SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
vom 14. Dezember 1995 *

1. Die dem Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache vom Arbeitsgericht Bielefeld vorgelegte Frage geht dahin, ob ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, Anspruch auf Weiterentrichtung der Beiträge zu einer tarifvertraglich verankerten zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung während des Zeitraums hat, in dem er in seinen Herkunftsstaat zurückkehrt, um den Wehrdienst abzuleisten, unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats eine dahin gehende Bestimmung enthalten, die für die Arbeitnehmer gilt, die in dessen eigener Armee den Militärdienst ableisten.

2. Das Arbeitsplatzschutzgesetz der Bundesrepublik Deutschland bestimmt nämlich, soweit hier von Belang, in § 1, daß das Arbeitsverhältnis während des Wehrdienstes ruht, und in § 14a, daß eine bestehende Versicherung in der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst durch Einberufung zum Wehrdienst nicht berührt wird; das Gesetz verpflichtet außerdem den Arbeitgeber, die Beiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) weiterzuentrichten, und zwar in der Höhe, in der sie zu entrichten gewesen wären, wenn das Arbeitsverhältnis nicht ruhen würde.

3. Nach Ende des Wehrdienstes meldet der Arbeitgeber die auf die Zeit des Wehrdienstes entfallenden Beiträge beim Bundesminister der Verteidigung zur Erstattung an. Aus den Angaben im Vorlagebeschluß ergibt sich, daß diese Bestimmung analog für Personen gilt, die den zivilen Ersatzdienst leisten, mit dem Unterschied, daß in diesem Fall das Bundesministerium für Frauen und Jugend die von den Arbeitgebern weiterentrichteten Beiträge erstattet.

4. Nach dem deutschen Wehrpflichtgesetz sind alle Männer, die Deutsche im Sinne des Grundgesetzes sind, vom vollendeten 18. Lebensjahr an wehrpflichtig.

5. Der Kläger des Ausgangsverfahrens ist ein im Jahre 1958 geborener Arzt belgischer Staatsangehörigkeit, der seit 1984 bei den städtischen Krankenanstalten Bielefeld beschäftigt ist. Er ist bei der Ärzteversorgung Westfalen-Lippe, einer Einrichtung der Ärztekammer Westfalen-Lippe, versichert und hat aufgrund des Tarifvertrags über die Versorgung der Arbeitnehmer des Bundes und der Länder sowie von Arbeitnehmern kommunaler Verwaltungen und Betriebe Anspruch auf eine zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder in

* Originalsprache: Spanisch.

Karlsruhe. Gemäß der Satzung dieser Versorgungsanstalt zahlt der Arbeitgeber monatliche Beiträge für den Arbeitnehmer.

6. Der Kläger hat in der Zeit vom 29. März 1993 bis zum 1. März 1994 seinen Grundwehrdienst in der belgischen Armee abgeleistet. Während dieser Zeit leistete die Stadt Bielefeld, Beklagte des Ausgangsverfahrens, keine Beiträge zu dieser Versorgungsanstalt; sie meldete den Kläger zum 28. März 1993 ab und zum 2. März 1994 wieder an.

7. Im August 1994 beantragte die Beklagte gemäß § 14a des Arbeitsplatzschutzgesetzes bei der Wehrbereichsverwaltung die Erstattung der Beiträge zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung für den Kläger in einer Gesamthöhe von 6 121 DM für den Fall der Entrichtung durch die Beklagte. Im Oktober 1994 lehnte die Wehrbereichsverwaltung den Antrag mit der Begründung ab, das Arbeitsplatzschutzgesetz schütze nur denjenigen Arbeitnehmer, der aufgrund des deutschen Wehrrechts zum Grundwehrdienst in der Bundeswehr einberufen werde, wozu der Kläger nicht gehöre.

8. Der Kläger beantragt im Ausgangsverfahren, die Verpflichtung seines Arbeitgebers zur Entrichtung der Beiträge zu der Versorgungsanstalt für die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung für die Zeit seines Wehrdienstes in der belgischen Armee festzustellen.

9. Um über die von Herrn de Vos erhobene Klage entscheiden zu können, hat das Arbeitsgericht Bielefeld dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 Absatz 1 Buchstaben a und b und Absatz 2 EG-Vertrag folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft dahin auszulegen, daß ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, Anspruch auf Weiterentrichtung der Beiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst hat, und zwar in der Höhe, in der sie zu entrichten gewesen wären, wenn das Arbeitsverhältnis aus Anlaß der Einberufung des Arbeitnehmers zum Wehrdienst nicht ruhen würde, wenn den im öffentlichen Dienst beschäftigten Staatsangehörigen dieses Staates ein solcher Anspruch gesetzlich bei Ableistung des Wehrdienstes dieses Staates zusteht?

