SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 24. JANUAR 1980 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Herr Fellinger — ein deutscher Staatsangehöriger — ist Gipser. Zur Zeit des diesem Rechtsstreit zugrundeliegenden Sachverhalts lebt er in Rehlingen, unweit von Saarbrücken; bis zum 10. Oktober 1974 arbeitete er für verschiedene Arbeitgeber in der Bundesrepublik Deutschland, unter anderem vom 1. Juli bis zu dem genannten Datum für die Firma Siebenhaar in Mainz-Amöneberg. Sein Bruttolohn für den Monat September 1974 betrug 3 872 DM.

Vom 11. Oktober bis zum 10. November 1974 war Herr Fellinger arbeitslos. Anschließend arbeitete er mit verschiedenen Unterbrechungen: In Luxemburg erhielt er Arbeit vom 11. November bis zum 19. Dezember 1974; vom 20. Dezember 1974 bis zum 12. Januar 1975 war er erneut arbeitslos; dann arbeitete er wieder vom 13. Januar bis zum 2. August 1975; vom 3. bis zum 19. August 1975 war er nochmals arbeitslos und arbeitete schließlich wieder vom 20. August bis zum 20. November 1975. Danach war er unseres Wissens nicht mehr im Großherzogtum beschäftigt, aber wir haben in der Sitzung gehört, daß er seinerzeit in Belgien in einem Beschäftigungsverhältnis stand.

Während der Zeiträume, in denen er arbeitslos war, erhielt der Kläger des Ausgangsverfahrens vom Arbeitsamt Saarlouis Arbeitslosengeld. Zunächst betrugen diese Leistungen 264,60 DM wöchentlich, dann, ab 1. Januar 1975, 319,80 DM. Für den Zeitraum von 3. bis zum 19. August 1975 gingen sie jedoch auf 199,20 DM zurück. Der Rechtsstreit hat einen Bescheid des Arbeitsamtes Saarlouis vom 5. Dezember 1975 zum Gegenstand, mit dem ihm der gleiche Betrag für die Zeit ab 21. November 1975 gewährt wurde.

Der Anspruch von Herrn Fellinger auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit für den fraglichen Zeitraum ergibt sich unstreitig aus den Artikeln 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii und 68 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71. Die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts finden sich in § 112 des Arbeitsförderungsgesetzes, nach dem zur Berechnung des Arbeitslosengeldes das letzte von dem Arbeitslosen erzielte Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ist.

Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt:

„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; diese Leistungen gewährt der Träger des Wohnorts zu seinen Lasten."

Nach Artikel 68 Absatz 1

„berücksichtigt der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften bei der Berechnung der Leistungen die Höhe des früheren Entgelts zugrunde zu legen ist, ... ausschließlich das Entgelt, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet dieses Staates erhalten hat. Hat jedoch seine letzte Beschäftigung dort weniger als vier Wochen gedauert, so werden die Leistungen auf der Grundlage des Ent-

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

gelts berechnet, das am Wohnort oder Aufenthaltsort des Arbeitslosen für eine Beschäftigung üblich ist, die der Beschäftigung, die er zuletzt im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgeübt hat, gleichwertig oder vergleichbar ist".

Das Arbeitsamt ist hinsichtlich der Gewährung von Arbeitslosengeld an Herrn Fellinger anscheinend von folgenden Überlegungen ausgegangen:

Während der ersten beiden Zeitabschnitte, in denen der Kläger arbeitslos war, berücksichtigte das Arbeitsamt Artikel 68 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 überhaupt nicht, sondern es stützte sich ausschließlich auf das Arbeitsförderungsgesetz und berechnete die Leistungen auf der Grundlage des bei der Firma Siebenhaar erzielten Arbeitsentgelts. Diese Methode war zweifellos richtig für den Zeitraum vom 11. Oktober bis zum 10. November 1974, da Herr Fellinger damals noch kein Grenzgänger war; sie scheint aber gewagter für den Zeitraum vom 20. Dezember 1974 bis 12. Januar 1975, der an sein erstes Beschäftigungsverhältnis in Luxemburg anschloß. Auf diesen Umstand hat sich jedoch keiner der Beteiligten berufen.

