SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI vom 5. Mai 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Bundessozialgericht fragt Sie mit Beschluß vom 21. Januar 1987, ob für die Berechnung der Rente eines Grenzgängers die Zeiten, in denen er Leistungen wegen Vollarbeitslosigkeit erhalten hat, von dem Versicherungsträger des Wohnstaats oder von der entsprechenden Stelle des Landes zu berücksichtigen sind, in dem der Rentner beschäftigt war.

Der Sachverhalt: Der deutsche Staatsangehörige Josef Rebmann hat stets in Deutschland gewohnt. Vom 1. August 1959 bis zum 30. Juni 1972 war er als Grenzgänger in Frankreich beschäftigt und zahlte die entsprechenden Versicherungsbeiträge an das Sozialversicherungssystem dieses Staates. Im Juni 1972 wurde Rebmann arbeitslos. Er meldete sich daraufhin beim Arbeitsamt Saarbrücken und erhielt vom 13. Juli 1972 bis zum 31. Juli 1974 Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach den deutschen Rechtsvorschriften.

1980 trat Rebmann mit einer von dem französischen Versicherungsträger gewährten Rente in den Ruhestand. Außerdem bewilligte ihm die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte in Berlin (im folgenden: BfA) auf der Grundlage der in Deutschland zurückgelegten Beschäftigungszeiten (1974 bis 1980) eine Versichertenrente wegen Erwerbsunfähigkeit. Bei der Berechnung der Höhe dieser Rente berücksichtigte der Träger jedoch nicht den Zeitraum, in dem der Anspruchsberechtigte arbeitslos gewesen war. Nach § 36 Absatz 1 Nrn. 3 und 3 a des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG) werden Zeiten der Arbeitslosigkeit nämlich bei der Rente nur angerechnet, wenn durch sie eine nach deutschem Recht versicherungspflichtige Beschäftigung unterbrochen wird. Diese Zeiten können zwar den deutschen Versicherungszeiten gleichgestellt werden, wenn dies in internationalen Vereinbarungen oder Abkommen, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, bestimmt wird; im vorliegenden Fall ist diese Möglichkeit aber weder in dem auf diesem Gebiet bestehenden französisch-deutschen Abkommen noch in den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorgesehen.

Widerspruch, Klage und Berufung des Rentners gegen den Bescheid hatten keinen Erfolg. Mit der Revision hat Rebmann geltend gemacht, die genannte Vorschrift des AVG stehe im Widerspruch zu Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (in der im ABl. L 230 vom 22. 8. 1983, S. 8, veröffentlichten Fassung). Nach dieser Bestimmung müsse der Grenzgänger bei Arbeitslosigkeit die entsprechenden Leistungen ausschließlich von der zuständigen Stelle des Wohnstaats verlangen.

* Aus dem Italienischen übersetzt.

Es sei unbestreitbar — hat der Kläger eingeräumt —, daß die Vorschrift sich nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall beziehe, ebenso sei aber sicher — so hat er hinzugefügt —, daß nur die Anwendung der lex domicilii verhindere, daß der Grenzgänger gegenüber anderen Arbeitnehmern deshalb diskriminiert werde, weil er weder im Wohnstaat noch im Beschäftigungsstaat die Voraussetzungen erfüllen könne, von der die nationale Regelung die Anerkennung der Arbeitslosenzeiten abhängig mache. Nach französischem Recht könnte Rebmann nämlich nicht nachweisen, daß er irgendwelche Leistungen bei Arbeitslosigkeit erhalten habe, während nach deutschem Recht seine versicherungspflichtige Beschäftigung nicht unterbrochen gewesen wäre.