10. Die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb

der Gemeinschaft [1] (nachstehend: Verordnung Nr. 1612/68) wurde, wie sich aus ihrer zweiten Begründungserwägung ergibt, vom Rat erlassen, um die Ziele des Vertrages auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu erreichen. Artikel 7 Absätze 1 und 2, dessen Auslegung im vorliegenden Verfahren begehrt wird, bestimmt:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf 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.

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer."

11. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in ihrer durch die Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 geänderten und aktualisierten Fassung [2] (nachstehend: Verordnung Nr. 1408/71) sieht in Artikel 1 Buchstabe j [3] folgendes vor:

„ Rechtsvorschriften': in jedem Mitgliedstaat 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.

Dieser Begriff umfaßt bestehende oder künftige tarifvertragliche Vereinbarungen nicht, selbst wenn eine behördliche Entscheidung sie für allgemein verbindlich erklärt oder ihren Geltungsbereich erweitert hat. Diese Einschränkung kann jedoch in bezug auf solche tarifvertraglichen Vereinbarungen,

i) die der Erfüllung einer Versicherungspflicht dienen, die sich aus den in Unterabsatz 1 genannten Gesetzen oder Verordnungen ergibt,

oder

ii) die ein System schaffen, dessen Verwaltung von dem Träger gewährleistet

1 — ABl. L 257, S. 2.

2 — ABl. 1983, L 230, S. 6.

3 — In der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 des Rates vom 30. April 1992 (ABl. L 136, S. 1). Die Kommission bezieht sich in ihren schriftlichen Erklärungen auf eine Fassung dieser Bestimmung, die schon durch die Akte über die Beitrittsbedingungen und die Anpassungen der Verträge — Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zu den Europäischen Gemeinschaften (ABl. 1972, L 73, siehe IX., Sozialpolitik, S. 100) geändert wurde.

wird, der auch die Systeme verwaltet, die durch in Unterabsatz 1 genannte Gesetze oder Verordnungen eingeführt worden sind,

jederzeit durch die Erklärung des betreffenden Mitgliedstaats aufgehoben werden, in der die Systeme dieser Art genannt sind, auf die diese Verordnung anwendbar ist. Diese Erklärung ist gemäß Artikel 97 zu notifizieren und zu veröffentlichen ...“

Artikel 4 der Verordnung Nr. 1408/71 sieht zu ihrem sachlichen Geltungsbereich folgendes vor:

„(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

...

c) Leistungen bei Alter,

d) Leistungen an Hinterbliebene,

...“

Artikel 13, der die allgemeinen Vorschriften für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften enthält, sieht folgendes vor:

„(1) Vorbehaltlich des Artikels 14 c unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:

...

e) Eine zum Wehrdienst oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates. ... Zum Wehrdienst oder Zivildienst einberufene oder wiedereinberufene Arbeitnehmer bzw. Selbständige behalten ihre Arbeitnehmereigenschaft bzw. ihre Selbständigeneigenschaft.“

12. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren haben die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Bundesregierung, die schwedische Regierung und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

13. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Stadt Bielefeld, macht geltend, § 14a des Arbeitsplatzschutzgesetzes, der den Arbeitgeber verpflichte, während des Wehrdienstes die Beiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) für eine bestehende Versicherung in der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst in der Höhe zu entrichten, als ob das Arbeitsverhältnis nicht ruhen würde — Beiträge, die dem Arbeitgeber vom Bund erstattet würden —, gelte nur für den Wehrdienst, der auf der Grundlage des deutschen Wehrpflichtgesetzes geleistet werde. Da der Kläger Wehrdienstleistungen für die belgische Armee erbracht habe, stünden ihm keine Ansprüche auf Weiterzahlung dieser Beiträge durch den Arbeitgeber zu.

14. Zwar habe der Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 1969 [4] festgestellt, daß ein in Deutschland beschäftigter Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats sei und seine Tätigkeit zur Erfüllung der Wehrpflicht in seinem Heimatland habe unterbrechen müssen, gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Anrechnung der Zeit des Wehrdienstes auf die Betriebszugehörigkeit habe, was einem im Arbeitsplatzschutzgesetz niedergelegten Anspruch der Arbeitnehmer entspreche; diese Lösung könne jedoch nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall angewandt werden.

