

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
vom 12. Februar 2004¹

1. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat dem Gerichtshof gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung des Abkommens zur Gründung der Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei von 1963² zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Zusammenrechnungsregel des Artikels 45 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71³ gilt.

I — Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

Das Gericht möchte wissen, ob sich ein türkischer Arbeitnehmer, der in Deutschland arbeitslos geworden ist, auf das in dem erwähnten Assoziierungsabkommen verankerte Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit berufen kann, um in Österreich, wo er zuvor beschäftigt gewesen war, eine vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit zu erhalten, für deren Bewilligung der Antragsteller eine bestimmte Zeit lang im Inland arbeitslos gewesen sein muss. Für den Fall, dass diese Frage verneint wird, möchte es ferner wissen, ob für den Arbeitnehmer die

2. Herr Öztürk, ein am 3. Dezember 1939 geborener Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit, war von 1966 bis 1970 in Österreich beschäftigt; später arbeitete er in Deutschland. Am 1. Januar 2000 hatte er insgesamt 402 für die Bemessung der vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit zu berücksichtigende Versicherungsmonate erworben, davon 348 in Deutschland und 54 in Österreich. Er hatte 377 Beitragsmonate der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung erworben, davon 323 in Deutschland und 54 in Österreich.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Gebilligt durch Beschluss des Rates vom 23. Dezember 1963 (64/732/EWG) (ABl. 1964, Nr. 217, S. 3685).

3 — Verordnung (EWG) des Rates vom 14. Juli 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 vom 2. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten Fassung.

Vom 20. Juli 1998 bis zum 31. Dezember 1999 war er in Deutschland arbeitslos gemeldet und bezog vom Arbeitsamt Bremen Arbeitslosengeld. Die Landesversicherungsanstalt Oberbayern bewilligte ihm mit Rentenbescheid vom 2. Dezember 1999 wegen Arbeitslosigkeit die deutsche Altersrente ab 1. Januar 2000. In den 15 Monaten vor diesem Zeitpunkt bezog Herr Öztürk in Österreich keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung; auch andere Tatbestände, die nach dem österreichischen Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz dem Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung gleichstehen, liegen bei ihm nicht vor.

3. Mit Bescheid vom 10. April 2000 lehnte die Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter den Antrag von Sakir Öztürk auf Gewährung der vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit gemäß § 253a des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes ab. Die Ablehnung erfolgte mit der Begründung, dass der Antragsteller innerhalb der letzten 15 Monate vor dem Stichtag, dem 1. Januar 2000, keine Geldleistungen aus der österreichischen Arbeitslosenversicherung bezogen habe.

4. Das Gericht, das in erster Instanz über den Rechtsstreit befand, hielt die einschlägigen Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes unter Berücksichtigung der Situation auf dem nationalen Arbeitsmarkt für anwendbar, so dass der Bezug einer deutschen Leistung bei Arbeits-

losigkeit einem Bezug aus der österreichischen Arbeitslosenversicherung nicht gleichzustellen sei. Weder die mit Deutschland bestehenden bilateralen Vereinbarungen noch die Verordnung Nr. 1408/71 könnten zu einem anderen Ergebnis führen.

5. Das Urteil wurde in der Berufungsinstanz bestätigt. Herr Öztürk erhob gegen dieses Urteil Revision und beantragte, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes einzuholen und seinem Klagebegehren stattzugeben.

II — Die Vorlagefragen

6. Der Oberste Gerichtshof hat dem erstgenannten Antrag des Klägers stattgegeben und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist das Recht betreffend die Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (insbesondere Artikel 9 des Abkommens zur Gründung der Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei) dahin auszulegen, dass es der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die für den Anspruch auf eine vorzeitige

Alterspension bei Arbeitslosigkeit u. a. voraussetzt, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor dem Stichtag wegen Arbeitslosigkeit eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung dieses Mitgliedstaats bezogen hat?

Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen hat, wird für die Beurteilung der Schwierigkeit seiner Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt berücksichtigt.

2. Für den Fall der Verneinung der ersten Frage:

Die Pension wird für die weitere Dauer der Arbeitslosigkeit gewährt; mit Erreichen des Regelpensionsalters (65 Jahre bei Männern oder 60 Jahre bei Frauen) wird sie in eine Alterspension umgewandelt.

Ist Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die für den Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit u. a. voraussetzt, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor dem Stichtag wegen Arbeitslosigkeit eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung dieses Mitgliedstaats bezogen hat?

8. § 253a bestimmt in der am 1. Januar 2000 geltenden Fassung, die auf das Ausgangsverfahren anwendbar ist, Folgendes:

„(1) Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit hat der Versicherte nach Vollendung des 60. Lebensjahres, die Versicherte nach Vollendung des 55. Lebensjahres, wenn

III — Das nationale Recht

7. Im österreichischen Recht hat die vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit den Zweck, eine Alterspension denjenigen zu bewilligen, deren Arbeitsmöglichkeiten durch Alter oder Krankheit verringert sind. Der Umstand, dass der Versicherte in den letzten 15 Monaten 52 Wochen lang eine

1. die Wartezeit ... erfüllt ist,
2. am Stichtag mindestens 180 Beitragsmonate der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung erworben sind; ...

3. der (die) Versicherte am Stichtag ... die Voraussetzung des § 253b Abs. 1 Z 4 erfüllt und innerhalb der letzten 15 Monate vor dem Stichtag ... mindestens 52 Wochen wegen Arbeitslosigkeit eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen hat,

für die weitere Dauer der Arbeitslosigkeit. ...

...

(3) Die Pension gemäß Abs. 1 fällt mit dem Tag weg, an dem der (die) Versicherte eine Erwerbstätigkeit ausübt, die das Entstehen eines Anspruches gemäß § 253b Abs. 1 Z 4 ausschließen würde. ...

...“

IV — Das Gemeinschaftsrecht

9. Das Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei soll eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien fördern und den beschleunigten Aufbau der türkischen Wirtschaft sowie die Hebung des Beschäftigungsstandes und der Lebensbedingungen des türkischen Volkes gewährleisten. In der Präambel wird anerkannt, dass die Hilfe, die die Gemeinschaft dem türkischen Volk bei seinem Bemühen um die Besserung seiner Lebenshaltung zuteil werden lässt, später

den Beitritt der Türkei zur Gemeinschaft erleichtern wird.

10. Zur Verwirklichung dieser Ziele ist die schrittweise Errichtung einer Zollunion vorgesehen, die eine Vorbereitungsphase von fünf Jahren, eine Übergangsphase von längstens zwölf Jahren und eine Endphase umfasst, die für eine verstärkte Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Vertragsparteien bestimmt ist.

11. Nach Artikel 6 treten die Vertragsparteien, um die schrittweise Entwicklung der Assoziationsregelung sicherzustellen, in einem Assoziationsrat zusammen; dieser wird im Rahmen der Befugnisse tätig, die ihm in dem Abkommen zugewiesen sind. Nach Artikel 22 ist der Assoziationsrat zur Verwirklichung der Ziele des Abkommens in den darin vorgesehenen Fällen befugt, Beschlüsse zu fassen. Jede der beiden Parteien ist verpflichtet, die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

12. Nach den Artikeln 12, 13 und 14 lassen sich die Vertragsparteien vom Vertrag zur Gründung der EWG leiten, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen sowie die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben.

13. 1970 wurde ein Zusatzprotokoll unterzeichnet, das 1973 in Kraft trat⁴ und in dem die Einzelheiten und der Zeitplan für die Verwirklichung der Zollunion in drei Phasen in einem Zeitraum von 22 Jahren festgelegt wurden. Sein Titel II ist der Freizügigkeit und dem Dienstleistungsverkehr gewidmet, und dessen Kapitel I betrifft die Arbeitnehmer.

und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt.

14. 1980 erließ der Assoziationsrat, gestützt auf Artikel 39 des Protokolls, den Beschluss Nr. 3/80⁵, der türkischen Staatsangehörigen, die in der Gemeinschaft gearbeitet haben, ihren Familienangehörigen und ihren Hinterbliebenen den Zugang zu den Leistungen der herkömmlichen Zweige der sozialen Sicherheit ermöglichen sollte. In diesem Bestreben verweist er auf eine Reihe von Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71.

...“

15. Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 bestimmt:

16. Der sachliche Geltungsbereich des Beschlusses Nr. 3/80, der in Artikel 4 festgelegt ist, erstreckt sich auf die Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die Leistungen bei Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit bestimmt sind, bei Alter und bei Arbeitslosigkeit betreffen.

