SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO
vom 22. Januar 1987 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Im Rahmen des vor dem Bundessozialgericht anhängigen Rechtsstreits Giuseppe Rindone gegen Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münsingen legt Ihnen das deutsche Gericht eine Reihe von Fragen nach der Auslegung von Vorschriften der Gemeinschaftsverordnungen über die soziale Sicherheit [1] vor, die sich auf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers beziehen, der außerhalb des Landes wohnt, in dem er versichert ist.

Wie der Gerichtshof mehrfach festgestellt hat, muß man sich bei der Suche nach der Antwort auf derartige Fragen durch eine Auslegung der betreffenden Vorschriften nach Maßgabe der Artikel des Vertrages über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer leiten lassen [2].

In seinem Urteil vom 25. Februar 1986 [3] hat der Gerichtshof insbesondere ausgeführt, daß „die aufgrund von Artikel 51 EWG-Vertrag ergangene Verordnung Nr. 1408/71 ... im Lichte des Zwecks dieses Artikels auszulegen [ist]; dieser besteht in der Herstellung größtmöglicher Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer, die eine der Grundlagen der Gemeinschaft darstellt. Artikel 51 verpflichtet nämlich den Rat, die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen zu beschließen, namentlich durch Vorkehrungen für die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen. Der Zweck der Artikel 48 bis 51 würde verfehlt, wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats sichern."

In diesem Geist werde ich also die Vorlagefragen prüfen.

Zur ersten Frage

Das Bundessozialgericht fordert den Gerichtshof zunächst auf, die folgende Frage zu beantworten:

„1) Hat der zuständige Träger die Feststellung des Trägers des Wohnorts über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit seiner Entscheidung über den Anspruch auf Geldleistungen (hier: Krankengeld nach § 182 RVO) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zugrunde zu legen, wenn er den Arbeitgeber nicht gemäß Artikel 18 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen läßt?"

1. Um diese Frage zu beantworten, ist außer von den bereits zitierten allgemeinen Grundsätzen von den Vorschriften der Verordnung Nr. 1408/71 auszugehen.

* Aus dem Französischen übersetzt.

1 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149 vom 5.7.1971); Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 74 vom 27.3.1972).

2 — Urteil vom 28. Mai 1974 in der Rechtssache 191/73, Niemann, Slg. 1974, 571, Randnr. 5.

3 — Urteil vom 25. Februar 1986 in der Rechtssache 284/84, Spruyt, Slg. 1986, 685, 699, Randnrn. 18 und 19.

Nach Artikel 19 dieser Verordnung erhält ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des zuständigen Staates wohnt und die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates für den Leistungsanspruch erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, auf dem Gebiet der Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft in dem Staat, in dem er wohnt,

a) *Sach*leistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Wohnortes nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften, als ob er bei diesem versichert wäre;

b) *Geld*leistungen vom zuständigen Träger nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften.

Um *Sach*leistungen beziehen zu können, genügt es also, daß der Arbeitnehmer sich beim Träger des Wohnortes meldet und dabei eine Bescheinigung darüber vorlegt, daß er Anspruch auf solche Leistungen hat.

Danach läuft alles nach den Rechtsvorschriften des Wohnlandes ab (Artikel 17 Absatz 5 der Verordnung Nr. 574/72), außer wenn vorgesehen ist, Sachleistungen zu gewähren, deren wahrscheinliche oder tatsächliche Kosten einen Pauschbetrag übersteigen, der von der durch die Verordnung Nr. 1408/71 geschaffenen Verwaltungskommission festgelegt und periodisch überprüft wird.

In diesem Fall ist der zuständige Träger vorab zu unterrichten; er kann innerhalb von 15 Tagen seine begründete Ablehnung zugehen lassen (Artikel 17 Absatz 7 der Verordnung Nr. 574/72).

Wir können damit aus diesen Ausführungen einen ersten Schluß ziehen, der wie folgt lautet:

Die Frage, ob jemand krank ist oder nicht, wird ausschließlich vom Träger der sozialen Sicherheit des Wohnlandes entschieden, der dabei allein seine eigenen Rechtsvorschriften anwendet.

