befasst. Generalanwalt Mengozzi hat in seinen Schlussanträgen vom 11. September 2008 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) bereits angedeutet, dass sich dieser gänzliche Verlust von Ansprüchen auf deutsche Pflegesachleistungen zum Nachteil der Mobilität auswirken kann, und daher im Widerspruch zu Artikel 18 des EG-Vertrags steht.

Bei der Ausarbeitung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 war diese Leistungskumulation ein Punkt, in dem der europäische Gesetzgeber nach einer innovativen Lösung suchte, wiewohl generell weiterhin die Koordination der Leistungen bei Krankheit anzuwenden bleibt ⁽⁸⁹⁷⁾. Es ist nunmehr vorgesehen ⁽⁸⁹⁸⁾, dass die Geldleistung um den Betrag der Sachleistung gemindert wird, der dem zur Kostentragung verpflichteten Träger in Rechnung gestellt werden kann. Gemäß der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 kann Österreich bei Inanspruchnahme einer Heimhilfe in Deutschland, wenn die von der deutschen Pflegekasse dafür an den Heimhelfer zu leistende Kostenerstattung 200 EUR beträgt, daher diese 200 EUR von seinem Pflegegeld abziehen. Allerdings wird die Anwendung dieser Regelung in der Praxis nicht immer so einfach sein. So mussten in der Durchführungsverordnung zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ergänzend noch einige Klarstellungen vorgenommen werden ⁽⁸⁹⁹⁾. Vor allem die Frage, wie der zuständige Mitgliedstaat Kenntnis vom Erstattungsbetrag der Pflegesachleistung erhält, und die Frage, wie die pflegebedürftige Person über ihre Rechte und Pflichten informiert wird (sie muss jetzt genau überlegen, welche Leistung für sie von Vorteil ist und welche sich zu ihrem Nachteil auswirken könnte), erfordern viel Kooperation zwischen allen Beteiligten. Ob das die Ideallösung ist, bleibt abzuwarten. Man darf aber nicht übersehen, dass es sich bei dieser Regelung aus systematischer Sicht dennoch um einen sehr wichtigen Schritt handelt. Der europäische Gesetzgeber hat nämlich durch diese

Regelung die Sonderstellung der Pflegeleistungen innerhalb der Kategorie der Leistungen bei Krankheit anerkannt. Möglicherweise ist diese Regelung somit der erste Schritt zu einer eigenständigen Koordination der Pflegeleistungen, mit der wir uns im nächsten Abschnitt noch näher auseinandersetzen wollen.

D. Mögliche Auswege?

Die aufgezeigten Probleme bei der Anwendung der Koordinierungsregelungen für die Leistungen bei Krankheit auf die Pflegeleistungen aber vor allem auch die aus sozialpolitischer Sicht ungewollten Effekte lassen neue – von der Koordination für die Krankheitsleistungen unterschiedliche – Lösungen interessant erscheinen. Die grundsätzliche Frage dabei ist, ob es Lösungen gibt, die zu gerechten Ergebnissen führen, die administrativ machbar sind die aber auch den vom EuGH herausgearbeiteten Grundsätzen entsprechen. Im Folgenden werden einige Lösungsansätze diskutiert, die aber sicherlich nicht abschließend sein können.

1. Immer Zuständigkeit des Wohnstaats

Könnte man nicht auch für Pflegeleistungen ein neues Kapitel in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 schreiben, nach dem immer nur der Wohnortstaat die Leistungen zu erbringen hat, und zwar sowohl die Sachleistungen (das wäre keine Änderung im Vergleich zum status quo) als auch die Geldleistungen (das wäre neu, weil dann ja kein Export mehr stattfände)? Natürlich ist das erste Argument gegen eine solche Lösung die bisherige Judikatur des EuGH zu den Pflegeleistungen. Allerdings hat der EuGH wirklich ganz klar gesagt, dass Pflegegelder auf jeden Fall zu exportieren sind? Aus meiner Sicht hat er das nicht gemacht, vielmehr musste er nach der ersten Entscheidung, dass Pflegeleistungen Leistungen der sozialen Sicherheit und daher von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfasst sind, die Einordnung in eines der bestehenden Koordinierungskapitel dieser Verordnung vornehmen (mangels eines eigenen Kapitels für Pflegeleistungen). Da aus der Sicht

⁽⁸⁹⁷⁾ Vor allem, da es auch bei der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht gelungen ist, eine klare Definition für Pflegeleistungen zu finden, konnte für diese neue Leistungskategorie auch keine gesonderte Koordination vorgesehen werden. Es blieb daher beim status quo, wobei hinsichtlich der Leistungen bei Krankheit – mit Ausnahme des neuen Grundsatzes, dass auch für Rentner die tatsächlichen und nicht pauschale Kosten zu erstatten sind – für die Pflegeleistungen genau dieselben Grundsätze wie nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gelten.

⁽⁸⁹⁸⁾ Artikel 34 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁸⁹⁹⁾ Artikel 31 Absatz 1 der neuen Durchführungsverordnung. Die ergänzenden Klarstellungen betreffen vor allem Kombileistungen. Wenn daher im zuständigen Mitgliedstaat eine pflegebedürftige Person Anspruch auf 500 EUR Pflegegeld und zusätzlich noch 500 EUR an Pflegesachleistungen hätte (somit 1 000 EUR Anspruch an Pflegeleistungen), dann darf bei Export der 500 EUR Pflegegeld in einen anderen Mitgliedstaat dieses nicht vermindert werden, wenn die pflegebedürftige Person in ihrem Wohnstaat Pflegesachleistungen im Betrag von 400 EUR in Anspruch nimmt, da die Summe von 1 000 EUR noch nicht überschritten wird (es wurden nur 900 EUR konsumiert).

des EuGH die Leistungen am ehesten in das Kapitel der Leistungen bei Krankheit passen, war der Export von Pflegegeldleistungen die logische und unausweichliche Konsequenz.

Können Leistungen der sozialen Sicherheit in einem eigenen Koordinationskapitel auf die jeweilige Wohnbevölkerung beschränkt werden? Ein Präjudiz sind sicherlich die beitragsunabhängigen Sonderleistungen, die in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen sind. Wie der EuGH festgestellt hat, können bestimmte Leistungen, die vor allem sozialhilfeähnlich sind und eng mit dem sozialen Umfeld verbunden sind, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des EG-Vertrags vom Export ausgenommen werden⁽⁹⁰⁰⁾. Auch Pflegeleistungen sind zweifellos eng mit dem sozialen Umfeld verbunden. So gibt es ja auch ausdrücklich die Möglichkeit, in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Leistungen, die alleine dem besonderen Schutz der Behinderten dienen, einzutragen, und Pflegeleistungen kommen dieser Leistungskategorie auf jeden Fall sehr nahe⁽⁹⁰¹⁾. Allerdings fehlt ihnen möglicherweise der Charakter einer „Sonderleistung“, da ja in der Regel nach der nationalen Systematik alle Einwohner einen Anspruch haben⁽⁹⁰²⁾.

⁽⁹⁰⁰⁾ Siehe z. B. Rs. C-43/99, Leclere und Deaconescu, Slg. 2001, I-4265, oder Rs. C-160/02, Skalka, Slg. 2004, I-5613.

⁽⁹⁰¹⁾ Artikel 4 Absatz 2a Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Die Unterscheidung zwischen diesen Leistungen, die alleine dem besonderen Schutz der Behinderten dienen, und den Pflegeleistungen ist alles andere als klar. So hat der EuGH selbst die belgische Beihilfe für Behinderte in Anwendung des Assoziationsabkommens mit Marokko als eine solche Leistung für Behinderte im Sinne des Anhangs IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 qualifiziert (Beschluss vom 27. April 2004 in der Rechtssache C-358/02, Haddad, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), wiewohl diese dann im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 647/2005 (ABl. L 117 vom 4.5.2005, S. 1) aus dem Anhang gestrichen wurde – wäre die Streichung dieser Leistung also möglicherweise gar nicht erforderlich gewesen?

⁽⁹⁰²⁾ Die Leistungen dürften daher eher dieselbe allgemeine Charakteristik wie die luxemburgische Mutterschaftsbeihilfe haben, die in der Rechtssache C-43/99, Leclere und Deaconescu, Slg. 2001, I-4265, dazu geführt hat, dass diese luxemburgische Leistung aus dem Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gestrichen werden musste. Natürlich könnte man argumentieren, dass auch bei dieser luxemburgischen Leistung keine andere Koordinierungsmethode zur Verfügung stand als entweder als beitragsunabhängige Sonderleistung oder als Leistung bei Mutterschaft, aber dieses Urteil scheint doch für allgemeine, also allen in gleichen Maßen zugängliche Leistungen generell von einem Durchschlagen der Exportverpflichtung nach Artikel 42 des EG-Vertrags auszugehen. Den Charakter der Sonderleistung im Sinne des Anhangs IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 hat der EuGH ja im Übrigen schon in der Rechtssache Jauch hinsichtlich des österreichischen Pflegegeldes ausdrücklich verneint. Man kann daher eher davon ausgehen, dass nur „echte“ Sonderleistungen nach diesen Grundsätzen generell vom Export ausgenommen werden können.

Ich sehe aber eine andere Möglichkeit, um zu demselben Ergebnis zu kommen. Nach meinen Überlegungen könnte der Schlüssel in der völlig unterschiedlichen Organisation dieser Leistungen auf nationaler Ebene liegen (von Sachleistungen über Kombileistungen bis hin zu reinen Geldleistungen)⁽⁹⁰³⁾. Da müsste man ansetzen und nach einer einheitlichen Koordination unabhängig von der nationalen Organisationsstruktur suchen. Interessant wäre daher, was der EuGH zu einer einheitlichen Koordination sagen würde, bei der alle Pflegeleistungen als Sachleistung koordiniert werden. Das hätte zur Folge, dass auch Pflegegeldleistungen immer nur vom jeweiligen Wohnland gewährt werden, allerdings im Unterschied zu den Anhang-IIa-Leistungen gegen Kostenerstattung durch den zuständigen Staat. Damit wäre vor allem auch der Rechtslage in manchen Mitgliedstaaten, wie z. B. Deutschland, Rechnung getragen, wonach Pflegeleistungen durch Beiträge finanziert werden, da den empfangenen Beiträgen ja auch immer eine Leistungsverpflichtung dieses Staates gegenüberstünde⁽⁹⁰⁴⁾. Daher müsste Österreich bei Wohnort eines österreichischen Alleinrentners in Deutschland zwar nicht das österreichische Pflegegeld exportieren, dafür aber von den deutschen Pflegeleistungen alle erstatten, egal ob es sich um Sachleistungen, Kombileistungen oder nur um deutsches Pflegegeld handelt.

Aus meiner Sicht sieht man sofort die Vorteile dieser Lösung. Die pflegebedürftigen Personen bekommen immer das Gesamtpaket der im jeweiligen Wohnland vorgesehenen Pflegeleistungen; damit ist jegliche unterschiedliche Behandlung im Vergleich mit der Wohnbevölkerung ausgeschlossen.

⁽⁹⁰³⁾ Wie wir bereits gezeigt haben, dürfte das einzigartig sein und sich nicht in diesem Ausmaß in anderen Leistungsbereichen finden.

⁽⁹⁰⁴⁾ Nach der Judikatur des EuGH sowie der Systematik des Anhangs IIa scheint eine Beschränkung auf die jeweiligen Einwohner ohne Kostentragung durch den an sich zuständigen Mitgliedstaat auf beitragsunabhängige Sonderleistungen beschränkt zu sein.

sen⁽⁹⁰⁵⁾, und es würde am besten dem jeweiligen sozialen Umfeld im Wohnland Rechnung getragen werden können.

Die „Schönheitsfehler“ dieser Lösung sind aber auch klar. Zum einen müssten Mitgliedstaaten, die selbst noch kein System der Pflegevorsorge kennen, trotzdem diese Leistungen des Wohnlandes erstatten⁽⁹⁰⁶⁾. Auf der anderen Seite würden zuständige Staaten, die selbst ein System der Pflegevorsorge kennen, von jeglicher Leistungspflicht befreit sein, wenn im jeweiligen Wohnland solche Leistungen überhaupt nicht vorgesehen sind. Allerdings muss man sagen, dass das nicht ein neues Phänomen bei den Pflegeleistungen wäre, sondern vielmehr ein selbstverständlicher Effekt der Koordination der Leistungen bei Krankheit⁽⁹⁰⁷⁾. So gesehen hätte diese Lösung somit einiges für sich.

Man muss auch darauf hinweisen, dass es kaum einen Mitgliedstaat geben dürfte, der absolut keine Leistungen, egal welcher Art, bei Pflegebedürftigkeit kennt. Etliche Staaten sehen solche Systeme aber nicht im Rahmen der sozialen Sicherheit, sondern im Rahmen der von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgeschlossenen Sozialhilfe vor⁽⁹⁰⁸⁾.

⁽⁹⁰⁵⁾ Damit könnte auch eine Ausdehnung des Urteils in der Rechtssache C-352/06, Bosmann, Slg. 2008, I-3827, auf den Bereich der Pflegeleistungen vermieden werden. Es ist nämlich aus meiner Sicht nur konsequent, wenn der in diesem Urteil herausgearbeitete Grundsatz, dass auch bei Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats nach Titel II der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (Anzuwendende Rechtsvorschriften) Ansprüche für alle Einwohner des jeweiligen Wohnlandes nicht vernichtet werden müssen, auch auf Pflegeleistungen für alle Einwohner erstreckt wird. Allerdings ist die Tragweite dieses Grundsatzes noch nicht endgültig ausgelotet worden. Im Bericht des tRESS Think Tank über „New forms of Mobility“ (abrufbar über www.tress-network.org) wird z. B. auch die These überlegt, ob man diesen „Bosmann-Grundsatz“ nicht ganz generell für jegliche Zuständigkeit eines Mitgliedstaats anwenden kann, womit eine subsidiäre Zuständigkeit auch eines Staates gegeben sein könnte, in dem die betreffende Person zwar nicht wohnt, gegen den sie aber durch andere Anknüpfungspunkte Ansprüche ableiten kann.

⁽⁹⁰⁶⁾ Derselbe Effekt würde auch Mitgliedstaaten betreffen, die zwar ein System der Pflegevorsorge eingerichtet haben, sich aber wegen der sehr geringen Lebenshaltungskosten bei Wohnort des Pflegebedürftigen in einem Mitgliedstaat mit sehr hohen Lebenshaltungskosten und daher sehr hohen Pflegeleistungen mit Forderungen in Höhe eines mehrfachen Betrags der eigenen Leistungen konfrontiert sähen.

⁽⁹⁰⁷⁾ Auch bei diesen richten sich der Umfang und das Kostenniveau der vom zuständigen Mitgliedstaat zu erstattenden Sachleistungen nach der Situation im jeweiligen Wohn- oder Aufenthaltsstaat.

⁽⁹⁰⁸⁾ Artikel 4 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Dahingestellt soll bleiben, ob es sich dabei aus europarechtlicher Sicht wirklich um Leistungen der Sozialhilfe handelt. Sofern nämlich auf die Leistungen ein Rechtsanspruch besteht, ist wohl davon auszugehen, dass diese – unabhängig von der nationalen Systematik – bereits zur sozialen Sicherheit im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zählen (siehe z. B. Rs. 39/74, Costa, Slg. 1974, 1251).

Umfassend kann die Koordination daher nur dann sein, wenn alle Mitgliedstaaten auch ihre jeweiligen Pflegeleistungen, die sie der Sozialhilfe zuordnen, einbeziehen. Ich gehe davon aus, dass dann die zunächst auffallenden Ungleichgewichte zwischen einzelnen Mitgliedstaaten viel schwächer werden. Das ist sicher ein Punkt, über den noch weiter nachgedacht werden sollte⁽⁹⁰⁹⁾.

2. Differenzzahlungen

Bei allen Lösungen mit nur einem zuständigen Mitgliedstaat bleibt aber immer noch die Ungewissheit, wie der EuGH damit umgehen würde, wenn dadurch die an sich in einem der Mitgliedstaaten bestehenden höheren Ansprüche vernichtet werden. Folgen wir der derzeitigen Koordination, nach der nur der zuständige Mitgliedstaat Pflegegeldleistungen zu exportieren hat, kann dies der Fall sein, wenn das jeweilige Wohnland allen Einwohnern höhere Geldleistungen als der zuständige Staat gewährt. Kann die Koordination solche allen Einwohnern zustehenden höheren Ansprüche ausschließen? Bei den Familienleistungen wird das dadurch vermieden, dass immer zumindest im Wege eines Differenzbetrags dieser höhere Leistungsbetrag sichergestellt wird⁽⁹¹⁰⁾. Ich gehe davon aus, dass man das auch bei den Pflegeleistungen ausdrücklich regeln könnte, um zukünftige anderslautende Urteile des EuGH auszuschließen.

Nach dieser Logik könnte man aber auch für den Fall der generellen Festlegung der Zuständigkeit des Wohnstaats, wie es unter dem vorhergehenden Punkt vorgeschlagen wurde, eine Verpflichtung des zuständigen Staates zur Zahlung eines Differenzbetrags vorsehen, um bei den Geldleistungen zu große Nachteile für die Betroffenen auszuschließen. Daher hätte bei

⁽⁹⁰⁹⁾ Die partielle Einbeziehung der Sozialhilfe in die Koordinierungsverordnungen ist nichts Neues. So sind bereits derzeit Sozialhilfensprüche in die Rückforderung nicht geschuldeter Leistungen nach Artikel 111 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 einbezogen.

⁽⁹¹⁰⁾ In der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 wird das sehr deutlich durch Artikel 68 klargestellt. Ich gehe aber davon aus, dass das auch heute schon der Fall ist (selbst wenn in einer Familie nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nur die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats anzuwenden sind, der nicht der Wohnstaat ist), wenn man das Urteil in der Rechtssache C-352/06, Bosmann, Slg. 2008, I-3827, konsequent weiterdenkt.

Wohnort eines österreichischen Alleinrentners in Deutschland zunächst nach dem vorgeschlagenen neuen Modell Deutschland die Pflegesach-, Kombi- oder Pflegegeldleistungen zu erbringen, und Österreich müsste die Kosten erstatten. Sollte aber der Betrag des österreichischen Pflegegeldes höher sein als der Wert der deutschen Leistungen (insgesamt), müsste Österreich als der zuständige Staat noch einen entsprechenden Differenzbetrag zahlen. Das wäre zwar administrativ kompliziert, würde aber sicherlich einer Prüfung durch den EuGH standhalten, da ja immer der höhere Leistungsbetrag in beiden betroffenen Mitgliedstaaten sichergestellt wäre. Auch diese Lösung ist nicht neu, sondern findet sich eben bereits in der Koordination der Familienleistungen⁽⁹¹¹⁾.

3. Anpassung an die Kaufkraft im Wohnland

Eine andere Möglichkeit wäre natürlich auch, zwar den uneingeschränkten Export der Pflegegeldleistungen als Koordinationsmaxime zu belassen, dafür aber den Betrag an die jeweilige Kaufkraft im Wohnland anzupassen. Wird daher Pflegegeld in der Höhe von 100 EUR nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats in einen anderen Mitgliedstaat exportiert, in dem die Lebenshaltungskosten nur 75 % verglichen mit jenen im zuständigen Staat sind, dann könnte das Pflegegeld nur mit einem Betrag von 75 EUR ausbezahlt werden. Allerdings könnte diese Lösung für manche Mitgliedstaaten teuer werden, da diese Anpassung ja in beide Richtungen gehen müsste. Wird das Pflegegeld nämlich in einen Mitgliedstaat mit höheren Lebenshaltungskosten als im zuständigen Mitgliedstaat exportiert, nehmen wir an, diese betragen im Vergleich 150 %, dann müsste der zuständige Staat eben sein Pflegegeld auf 150 EUR erhöhen⁽⁹¹²⁾.

Natürlich muss man sich vorweg die Frage stellen, ob eine solche Lösung überhaupt im Einklang mit den Grundsätzen des EG-Vertrags stehen kann. Man könnte nämlich dieser Lösung sofort entgegenhalten, dass es in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 schon einmal eine ähnliche Situation gegeben hat. Frankreich hatte nämlich zunächst eine Sonderregelung bei den Familienleistungen zugestanden bekommen und musste nur die Kosten der Leistungen nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen die Kinder wohnten, tragen⁽⁹¹³⁾, wiewohl alle anderen Mitgliedstaaten den vollen Betrag ihrer Leistungen exportieren mussten. Der EuGH hat diese Sonderregelung für Frankreich als im Widerspruch zu den Grundsätzen des EG-Vertrags stehend erklärt⁽⁹¹⁴⁾, so dass Frankreich die für alle anderen Mitgliedstaaten vorgesehene Koordination mit Export des ungekürzten Betrags der Familienleistungen anwenden musste. Ich bin mir nicht ganz sicher, ob den EuGH bei dieser Rechtslage wirklich die Beschränkung des Exports am meisten gestört hat, oder nicht vielmehr die unterschiedliche Koordination im Verhältnis zwischen Frankreich und allen anderen Mitgliedstaaten⁽⁹¹⁵⁾. Aufhorchen ließ auf jeden Fall Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Hosse⁽⁹¹⁶⁾, in denen sie auf die Möglichkeit der Indexierung der Pflegegelder bei Export hingewiesen hat, um ungewollte sozialpolitische Auswirkungen des Exports auszuschließen.

Man kann daher sicherlich darüber diskutieren, ob eine solche Indexierung überhaupt unter den strengen Grundsätzen des EG-Vertrags möglich wäre. Persönlich glaube ich, dass das die am wenigsten realistische Lösung für eine neue Koordinierung der Pflegeleistungen wäre. Vor allem wäre es ja nur eine Lösung für die Pflegegeldleistungen. Die Probleme,

⁽⁹¹¹⁾ An diesen Regelungen könnte man sich auch orientieren, um die sicherlich erforderlichen ergänzenden Details noch festzulegen, wie z. B., wann die Differenzbeträge zu berechnen sind, in welcher Periodizität sie auszuzahlen sind, usw. (siehe hinsichtlich der Familienleistungen die Beschlüsse Nr. 147, ABl. L 235 vom 23.8.1991, S. 21, und Nr. 150, ABl. C 229 vom 25.8.1993, S. 5, der Verwaltungskommission).

⁽⁹¹²⁾ Auf den ersten Blick erscheint das sicherlich inakzeptabel; wir dürfen aber nicht vergessen, dass genau dasselbe bei der Kostenerstattung im Bereich der Sachleistungen bei Krankheit immer wieder passiert – die Kosten des zuständigen Mitgliedstaats orientieren sich am Kosteniveau jenes Mitgliedstaats, in dem die Leistungen erbracht wurden.

⁽⁹¹³⁾ Artikel 73 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in der damals geltenden Fassung.

⁽⁹¹⁴⁾ Urteil in der Rechtssache 41/84, Pinna I, Slg. 1986, 1.

⁽⁹¹⁵⁾ So führt der EuGH gut nachvollziehbar aus, dass die Koordination aufgrund der unterschiedlichen Sozialsysteme der Mitgliedstaaten ohnehin schon sehr komplex ist, so dass es dem Gemeinschaftssetzgeber verwehrt ist, weitere Unterschiede hinzuzufügen (Randnr. 21 des Urteils).

⁽⁹¹⁶⁾ Schlussanträge in der Rechtssache C-286/03, Hosse, Slg. 2006, I-1771, Randnr. 109, allerdings nicht für die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, sondern für die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68.

die sich aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Geld- und Sachleistungen ergeben, könnten damit nicht behoben werden.

III. RENTENSYSTEME DER ZWEITEN UND DRITTEN SÄULE

Nachdem wir uns unter dem vorhergehenden Punkt mit einer neuen Leistungskategorie beschäftigt haben, bei der es bisher dem europäischen Gesetzgeber nicht gelungen ist, eine neue auf diese Leistungen angepasste Koordination vorzusehen, möchte ich jetzt auf Leistungen eingehen, bei denen bereits eine Neuregelung erfolgen konnte.

