
S 29 EG 57/98

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten
Abteilung	10
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 29 EG 57/98
Datum	14.02.2001

2. Instanz

Aktenzeichen	L 9 EG 12/01
Datum	01.07.2003

3. Instanz

Datum	10.02.2005
-------	------------

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.

2. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gemäß Art 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: a) Ist als Wanderarbeitnehmer iS der Verordnung des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Nr 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (EWGV 1612/68) für Zeiträume zwischen Januar 1994 und September 1998 auch ein deutscher Staatsangehöriger anzusehen, der im Jahre 1990 unter Beibehaltung seines in Deutschland bestehenden Dienstverhältnisses als Postbeamter seinen Wohnsitz von dort nach Österreich verlegt hat und seitdem seinen Beruf als Grenzgänger ausübt? b) Falls die Frage a) bejaht wird: Stellt es eine mittelbare Diskriminierung iS des Art 7 Abs 2 EWGV 1612/68 dar, wenn der in Österreich wohnende und die dortige Staatsangehörigkeit besitzende, nicht erwerbstätige Ehegatte der unter a) genannten Person in der betreffenden Zeit vom Bezug des deutschen Erziehungsgeldes ausgeschlossen worden ist, weil er in Deutschland weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hatte?

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über den Anspruch der Klägerin auf Erziehungsgeld (Erzg) für ihre Kinder Anna, geboren 29. März 1991, und Robert, geboren 20. Mai 1993, sowie für das erste Lebensjahr ihres Sohnes Peter, geboren 11. September 1997.

Die Klägerin ist österreichische Staatsangehörige. Sie ist keine Beschäftigte aus. Seit Mai 1990 ist sie mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet, der zuvor in Deutschland gewohnt hat. Das Ehepaar lebt seither mit den gemeinsamen Kindern in Österreich. Der Ehemann hat seinen Arbeitsplatz als Beamter (seit 1986 der Deutschen Bundespost und ab 1995 der Deutschen Telekom AG) in Deutschland beibehalten.

Der Beklagte lehnte es ab, der Klägerin für Anna und Robert Erzg nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) zu gewähren, weil die Klägerin nicht in Deutschland wohne und hier auch kein Beschäftigungsverhältnis habe (Bescheid vom 25. September 1991 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Januar 1992, Bescheid vom 20. September 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 1994). Im Oktober 1996 gemäß [Â§ 44](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) gestellte Überprüfungsanträge der Klägerin blieben ebenso erfolglos wie ihr Antrag auf Erzg für Peters erstes Lebensjahr (Bescheide vom 10. und 23. Juni 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. September 1998).

Das Sozialgericht München hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 14. Februar 2001). Die Berufung ist vom Bayerischen Landessozialgericht (LSG) im Wesentlichen mit folgender Begründung zurückgewiesen worden (Urteil vom 1. Juli 2003): Die Klägerin wohne, anders als von Â§ 1 Abs 1 Satz 1 BERzGG gefordert, nicht in Deutschland. Auch nach europäischem Gemeinschaftsrecht bestehe kein Anspruch auf Erzg. Die Klägerin sei selbst nicht Arbeitnehmerin und falle auch nicht als Familienangehörige eines Arbeitnehmers in den persönlichen Anwendungsbereich des einschlägigen Gemeinschaftsrechts. Ihr Ehemann sei, soweit es um die Familienleistung Erzg gehe, als Beamter nicht Arbeitnehmer im Sinne des Anhangs I Teil I Abschnitt C Verordnung des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) Nr 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (EWGV 1408/71) damaliger Fassung. Zwar sei der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des Art 7 Abs 2 Verordnung des Rates der EWG Nr 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (EWGV 1612/68) gegeben. Darauf lasse sich der geltend gemachte Anspruch aber nicht stützen, weil die EWGV 1408/71 als speziellere Norm der EWGV 1612/68 vorgehe.

