# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN
vom 28. April 1993 *

*Herr Präsident,*
*meine Herren Richter!*

1. Das Bundessozialgericht fragt den Gerichtshof in der vorliegenden Sache, ob das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit einen Mitgliedstaat, der mit einem Drittstaat ein zweiseitiges Abkommen über die soziale Sicherheit geschlossen hat, verpflichtet, die Vergünstigungen, die sich aus den Bestimmungen dieses Abkommens für seine eigenen Staatsangehörigen ergeben, auf die Angehörigen aller anderen Mitgliedstaaten auszudehnen, wenn diese im betreffenden Mitgliedstaat beschäftigt und dort einem System der sozialen Sicherheit angeschlossen sind. Konkret geht es darum, ob dem Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß Artikel 7 und 48 EWG-Vertrag sowie Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 [1] eine derartige Bedeutung zukommt.

## Sachverhalt

2. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Maria Grana-Novoa, ist spanische Staatsangehörige. Sie hat in Spanien niemals eine versicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt. Von Dezember 1970 bis Juni 1975 war sie in der Schweiz versicherungspflichtig beschäftigt. Im November 1976 ging sie in die Bundesrepublik, wo sie von Februar 1979 bis Oktober 1982, insgesamt 44 Monate, beschäftigt und demgemäß versicherungspflichtig war. Seitdem ist sie arbeitsunfähig. Nachdem ein Arzt festgestellt hatte, daß sie an einer vornehmlich im Gehirn lokalisierten Form von Enzephalomyelitis disseminata leide, beantragte sie am 10. August 1983 bei der beklagten Landesversicherungsanstalt Hessen eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit. Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 11. November 1983 mit der Begründung ab, die Klägerin sei zwar seit 25. August 1983 arbeitsunfähig, die Wartezeit sei jedoch noch nicht erfüllt. Nach dem deutschen Sozialversicherungsrecht (§ 1247 Reichsversicherungsordnung) ist nämlich Voraussetzung für eine Erwerbsunfähigkeitsrente, daß der Versicherte eine Wartezeit von 60 Kalendermonaten vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit oder von 240 Kalendermonaten vor der Antragstellung zurückgelegt hat.

Die von der Klägerin gegen diesen Bescheid erhobene Klage wurde vom Sozialgericht Frankfurt am 18. März 1985 abgewiesen. Das Hessische Landessozialgericht wies die Berufung der Klägerin mit Urteil vom 17. März 1989 zurück. Die Klägerin hat am 7. Juni 1989 beim Bundessozialgericht Revision eingelegt. Sie rügt damit unter anderem eine Verletzung des spanisch-schweizerischen Sozialversicherungsabkommens. Die Schweiz müsse aufgrund von Artikel 9 dieses Abkommens spanische und Schweizer Bürger hinsichtlich der Berechnung von Wartezeiten gleichbehandeln und

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — 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. Für die vorliegende Sache kann auf die kodifizierte Fassung von 1983, ABl. 1983 L 230, S. 6, verwiesen werden; mittlerweile wurde eine neuere konsolidierte Fassung in ABl. 1992, C 325, S. 1 veröffentlicht.

demgemäß die Versicherungszeiten der Klägerin anerkennen. Dann beruft sich die Klägerin auf das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem spanischen Staat über soziale Sicherheit vom 4. Dezember 1973 [2]. Aufgrund dieses Abkommens habe sie Anspruch darauf, einem deutschen Staatsangehörigen hinsichtlich der Anwendung des zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft geschlossenen Abkommens über soziale Sicherheit vom 25. Februar 1964 [3] gleichgestellt zu werden. Sie könne folglich ihre schweizerischen und deutschen Versicherungszeiten zusammenrechnen und erfülle damit die nach deutschem Recht bestehende Wartezeitvoraussetzung.

Mit Teilurteil vom 28. August 1991 hat das Bundessozialgericht die Revision der Klägerin für die Zeit bis 31. Dezember 1985 zurückgewiesen [4]. Dagegen setzte es seine Entscheidung für die Zeit ab 1. Januar 1986, dem Zeitpunkt des Beitritts Spaniens zu den Europäischen Gemeinschaften, bis zur Entscheidung des Gerichtshofes über die Vorlagefragen aus.

3. Ehe ich auf diese Fragen eingehe, möchte ich kurz die einschlägigen staatsvertraglichen Bestimmungen darstellen. Das erwähnte *Abkommen zwischen Deutschland und der Schweiz* vom 25. Februar 1964 (nachstehend: Abkommen), das durch das Abkommen vom 9. September 1975 [5] ergänzt wurde, bestimmt unter anderem, daß für den Erwerb eines Leistungsanspruchs nach deutschem Recht auch die nach Schweizer Recht anrechnungsfähigen Versicherungszeiten zu berücksichtigen sind, sofern nach deutschem Recht anrechnungsfähige Versicherungszeiten von mindestens 12 Kalendermonaten vorhanden sind.

Gemäß Artikel 3 des Abkommens besteht ein Anspruch auf Zusammenrechnung der Versicherungszeiten nur für deutsche und Schweizer Staatsangehörige.

