URTEIL DES GERICHTSHOFES (Zweite Kammer)

20. Januar 2005 *

In der Rechtssache C-306/03

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Juzgado de lo Social Nr. 3 Orense (Spanien) mit Beschluss vom 24. Juni 2003, beim Gerichtshof eingegangen am 16. Juli 2003, in dem Verfahren

Cristalina Salgado Alonso

gegen

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),

Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

* Verfahrenssprache: Spanisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. W. A. Timmermans, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter R. Schintgen (Berichterstatter), P. Kūris und G. Arestis,

Generalanwältin: J. Kokott,
Kanzler: M. Múgica Arzamendi, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 15. September 2004,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— von Frau Salgado Alonso, vertreten durch A.Vázquez Conde, abogado,

— des Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) und der Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), vertreten durch A. R. Trillo García und A. Llorente Alvarez als Bevollmächtigte,

— der spanischen Regierung, vertreten durch E. Braquehais Conesa als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch H. Michard, I. Martínez del Peral und D. Martin als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 28. Oktober 2004

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Artikel 12 EG, 39 EG und 42 EG sowie der Artikel 45 und 48 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten sowie durch die Verordnung (EG) Nr. 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71).

2 Das Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits von Frau Salgado Alonso gegen das Instituto Nacional de la Seguridad Social (Staatliche Sozialversicherungsanstalt, im Folgenden: INSS) und die Tesorería General de la Seguridad Social (Allgemeine Finanzverwaltungsbehörde der Sozialversicherung, im Folgenden: TGSS), bei der es um die Berechnung ihrer Ansprüche auf eine Altersrente nach den spanischen Rechtsvorschriften geht.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Artikel 1 Buchstabe r der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt den Begriff „Versicherungszeiten" wie folgt:

„die Beitrags-, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer Selbständigentätigkeit, die nach den Rechtsvorschriften, nach denen sie zurückgelegt worden sind oder als zurückgelegt gelten, als Versicherungszeiten bestimmt oder anerkannt sind, sowie alle gleichgestellten Zeiten, soweit sie nach diesen Rechtsvorschriften als den Versicherungszeiten gleichwertig anerkannt sind; die Zeiten, die im Rahmen eines Sondersystems für Beamte zurückgelegt wurden, gelten für die Anwendung dieser Verordnung als Versicherungszeiten".

4 Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt:

„Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen."

5 Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung stellt den Grundsatz der Zusammenrechnung der Versicherungszeiten für den Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben des Leistungsanspruchs wie folgt auf:

„Ist nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats der Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben des Anspruchs auf die Leistungen eines Systems, das kein Sondersystem im Sinne des Absatzes 2 oder 3 ist, davon abhängig, dass Versicherungs- oder Wohnzeiten zurückgelegt worden sind, berücksichtigt der zuständige Träger dieses Mitgliedstaats, soweit erforderlich, die nach den Rechtsvorschriften jedes anderen Mitgliedstaats zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten; dabei ist unwesentlich, ob diese in einem allgemeinen oder in einem Sondersystem, in einem System für Arbeitnehmer oder in einem System für Selbständige zurückgelegt worden sind. Zu diesem Zweck berücksichtigt er diese Zeiten, als ob es sich um nach den von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften zurückgelegte Zeiten handelte."

6 Artikel 46 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt:

„Sind die Voraussetzungen für den Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nur nach Anwendung des Artikels 45 und/oder des Artikels 40 Absatz 3 erfüllt, so gilt Folgendes:

a) Der zuständige Träger berechnet den theoretischen Betrag der Leistung, auf die die betreffende Person Anspruch hätte, wenn alle nach den für den Arbeitnehmer oder Selbständigen geltenden Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungs- und/oder Wohnzeiten nur in dem betreffenden Staat und nach den für diesen Träger zum Zeitpunkt der Feststellung der Leistung geltenden Rechtsvorschriften zurückgelegt worden wären. Ist nach diesen Rechtsvorschriften der Betrag der Leistung von der Dauer der zurückgelegten Zeiten unabhängig, so gilt dieser Betrag als theoretischer Betrag.

b) Der zuständige Träger ermittelt sodann den tatsächlich geschuldeten Betrag auf der Grundlage des unter Buchstabe a genannten theoretischen Betrages nach dem Verhältnis zwischen den nach seinen Rechtsvorschriften vor Eintritt des Versicherungsfalles zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten und den

gesamten nach den Rechtsvorschriften aller beteiligten Mitgliedstaaten vor Eintritt des Versicherungsfalles zurückgelegten Versicherungs- und Wohnzeiten."

