rechterhaltung der Mitgliedschaft im allgemeinen Sozialversicherungssystem dieses Staates während der vorübergehenden Abordnung des Arbeitnehmers in ein Drittland jede Vorschrift, die die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten diskriminiert, außer acht zu lassen ist.

Galmot Due

Everling Kakouris Joliet

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Juli 1984.

Der Kanzler
Im Auftrag
H. A. Rühl
Hauptverwaltungsrat

Der Präsident der Fünften Kammer
Y. Galmot

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ VOM 4. JULI 1984

Inhaltsverzeichnis

A — Sachverhalt und Verfahren 3165
Vorlagefrage 3165
B — Stellungnahme 3166
1. Auslegung des Grundsatzes der Freizügigkeit 3166
2. Rechtsgrundlagen 3167
3. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes 3167
a) Walrave (Rechtssache 36/74) 3167
b) Bozzone (Rechtssache 87/76) 3168
4. Zu den innergemeinschaftlichen Auswirkungen unterschiedlicher Behandlung von In- und Ausländern bei Leiharbeitsverträgen mit Ausleihe von Ausländern . 3168
5. Zu den Folgen der Verpflichtung zur Gleichbehandlung 3169
C — Schlußantrag 3170

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Die Klägerin des Verfahrens, aus dem das heute zu behandelnde Vorabentscheidungsersuchen hervorgegangen ist, ist ein französisches Unternehmen, das — von ihm entlohnte — Arbeitnehmer zeitweise anderen Unternehmen zur Verfügung stellt (Zeitarbeitsunternehmen). Zu seinen der französischen Sozialversicherung angeschlossenen Arbeitnehmern gehört unter anderem der belgische, bei Vertragsabschluß in Belgien wohnhafte Staatsbürger Michel van Robaeys. Als er im Juni 1981 für eine bestimmte Zeit zu einer Tätigkeit nach Nigeria entsandt wurde, sollte er nach dem Wunsch der Klägerin in der französischen Sozialversicherung weiterversichert bleiben. Dies hat die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Caisse primaire d'assurance maladie de Paris, abgelehnt. Sie berief sich dabei auf Artikel 39 Absatz 2 des Gesetzes vom 3. Januar 1972, der zu Artikel L 341-3 Absatz 3 des Code du travail geworden ist und so lautet:

„Vorbehaltlich der internationalen Übereinkommen ist es einem Zeitarbeitsunternehmen verboten, irgendeiner Person ausländische Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, wenn die Dienstleistung außerhalb des französischen Hoheitsgebiets erfolgen soll."

Da diese Rechtsansicht von der zuständigen Commission de recours gracieux bestätigt wurde, hat die Firma Prodest dagegen die Commission de première instance du contentieux de la securité sociale et de la mutualité sociale agricole angerufen.

Dabei nahm sie zur Rechtfertigung ihres Standpunkts, für Herrn van Robaeys sei die Mitgliedschaft in der französischen Sozialversicherung aufrechtzuerhalten, Bezug auf ein von Frankreich — wie sie fälschlicherweise glaubte mit *Nigeria* (in Wahrheit ist es *Niger*) — abgeschlossenes Abkommen vom 28. März 1973, das durch Dekret vom 6. Februar 1975 veröffentlicht wurde und in Artikel 5 folgendes bestimmt:

„Les travailleurs qui, étant occupés habituellement sur le territoire de l'une des Parties contractantes par une entreprise dont ils relèvent normalement, sont détachés sur le territoire de l'autre Partie contractante afin d'y effectuer un travail déterminé pour le compte de ladite entreprise, demeurent soumis à la législation de cette première Partie comme s'ils continuaient à être occupés sur son territoire, à condition que la durée prévisible du travail qu'ils doivent effectuer n'excède pas un an.

. . ."