A. Ausgangssituation

In der Vergangenheit war die Situation zumindest bei den Renten verhältnismäßig eindeutig. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfasste alle gesetzlichen Systeme, die nahezu ausschließlich zur sogenannten „ersten Säule“⁽⁹¹⁷⁾ gehörten, also eine Grundversorgung entweder aller Einwohner oder nur der Erwerbsbevölkerung vorsahen. Daneben entwickelten sich – je nach den sozialpolitischen Vorgaben in den einzelnen Mitgliedstaaten – mit unterschiedlicher Intensität Systeme der „zweiten Säule“, die meist als betriebliche Rentensysteme bezeichnet werden, und Systeme der „dritten Säule“, bei denen es der Privatinitiative des Einzelnen überlassen bleibt, den noch fehlenden Teil des Schutzes im Alter aufzubauen, wobei darunter in der Regel Privatversicherungen verstanden werden, bei denen der Staat möglicherweise durch z. B. Steuererleichterungen noch lenkend eingreift. Die Systeme der zweiten und dritten Säule beruhten in der Regel nicht auf „Rechtsvorschriften“, so dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf diese keine Anwendung

⁽⁹¹⁷⁾ Es gibt keine rechtlich verbindlichen Definitionen für Rentensysteme der ersten, zweiten oder dritten Säule. Üblicherweise werden aber unter der ersten Säule die öffentlichen, unter der zweiten die betrieblichen und unter der dritten die privaten Versorgungssysteme verstanden (hinsichtlich dieses Verständnisses im Zusammenhang mit dem ersten österreichischen Rentenstrategiebericht siehe M. Pörtl, B. Spiegel und H. Stefanits „Österreichischer Rentenstrategiebericht – die europäische Dimension der österreichischen Pensionsdiskussion“ in (österreichischer) Soziale Sicherheit 2/2003, S. 56 ff., 72.

fand⁽⁹¹⁸⁾. Natürlich ist es auch interessant, näher zu untersuchen, welche EG-rechtlichen Regelungen auf solche außerhalb der Koordination durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 stehenden Systeme Anwendung finden, vor allem wenn die betreffenden Personen von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Ich möchte mich aber hier auf die Auswirkungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 beschränken⁽⁹¹⁹⁾.

Die Berechnungsvorschriften der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für eine von der Verordnung erfasste Rente können wie folgt vereinfacht dargestellt werden: Jeder Mitgliedstaat, nach dessen Rechtsvorschriften Versicherungszeiten zurückgelegt wurden, prüft zunächst, ob unter Heranziehung der Zeiten in allen Mitgliedstaaten ein Anspruch besteht (ob also allenfalls nach den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Wartezeiten durch alle Zeiten erfüllt werden können)⁽⁹²⁰⁾. Die Rente wird in der Folge in einem zweistufigen Verfahren berechnet. Zuerst ist der Betrag der theoretischen Rente zu berechnen, der zustehen würde, wenn alle Versicherungszeiten in dem betroffenen Mitgliedstaat zurückgelegt worden wären. Dieser Betrag wird dann im Verhältnis der jeweils eigenen zur Summe der in allen Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten geteilt (Pro-rata-Berechnungsmethode)⁽⁹²¹⁾.

Diese Berechnungsmethode passt bestens, wenn es sich um die klassischen umlagefinanzierten⁽⁹²²⁾ Sys-

⁽⁹¹⁸⁾ Hinsichtlich der Definition der Rechtsvorschriften siehe Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wo auch ausdrücklich festgelegt ist, dass tarifvertragliche Vereinbarungen (wie eben oft Betriebsrentensysteme) nicht erfasst sind, selbst wenn sie nachträglich durch eine behördliche Entscheidung für allgemein verbindlich erklärt werden, es sei denn, der betroffene Mitgliedstaat optiert für die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 durch eine entsprechende Erklärung, was bisher aber kaum geschehen ist.

⁽⁹¹⁹⁾ Zum Thema des Wechsels der europäischen Systeme der sozialen Sicherheit, mit dem Schwerpunkt auf die Privatisierung von Risiken und die Konsequenzen daraus für die Koordination nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, aber auch die anderen EG-rechtlichen Auswirkungen einer solchen Privatisierung siehe „Meeting the Challenge of Change“, herausgegeben von der niederländischen Sociale Verzekeringsbank als Zusammenfassung der Beiträge während der Konferenz am 30. und 31. Oktober 1997 in Noordwijk aan Zee.

⁽⁹²⁰⁾ Artikel 45 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁹²¹⁾ Artikel 46 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁹²²⁾ Bei der Umlagefinanzierung besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den in der Vergangenheit von einer Person entrichteten Beiträgen und der künftigen Rente. Vielmehr wird das aktuelle Beitragsaufkommen sofort auf die derzeit bereits in Rente befindlichen Personen umgelegt und dient der Auszahlung dieser Renten.

teme der ersten Säule handelt. Machen wir ein Beispiel ⁽⁹²³⁾: Nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats A besteht Anspruch auf die Rente nach 15 Jahren Versicherung. Die Rente gebührt auf der Grundlage des Durchschnittes der Einkünfte während der letzten 10 Jahre. Von diesem Durchschnitt gebührt ein Sockelbetrag von 30 % für die ersten 10 Jahre, für die anschließenden Jahre je 2 % pro Jahr. Wenn ein Wanderarbeitnehmer 10 Jahre in diesem Mitgliedstaat A gearbeitet hat und seine Erwerbstätigkeit dann 30 Jahre in einem anderen Mitgliedstaat B fortgesetzt hat, dann reichen diese 40 Jahre in Summe zunächst einmal natürlich für einen Rentenanspruch im Mitgliedstaat A aus. Die Berechnung ist wie folgt durchzuführen: Der theoretische Betrag für 40 Jahre ist $30\% + 30 \times 2\% = 90\%$; davon berücksichtigt wird aber nur der im Zeitenverhältnis 10/40 gekürzte Betrag, also 22,5 %.

B. Einbeziehung von kapitalgedeckten Systemen oder Rentenkontensystemen in die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71

Das oben durchgerechnete Beispiel zeigt, dass die Pro-rata-Berechnungsmethode in umlagefinanzierten Systemen zu korrekten und sozialpolitisch gewollten Ergebnissen führt. Geht man nämlich von identischen Systemen in allen betroffenen Mitgliedstaaten aus, so führt diese Berechnung dazu, dass in Summe jener Betrag erreicht wird, der bei Zurücklegung der Karriere in nur einem Mitgliedstaat erworben worden wäre ⁽⁹²⁴⁾ – dieser Test („was wäre, wenn der Wanderarbeitnehmer den betroffenen Mitgliedstaat nie verlassen hätte“) ist die klassische Methode des EuGH, um verbotene Nachteile für Wanderarbeitnehmer aufzuspüren ⁽⁹²⁵⁾. Darüber hinaus führt diese Methode zu einer gerechten Verteilung der Lasten zwischen den Mitgliedstaaten entsprechend den jeweils entrichteten Beiträgen. Nach dieser Berechnungsmethode

spielt es für den betroffenen Mitgliedstaat in der Regel keine Rolle, ob die Versicherungskarriere mit jungen Jahren oder erst später zurückgelegt wurde. ⁽⁹²⁶⁾

Allerdings hat auch bei den Rentensystemen eine Entwicklung eingesetzt. Die klassische Trennung zwischen umlagefinanzierten und damit von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfassten Systemen der ersten Säule und kapitalgedeckten ⁽⁹²⁷⁾ oder Pensionskontensystemen ⁽⁹²⁸⁾ der zweiten und dritten Säule, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 stehen, wurde immer mehr verwischt. Zum einen führten immer mehr Mitgliedstaaten Systeme der zweiten Säule auf gesetzlicher Grundlage ein, die somit unausweichlich in den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 rutschten. Das betrifft vor allem Staaten, in denen es zusätzlich zu einer Grundversorgung mit pauschalen Leistungen noch ein gesetzliches System gibt, um in der Rente auch das Erwerbseinkommen zu repräsentieren. Als Beispiel kann auf die Systeme der meisten skandinavischen Staaten, aber auch auf jenes der Schweiz verwiesen werden ⁽⁹²⁹⁾. Andere Staaten sind dazu übergegangen, ihre Systeme der ersten Säule in Pensionskontensysteme oder sogar in kapitalgedeckte Systeme umzuwandeln, um so die zukünftige Entwicklung vor allem der Kosten besser in den Griff zu bekommen. Als Beispiele für diese Pensionskontensysteme dienen etliche der neuen Mitgliedstaaten, aber auch Deutschland und Österreich. Da diese Systeme somit auf „Rechtsvor-

⁽⁹²³⁾ Zur Verdeutlichung der Berechnungsmethode wird ein fiktives Rentenberechnungssystem angenommen.

⁽⁹²⁴⁾ Wobei man natürlich auch von identischen Berechnungsgrundlagen ausgehen muss, was in der Praxis nie der Fall sein dürfte.

⁽⁹²⁵⁾ Hinsichtlich dieser Philosophie siehe z. B. Rs. 1/67, Ciecchelski, Slg. 1967, 240, oder Rs. 24/75, Petroni, Slg. 1975, 1149.

⁽⁹²⁶⁾ Die Valorisierung älterer Beiträge in umlagefinanzierten Systemen wirkt sich dabei auch nicht nachteilig aus, da ausländische Zeiten bei der Feststellung der Berechnungsgrundlage jedenfalls nicht heranzuziehen sind – siehe z. B. Artikel 47 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁹²⁷⁾ Von kapitalgedeckten Systemen spricht man üblicherweise, wenn das System die eingezahlten Beiträge kapitalisiert (also auf dem Kapitalmarkt verzinst) und die Rente dann entsprechend dem vorhandenen Kapital ausgezahlt wird (wobei in der Regel nach sogenannten „Sterbetafeln“ die Restlebenserwartung des Betroffenen eingerechnet wird). Nach diesen – nach dem Modell von Lebensversicherungen agierenden – Rentensystemen wird daher im Schnitt nie mehr an Rente ausgezahlt, als an Kapital tatsächlich angespart wurde.

⁽⁹²⁸⁾ Pensionskontensysteme sind eine neuere Erscheinung, bei der ein Rentensystem zwar weiterhin auf dem Umlageverfahren beruht (das heißt, die eingenommenen Beiträge werden sofort zur Zahlung der laufenden Renten verwendet), für die Berechnung der Leistung wird aber ein kapitalgedecktes System fingiert. Das heißt, die laufende Entwicklung auf dem Kapitalmarkt aber auch der Lebenserwartung wirkt sich auf den individuellen Leistungsanspruch aus.

⁽⁹²⁹⁾ Die Kategorisierung ist natürlich nur als sehr grober Ansatz zu sehen; es muss allen bewusst sein, dass es immer sehr viele Zwischenstufen und Grenzfälle gibt, da die Systeme sehr unterschiedlich sind.

schriften“⁽⁹³⁰⁾ beruhen, fallen auch diese unweigerlich in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 enthält aber keine Sonderregelungen für kapitalgedeckte Systeme oder Pensionskontensysteme. Daher muss man die Auswirkungen der Verordnung näher untersuchen.

C. Probleme bei der Anwendung der Pro-rata-Berechnungsmethode

Die meisten Probleme für diese Leistungsart dürfte die konsequent angewendete Pro-rata-Berechnungsmethode machen⁽⁹³¹⁾. Dabei ist – wie erwähnt – die betroffene Person immer so zu stellen, als ob die gesamte Karriere in dem betroffenen Mitgliedstaat zurückgelegt worden wäre. Bei kapitalgedeckten Systemen oder Rentenkontensystemen kommt es aber immer wesentlich darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Beiträge gezahlt wurden. Früh im Leben gezahlte Beiträge haben (aufgrund der Zinsen und Zinseszinsen auf dieses Kapital) in der späteren Rente einen viel höheren Wert als dieselben später gezahlten Beiträge. Das kann man an folgendem konkreten Beispiel demonstrieren.

Dieses Beispiel wurde wieder verhältnismäßig einfach gewählt⁽⁹³²⁾. Wir gehen davon aus, dass jemand jährlich immer ein konstantes Beitragsaufkommen von 1 000 EUR hat. Geht man ferner von einer durchschnittlichen Verzinsung von 6 % aus⁽⁹³³⁾, so würde

sich bei einer Karriere, die 1970 beginnt und bis zum Jahr 2009 dauert (40 Jahre), aufgrund der Zinsen und Zinseszinsen ein Kapital von 164 948,78 EUR ergeben⁽⁹³⁴⁾. Da die Leistung (monatliche Renten) sich immer nach diesem angesparten Kapital richtet, kommt es auch bei der Berechnung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nur auf dieses und nicht auf die sich daraus automatisch ergebenden monatlichen Beträge an.

Wenn unser Testfall daher 10 Jahre in dem betreffenden Staat mit einem kapitalgedeckten System zurückgelegt hat und daneben auch noch 30 Jahre in einem anderen Mitgliedstaat, dann verpflichtet die klassische Pro-rata-Berechnungsmethode dazu, von diesem theoretisch in 40 Jahren angesparten Kapital 10/40, somit 41 237,20 EUR der Berechnung der monatlichen Leistung zugrunde zu legen. Nach der Grundphilosophie eines jeden kapitalgedeckten Systems kann aber nur ausgezahlt werden, was an angespartem Kapital tatsächlich [bzw. zumindest im Schnitt⁽⁹³⁵⁾] vorhanden ist. Was während der 10 Jahre Systemzugehörigkeit tatsächlich vorhanden ist, hängt aber ganz wesentlich vom Zeitpunkt ab, in dem die Beiträge gezahlt wurden. Liegen diese 10 Jahre zu Beginn der Karriere, also von 1970 bis 1979, so sind 80 246,03 EUR vorhanden, also fast doppelt so viel Kapital, als tatsächlich an Leistung zu gewähren ist. Liegen die 10 Jahre aber am Ende der Karriere, also zwischen 2000 und 2009, dann sind (wegen der viel geringeren Zinsen) nur 12 655,86 EUR vorhanden, also ungefähr nur ein Drittel jenes Betrags, der nach der Pro-rata-Methode der Leistungsberechnung zugrunde gelegt werden muss. Ich hoffe, dieses verhältnismäßig einfache Beispiel verdeutlicht, dass die Pro-rata-Berechnungsmethode auf kapitalgedeckte Systeme oder auf Rentenkontensysteme nicht angewendet werden kann.

⁽⁹³⁰⁾ Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁹³¹⁾ Von verschiedenen Mitgliedstaaten wurde immer wieder vorgebracht, dass die Pro-rata-Berechnungsmethode auf kapitalgedeckte Systeme oder Rentenkontensysteme nicht angewendet werden könne und sich daher aus dieser Berechnungsmethode auch keine Probleme ergäben. Aus meiner Sicht ist das aber eine unzulässige Argumentation, da mangels einer Ausnahme in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nach der bisherigen Judikatur des EuGH immer die allgemeinen Grundsätze anzuwenden sind (siehe meine Ausführungen zu den Pflegeleistungen).

⁽⁹³²⁾ Das Beispiel wurde aus der Österreichischen Note vom 14. Mai 2003 an die Verwaltungskommission (CA.SS.TM. 156/03) entnommen, in der eine Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bzw. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Berücksichtigung der Besonderheiten der kapitalgedeckten Systeme oder der Rentenkontensysteme ange-regt wurde.

⁽⁹³³⁾ Das mag aufgrund der derzeitigen Weltwirtschaftsentwicklung als unrealistisch angesehen werden, entsprach aber im Jahr 2003 einer eher vorsichtigen Prognose und könnte sich längerfristig als nicht so unrealistisch herausstellen.

⁽⁹³⁴⁾ Die Berechnung fußt auf der Formel: $K_n = K_0 \times (1 + p/100)^n$ wobei „ K_0 “ das Ausgangskapital, „ p “ den Zinssatz und „ n “ die Verzinsungsdauer in Jahren bedeuten.

⁽⁹³⁵⁾ Diese Durchschnittsbetrachtung in kapitalgedeckten Systemen beruht auf der Überlegung, dass bei selben Beiträgen der eine Versicherte länger, der andere kürzer lebt; durch die Verwendung des Durchschnitts wird aber nicht mehr ausgezahlt, als an Kapital in der Summe aller Fälle tatsächlich vorhanden ist. Verändert sich ein Parameter (vor allem Zinsniveau oder Lebenserwartung bei feststehendem Rentenalter), so muss die Leistung angepasst werden.

Natürlich trifft zu, dass auch nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht immer nach der Pro-rata-Berechnung vorgegangen werden muss. So kann bei einem Alleinanspruch [d. h. wenn keine Zusammenrechnung der Versicherungszeiten für die Anspruchsbegründung erforderlich ist ⁽⁹³⁶⁾] auch der nur national berechnete Leistungsbetrag gewährt werden ⁽⁹³⁷⁾. Allerdings ist dafür Voraussetzung, dass die Pro-rata-Berechnung zu keinem höheren Leistungsbetrag führen kann – im vorhergehenden Absatz haben wir aber genau das Gegenteil bewiesen, so dass diese Möglichkeit der Flucht aus der Pro-rata-Berechnung nicht angewendet werden kann.

D. Lösung in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004

Über ständiges Drängen einiger Mitgliedstaaten ist in der Gemeinschaft die Entscheidung gereift, dass für diese besonderen Leistungssysteme eine eigenständige Koordination notwendig ist ⁽⁹³⁸⁾. In der ersten Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ⁽⁹³⁹⁾ werden daher ergänzende Regelungen in diese Verordnung eingefügt werden, die sich auf kapitalgedeckte Systeme und Rentenkontensysteme beziehen. Zunächst einmal wird klargestellt, dass in Systemen, in denen Zeiträume bei der Berechnung

keine Rolle spielen, immer der nationale Leistungsbetrag ausgezahlt werden kann (also kein Vergleich mehr mit einer hypothetischen Pro-rata-Leistung) ⁽⁹⁴⁰⁾. Diese Regelung gilt somit, wenn eine Zusammenrechnung der Versicherungszeiten für den Anspruch nicht erforderlich ist. Aber auch wenn eine Zusammenrechnung erforderlich ist, kann aus solchen Systemen der national vorhandene Betrag der Leistungsberechnung herangezogen werden (also auch hier keine Pro-rata-Berechnung). Damit die in Betracht kommenden Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch machen können, ist aber eine Eintragung in einen besonderen Anhang ⁽⁹⁴¹⁾ erforderlich, was etliche Mitgliedstaaten getan haben. Sofern sich der betroffene Mitgliedstaat in unserem Beispiel also in diesen Anhang hat eintragen lassen ⁽⁹⁴²⁾, können unmittelbar entweder die 80 246,03 EUR oder die 12 655,86 EUR (je nach der zeitlichen Lagerung der Beiträge) für die Rentenberechnung verwendet werden.

Ergänzend wurde aber auch noch für Staaten, die für eine Eintragung in diesen Anhang nicht in Betracht kamen, vorgesehen, dass bei der Pro-rata-Berechnung in Systemen, die bei der Berechnung „andere nicht mit Zeiten verknüpfte Faktoren“ berücksichtigen, ausländische Zeiten immer mit dem Durchschnitt der eigenen Berechnungsgrundlage pro Monat zu belegen sind ⁽⁹⁴³⁾. Wendet man diese Regelung auf unser Beispiel an, so würde der betroffene Mitgliedstaat für die ausländischen Zeiten entweder 80 246,03 EUR dividiert durch 120 oder 12 655,86 EUR dividiert durch 120 für jeden ausländischen Monat in der Pro-rata-Berechnung verwenden, wodurch sich

⁽⁹³⁶⁾ In etlichen der neuen kapitalgedeckten Systeme oder Rentenkontensysteme spielen „Wartezeiten“ keine Rolle und gebühren Leistungsansprüche nach sehr kurzer Systemzugehörigkeit. Allerdings gibt es auch Systeme, die weiterhin lange Wartezeiten kennen (wie z. B. das österreichische Rentenkontensystem mit 15 Jahren Systemzugehörigkeit); daher gibt es auch bei diesen Systemen Fälle, in denen eine Zusammenrechnung der Zeiten notwendig ist, um einen Leistungsanspruch auszulösen.

⁽⁹³⁷⁾ Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁽⁹³⁸⁾ Davor gab es nur punktuelle Lösungen für einzelne Mitgliedstaaten im Anhang VI der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wie z. B. I. FRANKREICH Nr. 5, S. ÖSTERREICH Nr. 8 (betreffend die Versorgungssysteme der Freien Berufe) und Nr. 10 (betreffend das Pensionskonto nach dem APG) oder AA. VEREINIGTES KÖNIGREICH Nr. 13.

⁽⁹³⁹⁾ Der erforderliche Meinungsbildungsprozess konnte erst nach der Fertigstellung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 abgeschlossen werden. Gemeinsam mit der neuen Durchführungsverordnung wird auch die erste Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 kundgemacht werden, die nicht nur die fehlenden Anhänge der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 enthalten wird (in ABl. L 200 vom 7.6.2004 fehlen noch die Anhänge II, X und XI dieser Verordnung sowie die Einträge der neuen Mitgliedstaaten), sondern eben auch Klarstellungen in der Verordnung selbst, die sich insbesondere bei den Arbeiten an den Anhängen und der neuen Durchführungsverordnung als erforderlich erwiesen haben. Dieses Paket befindet sich derzeit in der Endphase der Beschlussfassung durch Rat und Parlament, wobei sich in den dargestellten rentenrechtlichen Sonderregelungen keine Änderungen mehr ergeben werden, da diesbezüglich bereits Einvernehmen mit dem Europäischen Parlament vorliegt.

⁽⁹⁴⁰⁾ Artikel 52 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der Fassung der ersten Änderungsverordnung.

⁽⁹⁴¹⁾ Anhang VIII Teil II der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der Fassung der ersten Änderungsverordnung.

⁽⁹⁴²⁾ Bei einem rein kapitalgedeckt funktionierenden System, das nach der Zinseszinsenrechnung das Kapital verzinst, handelt es sich sicherlich um ein System, in dem Zeiträume bei der Leistungsberechnung keine Rolle spielen. Abgelehnt wurde von den anderen Mitgliedstaaten ein solches System aber, wenn z. B. bei Invaliditätsleistungen Zurechnungszeiten bei der Leistungsberechnung ebenfalls leistungssteigernd wirken, weil das eben Zeiträume sind. Solchen Systemen bleibt dann nur noch die Möglichkeit der Eintragung in den Anhang VIII Teil I, da ja in der Regel die autonome Leistung höher ist als die nach der Pro-rata-Methode berechnete Leistung.

⁽⁹⁴³⁾ Artikel 56 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der Fassung der ersten Änderungsverordnung.

für die in beiden Mitgliedstaaten vorliegenden 480 Versicherungsmonate (= 40 Jahre) ein theoretischer Betrag von 32 0984,12 EUR bzw. 50 623,44 EUR ergibt, der dann bei Kürzung im Zeitenverhältnis (120/480) genau wieder der nationalen Ausgangsbasis entspricht⁽⁹⁴⁴⁾. Damit entspricht auch in Fällen, in denen die Zeiten in mehreren Mitgliedstaaten zusammenzurechnen sind, der zu leistende Betrag genau dem tatsächlich vorhandenen Kapital.

Dadurch hat der Gemeinschaftsgesetzgeber auf die neuen Leistungssysteme im Rentenbereich reagiert und vernünftige und praktikable Berechnungsregelungen für kapitalgedeckte Systeme und Rentenkontensysteme geschaffen. Bemerkenswert ist auch, dass diese Neuregelung ganz ohne vorangehende Urteile des EuGH⁽⁹⁴⁵⁾ erfolgte. Kann man diese Rechtsänderung daher möglicherweise als „best practice model“ auf europäischer Ebene bezeichnen?

IV. ERZIEHUNGSLEISTUNGEN

Spricht man über neue Leistungskategorien, wäre es unvollständig, wenn nicht auch auf die Erziehungsleistungen eingegangen wird, die sich in vielen Mitgliedstaaten als eigenständige Leistungskategorie für den Elternteil herausgebildet haben, der sich tatsächlich der Erziehung eines Kindes widmet⁽⁹⁴⁶⁾. Allerdings würde eine ausführliche Behandlung auch dieser Leistungskategorie eine eigene Abhandlung erfordern⁽⁹⁴⁷⁾. Ich werde daher im Folgenden

nur einige Aspekte herausgreifen, um diese Leistungen nicht völlig zu vernachlässigen.

A. Ausgangssituation

Man kann davon ausgehen, dass Erziehungsleistungen, wie auch immer die nationalen Gesetze diese Leistungen nennen und wo auch immer diese aus nationaler systematischer Sicht angesiedelt sind, für die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 als Familienleistungen gelten⁽⁹⁴⁸⁾. Daher ist auf diese Leistungen uneingeschränkt die Koordination, wie sie für die Familienleistungen vorgesehen ist, anzuwenden⁽⁹⁴⁹⁾.

