# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 2. DEZEMBER 1976 [1]

*Herr Präsident,*
*meine Herren Richter!*

In dieser Rechtssache liegt dem Gerichtshof ein Ersuchen um Vorabentscheidung des Centrale Raad van Beroep der Niederlande vor.

Berufungskläger des Ausgangsverfahrens ist der Bestuur der Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (Vorstand des Berufsverbandes für das Metallgewerbe); dieser Berufsverband ist offenbar der zuständige Träger der niederländischen gesetzlichen Arbeitslosenversicherung für Arbeitnehmer des Metallgewerbes.

Berufungsbeklagter in diesem Verfahren ist Herr L. J. Mouthaan, ein niederländischer Staatsangehöriger. Er ist 1942 geboren und wohnte während der maßgebenden Zeit in den Niederlanden. Nachdem er während eines Zeitraums, dessen genaue Dauer wir nicht kennen, in den Niederlanden für eine belgische Firma tätig war, arbeitete er von Oktober bis Dezember 1972 in der Bundesrepublik Deutschland für ein Unternehmen unter der Firma „De Schakel", das nach den Feststellungen des Centrale Raad van Beroep in den Niederlanden ansässig war und dem Verband der Berufungsklägerin angehörte. Der Centrale Raad van Beroep stellte ferner fest, daß Herr Mouthaan während dieser Beschäftigung drei- oder viermal im Monat an seinen Wohnort in den Niederlanden zurückkehrte. Im Dezember 1972 geriet De Schakel in finanzielle Schwierigkeiten, und Herr Mouthaan wurde arbeitslos. Er ließ sich als Arbeitsloser in den Niederlanden eintragen. Am 14. Februar 1973 wurde das Konkursverfahren über De Schakel eröffnet.

Herr Mouthaan verlangte vom Berufungskläger erstens Leistungen bei Arbeitslosigkeit und zweitens Leistungen nach den besonderen Bestimmungen des Kapitels III A der Werkloosheidswet (dem niederländischen Gesetz über Arbeitslosigkeit), nach denen der zuständige Träger für Beträge haftbar gemacht werden kann, die ein zahlungsunfähiger Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern schuldet.

Der Berufungskläger gewährte Herrn Mouthaan Leistungen bei Arbeitslosigkeit vom 1. Januar 1973 bis zum 26. März 1973, dem Tag, an dem dieser offenbar eine neue Anstellung fand. Mit einem an Herrn Mouthaan gerichteten Bescheid vom 30. Mai 1973 (Anlage 1 zum Vorlagebeschluß) verlangte der Berufungskläger jedoch Rückzahlung der geleisteten Beträge, die sich auf 2 400 Gulden beliefen.

Der Berufungskläger stützte diese Rückforderung auf folgende Gründe:

Artikel 13 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 „zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern" lautet:

„Ein Arbeitnehmer, für den diese Verordnung gilt, unterliegt den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel" (ABl. L 149 vom 5. Juli 1971).

Artikel 13 Absatz 2 bestimmt in dem hier entscheidenden Zusammenhang:

„Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:
(a) Ein Arbeitnehmer, der im Gebiet eines Mitgliedstaats beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften die-

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

ses Staates, und zwar auch dann, wenn er im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder sein Arbeitgeber oder das Unternehmen, das ihn beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat; ....." (ABl. L 149 vom 5. Juli 1971).

Nach Ansicht des Berufungsklägers, die vom Centrale Raad van Beroep geteilt wird, war keine der in Artikel 14 bis 17 enthaltenen Bestimmungen in dem betreffenden Fall anwendbar, so daß für Herrn Mouthaan während seiner Beschäftigung bei De Schakel die Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland galten. Es ist unbestritten, daß er dort nicht versichert war. Nach den Ausführungen der Kommission beruht dies auf dem Verschulden von De Schakel, da nach deutschem wie übrigens auch nach niederländischem Recht ein Arbeitgeber dafür Sorge tragen muß, daß die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer ordnungsgemäß der Sozialversicherung angeschlossen sind. Herr Mouthaan war nach seinen Angaben vor dem Centrale Raad van Beroep seinerseits davon ausgegangen, daß er weiterhin in den Niederlanden versichert sei.

Damit war die Angelegenheit jedoch noch nicht beendet, da sich unter den Bestimmungen in Kapitel 6 des Titels III der Verordnung Nr. 1408/71, das sich auf die Arbeitslosigkeit bezieht, Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii befindet, der wie folgt lautet:

„Für die Gewährung der Leistungen an einen Arbeitslosen, der während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet eines anderen als des zuständigen Mitgliedstaats wohnte, gilt folgendes:

.....