7 Artikel 48 Absatz 1 der Verordnung regelt eine Ausnahme bei der Berechnung der Rentenansprüche für Versicherungs- und Wohnzeiten von weniger als einem Jahr, die wie folgt formuliert ist:

„(1) Der Träger eines Mitgliedstaats ist ungeachtet des Artikels 46 Absatz 2 nicht verpflichtet, Leistungen aus Zeiten zu gewähren, die nach den von ihm angewendeten Rechtsvorschriften zurückgelegt wurden und im Zeitpunkt des Versicherungsfalls zu berücksichtigen sind, wenn:

— die Dauer dieser Zeiten weniger als ein Jahr beträgt

und

— aufgrund allein dieser Zeiten kein Leistungsanspruch nach diesen Rechtsvorschriften erworben worden ist."

Nationales Recht

8 Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b des spanischen Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes in seiner durch das Real Decreto Legislativo 1/1994 vom 20. Juni 1994

kodifizierten Fassung (BOE Nr. 154 vom 29. Juni 1994) in der durch das Gesetz 50/98 vom 30. Dezember 1998 über Steuer-, Verwaltungs- und Sozialmaßnahmen (BOE vom 31. Dezember 1998) geänderten Fassung (im Folgenden: Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) macht die Gewährung einer Altersrente beitragsbezogener Art davon abhängig, dass eine Mindestbeitragszeit von fünfzehn Jahren zurückgelegt wurde, von denen mindestens zwei innerhalb der fünfzehn dem den Leistungsanspruch begründenden Ereignis unmittelbar vorausgehenden Jahre zurückgelegt worden sein müssen.

9 Nach Artikel 218 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes führt das Instituto Nacional de Empleo (Staatliche Anstalt für Arbeit, Träger der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung, im Folgenden: INEM), wenn der Versicherte Arbeitslosenunterstützung bezieht, Beiträge verschiedener Art, je nach der Natur der gewährten Leistung, an die Sozialversicherung ab. So heißt es in Artikel 218 Absatz 2:

„Im Fall einer Arbeitslosenunterstützung für Arbeitnehmer, die über 52 Jahre alt sind, hat der Träger daneben Beiträge an die Altersversicherung abzuführen."

10 Nach Artikel 215 Absatz 1 Nummer 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes wird diese Arbeitslosenunterstützung einem arbeitslosen Arbeitnehmer gewährt, der sechs Beitragsjahre in der Arbeitslosenversicherung zurückgelegt hat und der alle Voraussetzungen — mit Ausnahme des Alters — erfüllt hat, um eine Altersrente beitragsbezogener Art im spanischen System der sozialen Sicherheit zu beziehen.

11 Schließlich lautet die 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, die am 1. Januar 1999 aufgrund der Bekanntmachung des Gesetzes 50/98 in Kraft getreten ist, wie folgt:

„Die gemäß Artikel 218 Absatz 2 dieses Gesetzes von dem Versicherungsträger im Rahmen der Altersrentenversicherung entrichteten Beiträge werden bei der Berechnung des Grundbetrages der Altersrente und des auf diesen anwendbaren Prozentsatzes berücksichtigt. In keinem Fall haben diese Beiträge Gültigkeit und Rechtswirksamkeit für den Nachweis der nach Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b dieses Gesetzes erforderlichen Mindestbeitragszeit, die gemäß Artikel 215 Absatz 1 Nummer 3 bei Stellung des Antrags auf Gewährung der [Arbeitslosen-]Unterstützung für [arbeitslose] Personen, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, nachgewiesen werden muss."

Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen

12 Frau Salgado Alonso (im Folgenden: Klägerin), geboren am 30. Mai 1936, stellte am 7. August 1992 beim INEM einen Antrag auf Gewährung der besonderen Arbeitslosenunterstützung für über 52 Jahre alte Arbeitnehmer. Zu diesem Zeitpunkt konnte sie 74 Monate — mehr als 6 Jahre — nach den deutschen Rechtsvorschriften, vom 29. Juni 1964 bis zum 30. Juli 1970, 26 Monate nach den schweizerischen Rechtsvorschriften, vom 1. Dezember 1971 bis zum 31. März 1975, und 182 Tage nach den spanischen Rechtsvorschriften, vom 8. Januar bis zum 7. Juli 1992, als Versicherungszeiten nachweisen.

13 Zunächst versagte das INEM ihr die besondere Arbeitslosenunterstützung mit der Begründung, dass sie in Spanien nicht die erforderliche Wartezeit von mindestens fünfzehn Jahren zurückgelegt habe.

14 Die Klägerin erhob daraufhin gegen diesen Bescheid Klage beim Juzgado de lo Social Nr. 2 Orense (Spanien), das ihr mit Urteil vom 22. Juni 1993 den Anspruch auf diese Unterstützung zusprach. Das INSS und die TGSS sowie die spanische Regierung erklären diese Entscheidung im Kern damit, dass nach der seinerzeitigen spanischen Rechtsprechung auch im Ausland zurückgelegte Wartezeiten von geringerer Dauer

als der nach Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes verlangten Wartezeit von fünfzehn Jahren als gleichwertig anerkannt worden seien. Diese nationale Rechtsprechung sei jedoch inzwischen zum Zweck der Berücksichtigung der Urteile des Gerichtshofes vom 20. Februar 1997 in den Rechtssachen C-88/95, C-102/95 und C-103/95 (Martínez Losada u. a., Slg. 1997, I-869) und vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-320/95 (Ferreiro Alvite, Slg. 1999, I-951) geändert worden.

15 Die Klägerin bezog daher die für über 52 Jahre alte Arbeitslose vorgesehene Arbeitslosenunterstützung vom 7. August 1992 bis zum 30. Mai 2001, also 3 219 Tage lang; in dieser Zeit wurden die Beiträge zur Altersversicherung in ihrem Namen vom INEM entrichtet.

16 Im Mai 2001 beantragte die Klägerin nach Vollendung ihres 65. Lebensjahres die Feststellung ihrer Rentenansprüche aus dem deutschen, dem schweizerischen und dem spanischen System der sozialen Sicherheit. Während ihr in Deutschland und in der Schweiz eine Rente bewilligt wurde, lehnte das INSS ihren Antrag mit Bescheid vom 21. März 2002 mit der Begründung ab, dass sie in Spanien die für die Eröffnung eines Rentenanspruchs notwendige Mindestbeitragszeit nicht erfüllt habe und dass Artikel 46 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71, der die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten betreffe, gemäß Artikel 48 Absatz 1 dieser Verordnung nicht anwendbar sei, da die in Spanien zurückgelegte Versicherungszeit weniger als ein Jahr betrage. Das INSS begründete diese Ablehnung auch unter Berufung auf die 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz.

17 Am 13. Februar 2002 erhob die Klägerin beim Juzgado de lo Social Nr. 3 Orense Klage gegen das INSS und die TGSS mit dem Antrag, festzustellen, dass sie mit Wirkung vom 31. Mai 2001 Anspruch auf eine Altersrente nach den spanischen Rechtsvorschriften hat.

18 Zur Begründung ihrer Klage machte sie im Wesentlichen geltend, dass nicht nur die ursprüngliche Beitragszeit von 182 Tagen, die sie in Spanien zurückgelegt habe,

sondern auch die gesamte Zeit zu berücksichtigen sei, während deren das INEM in ihrem Namen Beiträge zur gesetzlichen Altersversicherung entrichtet habe, als sie die besondere Arbeitslosenunterstützung bezogen habe; sie könne daher jetzt in Spanien insgesamt 3 401 Beitragstage, also Beitragszeiten von über neun Jahren und drei Monaten, geltend machen.