Daneben berief sie sich auf den für Arbeitnehmer sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Grundsatz der Gleichbehandlung ohne Berücksichtigung der Staatsangehörigkeit und des gleichen Rechts auf Zugang zu Beschäftigung. Insbesondere vertrat sie die Meinung, nach der Verordnung Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, 1968, S. 2 ff.) seien Angehörige von Mitgliedsländern der Gemeinschaft in Frankreich nicht als Ausländer zu behandeln, sondern französischen Arbeitnehmern gleichzustellen, es könne also die für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern gemäß Artikel 39 des französischen Gesetzes vom 3. Januar 1972 geltende Beschränkung für Arbeitnehmer aus EG-Ländern keine Wirkung haben; es könne somit nicht wegen einer Tätigkeit in einem außereuropäischen Gebiet die Mitgliedschaft in der französischen Sozialversicherung verweigert werden, denn andernfalls bestehe für derartige Arbeitnehmer keine Möglichkeit der sozialen Sicherung.

So gesehen stellt sich für das angerufene Gericht ein Problem der Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Es hat daher durch Zwischenurteil vom 3. Juni 1983 das Verfahren ausgesetzt und gemäß Artikel 177 des EWG-Vertrags um die Vorabentscheidung über die Frage gebeten:

„Hat ein Versicherter, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist und als Arbeitnehmer eines französischen Unternehmens in Frankreich wohnt, während der Dauer seiner Abordnung nach Nigeria nach der Verordnung Nr. 1612/68 der EWG Anspruch auf Beibehaltung seiner Mitgliedschaft im allgemeinen französischen Sozialversicherungssystem, und ist in diesem Fall die Beschränkung des Artikels 39 Absatz 2 des Gesetzes vom 3. Januar 1972, der zu Artikel L 341-3 Absatz 3 des Code du travail geworden ist, außer acht zu lassen?"

Zu dieser Frage hat sich im Verfahren vor diesem Gerichtshof die beklagte Caisse lediglich auf die von ihr vor dem französischen Gericht abgegebene Stellungnahme berufen, wonach die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft von Herrn van Robaeys in der französischen Sozialversicherung zu Recht unter Berufung auf die angeführte französische Gesetzesbestimmung verweigert worden sei. Ein von ihr im März 1976 im Hinblick auf den in Artikel L 341-1 des Code du travail für das Gemeinschaftsrecht enthaltenen Vorbehalt verfaßtes Rundschreiben sei deshalb nicht einschlägig, weil es sich nur auf *in* der Gemeinschaft, nicht aber auf *außerhalb* derselben ausgeübte Tätigkeiten beziehe.

Ausführlich schriftlich geäußert hat sich dagegen die Kommission. Dabei kam sie zu dem Ergebnis, das in Verordnung Nr. 1612/68 enthaltene Verbot unterschiedlicher Behandlung von Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft aufgrund der Staatsangehörigkeit gelte auch in bezug auf Angehörige eines Mitgliedstaats, die zu einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen in einem Arbeitsverhältnis stehen, ihre Tätigkeit aber außerhalb der Gemeinschaft ausüben sollen.

Dieser Auffassung hat sich in der mündlichen Verhandlung auch der Vertreter der Firma Prodest angeschlossen, der dabei übrigens auch erklärt hat, es seien für Herrn van Robaeys während seiner Abordnung nach Nigeria weiterhin Beiträge zur französischen Sozialversicherung gezahlt worden.

B — Was zu diesem Standpunkt an Begründung vorgetragen worden ist, finde ich durchaus überzeugend. Ich schlage deshalb vor, daß dementsprechend auch die Stellungnahme des Gerichtshofes zu dem ihm unterbreiteten Problem gehalten werden sollte.

1. Vor allem ist zu bedenken, daß es um die Ausdeutung des wichtigen Grundsatzes der Freizügigkeit geht, das heißt um ein fundamentales Recht der Gemeinschaftsbürger, das — nach den Feststellungen im Urteil der Rechtssache 167/73 (Slg. 1974, 372, Randnummern 45 bis 47) [1] — eine der Grundlagen der Gemeinschaft darstellt. Deshalb ist eine Auslegung geboten, die die volle Wirksamkeit des genannten Grundsatzes garantiert. Nur so auch bleiben wir auf der Linie der zu der Verordnung Nr. 1612/68 entwickelten Rechtsprechung, nach der der Gleichbehandlungsgrundsatz für eine möglichst weitgehende Integration von Arbeitnehmern in den Gemeinschaftsländern sorgen soll (Rechtssache 32/75 [2]).