Arbeitnehmer, die nicht Grenzgänger sind und die sich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, in dessen Gebiet sie wohnen, oder in das Gebiet dieses Staates zurückkehren, erhalten bei Vollarbeitslosigkeit Leistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates, als ob sie dort zuletzt beschäftigt gewesen wären; diese Leistungen gewährt der Träger des Wohnorts zu seinen Lasten" (ABl. L 149 vom 5. Juli 1971).

Dies steht jedoch unter dem Vorbehalt, daß der betreffende Arbeitnehmer solange keine Leistungen in dem Staat seines Wohnorts erhält, wie er Ansprüche auf Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Staates beanspruchen kann, die zuletzt für ihn gegolten haben.

Es wird nicht vorgetragen, daß Herr Mouthaan Ansprüche auf Leistungen nach deutschem Recht geltend machen konnte, so daß Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b - ii in seinem Fall ohne weiteres anwendbar gewesen zu sein scheint, er somit einen Anspruch auf Leistungen nach niederländischem Recht hätte geltend machen können. Es scheint jedoch wohl für einige Zeit zweifelhaft, ob er nicht als „Grenzgänger" hätte angesehen werden müssen. Dies ist indessen unerheblich, da in einem solchen Fall Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a — ii zu demselben Ergebnis geführt hätte; der Wortlaut dieser Bestimmung entspricht bis auf den Vorbehalt dem des Artikels 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii. Der Centrale Raad van Beroep entschied jedoch ausdrücklich, daß Mouthaan nicht als Grenzgänger anzusehen sei (weil er nicht wenigstens einmal in der Woche nach Hause zurückkehrte), und dem Gerichtshof liegt keine diesbezügliche Frage vor.

Nach der vom Berufungskläger vertretenen und von ihm durchweg aufrechterhaltenen Ansicht wäre Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii nur dann im Falle von Herrn Mouthaan anwendbar gewesen, wenn er in Deutschland ordnungsgemäß versichert gewesen wäre, da diese Vorschrift keinen Anspruch auf Leistungen begründen wolle, sondern vielmehr bezwecke, einen solchen Anspruch, wenn er in einem Staat wirksam erworben sei, zur Grundlage eines Anspruchs in einem anderen Staat zu machen. Hierauf beruht die Entscheidung des Berufungsklägers, von Herrn Mouthaan die Rückzahlung

der ihm gewährten Leistungen zu fordern.

Herr Mouthaan erhob gegen diesen Bescheid Klage vor dem Raad van Beroep Arnheim und obsiegte. Das Gericht entschied (vgl. Anlage 2 zum Vorlagebeschluß), daß er unabhängig vom Gemeinschaftsrecht niederländische Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach den maßgebenden niederländischen Rechtsvorschriften beanspruchen könne, wenn er die in diesen Rechtsvorschriften festgesetzten Voraussetzungen erfülle; das Gericht entschied ferner, daß dieser Anspruch durch die Verordnung Nr. 1408/71 in keiner Weise entzogen werde. Der Raad van Beroep hob demgemäß den Bescheid des Berufungsklägers auf und verwies die Sache an den Berufungskläger zur Prüfung der Frage zurück, ob Herr Mouthaan die von den niederländischen Rechtsvorschriften festgesetzten Voraussetzungen erfülle.

Gegen dieses Urteil des Raad van Beroep hat der Berufungskläger Berufung eingelegt, die jetzt beim Centrale Raad van Beroep anhängig ist. Sie wurde — kurz gesagt — damit begründet, daß Herr Mouthaan erstens keine Ansprüche unmittelbar aus dem niederländischen Recht herleiten könne, da diesem Recht Artikel 13 der Verordnung Nr. 1408/71 vorgehe, wonach für ihn deutsches Recht gelte, und daß ihm zweitens keine Ansprüche aus Artikel 71 der Verordnung Nr. 1408/71 zuständen; drittens lägen Leistungen nach Kapitel III A der Werkloosheidswet in jedem Fall außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71, da sie keine Folge der Arbeitslosigkeit, sondern der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers seien (vgl. Anlage 3 zum Vorlagebeschluß).

Hier stellt sich bei Berücksichtigung der langen Reihe von Entscheidungen dieses Gerichtshofes — deren jüngste die in der Rechtssache 24/75, *Petroni/O.N.P.T.S.*, Slg. 1975, 1149, sowie in der Rechtssache 50/75, *C.P.E.P./Massonet,* Slg. 1975, 1473 sind — sogleich die Frage, ob Ansprüche, die Herrn Mouthaan nach niederländischem Recht zustehen, überhaupt durch Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 entzogen werden können. Diese Frage ist dem Gerichtshof jedoch vom Centrale Raad van Beroep nicht vorgelegt worden. Zudem ist sie ohne praktische Bedeutung, wenn Sie, meine Herren Richter, mir in der Beantwortung der tatsächlich vorgelegten Fragen zustimmen.