Andererseits wurden Herrn Fellinger während der beiden späteren Zeitabschnitte, in denen er arbeitslos war, deshalb niedrigere Leistungen gezahlt, weil auf seinen Fall Artikel 68 Absatz 1 Satz 2 angewandt wurde. Das Arbeitsamt konkretisierte den Begriff des „Entgelts. . ., das am Wohnort oder Aufenthaltsort des Arbeitslosen für eine Beschäftigung üblich ist, die der Beschäftigung, die er zuletzt im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgeübt hat, gleichwertig oder vergleichbar ist", indem es die Leistungen gemäß § 112 Absatz 7 des Arbeitsförderungsgesetzes auf der Grundlage des üblichen tariflichen Arbeitsentgelts für Gipser in Höhe von DM 9,93 für die Stunde bei einer Arbeitszeit von 40 Stunden berechnete.

Diese Auffassung beruht auf zwei Voraussetzungen in bezug auf die Auslegung von Artikel 68 Absatz 1. Die erste ist, daß die Leistungen bei Arbeitslosigkeit aufgrund des ersten Satzes nur dann auf der Basis des Entgelts berechnet werden können, das im letzten Beschäftigungsverhältnis in dem Mitgliedstaat, dessen Träger zuständig ist, erzielt wurde, wenn diese Beschäftigung die letzte vor der Arbeitslosigkeit ausgeübte ist. Der Kläger erfüllte offensichtlich diese Voraussetzung nicht.

Die zweite Voraussetzung ist, daß es als Fall einer Beschäftigung von weniger als vier Wochen auf dem Gebiet des Mitgliedstaats, dessen Träger zuständig ist, anzusehen ist, wenn vor Eintritt der Arbeitslosigkeit kein Beschäftigungsverhältnis auf diesem Gebiet bestand, so daß Satz 2 des ersten Absatzes eingreift.

Gegen den Bescheid vom 5. Dezember 1975 erhob der Kläger bei der Bundesanstalt für Arbeit Widerspruch mit der Begründung, der Bescheid beruhe auf einer unzutreffenden Auslegung von Artikel 68 Absatz 1. In diesem Verfahrensstadium vertrat er die Auffassung, der erste Satz von Artikel 68 Absatz 1 sei wörtlich auszulegen. Die Grundlage für die Berechnung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit müsse daher das Entgelt sein, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet des Mitgliedstaats, dessen Träger zuständig ist, erhalten habe, *ohne daß es auf die Zeit der Ausübung dieser Beschäftigung ankomme.* Diese Regel müsse der des Satzes 2 nur dann weichen, wenn das letzte Beschäftigungsverhältnis weniger als vier Wochen gedauert habe. Bei dieser Auslegung hätte der Kläger Anspruch auf Leistungen gehabt, denen das Entgelt zugrunde gelegen hätte, das er bei der Firma Siebenhaar erhalten hatte.

Nach der Zurückweisung seines Widerspruchs erhob der Kläger Klage zum So-

zialgericht für das Saarland, die mit Urteil vom 17. Februar 1977 abgewiesen wurde. Darauf erhob er Berufung zum Landessozialgericht, der mit Urteil vom 26. Oktober 1977 stattgegeben wurde. Das Bundessozialgericht hat Ihnen auf die Revision der Beklagten mit Beschluß vom 15. Februar 1979 folgende Fragen nach der Auslegung von Artikel 68 Absatz 1 vorgelegt:

„1) Hat im Falle der Arbeitslosigkeit eines Grenzgängers der zuständige Träger des Wohnorts nach Artikel 68 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 nur dann das Entgelt der ‚letzten Beschäftigung' im Gebiet dieses Trägers zu berücksichtigen, wenn diese Beschäftigung die letzte Beschäftigung vor der Arbeitslosmeldung war?

2. Bei Verneinung der Frage zu 1): Ist das Entgelt aus der ‚letzten Beschäftigung' im Wohnsitzstaat auch dann noch zu berücksichtigen, wenn diese Beschäftigung — wie hier — vierzehn Monate vor der letzten Arbeitslosmeldung geendet hat?

3. Liegt eine Beschäftigung von weniger als vier Wochen im Sinne des Artikels 68 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung auch dann (noch) vor, wenn im Gebiet des Wohnsitzstaates überhaupt keine Beschäftigung oder jedenfalls keine nach den Anworten auf die Fragen 1) oder 2) berücksichtigungsfähige Beschäftigung ausgeübt wurde?"