Unter diesen Umständen hat das Bundessozialgericht es für angebracht gehalten, Sie zu fragen, welcher Versicherungsträger für die rentenrechtliche Berücksichtigung von Zeiten der Arbeitslosigkeit zuständig ist, in denen ein Grenzgänger nach Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung Nr. 1408/71 entsprechende Leistungen erhalten hat. Insbesondere möchte das vorlegende Gericht folgendes wissen:

a) Sind die Arbeitslosenzeiten im Lichte dieser Vorschrift vom Wohnstaat zu berücksichtigen, als ob dessen Vorschriften für den Arbeitnehmer während seiner letzten Beschäftigung gegolten hätten?

b) Sind diese Zeiten im Gegenteil nach den rentenrechtlichen Vorschriften des Beschäftigungsstaats zu berücksichtigen, als ob während der Arbeitslosigkeit die Rechtsvorschriften dieses Staates für den Arbeitnehmer gegolten hätten?

c) Steht die Entscheidung darüber, welchen Träger er hinsichtlich der Berücksichtigung der Arbeitslosenzeiten in Anspruch nehmen will, dem betroffenen Arbeitnehmer zu?

Im vorliegenden Verfahren haben die BfA, die italienische Regierung, die niederländische Regierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schriftliche Erklärungen eingereicht. Mit Ausnahme der Niederlande sind diese Beteiligten auch in der mündlichen Verhandlung aufgetreten.

2. Die BfA und die italienische Regierung weisen vor allem darauf hin, daß das Fehlen einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift es nicht rechtfertige, die Interessen der Grenzgänger außer acht zu lassen, und daß die Lösung des Problems anhand der durch die Verordnung Nr. 1408/71 aufgestellten Grundsätze zu suchen sei. In diesem Rahmen tragen sie vor, daß Artikel 71 dadurch, daß er die Stellen des Wohnstaats zur Gewährung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit verpflichte, eine Ausnahme von der Regel eingeführt habe, wonach es Sache des Landes sei, in dem der Wanderarbeitnehmer seine Beschäftigung ausübe, alle Sozial- und Versicherungsleistungen zu erbringen.

Da sie also Ausnahmecharakter habe, sei die Vorschrift nicht, wie die niederländische Regierung vortrage, analog oder extensiv auf andere Versicherungsleistungen anzuwenden, und zwar auch nicht für die — wenn auch beschränkten — Zwecke der Anrechnung der Jahre, in denen der Rentenberechtigte arbeitslos gewesen sei. Andernfalls, so unterstreicht die BfA, würde man zu einem paradoxen Ergebnis gelangen: Der Wohnstaat müßte allein deshalb, weil er Leistungen bei Arbeitslosigkeit gewährt habe, zugunsten des Grenzgängers, der niemals in seinem Hoheitsgebiet gearbeitet habe, eine selbständige rentenrechtliche Stellung schaffen. Das vom vorlegenden Gericht aufgeworfene Problem sei letztlich unter Rückgriff auf das allgemeine Kriterium des Beschäftigungsstaats zu lösen.

Die Kommission vertritt die entgegengesetzte Auffassung. Das genannte Kriterium — so räumt sie ein — passe sicherlich besser zum System der Verordnung. Es werfe jedoch ernstliche Probleme der Koordinierung der versicherungsrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten auf, insbesondere was die Regelungen angehe, die, wie die französische, die Möglichkeit ausschlössen, rentenrechtlich Arbeitslosenzeiten anzurechnen, für die keine Leistungen gewährt worden seien. Auf den Fall, daß der Grenzgänger niemals im Wohnstaat gearbeitet habe, dort aber Arbeitslosenzeiten zurückgelegt und die entsprechenden Leistungen erhalten habe, müsse dagegen der Grundsatz der Zusammenrechnung der entsprechenden Zeiten angewendet werden. Analog zu dem, was Artikel 48 vorsehe, seien dann die Träger des Beschäftigungsstaats verpflichtet, diese Zeiten anzurechnen.

3. Das uns vom Bundessozialgericht vorgelegte Ersuchen zeigt, daß die Verordnung Nr. 1408/71 eine erhebliche Lücke aufweist, und es ist offensichtlich, daß die Interessen einer bedeutenden Gruppe von Arbeitnehmern der Gemeinschaft, wie es die der Grenzgänger ist, es gebieten, diese Lücke zu schließen.