15. Es müsse in jedem Fall gesondert geprüft werden, ob die Verordnung Nr. 1612/68 auf eine konkrete Bestimmung dieses Gesetzes anwendbar sei, da dieses dem Arbeitgeber nicht nur Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer auferlege, die als Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen anzusehen seien, wie die Unmöglichkeit, das Arbeitsverhältnis wegen Abwesenheit aus Gründen des Wehrdienstes zu kündigen, das Ruhen des Arbeitsverhältnisses, die Erhaltung des Arbeitsplatzes und die Verpflichtung, die Zeiten des Wehrdienstes auf die Berufs- und Betriebszugehörigkeit anzurechnen. Ein gutes Beispiel hierfür stelle die streitige Bestimmung dar, wonach der Arbeitgeber die Beiträge, die ihm anschließend vom Bund erstattet würden, nur vorstrecke. Die streitigen Beiträge könnten deshalb nicht als Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen angesehen werden, da es sich nicht um Leistungen handele, die der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses erhalte, sondern um eine Vergünstigung, die der Staat Wehrpflichtigen gewähre.

16. Die schwedische Regierung macht in ihren schriftlichen Erklärungen geltend, Beiträge zu einem Versorgungssystem, die ein Mitgliedstaat direkt oder indirekt entrichte, wenn eine Person ihren Wehrdienst ableiste, seien als Ausgleich für die Erfüllung der Wehrpflicht selbst und nicht als eine Beschäftigungsbedingung oder eine soziale Vergünstigung anzusehen, die auf die Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten gleichermaßen anwendbar sei wie auf die einheimischen Arbeitnehmer.

17. Die Bundesregierung führt aus, das Arbeitsplatzschutzgesetz sei zu dem Zweck

4 — Urteil vom 15. Oktober 1969 in der Rechtssache 15/69 (Ugliola, Slg. 1969, 363).

in Kraft gesetzt worden, um die Fürsorgepflicht zu erfüllen, die der Staat als Dienstherr während der Zeit des Wehrdienstes habe, den seine Staatsangehörigen ableisteten; diese Pflicht sei in dem zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Soldaten der Bundeswehr bestehenden Wehrdienstverhältnis begründet. Alle zum Wehrdienst eingezogenen Personen seien nämlich während dieser Zeit versicherungspflichtig, und die Beiträge würden entweder unmittelbar oder über die Erstattung an den Betroffenen, z. B. wenn es sich um einen Selbständigen handele, vom Bund getragen. Gleiches gelte für die streitigen Beiträge, die vom Arbeitgeber vorgestreckt würden, letztlich jedoch vom Bund zu tragen seien; deshalb beziehe sich dieser Anspruch allein auf den Personenkreis, der der deutschen Wehrgesetzgebung unterliege.

18. Hierin liege kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, den der Aufnahmemitgliedstaat nach Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 1612/68 gegenüber den Arbeitnehmern, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten seien, hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sowie im Hinblick auf die sozialen und steuerlichen Vergünstigungen zu beachten habe.

19. Zu den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen führt die Bundesregierung erstens aus, daß die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Vorstrecken dieser Beiträge nicht als Teil des Entgelts angesehen werden könne, da es sich nicht um eine Vergünstigung handele, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer zahle, weil die Verpflichtung zur Übernahme der Beiträge letztlich dem Bundesministerium der Verteidigung obliege, und zweitens, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Urteil Ugliola [5] nicht anwendbar sei, da diese Verpflichtung des Arbeitgebers in einem engen Zusammenhang mit der Kostenerstattungspflicht des Bundesministeriums der Verteidigung stehe. Wollte man beides trennen, d. h. würde man den Arbeitgeber bei ausländischen Arbeitnehmern zur Weiterzahlung der Versicherungsumlagen verpflichten, ohne daß ihm hierfür ein Anspruch auf Kostenerstattung zustehe, so würde sich hieraus eine mittelbare Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer ergeben, da die Arbeitgeber es dann vermeiden würden, in ihrem Herkunftsland noch wehrpflichtige Ausländer einzustellen.