Die Feststellung einer Krankheit hat für den Träger des Landes, in dem die Versicherung besteht, (zuständiger Träger) Aufwendungen (gegebenenfalls einschließlich der Erstattung von Krankenhauskosten) zur Folge, denen er sich nicht entziehen kann, es sei denn, es läge eine Überschreitung des Pauschbetrages vor.

Für den Fall, daß *Geld*leistungen gefordert werden, sieht Artikel 19 Buchstabe b der Verordnung Nr. 1408/71 vor, daß sie nicht nach den Rechtsvorschriften des Wohnlandes, sondern nach den Rechtsvorschriften des Staates erbracht werden, in dem die Versicherung besteht.

Man könnte daher versucht sein zu glauben, wenn man nur Artikel 19 liest, daß es im übrigen Sache des Arbeitnehmers oder Selbständigen ist, sich mit dem zuständigen Träger des Staates in Verbindung zu setzen, in dem die Versicherung besteht, um die für den Nachweis erforderlichen Unterlagen vorzulegen und alle Förmlichkeiten zu erledigen.

Aus Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 ergibt sich aber, daß auch bei Geldleistungen dem Träger des Wohnlandes eine ganz genaue Rolle zugewiesen ist, um dem Arbeitnehmer und dem zuständigen Träger zu helfen.

Durch Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 ist nämlich ein ganzes Verfahren eingeführt worden, bei dem mir die folgenden Punkte für die Beantwortung der Vorlagefrage ausschlaggebend erscheinen:

— Die Bescheinigung des behandelnden Arztes, in der zum ersten Mal die Arbeitsunfähigkeit festgestellt wird, stellt nicht den entscheidenden Nachweis dar. Diese Bescheinigung löst lediglich das Kontrollverfahren von seiten des Trägers des Wohnortes aus (Absatz 1).

— Dieser Träger führt innerhalb von drei Tagen die ärztliche Kontrolluntersuchung des Betroffenen *wie bei seinen eigenen Versicherten* durch (Absatz 2).

— Der *Bericht des Arztes, der die Kontrolluntersuchung durchgeführt hat,* in dem insbesondere die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit anzugeben ist, ist dem zuständigen Träger innerhalb von drei Tagen zu übermitteln (Absatz 3) und stellt also den wesentlichen Bestandteil dieses Verfahrens dar.

— Der Träger des Wohnortes führt die späteren Kontrollen der betreffenden Person *wie bei seinen eigenen Versicherten* durch. Er stellt das Ende der Arbeitsunfähigkeit für Rechnung des zuständigen Trägers fest (Absatz 4); er kann aber auch, wie wir später noch sehen werden, unmittelbar nach der ersten Kontrolluntersuchung feststellen, daß keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

— Der zuständige Träger behält in allen Fällen die Möglichkeit, die betreffende Person durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen (Absatz 5).

— Er kann beschließen, die Geldleistungen zu versagen, weil die betreffende Person die nach den Rechtsvorschriften des Wohnlandes vorgesehenen Formvorschriften nicht eingehalten hat, oder wenn er feststellt, daß die betreffende Person wieder arbeitsfähig ist (Absatz 6).

Welche Schlußfolgerungen lassen sich aus diesen Vorschriften ziehen?

Die Verwendung des Ausdrucks „in gleicher Weise wie bei seinen eigenen Versicherten" sowie die Verweisung auf die nach den Rechtsvorschriften des Wohnlandes vorgesehenen Formvorschriften beweisen meiner Ansicht nach, daß der Träger des Wohnlandes, was die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Kontrolle ihres Fortbestehens angeht, *grundsätzlich* für Rechnung des zuständigen Trägers tätig wird und daß seine Feststellungen diesen binden.

Dies scheint mir folgerichtig, da der Träger des Wohnlandes die Feststellung der *Krankheit* des Arbeitnehmers oder Selbständigen bereits ganz und gar eigenständig und abschließend vornimmt.

Was dagegen die *Arbeitsunfähigkeit* angeht, so ist die Feststellung des Trägers des Wohnlandes nur abschließend, wenn der zuständige Träger darauf verzichtet, eine Kontrolle durch einen Arzt seiner Wahl durchführen zu lassen.

2. Die Prüfung der verschiedenen Vordrucke, die von den betroffenen Trägern zu verwenden sind (siehe ABl. L 167 vom 27. 6. 1983), bestätigt meines Erachtens die eben vorgenommene Auslegung.