Andererseits schreibt Artikel 4 Absatz 1 des erwähnten *deutsch-spanischen Abkommens* vor, daß die Staatsangehörigen der beiden Vertragsstaaten gleichzubehandeln sind. Das Bundessozialgericht weist jedoch in seinem Vorlagebeschluß darauf hin, daß diese Vorschrift eine Berücksichtigung der Schweizer Versicherungszeiten nicht zulasse, da die Abwehrklausel in Nummer 2 des Schlußprotokolls zum Abkommen dem entgegenstehe. Diese Klausel lautet:

„Sind außer den Voraussetzungen für die Anwendung des Abkommens auch die Voraussetzungen für die Anwendung eines anderen Abkommens oder einer überstaatlichen Regelung erfüllt, so läßt der deutsche Träger bei Anwendung des Abkommens das andere Abkommen oder die überstaatliche Regelung unberücksichtigt, soweit diese nichts anderes bestimmen."

Nach Auffassung des Bundessozialgerichts folgt aus dieser Bestimmung, daß bei

2 — BGBl. 1977 II S. 687 und S. 722.
3 — BGBl. 1965 II S. 1294.
4 — Vgl. die entsprechende Begründung im Sitzungsbericht in I c Nr. 7.
5 — BGBl 1976 II S. 1372.

Anwendung des Abkommens die im deutsch-spanischen Abkommen enthaltene Vorschrift nicht berücksichtigt werden könne, da dieses „nichts anderes bestimme".

4. Das Bundessozialgericht hält es jedoch nicht für ausgeschlossen, daß der durch das Gemeinschaftsrecht, und zwar durch Artikel 7 EWG-Vertrag und Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71, bestätigte Grundsatz der Gleichbehandlung der Anwendung der erwähnten Abwehrklausel entgegenstehe. Es legt demgemäß dem Gerichtshof folgende zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1) Sind Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, so auszulegen, daß zu den „Rechtsvorschriften" im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 auch Bestimmungen zwischenstaatlicher Abkommen eines Mitgliedstaats mit einem Drittstaat gehören, die als Gesetz Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung des Mitgliedstaats geworden sind?

2) Falls Frage 1 bejaht wird: Sind Artikel 7 EWG-Vertrag und Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 so auszulegen, daß sie es einem Mitgliedstaat nicht erlauben, in einem Abkommen mit einem Drittstaat zu bestimmen, daß überstaatliche Regelungen bei Anwendung des Abkommens unberücksichtigt bleiben, wenn damit eine nach dem innerstaatlichen Recht dieses Mitgliedstaats bei Anwendung des Abkommens auf seine Bürger angeordnete Zusammenrechnung von Versicherungszeiten aus der innerstaatlichen Rentenversicherung und der Rentenversicherung des Drittstaats für Bürger anderer Mitgliedstaaten der EG ausgeschlossen wird?

**Gehört ein von einem Mitgliedstaat mit einem Drittstaat geschlossenes zweiseitiges Abkommen zu den „Rechtsvorschriften" im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71?**

5. Mit seiner ersten Frage möchte das Bundessozialgericht wissen, ob ein von einem Mitgliedstaat mit einem Drittstaat geschlossenes Abkommen, das als Gesetz Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung des Mitgliedstaats geworden ist, überhaupt in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 oder genauer gesagt des darin festgelegten Gleichbehandlungsgrundsatzes fällt. In Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung ist dieser Grundsatz wie folgt gefaßt worden:

„Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen."

Der Begriff der *Rechtsvorschriften* wird für die Anwendung der Verordnung in Artikel 1 Buchstabe j folgendermaßen definiert:

„... die bestehenden und künftigen Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in bezug auf die in Artikel 4 Absätze 1 und 2 genannten Zweige und Systeme der sozialen Sicherheit oder die in Artikel 4 Absatz 2 a erfaßten beitragsunabhängigen Sonderleistungen."

6. Im Zusammenhang mit der ersten Vorlagefrage stehen sich vor dem Gerichtshof zwei diametral entgegengesetzte Auffassungen gegenüber: die Auffassung der Beklagten sowie der deutschen und der britischen Regierung, denen sich die niederländische Regierung in der Sitzung angeschlossen hat, nach der die Frage zu verneinen ist, und diejenige der Klägerin, der italienischen und der portugiesischen Regierung sowie der Kommission, nach der sie zu bejahen ist.

Ich will gleich Farbe bekennen: Ich bin mit den erstgenannten Beteiligten der Auffassung, daß die gestellte Frage zu verneinen ist. Überdies möchte ich vorab bemerken, daß meines Erachtens die Tatsache für die Beantwortung dieser Frage ohne Belang ist, daß ein Vertrag in einigen Mitgliedstaaten [6] in der inländischen Rechtsordnung nur dann Rechtsfolgen hat, wenn er durch ein nationales Gesetz umgesetzt worden ist. Ob es sich so verhält, hängt davon ab, ob ein *Staat* in bezug auf das Verhältnis zwischen der internen Rechtsordnung und dem internationalen Recht der „dualistischen" oder der „monistischen" Auffassung folgt. Dies kann folglich keinen Einfluß auf die Auslegung eines *gemeinschaftsrechtlichen* Begriffs durch den Gerichtshof haben, die einheitlich und unabhängig von der in einem Mitgliedstaat herrschenden Auffassung über die Wirkungsweise internationaler Regelungen gelten muß [7].