„(1) Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte

4 — Bestätigt durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72 des Rates vom 19. Dezember 1972 über den Abschluss des Zusatzprotokolls und des Finanzprotokolls, die am 23. November 1970 unterzeichnet wurden und dem Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei als Anhänge beigefügt sind, und über die zu deren Inkrafttreten zu treffenden Maßnahmen (ABl. L 293, S. 1).

5 — Beschluss vom 19. September 1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige (ABl. 1983, C 110, S. 60).

17. Die Zollunion zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei trat am 31. Dezember 1995 in Kraft. Damit wurde die Endphase der Assoziierung erreicht⁶.

6 — Vgl. Beschluss Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion (ABl. 1996, L 35, S. 1).

V — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

Zeitraums vor der Antragstellung Leistungen aus der nationalen Arbeitslosenversicherung bezogen hat.

18. Gemäß Artikel 23 der Satzung des Gerichtshofes haben der Kläger des Ausgangsverfahrens, die deutsche und die österreichische Regierung sowie die Kommission beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht.

1. Die eingereichten Erklärungen

Da keiner der Beteiligten beantragt hat, mündliche Erklärungen abgeben zu können, hat der Gerichtshof am 9. Dezember 2003 gemäß Artikel 104 § 4 seiner Verfahrensordnung beschlossen, keine mündliche Verhandlung durchzuführen.

20. Der Kläger des Ausgangsverfahrens macht geltend, dass es in Deutschland und Österreich gleichlautende Vorschriften gebe, mit denen der Arbeitslosigkeit derjenigen entgegengetreten werden solle, die ihren Arbeitsplatz kurz vor Erreichung des Rentenalters verlören und nicht über wirkliche Möglichkeiten verfügten, wieder in den Arbeitsmarkt eingegliedert zu werden. Die betreffenden Regelungen ermöglichten es in beiden Staaten einem beschäftigungslosen Arbeitnehmer, der ein bestimmtes Alter erreicht habe, eine Altersrente vor dem Zeitpunkt zu beziehen, zu dem er sie bezogen hätte, wenn er weitergearbeitet hätte.

VI — Untersuchung der Vorlagefragen

A — Die erste Frage

19. Mit der ersten Frage möchte das nationale Gericht erfahren, ob das durch die Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei eingeführte Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit der Anwendung einer Vorschrift eines Mitgliedsstaats entgegensteht, die die Gewährung einer vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit davon abhängig macht, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten

Im vorliegenden Fall beziehe er in Deutschland, wo er zuletzt gearbeitet habe, eine Leistung mit diesen Merkmalen, deren Höhe auf der Grundlage der in diesem Land zurückgelegten Beitragszeiten berechnet werde. Würde ihm diese Rente seinem Antrag gemäß auch in Österreich gewährt, so würde sie sich nach den im letztgenannten Land zurückgelegten Beschäftigungszeiten bestimmen. Hätte er seine gesamte Berufstätigkeit im selben Staat ausgeübt, so würde er eine seiner gesamten Lebensarbeitszeit entsprechende Rente erhalten. Nach der bisherigen Rechtsprechung der österreichischen Gerichte würde ihm nur in

Deutschland eine Rente für die dort zurückgelegten Beschäftigungszeiten gewährt werden und sich der ihm zustehende Betrag entsprechend verringern. Daher fühle er sich aufgrund des Umstandes diskriminiert, dass er seine Lebensarbeitszeit in mehr als einem Mitgliedstaat zurückgelegt habe.

21. Die deutsche Regierung hält es für zulässig, dass ein türkischer Staatsangehöriger, der in Österreich gearbeitet hat, den Anspruch auf die vorzeitige Altersrente bei Arbeitslosigkeit verliert, wenn er sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt, bevor er 52 Wochen Geldleistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezogen hat. Denn mit diesem Ergebnis werde das Recht der Assoziation zwischen der Gemeinschaft und der Türkei eingehalten, weil der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt worden sei.

22. Die österreichische Regierung macht zum einen geltend, dass ein türkischer Staatsangehöriger, für den das Assoziierungsabkommen und die Regelung zu dessen Durchführung im Bereich der sozialen Sicherheit gälten, nur vom allgemeinen Gleichheitssatz geschützt werde, ohne Anspruch auf die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten zu haben, da die Regelung des Beschlusses Nr. 3/80 nicht so umfassend wie die Koordinierung aufgrund der Verordnung Nr. 1408/71 sei. Zum anderen könne sich dieser Arbeitnehmer auf das bilaterale österreichisch-deutsche Abkommen über soziale Sicherheit berufen,

das für Staatsangehörige von Drittstaaten gelte, für die eine bestimmte Zeit lang die Rechtsvorschriften eines oder beider Vertragsstaaten gegolten hätten, das die Verordnung Nr. 1408/71 auf zahlreiche Sachverhalte für entsprechend anwendbar erkläre, zu denen die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten gehöre. Doch erstrecke sich diese entsprechende Anwendung nicht auf die Arbeitslosenversicherung oder das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und ebenso wenig auf die Möglichkeit zum Export von Renten.

23. Die Kommission erblickt in der nach dem Urteil d'Amico⁷ ergangenen Rechtsprechung eine signifikante Weiterentwicklung im Rahmen der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, die in dem Bestreben bestehe, rechtliche Hindernisse für die Gleichstellung von leistungswirksamen Tatsachen und Umständen zu beseitigen, die in den Mitgliedstaaten eingetreten seien. Bei der Prüfung, ob dieser Fortschritt den türkischen Arbeitnehmern zugute kommen kann, stützt sie sich auf Artikel 9 des Abkommens, in dem der Grundsatz des Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert ist. Es handelt sich ihres Erachtens um eine hinreichend klare, eindeutige und unbedingte Bestimmung, die für die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Herstellung eines bestimmten Ergebnisses begründe, so dass sich der Einzelne vor den nationalen Gerichten für sein Begehren auf sie stützen könne, eine diskriminierende nationale Regelung unangewendet zu lassen.

7 — Urteil vom 9. Juli 1975 in der Rechtssache 20/75 (Slg. 1975, 891).

2. Untersuchung der ersten Vorlagefrage

24. Der österreichische Oberste Gerichtshof räumt, wie die Beteiligten, die in diesem Vorabentscheidungsverfahren Erklärungen abgegeben haben, ein, dass es bei dem Rechtsstreit darum geht, ob sich Herr Öztürk mit Erfolg auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und den ihm innewohnenden Grundsatz der Gleichbehandlung berufen kann⁸. Geteilt sind die Meinungen jedoch darüber, welche konkrete Bestimmung anzuwenden ist. Für den Kläger wie für die Kommission verpflichtet Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 nur den Wohnstaat, im konkreten Fall Deutschland, und daher schlagen sie vor, die Frage allein anhand von Artikel 9 des Abkommens zu entscheiden. Die deutsche und die österreichische Regierung greifen übereinstimmend auf Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 zurück, doch ist diese Bestimmung ihres Erachtens nicht dazu geeignet, dem Begehren des Klägers zum Erfolg zu verhelfen.

Wie die Kommission ausführt, wird in dieser Rechtssache im Kern aufgeklärt, ob der von der Rechtsprechung geprägte Grundsatz der Gleichstellung von Tatsachen und Umständen ausschließlich für die

Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gilt oder ob er auf die türkischen Staatsangehörigen, die Arbeitnehmer in der Gemeinschaft sind, auszudehnen ist, wenn sie die Anerkennung eines Anspruchs auf Leistungen der sozialen Sicherheit verlangen.

a) Tragweite des Verbotes der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Bereich der sozialen Sicherheit

25. In Artikel 9 des Assoziierungsabkommens verbieten die Vertragsparteien unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise aufgrund von Artikel 8 noch erlassen werden, jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Einklang mit Artikel 7 EWG-Vertrag, später Artikel 6 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 12 EG).

26. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes entfaltet das Diskriminierungsverbot seine Wirkungen im Anwendungsbereich des Vertrages unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages. Mit letztgenannter Wendung verweist Artikel 12 EG im Wesentlichen auf andere Bestimmungen des Vertrages, in denen das allgemeine Verbot des Artikels 12 für besondere Anwendungsfälle konkretisiert ist⁹. Diese Bestimmung kann autonom nur in durch das Gemeinschaftsrecht geregelten

8 — In der Tragödie *Antigone* von Sophokles (Ernst Heimeran Verlag, übersetzt von Wilhelm Willige, überarbeitet von Karl Bayer, München, 1966) verkündet der Chor: „Vieles ist ungeheuer, nichts ungeheurer als der Mensch“ (Verse 332 f., S. 261); dann erwidert Antigone Kreon: „Hades verlangt jedoch gleiche Gesetze ...“ (Vers 519, freie Übersetzung).