Die Klägerin macht mit ihrer Revision eine Verletzung europäischen Gemeinschaftsrechts geltend. Das LSG habe zu Unrecht angenommen, der Ehemann der Klägerin sei kein Arbeitnehmer iS des Art 1 Buchst a Ziffer ii EWGV 1408/71, weil er als Beamter nicht für den Fall der Arbeitslosigkeit

pflichtversichert gewesen sei. Für Grenzländer sei von dem Vorbehalt Deutschlands in Anhang I Teil I Abschnitt C EWGV 1408/71 eine (Gegen-)Ausnahme zu machen. Die Änderung dieser Sondervorschrift habe im Übrigen nur klarstellende Bedeutung gehabt, sei also bereits auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Zu Unrecht habe das LSG ferner angenommen, wegen eines Anwendungsvorrangs der EWGV 1408/71 seien ihre auch nach Auffassung des LSG auf Grund der EWGV 1612/68 bestehenden Ansprüche ausgeschlossen.

Die Klägerin beantragt,

die Urteile des Bayerischen LSG vom 1. Juli 2003 und des SG München vom 14. Februar 2001 aufzuheben sowie den Beklagten unter Aufhebung der drei Bescheide vom 10. und 23. Juni 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. September 1998 zu verurteilen, ihr unter Rücknahme des Bescheides vom 25. September 1991 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Januar 1992 sowie des Bescheides vom 20. September 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 1994 ein Erbgut für ihre Kinder Anna und Robert sowie für das erste Lebensjahr ihres Kindes Peter zu gewähren.

Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

II

Die dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zur Vorabentscheidung vorgelegten Rechtsfragen zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts sind entscheidungserheblich und klärungsbedürftig.

Allein nach innerstaatlichem Recht steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch nicht zu.

Das folgt hinsichtlich Anna für die Zeit bis Ende 1991 bereits daraus, dass auf den im Oktober 1996 gestellten Überprüfungsantrag Leistungen rückwirkend längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren erbracht werden könnten ([Â§ 44 Abs 4 SGB X](#)). Im Übrigen liegen nach den Tatsachenfeststellungen des LSG zwar die Voraussetzungen des Â§ 1 Abs 1 Nr 2 bis 4 BErzGG in der hier einschlägigen Fassung vom 31. Januar 1994 ([BGBl I 180](#), im Folgenden: aF) vor, also Haushaltsgemeinschaft mit den Kindern, Betreuung der Kinder, keine volle Erwerbstätigkeit; der Anspruch scheitert jedoch daran, dass die Klägerin, anders als in Â§ 1 Abs 1 Nr 1 BErzGG aF gefordert, während der streitigen Zeiträume (29. März 1991 bis 28. September 1992, 20. Mai 1993 bis 19. Mai 1995 und 11. September 1997 bis 10. September 1998) in Deutschland weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Sie fällt auch nicht unter Â§ 1 Abs 4 BErzGG aF, der für EG-Angehörige und Grenzländer aus den unmittelbaren Nachbarstaaten Deutschlands einen Anspruch vorsah, sofern sie eine mehr als

geringfügige Beschäftigung in Deutschland ausüben. Denn die Klägerin ist in Deutschland nicht beschäftigt.

Auf die Klägerin ist schließlich noch nicht § 1 Abs 7 BErzGG in der Fassung vom 12. Oktober 2000 ([BGBl I 1426](#)) anzuwenden, wonach sie als ein in einem anderen Mitgliedstaat der EG wohnender Ehegatte einer in Deutschland in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnis stehenden Person Anspruch auf Erzg haben könnte. Diese Vorschrift ist gemäß § 24 Abs 1 BErzGG (Fassung vom 12. Oktober 2000) bei vor dem 1. Januar 2001 geborenen Kindern nicht anwendbar. Anders als bei der gleichzeitig erfolgten klarstellenden Einbeziehung selbstständig Tätiger (vgl dazu Senatsurteil vom 11. Dezember 2003 – [B 10 EG 4/02 R](#) –, [SozR 4-7833 Â§ 1 Nr 2](#)) handelt es sich bei der Erstreckung der Anspruchsberechtigung auf im EG-Ausland wohnende Beamtenehegatten gegenüber dem bis Ende 2000 geltenden Recht – jedenfalls für die hier streitbefangene Zeit vor dem 1. September 1999 – um eine echte Erweiterung des begünstigten Personenkreises. Soweit diese Regelung europarechtlichen Entwicklungen Rechnung tragen sollte (Begründung zum Gesetzentwurf, [BT-Drucks 14/3118, S 14](#)), ist zu berücksichtigen, dass Beamte in den für die Inanspruchnahme deutscher Familienleistungen bedeutsamen Anhang I Teil I Abschnitt C EWGV 1408/71 erst mit Wirkung vom 1. September 1999 einbezogen worden sind (vgl Änderungsverordnung Nr 1399/99 vom 29. April 1999, ABl EG L 164/1 vom 30. Juni 1999).