B. Auswirkungen der allgemeinen Koordination für Familienleistungen auf Erziehungsleistungen

Zunächst einmal will ich die allgemeinen Koordinationsgrundsätze für Familienleistungen in Erinnerung rufen. Der Wohnort des Kindes ist unerheblich, so dass ein Mitgliedstaat, der aufgrund der anzuwendenden Rechtsvorschriften für einen Elternteil zuständig ist, auch Familienleistungen gewähren muss, wenn die Kinder außerhalb dieses Mitgliedstaats wohnen⁽⁹⁵⁰⁾. Beide Elternteile können Ansprüche auslösen. Wenn daher beide Elternteile den Rechtsvorschriften unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterliegen, kommt es zu konkurrierenden Ansprüchen. Durch Prioritätsregelungen⁽⁹⁵¹⁾ wird festgelegt, welcher Mitgliedstaat vorrangig zuständig ist und daher den nach seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrag ungekürzt zu gewähren hat, und welcher Mitgliedstaat nachrangig zustän-

⁽⁹⁴⁴⁾ Bisher hatte Artikel 47 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 betreffend die Berechnungsgrundlagen für die Rentenberechnung keine passende Regelung für kapitalgedeckte Systeme oder Rentenkontensysteme.

⁽⁹⁴⁵⁾ Sieht man vom Urteil in der Rechtssache C-205/05, Nemeč, Slg. 2006, I-10745 ab, in dem der EuGH ausländische Einkünfte für die Berechnung einer Leistung sehr wohl wie inländische Einkünfte herangezogen hat. Die vorgestellte Neuregelung wird aber auf diese Problematik keine Auswirkungen haben.

⁽⁹⁴⁶⁾ Siehe auch die Literaturhinweise in der Einleitung.

⁽⁹⁴⁷⁾ Zu der Problematik der Koordination von Erziehungsgeldern, vor allem auch hinsichtlich der Sondersituation des erziehenden Elternteils, der die Erwerbstätigkeit unterbricht, um sich der Kindererziehung zu widmen, siehe auch U. Becker, „Die Koordinierung von Familienleistungen – Praktische und rechtliche Fragen der Anwendung der Verordnung 1408/71“ in „Freizügigkeit und Soziale Sicherheit“, herausgegeben von B. Schulte und K. Barwig, Baden-Baden, Nomos, 1998, S. 210 ff., oder auch E. Eichenhofer, „Deutsches Erziehungsgeld und Europäisches Sozialrecht“ deutsches SGB 10/97, 449 ff. Hinsichtlich der Problematik aus österreichischer Sicht siehe S. Holzmann-Windhofer, „Kinderbetreuungsgeld für EG-Wandearbeitnehmer“, (österreichische) Soziale Sicherheit 1/2008, 26.

⁽⁹⁴⁸⁾ Das hat der EuGH in einer Reihe von Urteilen zu den verschiedensten Leistungen klargestellt – siehe z. B. die Urteile in den Rechtssachen C-245/94, Hoever und Zachow, Slg. 1996, I-4895; C-85/96, Martinez Sala, Slg. 1998, I-2691; C-275/96, Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419; C-153/03, Weide, Slg. 2005, I-6017, oder C-543/03, Dodl und Oberholzer, Slg. 2005, I-5049.

⁽⁹⁴⁹⁾ Titel III Kapitel 8 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004. Bei den Familienleistungen möchte ich bereits die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 darstellen, da diese erheblich klarer sind als jene nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wiewohl die Grundsätze der Koordination weitestgehend unverändert geblieben sind, sofern es sich um Leistungen für die Erwerbstätigen handelt.

⁽⁹⁵⁰⁾ Artikel 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁽⁹⁵¹⁾ Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

dig ist und daher nur einen Unterschiedsbetrag leisten muss, wenn die Ansprüche in diesem Staat höher sind als im vorrangig zuständigen. Vorrangig zuständig ist der Staat, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, üben aber beide Elternteile eine Erwerbstätigkeit aus, so ist grundsätzlich der Wohnstaat der Kinder vorrangig zuständig.

Gehen wir daher für die anschließenden Überlegungen von folgendem Beispiel aus: Eine Familie wohnt in Mitgliedstaat A, wo auch der Vater arbeitet. Die Mutter ist Grenzgängerin und arbeitet in Mitgliedstaat B, sie nahm Erziehungsurlaub nach den arbeitsrechtlichen Vorschriften dieses Mitgliedstaats B, um sich um die Erziehung der 12 Monate alten Tochter zu kümmern (das Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber im Mitgliedstaat B bleibt bestehen) ⁽⁹⁵²⁾. Zunächst einmal müssen wir die Koordinierungsgrundsätze für die „normalen“ Familienbeihilfen darstellen, um die Auswirkungen auf die Erziehungsleistungen besser zu verstehen. Wenn die Familienbeihilfe in Mitgliedstaat A 100 EUR beträgt und in Mitgliedstaat B 120 EUR, dann hat nach dieser Rechtslage Mitgliedstaat A als der Wohnortstaat seine Familienbeihilfe von 100 EUR als vorrangig zuständiger Staat zur Gänze zu zahlen, und Mitgliedstaat B stockt diesen Betrag mit einer Differenzzahlung von 20 EUR auf.

C. Offene Fragen, die auf eine künftige Regelung warten

Wie gesagt, müssen wir dieselbe Koordination auch auf Erziehungsleistungen anwenden. Nehmen wir also an, Mitgliedstaat A kennt ein pauschales Erziehungsgeld für alle Einwohner in der Höhe von 150 EUR, Mitgliedstaat B aber ein Erziehungsgeld als Einkommensersatzleistung nur für die erwerbstätige Bevölkerung in der Höhe von 80 % des zuletzt bezogenen Einkommens (in unserem Beispiel hat die Mutter vor der Geburt 1 000 EUR Einkünfte gehabt,

ihr Erziehungsgeld würde daher nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats B 800 EUR ausmachen). Nach der Koordination der Familienleistungen hat zunächst Mitgliedstaat A sein Erziehungsgeld (150 EUR) zu zahlen, und Mitgliedstaat B kann nur die fehlende Differenz (also 650 EUR) gewähren. Schon in diesem Beispiel fällt auf, dass die Koordination für solche Erziehungsgelder mit Einkommensersatzfunktion schwer zu erklären ist – die Betroffenen verstehen sehr selten, warum nicht jener Mitgliedstaat, in dem sie die Erwerbstätigkeit ausüben, auch das ganze Erziehungsgeld zahlt. Noch erschwerend kommt dazu, dass nach der Interpretation einiger Mitgliedstaaten Differenzzahlungen nur am Jahresende im Nachhinein ausbezahlt werden ⁽⁹⁵³⁾.

Noch deutlicher wird die Problematik, wenn wir die beiden Systeme vertauschen, wenn also der Wohnstaat A der Familie das Erziehungsgeld als Einkommensersatz in der Höhe von 80 % des zuletzt verdienten Einkommens vorsieht und Mitgliedstaat B nur ein pauschales Erziehungsgeld in der Höhe von 150 EUR kennt. In diesem Fall ist Mitgliedstaat A vorrangig zuständig. Muss dieser Staat daher das einkommensersetzende Erziehungsgeld in der Höhe von 800 EUR zahlen, obwohl die Mutter dieses Einkommen ja unter der Geltung der Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats B erzielt hat ⁽⁹⁵⁴⁾? Was zahlt Mitgliedstaat A, wenn das nationale Recht zwar ein Erziehungsgeld kennt, das eine Einkommensersatzfunktion für die Erwerbstätigen hat, daneben aber auch ein pauschales Erziehungsgeld für die Nichterwerbstätigen von, sagen wir 200 EUR? Da die Mutter den Rechtsvorschriften von Mitgliedstaat A nicht als Erwerbstätige unterliegt (sondern den Rechtsvorschriften von Mitgliedstaat B), kann dieser Staat dann nur die Leistung für Nichterwerbstätige (also nur die 200 EUR und nicht die nach dem Einkommen

⁽⁹⁵²⁾ Wie bereits derzeit im Beschluss Nr. 207 der Verwaltungskommission vom 7. April 2006 (ABl L 175 vom 29.6.2006, S. 83) ausgeführt wird, ist für die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bei einem Erziehungsurlaub von der Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit auszugehen, sofern dies nach nationalem Recht als gleichwertig angesehen wird. Es ist noch nicht sicher, ob das auch unter der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gleichermaßen gelten wird.

⁽⁹⁵³⁾ Diese Interpretation beruht z. B. auf Nr. 1 Buchstabe e des Beschlusses Nr. 147 der Verwaltungskommission vom 10. Oktober 1990 (ABl. L 235 vom 23.8.1991, S. 21) und Nr. 5 des Beschlusses Nr. 150 der Verwaltungskommission vom 26. Juni 1992 (ABl C 229 vom 25.8.1993, S. 5).

⁽⁹⁵⁴⁾ In diese Richtung würden die Urteile in den Rechtssachen C-137/04, Rockler, Slg. 2006, I-1441, und C-185/04, Öberg, Slg. 2006, I-1453, deuten, die allerdings nicht aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ergingen, sondern in Bezug auf ausgeschiedene EU-Beamte auf der Grundlage von Artikel 39 EG-Vertrag.

berechneten 800 EUR) gewähren? Aber natürlich könnte man noch eine zusätzliche Variante überlegen. Nehmen wir an, der Vater verdient in Mitgliedstaat A 2 000 EUR; theoretisch könnte man auch dieses Einkommen für die Berechnung des Erziehungsgeldes heranziehen und somit zu einem Anspruch von 1 600 EUR gelangen⁽⁹⁵⁵⁾. Die Frage, wie genau in diesen Fallkonstellationen vorzugehen ist, blieb bisher ungeklärt.

Daneben besteht aber noch ein ebenso wichtiges Problem: Wenn wir davon ausgehen, dass Mitgliedstaat A in unserem letzten Beispiel die 800 EUR Erziehungsgeld gewähren muss, welchen Betrag muss Mitgliedstaat B als Unterschiedsbetrag gewähren? Werden die einzelnen Leistungen gegenübergestellt⁽⁹⁵⁶⁾, dann gewährt Mitgliedstaat A 100 EUR Familienbeihilfe und 800 EUR Erziehungsgeld, Mitgliedstaat B zahlt 20 EUR Differenzzahlung für die höhere Familienbeihilfe, aber keine Differenzzahlung zum Erziehungsgeld, da das Erziehungsgeld aus dem vorrangig zuständigen Mitgliedstaat ohnehin schon 800 EUR erreicht. Kommt es aber auf einen Summenvergleich sämtlicher Familienleistungen an, dann müsste Mitgliedstaat B überhaupt keine Differenzzahlung leisten, da die Summe seiner Familienleistungen ($120 + 150 = 270$ EUR) geringer ist als die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats A gebührenden Leistungen ($100 + 800 = 900$ EUR)⁽⁹⁵⁷⁾.

Das sind nur einige der vielen Fragen, die sich bei der Koordination der Erziehungsleistungen nach den Regelungen für die sonstigen allgemeinen Familienleistungen ergeben. Leider ist es auch bei der Ausarbeitung der neuen Verordnung (EG) Nr. 883/2004

nicht gelungen, auf all diese Fragen befriedigende Antworten zu finden, wobei aus übergeordnet EG-rechtlicher Sicht insbesondere bei der Frage, ob alle Leistungen gemeinsam oder nur die einander entsprechenden Leistungen zu vergleichen sind, wohl alle Wege denkbar wären⁽⁹⁵⁸⁾. Da die Mitgliedstaaten in diesen Fragen nicht einheitlich vorgehen, ist von Klarstellungen durch den EuGH auszugehen, mit denen die Mitgliedstaaten wieder nicht zufrieden sein werden. Solange im Rat keine Einigung in diesen Frage gelingt, überlassen wir dem EuGH wieder das Feld.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Neue Leistungskategorien sind also immer eine Herausforderung – zunächst einmal für die Mitgliedstaaten, die den richtigen Koordinierungsmechanismus für diese Leistungen wählen müssen. Werden die Mitgliedstaaten bei dieser Wahl nicht angeleitet, so ist damit zu rechnen, dass keine einheitliche Koordination erfolgt, was sowohl für die betroffenen Personen als auch für die Verwaltungen der Mitgliedstaaten unbefriedigend ist. Die Anleitung sollte am besten durch den europäischen Gesetzgeber erfolgen, der eindeutig klarstellt, welche Koordinierungsmethode auf neue Leistungskategorien anzuwenden ist, wobei bei Problemen mit der Anwendung der Grundsätze für die bestehenden Leistungskategorien auf jeden Fall auch neue Grundsätze für neue Leistungskategorien möglich sein müssen. Natürlich kann auch die Verwaltungskommission eine Pionierrolle übernehmen, indem sie zumindest einmal feststellt, dass es sich um eine neue Leistungskategorie handelt, die nicht auf einen einzelnen Mitgliedstaat beschränkt ist, und sie kann bereits Lösungsvorschläge vorbereitet. Am wenigsten zu empfehlen ist es, dem EuGH das Feld zu überlassen. Dieser hat nämlich nie eine andere Möglichkeit, als die bestehenden Koordinierungsgrundsätze anzuwenden, und muss immer neue Leistungskategorien jenen

⁽⁹⁵⁵⁾ Nach meinen Informationen dürfte das die Lösung sein, die die schwedische Verwaltung in der Rechtssache C-275/96, Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419, gefunden hat.

⁽⁹⁵⁶⁾ Dabei ist es aber sicherlich immer schwierig, genau zu entscheiden, welche Leistungen einander entsprechen und welche nicht.

⁽⁹⁵⁷⁾ Diese Frage, ob bei den Unterschiedsbeträgen alle Leistungen gemeinsam („Ein-Korb-Theorie“) oder nur die einander entsprechenden Leistungen (bei der groben Einteilung in normale Familienbeihilfen und Erziehungsleistungen somit die „Zwei-Körbe-Theorie“) zu vergleichen sind, wurde im Rat bei der Ausarbeitung der neuen Durchführungsverordnung zur Verordnung (EG) Nr. 883/2004 heftig diskutiert. Allerdings konnte keine einvernehmliche Lösung gefunden werden. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob die gesamte Familie gemeinsam heranzuziehen ist oder die Vergleichsberechnung pro Kind durchzuführen ist.

⁽⁹⁵⁸⁾ Letztendlich würde nämlich in Summe ja immer der höhere Betrag sichergestellt sein. Finanzielle Nachteile für Personen, die von der Mobilität Gebrauch gemacht haben, sind dadurch jedenfalls ausgeschlossen.

bestehenden Leistungen zuordnen, die ihm als am ähnlichsten erscheinen. Das kann von den Zufälligkeiten der Fragen des Einzelfalls abhängen. Einen Vorwurf kann man dem EuGH dafür aber nicht machen.

Es ist davon auszugehen, dass dieses Problem der Koordination neuer Leistungskategorien immer wieder auftreten wird⁽⁹⁵⁹⁾. Wie kann man proaktiv versuchen, aus den Erfahrungen der Vergangenheit zu lernen? Ich schlage vor, die Mitgliedstaaten sollten ihre Verpflichtung ernster nehmen, über Änderun-

gen der nationalen Rechtslage, die die Anwendung der Verordnungen berühren können, einander zu unterrichten⁽⁹⁶⁰⁾. Die anderen Mitgliedstaaten, aber auch die Kommission müssten diese Berichte näher analysieren, um frühzeitig das Auftreten neuer Leistungskategorien zu erkennen und so schnell wie möglich gemeinsam nach den am besten geeigneten Koordinierungsgrundsätzen zu suchen. Anzustreben ist keine Harmonisierung der einzelnen Systeme, sehr wohl aber eine Harmonisierung der Koordination. Leider ist das in der Vergangenheit viel zu wenig passiert.

⁽⁹⁵⁹⁾ Sozialschutzsysteme sind nach den bisherigen Erfahrungen die am schnellsten sich ändernden Rechtsbereiche in allen Mitgliedstaaten.

⁽⁹⁶⁰⁾ Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

GRENZÜBERSCHREITENDE GESUNDHEITSVERSORGUNG: ZUR KOORDINATION DER BEIDEN WEGE ZUR PATIENTENMOBILITÄT

Jean-Claude Fillon

**Ministerien für Gesundheit, für Solidarität und für öffentliche
Finanzen – Abteilung Sozialversicherung (*) (Frankreich)**

Jean-Claude Fillon ist stellvertretender Leiter der Abteilung für Gemeinschafts- und internationale Angelegenheiten der Sozialversicherungsdirektion (DSS/DACI) der französischen Ministerien, die für Solidarität, Gesundheit und Rechnungsprüfung zuständig sind. In dieser Eigenschaft beschäftigt er sich laufend mit Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und ihrer Umsetzung. Er ist Mitglied des Beratenden Ausschusses für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer.

Seit vier Jahren ist Jean-Claude Fillon Mitglied von trESS. Als Gastreferent hat er an zahlreichen nationalen trESS-Seminaren teilgenommen. Darüber hinaus ist er Mitglied des trESS Think Tank.

Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen. Ein aktuelles Beispiel ist Fillon, J.-C., „Soins transfrontaliers: les conséquences d’une approche marchande“, *Liaisons Sociales Europe*, 2009, 223, 5-8. (**)



I. STAND DER DINGE

A. Ein, dann zwei Wege zur Kostenübernahme bei grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung

1. Der Verordnungsweg

a) Verordnung (EWG) Nr. 1408/71

Seit 1959 und mit der Verordnung Nr. 3 und ihrem ersten Abschnitt über den Zugang zur Notversorgung ohne vorherige Genehmigung („dessen Zustand während eines Aufenthalts im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats unverzüglich Leistungen erfordert“) wurde der Weg, den wir allgemein Verordnungsweg oder ersten Weg nennen, geebnet, um Zugang zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung zu erhalten. Der zweite Abschnitt

(*) Dieser Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und verpflichtet nur ihn.

(**) Dieser Beitrag wurde aus dem Französischen übersetzt.

betrifft den Zugang zur Gesundheitsversorgung mit vorheriger Genehmigung zur sogenannten geplanten Behandlung („der sich in einem anderen Mitgliedstaat behandeln lässt, ohne seinen Wohnsitz dorthin zu verlegen“) und ist 1964 mit der Verordnung (EWG) Nr. 73/63 erschienen. Die Verordnung Nr. 3 sieht in ihrer ursprünglichen Version lediglich vor, dass dem Erwerbstätigen, stets unter der Voraussetzung vorheriger Genehmigung, die Sozialleistungen des Staates, in dem er seinen Wohnsitz hat, erhalten bleiben, wenn er seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt.

Der damit eingeschlagene Weg hat mit der ständigen Zunahme der Begünstigten an Bedeutung gewonnen, zuerst durch eine richterliche Interpretation des Begriffs Erwerbstätiger, der sich zunächst auf versicherte Arbeitnehmer und auf Personen bezieht, die durch das soziale System abgesichert sind. Diese Entwicklung drückt sich aus in der Beschreibung dieses Begriffs in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, dann durch die Ausweitung der Letzteren nach und nach auf Selbständige und deren

Familienmitglieder, Studenten und deren Familienmitglieder und Staatsangehörige von Drittländern im Falle eines gültigen Wohnsitzes in einem Mitgliedstaat, über die Verordnung (EG) Nr. 859/2003 für diejenigen, die von der Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit ausgeschlossen sind. Mit dem Abschnitt über die Notversorgung während eines temporären Auslandsaufenthalts hat der Rat im Übrigen seit langem der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vorgegriffen und die Anwendung der Bestimmungen auf alle Personen (Staatsbürger der EU), die durch die Gesetze zur Krankenversicherung eines Mitgliedstaats abgesichert sind, ausgeweitet.

Man muss anmerken, dass dies auch beim Übergang von 6 betroffenen Staaten zu 27 und dann 31 Staaten und bei der Ausdehnung auf die Nicht-EU-Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums und die Schweiz (die vergangenen Februar in einem Volksentscheid die Bedeutung des alten Vertrags mit der EU über den freien Personenverkehr bestätigt hat) eine wichtige Rolle gespielt hat.

Aber qualitativ wurden die Maßnahmen im Laufe der Zeit weiterentwickelt. Für den ersten Abschnitt, der die Behandlung im Ausland regelt, hat der kategoriale Ansatz der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 aufgrund der etappenweisen Ausweitung auf Personengruppen zusammen mit der Rechtssache Pierik (117/77 und 182/78) eine paradoxe Situation hervorgerufen, in der die Erwerbstätigen während ihres Aufenthalts weniger Rechte hatten als Rentner während eines vorübergehenden Aufenthalts. Parallel zur Einführung der europäischen Krankenversicherungskarte hat die Verordnung (EG) Nr. 631/2004 zu einer Angleichung der Rechte der verschiedenen Gruppen von oben geführt. Für Arbeitnehmer ist der Übergang von der Notversorgung („dessen Zustand während eines Aufenthalts im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats unverzüglich Leistungen erfordert“) zur neuen gemeinsamen Norm zur ärztlichen Betreuung während eines vorübergehenden Aufenthalts („bei dessen Zustand sich Sachleistungen während eines Aufenthalts im Gebiet eines

anderen Mitgliedstaats unter Berücksichtigung der Art der Leistungen und der voraussichtlichen Aufenthaltsdauer als medizinisch notwendig erweisen“) bereits vollzogen.

Im zweiten Abschnitt, der die geplante Behandlung regelt, betraf die Entwicklung die Bedingungen, unter denen eine vorherige Bewilligung dem Patienten nicht verwehrt werden kann. In der ursprünglichen Fassung schreibt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die gegenüber der Verordnung Nr. 3 Neuerungen einführt, einfach vor, dass diese Bewilligung „nicht verweigert werden [darf], wenn dieser Arbeitnehmer im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem er wohnt, die betreffende Behandlung nicht erhalten kann“. Das Gericht hat im bereits zitierten Urteil Pierik angegeben, dass der ausschlaggebende Charakter, den die medizinischen Voraussetzungen damit erhalten, eine Bewilligung für Behandlungen erzwingen kann, die nicht im Leistungsumfang des Systems des zuständigen Staates enthalten sind. Um den Trägern, die für die Leistungen aufkommen, die Entscheidungsmacht zurückzugeben, sind in der Verordnung (EWG) Nr. 2793/81 die Bestimmung verstärkt worden durch die Regelung, dass nunmehr die Genehmigung „nicht verweigert werden [darf], wenn die betreffende Behandlung zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet der Betreffende wohnt, und wenn er in Anbetracht seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit diese Behandlung nicht in einem Zeitraum erhalten kann, der für diese Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist“. Leistungsumfang und Wartezeiten können geltend gemacht werden. Im Folgenden wird deutlich, dass die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine offener Formulierungen enthält, die es nicht mehr ermöglicht, die üblichen Wartezeiten geltend zu machen, die im betreffenden Staat vorherrschen.

Was diesen Weg konzeptuell besonders charakterisiert, ist, dass die Behandlungen vom Krankenversi-

cherungssystem des Staates übernommen werden, in dem sie auf Kosten des für den Versicherten zuständigen Systems durchgeführt wurden. Der Versicherte kommt in den Genuss von Sachleistungen des lokalen Systems, „als wäre er dort versichert“; nur die Dauer der Leistungserbringung, die Dauer der Berechtigung bleibt durch die Gesetzgebung des anderen Mitgliedstaats geregelt.

Das zweite wichtige Kennzeichen ist die Unterscheidung zwischen der sogenannten Auslandsbehandlung, die nach den Bestimmungen des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, ohne vorherige Genehmigung des zuständigen Staates vorgenommen werden darf, ob im Krankenhaus oder nicht, und der sogenannten geplanten Behandlung, die einer vorherigen Genehmigung bedarf, ebenfalls unabhängig davon, ob sie im Krankenhaus erbracht wird oder nicht.

b) Verordnung (EG) Nr. 883/2004

Die neue Koordinierungsverordnung leitet den Weg, der durch die vorherige Verordnung eröffnet wurde, nicht völlig um, sondern baut ihn aus und komplettiert ihn.

Ausgebaut wird vor allem der Abschnitt über die geplanten Behandlungen insoweit, als von nun an die vorherige Genehmigung nicht verweigert werden darf, „wenn die betreffende Behandlung zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet der Betreffende wohnt, und wenn er in Anbetracht seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit diese Behandlung nicht in einem Zeitraum erhalten kann, der für diese Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist.“ Der Leistungsumfang kann weiterhin geltend gemacht werden, aber nicht mehr die üblichen Wartezeiten, wenn der Gesundheitszustand des Betreffenden einen schnelleren Zugang zur notwendigen Behandlung erfordert. Der Einfluss der Rechtsprechung, die im folgenden Punkt geprüft wird, ist offensichtlich.

Ziel ist es, Kriterien für die Verweigerung der Zustimmung zusammenzustellen, indem man sich an den restriktivsten Vorgaben, nämlich denen der Rechtsprechung, orientiert.

Die Ergänzung erfolgt somit auf zwei Arten: Zunächst werden die in Punkt B.2.c unten dargelegten Zusatzbestimmungen von Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72, die lediglich die Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt betreffen, auf geplante Behandlungen ausgeweitet und regeln somit für beide Fälle die Haupterstattungsmodalitäten für die Ausgaben der Versicherten, denen nun die Möglichkeit offensteht, zu wählen, ob die Erstattung nach den Sätzen des Aufenthaltsstaats oder nach den Sätzen des zuständigen Staates erfolgen soll, je nachdem, ob sie sich an den Träger des Aufenthaltsorts oder an den zuständigen Träger wenden (wobei sich Letzterer, wenn beide Möglichkeiten bestehen, nach dem Wunsch des Betroffenen richten kann).