9 — Urteil vom 15. Januar 2002 in der Rechtssache C-55/00 (Gottardo, Slg. 2002, I-413, Randnr. 21).

Fällen angewandt werden, für die der Vertrag kein besonderes Diskriminierungsverbot vorsieht¹⁰. Im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist das Diskriminierungsverbot durch die Artikel 39 EG bis 42 EG und durch Rechtsakte des Gemeinschaftsrechts zu deren Durchführung, insbesondere durch die Verordnung Nr. 1612/68¹¹ und durch die Verordnung Nr. 1408/71, geregelt worden¹².

27. Der Gerichtshof hat auch festgestellt, dass Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 für den Bereich der sozialen Sicherheit die Durchführung und Konkretisierung des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt, das in Artikel 9 des Abkommens verankert ist. Bevor daher auf die letztgenannte Bestimmung, die allgemeine Tragweite hat, zurückgegriffen wird, ist zu ermitteln, ob eine Berufung auf den in Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 verankerten Gleichheitssatz in Betracht kommt.

28. Die restriktive Auslegung dieser Bestimmungen durch die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen erscheint irrig. Denn weder von ihrer Formulierung, die auf Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung

Nr. 1408/71 beruht, noch von ihrem Zweck lässt sich herleiten, dass der Wohnmitgliedstaat als einziger verpflichtet sein soll, dem türkischen Arbeitnehmer und seinen Familienangehörigen die gleiche Behandlung wie seinen eigenen Staatsangehörigen zukommen zu lassen¹³. Zwar wird sich der Versicherte in den meisten Fällen auf diesen Grundsatz in dem Land, in dem er lebt¹⁴, vor allem so lange berufen, wie die Freizügigkeit der türkischen Arbeitnehmer in der Gemeinschaft noch nicht verwirklicht worden ist¹⁵. Doch befreit diese Tendenz die anderen Mitgliedstaaten, in denen er Ansprüche aus der sozialen Sicherheit erworben hat, nicht von ihrer Pflicht, ihn in gleicher Weise wie ihre eigenen Staatsangehörigen zu behandeln.

29. Der Beschluss Nr. 3/80 gilt nach seinem Artikel 2 für türkische Arbeitnehmer, für die die Rechtsvorschriften eines oder *mehrerer Mitgliedstaaten* gelten oder galten, für ihre Familienangehörigen, die im Gebiet eines dieser Staaten wohnen, und für ihre Hinterbliebenen. Obwohl sich diese Perso-

10 — Urteile vom 29. Februar 1996 in der Rechtssache C-193/94 (Skanavi und Chrysanthakopoulos, Slg. 1996, I-929, Randnr. 20), vom 25. Juni 1997 in der Rechtssache C-131/96 (Mora Romero, Slg. 1997, I-3659, Randnr. 10) und vom 26. November 2002 in der Rechtssache C-100/01 (Oteiza Olazábal, Slg. 2002, I-10981, Randnr. 25).

11 — Verordnung (EWG) des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2).

12 — Urteile vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 1/78 (Kenny, Slg. 1978, 1489, Randnr. 9) und vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-336/96 (Gilly, Slg. 1998, I-2793, Randnr. 38).

13 — Urteil vom 21. September 2000 in der Rechtssache C-124/99 (Borawitz, Slg. 2000, I-7293, Randnr. 28).

14 — Peers, S.: „Social security equality for Turkish nationals“, in *European Law Review*, 1999, S. 627 ff., besonders S. 629: „In practice, [equal access for Turkish workers and their family members to each Member State's social security system] is far more important for Turks living in the Community, since they lack the right to move freely between Member States, their social security disputes largely concern the application of the equality principle in the individual Member States“.

15 — Nach Artikel 36 des erwähnten Zusatzprotokolls von 1970 wird die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Türkei nach den Grundsätzen des Artikels 12 des Assoziierungsabkommens zwischen dem Ende des zwölften und dem Ende des zweiundzwanzigsten Jahres nach dem Inkrafttreten des genannten Abkommens schrittweise hergestellt, und der Assoziationsrat hat die hierfür erforderlichen Regeln festzulegen. Der Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates über die Entwicklung der Assoziation regelt in den Artikeln 6 ff. nur den Zugang der türkischen Arbeitnehmer zur Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats.

nen nicht innerhalb der Gemeinschaft im Hinblick auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung freizügig bewegen können, schließt die Regelung nicht aus, dass sie dies tun, denn sie räumt die Möglichkeit ein, dass sie Systemen der sozialen Sicherheit in mehr als einem Mitgliedstaat der Union angeschlossen waren. Ferner haben nach Artikel 3 die in einem dieser Staaten wohnenden Personen, da sie vom persönlichen Geltungsbereich des Beschlusses Nr. 3/80 erfasst werden, die Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften *eines Mitgliedstaats*¹⁶ unter den gleichen Voraussetzungen wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt.

Hervorzuheben ist, dass der Zweck des Beschlusses Nr. 3/80 gerade darin besteht, die Gewährung der Leistungen der sozialen Sicherheit für die türkischen Wanderarbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft sicherzustellen¹⁷.

30. In Anbetracht dieser Regelung müssen die österreichischen Behörden Herrn Öztürk, da er viereinhalb Jahre in Österreich beschäftigt war, bevor er nach Deutschland zog, und in diesem Land Ansprüche der sozialen Sicherheit erworben hatte, in gleicher Weise wie ihre eigenen Staatsangehörigen behandeln, wenn er die Gewährung der den Beitragszeiten entsprechenden Leistungen beantragt. Daher muss der Gerichtshof, um eine zweckdienliche Antwort

auf die Vorlagefrage zu geben, Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 auslegen, und nicht, wie in diesem Verfahren geltend gemacht worden ist, Artikel 9 des Assoziierungsabkommens.

b) Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 und das Urteil Sürül

31. 1999 ist im Urteil Sürül¹⁸ festgestellt worden, dass Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 im Geltungsbereich dieses Beschlusses einen eindeutigen, unbedingten Grundsatz aufstellt, der ausreichend bestimmt ist, um von einem nationalen Gericht angewandt werden zu können, und der daher geeignet ist, die Rechtsstellung des Einzelnen zu regeln. Daraus, dass dieser Vorschrift somit unmittelbare Wirkung zuzuerkennen ist, folgt, dass sich die Bürger, für die sie gilt, vor den Gerichten der Mitgliedstaaten auf sie berufen können.

In gleicher Weise wie bei den Familienleistungen, um die es in der Rechtssache Sürül ging, sieht der Beschluss Nr. 3/80 auch keine Beschränkung des Gleichheitssatzes in Artikel 3 Absatz 1 bei der Erwähnung der Leistungen bei Alter in Kapitel 4 vor. Was die Leistungen bei Arbeitslosigkeit angeht, so fallen diese zwar in den sachlichen Geltungsbereich des Beschlusses, doch hat er ihnen keine besonde-

16 — Hervorhebung hinzugefügt. AdÜ: Im Spanischen wörtlich „jedes Mitgliedstaats“.

17 — Urteil vom 4. Mai 1999 in der Rechtssache C-262/96 (Sürül, Slg. 1999, I-2685, Randnr. 71).

18 — A. a. O.

re Bestimmung gewidmet. Somit hindert Herrn Öztürk nichts daran, sich in Österreich auf das Recht zu berufen, unter den gleichen Voraussetzungen wie die Staatsangehörigen dieses Staates behandelt zu werden¹⁹.

c) Artikel 3 des Beschlusses Nr. 3/80 und die verschleierte Diskriminierung im österreichischen System der sozialen Sicherheit

32. Nach der in Rede stehenden Bestimmung, § 253a Abs. 1 Z 3 des österreichischen Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes, muss ein Antragsteller auf vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit innerhalb der letzten 15 Monate vor dem Stichtag mindestens 52 Wochen wegen Arbeitslosigkeit eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen haben. Nach ihrem Wortlaut unterscheidet die Bestimmung nicht nach Maßgabe des Landes, dem der Träger der sozialen Sicherheit angehört, der die Leistungen gewährt. In der Praxis wird jedoch stillschweigend verlangt, dass der Empfänger die Leistungen in Österreich bezogen hat.