Auch im deutsch-österreichischen Abkommensrecht findet sich für die geltend gemachten Ansprüche keine Grundlage. Das Abkommen vom 22. Dezember 1966 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über soziale Sicherheit (BGBl 1969 II, 1235) bezog sich nach seinem Art 2 Abs 1 Nr 2 Buchst e sachlich nur auf die Familienleistung Kindergeld. Durch Art 2 Abs 2 aaO war zudem sichergestellt, dass das später (zum 1. Januar 1986) eingeführte Erzg nicht ohne Abkommensergänzung in das zwischenstaatliche Recht einbezogen werden konnte:

(2) Dieses Abkommen bezieht sich nicht auf Rechtsvorschriften über ein neues System oder einen neuen Zweig der sozialen Sicherheit.

Das Abkommen vom 4. Oktober 1995 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über soziale Sicherheit (BGBl 1998 II, 313) bestätigt in Art 2 Abs 4 den Ausschluss des Erzg ausdrücklich:

(4) Dieses Abkommen bezieht sich nicht auf das Erziehungsgeld nach den deutschen Rechtsvorschriften und das Karenzurlaubsgeld nach den österreichischen Rechtsvorschriften.

Mit In-Kraft-Treten des Abkommens vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum ([BGBl 1993 II, 267](#)) am 1. Januar 1994 gilt für Österreich auch das europäische Gemeinschaftsrecht (vgl Ivansits, [SozSich](#) 1994, 235). Die insoweit einschlägige EWGV 1408/71 in der hier anzuwendenden konsolidierten Fassung (ABl EG C 335/1 vom 10. Dezember 1992, geändert durch Verordnungen

Nr 3095/95 und Nr 3096/95 vom 22. Dezember 1995, ABl EG L 335/1 und 10 vom 30. Dezember 1995) enthält ebenfalls keine Grundlage, auf die sich der Anspruch der Klägerin für Leistungszeiträume ab 1. Januar 1994, also für die Kinder Robert und Peter stützen ließe. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH (vgl. [Slg 1996, I-4895](#) = SozR 3-6050 Art 4 Nr 8; [Slg 1998, I-2691](#) = SozR 3-7833 Â§ 1 Nr 22).

Ob sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus der EWGV 1612/68 herleiten lässt, ist zweifelhaft; allerdings nicht deshalb, weil die EWGV 1408/71 als speziellere Norm für die in ihr geregelten Gegenstände darunter das Erzg als Familienleistung die EWGV 1612/68 verdrängt, wie das LSG angenommen hat. Diese Auffassung stützt sich allein auf eine Literaturstimme (Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1. Aufl 1999, RdNr 101; vgl auch Huster, NZS 1999, 10, 13, 15 f). Die Frage ist durch den EuGH (Urteile vom 10. März 1993 â€‹ [C-111/91](#) -, [Slg 1993, I-817](#), RdNr 21 und vom 27. Mai 1993 â€‹ [C-310/91](#) -, [Slg 1993, I-3011](#), RdNr 17; vgl auch die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache [C-254/94](#), [Slg 1996, I-4895](#), RdNr 85) aber bereits dahin geklärt, dass beide Verordnungen nebeneinander anzuwenden sind (vgl zur Prüfungsreihenfolge EuGH, Urteil vom 27. März 1985 â€‹ Rechtssache [Slg 1985, 1027](#), RdNr 16 und Schlussanträge des Generalanwalts Lenz in der Rechtssache [C-57/96](#), [Slg 1997, I-6689](#), RdNr 8 ff). Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Rechtsprechung in Zweifel zu ziehen.