Zudem wird (was für unsere Belange vielleicht am wichtigsten ist) ausschließlich für die geplante Behandlung eine Bestimmung eingeführt, die als Äquivalent zum Vanbraekel-Zusatz (siehe Punkt B.2.b unten) gelten kann, da sie vorsieht, dass der Versicherte, der sich anfänglich für eine Übernahme nach den Sätzen des Aufenthaltsstaats entschieden und die Behandlungskosten ganz oder teilweise selbst übernommen hat, beim zuständigen Träger eine zusätzliche Erstattung im Rahmen der ihm tatsächlich entstandenen Ausgaben beantragen kann, wenn die Summe der vom Träger des Behandlungsorts übernommenen Ausgaben (die nachträglich vom zuständigen Träger erstattet wird) geringer ist als die Summe der Ausgaben, die der zuständige Träger übernommen hätte, wenn die Behandlung im zuständigen Staat erfolgt wäre.

Daraus ergibt sich, dass zwar die beiden Hauptmerkmale dieses Wegs in der neuen Verordnung beibehalten werden, das erste Merkmal jedoch insofern verändert wird, als in jedem Fall beide Möglichkeiten zur Wahl stehen und sich gegebenenfalls ergänzen, nämlich die Möglichkeit einer Übernahme nach den

Sätzen des Staates, in dem die Behandlung stattgefunden hat, und die einer Übernahme nach den Sätzen des zuständigen Staates.

2. Der Weg über die Rechtsprechung

a) Von Decker/Kohll bis zu Stamatelaki

Mit den beiden historischen Urteilen Decker (C-120/95) und Kohll (C-158/96) vom 8. April 1998 und den darauf folgenden Urteilen Vanbraekel (C-368/98), Smits und Peerbooms (C-157/99), Müller-Fauré und Van Riet (C-385/99), Inizan (C-56/01), Kommission gegen die Französische Republik (C-496/01), Leichtle (C-8/03), Watts (C-372/04) sowie Stamatelaki (C-444/05), letzteres vorläufig, hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs einen zweiten Weg zur Übernahme grenzüberschreitender Behandlungen eröffnet, der auf der Wirtschaftsfreiheit des Binnenmarkts basiert.

Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass im Falle eines Patienten, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort Gesundheitsprodukte oder -dienstleistungen zu erwerben, ein Einkauf von Waren und Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags vorliegt und die Tatsache, dass es sich um die Erstattung von Krankenkosten durch einen Sozialversicherungsträger handelt, nichts daran ändert, dass es sich bei den in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Produkten und Behandlungsleistungen um Waren und Dienstleistungen handelt. Das Gericht ging daher davon aus, dass ein wie auch immer gestaltetes System der sozialen Sicherheit, das im Hinblick auf die Erbringung von Sachleistungen oder die Erstattung von Behandlungskosten nur innerhalb der eigenen Staatsgrenzen greift, die Warenverkehrsfreiheit bzw. die Dienstleistungsfreiheit einschränkt.

Die Systeme der Mitgliedstaaten müssen daher vorbehaltlos die Ausgaben ihrer Versicherten für Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat erstatten, und zwar in Höhe der Kosten, die sie für die gleiche Behandlung übernommen oder erstattet

hätten, wenn diese im eigenen Staat oder durch das Personal und die Einrichtungen des eigenen Gesundheitsdienstes erbracht worden wäre. Die für das eigene Staatsgebiet geltenden Bedingungen für die Inanspruchnahme oder die Erstattung von Behandlungen, wie zum Beispiel die Regelung, dass für die Konsultation eines Spezialisten die Überweisung durch einen Allgemeinarzt erforderlich ist, sind auch auf die Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat anzuwenden, sofern sie nicht in Art oder Anwendung diskriminierend sind.

Das Gericht hat allerdings eingeräumt, dass eine Einschränkung dieser Freiheiten zulässig sein kann, sofern sie gerechtfertigt ist, und hat bisher drei Faktoren in Betracht gezogen, die jeweils einen hinsichtlich des Allgemeinwohls zwingenden Grund darstellen und den Rückgriff auf ein System mit Genehmigungspflicht rechtfertigen, sofern dieses System verhältnismäßig ist und ausreichende Verfahrensgarantien bietet:

- eine ernsthafte Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Sozialversicherungssystems des betreffenden Staates;
- die Notwendigkeit, einen ausgeglichenen und für alle zugänglichen Gesundheits- und Krankenhausdienst aufrechtzuerhalten, um zu einem höheren Gesundheitsschutzniveau beizutragen;
- die Notwendigkeit, eine Behandlungskapazität und eine medizinische Kompetenz auf dem eigenen Staatsgebiet aufrechtzuerhalten, die als grundlegend für die Volksgesundheit oder gar für das Überleben der Bevölkerung des betreffenden Staates angesehen wird.

Um berücksichtigt zu werden, muss die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts eines Sozialversicherungssystems effektiv, anhaltend und beträchtlich sein. Bezüglich der beiden anderen Gründe hat das Gericht dagegen festgestellt, dass diese für die Krankenhauspflege von Natur gegeben sind, und kommt zu dem Schluss, dass „die Forderung einer vorherigen Genehmigung für die finanzielle Übernahme der Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat durch das nationale Sozialversicherungs-

system nötig und vernünftig scheint“ (Watts, bereits zitiert, Randnr. 110).

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit hat der Gerichtshof im Übrigen zu der Überlegung veranlasst, dass eine im Rahmen eines so gerechtfertigten Genehmigungssystems beantragte vorherige Genehmigung für eine vom System des zuständigen Staates übernommene Behandlung nur dann abgelehnt werden kann, wenn in diesem Staat (mit Übernahme durch sein System) zur angemessenen Zeit und unter Berücksichtigung des Gesundheitszustands des Patienten die gleiche Behandlung mit der gleichen Effizienz für den Patienten möglich ist.

Dieser neue Weg, auch Vertragsweg genannt, besitzt also zwei ganz unterschiedliche Hauptmerkmale gegenüber dem Verordnungsweg: Das erste Merkmal ist, dass in diesem Fall das übliche System des Versicherten, nämlich das des zuständigen Staates, dem Versicherten die in einem anderen Mitgliedstaat ausgelegten Behandlungskosten gemäß den Bedingungen und den geltenden Sätzen dieses System unmittelbar erstattet. Das zweite Merkmal ist, dass die Möglichkeit der vorherigen Genehmigung besteht, jedoch nur für Krankenhausbehandlungen.

Festzustellen ist auch, dass sich alle oben genannten Rechtssachen auf geplante Behandlungen bezogen und das Gericht sich bisher noch nicht zur Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt äußern musste. Demnächst wird es sich jedoch im Rahmen der Rechtssache C-211/08, Kommission/Spanien, mit dieser Frage befassen müssen.

b) Der Vorschlag für eine Richtlinie

Nachdem der Gesundheitssektor aus dem Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt ausgeklammert worden war, veröffentlichte die Kommission am 26. September 2006 eine Mitteilung, in der sie eine Konsultation ⁽⁹⁶¹⁾ zu Gemein-

schaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen ankündigte. Die Ergebnisse dieser umfassenden Konsultation haben zu konkreten Vorstellungen und schließlich dazu geführt, dass dem Europäischen Rat und Parlament am 2. Juli 2008 im Rahmen eines Sozialpakets ein Vorschlag für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung vorgelegt wurde ⁽⁹⁶²⁾.

Trotz seines Titels umfasst dieser Vorschlag mehr als nur die Festlegung eines Rahmens für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung: Diese stellt nur eine von insgesamt 3 Säulen dar, während die beiden anderen gemeinsame Prinzipien für alle Gesundheitssysteme der Union (Qualität und Sicherheit der Behandlungen) und eine europaweite Zusammenarbeit im Gesundheitswesen (europäisches Referenznetz, eGesundheit ...) betreffen.

Uns interessiert hier nur die erste Säule, die bereits als Umsetzung und Systematisierung der in Punkt a oben erwähnten Rechtsprechung angekündigt wurde.

Diesbezüglich beinhaltet dieser Vorschlag also das Prinzip der Kostenübernahme (Artikel 6) durch den Versicherungsmitgliedstaat, und zwar in Form einer Erstattung der durch den Patienten/Versicherten in einem anderen Mitgliedstaat nach den geltenden Rechtsvorschriften dieses Staates ausgelegten Kosten. Dieses Prinzip gilt auch für die Bestimmung der erstattungsfähigen Behandlungen (nationaler Leistungsumfang), um die Höhe der Erstattung im Rahmen der tatsächlich getragenen Kosten in Abhängigkeit von den Kosten zu halten, die getragen worden wären, wenn die Behandlung im angeschlossenen Staat erfolgt wäre, und schließlich für die Anwendung derselben Bedingungen, Zulassungskriterien und verordnungs- sowie verwaltungsrechtlichen Formalitäten auf die Behandlung, die auch auf Behandlungen gleicher Art auf Staatsgebiet angewandt werden, sofern sie nicht zu einer Diskriminierung oder einer Einschränkung der Freizügigkeit führen.

⁽⁹⁶¹⁾ SEK(2006) 1195/4.

⁽⁹⁶²⁾ KOM(2008) 414 endg.

Gleiches gilt für die Unterscheidung zwischen ambulanten Behandlungen, für deren Erstattung keine vorherige Genehmigung verlangt werden kann (Artikel 7), und Krankenhausbehandlungen.

Letztere (Artikel 8) sind eher großzügig definiert als Behandlungen, die mindestens eine Übernachtung des Patienten im Krankenhaus erfordern, oder solche, die in einer von der Kommission mit Unterstützung eines Ad-hoc-Ausschusses erstellten und regelmäßig aktualisierten Liste verzeichnet sind und keine Übernachtung des Patienten im Krankenhaus, aber den Einsatz einer hochspezialisierten und kostenintensiven medizinischen Infrastruktur oder medizinischen Ausrüstung erfordern oder bei denen die Behandlung ein besonderes Risiko für den Patienten oder die Bevölkerung bedeutet.

Der Versicherungsmitgliedstaat kann die Erstattung der Krankenhausbehandlung einer vorherigen Genehmigung unterwerfen. Der Vorschlag sieht vor, dass jeder Staat für Behandlungen, die in einem anderen Mitgliedstaat erfolgen und in seinem Leistungskatalog enthalten sind, ein Vorabgenehmigungssystem zur Übernahme von Kosten durch sein System der sozialen Sicherheit einrichten kann, um zu vermeiden, dass diese Übernahme „das finanzielle Gleichgewicht seines Sozialversicherungssystems ernsthaft untergraben kann und/oder die Planung und Rationalisierung im Krankenhaussektor zur Vermeidung von Überkapazitäten, Ungleichgewicht bei der Bereitstellung von Krankenhausdienstleistungen und logistischer wie finanzieller Vergeudung bzw. zur Aufrechterhaltung von Behandlungskapazitäten oder ärztlicher Kompetenz im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats untergräbt bzw. untergraben kann“. Es wird angefügt, dass ein solches System auf das notwendige und angemessene Maß zur Vermeidung solcher Auswirkungen begrenzt bleiben muss und kein Mittel willkürlicher Diskriminierung darstellen darf.

Die Bestimmungen regeln ebenso die Verfahrensgarantien, die diese Vorabgenehmigungssysteme (Artikel 9) bieten müssen, wie das Recht der Patienten auf Informationen über die Inanspruchnahme der

grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (Artikel 10), festigen das Prinzip der Kompetenz der Gesetzgebung des Mitgliedstaats, in dem die Leistungen erbracht werden, für die bei diesen Behandlungen anzuwendenden Vorschriften (Artikel 11) und schreiben den Mitgliedstaaten vor, nationale Kontaktstellen für die grenzüberschreitende Gesundheitsfürsorge zu benennen. Schließlich ist auch festzustellen, dass Artikel 3 hinsichtlich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (später Verordnung (EG) Nr. 883/2004) eine gesonderte Anwendung und ausschließliche Zuständigkeit vorsieht (wenn die Verordnung gilt, findet die Richtlinie keine Anwendung und umgekehrt); jedoch räumt Artikel 9 den von der Verordnung gewährten Rechten Vorrang ein, wenn die Bedingungen, unter denen die Vorabgenehmigung nicht verwehrt werden kann, erfüllt sind. Später wird sich noch zeigen, dass diese Formulierungen an eine kritikwürdige Deutung der relevanten Bestimmungen der Verordnungen gebunden sind.

Der Rat der EU hat sich unter französischer Präsidentschaft bereits einer ersten Prüfung dieses Teils des Vorschlags gewidmet, und hinsichtlich verschiedener Punkte zeichnet sich schon ein Konsens ab. Zunächst soll betont werden, dass das Gesundheitswesen im Wesentlichen der nationalen Kompetenz untersteht und dass die Verordnung weder den Mitgliedstaaten neue Verpflichtungen auferlegen noch unter dem Deckmantel der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Kommission Weisungsgewalt geben darf.

Dann soll die Rechtsprechung des Gerichtshofs – und nur diese – umgesetzt werden, ohne zu versuchen, durch restriktive Bestimmungen von dieser abzurücken, da andernfalls das Risiko bestünde, mit dieser Richtlinie einen dritten Weg zu schaffen, weil für durch die Richtlinie nicht abgedeckte Aspekte oder Situationen weiterhin der Weg über die Rechtsprechung offenstünde, wodurch man die Ziele der Klärung und der Vereinfachung vollständig aus den Augen verlöre.

Zum Schluss soll die volle Autonomie der Richtlinie gegenüber der Verordnung und umgekehrt unterstri-

chen werden, wobei diese auf lange Sicht durch Bestimmungen zur Vereinfachung, Koordinierung und Angleichung der beiden Wege erweitert werden soll.

Die meisten Mitgliedstaaten konnten in diesem Stadium und unter Vorbehalt einer weiteren Ausarbeitung der so abgeänderten Texte die wichtigsten Änderungen befürworten:

- Ausweitung des abgedeckten Bereichs auf alle Behandlungen, die als Gesamtheit aller durch einen Angehörigen der Gesundheitsberufe, der im Behandlungsstaat legal tätig ist, verschriebenen Produkte oder erbrachten Dienstleistungen definiert sind, anstelle der vorgeschlagenen Definition, die sich auf Dienstleistungen von Angehörigen geregelter Gesundheitsberufe im Sinne der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen bezieht. Ziel ist es, den universellen Charakter der Rechtsprechung zu berücksichtigen und die Bildung eines dritten Wegs, wie oben beschrieben, zu vermeiden;
- unbeschadet der Aufrechterhaltung einer allgemeinen Definition der Krankenhaus- und Spezialbehandlung Festlegen der Liste der Behandlungen (deren Erstattung eine Vorabgenehmigung erfordert) aus Gründen der Legitimierung und Angemessenheit auf nationaler, anstatt, wie im Vorschlag vorgesehen, auf Gemeinschaftsebene, durch die Kommission. Ziel des Rates ist es hier, eine Definition auf nationaler Ebene zu erhalten, die als essenziell für die Rechtfertigung und das Funktionieren des Vorabgenehmigungssystems sowie für die Erhaltung der nationalen Kompetenz im Bereich der Organisation und Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen gelten kann, und gleichzeitig die geforderte Flexibilität und Anpassungsfähigkeit angesichts der Vielfalt der nationalen Systeme und ihrer Leistungskataloge sowie der rasanten Entwicklung der Technik und der Therapiemethoden zu sichern;
- im Hinblick auf die Einführung eines Vorabgenehmigungssystems Ablehnen einer Umkehrung der Beweislast durch einen Vorschlag, der die Mitgliedstaaten verpflichten würde, fallweise nachzuweisen, dass das Fehlen eines solchen Systems die Finanzierung und/oder die Organisation der Bereitstellung von Gesundheitsleistungen in ihrem Hoheitsgebiet gefährden könnte; Schaffung eines besseren Gleichgewichts zwischen den individuellen Rechten der Patienten auf Mobilität innerhalb der EU und der Aufrechterhaltung der Fähigkeit der Mitgliedstaaten, ihre Gesundheitssysteme zu regulieren und zu planen. Der Rat der EU unterstützt eine strikte Übernahme der Rechtsprechung: das Recht der Mitgliedstaaten, ohne vorherige Genehmigung oder Rechtfertigung ein Vorabgenehmigungssystem nur für die Krankenhaus- und Spezialbehandlung auf Grundlage der durch den Gerichtshof anerkannten Rechtfertigungen zu errichten, soweit dieses System sonst verhältnismäßig ist und ausreichende Verfahrensgarantien bietet sowie eine Verpflichtung zur Bewilligung der Genehmigung enthält, wenn die Behandlung in der Liste der erstattungsfähigen Behandlungen des nationalen Systems enthalten ist und wenn der Patient eine identische oder gleichwertige Behandlung aufgrund seines medizinischen Zustands nicht in einem angemessenen Zeitraum im zuständigen Staat erhalten kann;
- schließlich hat sich der Rat der EU bezüglich des Zusammenspiels dieser Richtlinie mit der Koordinierungsverordnung eher dafür ausgesprochen, dieses Zusammenspiel durch eine Vereinfachung zu verbessern, indem die Richtlinie auf die Erklärung, unbeschadet der Verordnung anwendbar zu sein, beschränkt und gleichzeitig durch die Ausweitung ihres Anwendungsbereichs vereinfacht wird, um eine größere Kohärenz mit der Verordnung zu erreichen, und indem das Vorabgenehmigungssystem entsprechend dem der Verordnung angenähert wird, für eine mögliche Zusammenlegung beim Übergang der Richtlinie in die nationale Gesetzgebung.

Auch das Europäische Parlament hat gleichzeitig begonnen, diesen Vorschlag zu prüfen, und obwohl seine endgültige Entscheidung in der Plenarsitzung für die erste Lesung zum Zeitpunkt des Verfassens

dieses Beitrags nicht bekannt war, lässt sich aus der Arbeit der Ausschüsse bereits folgern, dass die vorgeschlagenen Änderungen

- sich dem Ansatz des Rates bezüglich der Definition der Gesundheitsdienstleistungen (jedoch unter Ausschluss von Langzeitpflege und Organtransplantationen) und der Krankenhausbehandlungen (ohne jedoch den Begriff der Krankenhaus- und Spezialbehandlung zu übernehmen) sowie bezüglich des Verhältnisses zwischen der Richtlinie und der Koordinierungsverordnung nähern;
- dabei von der vorherigen Genehmigung abrücken, jedoch die zuvor gestellten Bedingungen für ihre Verwirklichung beibehalten, Patienten, die an seltenen Krankheiten leiden, von dieser Verpflichtung befreien und Bestimmungen zur Übernahme der Transportkosten, zur Vorauszahlung der Kosten und zur vorherigen Bekanntgabe des Erstattungsbetrags hinzufügen.

Ohne der endgültigen Abstimmung in der Plenarsitzung vorzugreifen, kann man aus der Gesamtzahl der Änderungsanträge beider Institutionen und den vielen voneinander abweichenden Änderungsanträgen schließen, dass eine Einigung in zweiter Lesung einer großen Anstrengung beider Seiten und langer Sitzungen der Klärung und Verhandlung bedarf.

B. Zwei unterschiedliche Wege, die nicht immer parallel verlaufen

1. Ein zweiter, problematischerer Weg

a) Eine uneinheitliche Anwendung ohne feste Vorgaben

Naturgemäß kann eine derart wichtige Rechtsprechung, die von Urteil zu Urteil erweitert wird, gleichzeitig aber nicht systematisch ist, da sie anstelle von Grundsatzfragen nur konkrete Fragen von Einzelfällen beantwortet, angesichts fehlender gemeinsamer Texte oder Gemeinschaftsmaßnahmen nicht immer eine einheitliche und vollständige Anwendung durch alle Mitgliedstaaten garantieren.

Auch wenn der allgemeine Charakter der besagten, auf Versorgungssysteme jeder Art (Gesundheitsdienste, Sachleistungssysteme oder Versicherungssysteme) anwendbaren Rechtsprechung, der sich aus den ersten Urteilen ableiten lässt, im Urteil Watts eindeutig bestätigt wurde, lässt sich feststellen, dass diese Rechtsprechung noch nicht von allen Mitgliedstaaten umgesetzt wird, während andere sie teilweise oder mit unilateralen Anpassungen anwenden.

Praktische und konkrete Informationen über die Möglichkeiten, die dieser Weg für den Zugang zu grenzüberschreitenden Leistungen eröffnet, über seine Eigenschaften und Anwendungsbedingungen, sind für die Nutzer oft gar nicht oder nicht direkt verfügbar, und die Mittel zur Information über die Koordinierungsverordnungen (Internetseiten, Broschüren und sogenannte „mobile“ Formblätter wie der Vordruck E 112) wurden in der Konsequenz nicht angepasst, so dass dieser zweite Weg unberücksichtigt bleibt.

Die Auslegung dieser Rechtsprechung durch die Dienste der Kommission kann sogar von einer Generaldirektion zur anderen schwanken und zu Maßnahmen führen, die widersprüchlich erscheinen. Dies war der Fall bei einem Rechtsstreit aufgrund der Nichtanwendung der Rechtsprechung auf Fälle von Behandlungen bei vorübergehendem Aufenthalt, obwohl der Richtlinienvorschlag sich ausdrücklich nur auf geplante Behandlungen bezieht und auch der Vorschlag für die Durchführungsverordnung sich in Bezug auf den Ersatz des Vanbraekel-Zusatzes ebenfalls nur auf geplante Behandlungen bezieht. Dasselbe gilt für einen anderen Rechtsstreit bezüglich der Ausweitung eines Vorabgenehmigungssystems auf kostspielige, aber ambulante Spezialbehandlungen, während der Richtlinienvorschlag, den wir behandeln, es ermöglicht, für ambulante Spezialbehandlungen ein Vorabgenehmigungssystem einzuführen. Weitere Beispiele sind die auf Grundlage der betreffenden Urteile getroffene Aussage, dass eine Genehmigung gemäß Verordnung einer Genehmigung gemäß Rechtsprechung entspräche und umgekehrt und dies natürlich für Situationen und Leistungen, die auf beide Wege zurückzuführen sind,

sowie die gleichzeitige Aussage im Rahmen des Richtlinienvorschlags, dass die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 – was wir für falsch halten – ausschließlich für Fälle gelte, bei denen die Genehmigung nicht verwehrt werden kann. Dies ermöglicht es den Mitgliedstaaten, bei allen anderen Fällen wahlweise keine oder nur eine im Rahmen der Richtlinie gültige Genehmigung (Übernahme gemäß den Sätzen des zuständigen Mitgliedstaats) zu erteilen.

Auch wenn die wichtigsten Prinzipien und Leitlinien dieser Rechtsprechung festgelegt zu sein scheinen, bleiben die Grenzen hinsichtlich bestimmter Aspekte und Umsetzungsmechanismen (Sätze, Abrechnungsmodalitäten für die geleisteten Zahlungen, Zugang zu den Leistungen versus Staat, wo sie erbracht werden ...) recht vage und sind noch ergänzungsbedürftig.

Laufende Rechtssachen werden sicherlich dazu beitragen, bestimmte provisorische Begrenzungen genauer zu bestimmen oder abzuändern. Dementsprechend bietet die Rechtssache C-211/08, Kommission/Spanien, dem Gerichtshof die Möglichkeit zu klären, ob seine Rechtsprechung auch (und das erscheint uns selbstverständlich) die Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt einschließt, sei es als unmittelbare oder ergänzende Erstattung (Zusatz Vanbraekel). Außerdem sollte die Rechtssache C-512/08, Kommission/Frankreich, Aufschluss darüber geben, ob die vom Gerichtshof angeführten Kriterien ein Vorabgenehmigungssystem für Leistungen außerhalb der klassischen Krankenhausstrukturen rechtfertigen oder wenigstens eine genauere Bestimmung des Begriffs Krankenhausbehandlung ermöglichen ⁽⁹⁶³⁾.

⁽⁹⁶³⁾ Im kürzlich ergangenen Urteil vom 10. März 2009 in der Rechtssache C-169/07, Hartlauer, merkt der Gerichtshof an, dass, wie der Gerichtshof bereits in Bezug auf Krankenhäuser festgestellt hat, nicht von vornherein auszuschließen ist, dass die Infrastrukturen ambulanter Versorgung wie der Arztpraxen und der Ambulanzen auch Gegenstand einer Planung sein können. Eine Planung, die eine vorherige Genehmigung für die Niederlassung neuer Anbieter medizinischer Leistungen verlangt, kann sich in der Tat als unerlässlich erweisen, um eventuelle Lücken im Zugang zu ambulanter Versorgung zu schließen und um die Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung zu vermeiden, so dass eine medizinische Versorgung gewährleistet ist, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Staatsgebiet abdeckt und geografisch isolierte oder auf andere Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt.