Eine allgemeine Vorbemerkung. Der Rat hat für die „Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften" festgelegt, daß Arbeitnehmer, die nicht im Beschäftigungsstaat wohnen (wozu die Grenzgänger offenkundig gehören), den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegen (Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a). Der damit aufgestellte Grundsatz ist jedoch nicht frei von Ausnahmen. Insbesondere greifen auf das Kriterium der lex domicilii zurück: a) Artikel 25 Absätze 2 und 3 in bezug auf die Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, auf die ein arbeitsloser Grenzgänger Anspruch hat; b) Artikel 39 Absatz 5 auf dem Gebiet der Invalidität; c) der bereits genannte Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii. Dieser sieht nämlich vor: „Grenzgänger erhalten bei Vollarbeitslosigkeit Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnen, als ob während der letzten Beschäftigung die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats für sie gegolten hätten."

Die Ratio dieser Vorschrift liegt auf der Hand: Wenn ein Grenzgänger arbeitslos ist — meinte der Gemeinschaftsgesetzgeber —, kann er besser und leichter von den Behörden des Wohnstaats unterstützt werden, wo er zweifellos festere familiäre und soziale Bindungen behalten hat. Der Punkt wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofes sehr gut erklärt. „Artikel 71" — so ist zuletzt in dem Urteil vom 12. Juni 1986 in der Rechtssache 1/85, (Miethe, Slg. 1986, 1837) ausgeführt worden — „[soll] sicherstellen, daß dem Wanderarbeitnehmer die Leistungen bei Arbeitslosigkeit unter den für die Arbeitssuche günstigsten Voraussetzungen gewährt werden. Diese Leistungen umfassen nicht nur Geldzahlungen, sondern auch die Unterstützung bei der beruflichen Wiedereingliederung, die die Arbeitsverwaltung den ihr zur Verfügung stehenden Arbeitnehmern gewährt" (Randnr. 16 mit Hinweis auf andere Entscheidungen des Gerichtshofes).

Dies vorausgeschickt, prüfe ich nun, welche der von dem vorlegenden Gericht dargelegten Lösungen eher den Überlegungen entspricht, von denen sich der Rat bei der Festlegung der Vorschriften über die Rechtsstellung des Grenzgängers hat leiten lassen.

Die letzte Hypothese des Bundessozialgerichts kann auf der Stelle verworfen werden: Ein den Grenzgängern gewährtes Wahlrecht stünde im Widerspruch zum Wortlaut des Artikels 71 — der, wie wir gesehen haben, diese Arbeitnehmer ermächtigt, sich nur an die Behörden des Wohnstaats zu wenden — und würde „die Bedeutung der Verordnung Nr. 1408/71 [verkennen, die] die nationalen Rechtsvorschriften

über die soziale Sicherheit im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten sind, ... koordinieren" soll (erwähntes Urteil Miethe, Randnr. 11).

Dagegen bietet die zweite Alternative zumindest zwei Vorteile, nämlich den, daß sie der in Artikel 13 aufgestellten Regel und den Zielen entspricht, die mit Artikel 51 EWG-Vertrag verfolgt werden, und den, daß sie bewirkt, daß sich die Arbeitslosenzeiten ohne Unterbrechung an die von dem Grenzgänger im Rentensystem des Beschäftigungsstaats zurückgelegten Versicherungszeiten anschließen. Wenn der Arbeitnehmer in diesem Staat wieder Arbeit findet, würden die für die Feststellung seiner Rentenansprüche zuständigen Behörden dieses Staates auch die Jahre berücksichtigen, in denen er nicht arbeiten konnte.

Wie die Kommission dargelegt hat, führt diese Lösung jedoch zu ernsthaften Schwierigkeiten bei der Koordinierung zwischen den Vorschriften des Beschäftigungsstaats in bezug auf die Berechnung der Rente und den Vorschriften des Wohnstaats, der die Regelung für die Zahlung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit festzulegen hat. Es kommt noch etwas anderes hinzu: Diese Lösung verliert jeden praktischen Nutzen, wenn der Grenzgänger durch die Bemühungen des Arbeitsamts, an das er sich nach Artikel 71 gewendet hat, in seinem Herkunftsort eine Beschäftigung findet. In diesem Fall erscheint es nämlich aus den Gründen, die ich bei der Prüfung der entgegengesetzten Hypothese angeführt habe, logischer, den Behörden des Wohnstaats die Verpflichtung aufzuerlegen, bei der Festsetzung der Rente die Arbeitslosenzeiten zu berücksichtigen. Ich füge hinzu, daß das paradoxe Ergebnis, auf das die BfA hinweist, wenig plausibel ist; der Grenzgänger, der niemals in seinem Wohnstaat gearbeitet hat, kann nämlich aus diesem Grund dort keinen Rentenanspruch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erwerben.