Zu diesen Fragen ist, wie ich glaube, zweierlei vorauszuschicken.

Zunächst wird der Gerichtshof in der Fragestellung aufgefordert zu entscheiden, ob Gemeinschaftsrecht unter den tatsächlichen Umständen des vorliegenden Falles anwendbar ist. Die Entscheidung über diese Anwendbarkeit obliegt jedoch dem Centrale Raad van Beroep selbst. Der Gerichtshof ist nach Artikel 177 des Vertrages nur befugt, über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht in abstracto zu entscheiden.

Sodann hat der Centrale Raad van Beroep dem Gerichtshof meiner Ansicht nach drei, und nur drei, Fragen vorgelegt — die erste nach der Auslegung der Definition des Ausdrucks „Arbeitnehmer" in Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71, die zweite nach der Auslegung von Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii und die dritte dahin, ob Leistungen der in Kapitel III A der Werkloosheidswet vorgesehenen Art „Leistungen bei Arbeitslosigkeit" im Sinne der Verordnung sind. Die Kommission hat den Vorlagebeschluß so ausgelegt, als enthalte er auch Fragen nach der Auslegung anderer Bestimmungen der Verordnung, insbesondere der Artikel 13 und 14. Es trifft zwar zu, daß diese Bestimmungen im Vorlagebeschluß als für die Entscheidung der Sache wesentlich bezeichnet werden. Der Centrale Raad van Beroep hat jedoch meines Erachtens bereits entschieden, wie sie im vorliegenden Fall anzuwenden sind, und er hat dem Gerichtshof hierzu keine Frage vorgelegt.

Ich komme nunmehr zur ersten Frage, die dahin geht, ob eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie nach der Verordnung versichert sein müßte, nicht versichert ist, dennoch als „Arbeitnehmer" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a anzusehen ist.

Ich werde, meine Herren Richter, Artikel 1 Buchstabe a nicht im Wortlaut verlesen. Er ist ziemlich lang und Ihnen vertraut, da Sie sich in der Rechtssache *Brack/Insurance Officer* (noch nicht veröffentlicht) mit ihm zu befassen hatten. Hier genügt der Hinweis darauf, daß der Ausdruck „Arbeitnehmer" in allen drei Unterabsätzen von Artikel 1 Buchstabe a für die Zwecke der Verordnung dahin definiert wird, daß er jede Person erfaßt, die gegen bestimmte, den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit entsprechende Risiken pflichtversichert oder freiwillig versichert ist. Hieraus scheint auf den ersten Blick zu folgen, daß eine nicht versicherte Person nicht dem Anwendungsbereich der Verordnung unterliegt.

Der Berufungskläger und die Kommission stimmen jedoch darin überein, daß diese Ansicht unzutreffend ist. Leider sind schriftliche oder mündliche Erklärungen für Herrn Mouthaan nicht abgegeben worden. Ich frage mich, nicht zum erstenmal, ob Artikel 104 Absatz 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes nicht in größerem Maße als bisher bekanntgemacht werden müßte.

Sei dem, wie ihm wolle, meiner Ansicht nach haben der Berufungskläger und die Kommission in dieser Frage Recht. Titel II der Verordnung (Artikel 13 ff.) enthält, worauf der Berufungskläger hinweist, Regeln zur Bestimmung der Rechtsvorschriften, nach denen „ein Arbeitnehmer, für den diese Verordnung gilt", versichert werden muß. Die Verfasser der Verordnung können deshalb nicht davon ausgegangen sein, daß ein „Arbeitnehmer" versichert sein muß, bevor die Verordnung auf ihn Anwendung finden kann. Artikel 1 Buchstabe a muß deshalb jede Person erfassen, die nach der Verordnung selbst in einem System der dort beschriebenen Art versichert sein müßte. Der wahre Zweck von Artikel 1 Buchstabe a besteht meiner Ansicht nach nicht darin, den „Arbeitnehmer" durch Bezugnahme auf sein Versichertsein zu definieren, sondern darin, die Arbeitnehmer, für die die Verordnung gilt, durch Bezugnahme auf die jeweils maßgebliche Art ihrer Versicherung zu bestimmen, wobei insbesondere selbständig Erwerbstätige allgemein ausgeschlossen werden.