Die Gründe, weshalb ein zweiseitiges Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat keine „Rechtsvorschriften" im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung 1408/71 darstellt, ergeben sich meines Erachtens aus dem Wortlaut und dem System der Verordnung, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und dem Wesen eines derartigen zweiseitigen Abkommens selbst.

7. Der *Wortlaut* der Verordnung Nr. 1408/71 unterscheidet ausweislich der an ihrem Anfang gegebenen Definitionen zwischen dem Begriff der „Rechtsvorschriften" einerseits (Artikel 1 Buchstabe j; vgl. oben Nr. 5) und dem des „Abkommens über die soziale Sicherheit" andererseits. Zu den letztgenannten gehört gemäß Artikel 1 Buchstabe k:

„jede zwei- oder mehrseitige Vereinbarung, die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für alle oder einen Teil der in Artikel 4 Absätze 1 und 2 bezeichneten Zweige und Systeme ausschließlich zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten jetzt oder künftig in Kraft ist; jede mehrseitige Vereinbarung, die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für alle oder einen Teil der in Artikel 4 Absätze 1 und 2 bezeichneten Zweige und Systeme für mindestens zwei Mitgliedstaaten und einen oder mehrere andere Staaten jetzt oder künftig in Kraft ist; ferner alle im Rahmen dieser Vereinbarungen getroffenen weiteren Vereinbarungen jeder Art".

6 — Darunter nach dem Vorlagebeschluß die Bundesrepublik, jedenfalls in bezug auf internationale Übereinkommen, die Rechte und Pflichten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit begründen.

7 — Zu den Problemen, die sich in einem dualistischen System bezüglich möglicher Normenkonflikte und der Anwendung des Grundsatzes „lex posterior derogat legi priori" ergeben können, vgl. unter anderem P. J. G. Kapteyn und P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the law of the European Communitites*, L. W. Gormley (Herausgeber), Deventer, Kluwer Law & Taxation, 1988, S. 40 f. und speziell für den deutschen Zusammenhang O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, München, Saur, 1987, S. 265 ff. Vgl. auch die relativierenden Anmerkungen hierzu von M. Waelbroeck, „Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A Reply", *Eur. L. Rev.*, 1978, S. 27 bis 29.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat also, obschon er zwischen zwei- oder mehrseitigen Sozialversicherungsabkommen und „Rechtsvorschriften" ausdrücklich unterschieden hat, von einem einzelnen Mitgliedstaat mit einem Drittstaat geschlossene zweiseitige Abkommen nicht erwähnt. Er regelt nur zweiseitige Vereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten und mehrseitige Vereinbarungen zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten und einem oder mehreren anderen Staaten.

8. Der Grund für diese enge Definition des Begriffs des „Abkommens über die soziale Sicherheit" wird klar, wenn man ihn auf das *System* bezieht, das die Verordnung Nr. 1408/71 in den Artikeln 3 Absatz 3 sowie 6, 7 und 8 in bezug auf derartige Abkommen vorsieht.

Kurz gesagt läuft diese Regelung auf folgendes hinaus. Artikel 6 enthält die allgemeine Regel. Danach tritt die Verordnung Nr. 1408/71 an die Stelle *aller* Abkommen über die soziale Sicherheit, die ausschließlich zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten gelten, sowie solcher Abkommen, die zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten und einem oder mehreren anderen Staaten gelten, in dem letztgenannten in Artikel 3 Buchstabe b geregelten Fall allerdings nur dann, wenn sich an einer Regelung kein Träger eines Drittstaats zu beteiligen hat [8]. Hiervon macht Artikel 7 jedoch eine beschränkte Ausnahme für eine Anzahl *bestehender* internationaler Bestimmungen, zu denen die in Anhang III der Verordnung aufgeführten Bestimmungen der Abkommen über soziale Sicherheit (Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c) zählen. Bezüglich des Abschlusses *neuer* Abkommen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten bestimmt Artikel 8 Absatz 1, daß die Mitgliedstaaten solche Abkommen „nach den Grundsätzen und im Geist dieser Verordnung" schließen können.

Für die Kategorie der *bestehenden* zweiseitigen Sozialversicherungsabkommen zwischen Mitgliedstaaten, die aufgrund der erwähnten Ausnahme des Artikels 7 Absatz 2 Buchstabe c nicht durch die Verordnung Nr. 1408/71 ersetzt worden sind (und für die Kategorie der in Übereinstimmung mit Artikel 8 Absatz 1 geschlossenen neuen Abkommen), gilt gemäß Artikel 3 Absatz 3 der Gleichbehandlungsgrundsatz, „soweit Anhang III nichts anderes bestimmt".