19 Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts stellt sich als erstes die Frage, ob die 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz für die Zwecke der Frage, ob die in Rede stehenden Versicherungszeiten die Dauer eines Jahres übersteigen, die Berücksichtigung der erwähnten 3 219 Beitragstage wirksam ausschließen kann, so dass bejahendenfalls das INSS gemäß Artikel 48 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 nicht verpflichtet wäre, die dieser Zeit entsprechenden Leistungen zu gewähren.

20 Zweitens stelle sich die Frage, ob die genannte Ergänzungsbestimmung eine Diskriminierung der Wanderarbeitnehmer dadurch enthalte, dass sie die Berücksichtigung bestimmter Beiträge wie derjenigen, die allein zur Altersversicherung entrichtet worden seien, bei der Berechnung der in Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes vorgesehenen Wartezeiten ausschließe, da diese Wartezeiten zum Zeitpunkt der Beantragung von Arbeitslosenunterstützung für über 52 Jahre alte Arbeitslose erfüllt sein müssten.

21 Das vorlegende Gericht stellt dabei auf den Fall von Wanderarbeitnehmern ab, die die erwähnte Arbeitslosenunterstützung erhalten haben, nachdem sie die Erfüllung der Wartezeit durch die Berücksichtigung der nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Urteile Martínez Losada u. a. sowie Ferreiro Alvite) nachweisen können.

22 Diese Arbeitnehmer könnten keinen Anspruch darauf haben, dass die vom INEM in der Zeit, in der sie Arbeitslosenunterstützung bezogen hätten, an die Altersversicherung abgeführten Sozialbeiträge für die Erfüllung der durch Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes aufgestellten Voraussetzung einer Mindestversicherungszeit berücksichtigt würden.

23 Daher hat das Juzgado de lo Social Nr. 3 Orense das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Stehen die Artikel 12 EG und 39 EG bis 42 EG sowie Artikel 45 der Verordnung Nr. 1408/71 einer Vorschrift des innerstaatlichen Rechts entgegen, nach der die Beiträge für eine Altersrente, die der Träger der Arbeitslosenversicherung im Namen eines Arbeitnehmers für den Zeitraum zahlt, in dem dieser bestimmte Leistungen der Arbeitslosenunterstützung erhielt, nicht angerechnet werden können, um verschiedene in den nationalen Rechtsvorschriften festgelegte Wartezeiten zurückzulegen und um einen Anspruch auf die Leistung bei Alter zu begründen, wenn sich dadurch ergibt, dass es sich wegen der lange andauernden Arbeitslosigkeit, während deren Schutz gewährt werden soll, für diesen Arbeitnehmer als völlig unmöglich erweist, andere Altersrentenbeiträge als die nachzuweisen, die gesetzlich für unwirksam erklärt worden sind, so dass nur die Arbeitnehmer, die Gebrauch von dem Recht auf Freizügigkeit gemacht haben, durch diese innerstaatliche Rechtsvorschrift berührt werden und keinen Anspruch auf die innerstaatliche Altersrente begründen können, obwohl diese Wartezeiten gemäß Artikel 45 der genannten EWG-Verordnung als zurückgelegt anzusehen wären?

2. Stehen die Artikel 12 EG und 39 EG bis 42 EG sowie Artikel 48 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 Vorschriften des innerstaatlichen Rechts entgegen, nach denen Altersrentenbeiträge, die der Träger der Arbeitslosenversicherung im Namen eines Arbeitnehmers für den Zeitraum erhielt, in dem dieser bestimmte Leistungen der Arbeitslosenunterstützung bezog, nicht mit der Folge

angerechnet werden können, dass die Gesamtdauer dieser nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zurückgelegten Versicherungszeiten ein Jahr beträgt, wenn es sich infolge der längeren Arbeitslosigkeit, während deren Schutz gewährt werden soll, für diesen Arbeitnehmer als völlig unmöglich erweist, andere Altersrentenbeiträge als die während der Arbeitslosigkeit entrichteten und gezahlten nachzuweisen, so dass nur die Arbeitnehmer, die von dem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, durch diese nationalen Rechtsvorschriften berührt werden und keinen Anspruch auf die nationale Altersrente begründen können, obwohl der innerstaatliche Versicherungsträger gemäß Artikel 48 Absatz 1 der genannten EWG-Verordnung nicht von der Verpflichtung befreit sein darf, nationale Leistungen zu gewähren?