Nach Art 7 Abs 1 EWGV 1612/68 darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer (Â§ 7 Abs 2 EWGV 1612/68).

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Erzg eine soziale Vergünstigung iS des Â§ 7 Abs 2 EWGV 1612/68 (vgl Urteil vom 12. Mai 1998 â€‹ [C-85/96](#) -, [Slg 1998, I-2691](#) = SozR 3-7833 Â§ 1 Nr 22 S 107). Im Rahmen des Art 48 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGVtr) und der EWGV 1612/68 ist als Arbeitnehmer anzusehen, wer in einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. In diesem Sinne ist auch der als Beamter tätige Ehemann der Klägerin Arbeitnehmer (vgl EuGH, Urteil vom 5. März 1998 â€‹ [C-194/96](#) -, [Slg 1998, I-895](#) = SozR 3-6050 Art 73 Nr 12; zur Bedeutungslosigkeit der Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses auch EuGH, Urteile vom 12. Februar 1974 â€‹ Rs [152/73](#) -, [Slg 1974, 153](#), RdNr 5, vom 3. Juli 1986 â€‹ Rs [66/85](#) -, Slg 1986, 2139, RdNr 20, und vom 24. März 1994 â€‹ [C-71/93](#) -, [Slg 1994, I-1101](#), RdNr 17).

Die Klägerin wäre von der EWGV 1612/68 erfasst, wenn ihr Ehemann von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hätte. Familienangehörige eines Arbeitnehmers (vgl Art 10 EWGV 1612/68) sind insoweit mittelbare Nutznießer der

Gleichbehandlung, die diesem durch Art 7 EWGV 1612/68 zuerkannt wird (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 1987 – C-316/85 –, Slg. 1987, 2832). Dies schließt das Recht ein, sich ggf. auch selbst auf Art 7 Abs. 2 EWGV 1612/68 berufen zu können (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Februar 1992 – C-3/90 –, Slg. 1992, I-1071).

Daran ist die Klägerin nicht etwa deshalb gehindert, weil ihr Ehemann unter Art 48 Abs. 4 (jetzt Art 39 Abs. 4) EGVtr fiele, wonach die Freizügigkeitsgarantie auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung findet. Denn als Beamter der Deutschen Telekom AG ist er selbst mittelbar nicht hoheitlich tätig, sondern in einem Unternehmen der Daseinsvorsorge beschäftigt, das den in Art 48 Abs. 4 (jetzt Art 39 Abs. 4) EGVtr funktionell verstandenen Begriff der "öffentlichen Verwaltung" nicht erfüllt (vgl. Franzen in Streinz/Franzen, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Begründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art 39 EGVtr, RdNr. 152 ff. mwN). Im übrigen erlaubt es Art 39 Abs. 4 EGVtr den Mitgliedstaaten lediglich, ausländische Bewerber vom Zugang zu den dort beschriebenen Positionen auszuschließen, macht aber keine Ausnahme vom Zwang zur Gleichbehandlung aller, die eine solche Stellung bereits erreicht haben (EuGH, Urteil vom 12. Februar 1974 – Rs. 152/73 –, Slg. 1974, 153, RdNr. 4; Franzen aaO RdNr. 155).

Zweifelhaft ist aber, ob der Ehegatte eines Arbeitnehmers sich auf eigene Rechte aus der EWGV 1612/68 bereits dann berufen kann, wenn der Arbeitnehmer, ohne jemals sein Beschäftigungsverhältnis im Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit gewechselt zu haben, heiratet und seinen Wohnsitz in den Mitgliedstaat verlegt, dem der Ehegatte angehört.

