dung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, nicht vereinbar, daß der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, von dessen Rechtsvorschriften angenommen wird, daß sie zu dem in Artikel 37 Absatz 1 der Verordnung genannten Typ gehören, den theoretischen Betrag der Leistung bei Invalidität unter Berücksichtigung des Umfangs berechnet, in dem der Zeitraum zwischen dem Datum, an dem der Betroffene erstmalig in irgendeinem Mitgliedstaat versichert wurde, und dem Datum, an dem die Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, durch gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten oder aufgrund der Verordnung versicherte Zeiten ausgefüllt wird.

Due Chloros Grévisse

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. September 1982.

Der Kanzler
Im Auftrag
H. A. Rühl
Hauptverwaltungsrat

Der Präsident der Zweiten Kammer
O. Due

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT VOM 17. JUNI 1982 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Einleitung

Im vorliegenden Fall wird der Gerichtshof erneut mit der sehr komplizierten gemeinschaftsrechtlichen Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit befaßt, die Gegenstand der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 (ABl. L 149, 1971) ist. Zugleich erweist sich, daß ungeachtet der zahlreichen und detaillierten Vorschriften dieser Verordnung das Zusammenspiel der verschiedenen Systeme

1 — Aus dem Niederländischen übersetzt.

nicht immer problemlos verläuft und in der Praxis manchmal zu widersinnigen Ergebnissen führen kann.

Um den Sachverhalt, der zu der vorliegenden Vorabentscheidungsfrage geführt hat, kurz und übersichtlich darstellen und würdigen zu können, gebe ich zunächst einen Überblick über die einschlägigen Bestimmungen des nationalen und des Gemeinschaftsrechts. Danach werde ich mich der Beantwortung der Frage des Raad van Beroep Amsterdam zuwenden.

2. Die anwendbaren niederländischen Rechtsvorschriften über die Arbeitsunfähigkeitsversicherung

Nach dem niederländischen Gesetz vom 18. Februar 1966 (Stb. S. 84) über die Arbeitsunfähigkeitsversicherung (WAO) haben Arbeitnehmer bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 52 Wochen einen Leistungsanspruch. Die Höhe der Leistung wird durch zwei Faktoren bestimmt: den Grad der Arbeitsunfähigkeit und den sogenannten „Tageslohn". Der Tageslohn ist in Artikel 14 WAO festgesetzt; diese Vorschrift lautet:

1. Zur Berechnung einer Leistung wegen Arbeitsunfähigkeit, auf die nach diesem Gesetz ein Anspruch besteht, wird als Tageslohn gemäß den vom Sociale Verzekeringsraad mit Genehmigung des zuständigen Ministers zu erlassenden allgemeinen Vorschriften angesehen: der Betrag, den der Leistungsberechtigte, wäre er nicht arbeitsunfähig geworden, im Laufe des folgenden Jahres unter Zugrundelegung einer Fünftagewoche durchschnittlich pro Tag in dem oder den gewöhnlich ausgeübten Berufen verdient hätte, berechnet nach der Höhe der Gehälter zum Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs auf eine Leistung wegen Arbeitsunfähigkeit. Diese allgemeinen Vorschriften werden im Nederlandse Staatscourant veröffentlicht.
2. Abweichend von Absatz 1 kann der Sociale Verzekeringsraad im Hinblick auf die Festsetzung des Tageslohns besondere Vorschriften erlassen, die der Genehmigung des zuständigen Ministers bedürfen. Diese besonderen Vorschriften werden ebenfalls im Nederlandse Staatscourant veröffentlicht.
3. Im Rahmen der in Absatz 1 bezeichneten allgemeinen Vorschriften setzt der Sociale Verzekeringsraad vorbehaltlich der insoweit vom zuständigen Minister erlassenen Vorschriften den Betrag eines Mindesttageslohns fest. Dabei darf von den in Absatz 2 genannten besonderen Vorschriften nicht abgewichen werden.

Der Begriff des Tageslohns im Sinne des Absatz 1 wird durch den Besluit Dagloonregelen WAO (Verordnung des Sociale Verzekeringsraad über die auf den Tageslohn anwendbaren Vorschriften vom 20. 4. 1967, Nr. 61524, Staatscourant 1967, S. 126) näher erläutert.