Betrachtet man den Anhang III näher, drängt sich die Feststellung auf, daß es hier *ausschließlich* um eine Reihe von Bestimmungen zweiseitiger Sozialversicherungsabkommen *zwischen Mitgliedstaaten* geht, „die ungeachtet des Artikels 6 der Verordnung weiterhin gelten" (Liste A), an deren Stelle — mit anderen Worten — die Verordnung Nr. 1408/71 nicht tritt, oder „deren Geltungsbereich nicht alle Personen umfaßt, auf die die Verordnung anzuwenden ist" (Liste B), für die — mit anderen Worten — der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gilt.

8 — Der Gerichtshof hat wiederholt entschieden, daß der Grundsatz, daß die Verordnung an die Stelle der Abkommen trete, zwingend sei und abgesehen von in der Verordnung ausdrücklich geregelten Fällen keine Ausnahmen zulasse; vgl. (hinsichtlich der inhaltsgleichen Bestimmung in Artikel 5 der Verordnung Nr. 3) Urteil vom 7. Juni 1973 in der Rechtssache 32/72 (Walder, Slg. 1973, 599, Randnrn. 6 und 7) und Urteil vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-227/89 (Rönfeldt, Slg. 1991, I-323, Randnr. 22).

9. Diese kurze Übersicht zeigt, daß die Verordnung Nr. 1408/71 weder zu der Frage, ob sie an die Stelle eines Staatsvertrags tritt oder ob dieser fortgilt, noch zu der Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz für zweiseitige Abkommen gilt, die *ein* Mitgliedstaat *mit einem Drittstaat* auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit geschlossen hat, Regelungen enthält. Kann es unter diesen Umständen die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers sein, die Stellung derartiger zweiseitiger Abkommen konkludent zu regeln und sie nachträglich in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 zu bringen, indem er sie unter den Begriff der „Rechtsvorschriften" des Artikels 1 Buchstabe j fallen läßt? Ich halte dies für schwer vorstellbar.

Eine derartige, auch zweiseitige Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat umfassende Auslegung des Begriffs der „Rechtsvorschriften" würde ja dazu führen, daß die Verordnung Nr. 1408/71 hinsichtlich des betroffenen Mitgliedstaats ohne jede Rücksprache mit dem Drittstaat an die Stelle des zweiseitigen Abkommens treten würde. Außerdem würde dabei kein, nicht einmal ein Artikel 6 Buchstabe b (vgl. oben Nr. 8) entsprechender Vorbehalt gelten, durch den die Geltung der Verordnung Nr. 1408/71 auf Bestimmungen beschränkt wird, an deren Anwendung sich kein Träger eines Drittstaats zu beteiligen hat. Auch würde eine derartige Auslegung dazu führen, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz uneingeschränkt für zweiseitige Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat gälte, ohne daß eine Ausnahmemöglichkeit, vergleichbar derjenigen des Artikels 3 Absatz 3 in Verbindung mit den im Anhang III genannten zweiseitigen Abkommen zwischen Mitgliedstaaten, bestünde.

10. Die Auffassung, daß zweiseitige, von einem Mitgliedstaat mit einem Drittstaat geschlossene Abkommen nicht unter den Begriff der „Rechtsvorschriften" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung Nr. 1408/71 fallen, wird im übrigen durch die *Rechtsprechung* des Gerichtshofes bestätigt. Ich verweise insoweit insbesondere auf die Urteile Ortskrankenkasse Hamburg, Kaucic und Borowitz.

In der Rechtssache Ortskrankenkasse Hamburg hatte das Bundessozialgericht den Gerichtshof unter anderem gefragt, ob ein Versicherungsträger eines Mitgliedstaats — Deutschland — für den Erwerb eines Anspruchs auf Leistungen aufgrund der Verordnung Nr. 3 (der Vorgängerin der Verordnung Nr. 1408/71) auch Beitragszeiten anrechnen müsse, die ein Versicherungsträger eines anderen Mitgliedstaats — Italien — nach einem Abkommen über soziale Sicherheit mit einem Nichtmitgliedstaat — Schweiz — berücksichtigen müsse. Der Gerichtshof hat entschieden, daß der die Zusammenrechnung hinsichtlich der Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft regelnde Artikel 16 der Verordnung Nr. 3 nur auf die „nach den Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaats zurückgelegten" Versicherungszeiten Bezug nehme und nach Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (der Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung Nr. 1408/71 weitgehend entspricht) „der Ausdruck ‚Rechtsvorschriften' die bestehenden und künftigen Gesetze, Verordnungen und Satzungen jedes Mitgliedstaats in bezug auf die ... Systeme und Zweige der sozialen Sicherheit bedeutet". Der Gerichtshof hat daraus geschlossen:

„Die Träger der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten sind daher nicht verpflichtet, in

Drittländern zurückgelegte Versicherungszeiten für den Erwerb eines Anspruchs auf Leistungen der sozialen Sicherheit zu berücksichtigen." [9]

