Urteilskopf

131 V 209

30. Auszug aus dem Urteil i.S. Bundesamt für Sozialversicherung gegen M. und Versicherungsgericht des Kantons Aargau H 302/03 vom 6. Juni 2005

Regeste (de):
Art. 2 FZA; Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71: Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen; Begriff der mittelbaren Diskriminierung.

Die Gleichbehandlungsgebote verbieten nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (unmittelbare Diskriminierungen), sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen (mittelbare Diskriminierungen). Sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, diskriminiert eine Vorschrift des nationalen Rechts mittelbar, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirkt und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. (Erw. 6) Regeste b

Regeste (fr):
Art. 2 ALCP; art. 3 al. 1er du règlement n°1408/71: Différence entre discrimination directe et indirecte; notion de discrimination indirecte.

Le principe de l'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations manifestes fondées sur la nationalité (discrimination directe), mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (discrimination indirecte). A moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition nationale doit être considérée comme étant indirectement discriminatoire si elle est susceptible, de par sa nature, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les travailleurs migrants. (consid. 6) Regeste b

Regesto (it):
Art. 2 ALC; art. 3 n. 1 del regolamento n. 1408/71: Differenza tra discriminazione diretta e indiretta; nozione di discriminazione indiretta.

Il principio di parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni manifeste fondate sulla nazionalità (discriminazioni dirette), bensì anche ogni forma dissimulata di discriminazione conducente di fatto, attraverso l'applicazione di altri criteri distintivi, al medesimo risultato (discriminazione indiretta). A meno che essa non sia oggettivamente giustificata e proporzionata allo scopo perseguito, una disposizione nazionale deve essere qualificata come indirettamente discriminatoria se, per sua natura, è suscettibile di colpire maggiormente i lavoratori migranti rispetto ai lavoratori nazionali e rischia pertanto di penalizzare particolarmente i lavoratori migranti. (consid. 6) Regesto b

Regeste b

Art. 2 FZA; Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71; Art. 52d AHVV: Anrechnung fehlender Beitragsjahre. Art. 52d AHVV begründet dadurch, dass er Personen, die weder zur Zeit der Entstehung der Beitragslücken irgendeinen Bezug zur Schweiz aufwiesen noch zu einem davor liegenden Zeitpunkt irgendeine für die Begründung eines hinreichenden Bezugs in Frage kommende Verbindung zu diesem Staat hergestellt hatten, von

der Anrechnung zusätzlicher Beitragsjahre ausschliesst, keine gemeinschafts- bzw. abkommensrechtlich unzulässige Diskriminierung. (Erw. 8)
Sachverhalt ab Seite 211

BGE 131 V 209 S. 211

A. Der am 10. Oktober 1937 geborene M. reiste, nachdem er bis September 1956 in Griechenland gewohnt, von Oktober 1956 bis Ende 1961 in Österreich studiert und 1962/1963 in Griechenland Militärdienst geleistet hatte, als griechischer Staatsangehöriger in die Schweiz ein, wo er ab Januar 1964 wohnte sowie arbeitete und im Jahr 1978 das Schweizer Bürgerrecht erlangte. Er leistete von Januar 1964 bis Dezember 2000 als Arbeitnehmer und von Januar 2001 bis Oktober 2002 als Nichterwerbstätiger Beiträge an die schweizerische Alters- und Hinterlassenenversicherung (nachfolgend: AHV). Mit Verfügung vom 28. November 2002 sprach ihm die Eidgenössische Ausgleichskasse mit Wirkung ab 1. November 2002 eine ordentliche Alters-Teilrente aufgrund einer Beitragsdauer von 38 vollen Beitragsjahren (38 Jahre 10 Monate) zu.

B. Der Versicherte reichte hiegegen Beschwerde ein, in welcher er beantragte, es seien nebst den 38 Jahren und 10 Monaten, während deren er Beiträge bezahlt habe (Januar 1964 bis Oktober 2002), für vor 1964 liegende fehlende Beitragsjahre 3 zusätzliche Jahre als Beitragszeit anzurechnen. Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau hiess das Rechtsmittel mit Entscheid vom 16. September 2003 gut, indem es die Verwaltungsverfügung aufhob und die Sache zur Neufestlegung der Rente unter Berücksichtigung dreier zusätzlicher Beitragsjahre an die Ausgleichskasse zurückwies.