Aus dem Vordruck E 115 „Antrag auf Geldleistungen wegen Arbeitsunfähigkeit" [4], der vom Träger des Wohnlandes ganz am Anfang des Verfahrens auszufüllen ist, geht hervor, daß der Vertrauensarzt dieses Trägers sofort ein Gutachten über *das Bestehen oder Nichtbestehen einer Arbeitsunfähigkeit* abzugeben hat. Die Spalte 6 dieses Vordrucks sieht nämlich wie folgt aus:

„6. Laut Gutachten unseres Vertrauensarztes

6.1 — *hat die Arbeitsunfähigkeit am ... begonnen und dauert* voraussichtlich bis zum ...

6.2 — *liegt keine Arbeitsunfähigkeit vor.*"

Der Anmerkung 7 am Ende des Vordruckes entnehmen wir, daß der Träger des Wohnlandes im zweiten Fall einen „*Durchdruck des an den Versicherten zu richtenden* Vordrucks E 118 beifügen" muß.

4 — ABl. L 167 vom 27. 6. 1983, S. 1 ff.

Dies bedeutet, daß der Träger des *Wohn*landes dann, wenn der Vertrauensarzt des Wohnlandes der Auffassung ist, daß keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, *dem Versicherten von Amts wegen* den Vordruck E 118 „Mitteilung über Nichtanerkennung/Beendigung der Arbeitsunfähigkeit" zuleitet.

Entgegen dem Vorbringen einer der Parteien des Ausgangsverfahrens ist der Träger des Wohnlandes also befugt, nicht nur das Ende der Arbeitsunfähigkeit festzustellen, sondern auch von Anfang an und für Rechnung des zuständigen Trägers das Fehlen der Arbeitsunfähigkeit festzustellen. In beiden Fällen ist der Vordruck E 118 zu verwenden. Auf der Rückseite dieses Vordrucks lesen wir folgenden Hinweis für den Arbeitnehmer/Selbständigen: „Die Ihnen auf diesem Vordruck mitgeteilte Entscheidung können Sie bei der zuständigen Stelle des zuständigen Staates oder auch bei der zuständigen Stelle ihres Wohn- oder Aufenthaltslandes anfechten."

Der Vordruck E 118 ist vom zuständigen Träger auch dann zu verwenden, wenn dieser die Gewährung von Geldleistungen ablehnt. Die Spalte 3 dieses Vordrucks stellt sich wie folgt dar:

„3. — *Nach dem uns bekanntgewordenen Sachverhalt*

— Nach der von unserem Arzt am ... vorgenommenen Nachuntersuchung

— sind Sie nur bedingt arbeitsunfähig,

— haben Sie Anspruch auf eine Teilentschädigung von ... ab ...,

— sind Sie arbeitsfähig,

— war Ihre Arbeitsunfähigkeit am ... beendet."

Die Beklagte des Ausgangsverfahrens leitet aus dem Vorhandensein der Zeile „Nach dem uns bekanntgewordenen Sachverhalt" [in der französischen Fassung: „Des faits qui ont été portés à notre connaissance il résulte que"] ein Argument für ihre Ansicht her, daß also „auch der vom Träger des Wohnortes mitgeteilte Sachverhalt den zuständigen Träger berechtigt, den Anspruch abzulehnen, ohne eine eigene Untersuchung veranlaßt zu haben".

Dieses Argument erscheint mir nicht entscheidend, denn die Formulierung lautet nicht „des faits portés à notre connaissance *nous concluons* que", sondern „il résulte que".

Der Inhalt und der Regelungszusammenhang des Artikels 18 wie auch das System der Vordrucke insgesamt veranlassen mich zu der Auffassung, daß der zuständige Träger nicht berechtigt ist, einen Unterschied zwischen der vom Vertrauensarzt des Wohnlandes gestellten Diagnose und der Schlußfolgerung zu machen, die er daraus in bezug auf das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit gezogen hat.

Es scheint mir viel eher wahrscheinlich, daß die fragliche Zeile vorgesehen worden ist, um den Fall zu erfassen, daß der Vertrauensarzt des Wohnlandes eine *Teil*arbeitsunfähigkeit, insbesondere durch einen Arbeitsunfall, festgestellt hat (siehe Anmerkung 7 auf Seite 2 des Vordrucks E 116).