Eine dritte Rechtssache – C-208/07, von Chamier-Glisczinski – könnte äußerst widersprüchliche Ergebnisse liefern. Bei dieser Rechtssache geht es um Langzeitpflegeleistungen (Übernahme der Aufenthaltskosten in einer speziellen Pflegeeinrichtung). Zumal die Ausdehnung von Gesundheits- auf Pflegeleistungen unserer Ansicht nach dem Gerichtshof im Rahmen dieser Rechtsprechung nicht mehr Probleme bereiten dürfte als im Rahmen der Koordinierungsverordnung, liegt das eigentliche Problem in der Nichtanwendbarkeit von Artikel 49 EG, die der Staatsanwalt bestätigt, da die Betreffende nicht nach Österreich gekommen war, um besagte Langzeitpflegeleistungen zu erwerben, sondern weil sie dort zusammen mit ihrem Mann ihren Wohnsitz eingerichtet hatte.

Andererseits ist der Staatsanwalt der Ansicht, dass ein Anspruch auf Erstattung von Sachleistungen (mit entsprechenden Bedingungen für die Krankenhausbehandlung) auf Grundlage von Artikel 18 EG (Unionsbürgerschaft) begründet sein kann. Sollte der Gerichtshof diesen Ansatz verfolgen, würde sich die Rechtsprechung in doppelter Form weiterentwickeln: einerseits durch Ausdehnung seines sachlichen Anwendungsbereichs auf die Erstattung von Langzeitpflegeleistungen und andererseits durch Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Personen, die ihren Wohnsitz nicht im zuständigen Mitgliedstaat haben und auf Grundlage von Artikel 18 EG von Letzterem die Erstattung von im Wohnsitzstaat getätigten Ausgaben für Gesundheitsleistungen und -produkte fordern.

b) Marktorientierter Ansatz für den Zugang zu Leistungen

Über diesen zweiten Weg verlässt der Patient/Versicherte, sobald er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort Gesundheitsprodukte und -dienstleistungen zu erwerben, den Koordinierungsbereich der Rechtsprechung und tritt in den Bereich des Binnenmarkts ein. Sobald er sich außerhalb der Grenzen seines Mitgliedstaats befindet und obwohl er trotzdem Unionsbürger bleibt, entfällt seine Sozialversi-

cherung, und er wird zum einfachen Wirtschaftsobjekt, zum Konsumenten von Produkten und Dienstleistungen im Binnenmarkt (auf Gemeinschaftsebene besteht bis dato keine Regelung im Bereich Gesundheitswesen) ⁽⁹⁶⁴⁾.

Aus diesem Grund wird der Betroffene nicht mehr wie im Rahmen der Koordinierungsverordnung vorübergehend wie ein Sozialversicherter des lokalen Systems behandelt. Gegenüber Ärzten, Dienstleistern und Einrichtungen des Aufenthaltsstaats gilt für ihn:

- Er muss im Voraus zahlen und unter allen Umständen für seine Ausgaben aufkommen.
- Er muss eventuell Preise oder Sätze zahlen, die nicht denjenigen entsprechen, die den lokalen Versicherten oder Sozialversicherungsträgern unterbreitet werden.
- Er profitiert auch nicht oder zumindest nicht zwingend von Versorgungsprotokollen, bewährten Methoden, Rechten aus der lokalen Sozialversicherung oder Zugangsmöglichkeiten zu Leistungen, die Sozialversicherten ggf. vorbehalten sind.

Außerdem kann er, wenn er sich außerhalb seiner Landesgrenzen befindet, nicht vom Schutz seines eigenen Versicherungssystems profitieren, da die Angehörigen der Gesundheitsberufe, die er konsultiert, keine Verbindung zu diesem System haben und keine anderen Verpflichtungen ⁽⁹⁶⁵⁾ als diejenigen, die an ihre Berufsethik und die allgemeinen vor Ort geltenden Rechtsvorschriften für die öffentliche Gesundheit geknüpft sind. Der Betroffene gilt erst dann wieder als sozialversichert, wenn er auf Grundlage der Rechtsprechung und der Umsetzungen, die in einigen nationalen Rechtsvorschriften bereits bestehen, einen Erstattungsantrag bei seinem Sozialversicherungsträger eingereicht hat.

⁽⁹⁶⁴⁾ J.-C. Fillon, „Soins transfrontaliers: les conséquences d'une approche marchande“, *Liaisons Sociales Europe*, 2009, Nr. 223, 5-8.

⁽⁹⁶⁵⁾ Dies gilt selbstverständlich mit Ausnahme der seltenen Fälle, in denen der Angehörige der Gesundheitsberufe freiwillig eine Verbindung zum betreffenden System unterhält. Auch ein grenzüberschreitendes Abkommen über die Zusammenarbeit im Gesundheitswesen kann solche Verbindungen auf lokaler Ebene schaffen.

In seinem aktuellen Zustand und ohne Abgrenzung kann dieser Weg also als marktorientierter Ansatz bezeichnet werden, mit den zuvor genannten negativen wirtschaftlichen Auswirkungen für die Patienten. Ausgenommen ist der Fall, in dem die Beteiligungs- oder Erstattungskosten der Versicherungssysteme eine fast vollständige Erstattung der getätigten Ausgaben in einem Mitgliedstaat ermöglichen, in dem die Gesundheitskosten auch bei freien Sätzen wesentlich niedriger sind.

Allerdings wird in diesem Fall eine Zusatzgebühr auf das entsprechende Versicherungssystem übertragen. Außerdem ist anzumerken, dass der zweite Weg dem Versicherungssystem seine Regulierungsinstrumente entzieht, indem er direkt auf die Tätigkeiten von Angehörigen der Gesundheitsberufe, Dienstleistern und Einrichtungen des Gesundheitswesens abzielt, da diese sich außerhalb seines Einflussbereichs befinden. Das Versicherungssystem steht also unübersichtlichen Einkäufen gegenüber, denen es nur seine finanziellen Beteiligungsbeschränkungen (interne Sätze oder Kosten) und die Zugangs- und Verbrauchsbedingungen für Leistungen entgegensetzen kann, die nur den Versicherten direkt zugerechnet werden können, d. h. ohne den Umweg über eine Regulierung der Aktivität oder Praxis der Angehörigen der Gesundheitsberufe. Allerdings dürfen diese Bedingungen unter den konkreten Umständen nicht diskriminierend sein (Behinderung der Freizügigkeit).

c) Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung

Unter dem Aspekt der technischen Anwendung der Rechtsprechung durch die zuständigen Träger haben die beiden Wege nicht die gleichen Auswirkungen.

Für den Versicherungsträger des Patienten hat der erste, als Verordnungsweg bezeichnete Weg einen großen praktischen Vorteil, da der Träger sich weder um die Bedingungen für den Zugang zu Leistungen noch um die Bedingungen für die Übernahme der

Gesundheitsleistungen oder der getätigten Ausgaben kümmern muss, da hierfür der Träger am Aufenthaltsort zuständig ist, der für den ersten Träger eine Art Dienstleistung in dessen Auftrag erbringt, und zwar unter Anwendung seiner eigenen nationalen Vorgaben. Allerdings ist bekannt, dass die erste Einrichtung der zweiten den gesamten Betrag erstatten muss und somit nicht die Kontrolle über die endgültigen Ausgaben hat.

Mit dem zweiten Weg, dem über die Rechtsprechung, hat der zuständige Träger dagegen die Kontrolle über die Ausgaben, da er im Rahmen der Kosten einspringt, die er in seinem Staatsgebiet für die gleiche Leistung übernommen hätte. Allerdings wird es für ihn technisch gesehen schwierig, seine Regeln und Normen in einem ausländischen Umfeld umzusetzen, wo die Regeln, Normen und Praktiken sich von denen im eigenen Mitgliedstaat völlig unterscheiden, sei es im Bezug auf die Ärzte, die Dienstleister oder die Gesundheitseinrichtungen. Außerdem hat es ein zuständiger Träger bei der Wahl dieses Wegs und je nachdem, in welchem Mitgliedstaat die Leistungen erbracht werden, in der Praxis mit 26 unterschiedlichen Systemen zu tun.

Auf nationaler Ebene gibt es sicherlich Kohärenz, Ergänzungen und sogar Übereinstimmungen der Definitionen in den Bereichen öffentliche Gesundheit und Sozialversicherung, was von einem EU-Staat zum nächsten nicht der Fall ist, besonders im Hinblick auf eine generell schwache Harmonisierung im Sozialversicherungs- und Gesundheitswesen. Erste Schwierigkeiten werden sich im Übrigen bei der Identifizierung von Medikamenten und Produkten ergeben, die unter anderen Handelsnamen geführt werden als im zuständigen Mitgliedstaat, sowie bei medizinischen Praktiken und Arbeitsweisen, die sich unterscheiden können oder auf unterschiedliche Art zu Arbeits- oder Behandlungseinheiten zusammengefasst sein können (ist z. B. bei einem chirurgischen Eingriff von einem Mitgliedstaat zum nächsten verwaltungstechnisch die gleiche Anzahl an Arbeitsvorgängen und technischen und menschlichen Eingriffen erforderlich?). Hinzu kommen Unterschiede

hinsichtlich des verfügbaren Leitungsumfangs und der üblichen oder empfohlenen medizinischen und verwaltungstechnischen Praktiken bei der Behandlung ein und derselben Erkrankung oder Verletzung.

Wie ist es beispielsweise möglich, auf einfachem Weg den nationalen Referenzbetrag für die Erstattung zu ermitteln, wenn im zuständigen Mitgliedstaat die Sätze für die Krankenhauskosten anhand der Pathologie festgesetzt werden und der Versicherte die Rechnungen des Krankenhauses eines anderen Mitgliedstaats vorlegt, in dem die Sätze anhand des Tagespreises festgesetzt werden, und wenn Pathologie und erfolgte Behandlung nicht aus den Rechnungen hervorgehen? Das Arztgeheimnis und der Schutz persönlicher Daten können in einem solchen Fall die Klärungsversuche des zuständigen Trägers in gleichem Maße behindern.

Demnach ist eine enge Zusammenarbeit zwischen den Trägern am Aufenthaltsort und den zuständigen Trägern für eine erfolgreiche Umsetzung dieses zweiten Weges entscheidend. Die Zusammenarbeit ist besonders dann wichtig, wenn ein eventueller Vanbraekel-Zusatz bestimmt werden soll, von dem später noch die Rede sein wird⁽⁹⁶⁶⁾, denn in einem solchen Fall muss der zuständige Träger ohne erhebliche Verzögerung die Kosten der vom Behandlungsstaat erbrachten Sachleistungen erfahren können, deren Erstattung später im Rahmen der Bestimmungen und Finanzverfahren der Verordnung von ihm gefordert wird.

In diesem Entwicklungsstadium dieses sehr liberalen Wegs in einem gegensätzlichen und nicht geregelten gemeinschaftlichen Umfeld liegt das Paradoxe im Bedürfnis nach mehr Zusammenarbeit, Harmonisierung, Äquivalenz und Normierung, um das Recht der Patienten und das Gleichgewicht der nationalen Versicherungssysteme sowie deren Fähigkeit, ihr

⁽⁹⁶⁶⁾ Die Verwaltungskommission hat sich bei einem Treffen der Arbeitsgruppe am 13. November 2008 speziell mit diesen Problemen auseinandergesetzt, und zwar bezüglich der Anwendungsmodalitäten des Artikels 26 Absatz 5 der Durchführungsverordnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (siehe einleitender Vermerk CA.SS.TM. 420/08 vom 23. Oktober 2008).

Gesundheitssystem zu regulieren, miteinander zu vereinbaren.

2. Gemeinsame und übereinstimmende Punkte

Wenn diese beiden Wege für den Zugang zu grenzüberschreitender Gesundheitsfürsorge mit Kostenübernahme so unterschiedlich in ihrer Konzeption und Ausrichtung sind, kann das Bild der beiden parallelen Wege kaum zutreffen. Dafür lassen sich Berührungspunkte und Überschneidungen feststellen.

a) Vorherige Genehmigung und Sätze

Erster Berührungspunkt: Die vorherige Genehmigung ist in bestimmten Situationen möglich, wobei sich die Anwendungsbereiche allerdings unterscheiden. In der Verordnung besteht diese Möglichkeit unabhängig von Spezialisierungsgrad und Kosten für die Gesamtheit der geplanten Behandlungen, während die Rechtsprechung sie nur für Krankenhausbehandlungen vorsieht. Auch scheint es Unterschiede bezüglich der Fälle zu geben, in denen diese Genehmigung nicht verwehrt werden kann, obwohl die vorgesehene Behandlung in der Liste der vom nationalen System übernommenen Behandlungen aufgeführt ist. Während die Rechtsprechung sich hier auf Fälle beruft, in denen eine gleichwertige oder gleichermaßen effiziente Behandlung für den Patienten unter Berücksichtigung seines Gesundheitszustands in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, nicht in einem angemessenen Zeitrahmen möglich ist, führt die Verordnung Fälle an, in denen der Patient diese Behandlung in Anbetracht seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit nicht in einem Zeitraum erhalten kann, der für diese Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist.

Allerdings hat der Gerichtshof seit dem Urteil Inizan diesen zuletzt genannten Zeitraum auf die gleiche Weise interpretiert wie die oben zuerst genannte Formulierung „in einem angemessenen Zeitrah-

men“. Der Gerichtshof unterstreicht also im Urteil Watts, in dem erneut die Bedeutung dieser beiden Formulierungen aufgegriffen wurde, Folgendes: „Tatsächlich gibt es keine Gründe, die die unterschiedlichen Auslegungen im Rahmen des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 und des Artikels 49 EG ernsthaft rechtfertigen könnten, da es, [...] im einen wie im anderen Fall um die Frage geht, ob die aufgrund des Gesundheitszustands des Betroffenen erforderliche Krankenhausbehandlung im Gebiet seines Wohnmitgliedstaats innerhalb eines vertretbaren zeitlichen Rahmens erbracht werden kann, der ihre Nützlichkeit und Wirksamkeit wahrt.“ (Randnr. 60). Wie weiter oben bemerkt, wurde in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 jedes Risiko einer Zweideutigkeit ausgeschlossen, indem die Formulierung aus der Rechtsprechung exakt übernommen wurde.

Was die Genehmigung als solche anbelangt, hat der Gerichtshof im Urteil Vanbraekel angegeben, dass eine Genehmigung auf Grundlage einer nationalen Gesetzgebung (also einschließlich im Rahmen einer nationalen Gesetzgebung, die die Rechtsprechung direkt oder über die Richtlinie übernommen hat) als Genehmigung auf Grundlage der Verordnung zu betrachten ist. Dies impliziert natürlich auch, dass eine Genehmigung auf Grundlage der Verordnung einer Genehmigung auf Grundlage der Rechtsprechung entspricht (selbstverständlich für Leistungen aus ihren jeweiligen Anwendungsbereichen), zumal die Anwendung der Verordnung einer anschließenden Ergänzung auf Grundlage der Rechtsprechung nicht im Wege steht, namentlich in einem Fall, in dem Letztere ein Vorabgenehmigungssystem zulassen würde.

Fügt man hinzu, dass in beiden Fällen, bei der Verordnung wie bei der Rechtsprechung, das Vorabgenehmigungssystem ausreichende Verfahrensgarantien liefern muss, kann man auf die Einheitlichkeit des Vorabgenehmigungssystems erkennen, wenn ein Mitgliedstaat beschließt, ein solches einzurichten. Die erteilte Genehmigung kann der Betroffene wahlweise (zu seinem Nutzen) und entsprechend den objektiven Verwendungsmöglichkeiten gemäß

dem einen oder anderen Weg verwenden. Das System ist nur hinsichtlich ambulanter Leistungen dual (tatsächlich ist also nur noch für einen der beiden Wege eine Vorabgenehmigung erforderlich).

Zweiter Berührungspunkt sind die Sätze der Träger für die Erstattung der Kosten für Behandlungen, die ihre Versicherten in einem anderen Mitgliedstaat erhalten haben.

Dem Einwand einiger Mitgliedstaaten mit Versicherungssystemen für Sachleistungen und einem nationalen Gesundheitssystem, dass in ihren internen Regelungen keine Finanzmechanismen für die unmittelbare Erstattung der Ausgaben an die Versicherten und auch keine Sätze zur Bestimmung der Höhe der Erstattungen vorgesehen seien, setzte der Gerichtshof die Tatsache entgegen, dass obwohl das Gemeinschaftsrecht nicht in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihres Sozialversicherungssystems eingreift, die durch die Verträge garantierte Umsetzung der Grundfreiheiten diese doch dazu verpflichte, ihre Systeme entsprechend anzupassen.

Dies ist beispielsweise bei den Bestimmungen zur Sicherung der Anwendung der Artikel 36 und 63 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 oder des Artikels 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 der Fall. Der Gerichtshof fügte hinzu, dass nichts dagegen spräche, wenn der zuständige Mitgliedstaat, in dem es kein Erstattungssystem gibt, die Erstattungsbeträge (Sätze) festsetzt, auf die die Patienten, die in einem anderen Mitgliedstaat behandelt wurden, Anspruch haben, soweit diese Beträge auf objektiven, nichtdiskriminierenden und transparenten Kriterien beruhen (Müller-Fauré und Van Viet, bereits zitiert, Randnr. 107). Weiterhin bemerkte der Gerichtshof, dass die eingerichteten Sätze und Mechanismen zur Bestimmung des dem zuständigen Mitgliedstaat für die Behandlung seiner Versicherten im betreffenden Staat in Rechnung gestellten Betrags wichtige Referenzinstrumente darstellen können, um im betreffenden Mitgliedstaat die Erstattungsbeträge für die eigenen Patienten festzulegen, die in einem anderen Mitgliedstaat behandelt werden.

In jedem Fall wären Sätze für die Anwendung der Rechtsprechung, die bei gleicher Behandlung unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob es darum geht, eine Rechnung für einen anderen Mitgliedstaat auszustellen, Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 anzuwenden oder Ausgaben für grenzüberschreitende Leistungen gemäß der Rechtsprechung zu erstatten, diskriminierende Sätze, außer es kann nachgewiesen werden, dass Behandlungskosten, die einem anderen Mitgliedstaat in Rechnung gestellt werden, legitimerweise Beträge umfassen dürfen, die einem Einzelnen nicht unmittelbar in Rechnung gestellt werden können.

b) Vanbraekel-Zusatz

Der Gerichtshof hat gleich zu Beginn erläutert, dass Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht unter diese Rechtsprechung fiele, da nicht darauf abgezielt werde, die Erstattung der für die Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Kosten durch die Mitgliedstaaten gemäß deren Sätzen zu regulieren und zu verhindern, auch wenn keine vorherige Genehmigung vorliegt. Nach der Analyse von Artikel 22 der Verordnung folgert der Gerichtshof im bereits zitierten Urteil Inizan, dass die dortigen Bestimmungen die Freizügigkeit der Patienten und die grenzüberschreitende Erbringung von Gesundheitsleistungen fördern und keinerlei Element beinhalten, das dessen Gültigkeit beeinträchtigen könnte.

Darüber hinaus schließt die Anwendbarkeit von Artikel 22 auf die Behandlung nicht aus, dass die gleiche Versorgung gleichermaßen in den Geltungsbereich der Bestimmungen des Vertrags über den freien Verkehr von Gütern oder Dienstleistungen fällt, so dass der Betroffene gleichzeitig aufgrund dieser letztgenannten Bestimmungen das Recht besitzt, in einem anderen Mitgliedstaat zu Bedingungen, die von denen im genannten Artikel 22 abweichen, Zugang zur Gesundheitsversorgung zu haben.

„Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 soll keine Erstattung zu den im Mitgliedstaat der Versicherungs-

zugehörigkeit geltenden Sätzen regeln und hindert daher weder an der Gewährung einer ergänzenden Erstattung gemäß dem Unterschied zwischen der Beteiligungsregelung nach den Vorschriften dieses Staates und der für den Aufenthaltsmitgliedstaat geltenden Regelung noch schreibt er eine solche Erstattung vor, wenn die erstere Regelung günstiger als die letztere ist und die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats der Versicherungszugehörigkeit eine solche Erstattung vorsehen.

Artikel 49 EG-Vertrag ist so auszulegen, dass dann, wenn die Erstattung von Kosten, die durch in einem Aufenthaltsmitgliedstaat erbrachte Krankenhausdienstleistungen veranlasst worden sind, die sich aus der Anwendung der in diesem Staat geltenden Regelung ergibt, niedriger als diejenige ist, die sich aus der Anwendung der im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit geltenden Rechtsvorschriften im Fall einer Krankenhauspflege in diesem Staat ergeben würde, dem Sozialversicherten vom zuständigen Träger eine ergänzende Erstattung gemäß dem genannten Unterschied zu gewähren ist.“ (Vanbraekel, bereits zitiert, Randnr. 53).

Ebenfalls anwendbar auf Kosten für ambulante Behandlungen (ohne vorherige Genehmigung) illustriert diese Möglichkeit einer Ergänzung perfekt, dass die parallele Anwendung dieser beiden Wege hier zu einer Überlappung mit einer impliziten, aber offenkundigen Regel der Nichtkumulierung möglicher Erstattungen führt.

c) Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72

Da der Genuss von Sachleistungen im Falle einer Behandlung bei einem vorübergehenden Aufenthalt im Ausland davon abhängt, dass der Betroffene vor der Rückkehr in das Land seines gewöhnlichen Wohnsitzes einen Antrag auf Übernahme/Erstattung im Aufenthaltsstaat einreicht, schafft Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 in der ursprünglichen Version ein Nachholverfahren, nach dem der Betroffene, wenn er die Formalitäten vor Ort nicht durchführen konnte, sich an seinen zuständigen Träger

wendet, um eine Erstattung der übernommenen Kosten gemäß den Sätzen, die im Aufenthaltsstaat angewendet worden wären, zu beantragen. Dieser hat sich an den Träger am Ort des vorübergehenden Aufenthalts zu wenden, um die Erstattung in Erfahrung zu bringen, die Letzterer übernommen hätte, wenn er vom Betroffenen kontaktiert worden wäre.

Der Beitritt von Mitgliedstaaten, deren Gesundheitswesen dieses Verfahren nicht anwendbar macht, und die von bestimmten Trägern angewandten Fristen zur Erteilung der Informationen über die Erstattungen, die sie übernommen hätten, führten zur Änderung dieses Artikels. Die Verordnung (EWG) Nr. 1249/92 ergänzt ihn nun um ein vereinfachtes abweichendes Verfahren, dass es den zuständigen Trägern in ihrer Regelung der Erstattungssätze erlaubt, ihren Versicherten die Kosten auf Grundlage dieser Sätze zu erstatten, sofern der Betroffene dies akzeptiert und der Betrag der zur Erstattung vorliegenden Kosten einen von der Verwaltungskommission festgesetzten Betrag nicht übersteigt. Darüber hinaus wurde ergänzt, dass das Einverständnis des Betroffenen nicht erforderlich ist, wenn die Regelung des Aufenthaltsstaats keinen Erstattungssatz vorsieht.

Zuletzt wurde dieses zweite Verfahren unter dem Einfluss der Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 wiederum praktisch in zwei Unterverfahren aufgeteilt, die es den zuständigen Trägern in ihrer Regelung der Erstattungstarife erlauben, ihren Versicherten gemäß diesen Sätzen die Kosten zu erstatten: mit Einverständnis des Betroffenen und unter dem Vorbehalt, dass der Gesamtbetrag der Kosten den oben genannten Schwellenwert nicht übersteigt, wenn der Aufenthaltsstaat über Erstattungssätze verfügt; ohne das Einverständnis des Betroffenen und ohne Anwendung des Schwellenwerts für die Ausgaben, wenn der Aufenthaltsstaat nicht über Erstattungstarife verfügt.

Es ist interessant zu bemerken, dass diese Bestimmungen, die zwar im Falle geplanter Behandlungen nicht anwendbar sind und je nach betroffenen Staa-

ten unterschiedlichen Anwendungsmodalitäten unterliegen, aber bereits mehrmals im Sinne einer umfassenderen Anwendung modifiziert worden sind, für den Versicherten praktisch zum gleichen Ergebnis führen, als stünden ihm die Bestimmungen des zweiten Weges offen. Hierbei handelt es sich also um einen anderen Konvergenzmodus mit ungleichen Instrumenten, aber diesmal mit gleichen Ergebnissen in gleich behandelten Situationen.