In der Rechtssache Kaucic ging es um eine Erwerbsunfähigkeitsrente, die in Belgien den Rechtsnachfolgern eines verstorbenen italienischen Arbeitnehmers zu gewähren war, der sowohl in Italien und Belgien als auch in Österreich beschäftigt gewesen war und im letztgenannten Land einen Anspruch auf eine Erwerbsunfähigkeitsrente erworben hatte, die nach dem zwischen Italien und Österreich geschlossenen Sozialversicherungsabkommen berechnet wurde. Der Gerichtshof entschied, daß die Anwendung einer nationalen Antikumulierungsvorschrift in einer derartigen Situation mit den (einschlägigen) Verordnungen Nrn. 3 und 4 vereinbar sei:

„Die Bestimmungen der Verordnungen Nr. 3 und 4 über die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten erfassen nur die nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zurückgelegten Zeiten. Keine Bestimmung der Gemeinschaftsverordnungen über die Koordinierung der Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten befaßt sich mit den Versicherungszeiten, die in einem Nichtmitgliedstaat zurückgelegt worden sind, ob dieser nun mit einem oder mehreren der in Betracht kommenden Mitgliedstaaten ein Sozialversicherungsabkommen geschlossen hat oder nicht." [10]

11. Daß das Gemeinschaftsrecht — die Verordnung Nr. 1408/71 — die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, in Drittstaaten zurückgelegte Versicherungszeiten zu berücksichtigen, es jedoch *zuläßt*, daß sie dies auf freiwilliger Basis oder aufgrund eines zwischen dem fraglichen Mitgliedstaat und dem betroffenen Drittstaat geschlossenen zweiseitigen Abkommens tun, wird durch das Urteil Borowitz bestätigt. Das Bundessozialgericht hatte den Gerichtshof in dieser Sache gefragt, ob es gegen die Verordnung verstoße, daß ein deutscher Versicherungsträger bei der Entscheidung über die Anrechnung von Ausfallzeiten im Sinne der deutschen Rechtsvorschriften die Pflichtbeiträge und den Versicherungsbeitritt in einem Drittstaat (hier: Polen), mit dem die Bundesrepublik Deutschland ein Abkommen über die gegenseitige Gleichstellung von Versicherungszeiten geschlossen habe, in Deutschland entrichteten Pflichtbeiträgen und dem Eintritt in die deutsche Versicherung gleichstelle (wie sie das mit den in anderen Mitgliedstaaten entrichteten Pflichtbeiträgen und dem Eintritt in die Versicherung anderer Mitgliedstaaten tun müsse). Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, daß keine Bestimmung der Verordnung Nr. 1408/71 es ausschließe, daß der deutsche Träger die nach den polnischen Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungszeiten den nach den deutschen Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungszeiten gleichstelle [11]. Er hat weiter ausgeführt:

„Dagegen werden derartige nach den Rechtsvorschriften eines Drittstaats zurückgelegte Zeiten nicht allein deshalb zu nach den ‚Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zurückgelegten' Zeiten im Sinne des Artikels 46 der Verordnung, weil sie aufgrund eines von der Bundesrepublik Deutschland

9 — Urteil vom 16. November 1972 in der Rechtssache 16/72 (Ortskrankenkasse Hamburg, Slg. 1972, 1141, Randnr. 12).

10 — Urteil vom 10. März 1977 in der Rechtssache 75/76 (Kaucic, Slg. 1977, 495, Randnrn. 8 und 9).

11 — Urteil vom 5. Juli 1988 in der Rechtssache 21/87 (Borowitz, Slg. 1988, 3715, Randnr. 25).

geschlossenen zweiseitigen Abkommens von dem deutschen Träger berücksichtigt worden sind. Keine Bestimmung der Verordnung verpflichtet somit die Träger der anderen Mitgliedstaaten, diese Zeiten bei ihrer Berechnung nach Artikel 46 zu berücksichtigen; die Berücksichtigung dieser Zeiten durch den deutschen Träger führt demnach nicht zu einer Erweiterung ihrer Verpflichtungen." [12]

Damit bestätigt der Gerichtshof stillschweigend, aber eindeutig die Auffassung, die Generalanwalt Slynn in seinen Schlußanträgen in dieser Rechtssache hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der „Rechtsvorschriften" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung Nr. 1408/71 vertreten hatte. Aufgrund der erwähnten Urteile Ortskrankenkasse Hamburg und Kaucic hatte der Generalanwalt die Überzeugung geäußert, daß

„mit diesem Artikel — wenn man einmal nicht nur auf seinen Wortlaut abstellt — in einem Drittstaat zurückgelegte Zeiten, die lediglich im Hinblick auf die Berechnung einer Rente nach innerstaatlichem Recht Zeiten gleichgestellt werden, die mit Beiträgen in den Mitgliedstaaten belegt sind, nicht umfaßt werden [sollten], und er ist wohl auch nicht so zu verstehen. Selbst wenn derartige Zeiten in einem Drittland bei der innerstaatlichen Berechnung berücksichtigt werden, können sie die Verpflichtungen anderer Mitgliedstaaten aufgrund einer Aufteilung im Anschluß an die Zusammenrechnung relevanter Zeiten nicht berühren." [13]