Es ist dann Sache des zuständigen Trägers, den angemessenen Betrag der Teilentschädigung festzulegen.

3. Einen sehr wichtigen Gesichtspunkt bei dieser Erörterung enthält meiner Ansicht nach folgende Überlegung, die das Bundessozialgericht auf Seite 15 seines Vorlagebeschlusses angestellt hat:

„Wenn ... [der zuständige Träger] ... den Arbeitnehmer nicht durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen läßt, so müßte man eine Bindung möglicherweise schon deshalb annehmen, weil der betroffene Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Vertrauens-

schutz hat. Läßt der zuständige Träger nämlich die Feststellungen des behandelnden Arztes und die Ergebnisse der Kontrolluntersuchungen des Trägers des Wohnorts später nicht gelten, so könnte sich, weil inzwischen die Arbeitsfähigkeit wiederhergestellt ist, für den Arbeitnehmer eine ungünstige Beweissituation ergeben."

Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 ist nämlich so auszulegen, daß der „effet utile" des gesamten, durch die Verordnung Nr. 1408/71 geschaffenen Systems erhalten bleibt.

Stünde es dem zuständigen Träger aber, selbst wenn eine Kontrolluntersuchung durch einen Arzt seines Vertrauens nicht stattgefunden hätte, frei, das Gutachten des Vertrauensarztes des Trägers des Wohnlandes nicht anzuerkennen, so befände sich ein Wanderarbeitnehmer, was den Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit angeht, in derselben Lage wie vor Erlaß der Gemeinschaftsverordnungen Nr. 3 und Nr. 1408/71. Er könnte sich also genausogut darauf beschränken, die ärztliche Bescheinigung seines behandelnden Arztes im Wohnland dem zuständigen Träger auf dem Postwege zuzusenden, und dabei hoffen, daß dieser die Bescheinigung als überzeugend ansehen werde.

4. Eine andere Überlegung, die man nicht aus den Augen verlieren darf, besteht darin, daß ein Träger der sozialen Sicherheit normalerweise nur dann eine Kontrolluntersuchung durch seinen Vertrauensarzt durchführen läßt, wenn er Zweifel in bezug auf die vom behandelnden Arzt ausgestellte Bescheinigung hat.

Im System des Artikels 18 der Verordnung Nr. 574/72 ist *die Kontrolluntersuchung durch einen Arzt des Vertrauens des Trägers des Wohnlandes* aber *von Amts wegen vorgesehen.*

Zwar ist diese Kontrolle im vorliegenden Fall mit einer Verspätung erfolgt, die im höchsten Grade zu beanstanden ist, und die Bescheinigung E 116, die der zuständigen Stelle allein zugeleitet worden ist, bezieht sich auf eine vorübergehende Erkrankung (Gastroduodenitis), bei der es sich nicht um die Krankheit handelte, die in den früheren und späteren Bescheinigungen des behandelnden Arztes und des Vertrauensarztes zur Begründung der Arbeitsunfähigkeit genannt war (Lendenarthrose). Dieses schuldhafte Versäumnis darf uns jedoch nicht vergessen lassen, daß die Träger der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten im allgemeinen ihre Arbeit gewissenhaft erledigen.

Die Möglichkeit einer Kontrolluntersuchung durch einen Arzt, der das Vertrauen des zuständigen Trägers genießt, ist gerade deshalb vorgesehen worden, um zu verhindern, daß derartige Nachlässigkeiten zu der Gewährung von Leistungen führen, auf die kein Anspruch besteht.

5. Das Bundessozialgericht und der Bundesverband der Ortskrankenkassen sind der Auffassung, da der Arbeitnehmer nach Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates geltenden Voraussetzungen erfüllen müsse und nach Buchstabe b die Geldleistungen nach den für den zuständigen Träger geltenden Rechtsvorschriften gewährt würden, müsse der Vertrauensarzt des Trägers des Wohnlandes seine Beurteilung auf einen aus dem nationalen Recht des zuständigen Trägers hergeleiteten Rechtsbegriff stützen, der ihm zwangsläufig fremd sei.