33. Fraglos dürfte keine unmittelbare Diskriminierung vorliegen, denn es wird keine unterschiedliche Behandlung im Zusammenhang mit der Herkunft des Leistungs-

empfängers vorgeschrieben. Im Zusammenhang mit Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 hat der Gerichtshof jedoch entschieden, dass das Gleichbehandlungsgebot nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch alle verschleierte Formen von Diskriminierung, die bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen²⁰. Daher ist zu prüfen, ob die aufgestellte Voraussetzung einen verschleierten Ausschluss darstellt und ob eine Rechtfertigung möglich ist.

34. Als unmittelbar diskriminierend sind zu betrachten — außer wenn sie gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen: sowohl Voraussetzungen des nationalen Rechts, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber im Wesentlichen oder ganz überwiegend Wanderarbeitnehmer, allgemein Gemeinschaftsbürger, oder im Falle von Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80, türkische Staatsangehörige betreffen, wie auch unterschiedslos geltende Voraussetzungen, die von inländischen Arbeitnehmern leichter zu erfüllen sind oder bei denen die Gefahr besteht, dass sie sich besonders zum Nachteil von ausländischen Arbeitnehmern auswirken²¹.

19 — Verschuere, H.: „L'arrêt Sürül: égalité de traitement en matière de sécurité sociale pour les travailleurs turcs“, in *Revue du droit des étrangers* 1999, S. 283 ff., 291: „... cet arrêt ouvre la voie à l'application directe d'éventuelles autres dispositions de la décision 3/80, et plus précisément du principe de l'exportation de prestations ou du principe de l'égalité dans d'autres domaines relevant du champ d'application de l'accord d'association“.

20 — Urteil vom 14. März 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-102/98 und C-211/98 (Kocak und Örs, Slg. 2000, I-1287, Randnr. 39). Im Rahmen des Vertrages vgl. Urteile vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84 (Pinna, Slg. 1986, I, Randnr. 23), vom 7. Juni 1988 in der Rechtssache 20/85 (Roviello, Slg. 1988, 2805, Randnr. 14), vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/87 (Paraschi, Slg. 1991, I-4501, Randnr. 16), vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-27/91 (Hostellerie Le Manoir, Slg. 1991, I-5531, Randnr. 10), vom 23. Februar 1994 in der Rechtssache C-419/92 (Scholz, Slg. 1994, I-505, Randnr. 7), vom 27. November 1997 in der Rechtssache C-57/96 (Meints, Slg. 1997, I-6689, Randnr. 45) und vom 27. Januar 2000 in der Rechtssache C-190/98 (Graf, Slg. 2000, I-493, Randnr. 14).

21 — Urteil vom 23. Mai 1996 in der Rechtssache C-237/94 (O'Flynn, Slg. 1996, I-2617, Randnrn. 18 und 19).

35. Die in Rede stehende Regelung gilt in gleicher Weise für alle Arbeitslosen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Die österreichische Regierung hat jedoch selbst eingeräumt, dass die meisten österreichischen Staatsangehörigen im Inland arbeiten und während ihres gesamten Arbeitslebens Beiträge zu den inländischen Systemen der sozialen Sicherheit leisten, so dass sie, wenn sie nach Erreichung eines Alters von 55 Jahren bei Frauen oder von 60 Jahren bei Männern arbeitslos werden, problemlos die erwähnten Voraussetzungen erfüllen.

36. Dagegen gelingt es ausländischen Arbeitnehmern, solchen aus der Gemeinschaft oder türkischen, oft nur schwer oder gar nicht, nachzuweisen, dass ihnen die österreichische Arbeitslosenversicherung im konkreten Zeitraum die entsprechenden Leistungen gewährt hat.

Indem die erwähnte Regelung praktisch den Aufenthalt erfordert, berührt sie ausländische Arbeitnehmer in größerem Umfang, da bei diesen die Wahrscheinlichkeit größer ist, dass sie ihr Arbeitsleben in anderen Mitgliedstaaten verbracht haben. Wenn die Staatsbürger der Gemeinschaft oder, wie im vorliegenden Fall, ein türkischer Staatsangehöriger unter den in seiner Tragweite mit Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 übereinstimmenden Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 fällt, benachteiligt werden, so kann die unterschiedliche Behandlung zu einer verschleierte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit führen, wenn sie nicht gerechtfertigt ist.

d) Die Schlussanträge und das Urteil in der Rechtssache d'Amico

37. Die österreichische und die deutsche Regierung berufen sich für ihre Ansicht, dass das beschriebene Ergebnis dem Gemeinschaftsrecht entspreche, auf die Urteile d'Amico²² und Taflan-Met u. a.²³ des Gerichtshofes.

38. Der dem Urteil d'Amico zugrunde liegende Sachverhalt ähnelt dem von Herrn Öztürk vor den österreichischen Gerichten vorgetragenen sehr. Der Kläger war ein italienischer Bergmann, der von 1941 bis 1943 in Deutschland und in Frankreich gearbeitet hatte, in Frankreich wurde er im Alter von 61 Jahren arbeitslos und fand keine neue Beschäftigung. Zweieinhalb Jahre später beantragte er in Deutschland eine vorgezogene Altersrente, die ihm versagt wurde, da er zwar über 60 Jahre alt war, die vorgeschriebenen Beitragszeiten zurückgelegt hatte und mehr als ein Jahr lang ununterbrochen arbeitslos war, jedoch in diesem Zeitraum nicht bei einem deutschen Arbeitsamt arbeitslos gemeldet war.

Das zuständige Gericht fragte den Gerichtshof, ob die Bestimmungen der Verordnung Nr. 3²⁴ und der Verordnung Nr. 1408/71,

22 — A. a. O.

23 — Urteil vom 10. September 1996 in der Rechtssache C-277/94 (Slg. 1996, I-4085).

24 — Verordnung des Rates vom 25. September 1958 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. 1958, Nr. 30, S. 561).

die die Zusammenrechnung in verschiedenen Mitgliedstaaten zurückgelegter Versicherungszeiten betreffen, dahin auszulegen sind, dass für die Bewilligung des in Rede stehenden vorgezogenen Altersruhegelds Zeiten der Arbeitslosigkeit, die in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft zurückgelegt worden sind, den in dem Land, in dem die Leistung beantragt wird, zurückgelegten gleichzustellen sind.

staat zurückgelegter Arbeitslosenzeiten eine verschleierte Diskriminierung bedeuten kann. Weiter hat er ausgeführt, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes dann, wenn ein Mitgliedstaat eine Zeit der Arbeitslosigkeit einer Versicherungszeit gleichstellt, die übrigen Mitgliedstaaten das Gleiche tun müssen²⁶, erst recht dann, wenn die Arbeitslosigkeit für die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften nur als für sich betrachtetes historisches Faktum erheblich ist.

39. Generalanwalt Trabucchi schlug in den Schlussanträgen in jener Rechtssache²⁵ eine eindeutige Bejahung der Frage vor. Ohne so weit zu gehen, den Territorialitätsgrundsatz für die Anwendung der nationalen Sozialrechtsvorschriften auf die Wanderarbeitnehmer für überwunden zu erklären, erachtete er es als unzulässig, dass ein Mitgliedstaat Tatsachen, die außerhalb seiner Grenzen eingetreten sind, grundsätzlich die Erheblichkeit abspricht. Er hob den bestehenden Unterschied bei der Registrierung bei den nationalen Arbeitsämtern hervor, je nachdem, ob es sich um den Bezug von Arbeitslosengeld oder die Anrechnung einer Arbeitslosenzeit für die Zwecke der Eröffnung des Anspruchs auf ein vorgezogenes Altersruhegeld handelt, vor allem dann, wenn die Dauer der Arbeitslosigkeit für die Festsetzung der Höhe dieses Ruhegehalts unerheblich ist, das auf der Grundlage der nachgewiesenen Versicherungszeiten berechnet wird.

Er wies auch darauf hin, dass die Nichtberücksichtigung in einem anderen Mitglied-

40. Ungeachtet dessen hat der Gerichtshof in dem Urteil das Sozialrecht der Gemeinschaft restriktiv ausgelegt, was mit verschiedenen Gründen zu erklären ist.

Erstens damit, dass er die in Deutschland beantragte Rente wie eine Leistung bei Arbeitslosigkeit behandelte, obwohl sie in ihren Merkmalen in Wirklichkeit eher einer Altersrente ähnelt. In dieser Hinsicht hat er darauf hingewiesen, dass Kapitel 6 der Verordnung Nr. 1408/71 und namentlich ihre Artikel 69 und 71 auf einer territorialen Anknüpfung beruhen, da sie — mit wenigen Ausnahmen — allein auf den Anspruch des Arbeitslosen auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit in dem Staat abstellen, in dem er arbeitslos geworden ist. Sodann

25 — Die Schlussanträge stammen vom 12. Juni 1975, Slg. 1975, 901.