C. Das Bundesamt für Sozialversicherung (nachfolgend: BSV) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid sei aufzuheben. Die Ausgleichskasse schliesst unter Hinweis auf die Ausführungen des BSV auf Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während M. sinngemäss die Abweisung des Rechtsmittels beantragt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Allein aufgrund der Angabe des Beschwerdegegners, er habe keine Beitrags- bzw. Versicherungszeiten in ausländischen

BGE 131 V 209 S. 212

staatlichen Rentenversicherungen zurückgelegt bzw. er habe als Student in Österreich und während des Militärdienstes in Griechenland einer ausländischen Sozialversicherung weder angehört noch angehören können, kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine der betroffenen ausländischen Rechtsordnungen für dessen Situation die Anrechnung beitragsfreier oder fiktiver Versicherungszeiten bzw. den Versicherungszeiten gleichgestellter Zeiten, eine freiwillige Nachzahlung von Beiträgen oder eine Berücksichtigung von Wohnzeiten vorsieht.

Haben für ihn nebst den schweizerischen auch die griechischen (vgl. im Zusammenhang mit dem Militärdienst Art. 13 Abs. 2 Bst. e der Verordnung Nr. 1408/71) und/oder österreichischen Rechtsvorschriften gegolten in dem Sinne, dass nicht nur nach schweizerischem, sondern auch nach griechischem und/oder österreichischem Recht Zeiten zurückgelegt wurden bzw. anrechnungsfähig sind (vgl. ROLF SCHULER, in: MAXIMILIAN FUCHS [Hrsg.], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2002, N 4 zu Art. 44 der Verordnung Nr. 1408/71 [S. 340]), richtet sich die Feststellung seiner AHV-Altersrente gemäss Art. 44 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 nach dem aus den Art. 44 bis 51a bestehenden Kapitel 3 ("Alter und Tod [Renten]") des Titels III dieser Verordnung. Dabei ist für Situationen, in denen wie vorliegend (vgl. Art. 29 Abs. 1 AHVG) die Voraussetzungen für den Anspruch auf die Altersrente nach den Rechtsvorschriften eines Staates auch ohne Berücksichtigung in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegter Zeiten gemäss Art. 45 der Verordnung Nr. 1408/71 erfüllt sind, für den zuständigen Träger dieses Staates Art. 46 Abs. 1 dieser Verordnung einschlägig. Dieser sieht in Verbindung mit Anhang IV Teil C der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung gemäss FZA (Anhang II Abschnitt A Nr. 1 Anpassung m FZA) für die Schweiz eine autonome Berechnung nach schweizerischem Recht vor (BGE 130 V 54 ff. Erw. 5.2 bis 5.4; AHI 2004 S. 209 ff. Erw. 4.3 und 4.4), wie sie von vornherein stattfindet, falls der Beschwerdegegner nur schweizerische Zeiten zurückgelegt hat (vgl. SCHULER, a. a. O., N 5 zu Art. 44 der Verordnung Nr. 1408/71 [S. 340]).

5.2 Indessen sagt weder Art. 46 der Verordnung Nr. 1408/71 noch eine andere Vorschrift der Koordinierungsverordnungen, welche Zeiten vom nationalen Recht als Versicherungszeiten zu betrachten sind. Vielmehr wird der in Art. 46 der Verordnung Nr. 1408/71 verwendete Begriff der "Versicherungszeiten" in Art. 1 Bst. r



dieser Verordnung definiert als "die Beitrags-, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer Selbstständigentätigkeit, 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 Verordnung Nr. 1408/71 regelt mithin nicht, welche Zeiten Versicherungszeiten darstellen; dies richtet sich nach den Rechtsvorschriften des betroffenen Staates (Urteil des EuGH 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, Randnr. 35). Da die Verordnung Nr. 1408/71 nicht die Voraussetzungen für die Entstehung von Versicherungszeiten regelt, ist es Sache jedes Mitgliedstaats, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen eine Person einem System der sozialen Sicherheit beitreten kann oder muss, solange es dabei nicht zu einer diskriminierenden Unterscheidung zwischen Inländern und Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten kommt (z.B. Urteil des EuGH vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-322/95, Iurlaro, Slg. 1997, I-4881, Randnr. 23 mit Hinweis) und allgemein das Gemeinschaftsrecht beachtet wird (Urteil des EuGH vom 11. Juni 1998 in der Rechtssache C-275/96, Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419, Randnrn. 29 und 30). Ebenso bestimmt das innerstaatliche Recht, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine bestimmte Zeit als den eigentlichen Versicherungszeiten gleichwertig anerkannt werden kann, wobei auch diese Anerkennung unter Beachtung der die Freizügigkeit betreffenden Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfolgen muss (Urteil des EuGH vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache C-28/00, Kauer, Slg. 2002, I -1343, Randnr. 26 mit Hinweisen). Allgemein bezeichnet der Begriff "Versicherungszeiten" somit die Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften, nach denen sie zurückgelegt worden sind, als solche bestimmt oder anerkannt sind, jedoch vorbehältlich der Beachtung der vertraglichen Bestimmungen über die Freizügigkeit (erwähntes EuGH-Urteil Iurlaro, Randnrn. 27 und 28). Zu Letzteren gehört insbesondere das Diskriminierungsverbot, welches auch in Art. 2 FZA seinen Niederschlag gefunden hat.