1 — Urteil vom 4. 4. 1974 in der Rechtssache 167/73 — Kommission der Europäischen Gemeinschaften /Französische Republik —, Slg. 1974, 359, 372.

2 — Urteil vom 30. 9. 1975 in der Rechtssache 32/75 — Anita Cristini/Société nationale des chemins de fer français —, Slg. 1975, 1085.

2. Zwar ist festzustellen — die Kommission hat dies im einzelnen gezeigt —, daß sich sowohl den Vertragsbestimmungen (Artikel 48 und 49 als auch dem Sekundärrecht (Verordnung Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft; Richtlinie 64/221 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind; Richtlinie 68/360 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft; Verordnung Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben, und Richtlinie vom 5. 3. 1962 über den freien Zugang zu qualifizierten Beschäftigungen auf dem Kerngebiet) keine eindeutige Antwort zum Anwendungsbereich des Grundsatzes der Freizügigkeit und insbesondere zu der Frage entnehmen läßt, ob er auch eingreift, wenn für ein in der Gemeinschaft ansässiges Unternehmen eine Tätigkeit außerhalb der Gemeinschaft auszuführen ist.

Immerhin ist aber zu erkennen, daß in den untersuchten Vorschriften nicht ausschließlich die *Ausübung* der Tätigkeit als Anknüpfungskriterium verwendet wird; auch der Ort des Abschlusses eines Arbeitsvertrags ist hier von Bedeutung, und nicht selten taucht als wichtiger Gesichtspunkt der freie Zugang zu einer Tätigkeit und zum Arbeitsmarkt auf (wie etwa in Artikel 1 der Verordnung Nr. 1612/68 und in der Richtlinie 68/360). Namentlich ist bezeichnend, daß hiervon in der Richtlinie vom 5. März 1962 im Hinblick auf bestimmte Tätigkeiten im Euratom-Bereich gesprochen wird, die ihrer Art nach — sie sind in der Anlage zur Richtlinie aufgeführt — wohl nur außerhalb der Gemeinschaft ausgeübt werden.

3. Von besonderem Interesse für die Beurteilung des uns unterbreiteten Problems sind einige Urteile des Gerichtshofes, in denen es zum einen um die Tragweite des Grundsatzes der Freizügigkeit an sich und zum anderen um sozialversicherungsrechtliche Vorschriften ging, die der Verwirklichung dieses Grundsatzes gleichfalles zu dienen bestimmt sind.

a) Im ersten Fall (Rechtssache 36/74, Slg. 1974, 1418 ff. [1]) stand zur Debatte eine Bestimmung der Satzung der Union cycliste internationale (eines weltweit tätigen Verbandes), nach der bei sogenannten Steherrennen, die für die Weltmeisterschaft von Bedeutung sind, der Schrittmacher dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen muß wie sein Radrennfahrer. Dabei wurde ausdrücklich die Frage aufgeworfen, ob für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung wichtig ist, ob die Wettkämpfe, auf die die genannte Satzungsvorschrift Anwendung findet, innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft stattfinden. Generalanwalt Warner hat dazu — im Hinblick auf die dem Vorlagebeschluß zu entnehmende Erkenntnis, daß die genannte Satzung Wirkungen auf dem Gebiet der Gemeinschaft auch in einem Jahr haben könne, in dem die Weltmeisterschaft außerhalb der Gemeinschaft veranstaltet wird — die Meinung vertreten, die angeführte, an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Beschränkung verstoße gegen das Gemeinschaftsrecht, weil sie sich auf Veranstaltungen im Gebiet und damit auf die Beschäftigung in der Gemeinschaft *auswirke*. Dieser Gedanke wurde offenbar

1 — Urteil vom 12. 12. 1974 in der Rechtssache 36/74 — B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch/Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie und Federacion Española Ciclismo —, Slg. 1974, 1405, 1418.

auch im Urteil des Gerichtshofes aufgegriffen, und zwar in dem Satz, in dem es heißt (Randnummern 28 und 29): „Wegen seines zwingenden Charakters ist das Diskriminierungsverbot bei der Prüfung sämtlicher Rechtsbeziehungen zu beachten, die aufgrund des Ortes, an dem sie entstanden sind oder an dem sie ihre Wirkungen entfalten, einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft aufweisen."