26 — Urteil vom 6. Juni 1972 in der Rechtssache 2/72 (Murrin, Slg. 1972, 333, Randnr. 11).

hat er nur festgestellt, dass Artikel 1 Buchstabe s der Verordnung Nr. 1408/71 in den angesprochenen Fällen nicht darauf abstellt, ob der Betroffene beim Arbeitsamt eines anderen Mitgliedstaats registriert war²⁷.

Zweitens erklärt es sich damit, dass er sich damit begnügt hat, die Regelung mechanisch auszulegen, ohne sich darum zu bemühen, zu ermitteln, ob es in der Gemeinschaftsregelung eine andere für den Erlass des Urteils in der Sache zweckdienliche Bestimmung gibt²⁸. So erwähnt das Urteil nirgends den Grundsatz der Gleichbehandlung, obwohl der Generalanwalt das Vorliegen einer verschleierte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angenommen hat²⁹.

e) Die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem betreffenden Gebiet

41. Die Rechtsprechung hat sich seither stark weiterentwickelt und ist schließlich zu der Feststellung gelangt, dass der Gleichheitssatz für die Zubilligung des Anspruchs auf bestimmte Leistungen der sozialen Sicherheit oder sonstige Vergünstigungen für Wanderarbeitnehmer verlangt, dass jeder Mitgliedstaat bestimmte Tatsachen berücksichtigt, die in den anderen Mitgliedstaaten eingetreten sind, um diese denjenigen gleichzustellen, die im Inland eingetreten sind. Dafür lassen sich einige Beispiele anführen.

42. Im Urteil Bronzino hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Voraussetzung des nationalen Rechts, wonach die Begründung des Anspruchs auf bestimmte Familienleistungen davon abhängt, dass das Kind des Arbeitnehmers der Arbeitsvermittlung in dem die Leistungen gewährenden Mitgliedstaat zur Verfügung steht, und die nur erfüllt werden kann, wenn das Kind im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnt, in den Geltungsbereich von Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 fällt³⁰, so dass diese Voraussetzung auch dann als erfüllt

27 — In der Rechtsprechung fehlt es nicht an Beispielen. Im Urteil vom 15. Oktober 1969 in der Rechtssache 15/69 (Ugliola, Slg. 1969, 363) hatte der Gerichtshof bereits ausgeführt, dass nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der durch die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer regelnden Bestimmungen festgelegt wurde, ein Wanderarbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und seine Tätigkeit in einem Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats zur Erfüllung der Wehrpflicht gegenüber seinem Heimatland hat unterbrechen müssen, Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit hat, soweit im Beschäftigungsland zurückgelegte Wehrdienstzeiten den einheimischen Arbeitnehmern gleichfalls angerechnet werden. Allerdings steht fest, dass sich der Gerichtshof bei der Anwendung des erwähnten Grundsatzes in diesem Zusammenhang großzügiger gezeigt hat als im Bereich der eigentlichen sozialen Sicherheit.

28 — Es ist nicht der einzige Fall, in dem der Gerichtshof den nationalen Gerichten unter praktisch gleichen Umständen und in Anbetracht der gleichen geltenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts infolge der unterschiedlichen Formulierung der Vorlagefragen abweichende Lösungen an die Hand gegeben hat. Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Gottardo, insbesondere Nrn. 30 ff., in denen ich einige Beispiele für diese Besorgnis erregende Uneinheitlichkeit gebe.

29 — Der Gerichtshof hatte diesen Grundsatz praktisch schon im Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu, Slg. 1974, 153) entwickelt.

30 — Kokott, J., in *The American Journal of International Law* 1990, S. 926 ff., insbes. S. 929, ist der Ansicht, dass der Gerichtshof nicht hätte weiter gehen dürfen: „... the Court should have limited itself to ruling that payments based on the fact that the children are available to the placement service are 'family benefits' in the sense of EEC law and, as such, must not depend upon their availability to a domestic service. Formulating the operative part of the judgment along these lines would have been more consistent with the principle that it rests with the national courts to interpret and apply the national law“.

anzusehen ist, wenn das Kind als Arbeitsloser der Arbeitsvermittlung in dem Mitgliedstaat zur Verfügung steht, in dem es wohnt³¹.

43. In der Rechtssache Mora Romero wurde es einer Waisen eines in Deutschland verstorbenen Spaniers, der Opfer eines Arbeitsunfalls geworden war, versagt, die Waisenrente über die Vollendung des 25. Lebensjahres hinaus um die Zeit zu verlängern, in der sie eingestellt worden war, während die Waise ihren Militärdienst in Spanien ableistete. Das Urteil hat Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin ausgelegt, dass ein Mitgliedstaat den in einem anderen Mitgliedstaat geleisteten Wehrdienst dem nach seinen eigenen Rechtsvorschriften geleisteten Wehrdienst gleichstellen muss, wenn seine Rechtsvorschriften für Rentenempfänger, deren Ausbildung durch die Ableistung des Wehrdienstes unterbrochen worden ist, die Verlängerung des Anspruchs auf eine Waisenrente über die Vollendung des 25. Lebensjahres hinaus vorsehen³².

44. In einigen Fällen hat der Gerichtshof die Ansicht vertreten, dass die Gleichstellung von Tatsachen oder Umständen im Zusammenhang mit der Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit aufgrund des in Bestimmungen des primären Rechts enthaltenen Diskriminierungsverbots vorzunehmen sei.

31 — Urteil vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-228/88 (Bronzino, Slg. 1990, I-531, Randnr. 12). Im Urteil Gatto vom selben Tag (Rechtssache C-12/89, Slg. 1990, I-557) hat der Gerichtshof die gleiche Konsequenz in Bezug auf Artikel 74 der Verordnung Nr. 1408/71 gezogen, der die Familienleistungen an Arbeitslose regelte, deren Eltern in einem anderen Mitgliedstaat wohnten.

32 — A. a. O., Randnr. 36.

45. Durch das Urteil Roviello ist Anhang VI Abschnitt C Nummer 15 der Verordnung Nr. 1408/71 für ungültig erklärt worden, weil diese Bestimmung ermöglichte, dass bei der Prüfung eines Anspruchs auf bestimmte Renten, bei der nach den deutschen Rechtsvorschriften auf den bisherigen Beruf abzustellen war, nur nach deutschen Rechtsvorschriften versicherungspflichtige Beschäftigungen berücksichtigt wurden³³. Die Bestimmung war 1983 eingefügt worden, weil das Schema zur Einstufung der Antragsteller auf eine Rente wegen Berufsunfähigkeit die Prüfung verlangte, ob die Erwerbsfähigkeit auf weniger als die Hälfte, bezogen auf die bisher ausgeübte Berufstätigkeit, herabgesunken war, was die zuständigen deutschen Träger dazu zwang, im Herkunftsland schwierige und umfangreiche Ermittlungen anzustellen, um die tatsächliche Natur der von den in Deutschland berufsunfähig gewordenen Wanderarbeitnehmern angeführten Berufserfahrung zu bestimmen³⁴. Herr Roviello, ein italienischer Staatsangehöriger, hatte erklärt, er sei 14 Jahre lang in seinem Geburtsland als Fliesenleger tätig und vier Jahre in Deutschland als Lohn- oder Gehaltsempfänger beschäftigt gewesen. In Deutschland wurde ihm die beantragte Leistung versagt, da er nicht über einen

33 — A. a. O., Randnr. 18. Diese Lösung ist von Generalanwalt Mancini in seinen zweiten Schlussanträgen in dieser Rechtssache vorgeschlagen worden. In den ersten Schlussanträgen hatte er bereits hervorgehoben, dass der Gerichtshof über die Gültigkeit einer Verordnungsbestimmung zu entscheiden habe, und der Kammer vorgeschlagen, die Rechtssache dem Plenum des Gerichtshofes vorzulegen, damit dieses nach Anhörung des Rates und des Parlaments entscheiden könne.