Es scheint mir in der Tat nicht möglich zu sein, von einem Arzt zu verlangen, daß er seine Beurteilung auf Kriterien stützt, die in anderen Ländern als seinem eigenen gelten.

Geht es hier aber wirklich darum?

Der erste Gedanke, der einem bei einem solchen Problem kommt, ist der, daß die Beurteilung aufgrund einer gemeinschaftsrechtlichen Bedeutung des Begriffs „Ar-

beitsunfähigkeit" erfolgen muß, um so weit wie möglich eine einheitliche Anwendung der in Frage stehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten.

In bezug auf die Auslegung der Begriffe „Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft" und „Leistungen bei Invalidität" im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 hat der Gerichtshof nämlich für Recht erkannt: „Es steht fest, daß das Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts innerhalb der Gemeinschaft mit sich bringt, daß sich die in diesem Recht verwendeten Begriffe nicht nach Maßgabe der Besonderheiten des jeweiligen innerstaatlichen Rechts verändern dürfen, sondern daß sie auf objektiven Kriterien beruhen müssen, die in einem gemeinschaftlichen Rahmen festgelegt worden sind. Diesem Grundsatz entsprechend ist der in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 enthaltene Begriff der ‚Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft' für die Anwendung dieser Verordnung nicht in bezug auf die Art der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu definieren, in denen die internen Bestimmungen über diese Leistungen enthalten sind, sondern auf der Grundlage der Gemeinschaftsvorschriften, welche die wesentlichen Bestandteile dieser Leistungen festlegen[5]."

Leider ist es mir nicht gelungen, in den beiden fraglichen Verordnungen Anhaltspunkte zu finden, aufgrund deren sich eine gemeinschaftsrechtliche Definition des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit herausarbeiten ließe.

Ich bin deshalb der Auffassung, daß das Problem im Geiste des Urteils vom 11. März 1986 in der Rechtssache 28/85 (Deghillage, Slg. 1986, 1003, Randnrn. 16 und 17) zu lösen ist, in dem der Gerichtshof für Recht erkannt hat: „Es kann ... nicht zugelassen werden, daß ein in einem Mitgliedstaat vorschriftsmäßig durchgeführtes Verfahren zur Feststellung einer Berufskrankheit nach ausländischen Rechtsvorschriften abzulaufen hat" (Randnr. 17).

Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit hat daher aufgrund der Kriterien zu erfolgen, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem sich der Arbeitnehmer aufhält.

Der Umstand, daß der Vordruck E 116 „Ärztlicher Bericht bei Arbeitsunfähigkeit wegen *Krankheit*/Mutterschaft, Arbeitsunfall, *Berufskrankheit*" für Krankheiten im allgemeinen sowie für Berufskrankheiten gilt, könnte als Beweis dafür dienen, daß es legitim ist, im vorliegenden Fall die Rechtsprechung des Gerichtshofes auf diesem letztgenannten Gebiet anzuwenden.

Ich weise in diesem Zusammenhang darauf hin, daß Artikel 61 der Verordnung Nr. 574/72, der sich auf die bei einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit geschuldeten Geldleistungen bezieht, genau den gleichen Inhalt hat wie Artikel 18, der die bei „normaler" Krankheit geschuldeten Geldleistungen betrifft.

Macht der zuständige Träger von der Möglichkeit, eine Kontrolluntersuchung durch einen Arzt seiner Wahl durchführen zu lassen, keinen Gebrauch, so ist er also durch das „Ergebnis" (siehe Spalte 5.7 des Vordrucks E 116) gebunden, zu dem der Vertrauensarzt des Trägers des Wohnlandes nach den in seinem Land anwendbaren Regeln gelangt.

Die Notwendigkeit, den „effet utile" des Systems zu gewährleisten, verlangt, daß der zuständige Träger auch dann an diese Feststellung gebunden ist, wenn er nach seinem innerstaatlichen Recht nicht an die Feststellungen seines eigenen Vertrauensarztes gebunden ist. Insoweit ist er also tatsächlich und rechtlich gebunden.