Das erscheint nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH fraglich. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen über die Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht auf Personen anzuwenden sind, die niemals das Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft ausgeübt haben (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – C-64 und 65/96 –, Slg. 1994, I-3171, RdNr. 17). Bislang hat der EuGH das Ziel der Art 48 f. (jetzt Art 39 f.) EGVtr und der zu ihrer Durchführung ergangenen EWGV 1612/68 in erster Linie darin gesehen, dass es einem Arbeitnehmer möglich gemacht wird, frei in das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort aufzuhalten, um eine Tätigkeit auszuüben (vgl. EuGH aaO RdNr. 21). Diese Sichtweise legt es nahe, ein Gebrauchmachen von der Freizügigkeit nur dann anzunehmen, wenn der Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat zum Zwecke der Erwerbstätigkeit erfolgt (vgl. zB Schlussanträge des Generalanwalts Darmon in der Rechtssache C-112/91, Slg. 1993, I-454, RdNr. 30). Das ist bei Inländern nicht der Fall, die unter Beibehaltung ihrer Beschäftigung im Inland lediglich ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen (vgl. Franzen, aaO, Art 39 EGVtr, RdNr. 35; dazu auch EuGH, Urteil vom 26. Januar 1993 – C-112/91 –, Slg. 1993, I-429). Danach wäre der Ehemann der Klägerin nicht als Wanderarbeitnehmer iS. der EWGV 1612/68 anzusehen. Seine deutsche Staatsangehörigkeit allein steht allerdings einer Anwendung der EWGV 1612/68 gegenüber einem deutschen Träger nicht entgegen (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 26. Januar 1999 – C-18/95 –, Slg. 1999, I-345).

Der gemeinschaftsrechtliche Freiz  igigkeitsbegriff könnte inzwischen weniger eng auszulegen sein als nach der dargestellten Rechtsprechung, weil mittlerweile ein allgemeines, von einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängiges, durch Art 18 EGVtr (zuvor Art 8a EGVtr) als Schlusspunkt jahrzehntelanger Entwicklung jetzt auch primärrechtlich gew  hrleistetes Aufenthaltsrecht anerkannt ist. Das könnte dazu geführt haben, dass der Begriff der Freiz  igigkeit im Rahmen der EWGV 1612/68 für die hier streitigen Zeiträume (1994 bis 1998) bereits durchgehend oder von einem bestimmten Zeitpunkt an von dem Erfordernis eines wirtschaftlichen Zwecks befreit war (vgl Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in den Rechtssachen C-245 und 312/94, Slg 1996, I-4898, RdNr 99 f; W  lker in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU/EG-Vertrag, 5. Aufl 1997, Vorbem zu Art 48 bis 50, RdNr 24). In diesem Sinne lassen sich namhafte Stimmen in der Literatur verstehen. Der bloße Wohnortwechsel eröffnet nach Husmann (SGb 1998, 245, 249) und Schlegel (in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsf  rderungsrechts, 2003,    37 RdNr 75) als grenzüberschreitender Sachverhalt jedenfalls den Zugang zur EWGV 1408/71. Dieselbe Auffassung vertreten Nowack (BB 1993, 982, 984) und Herzig/Dautzenberg (DB 1997, 8, 11) für die Niederlassungsfreiheit nach Art 52 (jetzt Art 43) EGVtr (aA Bundesfinanzhof, [BFHE 185, 30](#)).

Wird die erste Vorlagefrage zu Gunsten der Klägerin beantwortet, ist ihr Ehemann also Wanderarbeitnehmer, so ist weiter zu prüfen, ob Art 7 Abs 2 EWGV dadurch verletzt ist, dass die Klägerin in der streitigen Zeit nach dem BErzGG aF von dem Bezug des Erzg ausgeschlossen worden ist, weil sie in Deutschland weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Vorab wirkt der Umstand, dass der Ehemann der Klägerin seiner Erwerbstätigkeit in Deutschland als Grenzgänger von seinem   sterreichischen Wohnsitz aus nachgegangen ist, die Frage auf, ob sich die Klägerin in Bezug auf das deutsche Erzg uneingeschränkt auf Art 7 Abs 2 EWGV 1612/68 berufen kann.

Der Begriff der sozialen Vergünstigung, auf den Art 7 Abs 2 EWGV 1612/68 verweist, deckt nach der st  ndigen Rechtsprechung des EuGH (vgl