20. Die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Abführung der Beiträge beruhe nicht auf der Arbeitnehmereigenschaft der begünstigten Person bzw. auf deren Recht auf Freizügigkeit, sondern auf der Ableistung des Wehrdienstes und damit auf einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, die nicht der Verordnung Nr. 1612/68 unterliege; dieses Ergebnis entspreche den Schlußanträgen des Generalanwalts Gand in der Rechtssache 15/69 [6], wonach zwischen den Bestimmungen des Arbeitsplatzschutzgesetzes zu unterscheiden sei, die mit den Problemen der Landesverteidigung

5 — Zitiert in Fußnote 4.
6 — Slg. 1969, 374.

zusammenhingen, und den anderen, die tatsächlich die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen beträfen und die allein in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1612/68 fielen. Deshalb könne die Beitragszahlung im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der anerkannt habe, daß Vergünstigungen, die ihren wesentlichen Grund in der Kriegs-/Wehrdienstleistung für das eigene Land und im Hinblick auf ausdrücklich für dieses Land erduldete Einschränkungen hätten, auch nicht als „soziale Vergünstigung" im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 dieser Verordnung angesehen werden [7].

21. Die Kommission führt aus, da es sich im vorliegenden Fall um eine zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung handele, auf die der Arbeitnehmer aufgrund eines Tarifvertrags Anspruch habe, sei die Verordnung Nr. 1408/71 nicht anwendbar, da nach deren Artikel 1 Buchstabe j tarifvertragliche Vereinbarungen nicht vom Begriff „Rechtsvorschriften" im Sinne dieser Verordnung erfaßt würden. Die eventuellen Auswirkungen der Anwendung des Artikels 13 Absatz 2 Buchstabe e dieser Verordnung und eventuelle Fragen der parallelen Anwendung der beiden Verordnungen müßten daher nicht erörtert werden.

22. Die Kommission untersucht anschließend, ob die fragliche nationale Regelung zu den Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 oder zu den sozialen Vergünstigungen im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 gehört. Unter Bezugnahme auf das Urteil Ugliola [8] führt sie zunächst aus, ein Gesetz, das den Arbeitnehmer vor Nachteilen durch die Ableistung des Wehrdienstes schütze, gehöre zum Gebiet der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen; unter Bezugnahme auf die Auslegung des Gerichtshofes, wonach unter sozialen Vergünstigungen im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 diejenigen zu verstehen seien, die den inländischen Arbeitnehmern im allgemeinen hauptsächlich wegen deren objektiver Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt würden, gelangt sie weiter zu der Schlußfolgerung, daß die Vergünstigung, die den deutschen Arbeitnehmern dadurch gewährt werde, daß der Bund dem Arbeitgeber die während der Zeit des Wehrdienstes eingezahlten Beiträge erstatte, diese Voraussetzung nicht erfülle, da die streitige Bestimmung im wesentlichen an die Ableistung des Wehrdienstes, nicht aber an die Arbeitnehmereigenschaft oder den Wohnsitz anknüpfe.

23. Angesichts des Zweckes des Artikels 7 der Verordnung Nr. 1612/68, der darin bestehe, die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf alle gesetzlichen und vertraglichen Regelungen zu sichern, die ihre Rechtsstellung und insbesondere ihre finanziellen Ansprüche bestimmten, gelangt die Kommission zu der Auslegung, daß die streitige nationale Bestimmung, die grundsätzlich nur auf die deutschen Arbeitnehmer anwendbar sei, die in der Bundeswehr ihren Wehrdienst ableisteten, auch auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten seien und sich in derselben Situation befänden,

7 — Urteil vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 207/78 (Even, Slg. 1979, 2019).

8 — Zitiert in Fußnote 4.

anwendbar sein müsse, da sonst eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliege, die nicht damit gerechtfertigt werden könne, daß sie zur Aufrechterhaltung der Kohärenz des Systems erforderlich sei.

24. Schließlich weist die Kommission darauf hin, daß der vorliegende Fall dennoch Aspekte aufweise, die Zweifel an der Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1612/68 aufkommen lassen könnten, wie die Tatsache, daß die dem Arbeitgeber auferlegte Verpflichtung zum Vorstrecken der Beiträge nur unter der Voraussetzung gegebem sei, daß der Arbeitsvertrag wegen Ableistung des Wehrdienstes ruhe; daß diese Beiträge letztlich zu Lasten des Bundesministeriums der Verteidigung oder des Bundesministeriums für Frauen und Jugend gingen, je nachdem, ob der deutsche Arbeitnehmer den Wehrdienst oder den Ersatzdienst leiste, also zu Lasten der Stelle, der die Ableistung der Einberufenen unmittelbar zugute komme, daß die unmittelbar mit der Ableistung des Wehrdienstes zusammenhängenden Fragen nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fielen und daß, wenn die streitige Bestimmung auf Arbeitnehmer anwendbar wäre, die den Wehrdienst in einem anderen Mitgliedstaat ableisteten, dies zu einer schweren Belastung für die Arbeitgeber führen würde, die die eingezahlten Beträge nicht erstattet bekämen. Die Kommission gelangt deshalb abschließend zu der Ansicht, daß beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts und vorbehaltlich etwaiger bestehender oder noch abzuschließender bilateraler Abkommen hinsichtlich der Erstattung der Beiträge zu einer tarifvertraglich verankerten Versicherung die Vorlagefrage zu verneinen sei.