Man kann sich im übrigen fragen, ob die Definition der Arbeitsunfähigkeit in den an-

5 — Urteil vom 10. Januar 1890 in der Rechtssache 69/79, Jordens-Vosters, Slg. 1980, 84, Randnr. 6.

deren Mitgliedstaaten sehr viel anders sein kann als die, die das Bundessozialgericht gegeben hat, nämlich: „Arbeitsunfähig ist ein Versicherter, der seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit überhaupt nicht mehr oder nur auf die Gefahr hin nachgehen kann, seinen Zustand zu verschlimmern. Bei der Prüfung, ob Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist mithin lediglich zu fragen, welche Tätigkeit der Versicherte zuletzt verrichtet hat und ob er sie — oder eine ähnlich geartete — nach seinem Gesundheitszustand noch verrichten kann."

Der Bundesverband der Ortskrankenkassen hat vorgetragen, nur die zuständige Krankenkasse kenne die zuletzt vom Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit so genau, daß sie beurteilen könne, ob er noch arbeitsfähig sei.

Meiner Ansicht nach ist es einem ausländischen Arzt aber ohne weiteres möglich, sich eine hinreichend genaue Vorstellung von der Tätigkeit zu machen, die der Arbeitnehmer zuletzt ausgeübt hat. Es genügt, wenn er sich fragt, ob diese Tätigkeit im Freien oder innerhalb eines Gebäudes stattfand, ob sie mit erheblichen körperlichen Anstrengungen, der Aussetzung von Kälte oder großer Hitze, fortwährenden Ortsveränderungen, mit stehender oder sitzender Position verbunden war usw.

Dagegen ist es meiner Ansicht nach sehr viel schwerer für den zuständigen Träger, über den Gesundheitszustand eines Arbeitnehmers, der sich im Ausland befindet, ein besser begründetes Urteil zu fällen, als es der Vertrauensarzt des Trägers des Wohnlandes, der den Arbeitnehmer untersucht hat, fällt.

6. Schließlich habe ich noch den Einwand zu prüfen, daß eine Verpflichtung zu Lasten des zuständigen Trägers des Landes, in dem die Versicherung bestehe, deshalb nicht aus der Verordnung Nr. 574/72 hergeleitet werden könne, weil diese Verordnung nur die Durchführungsbestimmungen zu der Grundverordnung Nr. 1408/71 festlege.

Nur aufgrund einer in die Verordnung Nr. 1408/71 selbst aufgenommenen Vorschrift könnten für den zuständigen Träger die vom Träger des Wohnlandes getroffenen Feststellungen verbindlich sein.

Dazu möchte ich bemerken, daß die Verordnung Nr. 574/72 keine Durchführungsverordnung ist, die die Kommission aufgrund einer Ermächtigungsklausel in einer Verordnung des Rates erlassen hat. Es handelt sich im Gegenteil um einen Rechtsakt des Rates selbst, der auf der Grundlage derselben Vorschriften des EWG-Vertrags und nach denselben Verfahren (Stellungnahme des Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses) wie die Verordnung Nr. 1408/71 erlassen worden ist.

Selbst wenn einige Vorschriften der Verordnung Nr. 574/72 mehr als Durchführungsmodalitäten darstellten, was hier nicht geprüft zu werden braucht, so wären sie dennoch rechtswirksam erlassen worden.

Zur zweiten Frage

Das Bundessozialgericht ersucht den Gerichtshof zweitens um Beantwortung der folgenden Frage:

„2) Wenn die Frage zu 1 bejaht wird: Gilt dies auch dann, wenn der Arbeitnehmer sich nicht drei Tage nach dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit an den Träger des Wohnorts wendet und eine vom behandelnden Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt [Artikel 18 Absatz 1 der Verordnung (EWG)

Nr. 574/72] und/oder der Träger des Wohnorts zwei ärztliche Kontrolluntersuchungen durchführt, aber nicht die hierfür und für die Übermittlung des ärztlichen Berichts an den zuständigen Träger in Artikel 18 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 vorgeschriebenen Fristen einhält?"

Diese Frage zerfällt in zwei Teile. Mit dem ersten Teil soll die Sanktion festgestellt werden, die gegebenenfalls eintritt, wenn der Arbeitnehmer die Frist von drei Tagen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nicht einhält, um dem Träger des Wohnorts eine Anzeige über die Arbeitseinstellung oder eine vom behandelnden Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen (Artikel 18 Absatz 1).