Ich bin deshalb der Auffassung, daß die erste der dem Gerichtshof vom Centrale Raad van Beroep vorgelegten Fragen bejaht werden sollte.

Die zweite Frage geht dahin, ob ein Arbeitnehmer, der in dem Mitgliedstaat seiner Beschäftigung nicht versichert war, dennoch Leistungen auf der Grundlage von Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii beanspruchen kann.

Der Berufungskläger vertritt, wie sich versteht, die Ansicht, daß diese Frage zu verneinen sei. Nach Auffassung der Kommission ist sie zu bejahen. Es ist, wie ich meine, keine einfache Frage. In der vom Berufungskläger vorgebrachten Ansicht liegt eine gewisse Logik. Andererseits trägt die Kommission vor, daß Herrn Mouthaan keinerlei Verschulden daran treffe, daß er in Deutschland nicht versichert gewesen sei, und daß dieser Umstand nicht zu seinen Lasten gehen dürfe.

Ich bin nach allem der Ansicht, daß die Frage nur unter Bezugnahme auf den tatsächlichen Wortlaut von Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii beantwortet werden kann. Diese Bestimmung macht die Gewährung von Leistungen nicht ausdrücklich von einer Versicherung in dem Mitgliedstaat abhängig, in dem der Arbeitnehmer zuletzt beschäftigt war. Dies ergibt sich auch nicht notwendig aus dem

Zusammenhang. Es heißt dort vielmehr, daß der Träger des Wohnorts „diese Leistungen ... zu seinen Lasten [gewährt]". Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii muß darüber hinaus im Kontext des gesamten Kapitels 6 des Titels III der Verordnung Nr. 1408/71 gelesen werden. Hierzu gehört auch Artikel 67, der die Zusammenrechnung der maßgeblichen Zeiträume betrifft und hierbei zwischen „Versicherungszeiten" und „Beschäftigungszeiten" unterscheidet.

Meiner Ansicht nach sollte also auch die zweite Frage bejaht werden.

Wie ich bereits bemerkt habe, geht die dritte Frage dahin, ob Leistungen der Art, wie sie nach Kapitel III A der Werkloosheidswet gewährt werden, in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fallen. Es geht, genauer gesagt, darum, ob derartige Leistungen „Leistungen bei Arbeitslosigkeit" im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung sind. Artikel 4 Absatz 1 zählt, wie Sie wissen, bestimmte „Zweige der sozialen Sicherheit" auf und bestimmt, daß die Verordnung für alle diese betreffenden Rechtsvorschriften gilt. Die Aufzählung nennt unter Buchstabe g „Leistungen bei Arbeitslosigkeit".

Auch hier sind der Berufungskläger und die Kommission einer Meinung. Beide vertreten die Ansicht, daß die fraglichen Leistungen keine „Leistungen bei Arbeitslosigkeit" darstellen. Dem stimme ich zu, da diese Leistungen offensichtlich nicht auf Arbeitslose beschränkt sind. Sie werden jeder Person gewährt, deren Arbeitnehmer zahlungsunfähig wird: Der zuständige Träger steht innerhalb bestimmter Grenzen für das rückständige Arbeitsentgelt ein, das ein zahlungsunfähiger Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern schuldet. Das von Kapitel III A der Werkloosheidswet gedeckte Risiko ist deshalb nicht die Arbeitslosigkeit, sondern die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Wie sich herausgestellt hat, ist Kapitel III A im Jahre 1968 in die Werkloosheidswet eingefügt worden; daß die Einfügung derartiger Vorschriften in ein Gesetz über Arbeitslosigkeit unlogisch war, ist seinerzeit vom niederländischen Gesetzgeber erkannt worden, doch wurde aus praktischen Erwägungen so vorgegangen. Ich stimme daher mit der Kommission auch insoweit überein, daß die Frage, ob und welche Leistungen Herr Mouthaan nach Kapitel III A der Werkloosheidswet beanspruchen kann, in vollem Umfang niederländischem Recht unterliegt.

Im Ergebnis schlage ich vor, die dem Gerichtshof vom Centrale Raad van Beroep vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Eine Person, die nach den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 im Rahmen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer versichert sein müßte, ist als „Arbeitnehmer" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung anzusehen, auch wenn sie tatsächlich nicht versichert ist.

2. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Leistungen nach Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe b — ii der Verordnung hängt nicht davon ab, daß er in dem Mitgliedstaat seiner letzten Beschäftigung tatsächlich versichert war.

3. Leistungen sind dann nicht „Leistungen bei Arbeitslosigkeit" im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung, wenn sie nicht aufgrund von Arbeitslosigkeit gewährt werden.