25. Für die Beantwortung der Vorlagefrage werde ich zunächst untersuchen, ob die Verordnung Nr. 1408/71 auf einen Arbeitnehmer anwendbar ist, der sich in der Situation des Klägers des Ausgangsverfahrens befindet, und zweitens, ob der Anspruch der im öffentlichen Dienst beschäftigten deutschen Arbeitnehmer darauf, daß der Arbeitgeber, während sie den Wehrdienst ableisten, die Beiträge zu der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung, die zu Lasten des Bundes gehen, vorstreckt, unter Artikel 7 Absatz 1 oder 2 der Verordnung Nr. 1612/68 fällt, so daß er auf die in Deutschland unter den gleichen Bedingungen wie die deutschen Staatsangehörigen beschäftigten Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten anwendbar ist.

Zur Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71

26. Gemäß Artikel 13 der Verordnung 1408/71 unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Gemäß Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe e unterliegt eine zum Wehrdienst oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person den Rechtsvorschriften dieses Staates. Dabei ist die Definition in Artikel 1 Buchstabe j der Verordnung zu berücksichtigen, wonach der Begriff „Rechtsvorschriften" folgendes bedeutet: in jedem Mitgliedstaat 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 — zu denen die Leistungen bei Alter und an Hinterbliebene gehören — oder die in Artikel 4 Absatz 2a erfaßten beitragsunabhängigen Sonderleistungen. Dieser Begriff umfaßt nicht bestehende oder künftige tarifvertragliche Vereinbarungen, selbst wenn eine behördliche Entscheidung sie für allgemeinverbindlich erklärt oder ihren Geltungsbereich erweitert hat. Das heißt, daß für die Anwendung dieser Verordnung unter Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit nur die in Gesetzen und Verordnungen enthaltenen Bestimmungen zu verstehen sind, unter Ausschluß der tarifvertraglich verankerten Bestimmungen.

27. Hieraus ist zu entnehmen, daß Herr de Vos während der Zeit, in der er seinen Wehrdienst in der belgischen Armee ableistete, den belgischen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit unterworfen war, jedoch ausschließlich denjenigen Zweigen und Systemen, die durch Gesetze oder Verordnungen geregelt sind. Da die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung, der Herr de Vos in Deutschland angehörte, auf einem Tarifvertrag beruht, kann sie nicht als „Rechtsvorschrift" im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 angesehen werden. Deshalb bin ich, ebenso wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen, der Auffassung, daß die Situation von Herrn de Vos im Hinblick auf diese Versicherung nicht von den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 berührt wird, da — weil diese Verordnung nicht anwendbar ist — der Umstand, daß er zum Wehrdienst in sein Herkunftsland einberufen wurde, anders als bei den auf Gesetz oder Verordnung beruhenden Systemen, nicht automatisch zum Austritt aus dieser Versicherung führt.

Zur Anwendbarkeit des Artikels 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 1612/68

28. Gemäß Artikel 7 Absatz 1 darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Es ist also zu untersuchen, ob die im Arbeitsplatzschutzgesetz vorgesehene Regelung, wonach der Arbeitgeber die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zu der tarifvertraglich verankerten zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung vorstreckt und später die Erstattung des Gesamtbetrags beim Bund beantragt, eine Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingung darstellt.

29. Dies ist nicht das erste Mal, daß der Gerichtshof Artikel 7 Absatz 1 im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Arbeitsplatzschutzgesetzes auszulegen hat. Im Urteil Ugliola [9] beantwortete er eine Vorlagefrage eines anderen deutschen Gerichts, die dahin ging, ob diese Bestimmung so auszulegen sei, daß ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit gegen seinen Arbeitgeber nach dem Recht des Beschäftigungslandes für die Zeit habe, während der er seine Tätigkeit

9 — Zitiert in Fußnote 4.

zum Zwecke der Erfüllung der Wehrdienstpflicht in seinem Heimatland unterbrechen mußte.