Diese Fragen wurden offensichtlich im Lichte der beiden verschiedenen vor dem Bundessozialgericht zwischen den Parteien umstrittenen Auslegungsmöglichkeiten von Artikel 68 Absatz 1 abgefaßt. Jedoch hat die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen eine dritte Auslegung vorgeschlagen. Nach ihrer Auffassung bezieht sich die in Artikel 68 Absatz 1 erwähnte letzte Beschäftigung auf die zeitlich letzte Beschäftigung und nicht nur auf die letzte Beschäftigung im Gebiet des zuständigen Staates. Diese Bestimmung müsse als Anwendungsfall des Grundsatzes ausgelegt werden, nach dem die Leistungen bei Arbeitslosigkeit auf der Grundlage des vor dem Verlust der Beschäftigung zuletzt tatsächlich bezogenen Entgelts berechnet werden müßten. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat in der Sitzung erklärt, er halte an der wörtlichen Auslegung von Artikel 68 Absatz 1 nicht mehr fest und schließe sich der Auslegung der Kommission an.

Die Beantwortung der vom Bundessozialgericht vorgelegten Fragen hängt davon ab, welche dieser drei Auslegungsmöglichkeiten richtig ist.

Ich werde mit der wörtlichen Auslegung beginnen.

Sie erinnern sich, meine Herren, daß nach Artikel 68 Absatz 1 Satz 1 der zuständige Träger des Mitgliedstaats, um dessen Rechtsvorschriften es geht, „ausschließlich das Entgelt [berücksichtigt], das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet dieses Staates erhalten hat".

In grammatischer und syntaktischer Hinsicht genügt diese Bestimmung sich selbst. Wie das vorlegende Gericht in seinem Beschluß bemerkt, „liegt nach dem Wortlaut der Vorschrift die Auslegung näher, daß stets das Entgelt der letzten Beschäftigung im Inland vor der Arbeitslosigkeit ohne Rücksicht auf den zeitlichen Abstand davon maßgebend sein soll". Trotzdem hat der Revisionsrichter einige Zweifel an einer Auslegung, die keine Grenze für den zeitlichen Abstand zwischen der letzten Beschäftigung im zuständigen Staat und dem Beginn der Arbeitslosigkeit vorsieht.

Wenn die wörtliche Auslegung einer Bestimmung des geschriebenen Rechts zu einem unvernünftigen oder ungerechten Ergebnis führt, ist es dann zulässig, daß der Gerichtshof sich um eine andere, dieses Ergebnis vermeidende Auslegung bemüht? Nach meiner Auffassung kann man sich in diesem Punkt von den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und von ihrer eigenen Rechtsprechung leiten lassen.

Die unterschiedlichen Rollen von Gesetzgeber und Richter innerhalb einer Rechtsordnung hat Portalis in eleganter Weise beschrieben:

„Es gibt eine Wissenschaft für den Gesetzgeber, wie es eine für den Richter gibt; und die eine ähnelt nicht der anderen. Die Wissenschaft des Gesetzgebers besteht darin, für jedes Gebiet die Prinzipien zu finden, die das Gemeinwohl am besten fördern: Die Wissenschaft des Richters ist es, diese Prinzipien in die Praxis umzusetzen, Ableitungen zu finden und sie in kluger und vernünftiger Weise auf die konkreten Sachverhalte anzuwenden; den Geist des Gesetzes zu erforschen, wenn der Buchstabe tötet; und sich nicht der Gefahr auszusetzen, bald Sklave, bald Rebell zu sein und aus knechtischer Gesinnung den Gehorsam zu versagen."

Nach der von diesem hervorragenden Juristen getroffenen Unterscheidung dürfen Sie nicht Ihr Ermessen an die Stelle desjenigen des Gemeinschaftsgesetzgebers setzen; ist der Sinn eines Gesetzes eindeutig, so ist dieses dementsprechend anzuwenden, auch wenn man die vorgeschriebene Lösung als unbefriedigend ansehen mag. Das bedeutet jedoch nicht, daß man stets die wörtliche Auslegung eines Textes akzeptieren muß. Würde eine solche Auslegung nach der Überzeugung des Gerichtshofes für einen vom Text erfaßten Sachverhalt zu einem absurden Ergebnis führen, so könnte man zu Recht einige Zweifel an ihr haben. Mit anderen Worten, eindeutiger Sinn und wörtlicher Sinn sind keine Synonyme.