Wie bereits voranstehend in Punkt A.1.b ausgeführt, greift die Durchführungsverordnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 diese Bestimmungen nicht nur auf, sondern dehnt sie auch auf geplante Behandlungen aus und nimmt ihnen ihren Charakter eines Hilfs- oder Nachholverfahrens, indem sie direkt in die Artikel eingebunden werden, die die Übernahmemodalitäten der Kosten für eine Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt im Ausland und für geplante Behandlungen beschreiben wie die Übernahmemodalitäten, die den Versicherten von vornherein angeboten werden.

II. FÜR EINE ANNÄHERUNG DER BEIDEN WEGE

A. Die Gründe für einen solchen Schritt

1. Zwei sich bereits stark überschneidende Wege

Obwohl sie von ihrem Ursprung und ihrer Natur her sehr unterschiedlich sind, muss doch die Vorstellung ausgeräumt werden, dass die beiden Wege parallel verlaufen und sämtliche Elemente einander gegenüberstehen. Vielmehr sind die gemeinsamen Elemente zu betrachten: das System der vorherigen Genehmigung, auch wenn sein Anwendungsbereich sich zwischen den beiden Wegen unterscheidet, und die Erstattungs- bzw. Beteiligungstarife der beiden Regelungen. Die beiden Wege können mitunter sogar gemeinsam gegangen werden, indem zunächst die Verordnungen angewendet werden und anschließend ergänzend die Rechtsprechung,

um einen Vanbraekel-Zusatz zu erhalten (nichts spricht dagegen, dass eine Person, die eine vorherige Genehmigung erhalten und sich an ihren zuständigen Träger gewendet hat, um eine Erstattung ihrer Kosten gemäß den Tarifen dieses Trägers zu erhalten, anschließend von diesem Träger einen Zusatz erhält, mit dem die Person den höheren Betrag erreicht, der ihr von dem Träger am Aufenthaltsort erstattet worden wäre, wenn sie sich an diesen Träger gewendet hätte).

Schließlich zeigt uns Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72, dass der Verordnungsweg auch zu einer Situation führen kann, in der die Übernahme der Behandlungskosten gemäß den Sätzen des zuständigen Trägers erfolgt, wie dies beim Weg über die Rechtsprechung der Fall ist. Diese Perspektive wird in der Durchführungsverordnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für die Gesamtheit der Behandlungskosten, ob es sich um eine Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt im Ausland oder um geplante Behandlungen handelt, berücksichtigt.

Diese Überschneidung der beiden Wege unter diesen Umständen ist ein erster Grund, aus dem sie angenähert und koordiniert werden sollten, insbesondere deshalb, weil sie mit vorheriger Genehmigung und Erstattungstarifen über gemeinsame Instrumente verfügen, die, sobald sie bei einem Weg abweichen oder geändert werden, auch Auswirkungen auf den anderen Weg haben. Schon aus Konvergenzgründen sollten die beiden Ansätze besser koordiniert werden.

2. Dringlichkeit von Rechtssicherheit und Vereinfachung

a) Die derzeitige Situation als Quelle mangelnder Rechtssicherheit

Aus der Perspektive des Patienten bzw. des Versicherten ist die derzeitige Situation unklar und von einem Mitgliedstaat zum anderen, von einem Träger zum anderen, je nach Grad der Anwendung der Rechtsprechung, des Verständnisses der Mechanis-

men und schließlich der Informationsmaßnahmen unterschiedlich.

Die geplante Richtlinie sollte, indem sie den durch die Rechtsprechung geschaffenen rechtlichen Rahmen fixiert und dessen Umsetzung in sämtlichen nationalen Rechtsvorschriften gewährleistet, dieser Feststellung zum Teil abhelfen.

Doch bereits das Vorhandensein dieser beiden Wege zur Übernahme schafft Unsicherheit, da die Vor- und Nachteile in der jeweiligen Situation, in der ein Betroffener sich befindet, nicht gleich in seine Kenntnis gelangen, zudem ex ante schwer in Zahlen zu fassen sind und von zahlreichen Faktoren abhängen (ist eine vorherige Genehmigung erforderlich oder nicht, ist das Produkt oder die Behandlung im lokalen Leistungsumfang und/oder im Leistungsumfang der zugehörigen Versicherung enthalten oder nicht ...). Beim zweiten Weg kommt noch hinzu, dass es unmöglich ist, vorab zu wissen, welche Tarife von den Angehörigen der Gesundheitsberufe, Dienstleistern und lokalen Einrichtungen angewendet werden.

b) Eine bemerkenswerte Komplexität

Zwischen den beiden Wegen sind die meisten Elemente variabel: der Bereich der vorherigen Genehmigung (auch wenn das Genehmigungssystem einheitlich ist), der Bereich des Greifens der beiden Systeme am Aufenthalts- und am Versicherungsort (beispielsweise Medikamente, die von einem Träger übernommen werden, vom anderen nicht), Vorgaben hinsichtlich des Zugangs zur Behandlung (unterschiedliche Bedingungen, die die beiden Systeme beim Zugang zu Krankenhausbehandlungen auferlegen, wenn kein Notfall vorliegt), verwaltungstechnische Formalitäten bei der Übernahme oder Erstattung der Kosten.

Diese Komplexität trifft nicht nur die Patienten, sondern natürlich auch die Träger, deren Verwaltungskosten steigen, wobei der Höhepunkt derzeit im Falle eines möglichen Vanbraekel-Zusatzes erreicht

wird. Dafür ist nicht so sehr das Prinzip verantwortlich, das relativ einfach bleibt und auch in anderen Bereichen angewendet wird (etwa bei Familienbeihilfen), sondern durch das schwierige Zusammenstellen, Identifizieren und Beziffern der zur Berechnung erforderlichen Elemente.

Die Komplexität ergibt sich auch aus der Tatsache, dass die vom Betroffenen erhaltenen Informationen häufig bruchstückhaft und verspätet eingeht, sowie aus der mitunter vorliegenden Überlappung der Bestimmungen, ob es sich nun um den oben erwähnten Vanbraekel-Zusatz und oder um durch Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 und in Kürze durch die Artikel 25 und 26 der neuen Durchführungsverordnung angebotene Optionen handelt: Wie kann man den Versicherten einfach und klar erläutern, dass die beiden Wege über diese Ergänzung mitunter zum gleichen finanziellen Ergebnis führen? Die wahrscheinliche Ausweitung der Rechtsprechung auf die Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt durch das Urteil in der bereits erwähnten Rechtssache Kommission/Spanien trägt aus diesem Blickwinkel nicht dazu bei, dieser Tatsache abzuweichen.

c) Ein Mangel an Gleichheit

Wie bereits zuvor erwähnt, hat der derzeit weder genormte, noch in Rahmenbedingungen geregelte zweite Weg für den Patienten zur Folge, dass er für die Kosten in Vorlage treten muss und freien Tarifen unterliegt, die höher bzw. sehr viel höher ausfallen können als die festen Tarife oder die, die vom Sozialversicherungssystem des Landes, in dem die Behandlung erfolgt, übernommen werden. Hinzu kommen mangelhafte, wenn nicht sogar völlig ausbleibende Informationen über die Umsetzungsmodalitäten, die Folgen sowie die Vor- und Nachteile der beiden Wege einerseits und über das grenzüberschreitende Behandlungsangebot andererseits.

Daraus ergibt sich bei diesem zweiten Weg eine offensichtliche Ungleichheit zwischen den verschiedenen Patienten-/Versichertengruppen, je nachdem

ob sie über die finanziellen Möglichkeiten verfügen oder nicht, diese Kosten bis zur Erstattung vorzulegen, wozu weitere Kosten treten (Transport, Unterkunft ...), die umso höher werden, je weiter die Anreise ist oder wenn je nach Ablauf und Dauer der Behandlung mehrere Anreisen erforderlich sind.

Die Ungleichheit rührt auch aus den mehr oder weniger guten Möglichkeiten der Betroffenen, hilfreiche Informationen zu erhalten, etwa darüber, wie man eine Warteschlange umgeht, indem man jenseits der Grenze eine Behandlung in Anspruch nimmt, oder über die Erstattungs- bzw. Beteiligungsätze der beiden Systeme, nämlich desjenigen, in dem die Behandlung erfolgt, und desjenigen, dem man angehört.

Zudem wurde die Tendenz bemerkt, dass es für die wohlhabendsten und am besten informierten Patienten eventuell leichter wird, jenseits der medizinischen Notwendigkeit individuelle Möglichkeiten zu nutzen, wodurch das Risiko besteht, dass die Träger trotz der Möglichkeit zur vorherigen Genehmigung von Krankenhausaufenthalten und Ähnlichem Behandlungen oder einen damit verbundenen Verwaltungsaufwand tragen müssen, die als Komfort oder Luxus aufgefasst werden können.

3. Eine Neuorientierung des zweiten Weges in Richtung „Sozialversicherung“

Die Annäherung der beiden Wege bietet zudem die Möglichkeit, die beim zweiten Weg bereits angeführten Nachteile des marktorientierten Ansatzes hinsichtlich des Zugangs zu gesundheitlicher Versorgung teilweise zu mildern. Im Rahmen einer Koordinierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten zur Erleichterung des Personenverkehrs und zur Verbesserung des Lebensstandards dieser Personen unter Gewährleistung eines hohen Gesundheitsschutzes⁽⁹⁶⁷⁾ ist es nicht nachvollziehbar, dass einer der beiden den Patienten angebotenen Wege ihren Status als Sozialversi-

cherte bei einem Aufenthalt in dem Land, wo die Behandlung erfolgen soll, ausklammert, sowohl beim Zugang zu dieser Behandlung als auch bei der Abrechnung der entsprechenden Kosten.

Dieser Zugang und diese Regelung können Bedingungen im Hinblick auf den Behandlungsweg insofern unterliegen, als sich dieser gerechtfertigt und für das gewünschte Ziel als angemessen erweisen sollte, wobei der Sozialversicherungsstatus erhalten werden muss. Die Informationen, über die die Versicherten des lokalen Systems verfügen oder verfügen sollten, sollten bereitgestellt werden, ebenso wie die Angehörigen der Gesundheitsberufe, Dienstleister und Einrichtungen die gelieferten Produkte oder erbrachten Dienstleistungen zum selben Tarif in Rechnung stellen sollten, wie es bei den Versicherten des lokalen Versicherungssystems geschieht oder von diesem getragen wird.

Hinsichtlich der oben genannten und der Koordinierung der Rechtsvorschriften unterliegenden Ziele werden private, freie Tarife nicht durch den einfachen Grund gerechtfertigt, dass die Übernahme oder Erstattung dieser Kosten letztlich direkt durch das System des Versicherten erfolgt und nicht durch das lokale System, das im Auftrag des Erstgenannten handelt. In dieser Hinsicht muss ein Gleichgewicht zwischen freiem Güter-/Dienstleistungsverkehr einerseits und freiem Personenverkehr (Mobilität der Versicherten) andererseits gefunden werden.

Diese Neuorientierung muss zudem in geringerem Umfang, da – sofern sie sich nicht freiwillig anders binden – die Unabhängigkeit der Angehörigen der Gesundheitsberufe, Dienstleister und Einrichtungen gegenüber einem System aus einem anderen Mitgliedstaat respektiert werden sollte, den Systemen der Mitgliedstaaten der Versicherten erlauben, gewisse Kontrollelemente zu bewahren oder bestimmte Regulierungsinstrumente umzusetzen, wenn ihre Versicherten sich für den zweiten Weg entscheiden. Dies umfasst die Sicherheit, dass Letztere keine aufgrund einer Anwendung freier Tarife überhöhten Rechnungen zur Erstattung vorlegen,

⁽⁹⁶⁷⁾ Vgl. Artikel 152 EG, Absatz 1 Satz 1: „Bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -maßnahmen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.“

und die Garantie, dass über diesen Weg die Kooperation der lokalen Träger bewahrt wird, auf die beim ersten Weg gezählt werden kann: Information, Kontrolle der von den Angehörigen der Gesundheitsberufe und Einrichtungen erbrachten Leistungen, medizinische Kontrolle der Patienten usw.

B. Welche Grundlage, welche Mittel?

1. Das Koordinierungsinstrument

a) Richtlinie oder Verordnung

Die Frage, ob eine Richtlinie oder eine Verordnung (nämlich die Verordnung (EG) Nr. 883/2004) die geeignete Rechtsgrundlage zur Umsetzung der Rechtsprechung des Gerichtshofs bezüglich des Zugangs zur grenzüberschreitenden Gesundheitsfürsorge sei, stellt sich inzwischen nicht mehr, da sie bereits zugunsten einer Richtlinie entschieden wurde, die sich tatsächlich besser für die Änderung der Rechtsvorschriften eignet, um deren Vereinbarkeit mit den Regeln des Binnenmarkts sowie eine universelle und angemessene Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung zu gewährleisten und gleichzeitig jedem Staat zu ermöglichen, zu diesem Zweck die für sein System geeigneten Maßnahmen zu ergreifen.

Nun muss noch das geeignete Instrument zur Koordinierung der beiden Wege für den Zugang zu grenzüberschreitender Gesundheitsfürsorge gewählt werden. Eine Richtlinie wäre in diesem Fall für die Festlegung der Koordinierungsaspekte, die auf Gemeinschaftsebene verbleiben und nicht auf die nationalen Rechtsvorschriften übertragen werden sollen, denkbar ungeeignet. Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 eignet sich dagegen umso mehr als Instrument zur Koordinierung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften.

Die unmittelbare Umsetzung der Rechtsprechung oder ihre mittelbare Umsetzung über die Richtlinie hat zur Folge, dass die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften mit einer Art internem Modul ausgestattet werden, das ihre Anwendung auf Behandlungen in

einem anderen Mitgliedstaat (zweiter Weg) unbeschadet ihrer gleichzeitigen Anwendung ohne dieses Modul, aber mithilfe des in der Verordnung enthaltenen externen Moduls (erster Weg) ermöglicht. Die Verordnung dient der Koordinierung dieser beiden Wege, d. h., die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften kommen mal ohne und mal mit ihrem internen Modul „Decker-Kohl“ zur Anwendung, in Analogie zu dem, was die Verordnung seit langem für die Renten vorsieht, mit den Begriffen der staatlichen Rente (eine Art analoger zweiter Weg) und der anteiligen Rente (reine Konstruktion der Verordnung, die eine Art analogen zweiten Weg schafft).

Auch durch das Zusammenfassen der Koordinierungsregeln der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in einem einzigen Text lassen sich die beiden Wege, ihr Verhältnis zueinander und ihr Zusammenspiel sichern. Zudem werden so der Zugang der Versicherten zu einer einheitlichen Regelung und die Vereinfachung erleichtert.

Auch soll darauf hingewiesen sein, dass zu der technischen Herausforderung, die diese Annäherung, diese neue Koordinierung darstellt, die politische Herausforderung kommt, die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 so anzupassen, dass sie den Erfordernissen entspricht, damit die zuvor genannten Ziele erreicht werden ⁽⁹⁶⁸⁾.

b) Rechtsgrundlage

Während der Richtlinienvorschlag auf Artikel 95 EG basiert, der die Erlassung der „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben,“ ermöglicht, allerdings unter Ausschluss der „Bestimmungen über die Freizügigkeit“, basiert die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hauptsächlich auf Artikel 42 EG, der es ermöglicht, „die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen“ zu beschließen und zusätzlich auf Artikel

⁽⁹⁶⁸⁾ J.-C. Fillon, „Trois défis pour la coordination des systèmes de sécurité sociale“, *Liaisons Sociales Europe*, 2008, Nr. 198, 5-8.

308 EG, der es ermöglicht, „die geeigneten Vorschriften“ zu erlassen, wenn „ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich [erscheint], um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen“ und „in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“ sind.

Es wird sofort deutlich, dass die Richtlinie nicht alle erforderlichen Aspekte zur Koordinierung der beiden Wege abdecken kann, da ihre Rechtsgrundlage keinen Eingriff in die Bestimmungen zur Freizügigkeit von Personen erlaubt.

Die Verordnung hingegen eignet sich zur Umsetzung dieser erweiterten Koordinierung auf Basis von Artikel 42 EG, aufgrund der Ziele dieses Artikels und weil diese Koordinierung nur den Aspekt der Übernahme grenzüberschreitender Leistungen durch die Sozialversicherungssysteme betrifft, und schließlich auch, weil sie das weiter oben erwähnte Modul „Decker-Kohl“ nicht in die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften integrieren muss, da diese Aufgabe der Richtlinie zufallen würde.

Im Übrigen würde Artikel 308 EG unter diesen Umständen einen doppelten Beitrag leisten. Er ermöglicht einerseits eine Ausweitung der Koordinierung von den Arbeitern auf die Gesamtheit der jeweiligen Patienten eines Sozialversicherungssystems, die zusammen den persönlichen Geltungsbereich der Rechtsprechung und der Richtlinie ausmachen, und garantiert gleichzeitig durch den Bezug auf jedes Tätigwerden, das erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines der Ziele der Gemeinschaft zu verwirklichen, dass jeder Aspekt dieser erweiterten Koordinierung, der sich vermutlich nicht auf Grundlage von Artikel 42 EG verwirklichen ließe, bei Bedarf auf diesen ergänzenden Artikel als Rechtsgrundlage gestützt werden kann.

c) Beitrag der Verordnung (EG) Nr. 883/2004

In ihrem Richtlinienvorschlag besteht die Kommission zu Recht auf der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Maßnahmen zur Information der Patienten zu

ergreifen und ein Netz von nationalen Kontaktstellen einzurichten, um die erforderlichen Informationen anzubieten und zu verbreiten und die Patienten bei der Geltendmachung und dem Schutz ihrer Rechte zu unterstützen.

Es muss betont werden, dass durch die Wahl der Verordnung als Grundlage für die Bestimmungen zur Koordinierung der beiden Wege, also durch den Einbezug des zweiten Wegs in den Geltungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und ihrer Durchführungsverordnung, dieser zweite Weg von der ganzen Logistik dieser Texte profitiert, nämlich:

- von einem Netz aus zuständigen Trägern des Aufenthalts- sowie des Wohnorts, bestimmten Einrichtungen und Verbindungsstellen zur Verwaltung der Rechte der Personen und zur Information dieser Personen über ihre Rechte;
- von einer gestärkten Gesamtheit von Verpflichtungen und Vorschriften zur Zusammenarbeit und zum Austausch von Daten und Informationen zwischen den verschiedenen Trägern sowie zwischen Trägern und Leistungsempfängern;
- von einem im Aufbau befindlichen Netz für den elektronischen Datenaustausch zwischen den Sozialversicherungsträgern sowie mit den Einrichtungen und Angehörigen der Gesundheitsberufe, die im Auftrag des lokalen Krankenversicherungssystems tätig sind, dem EESSI-Netz (für „Electronic Exchange of Social Security Information“);
- von einem mehrsprachigen Portal, das über die Rechte und Pflichten im Bereich soziale Sicherheit informiert und Zugang zu Online-Diensten der nationalen Träger bietet: dem Portal EULisses (für „EU Links and Information on Social Security“), das derzeit Informationen zum Thema Rente bietet und später auch über andere Sozialleistungen (Gesundheitsversorgung usw.) informieren soll;
- von einem Datenträger für den Zugang zur Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt: der europäischen Krankenversicherungskarte (EKVK), die zwar aktuell noch ein Papierdokument ist, deren elektronische Version (eEKVK) sich jedoch bereits in Entwicklung befindet;

- und schließlich mit der Verwaltungskommission von einem Ausschuss für die Verfolgung, Bewertung und Klärung von Streitigkeiten und die Aufstellung von Regeln zur Übernahme von Gesundheitsdienstleistungen gemäß Verordnung, für die Information der Versicherten und deren Unterstützung bei der Ausübung ihrer Rechte; ein Ad-hoc-Ausschuss, dessen Kompetenzen im Bereich soziale Sicherheit sich natürlich auf den Bereich des zweiten, in der Verordnung koordinierten Weges erstrecken können.

2. Die Leitlinien für die Annäherung

a) Vorgeschlagene Ziele

Wie weiter oben erwähnt, spricht der Bedarf an Rechtssicherheit für die Annäherung und die Koordinierung der beiden Wege, was voraussetzt, dass das Instrument als Ganzes in einem einzigen Text, der Koordinierungsverordnung, vorliegt und eindeutig ist. Das Instrument sollte zudem übersichtlich sein, also einerseits die Möglichkeiten für die Patienten klar darlegen und andererseits Wiederholungen oder Überschneidungen vermeiden.

Diese Forderung ist auch im Interesse der Vereinfachung, deren Ziel ebenfalls die Schaffung eines Instruments ist, das zwar Wahlmöglichkeiten bietet, aber in seiner Darstellung und Logik einheitlich ist. Es kann sich insbesondere auf die Einheitlichkeit des Vorabgenehmigungssystems (Genehmigungskriterien, Verfahrensgarantien und Fälle, in denen die Genehmigung nicht verwehrt werden darf) und der angewandten Sätze (nachträgliche Erstattung durch den zuständigen Staat, Übermittlung der Sätze durch den Aufenthaltsstaat, Festsetzung der Forderungen des Aufenthaltsstaats an den Versicherungsstaat) stützen.

Eine Vereinfachung setzt auch voraus, dass der Versicherte sich bezüglich wichtiger Verfahrensschritte mühelos darüber informieren kann, ob ihm noch Wahlmöglichkeiten offenstehen und wenn ja, welche praktischen und finanziellen Folgen diese mit

sich bringen. Zudem müssen direkte Kanäle begünstigt und Anreize geschaffen werden, dass die beteiligten Träger ihre eigenen Sätze anstatt der Sätze eines anderen Trägers anwenden. Dazu gehört auch, dass man versucht, Zuweisungsverfahren auf Grundlage des Vanbraekel-Zusatzes zu vermeiden, ohne dabei die Rechte der Versicherten zu beschneiden, indem man sich bemüht, den Betroffenen mit dem gewählten Instrument von vornherein eine möglichst vollständige Übernahme in möglichst vielen Fällen zu ermöglichen, so dass der Zusatz nur noch in Ausnahmefällen zur Anwendung kommt.

Die Neuorientierung des zweiten Weges im Bereich „soziale Sicherheit“ muss ebenso dafür sorgen, dass dem Versicherten unabhängig von der gewählten Übernahmeoption – durch den Aufenthalts- oder den Versicherungsstaat – die Beträge, die er an die Fachleute, Dienstleister und Einrichtungen des Gesundheitswesens zu zahlen hat, nach den Sätzen oder Kosten der sozialen Sicherung berechnet werden und nicht nach freien Sätzen. Dies erfordert die Ausstattung der Versicherten mit einem einheitlichen Dokument, aus dem ihre persönlichen Daten und Rechte hervorgehen und das unabhängig von der gewählten Übernahmeoption zum Einsatz kommt, um die Anwendung der Sätze und Kosten der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Die Art der Verwendung durch die Fachleute, Dienstleister und Einrichtungen des Gesundheitswesens variiert dann je nach gewählter Übernahmeoption.

Die europäische Krankenversicherungskarte bietet sich dabei, gegebenenfalls nach entsprechender Anpassung, offensichtlich als geeigneter Datenträger zur Verwirklichung dieser erweiterten Informationsübermittlung zwischen Patienten und Erbringern von Gesundheitsleistungen an. Ihre elektronische Version, die derzeit entwickelt wird, muss diesem erweiterten Anwendungsbereich gerecht werden.

b) Zu berücksichtigende Erfordernisse

Es versteht sich, dass die Rechtsprechung beim zweiten Weg, die sich unmittelbar auf die Artikel des EG-

Vertrags zum Binnenmarkt bezieht, nicht durch eine Verordnung ersetzt werden kann. Folglich ist der Rahmen für das allgemeingültige Koordinierungsinstrument so zu gestalten, dass der versicherte Patient unter den Modalitäten und Optionen, die dieses Instrument bietet, die Aspekte ermitteln kann, die ihm derzeit bei Wahl des zweiten Weges die Rechtsprechung bereitstellt, nämlich die Möglichkeit, sich die Kosten für die Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat gemäß den Bedingungen und Sätzen des Systems des Versicherungsstaats erstatten zu lassen, und zwar ohne vorherige Genehmigung für alle ambulanten Leistungen (und Spezialleistungen im Sinne des Richtlinienvorschlages, sofern von der Rechtsprechung im Urteil zur bereits genannten Rechtssache C-512/08, Kommission/Frankreich, bestätigt). Wenn es anders wäre, könnten die Patienten durch die Koordinierungsverordnung Rechte verlieren, die ihnen durch ihre nationale Rechtsprechung unter Einhaltung der Artikel 28 und 49 EG zugesichert werden.