30. Der Gerichtshof stellte fest, daß das Sozialrecht der Gemeinschaft auf dem Grundsatz beruhe, daß die Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats den in dessen Hoheitsgebiet beschäftigten Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten alle Rechtsvorteile gewähren müsse, die sie den eigenen Staatsangehörigen einräume. Erfüllten Wanderarbeitnehmer ihre Wehrpflicht gegenüber ihrem Heimatstaat, so könne sich dies auf ihre Arbeitsbedingungen in einem anderen Mitgliedstaat auswirken. Diese Folgen blieben im wesentlichen gleich, ob nun der Arbeitnehmer von dem Staat einberufen werde, in dem er arbeite, oder von einem anderen Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitze. Der Gerichtshof gelangte zu der Schlußfolgerung, daß ein staatliches Gesetz, das den Arbeitnehmer, der seine Arbeit in seinem früheren Betrieb wiederaufnehme, vor Nachteilen aus der durch den Wehrdienst veranlaßten Abwesenheit bewahren wolle, indem es insbesondere bestimme, daß die Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werde, in das Gebiet der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gehöre und auch auf die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten angewandt werden müsse, die im Hoheitsgebiet des Staates, der diese Regelung getroffen habe, einer Beschäftigung nachgingen und in ihrem Herkunftsland wehrpflichtig seien.

31. Im vorliegenden Fall ist festzustellen, ob eine andere Bestimmung desselben deutschen Gesetzes, wonach eine bestehende Versicherung in der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst durch die Einberufung zum Wehrdienst nicht berührt wird und die zu diesem Zweck den oben beschriebenen Mechanismus einführt, ebenfalls als zu den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gehörend anzusehen ist. Es ist also erforderlich, die Auswirkungen näher zu untersuchen, die die Einberufung zum Wehrdienst für das Arbeitsverhältnis hat, unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat der Arbeitnehmer seinen Wehrdienst abzuleisten hat.

32. Meines Erachtens besteht kein Zweifel daran, daß die Arbeitgeberbeiträge zu dieser tarifvertraglich verankerten zusätzlichen Versicherung, während der Arbeitsvertrag seine vollen Wirkungen entfaltet, als Entgelt anzusehen sind, da es sich um eine Vergünstigung handelt, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mittelbar aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses gewährt. Der Arbeitsvertrag ruht nun aber während der Ableistung des Wehrdienstes oder des Ersatzdienstes, mit der Folge, daß dieses Ruhen die gegenseitigen Verpflichtungen der Vertragspartner zur Arbeit und zur Entlohnung der Arbeit aufhebt. Deshalb ruht anläßlich der Ableistung des Wehrdienstes der Beschäftigten bis zu deren Rückkehr an den Arbeitsplatz nach Beendigung des Wehrdienstes auch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Beiträge zu der tarifvertraglich verankerten zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung, und zwar sowohl bei deutschen Arbeitnehmern als auch bei den Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten.

33. Deshalb kann man im Unterschied zur Rechtssache Ugliola, in dem durch das Gesetz selbst dem Arbeitgeber die Verpflichtung auferlegt wurde, die Wehrdienstzeit auf

die Betriebszugehörigkeit anzurechnen, nicht feststellen, daß eine Diskriminierung zwischen deutschen Arbeitnehmern und Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten vorliegt, da der Arbeitgeber weder für die einen noch für die anderen Beiträge zahlt und sich seine Rolle darin erschöpft, mit dem Bund insoweit zusammenzuarbeiten, daß er aus verwaltungstechnischen Gründen für dessen Rechnung nicht nur die Arbeitgeberbeiträge vorstreckt, die er zu entrichten hat, während der Vertrag seine Wirkungen entfaltet, sondern auch die Beiträge, die der Arbeitnehmer zu zahlen hätte, wenn der Vertrag nicht ruhen würde.

34. Es besteht nun aber auch kein Zweifel daran, daß der deutsche Arbeitnehmer dank des Umstands, daß der Bund die Zahlung dieser Beiträge übernimmt, bei der Wiederaufnahme seiner Arbeit nach Ableistung seines Wehrdienstes für diesen Zeitraum weiterhin Pensionsansprüche in dieser zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversicherung aufgebaut hat, während dies bei dem Staatsangehörigen des anderen Mitgliedstaats nicht der Fall ist. Bedeutet dies, daß wir es mit einer gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßenden Ungleichbehandlung zu tun haben?

35. Um dies festzustellen, ist zu untersuchen, ob die Vergünstigung, die die deutschen Arbeitnehmer gegenüber den aus anderen Mitgliedstaaten stammenden, in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern genießen, eine soziale Vergünstigung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 darstellt.

36. Der Gerichtshof hat den Begriff der sozialen Vergünstigung im Sinne dieser Bestimmung schon definiert. Nach seiner Rechtsprechung „sind unter, sozialen Vergünstigungen' alle Vergünstigungen zu verstehen, die — ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht — den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnortes im Inland allgemein gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern" [10].