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß Artikel 18 Absatz 6 der Verordnung Nr. 574/72 ausdrücklich bestimmt, daß der zuständige Träger die Geldleistungen versagen kann, weil die betreffende Person die nach den Rechtsvorschriften des Wohnlandes vorgesehenen Formvorschriften nicht eingehalten hat.

Sehen diese Formvorschriften selbst eine Frist von drei Tagen vor, so ist die Lage also völlig eindeutig.

Wie steht es aber, wenn eine derartige Vorschrift im nationalen Recht fehlt?

Ich stimme der Kommission darin zu, daß die Frist von drei Tagen in diesem Fall nicht als Ausschlußfrist angesehen werden kann.

Für diese Auffassung kann man sich zunächst auf das Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juli 1985 berufen, in dem er für Recht erkannt hat: „Die in Artikel 59 der Verordnung Nr. 574/72 begründete Verpflichtung zur Mitteilung ist mit keinerlei Sanktion verknüpft. Die Unterlassung der Mitteilung oder die verspätete Mitteilung des Wohnortwechsels kann daher nicht den Verlust des Anspruchs auf die Leistungen zur Folge haben, die sich auf den Zeitraum zwischen dem Wohnortwechsel und dem Zeitpunkt beziehen, in dem der zuständige Sozialversicherungsträger von diesem Wechsel Kenntnis erhält. Erhält der zuständige Sozialversicherungsträger des Mitgliedstaats des früheren Wohnorts Kenntnis von dem Wohnortwechsel, so kann er jedoch durch eine Kontrolle gemäß Artikel 51 der Verordnung Nr. 574/72 prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistungen während des in Frage stehenden Zeitraums weiter erfüllt war[6]."

Diese Grundsätze gelten meiner Ansicht nach auch in der vorliegenden Rechtssache.

Die in Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 vorgesehene Frist von drei Tagen stellt eine Verfahrensvorschrift dar, die für den Fall ihrer Nichtbeachtung keine ausdrückliche, automatisch eintretende Sanktion enthält. Es muß der Grundsatz „pas de déchéance sans texte" [kein Rechtsverlust ohne gesetzliche Regelung] gelten.

Die Nichteinhaltung der Frist durch den Betroffenen kann jedoch für diesen nachteilige Folgen haben. Wenn es nicht mehr möglich ist, ärztlicherseits seine Arbeitsunfähigkeit rückwirkend auf den Tag ihres tatsächlichen Eintritts festzustellen, kann der Betroffene nämlich keine Ansprüche auf Geldleistungen für den verstrichenen Zeitraum geltend machen.

Wenn sich dagegen bei der aufgrund der verspäteten Mitteilung des Betroffenen an den Träger des Wohnortes durchgeführten ärztlichen Untersuchung eine Arbeitsunfähigkeit vom ersten tatsächlichen Krankheitstag an ergibt, hat der Betroffene Anspruch

6 — Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 261/84, Scaletta, Slg. 1985, 2711, Randnrn. 14, 15 und 16.

auf Geldleistungen rückwirkend auf diesen Tag, und zwar trotz der unterlassenen Mitteilung innerhalb der vorgesehenen Fristen.

Der zweite Teil der zweiten Frage bezieht sich auf die Folgen, die sich daraus ergeben können, daß der Träger des Wohnlandes die Fristen nicht einhält, die ihm durch Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 für die Durchführung der ärztlichen Kontrolle und für die Übermittlung des ärztlichen Berichts an den zuständigen Träger gesetzt sind.

Hierbei ist von der Feststellung auszugehen, daß der Betroffene über keinerlei Mittel verfügt, um Einfluß darauf auszuüben, wie genau der Träger des Wohnlandes die Verpflichtungen einhält, die ihm Artikel 18 auferlegt.

Es ist aber — worauf die Kommission zu Recht hinweist — im Gemeinschaftsrecht anerkannt, daß Verfahrensmängel, die vom Leistungsempfänger nicht zu vertreten sind, sich für diesen nicht nachteilig auswirken dürfen[7].

Im übrigen steht fest, daß der „effet utile" des durch die Verordnungen Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 geschaffenen Systems zum großen Teil gefährdet würde, wenn man wegen langsamen oder nachlässigen Arbeitens der Träger der sozialen Sicherheit des Wohnlandes Sanktionen gegen die Arbeitnehmer verhängen würde.