12. Schließlich spricht für die hier vertretene Antwort auch der *besondere Charakter* eines zweiseitigen Abkommens zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat. Ein derartiges Abkommen ist das Ergebnis von Verhandlungen zwischen beiden Staaten, wobei die für jede Vertragspartei festgelegten Rechte und Pflichten in der Regel auf Gegenseitigkeit beruhen. Damit liegt derartigen Abkommen ein wohl ausgewogenes Gleichgewicht — auch hinsichtlich ihrer finanziellen Auswirkungen — zugrunde. Zweifellos würde das Erzielen eines derartigen Gleichgewichts ernstlich erschwert, und der Verhandlungsspielraum für Mitgliedstaaten und Drittstaaten stark eingeschränkt, wenn der fragliche Mitgliedstaat davon ausgehen müßte, daß die für seine eigenen Staatsangehörigen dadurch begründeten Rechte auch allen anderen Gemeinschaftsbürgern zugute kommen müßten. Ich denke dabei nicht nur an Sozialversicherungsabkommen, sondern auch an andere zweiseitige Abkommen, denen ein (finanzielles) Gleichgewicht der gegenseitigen Leistungen zugrunde liegt, wie z. B. Doppelbesteuerungsabkommen.

13. Im Gegensatz zur italienischen und zur portugiesischen Regierung sowie zur Kommission bin ich der Meinung, daß sich gegen den vorstehend vertretenen Standpunkt keine Argumente aus den im Anschluß an das Urteil Bozzone ergangenen Urteilen und dem neueren Urteil Rönfeldt herleiten lassen.

Was die erstgenannte Rechtsprechung betrifft, hat der Gerichtshof in der Tat eine

12 — Urteil Borowitz, Randnr. 26. Diese Erwägung zeigt meines Erachtens auch, daß der betroffene Mitgliedstaat, der aufgrund des zweiseitigen Abkommens, also aufgrund einer selbst eingegangenen Verpflichtung, „dritte" Versicherungszeiten zu berücksichtigen hat, dazu ebensowenig wie die anderen Mitgliedstaaten aufgrund der Verordnung Nr. 1408/71 verpflichtet ist.

13 — Slg. 1988, 3729.

weite Auslegung des Begriffs der „Rechtsvorschriften" nach Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung Nr. 1408/71 entwickelt. So hat der Gerichtshof seit dem Urteil Bozzone wiederholt festgestellt:

„Diese Begriffsbestimmung ist durch ihren weiten Inhalt gekennzeichnet, der alle Arten von Rechts- und Verwaltungsvorschriften umfaßt, die von Mitgliedstaaten erlassen werden; sie ist so zu verstehen, daß sie sich auf sämtliche einschlägigen nationalen Vorschriften bezieht." [14]

Allerdings betrifft keines der Urteile, in denen der Gerichtshof sich diese weite Auslegung zu eigen gemacht hat, die Situation eines zweiseitigen Abkommens zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat. So ging es im Urteil Bozzone um die Frage, ob eine belgische Kolonialverordnung, die nachträglich durch ein nationales Gesetz bestätigt worden war [15], als Rechtsvorschrift im Sinne der Verordnung anzusehen sei. In Van Roosmalen ging es darum, ob ein niederländisches Gesetz über die Arbeitsunfähigkeit, dessen Wirkung sich auf Gebiete außerhalb des Gebiets der Gemeinschaft (Tätigkeiten in einem Entwicklungsland) erstreckt, eine Rechtsvorschrift im Sinne der Verordnung ist. In den Urteilen Laborero und Sabato schließlich hatte der Gerichtshof unter anderem darüber zu entscheiden, ob ein belgisches Gesetz, das ausschließlich in Drittstaaten (Zaire) zurückgelegte Beschäftigungszeiten betrifft, als Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt. Den genannten Urteilen kann demnach für die vorliegende Rechtssache kaum eine Präzedenzwirkung zuerkannt werden.

14. Zum gleichen Ergebnis komme ich bezüglich des Urteils Rönfeldt, auf das insbesondere die portugiesische Regierung und die Kommission ihre Argumentation zum Teil stützen [16]. In dieser Rechtssache ging es ebenfalls nicht um die Frage, ob ein zweiseitiges Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat als Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt. Die Kernfrage war vielmehr, ob es mit den Artikeln 48 Absatz 2 und 51 EWG-Vertrag vereinbar ist, daß Arbeitnehmer Vergünstigungen der sozialen Sicherheit dadurch verlieren, daß ein *zwischen zwei Mitgliedstaaten* geschlossenes Abkommen aufgrund des Inkrafttretens der Verordnung Nr. 1408/71 unanwendbar geworden ist [17]. Der Gerichtshof hat dies verneint, und zwar aufgrund seiner ständigen Rechtsprechung, in der er aus einer teleologischen Auslegung der Artikel 48 und 51 EWG-Vertrag herleitet, daß die Anwendung der Gemeinschaftsregelung keine Kürzung der nach dem Recht eines Mitgliedstaats gewährten Leistungen zur Folge haben könne. Aus diesen Gründen entschied der Gerichtshof, daß ungeachtet (vgl. oben Nr. 8) Artikel 6 der Verordnung Abkommen zwischen Mitgliedstaaten, die für die Arbeitnehmer günstiger seien als die Gemeinschaftsregelung, doch zu berücksichtigen seien [18]. Er kam daher zu der Auffassung:

14 — Urteil vom 31. März 1977 in der Rechtssache 87/76 (Bozzone, Slg. 1977, 687, Randnr. 10); Urteil vom 11. Juli 1980 in der Rechtssache 150/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 2621, Randnr. 4); Urteil vom 23. Oktober 1986 in der Rechtssache 300/84 (Van Roosmalen, Slg. 1986, 3709, Randnr. 28); Urteil vom 9. Juli 1987 in den verbundenen Rechtssache 82/86 und 103/86 (Laborero und Sabato, Slg. 1987, 3401, Randnr. 23). Auch in anderen Urteilen zeigt sich, daß der Gerichtshof diese Definition, namentlich im Hinblick auf die Zielsetzungen von Artikel 51 EWG-Vertrag, weit auslegt; vgl. Urteil vom 9. Juni 1977 in der Rechtssache 109/76 (Blottner, Slg. 1977, 1141, Randnrn. 9 ff.).

15 — Wegen eben dieses Gesetzes erhob die Kommission später gegen Belgien eine Vertragsverletzungsklage, der der Gerichtshof stattgab; vgl. Urteil Kommission/Belgien, a. a. O.

16 — Vgl. Fußnote 8.

17 — Vgl. die Formulierung der Frage durch den Gerichtshof in Randnr. 21.

18 — Urteil Rönfeldt, a. a. O., Randnr. 28.

„Unter Leistungen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gewährt werden, sind nach dieser Rechtsprechung sowohl alle Leistungen zu verstehen, die das von den nationalen Gesetzgebern erlassene nationale Recht vorsieht, als auch Leistungen, die sich aus in das nationale Recht eingeführten Sozialversicherungsabkommen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten ergeben, wenn diese für den betroffenen Arbeitnehmer günstiger sind als die Gemeinschaftsregelung." [19]

Auch hier hat sich der Gerichtshof jedoch in keiner Hinsicht zu einem zweiseitigen Abkommen *zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat* geäußert.

**Rein vorsorgliche Ausführungen: Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71**

15. Sollte der Gerichtshof trotz der vorstehenden Argumente doch zu dem Ergebnis kommen, daß zweiseitige Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat im Hinblick auf die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 als „Rechtsvorschriften" anzusehen seien, ist die zweite Frage des Bundessozialgerichts meines Erachtens zu bejahen. Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob bei Bejahung der ersten Frage der in den Artikeln 7 EWG-Vertrag und 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz es verbietet, daß die deutschen Versicherungsträger, bei denen eine Alters- oder Erwerbsunfähigkeitsrente beantragt wird — aufgrund des Abkommens, genauer gesagt Nr. 2 des dazugehörenden Schlußprotokolls (vgl. Nr. 3) —, nur bei deutschen Staatsangehörigen (und nicht bei anderen Gemeinschaftsbürgern) die in der Schweiz zurückgelegten Versicherungszeiten berücksichtigen.

16. Wäre ein Vertrag wie das Abkommen als Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 1 Buchstabe j anzusehen, so müßte der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung allerdings in vollem Umfang angewendet werden. Die deutschen Versicherungsträger wären demgemäß verpflichtet, in der Schweiz zurückgelegte Versicherungszeiten bei allen Gemeinschaftsbürgern zu berücksichtigen. Die von der Beklagten, der deutschen und der britischen Regierung dagegen vorgebrachten Argumente können hieran nichts ändern. Vollständigkeitshalber will ich das kurz darlegen.

17. Das Vorbringen der Beklagten, die Artikel 234 EWG-Vertrag zugrunde liegenden Prinzipien müßten namentlich deshalb auch hier gelten, weil die Gemeinschaft nicht berechtigt sei, internationale Sozialversicherungsabkommen zu schließen, findet weder in den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Auch wenn es Sache der Mitgliedstaaten ist, auf einem bestimmten Gebiet internationale Abkommen zu schließen, müssen sie in Ausübung dieser Befugnis zwingende Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen. Artikel 234, der sich nach seinem Wortlaut nur auf Rechte und Pflichten aus

19 — Urteil Rönfeldt, a. a. O., Randnr. 27.

Übereinkünften bezieht, die *vor Inkrafttreten* des EWG-Vertrags zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat geschlossen wurden — im vorliegenden Fall geht es um ein Abkommen, das nach dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags für Deutschland geschlossen wurde —, kann hieran nichts ändern.

18. Auch dem Argument der deutschen Regierung, daß die Artikel 48 und 51 EWG-Vertrag und die Verordnung Nr. 1408/71 keinesfalls auf *außerhalb* der Gemeinschaft zurückgelegte Versicherungszeiten angewendet werden könnten, kann nicht zugestimmt werden. Bereits in dem Urteil Walrave hat der Gerichtshof im Hinblick auf das unter anderem in den Artikeln 7 und 48 EWG-Vertrag verankerte gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot entschieden, dieses sei wegen seines zwingenden Charakters bei der Prüfung sämtlicher Rechtsbeziehungen zu beachten, die aufgrund des Ortes, an dem sie — unter anderem — ihre Wirkungen entfalteten, einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft aufwiesen [20].