In zahlreichen Rechtssachen hat der Gerichtshof auf eine wortgetreue Auslegung zugunsten einer anderen verzichtet, die er mit dem Ziel und der Systematik der Regelung im ganzen für besser vereinbar hielt. Ein bekanntes Beispiel bilden die drei Rechtssachen, die das in Artikel 4 Absatz 2 der Entscheidung des Rates vom 13. Mai 1965 enthaltene Verbot der gleichzeitigen Anwendung des gemeinsamen Umsatzsteuersystems und der spezifischen Steuern, die statt der Umsatzsteuer erhoben werden, zum Gegenstand hatten. Es handelt sich um die Rechtssachen 9/70 (Franz Grad/Finanzamt Traunstein, Slg. 1970, 825), 20/70 (Lesage/Hauptzollamt Freiburg, Slg. 1970, 861) und 23/70 (Hasselhorst/Finanzamt Düsseldorf, Slg. 1970, 881). In einem in den drei Urteilen identischen Passus haben Sie ausgeführt:

„Zwar könnte eine wörtliche Auslegung von Artikel 4 Absatz 2 der Entscheidung zu der Auffassung führen, daß diese Vorschrift auf den Zeitpunkt abstelle, in dem der Mitgliedstaat auf seinem Hoheitsgebiet das gemeinsame System in Kraft gesetzt hat.

Eine solche Auslegung entspräche jedoch nicht dem Ziel der genannten Richtlinie, nämlich sicherzustellen, daß von einem bestimmten Zeitpunkt an das Mehrwertsteuersystem im gesamten Gemeinsamen Markt angewandt wird. Solange dieser Zeitpunkt noch nicht erreicht ist, behalten die Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet ihre Handlungsfreiheit." (Slg. 1970, 840, 876-877 und 896)

Im gleichen Sinne kann man die Rechtssachen 6/72 (Europemballage und Continental Can Company/Kommission, Slg, 1973, 215), 6/74 (Moulijn/Kommission,

Slg. 1974, 1287) und auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit die Rechtssache 2/67 (de Moor/Privatbeamtenpensionskasse, Slg. 1967, 264) erwähnen.

Meiner Auffassung nach ist das Problem, auf das das hohe deutsche Gericht unsere Aufmerksamkeit gelenkt hat, hinreichend ernst, um sie von der Notwendigkeit einer streng wörtlichen Anwendung von Artikel 68 Absatz 1 zu entbinden. Daher wenden wir uns nunmehr den anderen Auslegungen zu, die von der deutschen Bundesanstalt für Arbeit und von der Kommission vorgetragen wurden.

Die von der Bundesanstalt vorgeschlagene Lösung erfordert ein Auslegungsbemühen bei bestimmten Ausdrücken sowohl im ersten als auch im zweiten Satz von Artikel 68 Absatz 1. Einerseits muß in beiden Sätzen der Ausdruck „letzte Beschäftigung" im zuständigen Mitgliedstaat so verstanden werden, daß er sich auf die allerletzte Beschäftigung des Betroffenen vor Eintritt der Arbeitslosigkeit bezieht. Andererseits muß im zweiten Satz eine Beschäftigung von weniger als vier Wochen auf dem Gebiet des zuständigen Mitgliedstaates so verstanden werden, daß sie den Fall einschließt, daß die letzte Beschäftigung nicht in diesem Staat, sondern in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wurde.

Der Haupteinwand gegen diese Auslegung ist, daß Grenzgänger entsprechend der Definition dieses Begriffs die in Artikel 68 Absatz 1 Satz 1 aufgestellten Voraussetzungen niemals erfüllen können. Folglich könnte, wenn für die Berechnung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach den Rechtsvorschriften des Wohnortstaats das frühere Entgelt zugrunde zu legen ist, ein Grenzgänger niemals die Berechnung der ihm zustehenden Leistungen auf der Grundlage des Entgelts verlangen, das er wirklich erhalten hat, sondern lediglich auf der Grundlage eines „künstlichen" Entgelts. Da, wie Sie wissen, die Berechnungsgrundlage für dieses Entgelt das am Wohnort übliche Entgelt für eine der im Beschäftigungsmitgliedstaat ausgeübten gleichwertige Tätigkeit ist und da offensichtlich Grenzgängerbewegungen gewöhnlich von Niedriglohngebieten in Hochlohngebiete stattfinden, stünde der Betrag der den Grenzgängern zustehenden Leistungen nur selten im Verhältnis zu ihrem Verdienst vor Eintritt der Arbeitslosigkeit.

Es ist wohl unwahrscheinlich, daß der Rat die Absicht hatte, Grenzgänger gegenüber Arbeitnehmern, die ihren Lebensmittelpunkt in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, in solchem Ausmaß zu benachteiligen. Deshalb halte ich die Auslegung der Bundesanstalt für Arbeit für verfehlt.