Da die Höhe der Leistung nach der WAO *nicht* von der Versicherungsdauer abhängt, kann man dieses System als Umlageverfahren im Sinne des Artikels 37 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 (Typ „A") bezeichnen. Bei dieser Einordnung muß im Zeitpunkt des Versicherungsfalls tatsächlich eine Versicherung vorliegen, damit ein Leistungsanspruch bejaht werden kann. Wie gesagt ist die Höhe der Leistung dann unabhängig von der Versicherungsdauer. Ist diese Voraussetzung für die Versicherung nicht erfüllt, so besteht kein Anspruch auf Leistungen nach der WAO und deshalb auch nicht aufgrund der Proratisierung nach Artikel 46 der Ver-

ordnung Nr. 1408/71. Die Folge des Umlageverfahrens für die aus den Niederlanden stammenden Wanderarbeitnehmer ist die, daß sie, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat arbeitsunfähig werden, keinen Anspruch auf eine anteilige Leistung nach der niederländischen WAO haben. Wendet der andere Mitgliedstaat auch ein Umlageverfahren an, so entsteht für den Wanderarbeitnehmer im allgemeinen kein Problem. Hat der andere Mitgliedstaat jedoch ein auf dem Kapitaldeckungsverfahren beruhendes System, so wird die Leistung nach diesem System — vorausgesetzt, daß die Wartezeit erfüllt ist — im allgemeinen um so niedriger sein, je länger der Arbeitnehmer in den Niederlanden gearbeitet hat.

3. Artikel 45 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1408/71

Zur Vermeidung dieser unerwünschten Folgen des Umlageverfahrens enthält die Verordnung Nr. 1408/71 in Artikel 45 Absatz 3 eine besondere Vorschrift, die wie folgt lautet:

„Ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht mehr unterliegt, in denen weder für den Erwerb des Anspruchs noch für die Berechnung der Leistungen eine Versicherungsdauer vorgesehen ist, sondern die Gewährung der Leistungen davon abhängig gemacht wird, daß der Arbeitnehmer ihnen im Zeitpunkt des Versicherungsfalls noch unterliegt, gilt für die Anwendung dieses Kapitels als ihnen im Zeitpunkt des Versicherungsfalls noch unterliegend, sofern auf ihn in diesem Zeitpunkt die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats Anwendung finden oder, falls dies nicht zutrifft, sofern er Leistungsansprüche nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats nachweisen kann. Diese zweite Voraussetzung gilt jedoch im Falle von Artikel 48 Absatz 1 als erfüllt."

Diese Vorschrift soll dem Wanderarbeitnehmer nicht eine Leistung garantieren, die ebenso hoch wäre wie diejenige, auf die ein unter ein Umlageverfahren fallender Arbeitnehmer Anspruch hätte, sondern soll lediglich bewirken, daß er für eine anteilige Leistung im Sinne des Artikels 46 Absatz 2 Satz 1 in Betracht kommt. Dort, wo aufgrund eines Umlageverfahrens kein Leistungsanspruch besteht, begründet Artikel 45 Absatz 3 einen solchen Anspruch.

Diese Vorschrift hat eine wichtige Konsequenz für die nach einem Umlageverfahren gewährten Leistungen. Nach Artikel 46 Absatz 2 Buchstabe a letzter Satz gilt der Betrag der nach einem gesetzlichen Umlageverfahren gewährten Leistung als „theoretischer Betrag" im Sinne dieser Vorschrift. Ist deshalb Artikel 45 Absatz 3 anwendbar und besteht ein anteiliger Anspruch auf eine Leistung nach einem Umlageverfahren, so spielt — anders als bei einer nach einem Kapitaldeckungsverfahren gewährten anteiligen Leistung — eine Lücke im Versicherungsverlauf keine Rolle mehr. Auf diese Weise kann die Anwendung des Artikels 45 Absatz 3 zu der paradoxen Situation führen, daß die anteilige Leistung nach einem Umlageverfahren desto höher ist, je größer die Lücken in dem nach diesem Verfahren zurückgelegten Versicherungsverlauf sind. Diese Wirkung kann an folgenden Beispielen verdeutlicht werden: Wenn ein Arbeitnehmer in den Niederlanden fünf Jahre nach der WAO und danach in einem anderen Mitgliedstaat 25 Jahre nach einem Kapitaldekkungsverfahren versichert war, beträgt die anteilige niederländische Leistung nach Artikel 45 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 46 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 $^{5}/_{30} = {}^{1}/_{6}$ des theoretischen

Betrages. Besteht dagegen eine versicherungslose Zeit in den Niederlanden von zum Beispiel 24 Jahren, gefolgt von einer fünfjährigen Versicherung nach der WAO und von einer einjährigen Versicherung nach einem Kapitaldeckungsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat, so bildet die niederländische anteilige Leistung $^5/_6$ des theoretischen Betrages.