37. Im Hinblick auf diese Definition ist festzustellen, ob der Anspruch der im öffentlichen Dienst beschäftigten deutschen Arbeitnehmer darauf, daß die Beiträge zu der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung während der Zeit, in der sie den Wehrdienst oder den Ersatzdienst ableisten, zu Lasten des Bundes gehen, ihnen wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnortes im Inland gewährt wird — und in diesem Fall unter den gleichen Voraussetzungen den im öffentlichen Dienst in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten für die Zeit, in der sie in ihrem Herkunftsland den Wehrdienst ableisten,

10 — Urteil vom 27. Mai 1993 in der Rechtssache C-310/91 (Schmid, Slg. 1993, I-3011, Randnr. 18).

zuerkannt werden müßte — oder aus irgendeinem anderen Grund —, so daß keine Verpflichtung bestände, letzteren den gleichen Anspruch zuzuerkennen.

38. Im Laufe der Jahre hat der Gerichtshof festgestellt, daß unter den Begriff der sozialen Vergünstigungen im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68, die zur Folge haben, daß sie Arbeitnehmern anderer Mitgliedstaaten oder ihren Familienangehörigen unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu gewähren sind, z. B. folgende Leistungen fielen: zinslose Geburtsdarlehen, die von einer öffentlichrechtlichen Kreditanstalt aufgrund staatlicher Richtlinien und mit finanzieller Unterstützung des Staates einkommensschwachen Familien zur Förderung der Geburtenhäufigkeit gewährt werden [11]; eine soziale Leistung, die ein Altersmindesteinkommen garantiert [12]; eine soziale Leistung, durch die allgemein der notwendige Lebensunterhalt für Personen sichergestellt werden soll, die nicht über ausreichende Mittel verfügen und sie sich nicht aus eigener Kraft beschaffen können [13]; Überbrückungsgeld für junge Arbeitslose [14]; die Möglichkeit eines Wanderarbeitnehmers, zu erreichen, daß sein lediger Partner, der nicht Staatsangehöriger des Aufnahmemitgliedstaats ist, bei ihm Wohnung nehmen darf [15]; eine Förderung, die für den Lebensunterhalt und die Durchführung eines Hochschulstudiums gewährt wird, das zu einem berufsqualifizierenden Abschluß führt [16]; Geburts- und Mutterschaftsbeihilfen [17] und die Leistungen für Behinderte [18].

39. Ich bin der Auffassung, daß im Gegensatz zu den genannten Beispielen der vorliegende, den deutschen Arbeitnehmern gewährte Anspruch diesen nicht aufgrund ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder ihres Wohnortes im Inland eingeräumt wird, sondern daß er ihnen, wie die Bundesregierung in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, gewährt wird, um teilweise die Nachteile auszugleichen, die sich aus der Wehrpflicht oder dem zivilen Ersatzdienst ergeben.

40. Der Gerichtshof hat bereits in seinem Urteil Even [19] festgestellt, daß der Anspruch, den die nationalen Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats denjenigen seiner Staatsangehörigen, die zwischen 1940 und 1945 in den alliierten Streitkräften Dienst getan haben und eine von einer alliierten Nation wegen Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Kriegsereignisses gewährte Kriegsinvalidenrente beziehen, auf eine vorgezogene Altersrente für Arbeitnehmer ohne Anwendung der Kürzung um 5 % je Jahr der vorgezogenen Gewährung einräumen, nicht als eine soziale Vergünstigung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 anzusehen ist. Diese Leistung wurde von einem Wanderarbeitnehmer beantragt, der alle Voraussetzungen mit Ausnahme der der Staatsangehörigkeit erfüllte. Der

11 — Urteil vom 14. Januar 1982 in der Rechtssache 65/81 (Reina, Slg. 1982, 33).

12 — Urteile vom 12 Juli 1984 in der Rechtssache 261/83 (Castelli, Slg. 1984, 3199) und vom 6. Juni 1985 in der Rechtssache 157/84 (Frascogna, Slg. 1985, 1739).

13 — Urteile vom 27. März 1985 in der Rechtssache 249/83 (Hoeckx, Slg. 1985, 973) und in der Rechtssache 122/84 (Scrivner, Slg. 1985, 1027).

14 — Urteil vom 20. Juni 1985 in der Rechtssache 94/84 (Deak, Slg. 1985, 1873).