Zur dritten und zur vierten Frage

Das Bundessozialgericht fordert den Gerichtshof dann auf, eine Reihe von Fragen zu beantworten, die mit dem Recht des Trägers des Landes, in dem die Versicherung besteht, ein Gegengutachten zu veranlassen, zusammenhängen.

7 — Urteil vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 302/81, Eggers, Slg. 1982, 3442, 3452, Randnr. 8.

Es handelt sich um folgende Fragen:

„3) a) Kann der zuständige Träger den Arbeitnehmer gemäß Artikel 18 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auch durch einen Arzt des Beschäftigungslandes untersuchen lassen?

b) Muß die Aufforderung, ins Beschäftigungsland zurückzukehren und sich dort von einem bestimmten Arzt untersuchen zu lassen, mit der Erklärung verbunden sein, daß der zuständige Träger die Kosten für die Hin- und Rückfahrt übernimmt?

c) Ist der Versicherte gleichzeitig schriftlich über eventuelle nachteilige Rechtsfolgen für den Fall zu belehren, daß er ohne wichtigen Grund der Aufforderung keine Folge leistet?

4) Welche Rechtsfolgen hat es, wenn der Arbeitnehmer sich nicht der Untersuchung im Beschäftigungsland stellt?"

Lassen Sie mich gleich sagen, daß es undenkbar ist, daß der zuständige Träger verlangen kann, daß ein Betroffener, für den im Wohnland eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt worden ist, *verpflichtet* wird, in den Staat des zuständigen Trägers zurückzukehren, um sich dort einer ärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen.

Würde man diesem Träger ein derartiges, in seinem Ermessen stehendes Recht zuerkennen, so liefe dies nämlich darauf hinaus, daß er den „effet utile" der beiden Verordnungen nach seinem Belieben beseitigen könnte und damit die Lage wiederhergestellt würde, die vor Erlaß der Verordnung Nr. 3 bestand.

Dagegen hat der zuständige Träger in vollem Umfang das Recht, den Kranken durch einen im Wohnland niedergelassenen Arzt

seiner Wahl oder durch einen im Beschäftigungsland (oder in einem anderen Mitgliedstaat) niedergelassenen Arzt untersuchen zu lassen, der sich zu diesem Zweck zu dem Betroffenen begeben würde.

Da es mir nicht möglich erscheint, die Rückkehr des Betroffenen in den Staat, in dem sich der zuständige Träger befindet, zu verlangen, sind die Fragen 3 b, 3 c und 4 meines Erachtens gegenstandslos.

Ergebnis

Aufgrund all dieser Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1) Artikel 18 Absätze 1 bis 4 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 ist dahin auszulegen, daß der zuständige Träger die Feststellungen des Vertrauensarztes des Trägers des Wohnorts über den Eintritt und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit seiner Entscheidung über den Anspruch auf Geldleistungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zugrunde zu legen hat, sofern er nicht gemäß Artikel 18 Absätze 5 und 6 seine eigenen Feststellungen trifft.

2) Unbeschadet der Rechte, die der zuständige Träger aus Artikel 18 Absatz 6 ableitet, gilt dies auch, wenn der Arbeitnehmer gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 18 Absatz 1 verstößt.

   Wenn die Nichtbeachtung der dem Arbeitnehmer nach Artikel 18 Absatz 1 obliegenden Verpflichtungen den Träger des Wohnorts bei seinen Feststellungen behindert oder stört, können die sich daraus ergebenden Nachteile zu Lasten des Arbeitnehmers gehen.

   Verfahrensfehler, die der Träger des Wohnorts und nicht der Arbeitnehmer zu vertreten hat, dürfen sich für diesen nicht nachteilig auswirken.

3) Gemäß Artikel 18 Absatz 5 behält der zuständige Träger in allen Fällen die Möglichkeit, die betreffende Person durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen. Diese Möglichkeit schließt die Untersuchung durch einen Arzt des Beschäftigungsortes ein. Artikel 18 Absatz 5 ermächtigt den zuständigen Träger jedoch nicht, vom Arbeitnehmer die Rückkehr in das Beschäftigungsland zum Zwecke der Untersuchung zu verlangen.