34 — Rodríguez-Piñero Royo, M., in seinem Aufsatz „El asunto Roviello y la determinación de la legislación aplicable para la calificación de una situación de invalidez: primacía del principio de igualdad de trato“, in *La Ley-Comunidades Europeas* 1989 Nr. 42, S. 10 ff., insbes. S. 13, führt aus: „Gerechtfertigt war die Einführung einer Vorschrift wie der Nummer 15, die formal keine Diskriminierung bewirkte. Doch diese gesamte mögliche Rechtfertigung tritt gegenüber der grundlegenden Bedeutung zurück, die das Gemeinschaftsrecht und die Gemeinschaftsrechtsprechung dem Grundsatz der Gleichbehandlung einräumen, da das Bestehen diskriminierender Behandlungen bewirken dürfte, dass das Recht der Arbeitnehmer auf Freizügigkeit im Gebiet der Gemeinschaft ziemlich kraftlos ist.“

Berufsabschluss als Fliesenleger verfügt und diese Tätigkeit auch nicht dauernd ausgeübt habe. Bei Anwendung des erwähnten Einstufungsschemas wurde er als ungelernter Arbeiter betrachtet, so dass er keinen Anspruch auf eine Rente hatte.

sieht, dass solche Umstände in einem anderen Mitgliedstaat eintreten³⁵.

46. Frau Paraschi, eine griechische Staatsangehörige, entrichtete 102 Monatsbeiträge zur Rentenversicherung in Deutschland, wo sie erkrankte. Zwei Jahre später kehrte sie in ihr Herkunftsland zurück, wo sie wegen der Verschlimmerung ihres Gesundheitszustands keine Erwerbstätigkeit fand und keine Berufsunfähigkeitsrente erhalten konnte, weil sie in Griechenland nur fünf Monatsbeiträge entrichtet hatte. Im ersten Mitgliedstaat wurde ihr die Leistung mit der Begründung versagt, dass sie in den letzten 60 Kalendermonaten vor Eintritt der Berufsunfähigkeit, dem so genannten Rahmenzeitraum, nicht mindestens 36 Monatsbeiträge entrichtet habe. Im Ausgangsverfahren zeigte sich, dass dieser Zeitraum um Zeiten der Arbeitsunfähigkeit und der Arbeitslosigkeit verlängert werden konnte, wenn diese zu einem Bezug von Leistungen nach den deutschen Rechtsvorschriften geführt hatten.

47. Frau Elsen, eine deutsche Staatsangehörige, verlegte 1981 ihren Wohnsitz zusammen mit ihrem Ehemann und ihrem 1984 geborenen Sohn nach Frankreich. Bis 1985 war sie in Deutschland als Grenzgängerin beschäftigt. Von Juli 1984 bis Februar 1985 unterbrach sie ihre Berufstätigkeit, um Mutterschaftsurlaub in Anspruch zu nehmen; seither ging sie keiner Beschäftigung mehr nach. Im September 1994 beantragte sie in Deutschland, die ersten zehn Lebensjahre ihres Sohnes, während deren sie sich seiner Erziehung widmete, als Versicherungszeiten für die Gewährung der Altersrente zu berücksichtigen. Der Antrag wurde abgelehnt, weil die Kindererziehung im Ausland stattgefunden habe.

Der Gerichtshof hat entschieden, dass die zuständige Einrichtung eines Mitgliedstaats nach den Artikeln 18 EG, 39 EG und 42 EG Kindererziehungszeiten, die eine zur Zeit der Geburt des Kindes als Grenzgänger in diesem Mitgliedstaat beschäftigte und in einem anderen Mitgliedstaat wohnhafte Person in Letzterem zurückgelegt hat, für die Gewährung der Altersrente wie im Inland zurückgelegte Zeiten anzurechnen hat³⁶.

Nach dem Urteil stehen die Artikel 39 Absatz 2 EG und 42 EG einer nationalen Regelung entgegen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Verlängerung des Rahmenzeitraums gestattet, aber keine Verlängerungsmöglichkeit für den Fall vor-

35 — Urteil vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/87 (Slg. 1991, I-4501, Randnr. 27).

36 — Urteil vom 23. November 2000 in der Rechtssache C-135/99 (Slg. 2000, I-10409, Randnr. 36).

48. In der Rechtssache Kauer erwies sich, dass die österreichischen Rechtsvorschriften die Zeit, in der ein Versicherter überwiegend sein Kind im Inland erzogen hatte, für die Berechnung der Alterspension Versicherungszeiten gleichstellen. Frau Kauer hatte in Österreich gearbeitet, wo sie drei Kinder gebar, mit denen sie nach Belgien zog, wo sie sich deren Erziehung widmete; nach ihrer Rückkehr in ihr Geburtsland nahm sie wieder eine Erwerbstätigkeit auf. Die Pensionsversicherung lehnte die Anerkennung der in Belgien verbrachten Zeit als Ersatzzeit für Kindererziehung ab.

Das Urteil erblickte in dieser nationalen Regelung eine Ungleichbehandlung, da die im Inland zurückgelegten Erziehungszeiten ohne weiteres angerechnet wurden und da die Anrechnung von in einem anderen Staat der Europäischen Union zurückgelegten Erziehungszeiten vom Anspruch auf Geldleistungen aus dem Versicherungsfall der Mutterschaft oder entsprechende Leistungen nach österreichischem Bundesrecht abhängig gemacht wurde³⁷.

49. Im Urteil Duchon versagten die österreichischen Behörden einem österreichischen Staatsangehörigen, der in Deutsch-

land im Alter von 20 Jahren einen Arbeitsunfall erlitten hatte und seither eine deutsche Arbeitsunfallrente im Ausmaß einer Minderung der Arbeitsunfähigkeit von 50 % bezieht, eine Berufsunfähigkeitspension mit der Begründung, dass er nicht die Wartezeit von 60 Monaten innerhalb des Rahmenzeitraums von 120 Monaten erfüllt habe, und lehnten die Anrechnung der in Deutschland nach dem Unfall zurückgelegten Versicherungszeiten ab.

Im Urteil ist entschieden worden, dass die Artikel 39 Absatz 2 EG und 42 EG einer nationalen Vorschrift entgegenstehen, die für die Verlängerung des Rahmenzeitraums, innerhalb dessen die Wartezeit für die Begründung eines Pensionsanspruchs zu erfüllen ist, nur die Zeiten berücksichtigt, in denen der Versicherte aufgrund einer inländischen Unfallversicherung eine Berufsunfähigkeitspension bezogen hat, ohne die Möglichkeit einer Verlängerung des Rahmenzeitraums für den Fall vorzusehen, dass eine solche Leistung nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gewährt wurde³⁸. Aus dem gleichen Grund wurde Artikel 9a der Verordnung Nr. 1408/71 für ungültig erklärt.

f) Das Urteil Gottardo

50. Vor kurzem hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes in Bezug auf die Bedeutung des Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

37 — Urteil vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache C-28/00 (Slg. 2002, I-1343, Randnr. 43).

38 — Urteil vom 18. April 2002 in der Rechtssache C-290/00 (Slg. 2002, I-3567, Randnr. 46).

auf dem Gebiet der Ansprüche der sozialen Sicherheit für Mitgliedstaaten, die mit einem Drittstaat ein bilaterales Abkommen geschlossen haben, grundlegend geändert.

51. Frau Gottardo war von Geburt italienische Staatsangehörige und erwarb aufgrund ihrer Eheschließung im Februar 1953 die französische Staatsangehörigkeit. Sie entrichtete Sozialversicherungsbeiträge, und zwar in Italien für 100, in der Schweiz für 252 und in Frankreich für 429 Wochen Beschäftigungszeit. Sie bezog eine schweizerische und eine französische Altersrente, die ihr bewilligt wurden, ohne dass hierfür eine Zusammenrechnung von Versicherungszeiten notwendig gewesen wäre. Sie beantragte in Italien eine Altersrente, die ihr versagt wurde, weil sie französische Staatsangehörige sei, so dass das italienisch-schweizerische Abkommen über soziale Sicherheit³⁹ für die Zusammenrechnung ihrer Beiträge auf sie nicht anwendbar sei.

Im Urteil ist entschieden worden, dass, wenn ein Mitgliedstaat mit einem Drittstaat ein bilaterales Abkommen über die soziale Sicherheit abschließt, das die Berücksichtigung der in diesem Drittstaat zurückgelegten Versicherungszeiten für den Erwerb des Anspruchs auf Leistungen bei Alter vorsieht, der fundamentale Grundsatz der Gleichbehandlung diesen Mitgliedstaat zwingt, den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten die gleichen Vorteile zu

gewähren, die auch seinen eigenen Staatsangehörigen aufgrund dieses Abkommens zustehen, es sei denn, dass er eine objektive Rechtfertigung für seine Weigerung vorbringen kann⁴⁰. Es ist hinzugefügt worden, dass weder die mögliche Erhöhung der finanziellen Lasten noch die mit der Zusammenarbeit mit dem Drittstaat verbundenen administrativen Schwierigkeiten die Nichtbeachtung der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen durch einen Mitgliedstaat rechtfertigen können⁴¹.

g) Das Urteil Saint-Gobain ZN

52. Die Grundlagen für die Entwicklung der Haltung des Gerichtshofes in Bezug auf die Arbeitnehmer sind im Urteil Saint-Gobain ZN⁴² skizziert worden, das auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusammenhang mit steuerlichen Vergünstigungen ergangen ist, die Kapitalgesellschaften gewährt wurden.