5.3 Ganz allgemein ist im vorliegenden Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass Art. 42 EG (= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung nach In-Kraft-Treten des

eine Umnummerierung der Artikel bewirkenden Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999) (alt Art. 51 EG-Vertrag [= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vor In-Kraft-Treten des Vertrages von Amsterdam]), auf den sich die Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere stützt, lediglich eine Koordinierung, nicht aber eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit vorsieht, sodass die materiellen und formellen Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der einzelnen Mitgliedstaaten und folglich zwischen den Ansprüchen der dort Beschäftigten bestehen bleiben (z.B. Urteil des EuGH vom 19. März 2002 in den Rechtssachen C-393/99 und C-394/99, Hervein u. a., Slg. 2002, I-2829, Randnr. 50 mit Hinweisen). Das Gemeinschaftsrecht, welches hinsichtlich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom FZA übernommen wurde, lässt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt; mangels einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene bestimmt das Recht jedes Mitgliedstaats, unter welchen Voraussetzungen zum einen ein Recht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit oder eine Verpflichtung hierzu besteht und zum anderen Leistungen der sozialen Sicherheit gewährt werden; gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten (z.B. Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C-92/02, Kristiansen, Slg. 2003, I-14597, Randnr. 31).

5.4 Als Zwischenergebnis ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass die Frage, ob dem Beschwerdegegner für die Zeit vor 1964 Zusatzjahre anzurechnen sind, nach schweizerischem Recht zu beantworten ist, soweit dieses nicht gegen das gemeinschafts- bzw. abkommensrechtliche Diskriminierungsverbot verstösst, welches sowohl in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 als auch in Art. 2 FZA verankert ist.

6.

6.1 Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:
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.



Art. 2 FZA weist folgenden Wortlaut auf:
Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

6.2 Die Diskriminierungsverbote bzw. Gleichbehandlungsgebote verbieten nach der auch bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigenden (Art. 16 Abs. 2 FZA) Rechtsprechung des EuGH nicht nur "offenkundige" (bzw. "offensichtliche" oder "offene") Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (unmittelbare/ direkte Diskriminierungen), sondern auch alle "versteckten" (bzw. "verschleierten" oder "verdeckten") Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen (mittelbare/indirekte Diskriminierungen) (siehe - auch zur Terminologie - SILVIA BUCHER, Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen: Eine europarechtli-

che Untersuchung mit Blick auf schweizerische Ergänzungsleistungen und Arbeitslosenhilfen, Diss. Freiburg [Schweiz]1999, Rz 58, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH; für dessen dort noch nicht berücksichtigte neuere Rechtsprechung z.B. Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-411/98, Ferlini, Slg. 2000, I-8081, Randnr. 57; vgl. spezifisch zu Art. 2 FZA EPINEY/MOSTERS, Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit, Schweiz. Juristische Kartothek, Karte Nr. 94 [Februar 2003], S. 32; vgl. auch BGE 130 I 35 Erw. 3.2.2 und 3.2.3).

6.3 Als mittelbar diskriminierend sind - was die vorliegend interessierenden Arbeitnehmer betrifft (die Definition gilt mutatis mutandis für die anderen vom jeweiligen Diskriminierungsverbot erfassten Personen [vgl. BUCHER, a.a.O., Rz 59-64]) - Voraussetzungen des nationalen Rechts anzusehen, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber - im Wesentlichen oder ganz überwiegend Wanderarbeitnehmer betreffen - von inländischen Arbeitnehmern leichter zu erfüllen sind als von Wanderarbeitnehmern oder - bei denen die Gefahr besteht, dass sie sich besonders zum Nachteil von Wanderarbeitnehmern auswirken (Urteil des EuGH vom 21. September 2000 in der Rechtssache C-124/99, Borawitz, Slg. 2000, I-7293, Randnr. 25 mit Hinweis).