Danach läßt sich sagen, daß für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der Freizügigkeit nicht nur der Zugang zur Beschäftigung und ihre Ausübung von Bedeutung sind, sondern sehr viel weitergehend etwaige Auswirkungen auf die Beschäftigung in der Gemeinschaft.

b) In der anderen anzuführenden Rechtssache, die jetzt auch von Interesse ist (87/76, Slg. 1977, 695 ff. [1]), ging es um einen Streit zwischen einem in Italien wohnhaften italienischen Arbeitnehmer und einem belgischen Sozialversicherungsträger. Er ergab sich daraus, daß letzterer Invaliditätsleistungen aufgrund von Versicherungszeiten versagt hatte, die der italienische Arbeitnehmer im früheren belgischen Kongo zurückgelegt hatte, und dies, weil es nach dem einschlägigen belgischen Gesetz, das Rechte aus einem Kolonialdekret bestätigt und garantiert hat, darauf ankam, ob der Leistungsberechtigte seinen gewöhnlichen Wohnort in Belgien oder in einer der früheren belgischen Kolonien hat. Zu der sich danach stellenden Frage des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ihrem Artikel 10 zufolge sind derartige Wohnortklauseln unanwendbar) hat Generalanwalt Capotorti die Auffassung geäußert, maßgeblich sei nicht der Ort, an dem die Tätigkeit ausgeübt worden sei, es komme vielmehr auf die Beziehungen an, die einen Arbeitnehmer mit dem Sozialversicherungssystem eines Mitgliedslands verbinden. Dies war auch die Wertung des Gerichtshofs in Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs „Rechtsvorschriften" im Sinne des Artikels 2 der Verordnung Nr. 1408/71, der den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung regelt. Wichtig war also, daß es um Leistungen ging, die von den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats garantiert werden. Weil die fraglichen Rechtsbeziehungen ihren Ursprung im Gebiet der Gemeinschaft hatten und so ein rechtliches Band zu der Gemeinschaft bestand, erschien dem Gerichtshof die Anwendung des Gemeinschaftsrechts gerechtfertigt, auch wenn die zugrunde liegende Beschäftigung außerhalb der Gemeinschaft, nämlich in einem Hoheitsgebiet stattgefunden hat, das seinerzeit mit einem Mitgliedstaat eine besondere Beziehung unterhielt (Randnummer 21).

4. Ohne weiteres erkennbar ist im vorliegenden Fall — und damit knüpfe ich an die Überlegungen des Urteils 36/73 [2] an —, daß die Nichtanwendung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (also die Hinnahme einer unterschiedlichen Behandlung französischer Staatsbürger einerseits und Angehöriger anderer Mitgliedstaaten andererseits nach Artikel 39 Absatz 2 des Gesetzes vom 3. 1. 1972) bedenkliche Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt und die Beschäftigungsverhältnisse in der Gemeinschaft hätte.

1 — Urteil vom 31. 3. 1977 in der Rechtssache 87/76 — Walter Bozzone/Office de sécurité sociale d'Outre-Mer —, Slg. 1977, 687, 695.

2 — Urteil vom 12. 12. 1974 in der Rechtssache 36/74 — B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch/Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie und Federacion Española Ciclismo —, Slg. 1974, 1405, 1418.