In diesem Urteil ist entschieden worden, dass der Grundsatz der Inländerbehandlung einen an einem Doppelbesteuerungsabkommen mit einem Drittland beteiligten Mitgliedstaat verpflichtet, die in diesem Abkommen vorgesehenen Vorteile den Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften unter den gleichen Voraus-

40 — A. a. O., Randnr. 34.

41 — A. a. O., Randnr. 38.

42 — Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-307/97 (Slg. 1999, I-6161).

39 — Vom 14. Dezember 1962, ratifiziert durch Gesetz Nr. 1781 vom 31. Oktober 1963.

setzungen wie den Gesellschaften mit Sitz im Inland zu gewähren⁴³.

h) Der Grundsatz der Gleichstellung von Tatsachen

53. Die dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung belegt, dass es bei der Auslegung des Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine klare Tendenz gibt, die in den nationalen Sozialrechtsbestimmungen zu Tage tretenden Hemmnisse im Zusammenhang mit der Anwendung des Grundsatzes der Gleichstellung von Tatsachen zu verbieten, deren hauptsächlicher Zweck darin besteht, zu gewährleisten, dass Sachverhalte, die in einem Mitgliedstaat eingetreten sind, in gleicher Weise bewertet werden, wie wenn sie in dem Staat eingetreten wären, in dem sie Wirkung entfalten sollen⁴⁴.

54. Ich bin daher mit der Kommission darin einig, dass die Rechtsprechung seit dem Erlass des Urteils d'Amico vor 28

Jahren eine erhebliche Änderung erfahren hat. Daher kann dieses Urteil nicht als Bezugspunkt für die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache dienen, und zwar nicht nur wegen der erwähnten Entwicklungen, sondern hauptsächlich deshalb, weil der Gerichtshof 1975 die Frage nicht unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Gleichbehandlung geprüft hat.

55. Auch lässt sich für die Vereinbarkeit der österreichischen Regelung mit dem erwähnten Grundsatz nicht das Urteil Taflan-Met anführen, nach dessen Tenor die Artikel 12 und 13 des Beschlusses Nr. 3/80, solange der Rat nicht die zur Durchführung dieses Beschlusses unerlässlichen ergänzenden Maßnahmen erlassen hat, in den Mitgliedstaaten keine unmittelbare Wirkung haben und daher für den Einzelnen nicht das Recht begründen, sich vor den innerstaatlichen Gerichten auf sie zu berufen⁴⁵.

Nach der Darstellung des Sachverhalts in den Randnummern 9 und 10 des Urteils wurden den Klägern der Ausgangsverfahren in den Niederlanden Witwen- und Invaliditätsrenten versagt, die ihnen in Belgien und in Deutschland bewilligt worden waren.

43 — In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Gottardo habe ich in der Absicht, den Gerichtshof davon zu überzeugen, dass die vorherige Rechtsprechung aufzugeben sei, ausgeführt, dass das Diskriminierungsverbot, das Artikel 39 EG zugunsten der Arbeitnehmer aufgestellt habe, nicht weniger wirksam sein könne als das Diskriminierungsverbot, das in Artikel 43 EG für das Niederlassungsrecht oder in Artikel 50 EG für das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr ausgesprochen werde (Slg. 2002, I-415 ff., Nr. 29).

44 — Diese Tendenz ist auch im Rahmen der Anerkennung der in einem Mitgliedstaat erworbenen Berufserfahrung für den Zugang zur Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat zu beobachten. Vgl. in diesem Sinne Urteil Scholz.

45 — A. a. o., Randnr. 38.

56. Die vom Gerichtshof gegebene Antwort ist meines Erachtens mit den besonderen Merkmalen der Zweige der Versicherung für das Alter, den Witwenstand oder der Invalidität in den Niederlanden zu erklären, für die der Wohnsitz im Inland der Hauptfaktor für die Deckung ist, wobei verlangt wird, dass für den Betroffenen bei der Erfüllung des Tatbestands die nationalen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit gegolten haben müssen.

Dieser Unterschied zur Regelung der anderen Mitgliedstaaten hat zahlreiche Bestimmungen in dem den Niederlanden gewidmeten Abschnitt des Anhangs VI der Verordnung Nr. 1408/71 zu dem Zweck erfordert, Maßnahmen zu ergreifen, die den territorialen Bezug des niederländischen Rechts korrigieren und ihn mit den Rechtsordnungen der übrigen Staaten der Europäischen Union koordinieren. Der Rat hatte zu diesem Zeitpunkt keine vergleichbaren Bestimmungen zugunsten der türkischen Arbeitnehmer erlassen, so dass der Grundsatz der Gleichbehandlung durch Gleichstellung von in anderen Mitgliedstaaten eingetretenen Tatsachen und Umständen, der, wie es scheint, durch Belgien und Deutschland befolgt worden ist, das Fehlen von Koordinationsregelungen in diesem konkreten Fall nicht gemildert hätte.

57. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Regel der Inländerbehandlung in Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 von den Mitgliedstaaten nicht mit der gleichen Tragweite wie Artikel 3 Absatz 1 der

Verordnung Nr. 1408/71 angewandt werden sollte. Es ließe sich kaum vertreten, dass die erstgenannte Bestimmung nicht so weit ausgelegt werden sollte, wie dies der Gerichtshof bei der anderen getan hat, berücksichtigt man, dass beide gleich gefasst sind und in ihrem jeweiligen persönlichen Geltungsbereich den gleichen Zweck verfolgen.

58. Bekanntlich ist eines der vom Gerichtshof bei der Erwähnung des Grundsatzes der Gleichbehandlung am häufigsten gebrauchten Argumente die Abschreckung, die die fehlende Gleichstellung für den Arbeitnehmer bedeutet, der sein Recht auf Freizügigkeit ausüben möchte. Ebenso abschreckend ist, wenn türkische Staatsangehörige, die sich in einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft begeben, um einer wirtschaftlichen Betätigung nachzugehen, diese Freiheit nicht genießen.

59. Artikel 8 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates⁴⁶, der in Abschnitt 1 des Kapitels II, betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, steht, bestimmt, dass sich die Mitgliedstaaten bemühen müssen, den türkischen Arbeitnehmern einen Vorrang einzuräumen, wenn in der Gemeinschaft eine offene Stelle nicht durch die auf dem Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten verfügbaren Arbeitskräfte besetzt werden kann und

46 — A. a. O.

sie beschließen, dass nicht aus der Gemeinschaft kommende Arbeitnehmer eingestellt werden können. Unbestreitbar hat Herr Öztürk sein Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft ausgeübt, da sich sein Berufsleben, möglicherweise gestützt auf Artikel 8 Absatz 1, in mindestens zwei Mitgliedstaaten abgespielt hat.

fene während einer bestimmten Anzahl von Wochen Arbeitslosengeld bezogen haben muss. Die vorgezogene Alterspension wird gewährt, solange er sich in der derselben Lage befindet, d. h. solange er keine wirtschaftliche Betätigung für eigene oder fremde Rechnung aufnimmt.

i) Beurteilung der im österreichischen Sozialversicherungsrecht aufgestellten Voraussetzung. Verschleierte Diskriminierung

60. Es bleibt zu klären, ob die in den österreichischen Rechtsvorschriften aufgestellte Voraussetzung für einen Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit eine nach Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellt oder ob sie gerechtfertigt ist.