Letztlich erscheint die von der BfA und von der italienischen Regierung vertretene Linie den Interessen des Grenzgängers nicht besser zu entsprechen als die, die die Niederlande vorschlagen. Zwar ist Artikel 71 wie jede Ausnahmevorschrift nur im Rahmen des Falles zu lesen, für den sie erlassen wurde. Ich bin jedoch überzeugt, daß diese Bestimmung sich nicht darauf beschränkt, eine Ausnahme von dem allgemeinen Kriterium der lex loci laboris einzuführen, sondern, zusammen mit Artikel 25 Absatz 2 eine Regelung darstellt, die besonders für die Grenzgänger bestimmt ist und die sich von der für die anderen Arbeitnehmer festgelegten Regelung unterscheidet. Wir haben nämlich gesehen, daß das Kriterium der lex domicilii in diesem besonderen Fall einem Hauptziel dient: Es soll demjenigen, der täglich eine Grenze überschreitet, um „auf der anderen Seite" zu arbeiten, ermöglichen, nach der Arbeitslosigkeit eine Beschäftigung in dem Land zu finden, in dem er lebt.

Nach der Verordnung Nr. 1408/71 gilt daher für die Arbeitslosigkeit des Grenzgängers — die Situation, für die Rechtsschutz gewährt werden soll — ein besonderes, an das Kriterium der lex domicilii geknüpftes und neben dem der lex loci laboris bestehendes System, das alle Rechte und Pflichten des Grenzgängers — aber auch nur diese — von dem Tag an, an dem er arbeitslos wird, bis zu dem Zeitpunkt, in dem er wieder Arbeit findet, regelt. Dagegen gilt für die Zeit vor und nach diesem Zeitraum ganz offensichtlich das allgemeine System, das heißt dasjenige, nach dem die Versicherungsleistungen für den nicht ansässigen Arbeitnehmer nur der Staat zu übernehmen hat, in dem der Arbeitnehmer gearbeitet hat. Außerdem hat gerade dieses Auslegungskriterium den Gerichtshof zu der Feststellung veranlaßt, daß nach Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a ein „Arbeitnehmer, der seine im Gebiet eines Mitgliedstaats ausgeübte Tätigkeit beendet ..., weiterhin den Rechtsvorschriften des [Mitglied]staats seiner letzten Beschäftigung unterliegt, unabhängig

davon, wieviel Zeit seit der Beendigung der in Rede stehenden Tätigkeit und dem Ende des Arbeitsverhältnisses verstrichen ist". Auf ihn sind daher „nur die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats" anwendbar (Urteil vom 12. Juni 1986 in der Rechtssache 302/84, Ten Holder, Slg. 1986, 1827, Nrn. 1 und 2 des Tenors).

Die Koordinierungsschwierigkeiten, auf die die Kommission hingewiesen hat, sind letztlich durch Rückgriff auf das Kriterium des Beschäftigungsstaats zu überwinden. Entzöge man den Grenzgänger der lex loci laboris, so würde dies in der Tat ein Hindernis für den ununterbrochenen Erwerb seiner Rentenansprüche darstellen und wäre mit den Zielen des EWG-Vertrags unvereinbar. In dieser Hinsicht erinnere ich daran, daß Artikel 51 den „aus- und einwandernden Arbeitnehmern und deren anspruchsberechtigten Angehörigen ... die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigen Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die *Berechnung der Leistungen*" sichern soll (Hervorhebung durch mich).

4. Aufgrund dieser Überlegungen schlage ich Ihnen vor, die vom Bundessozialgericht mit Beschluß vom 21. Januar 1987 in dem bei diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit Josef Rebmann gegen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

„Nach Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 und mangels einer besonderen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung sind die von einem Grenzgänger in seinem Wohnstaat zurückgelegten Zeiten der Vollarbeitslosigkeit für die Berechnung der Rente nach den Rechtsvorschriften des Staates zu berücksichtigen, in dem der Grenzgänger zuletzt beschäftigt war."