Diese Beispiele zeigen, daß die Gleichbehandlung eines Umlageverfahrens mit einem Kapitaldeckungsverfahren durch die Aufrechterhaltung der Leistungsansprüche nach Artikel 45 Absatz 3 zu Konsequenzen führt, die in einem Kapitaldeckungsverfahren selbst undenkbar sind, da nach diesem Verfahren der theoretische Betrag desto niedriger ist, je größer die Lücken im Versicherungsverlauf sind.

4. Der Bijzonder Dagloonbesluit WAO (Verordnung über die besonderen Modalitäten der Festsetzung des Tageslohns)

Um dieses wie gesagt paradoxe Ergebnis, daß die Lücken im Versicherungsverlauf nicht zu einer Verringerung der Leistung führen, zu vermeiden, sind grundsätzlich zwei Möglichkeiten denkbar: Die erste ist die Änderung der Verordnung Nr. 1408/71, auf die die niederländische Regierung ausweislich der Akten und der Erklärung des Bevollmächtigten der Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging mehrfach ergebnislos hingewirkt hat. Die zweite Möglichkeit ist die Festsetzung des theoretischen Betrages nach Artikel 46 Absatz 2 Buchstabe a in der Weise, daß den Lücken im Versicherungsverlauf Rechnung getragen werden kann. Wie auch die Kommission ausgeführt hat, wird der theoretische Betrag dann gewissermaßen „angepaßt". Nach den Erklärungen des Bevollmächtigten der Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging wurde im Bijzonder Dagloonbesluit WAO (Nr. 78/2154 des Sociale Verzekeringsraad, genehmigt durch die Verordnung Nr. 51832 vom 8. 6. 1978, Staatscourant 1978, S. 128) diese Möglichkeit gewählt. Der Tageslohn, der als Grundlage für die Feststellung der Leistung nach der WAO und damit für die Berechnung des theoretischen Betrages im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 dient, wird nach Artikel 8 Absatz 1 des „Bijzonder Dagloonbesluit" entsprechend den Lücken im Versicherungsverlauf gekürzt. Diese Bestimmung lautet:

„Der entsprechend den vorangegangenen Artikeln berechnete Tageslohn wird anteilig gekürzt, wenn dem Leistungsberechtigten in dem Zeitraum zwischen dem Datum, an dem er erstmalig in einem Land, das am Tage des Entstehens des Anspruchs auf Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit ein Mitgliedstaat ist, nach Rechtsvorschriften über Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit versichert war oder nach der Verordnung als versichert angesehen wurde, und dem Datum, an dem seine Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, eine oder mehrere Versicherungszeiten fehlen."

Aus der Antwort der Bedrijfsvereniging auf eine Frage des Gerichtshofes ergibt sich, daß der Bijzonder Dagloonbesluit eindeutig bezweckt, das Umlageverfahren der WAO im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 45 Absatz 3 der Verordnung in ein Kapitaldeckungsverfahren zu verwandeln, mit den entsprechenden Folgen für die nach Artikel 46 Absatz 2 festzustellenden anteiligen Leistungen. Der Bevollmächtigte der Bedrijfsvereniging hat hinzugefügt, der Bijzonder Dagloonbesluit diene als Korrektiv der als „eigentlich nicht passend" empfundenen Wirkung der Verordnung Nr. 1408/71, um eine Durchführung dieser Verordnung *im Rahmen der nationalen Rechtsvorschriften* zu ermöglichen.