24 Mit Schriftsatz vom 29. September 2003 hat das INSS dem Gerichtshof mitgeteilt, dass am 10. September 2003 ein neuer abschlägiger Bescheid gegenüber der Klägerin ergangen sei. Dieser Bescheid ersetzt den Bescheid vom 21. März 2002 und stützt die Versagung der Altersrente auf den Umstand, dass die Klägerin „weder die Mindestbeitragszeit von fünfzehn Jahren noch innerhalb dieser Zeit die Zeit von zwei Jahren unmittelbar vor dem Zeitpunkt der Antragstellung erfüllt [hat], von deren Zurücklegung Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes ... den Anspruch auf eine Altersrente abhängig macht.

In Bezug auf die Entstehungstatbestände nach dem 1. Januar 1999 ergibt sich aus der 28. Ergänzungsbestimmung [zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz], dass die Beiträge, die der Träger in der Zeit zur Rentenversicherung entrichtet hat, in der die Versicherte die für über 52 Jahre alte Arbeitslose vorgesehene Arbeitslosenunterstützung bezogen hat, bei der Festsetzung der Berechnungsgrundlage und des auf diese anwendbaren Vomhundertsatzes berücksichtigt werden. In keinem Fall sind diese Beiträge für den Nachweis der Mindestbeitragszeit rechtlich gültig und wirksam."

25 Aus diesem neuen Bescheid des INSS ergibt sich, dass die Ablehnung des Rentenantrags der Klägerin nicht mehr auf Artikel 48 der Verordnung Nr. 1408/71 gestützt wird.

Zur ersten Frage

26 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 12 EG, 39 EG und 42 EG sowie 45 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Bestimmung wie der 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz entgegenstehen, die es den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats nicht erlaubt, für die Zwecke der Eröffnung eines Anspruchs auf Altersrente nach dem nationalen System bestimmte Versicherungszeiten zu berücksichtigen, die ein arbeitsloser Arbeitnehmer im Gebiet dieses Staates zurückgelegt hat und während deren der Träger der Arbeitslosenversicherung die Beiträge zur Altersversicherung abgeführt hat, mit der Maßgabe, dass solche Zeiten nur für die Berechnung des Betrages der Altersrente berücksichtigt werden.

27 Zunächst ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung die Mitgliedstaaten dafür zuständig bleiben, die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit festzulegen und sei es zu verschärfen, sofern die aufgestellten Voraussetzungen keine offene oder versteckte Diskriminierung von Arbeitnehmern der Gemeinschaft bewirken (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. September 1994 in der Rechtssache C-12/93, Drake, Slg. 1994, I-4337, Randnr. 27, Martínez Losada u. a., Randnr. 43, und Ferreiro Alvite, Randnr. 23).

28 Ein Mitgliedstaat ist daher berechtigt, eine Wartezeit im Sinne von Artikel 161 Absatz 1 Buchstabe b des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes für die Eröffnung eines Anspruchs auf Altersrente vorzusehen.

29 Zu diesem Zweck stellt Artikel 42 Buchstabe a EG den Grundsatz der Zusammenrechnung der Versicherungs-, Wohn- oder Beschäftigungszeiten auf, der insbesondere mit Artikel 45 der Verordnung Nr. 1408/71 für den Bereich der Altersversicherung durchgeführt wird. Es handelt sich um eines der Grundprinzipien für die gemeinschaftliche Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten, die gewährleisten sollen, dass ein Arbeitnehmer, der von dem durch den Vertrag eingeräumten Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, nicht Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verliert, auf die er Anspruch gehabt hätte, wenn er seine Berufslaufbahn in einem einzigen Mitgliedstaat zurückgelegt hätte. Eine solche Folge könnte nämlich den Arbeitnehmer der Gemeinschaft davon abhalten, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, und würde somit diese Freizügigkeit beeinträchtigen (vgl. insbesondere Urteil vom 26. Oktober 1995 in der Rechtssache C-481/93, Moscato, Slg. 1995, I-3525, Randnr. 28).