Dies könnte dazu führen, daß Angehörige anderer Mitgliedstaaten von französischen Zeitarbeitsunternehmen, die im wesentlichen in dritten Ländern tätig sind, nicht eingestellt werden, das sich nicht nur auf die berufliche Karriere der betroffenen Arbeitnehmer negativ auswirken, sondern auch mit sich bringen würde, daß solche französischen Zeitarbeitsunternehmen, die ja gleichfalls vom Grundsatz der Freizügigkeit profitieren sollen, auf unter Umständen besser qualifiziertes Personal verzichten müßten. — Dies könnte ferner zur Folge haben, daß Arbeitnehmer anderer Mitgliedstaaten — wenn sie bei Verwendung in dritten Ländern nicht in den Genuß des Gleichbehandlungsgrundsatzes kämen — zu ungünstigeren Bedingungen eingestellt würden und daß davon wiederum negative Auswirkungen auf die Beschäftigung französischer Arbeitnehmer ausgingen. Insofern ist aber daran zu erinnern, daß das Verbot jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten — dem Urteil der Rechtssache 167/73, Slg. 1974, 372 [1] zufolge — auch den Zweck hat, „Inländer vor den Nachteilen zu bewahren, die sich daraus ergeben können, daß Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnung anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht sie vorsieht" (Randnummern 45 bis 47). — Schließlich ist auch (wie die Kommission mit Recht bemerkt hat) nicht zu übersehen, daß dann, wenn es für die Anwendung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts jeweils auf den Ort der Ausübung der Tätigkeit ohne Berücksichtigung anderer Faktoren ankäme, eine beträchtliche Rechtsunsicherheit die Folge wäre, mit der man sich angesichts zunehmender Mobilität im modernen Wirtschaftsleben nur schlecht abfinden könnte.

5. Man muß also der Kommission tatsächlich darin zustimmen, daß Arbeitsbeziehungen, die ihren Ursprung in der Gemeinschaft haben, als Ganze zu erfassen sind und von einer wirksamen Gleichbehandlung nur zu sprechen ist, wenn sie für eine Tätigkeit insgesamt gilt. Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Rahmen der Freizügigkeit kann somit sicher nicht ausgeschlossen werden in einem Fall, in dem ein Angehöriger eines Mitgliedstaats einen *Arbeits*vertrag mit einem Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat und nach dessen Recht abschließt, selbst wenn die sich darauf beziehende Tätigkeit in einem Gebiet außerhalb der Gemeinschaft auszuüben ist. Dies bedeutet, daß die Verweigerung der Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in der französischen Sozialversicherung im Fall von Herrn van Robaeys nicht auf den Artikel L 341-3 Absatz 3 des Code du travail gestützt werden kann. Dies bedeutet weiterhin — weil die Verordnung Nr. 1408/71 keine Vorschriften betreffend die Mitgliedschaft in der Sozialversicherung für außerhalb der Gemeinschaft ausgeübte Tätigkeiten enthält —, daß insoweit das nationale Recht, ergänzt durch den Grundsatz der Gleichbehandlung, die zutreffende Lösung bieten muß. Dafür kommt im vorliegenden Fall wohl (weil das Abkommen mit Niger und damit der Artikel L 768 des französischen Sozialversicherungsgesetzes außer Betracht zu lassen sind) nur dessen Artikel L 769 in Frage, nach dem vorübergehend ins Ausland abgeordnete Arbeitnehmer der französischen Sozialversicherung unterworfen bleiben, wenn sich der Arbeitgeber dazu verpflichtet, die notwendigen Beiträge zu zahlen.

1 — Urteil vom 4. 4. 1974 in der Rechtssache 167/73 — Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Französische Republik —, Slg. 1974, 359, 372.

C — Auf die von der Kommission de première instance du contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole gestellte Frage kann daher nur so geantwortet werden:

Die Anwendung des nach dem Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer geltenden Grundsatzes der Gleichbehandlung ist nicht ausgeschlossen in einem Fall, in dem ein Angehöriger eines Mitgliedstaats in einem Arbeitsverhältnis zu einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen steht, selbst wenn die bezahlte Tätigkeit nicht in der Gemeinschaft, sondern außerhalb des Gebiets der Gemeinschaft ausgeübt werden soll. Eine mit diesem Grundsatz nicht in Einklang stehende nationale Vorschrift ist daher unanwendbar. Die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in der Sozialversicherung kann nicht unter Berufung auf derartige, den Gleichbehandlungsgrundsatz mißachtende Bestimmungen verweigert werden.