5. Der Sachverhalt und die Vorabentscheidungsfrage

Die berufliche Laufbahn von Herrn Besem erstreckte sich über den Zeitraum von 1934 bis 1978. Im Jahr 1978 wurde er in der Bundesrepublik Deutschland für arbeitsunfähig erklärt, nachdem er dort fast 13 Jahre gearbeitet hatte. In den Niederlanden war er von 1948 bis 1953 arbeitslos gewesen. Aufgrund dieser Unterbrechung legte er von der Versicherungshöchstdauer von 43,92 Jahren nur 38,83 Jahre zurück. Durch die Anwendung von Artikel 45 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1408/71 erwarb der Betroffene einen Anspruch auf eine anteilige Leistung aufgrund der WAO. Der zuständige niederländische Träger, die Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, hat jedoch bei der Feststellung dieser Leistung auf den Tageslohn das in Artikel 8 Absatz 1 des Bijzonder Dagloonbesluit vorgesehene Korrektiv angewandt. Der Tageslohn des Betroffenen, nämlich 101,60 Gulden, wurde somit in Anwendung des Bruches 38,83/43,92 auf 89,64 Gulden gekürzt. Die Klage, die Herr Besem gegen diese Entscheidung erhob, hat den Raad van Beroep Amsterdam veranlaßt, dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„Ist es mit dem System der Leistungsberechnung nach Artikel 46 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 vereinbar, daß die Höhe der Leistung aus einem Mitgliedstaat, dessen zuständiger Träger für die Entstehung des Leistungsanspruchs Artikel 45 Absatz 3 dieser Verordnung anwenden muß und von dessen Rechtsvorschriften angenommen wird, daß sie zu dem in Artikel 37 Absatz 1 der Verordnung genannten Typ gehören, durch den Umfang mitbestimmt wird, in dem der Zeitraum zwischen dem Datum, an dem der Betroffene erstmalig in irgendeinem Mitgliedstaat versichert wurde, und dem Datum, an dem die Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, durch gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten oder aufgrund der Verordnung versicherte Zeiten ausgefüllt wird, mit der Folge, daß ausschließlich die Ansprüche derjenigen Arbeitnehmer beschränkt werden, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben haben?"

Nach den zu der Frage gegebenen Erläuterungen geht sie dahin, ob Artikel 8 Absatz 1 des Bijzonder Dagloonbesluit mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

6. Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts

Sowohl aus dem Wortlaut des Bijzonder Dagloonbesluit als auch aus meinen Erläuterungen zu seiner Zielsetzung ergibt sich, daß diese Regelung die Anwendung der WAO gegenüber den Versicherten, die einen Leistungsanspruch nach Artikel 45 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1408/71 haben, ändert. Der Bijzonder Dagloonbesluit unterscheidet nämlich zwischen den Leistungsberechtigten, die im Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles nach der WAO versichert waren, und denen, die nur nach Artikel 45 Absatz 3 der Verordnung einen Leistungsanspruch haben. Der zweite Bevollmächtigte der Bedrijfsvereniging hat übrigens diese Unterscheidung, die in der Praxis oft mit der zwischen Landesansässigen und Nichtlandesansässigen zusammenfallen wird, in seiner Antwort auf eine Frage des Berichterstatters eindeutig anerkannt. Dies kann auch praktisch veranschaulicht werden durch einen Vergleich mit der Situation, die sich ergeben hätte, wenn Herr Besem sein ganzes Berufsleben in den Niederlanden verbracht hätte. In diesem Fall hätten die Lücken im Versicherungsverlauf im Hinblick auf die Festsetzung des Tageslohns keine Rolle gespielt. Aus diesem Vergleich er-

gibt sich auch, daß die Unterscheidung die Wanderarbeitnehmer gegenüber den anderen Arbeitnehmern benachteiligt. Es bedarf meines Erachtens keiner weiteren Begründung dafür, daß eine derartige Unterscheidung zwischen den Arbeitnehmern, auf die die Verordnung Nr. 1408/71 anwendbar ist, und denen, auf die sie nicht anwendbar ist, gegen den in Artikel 3 dieser Verordnung verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Diese Unterscheidung verstößt ferner gegen das vom Gerichtshof in vielen Urteilen in Sozialversicherungssachen aufgestellte, dem Artikel 51 EWG-Vertrag zugrunde liegende Prinzip, daß die Wanderarbeitnehmer gegenüber den anderen Arbeitnehmern nicht benachteiligt werden dürfen.