Umgekehrt verhindert der erste Weg, der auf einem Rückgriff auf das System des Behandlungsstaats beruht, nicht die unmittelbare Anwendung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften (zweiter Weg) und räumt den Sozialversicherten Rechte ein, die sie ohne die Verordnung nicht hätten. Die Verordnung stellt somit eine vom Gesetzgeber auf Grundlage von Artikel 42 EG eingeräumte Vergünstigung zur Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, die Voraussetzungen und Grenzen beinhalten (gemäß bereits genanntem Urteil Inizan, Randnrn. 19-23) oder zugunsten anderer Vergünstigungen oder Instrumente ausgenommen werden kann.

Jedenfalls erweist es sich, um eine Verschlechterung zu verhindern und diese Vergünstigung zu gewährleisten, als erforderlich, dafür zu sorgen, dass dem Patienten auch die Elemente und Vergünstigungen, die ihm über den ersten Weg zustehen, nicht verloren gehen: Anwendung einer Gesetzgebung mit größerer qualitativer (Bedingungen für die Übernahme und Formalitäten) und quantitativer (Sätze oder Beteiligungskosten) Kohärenz zum lokalen Leis-

tungsangebot und den Sätzen der Angehörigen der Gesundheitsberufe und Einrichtungen, Vergünstigung des Zugangs zu qualitativ hochwertigen Leistungen und Begrenzung oder Ausnahme der Fälle, in denen die Kosten vorgestreckt werden müssen, usw.

Im Übrigen wäre es absurd, bei dieser Annäherung die entscheidenden Elemente dieses ersten Weges nicht beizubehalten, da andernfalls das Risiko besteht, dass diese Koordinierungsverordnung nur noch eine Kopie der gerade in der Prüfungsphase befindlichen Richtlinie darstellt, was zur Durchführung eines sterilen und unnötigen Vorhabens führen würde.

3. Einige Elemente des Instruments

Unter all diesen Zielen und Erfordernissen zeichnet sich ein einheitliches, aber vielschichtiges Koordinierungsinstrument mit unterschiedlichen Wahlmöglichkeiten oder Optionen ab, das die Einheitlichkeit des Instruments, die Klarheit und Einfachheit der Zugangswege zu übernommenen Leistungen und Optionen zwischen und auf diesen Wegen sicherstellt und gleichzeitig dafür sorgt, dass wesentliche Elemente der beiden Wege zugunsten des Patienten/Versicherten beibehalten werden und dass diesem unter allen Umständen ein Ansatz im Sinne der Sozialversicherung gewährleistet wird.

Hier geht es nicht darum, ein hypothetisches Instrument zu beschreiben, sondern abschließend einige wesentliche Elemente desselben zu betrachten.

a) Vorherige Genehmigung

Ist man sich nun darüber einig, dass das Vorabgenehmigungssystem einheitlich gestaltet sein muss, bleibt die Frage nach der Angleichung oder Nichtangleichung der Beteiligungsbereiche, je nachdem ob man sich in einer Situation befindet, in der das System des zuständigen Mitgliedstaats die Ausgaben direkt übernimmt, oder in einer Situation, in der das System des Behandlungsstaats die Ausgaben im Auftrag des ersten Mitgliedstaats übernimmt.

Im Sinn der Übersichtlichkeit des Instruments und der Einfachheit wäre es erstrebenswert, für beide Situationen einen einheitlichen Anwendungsbereich für Leistungen, die eine vorherige Genehmigung erfordern, zu schaffen. In der Verordnung müssten diese Leistungen also entweder gemäß Richtlinie definiert werden oder restriktiver, also mit den sich aus dem zweiten Weg ergebenden Erfordernissen vereinbar.

Allerdings ist diese Einheitlichkeit der Anwendungsbereiche nicht verpflichtend; es wäre durchaus möglich, für die erste Situation einen Anwendungsbereich in Betracht zu ziehen, der kleiner oder gleich dem Anwendungsbereich der Richtlinie und des zweiten Wegs ist, und für die zweite Situation beispielsweise aus finanziellen Gründen einen breiteren Anwendungsbereich vorzusehen. Demnach würde sich der allgemeine Anwendungsbereich für Gesundheitsleistungen in drei Untergruppen gliedern: die Gruppe, für die eine vorherige Genehmigung in der einen wie in der anderen Situation erforderlich wäre, dann die Gruppe, für die nur in der zweiten Situation eine Genehmigung nötig wäre, und schließlich die dritte Gruppe, bei der weder die eine noch die andere Situation eine Genehmigung erfordern würde. Die letzte Gruppe kann im Übrigen vernachlässigt werden, wenn für die zweite Situation immer eine Genehmigung erforderlich ist, wie dies derzeit im Bereich der geplanten Behandlungen der Fall ist.

Eine solche Untergliederung würde es den Trägern ermöglichen, die Kosten für die jeweilige Leistungskategorie gemäß ihren eigenen Sätzen zu übernehmen, die Erstattung gemäß den Sätzen der Träger des Behandlungsorts jedoch zu verweigern (durch Nichterteilen der Genehmigung), wenn diese Sätze viel höher sind.

Wir schlagen dennoch vor, die Einheitlichkeit der Anwendungsbereiche aus Gründen der Übersichtlichkeit und Einfachheit anzustreben (keine unterschiedlichen oder Mehrfachlisten), aber auch, um den Patienten die Möglichkeit zu sichern, hinsichtlich der entstandenen Kosten, d. h. hinsichtlich der Sätze und

Kosten, die ihnen von den Angehörigen der Gesundheitsberufe und den Gesundheitseinrichtungen in Rechnung gestellt werden, die günstigste und angemessenste Erstattungsmöglichkeit zu wählen.

Selbstverständlich darf das Instrument die gemeinsamen Regeln der beiden Wege nicht beeinträchtigen, gemäß denen eine beantragte Genehmigung unter bestimmten Umständen nicht verwehrt werden kann, wobei der Gesundheitszustand des Patienten und der voraussichtliche Verlauf eine Rolle spielen.

b) Beteiligungssätze

Das Instrument muss berücksichtigen, dass nach der Umsetzung der Richtlinie alle nationalen Rechtsvorschriften Sätze zur Erstattung von Ausgaben für Behandlungen in anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des zweiten Wegs vorgeben müssen. Diese Sätze müssen, wie weiter oben bereits angemerkt, denjenigen des ersten Wegs entsprechen.

Die Durchführungsverordnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hat diese neue Situation bereits berücksichtigt und knüpft die Erstattung von Ausgaben in einem anderen Mitgliedstaat an den Versicherten durch den zuständigen Träger nicht an die Bedingung, dass in den für diesen Träger geltenden Vorschriften Erstattungstarife vorgegeben sind, da das Vorhandensein der Erstattungstarife als unumstritten gilt.

Das Instrument sollte zur Einhaltung der oben genannten Zielsetzungen ebenfalls vorsehen, dass die Fachleute, Dienstleister und Einrichtungen des Gesundheitswesens, die Patienten Produkte oder Leistungen in Rechnung stellen, die nachweislich über eine Sozialversicherung in einem anderen Mitgliedstaat verfügen, aber nicht die Übernahme der Leistung durch das lokale System wünschen, diese Inrechnungstellung auf der Grundlage der Sätze und Kosten vornehmen, die für die Versicherten des lokalen Systems gelten oder von diesem getragen werden. Dies gilt natürlich nicht, wenn keine entsprechenden Übereinkommen oder sonstigen Verbindungen mit dem lokalen System bestehen.

c) Wahl zwischen zuständiger
und lokaler Gesetzgebung

Die oben genannten Erfordernisse verpflichten dazu, in jeder Situation die beste Option gemäß den Artikeln 25 (Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt) und 26 (geplante Behandlung) der Durchführungsverordnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu bewahren.

Die Ziele der Vereinfachung – für den Versicherten wie für den Träger – führen dagegen zu dem Versuch, diese Option nicht systematisch als Wahlmöglichkeit für den Betroffenen – vor oder nach Inanspruchnahme der Leistungen – anzugeben. In einigen Situationen, beispielsweise wenn die Ausgaben gering ausfallen oder wenn das voraussichtliche Interesse des Patienten absehbar ist (wichtige Unterscheidung im selben Sinn zwischen den getragenen oder erstatteten Sätzen und Kosten), kann eine vorgefertigte Standardoption unterbreitet werden, die dem Betroffenen immer noch die Möglichkeit bietet, die andere Option zu wählen.

Ein Unterschied zwischen den Anwendungsbereichen, wie oben unter Punkt a genannt, könnte ebenfalls eine Vorwegnahme der Wahl für Leistungen bedeuten, die direkt vom zuständigen Träger gemäß dessen Sätzen und ohne vorherige Genehmigung übernommen würden und die vom Träger am Aufenthaltsort gemäß dessen Sätzen übernommen würden, und zwar im Auftrag des ersten Trägers und mit vorheriger Genehmigung. Die Tatsache, dass der Versicherte keine vorherige Genehmigung eingeholt hat, könnten diesem als Entscheidung für die Erstattung gemäß den Sätzen des zuständigen Trägers ausgelegt werden.

d) Unterscheidung zwischen Behandlungen
bei vorübergehendem Aufenthalt
und geplanten Behandlungen

Diese Dualität – eine vollständige Abschaffung der Vorabgenehmigungssysteme ausgenommen – verdient es, erhalten zu werden, und zwar gerade, um

den Zugang zu Behandlungen bei vorübergehendem Aufenthalt ohne vorherige Genehmigung zu sichern, wie es bereits bei den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EG) Nr. 883/2004 der Fall ist.

Da der Gerichtshof in der bereits weiter oben genannten laufenden Rechtssache Kommission/Spanien (C-211/08) anmerkt, dass der zweite Weg a fortiori auf diese Leistungen Anwendung findet, wäre es auch möglich, die vorherige Genehmigung für diese Leistungen bei einer Erstattung gemäß den Sätzen der zuständigen Mitgliedstaaten vollständig aufzuheben.

Es ist auch nicht ersichtlich, wie eine vorherige Genehmigung in einem solchen Fall zu rechtfertigen wäre, selbst bei aufwendigen und kostspieligen Leistungen, außer wenn der Gerichtshof in diesem Kontext den Begriff der Notversorgung wieder einführt, der genauer ist als der Begriff der Behandlung bei vorübergehendem Aufenthalt. Unter diesen hypothetischen Umständen, die nicht zur Vereinfachung des gesuchten Instruments beitragen würden, wäre es natürlich möglich, für diesen Weg eine vorherige Genehmigung für bestimmte Krankenhaus- oder Spezialbehandlungen einzuführen, die für die betreffende Person und in der betrachteten Situation keinen Notfall darstellen, auch wenn es sich um sogenannte Behandlungen bei vorübergehendem Aufenthalt handelt.

Jedenfalls sprechen Vereinfachung, Rechtssicherheit und die Gewährleistung des Zugangs zu Leistungen in Reichweite für den vollkommenen Verzicht auf Vorabgenehmigungen für Behandlungen bei vorübergehendem Aufenthalt, und zwar unabhängig von der Erstattungsoption des Betroffenen oder der Übernahme der entsprechenden Ausgaben.

e) Eine einfache Verfahrensweise
bei kleinen Beträgen?

Im Interesse der Versicherten ist bei kleinen Beträgen unabhängig von der Wahl des Instruments eine vereinfachte Verfahrensweise anzustreben, die durch

einfaches Vorlegen der EKVK die direkte Zahlung geringer Kosten durch den Patienten und die schnelle, fast automatische Erstattung durch den zuständigen Träger gemäß seinen eigenen Sätzen ermöglicht.

Diese Art von Kosten lässt sich entweder über die Bezugnahme auf andere Kategorien oder Produkte des Gesundheitswesens bestimmen (Konsultieren eines Arztes in seiner Praxis, gängige Medikamente ...) oder über einen Höchstbetrag für Ausgaben während des vorübergehenden Aufenthalts oder aber durch eine Mischform der beiden Kriterien.

Eine solche Verfahrensweise wäre außer bei punktuelltem Bedarf beispielsweise auch bei chronischen Krankheiten oder dauerhafter Pathologie nützlich (bei medikamentös behandeltem Bluthochdruck und/oder Diabetes), bei denen Medikamente häufig und zu einem relativ niedrigen und einheitlichen Preis gekauft werden. Damit diese Verfahrensweise effizient ist und der Patient den Weg über das lokale System nicht bereut (eine Option, die selbst bei dieser Hypothese noch offenbleiben dürfte?), setzt sie voraus, dass das zuständige System für diese Ausgaben einen gehobenen Erstattungssatz festlegt oder dass der Patient über eine zusätzliche Privatversicherung verfügt, die in solchen Fällen greift.

Hinsichtlich der Vereinfachung für die Träger und der Begrenzung der Verwaltungskosten ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Vorgehensweise naturgemäß keine anschließende Erstattung zwischen Versicherungen gemäß Artikel 35 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erfordert.

f) Vorgaben für den Vanbraekel-Zusatz

Es ist hier nicht nötig, erneut die Schwierigkeiten bei der Umsetzung eines solchen Zusatzes zu erläutern, insbesondere wenn man die Unterschiede zwischen den nationalen Systemen bis ins kleinste Detail und das Fehlen gemeinsamer Mittel betrachtet (in erster Linie Dokumentationen zu Angehörigen der Gesundheitsberufe, Einrichtungen oder Produkten). Genauso wenig soll erneut auf das Recht der Patienten einge-

gangen werden, unter allen Umständen (abgesehen von der Voraussetzung einer vorherigen Genehmigung) eine Erstattung oder Übernahme in der Höhe zu erhalten, die vom zuständigen Mitgliedstaat gewährt worden wäre, wenn die Leistung in seinem Hoheitsgebiet erbracht worden wäre.

Da dieser Zusatz sich als schwer verwaltbar erweist, wird vorgeschlagen, dafür zu sorgen, dass der Patient diesen so selten wie möglich einfordert,

- indem einerseits sichergestellt wird, dass dem Patienten von Anfang an der höchstmögliche Übernahmebetrag gewährt wird (was voraussetzt, dass der zuständige Träger den besten Weg für den Patienten im Vorhinein systematisch von einem bestimmten Mitgliedstaat zum nächsten oder mehr den Umständen entsprechend abschätzen kann und den Patienten dann darüber informiert), und
- indem andererseits Wege geschaffen werden, um diesen Zusatz zu umgehen. Das wäre beispielsweise beim Einsatz einfacher Verfahrensweisen wie den unter Punkt e weiter oben angestrebten der Fall.

Man könnte auch über die rechtliche Umsetzbarkeit einer festen Ausgabenquote nachdenken, unterhalb deren und unter Berücksichtigung des geringen Nutzens für den Patienten und der hohen Verwaltungskosten der Anspruch auf Zusatz nicht untersucht würde.

g) Transportkosten

Der Gerichtshof meinte, in einer unserer Ansicht nach unglücklichen, aber durch die doppelsinnige Verwendung des Begriffs „Sachleistungen“ in Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 geförderten Interpretation im bereits genannten Urteil in der Rechtsache Watts und später im Urteil in der Rechtssache Acereda Herrera (C-466/04) angeben zu müssen:

„Wie der Wortlaut von Artikel 22 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 bestätigt, hat

Absatz 1 Buchstabe c Ziffer i dieses Artikels allein zum Ziel, Patienten, für die die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gelten und die vom zuständigen Träger eine Genehmigung erhalten haben, einen Zugang zur ‚Behandlung‘ in einem anderen Mitgliedstaat unter ebenso günstigen Beteiligungsbedingungen zu gewähren, wie sie für die Patienten gelten, die den Rechtsvorschriften dieses letztgenannten Staates unterliegen.“

„Die Verpflichtung des zuständigen Trägers nach den Artikeln 22 und 36 der Verordnung Nr. 1408/71 bezieht sich somit ausschließlich auf die Kosten, die mit der Gesundheitsversorgung verbunden sind, die der Patient im Aufenthaltsmitgliedstaat erhalten hat, d. h., soweit es um eine Krankenhausbehandlung geht, auf die Kosten der eigentlichen medizinischen Leistungen und die damit untrennbar verbundenen Ausgaben für den Aufenthalt des Betroffenen im Krankenhaus für die Zwecke seiner Behandlung.“

Wie bekannt, fügte der Gerichtshof hinzu, dass „[da] Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 demnach nicht zum Ziel hat, die Frage der Nebenkosten wie Reisekosten und Kosten einer etwaigen Unterbringung außerhalb des Krankenhauses zu regeln, die einem Patienten entstehen, dem der zuständige Träger genehmigt hat, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine seinem Zustand angemessene Behandlung zu erhalten, schreibt er die Übernahme derartiger Kosten nicht vor, untersagt sie aber auch nicht“, und kommt zu dem Schluss, dass gemäß Artikel 49 EG dem zuständigen Mitgliedstaat die Übernahme der Reisekosten, die, neben anderen Nebenkosten, einem Patienten entstehen, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben darf, um dort eine Behandlung zu erhalten oder dem die Genehmigung mit einem sich später als unbegründet erweisenden Bescheid versagt wurde, nur insofern obliegt, als die Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats dem nationalen System eine entsprechende Übernahmepflicht im Rahmen einer in einer örtlichen Einrichtung dieses Systems erbrachten Behandlung auferlegen.

Diese Interpretation wird im Hinblick auf die Sachleistungen im Sinne von Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 oder von Artikel 19 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 durch Letztere aufgrund der Ergänzung von Artikel 1 durch die sich der Verabschiedung nähernde Verordnung, die die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 modifiziert und den Inhalt ihrer Anhänge bestimmt, hinfällig gemacht, da Sachleistungen definiert werden als „Sachleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats vorgesehen sind und die den Zweck verfolgen, die ärztliche Behandlung und die diese Behandlung ergänzenden Produkte und Dienstleistungen zu erbringen bzw. zur Verfügung zu stellen oder direkt zu bezahlen oder die diesbezüglichen Kosten zu erstatten. Dazu gehören auch Sachleistungen bei Pflegebedürftigkeit.“

Doch diese Ergänzung, die zwar die Frage der Transportkosten regelt, die vom Träger am Aufenthaltsort auf seinem Staatsgebiet übernommen werden können, sofern die Rechtsvorschriften dies vorsehen und er sich beteiligt, regelt nicht die Frage der Transportkosten zwischen dem zuständigen Mitgliedstaat und dem Aufenthaltsstaat.

Bezieht man sich in dieser Hinsicht auf den Inhalt der vorliegenden Rechtsvorschriften, wie dies der Gerichtshof vorschreibt, reicht dies eventuell nicht aus, insbesondere wenn die Reise nicht auf Wunsch des Patienten erfolgt, sondern sich aus einer Notwendigkeit ergibt, da er im zuständigen Mitgliedstaat die für seinen Gesundheitszustand erforderliche Behandlung nicht erhalten kann. In solchen Fällen, in denen eine vorherige Genehmigung, sofern eine solche erforderlich ist, nicht verweigert werden kann, scheint es sowohl im Hinblick auf die Grundsätze des freien Personenverkehrs und des Grundrechts auf den Zugang zu gesundheitlicher Versorgung als auch im Hinblick auf das oben erwähnte Ziel der Gleichheit angemessen zu sein, die Pflicht des zuständigen Mitgliedstaats, unabhängig von seinen eigenen Rechtsvorschriften, ins Auge zu fassen, die mit der notwendigen Reise des Patienten zusammenhängenden Transportkosten für den

angesichts seines Zustands kostengünstigsten Weg zu übernehmen.

h) Direktes Abrechnungsverfahren

Wie bereits mehrmals betont, ist eines der Merkmale des zweiten Wegs die Tatsache, dass der Patient für die Kosten in Vorlage treten muss, bevor er von einer Erstattung durch den zuständigen Träger profitieren kann. Dies ist aber auch eine der Quellen der Ungleichheit dieses Wegs, da er, wenn es sich um teure Behandlungen handelt, Patienten vorbehalten ist, die über die finanziellen Mittel verfügen, um in Vorlage zu treten.

Aber angesichts der angestrebten Ziele sollte in Betracht gezogen werden, dass dieser Zustand nicht unvermeidlich ist und dass Überlegungen angestellt werden sollten, um hier Abhilfe zu schaffen.

In Analogie zu den Feststellungen des Gerichtshofs bezüglich der Nebenkosten, wobei die Transportkosten im voranstehenden Punkt untersucht wurden, wäre es durchaus vorstellbar, sofern die Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats auf Landesgebiet das direkte Abrechnungsverfahren zulassen – in dem Sinne, dass der Einrichtung, dem Dienstleister oder dem Angehörigen der Gesundheitsberufe, dem Gläubiger für die dem Versicherten entstandenen Kosten, der dem Betroffenen zugesagte Erstattungsbetrag oder der mit dem System für diese Behandlung zur Übernahme vereinbarte Betrag direkt überwiesen wird –, diese Möglichkeit auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats auszudehnen, indem der

zuständige Mitgliedstaat die Behandlungskosten, die einem seiner Versicherten im anderen Mitgliedstaat entstanden sind, gemäß seinen eigenen Tarifen erstattet. Eine solche Ausdehnung könnte auf Krankenhausbehandlungen oder auf Behandlungen oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts begrenzt werden.

Und wie bei den Transportkosten könnte darüber hinaus die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, eine Verpflichtung des zuständigen Mitgliedstaats zu schaffen, unabhängig von den durch seine Rechtsprechung gebotenen Möglichkeiten, der Einrichtung, dem Dienstleister oder dem betroffenen Angehörigen der Gesundheitsberufe direkt den seinem Versicherten zugestandenen Erstattungsbetrag zu überweisen, wenn dieser sich aufgrund der Tatsache, dass er im zuständigen Mitgliedstaat die für seinen Gesundheitszustand erforderliche Behandlung nicht rechtzeitig erhalten kann, in den anderen Mitgliedstaat begeben muss. In einem solchen Fall darf, wie bereits ausgeführt, eine vorherige Genehmigung, sofern eine solche erforderlich ist, nicht verweigert werden. Für diese Verpflichtung wäre eine doppelte Begrenzung möglich, zunächst einmal in Bezug auf den Patienten, der sich in der oben beschriebenen Situation befindet, dann für die Kosten, die einer Krankenhausbehandlung entsprechen oder einen noch festzulegenden Grenzwert übersteigen müssen, so dass die entstehenden Verwaltungskosten durch ein Verfahren eingegrenzt werden, bei dem sie auf Fälle beschränkt sind, die nicht im Ermessen des Betroffenen liegen, und indem dieser verpflichtet wird, einen erheblichen Vorschuss zu leisten.

ZUSAMMENFASSENDE SCHLUSSBEMERKUNGEN

Yves Jorens
Universität Gent (Belgien)

Yves Jorens (geboren 1968 im belgischen Antwerpen) ist derzeit Professor für Sozialrecht (national und international) und Europäisches Sozialrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Gent in Belgien. Er ist der ehemalige Leiter einer selbständigen Nachwuchsgruppe, die am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München zum Thema Europäisches und internationales Sozialrecht forschte. Thema seiner Doktorarbeit ist die rechtliche Stellung von Nicht-EU-Bürgern im Europäischen Sozialrecht. Seit vielen Jahren bearbeitet er Themen des europäischen Sozialrechts und der europäischen Sozialpolitik im Hinblick auf den Beitritt und die Integration in die Europäische Union, Probleme im Zusammenhang mit internationaler Beschäftigung, Gesundheitspolitik und Gesundheitsgesetzen. Er hat die nationalen Sozialversicherungssysteme der EU-Mitgliedstaaten intensiv studiert und kennt diese mittlerweile gut.

Jorens hat bereits in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union gearbeitet, insbesondere in den neuen Mitgliedstaaten. Außerdem verfügt er in vielen dieser Länder über gute Kontakte zu Sozialversicherungsexperten. Auch in Südafrika und China ist er sehr aktiv. Bei verschiedenen Phare- und Consensus-Programmen zu europäischem Sozialrecht war er als Sachverständiger und Teamleiter tätig sowie als Berater für den Europarat. Er berät die Europäische Union in diversen Bereichen der sozialen Sicherheit in Europa sowie des Gesundheitsrechts und der Gesundheitspolitik in Europa. Yves Jorens ist Mitglied und Wissenschaftlicher Mentor des Missoc-Sekretariats (System zur gegenseitigen Information über den Sozialschutz in der EU). Derzeit ist er außerdem Projektleiter und Wissenschaftlicher Leiter des trESS-Projekts (Training and Reporting on European Social Security), das von der Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, in Auftrag gegeben wurde. Im Mittelpunkt dabei stehen die Regelungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit für Wanderarbeitnehmer. (*)



In den letzten beiden Tagen haben wir das 50. Jubiläum der europäischen Koordinierung gefeiert. Seit dem Inkrafttreten des ersten Koordinierungsinstruments, der Verordnung Nr. 3, sind nun 50 Jahre vergangen.