Die zuerst von der Kommission vorgeschlagene und danach in der Sitzung vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers übernommene Auslegung ist am schwierigsten mit dem Wortlaut von Artikel 68 Absatz 1 zu vereinbaren. Wenn, wie die Kommmission behauptet, das bestimmende Element das von dem Arbeitslosen tatsächlich erzielte letzte Entgelt ist, wie ist dann die Bestimmung im ersten Satz von Artikel 68 Absatz 1 zu erklären, wonach es sich um das Entgelt handelt, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet des Mitgliedstaats erhalten hat, dessen Träger zuständig ist?

Die Kommission versuchte, diese Schwierigkeit zu überwinden, indem sie sich auf die angeblich in Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii enthaltene „Fiktion" berief, gemäß der vollarbeitslose Grenzgänger den Rechtsvorschriften des Wohnortmitgliedstaats unterworfen sind, „als ob während der letzten Beschäftigung die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats für sie gegolten hätten". Sie bringt vor, das „Gebiet" des zustän-

digen Staates im Sinne von Artikel 68 Absatz 1 erstrecke sich für Grenzgänger auf das Gebiet, in dem die Rechtsvorschriften dieses Staates für anwendbar angesehen würden, das heißt auf das Gebiet des Staates der letzten Beschäftigung.

Diese Konstruktion erscheint mir in Wahrheit unnötig kompliziert. Ich teile jedoch die Auffassung der Kommission im Hinblick auf den Grundsatz, auf dem der Wortlaut von Artikel 68 Abstz 1 beruht: Die Berechnungsgrundlage für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit muß das letzte Entgelt sein, das der Betroffene tatsächlich erhalten hat.

Dieser Grundsatz wird im Regelfall auf der Grundlage des ersten Satzes dieser Bestimmung verwirklicht, wobei der zuständige Mitgliedstaat gemäß Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 der Beschäftigungsstaat ist. Ziel dieser Bestimmung ist es gerade, eindeutig zu bestimmen, daß das in diesem Staat zuletzt erzielte Entgelt zu berücksichtigen ist und nicht irgendwelche anderen, für frühere, in anderen Mitgliedstaaten ausgeübte Beschäftigungen erzielte Entgelte.

Die mangelnde Berücksichtigung des Sonderfalls der Grenzgänger in Artikel 68 bedeutet nicht, daß der Verordnungsgeber auf sie diesen Grundsatz nicht anwenden wollte. Andernfalls, wenn also die ihnen bei Arbeitslosigkeit zustehenden Leistungen auf der Grundlage eines Entgelts berechnet werden müßten, das sie möglicherweise Jahre zuvor in ihrem Wohnortmitgliedstaat erhalten haben, bestände offensichtlich ein Hindernis für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Nach meiner Auffassung ist der erste Satz von Artikel 68 Absatz 1 so auszulesen, als ob er vorsähe, daß für alle vollarbeitslosen Grenzgänger die Berechnung der Leistungen auf dem Entgelt beruhen müsse, das der Betroffene in dem Mitgliedstaat erhalten hat, in dem er zuletzt gearbeitet hat. Mit den Worten von Portalis würde ich sagen, daß jede andere Auslegung dazu führt, dem Geist der Verordnung Nr. 1408/71 den Gehorsam zu versagen, indem sie sich zum Sklaven ihres Wortlauts macht.

Ich werde in dieser Auffassung durch den Umstand bestärkt, daß sie mit Artikel 81 der Verordnung Nr. 574/72 mindestens genauso gut zu vereinbaren ist wie die von der Bundesanstalt für Arbeit vorgetragene Auslegung.

Schließlich bin ich, anscheinend im Gegensatz zur Kommission, nicht überzeugt, daß diese Lösung unvereinbar sei mit dem Grundsatz, im Ausland erhaltenes Entgelt nicht zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz gilt nämlich nur in den Fällen, in denen die Berücksichtigung des im Ausland erhaltenen Entgelts geeignet ist, die Freizügigkeit einzuschränken, was das Gegenteil des vorliegenden Falles ist.

Deshalb halte ich es für verfehlt, wenn Sie unmittelbar auf die von dem vorlegenden Gericht gestellten Fragen antworten, denn diese sollten als Kriterium für die Wahl zwischen zwei Auslegungen von Artikel 68 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 dienen, die sich nach meiner Auffassung beide als unzutreffend erwiesen haben.

Ich beantrage daher, für Recht zu erkennen, daß im Falle eines vollarbeitslosen Grenzgängers der zuständige Träger des Wohnorts aufgrund von Artikel 68 Absatz 1 Satz 1 das Entgelt berücksichtigt, das der Betroffene in dem Mitgliedstaat erhalten hat, in dem er während des der Arbeitslosigkeit unmittelbar vorausgehenden Zeitraums gearbeitet hat.