61. Die in Rede stehende Leistung soll die Alterspension auf den Zeitpunkt vorziehen, zu dem nachgewiesen wird, dass die Wiedereingliederung des Versicherten in das Erwerbsleben sich wegen Alters, Krankheit, verringerter Leistungsfähigkeit oder anderer vergleichbarer Ursachen als sehr schwierig erweist. Der einzige Anhaltspunkt dafür, wann diese Tatbestände als erfüllt anzusehen sind, besteht darin, dass der Betrof-

62. Für die deutsche Regierung ist die beschriebene unterschiedliche Behandlung durch ein zulässiges Ziel der Sozialpolitik gerechtfertigt, denn formal sei die vorzeitige Alterspension zwar eine Leistung der Alterssicherung, funktional müsse sie jedoch wie eine Maßnahme der sozialen Sicherung aus Anlass der Arbeitslosigkeit angesehen werden, die Arbeitslosen zugute komme. Daher werde sie Antragstellern nicht gewährt, die wegen ihres Wohnsitzes im Ausland seitens der österreichischen Arbeitslosenversicherung nicht einmal theoretisch innerhalb Österreichs hätten vermittelt werden können. Ein Export dieser Art von Leistungen liefe deren arbeitsmarktspezifischer Zielsetzung zuwider. Das durch die österreichische Regelung aufgestellte Erfordernis sei ein objektives Kriterium, in dem die mangelnde Vermittelbarkeit des Antragstellers in den österreichischen Arbeitsmarkt zum Ausdruck komme. Allerdings sei dieses Indiz nur dann stichhaltig, wenn die nationale Arbeitsverwaltung über die erwähnte Frist hinweg Gelegenheit zur Vermittlung eines Arbeitsplatzes gehabt habe, denn diese Verwaltung verfüge über Informationen zu den einzelnen Arbeitsmärkten und über Kontakte zu österreichischen Arbeitgebern.

63. Mit diesen Erwägungen bin ich nur teilweise einverstanden. Es steht außer Zweifel, dass das Vorziehen des Pensionsalters für diejenigen, die keine Beschäftigung mehr finden können, um fünf Jahre eine Maßnahme der staatlichen Sozialpolitik ist. Dennoch stellt die von Herrn Öztürk in Österreich beantragte Pension keine Leistung bei Arbeitslosigkeit dar. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ist diese Art von Vergünstigungen nur beschränkt, in konkreten Fällen, die in Kapitel 6 des Titels III der Verordnung Nr. 1408/71 detailliert geregelt sind, exportierbar. Was die türkischen Arbeitnehmer angeht, so fallen zwar die Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g in den sachlichen Geltungsbereich des Beschlusses Nr. 3/80, doch erwähnt der Rest der Bestimmung sie nicht einmal, so dass es zwecklos erscheint, einen Anspruch eines Arbeitnehmers dieser Staatsangehörigkeit auf ihren Bezug in einem anderen Staat als demjenigen, in dem er arbeitslos geworden ist, zu erörtern.

64. Nach den in diesem Verfahren vorgetragenen Angaben handelt es sich um eine reine Altersrente, deren Bezug vor Erreichung des gewöhnlichen Rentenalters zugebilligt wird, wenn dargetan wird, dass es für den Antragsteller außerordentlich schwierig ist, eine Beschäftigung zu finden.

Wenn die Bestimmung, wonach die Sicherung bei Arbeitslosigkeit in den 15 Mona-

ten vor Antragstellung 52 Wochen lang bezogen worden sein muss, den Nachweis erbringen soll, dass der Betroffene keine Möglichkeit hat, eine neue Beschäftigung zu finden, so sehe ich keinen objektiven Grund dafür, dass sich die österreichischen Behörden anzunehmen weigern, dass ein Arbeitnehmer, der im selben Zeitraum bei den Arbeitsämtern eines anderen Mitgliedstaats registriert war, sich in genau der gleichen Lage befindet. Zwar ist er wohl deshalb nicht in den österreichischen Arbeitsmarkt eingegliedert worden, weil den österreichischen Arbeitsämtern die Möglichkeit, ihn zu vermitteln, entzogen worden ist, doch ist die Voraussetzung als erfüllt anzusehen, weil er in Deutschland arbeitslos gemeldet war und keine Beschäftigung erhielt. Denn es gibt keine Gründe für die Annahme, dass die deutschen Arbeitsämter weniger effizient wären als die österreichischen; außerdem unterscheidet sich zwar die Arbeitslosenrate von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, doch weicht sie auch innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten von einer Region zur anderen ab.

65. Nach allem ist auf die erste Frage zu antworten, dass der in Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 verankerte Gleichheitssatz einer nationalen Bestimmung entgegensteht, die die Gewährung einer vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit davon abhängig macht, dass der Arbeitnehmer während eines bestimmten Zeit-

raums vor der Antragstellung Geldleistungen aus der nationalen Sozialversicherung erhalten hat, sofern die Berücksichtigung des Umstandes ausgeschlossen ist, dass der Betroffene in einem anderen Mitgliedstaat im selben Zeitraum Arbeitslosenunterstützung bezogen hat.

66. Da vorgeschlagen wird, die erste Frage zu bejahen, bedürfte es einer Beschäftigung mit der zweiten Frage nicht, da der Oberste Gerichtshof sie nur für den Fall gestellt hat, dass der Gerichtshof die erste Frage verneint. Hilfsweise möchte ich sie dennoch für den Fall prüfen, dass es notwendig sein sollte, sie zu behandeln.

B — Die zweite Frage

67. Mit dieser Frage möchte das vorliegende Gericht in Erfahrung bringen, welchen Sinn Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 im Zusammenhang mit der Regelung eines Mitgliedstaats hat, die für den Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit verlangt, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor dem Stichtag eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung dieses Mitgliedstaats bezogen hat.

68. Zu diesem besonderen Punkt haben nur die deutsche und die österreichische Regierung Erklärungen eingereicht. Beide führen die Art der Leistung und das Urteil d'Amico als Grund für eine Verneinung an.

69. Vorab stimme ich den beiden Regierungen zu, obwohl sich mein Standpunkt auf andere Argumente stützt.

70. Bekanntlich regelt Artikel 45 der Verordnung Nr. 1408/71 die Berücksichtigung der Versicherungs- und Wohnzeiten, die nach Rechtsvorschriften zurückgelegt worden sind, die für den Arbeitnehmer oder Selbständigen im Hinblick auf den Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben des Leistungsanspruchs galten.

Nach Absatz 1 berücksichtigt der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, wenn nach den Rechtsvorschriften dieses 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 ist, dass Versicherungs- oder Wohnzeiten zurückgelegt worden sind, 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.

71. Dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und dem österreichischen Recht, die vom nationalen Gericht wie auch von der Kommission vorgetragen worden sind, entnehme ich, dass sich Österreich der Anwendung von Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 auf den Fall von Herrn Öztürk für den Erwerb des Anspruchs auf vorzeitige Altersrente bei Arbeitslosigkeit nicht widersetzt. Denn es wird ausgeführt, dass die einzige der drei nach § 253a Absatz 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes vorgeschriebenen Voraussetzungen, die der Antragsteller nicht erfüllt, die dritte ist, nämlich der Bezug von Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit in Österreich während 52 Wochen. Die zweite dieser Voraussetzungen besteht darin, dass am Stichtag für die Antragstellung mindestens 180 Beitragsmonate der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung erworben sein müssen. Wird davon ausgegangen, dass Herr Öztürk diese Voraussetzung erfüllt, so ist anzunehmen, dass auf Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 zurückgegriffen worden ist, auf den das Sozialversicherungsabkommen zwischen

Österreich und Deutschland verweist⁴⁷, da er in Österreich nur 54 Beitragsmonate nachweisen kann.

72. Das bezifferte Erfordernis des Bezuges von Arbeitslosengeld unter den beschriebenen Umständen setzt dagegen nicht die Zurücklegung einer Versicherungs- oder Wohnzeit voraus, die für den Erwerb des Anspruchs angerechnet werden muss, sondern einfach eine Voraussetzung, die eine verschleierte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit einführt, für die, wie ich bei der Behandlung der ersten Frage dargetan habe, jede Rechtfertigung fehlt.

73. Hilfsweise ist daher zu antworten, dass Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die für den Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit voraussetzt, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor dem Stichtag eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung dieses Mitgliedstaats bezogen hat.

47 — Bundesgesetzblatt III Nr. 138/1998. Es trat am 1. Oktober 1998 in Kraft, damit das Gemeinschaftsrecht entsprechend auf von der Verordnung Nr. 1408/71 nicht erfasste Tatbestände anwendbar ist.

VII — Entscheidungsvorschlag

74. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Obersten Gerichtshofes wie folgt zu antworten:

1. Der in Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziierungsrates vom 19. September 1980 verankerte Gleichheitssatz steht einer nationalen Bestimmung entgegen, die die Gewährung einer vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit davon abhängig macht, dass der Arbeitnehmer während eines bestimmten Zeitraums vor der Antragstellung Geldleistungen aus der nationalen Sozialversicherung erhalten hat, sofern die Berücksichtigung des Umstands ausgeschlossen ist, dass der Betroffene in einem anderen Mitgliedstaat im selben Zeitraum Arbeitslosenunterstützung bezogen hat.

2. Artikel 45 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, steht der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegen, die für den Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit voraussetzt, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor dem Stichtag eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung dieses Mitgliedstaats bezogen hat.