15 — Urteil vom 17. April 1986 in der Rechtssache 59/85 (Reed, Slg. 1986, 1283).

16 — Urteil vom 21. Juni 1988 in der Rechtssache 39/86 (Lair, Slg. 1988, 3161).

17 — Urteil vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817).

18 — Urteil Schmid, zitiert in Fußnote 10.

19 — Zitiert in Fußnote 7.

Gerichtshof stellte fest, daß der gewährte Vorteil seinen wesentlichen Grund in den Diensten habe, die die Begünstigten in Kriegszeiten ihrem eigenen Land erwiesen hätten, und daß sein wesentlicher Zweck darin bestehe, diesen Staatsangehörigen eine Vergünstigung im Hinblick auf die für dieses Land erduldete Prüfung zu gewähren.

41. Die Unterwerfung unter die Wehrpflicht ist beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts eine unmittelbar mit der Staatsangehörigkeit verbundene Angelegenheit und fällt somit nicht in dessen Anwendungsbereich. Die in den verschiedenen Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang bestehende Praxis ist unterschiedlich und reicht von jenen Staaten, deren Armee eine reine Berufsarmee ist — in diesem Fall unterliegt keiner ihrer Staatsangehörigen dieser Pflicht —, bis zu solchen Staaten, in denen die Armee größtenteils aus Reservisten besteht, so daß eine allgemeine Pflicht aller Staatsangehörigen besteht, an der Verteidigung des Landes mitzuwirken. Ein Mitgliedstaat, der seinen Staatsangehörigen diese allgemeine Pflicht auferlegt und der ihnen zum Ausgleich und allein aus diesem Grund z. B. mehr oder weniger hohe Bezüge oder Nachlässe bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel gewährt oder, wie im Fall Deutschlands, beschließt, u. a. die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge für eine tarifvertraglich verankerte zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung zu tragen, gewährt ihnen keine soziale Vergünstigung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68, da der Umstand, daß die Begünstigten in einigen Fällen die objektive Arbeitnehmereigenschaft besitzen, im Verhältnis zu der Tatsache, daß sie zugunsten dieses Staates eine persönliche Leistungspflicht erfüllen, sekundär ist.

42. Wie ich schon ausgeführt habe, befinden sich die deutschen Arbeitnehmer im Hinblick auf diese tarifvertraglich verankerte zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung in einer völlig anderen Situation als die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die nach Ableistung ihres Wehrdienstes an ihren Arbeitsplatz in Deutschland zurückkehren. Ich bin jedoch mit der Kommission der Auffassung, daß beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts diese Ungleichheit nicht zur Anwendung der Verordnung Nr. 1612/68 führen kann, sondern durch den Abschluß der erforderlichen bilateralen Abkommen zu beseitigen ist, die vorsehen, daß die Beiträge zu einer Versicherung dieser Art in jedem Fall zu Lasten des Staates gehen, der seinen Staatsangehörigen eine Wehrpflicht auferlegt.

43. Meiner Auffassung nach stellt demgemäß der Umstand, daß die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie im vorliegenden Fall, einen Ausgleich für die eigenen Staatsangehörigen, die den Wehrdienst ableisten, in der Weise vorsehen, daß der Arbeitgeber die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zu einer tarifvertraglich verankerten zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung während der Zeit, in der der Arbeitnehmer seinen Wehrdienst ableistet, weiterentrichtet und ihm diese Beiträge später zu Lasten des Staatshaushalts erstattet werden, für den Arbeitnehmer während dieses Zeitraums weder eine Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingung noch eine soziale Vergünstigung dar, so daß das Gemeinschaftsrecht bei seinem gegenwärtigen Stand diesen Mitgliedstaat nicht verpflichtet, diesen Ausgleich unter den gleichen Voraussetzungen einem Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat, der den Wehrdienst in dem Staat ableistet, dessen Staatsangehöriger er ist, zu gewähren.

Ergebnis

Ich schlage dem Gerichtshof demgemäß vor, die Vorlagefrage des Arbeitsgerichts Bielefeld wie folgt zu beantworten:

Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft ist dahin auszulegen, daß ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, keinen Anspruch auf Weiterentrichtung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst in der Höhe hat, in der sie zu entrichten gewesen wären, wenn das Arbeitsverhältnis wegen der Einberufung des Arbeitnehmers zum Wehrdienst nicht ruhen würde; dies gilt auch dann, wenn den im öffentlichen Dienst beschäftigten Staatsangehörigen dieses Staates ein solcher Anspruch gesetzlich bei Ableistung des Wehrdienstes dieses Staates zusteht.