30 Allerdings legt die Verordnung Nr. 1408/71 nicht fest, von welchen Voraussetzungen der Aufbau von Beschäftigungs- oder Versicherungszeiten abhängig ist. Diese Voraussetzungen werden, wie sich aus Artikel 1 Buchstabe r dieser Verordnung ergibt, ausschließlich von den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats festgelegt, nach denen die betreffenden Zeiten zurückgelegt worden sind.

31 Daher ist ein Mitgliedstaat berechtigt, nicht nur eine Wartezeit für die Eröffnung eines Anspruchs auf eine in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Rente vorzuschreiben, sondern auch die Art der Versicherungszeiten festzulegen, die für diesen Zweck berücksichtigt werden können, sofern die nach den Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten zurückgelegten Zeiten gemäß Artikel 45 der Verordnung Nr. 1408/71 unter den gleichen Voraussetzungen ebenfalls berücksichtigt werden, als ob es sich um nach den nationalen Rechtsvorschriften zurückgelegte Zeiten handelte.

32 Im Ausgangsverfahren geht es in dem Rechtsstreit der Klägerin gegen das INSS und die TGSS nicht um Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften eines anderen

Mitgliedstaats als desjenigen zurückgelegt worden sein sollen, in dem die Gewährung der Rente beantragt worden ist, sondern um bestimmte Zeiten, die im letztgenannten Mitgliedstaat, dem Königreich Spanien, zu einer Zeit zurückgelegt wurden, zu der die Betroffene die besondere Arbeitslosenunterstützung für über 52 Jahre alte Arbeitslose bezog. Ein solcher Rechtsstreit fällt nicht unter Artikel 45 der Verordnung Nr. 1408/71.

33 Die Klägerin des Ausgangsverfahrens macht jedoch geltend, dass nur Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hätten, von der 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz erfasst würden, die die Berücksichtigung von Zeiten für die Eröffnung des Rentenanspruchs ausschließe, in denen der Versicherte die besondere Arbeitslosenunterstützung bezogen habe, während die Beiträge zur Altersversicherung im Namen des Versicherten vom INEM abgeführt worden seien. Aus diesem Grund verstoße diese Bestimmung gegen Artikel 39 EG.

34 Hierzu ist festzustellen, dass eine nationale Bestimmung wie die 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, wie die Generalanwältin in den Nummern 39 und 40 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, unterschiedslos sowohl auf Arbeitnehmer Anwendung findet, die ihre gesamte Erwerbstätigkeit im Inland ausgeübt haben, als auch auf solche, die auch in anderen Mitgliedstaaten gearbeitet haben.

35 Vor dem Gerichtshof ist nicht dargetan worden, dass Arbeitnehmer, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben, nach ihrer Rückkehr nach Spanien häufiger als Arbeitnehmer, die ihre Erwerbstätigkeit nur in diesem Mitgliedstaat ausgeübt haben, der Gefahr lang dauernder Arbeitslosigkeit ausgesetzt wären, so dass sie durch die Beschränkung in der fraglichen Ergänzungsbestimmung stärker betroffen wären.

36 Daher lassen die vor dem Gerichtshof geführten Erörterungen nicht die Feststellung zu, dass eine nationale Bestimmung von der Art der 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz mittelbar diskriminierend im Sinne von Artikel 39 EG ist.

37 Da schließlich Artikel 39 EG als Spezialbestimmung auf einen Sachverhalt wie denjenigen des Ausgangsverfahrens Anwendung findet, braucht der Gerichtshof nicht die allgemeinere Bestimmung des Artikels 12 EG auszulegen.