Wie in diesem Bericht dargelegt, gehört die Freizügigkeit von Personen zu den Grundprinzipien der Europäischen Union. Es ist das Prinzip, zu dem wir

alle den engsten Bezug haben. Wenn Bürger von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen möchten, dürfen sie deswegen ihre Rechte im Bereich des Sozialschutzes nicht verlieren. Dies ist weiterhin das grundlegende Ziel des Ordnungsrahmens.

Die Bedeutung dieses Ziels lässt sich auch an der Tatsache erkennen, dass es sich hierbei um den dritten Text überhaupt handelt, der in der EU angenommen wurde, sowie um das erste wirkliche rechtliche Inst-

(*) Dieser Beitrag wurde aus dem Englischen übersetzt.

strument im Hinblick auf die Verordnungen Nr. 1 und Nr. 2. Diese Verordnungen befassten sich mit der Regelung der Sprachenfrage bzw. mit der Form der den Mitgliedern des Europäischen Parlaments zu gewährenden Freizügigkeit.

Und es gibt noch einen weiteren Grund zum Feiern. In diesem Jahr des 50. Jubiläums der Verordnung wurde ein völlig neuer, modernisierter und vereinfachter Rechtsrahmen angenommen, der in Kürze in Kraft treten wird: die Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

Diese völlig neue Form des Koordinierungsrahmens ist jedoch nur als vorläufiger Höhepunkt zu betrachten. Dies ist auch der Grund, warum es sich bei dieser Konferenz um eine mehr oder weniger mutige Aufgabe handelt. Wir feiern das 50. Jubiläum und die Annahme eines neuen Instruments, und obwohl dieses neue Instrument zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht einmal in Kraft getreten ist, diskutieren wir bereits über zukünftige Fragestellungen und eventuelle weitere Anpassungen dieses Rahmens. Es ist jedoch auch in Zukunft wichtig, dass die Koordinierungsregeln mit der Weiterentwicklung des rechtlichen und gesellschaftlichen Kontexts, in den sie eingebettet sind, Schritt halten und der Modernisierungs- und Vereinfachungsprozess weiter vorangetrieben wird.

Doch was können wir aus den vergangenen 50 Jahren lernen? Und wie können wir daraus bereits jetzt Schlussfolgerungen für die Zukunft ziehen?

Ich möchte hier nur auf einige wenige Ergebnisse der letzten 50 Jahre eingehen und einige der wichtigsten Herausforderungen nennen. Weiterführende Aspekte sind den verschiedenen schriftlichen Beiträgen zu entnehmen.

Keine Rechtsvorschrift ist näher am Alltag der Menschen als die Verordnung. Die Verordnung ist Sprachrohr und Ausdruck des Wunsches, die europäischen Bürger zu schützen und ihre Mobilität zu fördern. Doch vielleicht ist auch keine andere Rechtsvor-

schrift so kompliziert und auslegungsbedürftig wie die Verordnung.

Nachdem Simon Roberts uns die wichtigsten Gründe und Prinzipien der EG-Verordnungen zur Koordinierung in Erinnerung gerufen hat, gab Rob Cornelissen uns einen Überblick über die wichtigsten Errungenschaften der letzten 50 Jahre seit Inkrafttreten der Verordnung. Die ausschließliche Anwendung nationalen Rechts könnte sich negativ auf Personen auswirken, die von einem Mitgliedstaat in einen anderen ziehen. Die nationalen Gesetze zur sozialen Sicherheit beziehen die besondere Situation von Menschen, die in einem anderen Land gelebt oder gearbeitet haben, im Allgemeinen nicht ein. Nationale Gesetzesvorschriften steuern die jeweiligen Systeme der sozialen Sicherheit im Einklang mit nationalen Zielen. Die Verordnungen der Gemeinschaft zielen darauf ab, die Auswirkungen dieses „Territorialitätsprinzips“ auf Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen abzumildern. Dieses Ziel wurde durch eine Vielzahl von Vorschriften im Rahmen der Verordnungen erreicht, die im Laufe der Jahre weiterentwickelt und gestärkt wurden. Dazu zählen die ausschließliche und verbindliche Wirkung der Regelungen zu Gesetzeskonflikten, die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten für den Bezug von Leistungen, die Aufhebung von Wohnortklauseln und die grenzüberschreitende Anerkennung von Sachverhalten. Diese Prinzipien sind immer noch gültig, doch einige von ihnen sind unter Druck geraten.

Die Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten sind mit vielerlei Herausforderungen konfrontiert. Der Ausgangspunkt bei der Koordinierung besteht darin, die nationalen Sozialversicherungssysteme in ihrer bestehenden Form mit all ihren Unterschieden in Bezug auf Leistungen, Verfahren, Organisationsformen und die Finanzierung zu akzeptieren. Änderungen an den nationalen Systemen wirken sich daher auch auf die Koordinierung der sozialen Sicherheit aus, die eine Brücke zwischen den verschiedenen Systemen schlägt. Das bestehende Koordinierungssystem war tatsächlich in der Lage,

die Einführung einer breiten Palette neuer Leistungen in den nationalen Gesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten zu verarbeiten. Dabei dürfen wir aber nicht vergessen, dass diese Flexibilität hauptsächlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und nicht etwaigen Anpassungen der Bestimmungen durch den Gesetzgeber geschuldet ist. Cornelissen hat uns einige Beispiele dieser mitunter faszinierenden Interaktion zwischen dem EuGH und der Gesetzgebung genannt.

Durch verschiedene wichtige Verfahren hat der Europäische Gerichtshof tatsächlich Fortschritte im Bereich der Koordinierungsverordnungen erzielt. Die beteiligten Personen sind dabei in die Geschichte eingegangen.

Van Raepenbusch hat uns verdeutlicht, dass die EuGH-Rechtsprechung zur Koordinierung der sozialen Sicherheit äußerst umfangreich ist und über mehr als 500 Vorabentscheidungen verfügt. Damit sind die Koordinierungsverordnungen wohl die „erfolgreichsten“ – man kann auch sagen die umstrittensten – Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Die betreffenden Fälle sind das Ergebnis eines Dialogs zwischen den nationalen Richtern und dem Europäischen Gerichtshof.

Die Rolle der nationalen Richter kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Sie sind es, die dem Europäischen Gerichtshof Referenzmaterial für Vorabentscheidungen zur Verfügung stellen. Aus diesem Grund freuen wir uns, dass sich unter den Teilnehmern so viele Richter befinden.

Tatsächlich war der Europäische Gerichtshof federführend bei der Entwicklung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Bereich der Koordinierung der sozialen Sicherheit. Seit 40 Jahren sorgt er kontinuierlich für eine dynamische und konstruktive Auslegung der Verordnungen. Der EuGH bevorzugt dabei eindeutig eine teleologische Auslegung, d. h., er berücksichtigt stets die Ziele und Grundgedanken der Verordnungen, die letztendlich in der Förderung der Freizügigkeit von Personen bestehen.

Eine der Schwierigkeiten, mit denen die Verordnungen konfrontiert sein werden, ist die Umsetzung und Übernahme der Auslegungen und Weiterentwicklungen der Rechtsprechung. Hierbei handelt es sich um eine wichtige, aber mühevoll Aufgabe, da es darum geht, den Bürgern Europas bestimmte Rechte zu gewähren. Die europäische Gesetzgebung darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen, dass gerade die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs zur Freizügigkeit von Personen keine große Vielfalt an Optionen bietet, sondern im Gegenteil für die Ausarbeitung des Koordinierungsrahmens nur einen eher beschränkten Handlungsspielraum zulässt.

Wir haben jedoch ebenfalls darauf hingewiesen, dass in den Verordnungen gesellschaftliche Veränderungen zu berücksichtigen sind. Auf eine dieser ersten Herausforderungen ist Eichenhofer näher eingegangen.

Die relative Autonomie von dezentralisierten Einheiten, durch die die soziale Sicherheit heutzutage immer mehr geprägt ist, bedeutet nicht, dass diese Einheiten voneinander isoliert sind. Das Gemeinschaftsrecht richtet sich an die Mitgliedstaaten. Diese können die ihnen durch das Gemeinschaftsrecht auferlegten Verpflichtungen nicht umgehen, indem sie ihre Gesetzgebungs- oder Verwaltungsbefugnis auf innerstaatliche Einheiten übertragen. Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass auch regionale Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten an die EG-Koordinierung gebunden sind. Folglich müssen die regionalen Zweige der Sozialversicherungssysteme in den Mitgliedstaaten sämtliche Bestimmungen dieser Verordnung erfüllen. Die Frage, bis zu welchem Umfang Unterschiede bei der Behandlung interner und grenzüberschreitender Sachverhalte zulässig sind, wird nicht vom EU-Recht geklärt, sondern muss im Rahmen des nationalen Rechts behandelt werden. Nach Auffassung dieses Redners ist in dem Maße, in dem die umgekehrte Diskriminierung dem nationalen Verfassungsrecht zuwiderläuft, eine Benachteiligung von rein internen Fällen gegenüber innerhalb der Gemeinschaft behandelten Fällen rechtswidrig.

Eine weitere Entwicklung bei den Vorschriften, die unsere Aufmerksamkeit erfordern, ist der Einfluss, dem die Sozialversicherung derzeit in einem weit größeren Umfeld aus Wettbewerbsrecht, freiem Dienstleistungsverkehr, freiem Güterverkehr, freiem Personenverkehr usw. ausgesetzt ist. Es gilt, die notwendigen Schlüsse aus den konkreten Konsequenzen, die dies auf den derzeitigen Stand der Koordinierung hat, zu ziehen. Die Sozialversicherung findet sich somit plötzlich wieder im Zentrum der politischen Diskussion, deren zentrale Frage diejenige nach der Rolle der Sozialversicherung für den Wohlfahrtsstaat ist. Die Gefahren sind nicht gering. Handelt es sich dabei um das „Haar in der Suppe“, wie es Jean-Philippe Lhernould so schön formuliert hat? Der europäische Gesetzgeber ist wieder auf dem Boden der Tatsachen angelangt, wenn ich mir diese Bemerkung erlauben darf. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Hinblick auf die freie Bürgerschaft und den freien Personenverkehr hat, wie von Eleanor Spaventa ganz klar aufgezeigt, jenseits der Verordnungen erhebliche Auswirkungen auf die Leistungen der Sozialversicherung. Die Europäische Gemeinschaft erlegt den Mitgliedstaaten Pflichten auf, die diese nicht erwartet haben. An sich ist dies ein angenehmer Trend. Deshalb kann man also die Tatsache begrüßen, dass neben den europäischen Vorschriften ein Rahmen besteht, in dem die Unionsbürger ihre Rechte einfordern können, zumal es sich dabei um eine Ergänzung der bestehenden Rechte handelt. Die Gefahr liegt aber tiefer. Der Gerichtshof hat einen neuen Ansatz über die Auslegung des Zusammenhangs zwischen dem Primärrecht und dem Sekundärrecht geschaffen. Das Sekundärrecht bildet die Grundlage der den Unionsbürgern gewährten Rechte. Wenn Letztere sich mit den Bedingungen des Sekundärrechts nicht zufriedengeben, können sie unter Umständen auf das Primärrecht zurückgreifen, das hier eine Obergrenze ihrer Rechte bildet. In letzterem Fall muss der Richter eine Bewertung der konkreten Umstände vornehmen und überprüfen, ob die Ablehnung gerechtfertigt ist und dem Anspruch der Verhältnismäßigkeit entspricht. Die große Gefahr liegt in der Tatsache, dass neue Verpflichtungen auftreten und dass diese Verpflichtun-

gen den nach langen Jahren erreichten schwierigen Kompromiss beim sekundären Gemeinschaftsrecht hinfällig werden lassen. Auf diese Weise werden die Beschränkungen und Ausgangspositionen der Vorschriften infrage gestellt. So können die Vorschriften zwar die Rechte klargestellt haben, doch bilden die politischen Entscheidungen vielleicht eher eine Einschränkung als einen Vorteil.

Es ist somit nicht einfach, wie Jean-Claude Fillon im Bereich der Gesundheitsleistungen klar aufzeigt, die beiden zu versöhnen. Dies deshalb, weil die Anwendung der beiden Wege nicht zwangsläufig parallel erfolgt und für den betroffenen Bürger zu unvermeidlichen Unklarheiten sowie für die betroffenen Verwaltungen zu Anwendungsproblemen führt. Die Anpassung der Vorschriften an diesen neuen Trend gestaltet sich als eine extrem schwierige, jedoch im Hinblick auf das Erreichen von mehr Klarheit und höherem Schutz der bürgerlichen Rechte notwendige Aufgabe. Zudem wird die Tatsache, dass der zweite Weg häufig durch einen kasuistischen Ansatz, dessen Ausgang kaum vorhersehbar ist, charakterisiert wird und verschiedene Akteure (etwa die verschiedenen GD) betroffen sind, eine sehr langwierige, sehr schwierige Arbeit nach sich ziehen ...

Doch dieser Trend kann nicht nur als Gefahr und Negativentwicklung gesehen werden. Diese Entwicklung bietet uns nämlich die Möglichkeit, einzuhalten und über die konkreten Ziele der Vorschriften nachzudenken. Dies bietet uns vielleicht wieder die Möglichkeit, die Rolle der Vorschriften als Instrumente einer europäischen Solidarität zu betonen und somit für die betroffenen Personen (wieder?) zum Motor der sozialen Integration auf europäischer Ebene zu werden.

Eines der immer wiederkehrenden Probleme ist die Definition des Geltungsbereichs der Verordnungen. Evolutionen innerhalb nationaler Sozialesicherheitsysteme zur Berücksichtigung der neuen wirtschaftlichen oder politischen Herausforderungen führten zu der Geburt eines ganz neuen Katalogs von Leistungen. Die Diskussion dreht sich aber immer um die

Frage, ob diese Leistungen auch zum sachlichen Geltungsbereich gehören und dann besonders zu welchem Kapitel. Die Bedeutung der konkreten Einordnung ist aber nicht gering, da je nach dem geltenden Kapitel andere Koordinierungsregeln gelten. Die endgültige Entscheidung wird dann oft vom Gerichtshof genommen. Bernhard Spiegel sagt mit Recht, dass ein „ständiger Wettlauf“ stattfindet. Gelingt es dem Gesetzgeber zuerst, aktiv zu werden? Oder kommt der EUGH zuerst zum Zug? Eben die Tatsache, dass die endgültige Entscheidung des Gerichtshofs schon öfter zu nötigen Schweißausbrüchen geführt hat, trägt schließlich dazu bei, dass man ab und zu an eine Ausarbeitung eines separaten Koordinierungsregimes denkt, weil man eingesehen hat, dass die heutigen Regeln doch nicht ganz auf die Charakteristiken dieser neuen Unterstützungen abgestimmt sind. Da manche dieser Leistungen nicht in anderen Mitgliedstaaten bekannt sind, können die Verhandlungen, wie Simon schon gesagt hat, „très très dures“ sein. Dieses Problem ist nicht neu, sondern war schon von Anfang an da. Denken wir an das Beispiel der besonderen beitragsfreien Leistungen und den Unterschied zwischen sozialer Sicherheit und Sozialhilfe, welches – auch nachdem ein politischer Vergleich erreicht wird – noch zu einem bestimmten Widerstand in einigen Mitgliedstaaten geführt hat und sogar zu einem besonderen Verfahren der Kommission gegen den Rat. Bernhard Spiegel und Maximilian Fuchs haben einige dieser Diskussionsbereiche in ihren Beiträgen besprochen. Einige ihrer Beispiele schließen auch an den Lehrsatz von Sean Van Raepenbusch an, dass der Gerichtshof einerseits eine Rolle spielt als treibende Kraft, aber andererseits immer ein Urteil fällt in einer bestimmten Situation, welches dann an sich ein Eigenleben führen kann.

Einige der von ihnen genannten Beispiele zeigen auch deutlich die Notwendigkeit, den Koordinierungsrahmen diesen neuen Leistungen anzupassen. Denken wir an die Pflegeleistungen, die nur schwierig im heutigen Rahmen koordiniert werden können. Oder denken wir an das Beispiel der Rentensysteme der zweiten und dritten Säule. Wenn die Unterhandlungen

ein gutes Ende nehmen, könnte dies übrigens eine der ersten Änderungen von Verordnung (EG) Nr. 883/2004 werden. Angesichts der Wichtigkeit dieser letzten Leistungen ist dies auch ein wichtiger Schritt, jedoch ist es nicht ausgeschlossen, dass auch in Zukunft die Frage nach einer Aufteilung der ersten und der zweiten Säule in der Verordnung gestellt werden kann. In seinem Beitrag über Leistungen bei Arbeitslosigkeit bespricht Maximilian Fuchs einige wichtige Entwicklungen, einschließlich der Kombination zwischen Arbeitslosigkeit und Förderleistungen. Man kann nicht verneinen, dass es noch einige heikle Punkte gibt zwischen der Verordnung und den Ambitionen Europas, einen europäischen Arbeitsmarkt auszubauen. Aber es gibt auch die Entwicklung zu einem aktiven Wohlfahrtsstaat, in dem soziale Sicherheit nicht mehr zuerst darauf zielt, Geldleistungen zu zahlen, sondern eher vermeiden will, dass diese bezahlt werden müssen. Dieser aktive Wohlfahrtsstaat wirft nicht nur Fragen nach der Beschreibung des sachlichen Geltungsbereichs auf (z. B. Rehabilitationsleistungen, Unterschied zwischen Arbeitslosigkeit und Invalidität), sondern auch nach der konkreten Geltung der Verordnung, welche auch in diesem Rahmen problematisch ist, z. B. in Bezug auf Export oder anzuwendendes Recht.

Tatsächlich wurde bei vielen Anlässen darauf hingewiesen, dass die Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt große Auswirkungen auf den Koordinierungsrahmen haben. Paul Minderhoud hat in seinem Beitrag die Migrationstendenzen und neue Perspektiven beschrieben. Die Migration innerhalb der EU hält sich zugegebenermaßen, insbesondere im Vergleich zu den USA, eher in Grenzen: Von den insgesamt 500 Millionen EU-Bürgern sind bisher nur 1,2 Millionen migriert. Minderhoud hat zudem auf neue Migrationsmuster hingewiesen, insbesondere auf das Konzept der zirkulären Migration. Kürzere Migrationsdauern betreffen auch die Fragen der Integration in dem betreffenden Staat und des Anspruchs auf Leistungen. Wanderarbeitnehmer, die nur für kurze Zeit im Emigrationsland bleiben, werden es vermutlich vorziehen, weiterhin im Herkunftsland versichert zu sein als sich in dem Land zu

versichern, in dem sie arbeiten. Wie Yves Jorens festgestellt hat, sind es gerade diese neuen Formen der Migration, die auf den aktuellen Rahmen des „lex loci laboris“ und die allgemeinen Prinzipien des geltenden Rechts Druck ausüben. Es ergeben sich die folgenden wichtigen Fragen: Ist es nicht gerade im Hinblick auf die Freizügigkeit von Personen wichtig, die ausschließliche und die neutrale Wirkung der Regeln zu Gesetzeskonflikten zu hinterfragen? Geht es bei der Freizügigkeit um die Vermeidung von administrativen Komplikationen? Worin besteht das Interesse des Arbeitnehmers?

Wir haben die Konferenz mit der Frage begonnen, ob wir unserer Verordnung eine Goldmedaille verleihen könnten. Ich glaube, wir können diese Frage mit „Ja“ beantworten. Die innerhalb des Rahmens von trESS durchgeführte Forschung hat ergeben, dass das System ziemlich gut funktioniert. Bei trESS handelt es sich um ein Netzwerk, das sich mit der Umsetzung der Verordnungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten befasst. Damit soll nicht verheimlicht werden, dass immer auch eine Reihe von Lücken, Defiziten und

Unstimmigkeiten festgestellt werden kann. Doch ob das System hält, was es verspricht, werden wir erst in zehn Jahren beurteilen können. Wir müssen abwarten, was uns die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bringt.

Die Verordnungen stellen einen wichtigen Schritt der konkreten Realisierung der Unionsbürgerschaft dar. Die Unionsbürgerschaft trägt in diesem Zusammenhang dazu bei, dass es rechtmäßig ist, dass Europa Personen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, den notwendigen sozialen Schutz bietet und dabei die Vielfalt und Besonderheiten der verschiedenen Mitgliedstaaten bewahrt. Diese Entwicklung ist wichtig und bestätigt vielleicht die folgende Aussage Umberto Ecos: „Ich wünschte, ich wäre ein in Italien geborener Europäer.“ In den letzten beiden Tagen haben wir uns vielleicht gewünscht, ein in Prag, dieser wunderschönen europäischen Hauptstadt, geborener Europäer zu sein.

Wir möchten uns bei Ihnen allen bedanken, dass Sie mit uns das 50. Jubiläum der europäischen Koordination der sozialen Sicherheit gefeiert haben.

ANHANG: EINIGE FOTOS VON KONFERENZTEILNEHMERN



Gabriela Pikorova

Amtierende Präsidentin der CA.SS.TM, tschechisches Ministerium für Arbeit und Soziales (Vorsitzende)



Ivo van der Steen

Niederländisches Außenministerium (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Rolf Schuler

Hessisches Landessozialgericht (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Jana Lovsin

Slowenisches Ministerium für Arbeit, Familie und Soziales (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Carlos G. de Cortazar

Ständige Vertretung Spaniens bei der EU (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Bernd Schulte

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Herwig Verschueren

Universitäten Antwerpen und Brüssel (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Paul Palsterman

ACV – CSC (belgische Gewerkschaft) (Runder Tisch von Interessenvertretern)



Loes van Embden

BusinessEurope
(Runder Tisch von
Interessenvertretern)



Jörg Tagger

Europäische Kommission,
Einheit E/3 der GD
Beschäftigung
(Runder Tisch von
Interessenvertretern)



Ivo Van Damme

Belgischer
Unternehmensverband
(Runder Tisch von
Interessenvertretern)



**Christoph
Schumacher**

Deutsches Ministerium
für Arbeit und Soziales
(Runder Tisch von
Interessenvertretern)



Dorina Tsotsorou

Griechisches Ministerium
für Beschäftigung und
Sozialschutz
(Runder Tisch von
Interessenvertretern)



Eva Lukacs,

Ungarisches Ministerium
für Gesundheit
(Runder Tisch von
Interessenvertretern)



Jiri Kral

Generaldirektor für
Sozial- und
Familienpolitik,
tschechisches Ministerium
für Beschäftigung und
Soziales (Schlussrede)

Europäische Kommission

**50 Jahre Koordinierung der sozialen Sicherheit: Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft
Bericht über die Konferenz zur Feier des 50. Jubiläums der Koordinierung der sozialen
Sicherheit in Europa**

Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union

2010 – 270 S. – 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-14866-8

doi:10.2767/94081

Im Mai 2009 fand in Prag (Tschechische Republik) anlässlich des 50. Jubiläums der Koordinierung der sozialen Sicherheit in Europa eine Konferenz statt. Der vorliegende Bericht enthält die wichtigsten im Rahmen der zweitägigen Veranstaltung gehaltenen Reden, deren Themen von der Geschichte der sozialen Sicherheit bis hin zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung reichen.

Die Druckausgabe dieser Veröffentlichung ist in Deutsch, Englisch und Französisch erhältlich.

Wo erhalte ich EU-veröffentlichungen?

Kostenlose Veröffentlichungen:

- über den EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- bei den Vertretungen und Delegationen der Europäischen Kommission.
Die entsprechenden Kontaktdaten finden sich unter <http://ec.europa.eu/> oder können per Fax unter der Nummer +352 2929-42758 angefragt werden.

Kostenpflichtige Veröffentlichungen:

- über den EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Kostenpflichtige Abonnements (wie z. B. das *Amtsblatt der Europäischen Union* oder die *Sammlungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union*):

- über eine Vertriebsstelle des Amtes für Veröffentlichungen der Europäischen Union (http://publications.europa.eu/eu_bookshop/index_de.htm).

2010
Europäisches Jahr
zur Bekämpfung von
Armut und
sozialer Ausgrenzung

www.2010againstpoverity.eu

Falls Sie an den Veröffentlichungen der Generaldirektion Beschäftigung,
Soziales und Chancengleichheit interessiert sind, können
Sie sie unter folgender Adresse herunterladen oder kostenfrei abonnieren:

<http://ec.europa.eu/social/publications>

Unter der folgenden Adresse können Sie sich auch gerne für den kostenlosen
E-Newsletter der Europäischen Kommission Social Europe anmelden:

<http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>

<http://ec.europa.eu/social>



www.facebook.com/socialeurope



Amt für Veröffentlichungen

ISBN 978-92-79-14866-8



9 789279 148668