Ungeachtet dessen kann man sich jedoch angesichts der dargelegten paradoxen Wirkungen der Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 fragen, ob eine Regelung wie der Bijzonder Dagloonbesluit nicht damit gerechtfertigt werden kann, daß sie, wie aus den erwähnten Erklärungen der Bedrijfsvereniging hervorgeht, eindeutig die Behebung eines Schönheitsfehlers der Verordnung Nr. 1408/71 bezweckt. Die zutreffenden Ausführungen des Bevollmächtigten der Bedrijfsvereniging über Ziel und Regelungsumfang des Bijzonder Dagloonbesluit lassen allerdings fast keinen Raum für diese Annahme. Wie bereits angemerkt, hat dieser erklärt, daß die Wirkungen der Anwendung von Artikel 45 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 46 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 auf Umlageverfahren nur durch eine Änderung der Verordnung oder den Erlaß einer nationalen Regelung über die Berechnung des theoretischen Betrags verhindert werden könnten. Nachdem die Vorschläge für eine Änderung der EWG-Verordnung ohne Ergebnis blieben, wurde die genannte Verordnung erlassen, wodurch nach dem Vorbringen des Bevollmächtigten der Bedrijfsvereniging jeder weitere Antrag der niederländischen Regierung auf Änderung der Verordnung überflüssig wurde. Damit wird zugleich anerkannt, daß das Ergebnis durch eine nationale Regelung bewirkt wird, die, solange die Verordnung Nr. 1408/71 nicht abgeändert ist, als zu dieser Gemeinschaftsnorm in Widerspruch stehend anzusehen ist. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung auf eine Frage des Gerichtshofes hinzugefügt, sie würde nicht zögern, erforderlichenfalls gegen Mitgliedstaaten, in denen ein Umlageverfahren besteht und die entsprechende Regelungen anwendeten, ein Verfahren nach Artikel 169 EWG-Vertrag einzuleiten. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung war der Kommission noch nicht bekannt, ob dies der Fall war und wie die anderen Mitgliedstaaten, in denen ein Umlageverfahren besteht, das Problem gelöst haben. Das andere Argument der Bedrijfsvereniging, Artikel 46 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 enthalte im Hinblick auf die Berechnung des theoretischen Betrags keine weitere Bedingung, ist im vorliegenden Fall nicht erheblich. Obwohl man dieses Vorbringen aufgrund des Wortlauts dieser Vorschrift grundsätzlich nicht bestreiten kann, ist daraus keinesfalls herzuleiten, daß der theoretische Betrag unter Verletzung des in Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes berechnet werden darf. Ebenso kann die Formulierung in Artikel 3 Absatz 1 a.E. „... soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen" keine Rechtfertigung bilden, da derartige Bestimmungen nicht existieren und Ziele und Aufbau der Verordnung Nr. 1408/71 in Verbindung mit Artikel 51 EWG-Vertrag einer derartigen Auslegung der Artikel 45 Absatz 3 und 46 Absatz 2 entgegenstehen.

7. Zusammenfassung

Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, daß eine Regelung wie der Bijzonder Dagloonbesluit gegen die Verordnung Nr. 1408/71 und insbesondere gegen Artikel 3 Absatz 1 dieser Verordnung verstößt. Ich möchte dieser Feststellung jedoch hinzufügen, daß der vorliegende Fall deutlich macht, daß eine Änderung der Verordnung Nr. 1408/71 hinsichtlich der anteiligen Leistungen bei Umlageverfahren wünschenswert ist. Ohne eine derartige Änderung ist möglicherweise sogar die Beibehaltung oder die Einführung dieser Verfahren, die unter sozialen Gesichtspunkten zu begrüßen sind, durch Mitgliedstaaten, in denen es zahlreiche Wanderarbeitnehmer gibt, gefährdet.

Ich schlage vor, die Frage des Raad van Beroep Amsterdam wie folgt zu beantworten:

„Es ist mit der Verordnung Nr. 1408/71, insbesondere mit deren Artikel 3 Absatz 1 unvereinbar, wenn die Höhe der Leistung, die von einem Mitgliedstaat gewährt wird, dessen zuständiger Träger für die Entstehung des Leistungsanspruchs Artikel 45 Absatz 3 dieser Verordnung anwenden muß und von dessen Rechtsvorschriften angenommen wird, daß sie zu dem in Artikel 37 Absatz 1 der Verordnung genannten Typ gehören, durch den Umfang mitbestimmt wird, in dem der Zeitraum zwischen dem Datum, an dem der Betroffene erstmalig in irgendeinem Mitgliedstaat versichert wurde, und dem Datum, an dem die Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, durch gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten oder aufgrund der Verordnung versicherte Zeiten ausgefüllt wird, so daß ausschließlich die Ansprüche derjenigen Arbeitnehmer beschränkt werden, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben haben."