38 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Artikel 39 EG und 42 EG sowie 45 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Bestimmung wie der 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz nicht entgegenstehen, die es den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats nicht erlaubt, für die Eröffnung eines Anspruchs auf Altersrente nach dem nationalen System bestimmte Versicherungszeiten zu berücksichtigen, die ein arbeitsloser Arbeitnehmer im Gebiet dieses Staates zurückgelegt hat und während deren der Träger der Arbeitslosenversicherung die Beiträge zur Altersversicherung abgeführt hat, mit der Maßgabe, dass solche Zeiten nur für die Berechnung des Betrages der Altersrente berücksichtigt werden.

Zur zweiten Frage

39 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob ein Träger eines Mitgliedstaats, wenn er im Hinblick auf eine Anwendung des

Artikels 48 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt, ob die Gesamtdauer der nach den Rechtsvorschriften, die er anwendet, zurückgelegten Versicherungszeiten ein Jahr erreicht, nicht nur die für die Eröffnung des Rentenanspruchs notwendigen Versicherungszeiten, sondern auch diejenigen zu berücksichtigen hat, die nur für die Berechnung des Betrages der Leistungen von Belang sind.

40 Nach ständiger Rechtsprechung ist das in Artikel 234 EG vorgesehene Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit dem der Gerichtshof diesen die Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gibt, die sie zur Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten benötigen (vgl. u. a. Urteile vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Slg. 1990, I-4003, Randnr. 18, vom 12. März 1998 in der Rechtssache C-314/96, Djabali, Slg. 1998, I-1149, Randnr. 17, und vom 21. Januar 2003 in der Rechtssache C-318/00, Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins, Slg. 2003, I-905, Randnr. 41).

41 Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Aufbau des Artikels 234 EG folgt, dass das Vorabentscheidungsverfahren voraussetzt, dass bei den nationalen Gerichten tatsächlich ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem sie eine Entscheidung erlassen müssen, bei der die Vorabentscheidung berücksichtigt werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Juni 1995 in den Rechtssachen C-422/93 bis C-424/93, Zabala Erasun u. a., Slg. 1995, I-1567, Randnr. 28, und Djabali, Randnr. 18).

42 Die Rechtfertigung des Vorabentscheidungsersuchens liegt nämlich nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen, sondern darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich ist (Urteile Djabali, Randnr. 19, Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins, Randnr. 42, sowie vom 25. März 2004 in den Rechtssachen C-480/00 bis C-482/00, C-484/00, C-489/00 bis C-491/00 und C-497/00 bis C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi u. a., Slg. 2004, I-2943, Randnr. 72).

43 Im Ausgangsverfahren steht fest, dass das INSS, nachdem das Juzgado de lo Social Nr. 3 Orense dem Gerichtshof sein Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt hatte, einen neuen ablehnenden Bescheid über den Rentenantrag der Klägerin erlassen hat, der nicht mehr auf Artikel 48 der Verordnung Nr. 1408/71 gestützt wird.

44 Daher ist festzustellen, dass eine Antwort des Gerichtshofes auf die zweite Frage des Juzgado de lo Social Nr. 3 Orense für dieses Gericht nicht mehr zweckdienlich ist.

45 Daher braucht die zweite Frage nicht beantwortet zu werden.

Kosten

46 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt:

Die Artikel 39 EG und 42 EG sowie 45 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 geänderten und aktualisierten und durch die Verordnung (EG) Nr. 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Bestimmung wie der 28. Ergänzungsbestimmung zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz nicht entgegenstehen, die es den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats nicht erlaubt, für die Eröffnung eines Anspruchs auf Altersrente nach dem nationalen System bestimmte Versicherungszeiten zu berücksichtigen, die ein arbeitsloser Arbeitnehmer im Gebiet dieses Staates zurückgelegt hat und während deren der Träger der Arbeitslosenversicherung die Beiträge zur Altersversicherung abgeführt hat, mit der Maßgabe, dass solche Zeiten nur für die Berechnung des Betrages der Altersrente berücksichtigt werden.

Unterschriften.