Daß die Klägerin, ehe sie in Deutschland beschäftigt war, in der Schweiz arbeitete und die vorliegende Rechtssache ihren Ursprung in der Problematik der Berücksichtigung der in diesem Land zurückgelegten Versicherungszeiten hat, kann meines Erachtens nicht ausschlaggebend dafür sein, um einen räumlichen Bezug der fraglichen Rechtsbeziehung zum Gebiet der Gemeinschaft zu verneinen. In den Urteilen Van Roosmalen, Laborero und Sabato hat der Gerichtshof jedenfalls entschieden:

„Da das ausschlaggebende Kriterium für die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71 in der Bindung eines Versicherten an ein System der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats besteht, ist es unerheblich, ob der Versicherte seine Tätigkeit ausschließlich außerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ausgeübt hat." [21]

In dem Urteil Laborero und Sabato leitete der Gerichtshof hieraus im übrigen ab, ein nationales System sei „der Geltung der Bestimmungen dieser Verordnung und insbesondere des in Artikel 3 Absatz 1 niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht schon deshalb entzogen, weil die vorgesehenen Leistungen nur auf außerhalb der Gemeinschaft zurückgelegte Versicherungszeiten gegründet werden können" [22].

Das von der belgischen Regierung in dieser Sache vorgetragene Argument, eine derartige Auslegung stehe im Widerspruch zu Artikel 227 EWG-Vertrag — wonach die Geltung des EWG-Vertrags auf das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten beschränkt sei —, hat der Gerichtshof ohne weiteres mit der Begründung zurückgewiesen, die Verordnung Nr. 1408/71 stelle an eine nationale Rechtsvorschrift nur insoweit Anforderungen, „als ... [dieses System] innerhalb der Gemeinschaft Wirkungen entfaltet" [23].

19. Ebensowenig kann meines Erachtens daraus ein stichhaltiges Argument gegen die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts hergeleitet werden, daß in einem Fall wie

20 — Urteil vom 12. Dezember 1974 in der Rechtssache 36/74 (Walrave, Slg. 1974, 1405, Randnr. 28).

21 — Urteil Van Roosmalen, a. a. O., Randnr. 30; Urteil Laborero und Sabato, a. a. O., Randnr. 25; Urteil vom 14. November 1990 in der Rechtssache C-105/89 (Buhari Haji, Slg. 1990, I-4211, Randnr. 15).

22 — Urteil Laborero und Sabato, a. a. O., Randnr. 26.

23 — Urteil Laborero und Sabato, a. a. O., Randnr. 27.

dem vorliegenden keine *Behinderung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer* gegeben sei. Wäre die Klägerin statt in Deutschland in Spanien beschäftigt gewesen, wären gemäß dem spanisch-schweizerischen Abkommen (vgl. oben Nr. 2) sowohl die in der Schweiz als auch die in Spanien zurückgelegten Versicherungszeiten berücksichtigt worden. Der Verlust ihrer in der Schweiz zurückgelegten Versicherungszeiten beruht also darauf, daß sie in Deutschland beschäftigt gewesen ist, mit anderen Worten darauf, daß sie ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat [24].

20. Ist die erste Vorlagefrage abweichend von meiner Argumentation zu bejahen, muß die Antwort auf die zweite Frage lauten, daß die Abwehrklausel in Nr. 2 des Schlußprotokolls nicht angewendet werden darf. Aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts folgt nämlich, daß jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts, einschließlich des — in diesem Fall — hierzu gehörenden Staatsvertrags, unanwendbar ist [25].

## Schlußfolgerung

21. Demgemäß schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu antworten:

1) Ein zweiseitiges Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat gehört nicht zu den „Rechtsvorschriften" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe j der Verordnung Nr. 1408/71, auch dann nicht, wenn es als Gesetz Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats geworden ist.

2) Angesichts der Antwort auf die erste Frage erübrigt sich eine Beantwortung der zweiten Frage.

24 — Ich lasse hierbei den Umstand außer acht-der im übrigen von keinem der vor dem Gerichtshof aufgetretenen Beteiligten angesprochen worden ist-, daß die Klägerin vor dem Beitritt Spaniens zu den Gemeinschaften in der Schweiz beschäftigt war und sich dann in Deutschland niederließ. Ihre Situation wird folglich, wie im Vorlagebeschluß zu Recht ausgeführt, durch Artikel 94 der Verordnung Nr. 1408/71 geregelt: Die Klägerin kann erst ab 1. Januar 1986 Rechte aus der Verordnung herleiten (Artikel 94 Absatz 1), aber dabei müssen rückwirkend auch vor diesem Zeitpunkt zurückgelegte Versicherungszeiten bzw. eingetretene Ereignisse berücksichtigt werden (Artikel 94 Absätze 2 und 3).

25 — Vgl. Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnr. 17).