Anders verhält es sich nur dann, wenn sie durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird (erwähntes EuGH-Urteil Borawitz, Randnr. 26 mit Hinweis). Somit ist eine Vorschrift des nationalen Rechts, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, mittelbar diskriminierend, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirkt und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt (erwähntes EuGH-Urteil Borawitz, Randnr. 27 mit Hinweis). Um festzustellen, ob die Verwendung eines bestimmten Unterscheidungsmerkmals im erwähnten Sinne indirekt zu einer Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit führt, ist das Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb des benachteiligten bzw. nicht begünstigten Personenkreises auf der einen dem Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb der Vergleichsgruppe der nicht benachteiligten bzw. der begünstigten Personen auf der andern Seite gegenüberzustellen (vgl. erwähntes EuGH-Urteil Borawitz, Randnrn. 28 bis 31).

7. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Art. 52d AHVV vor dem gemeinschafts- bzw. abkommensrechtlichen Diskriminierungsverbot Bestand hat. Falls ein Verstoss gegen dieses Gleichbehandlungsgebot vorliegt, hat der Beschwerdegegner, der in der Schweiz eine tatsächliche Beitragszeit von 38 Jahren und 10 Monaten zurückgelegt hat, Anspruch auf Anrechnung dreier zusätzlicher Beitragsjahre nach Art. 52d AHVV, wie wenn er zur Zeit der Entstehung der Beitragslücken versichert gewesen wäre oder sich hätte versichern können und damit die Voraussetzungen des Art. 52d AHVV erfüllte. Denn wenn das nationale Recht eine gemeinschaftsrechtlich unzulässige diskriminierende Behandlung verschiedener Personengruppen vorsieht, haben die Angehörigen der benachteiligten Gruppe Anspruch auf die gleiche Behandlung und auf Anwendung der gleichen Regelung wie die übrigen Betroffenen, wobei diese Regelung, solange das nationale Recht nicht diskriminierungsfrei ausgestaltet ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt (vgl. Urteil des EuGH vom 26. Januar 1999 in der Rechtssache C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345, Randnr. 57).



7.1 Nach Auffassung des kantonalen Gerichts bewirkt Art. 52d AHVV eine gegen Art. 3 der Verordnung Nr. 1408/71 und Art. 2 FZA verstossende Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, soweit er für die Anrechnung zusätzlicher Beitragsjahre darauf abstellt, ob sich die betroffene Person zur Zeit der Entstehung der

Beitragslücken hätte freiwillig versichern können, was nur Schweizer Bürgern möglich war. Dementsprechend gelangte es zum Schluss, es seien im Falle des Beschwerdegegners drei zusätzliche Beitragsjahre anzurechnen. Auch dieser sieht in der Nichtanrechnung zusätzlicher Beitragsjahre eine Diskriminierung insbesondere gegenüber den Auslandschweizern.

7.2 Das Beschwerde führende BSV bringt demgegenüber vor, die durch das in Art. 52d AHVV vorgesehene Kriterium der Versicherungsmöglichkeit herbeigeführte unterschiedliche Behandlung von Schweizern, die im Ausland gelebt hätten, auf der einen, und von Ausländern, die im Ausland gelebt hätten, auf der anderen Seite, sei durch einen objektiven Grund gerechtfertigt. Dieser bestehe darin, dass die Ausländer, die im Ausland gelebt hätten, keinen Bezug zur Schweiz bzw. zu deren Sozialversicherungssystem aufgewiesen hätten. Da es demnach an einer mit dem freien Personenverkehr nicht zu vereinbarenden Diskriminierung fehle, könnten dem Beschwerdegegner auch unter dem Gesichtspunkt des FZA keine Zusatzjahre angerechnet werden.

8.

8.1 Um nach Art. 52d AHVV in den Genuss der Anrechnung zusätzlicher Beitragsjahre zur Füllung vor dem 1. Januar 1979 liegender Beitragslücken zu kommen, muss die betroffene Person zum einen eine bestimmte Mindestzahl von Beitragsjahren zurückgelegt haben und zum andern zur Zeit, als die Beitragslücken entstanden, entweder obligatorisch versichert gewesen sein, was den Wohnsitz oder die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz zur damaligen Zeit bedingt, oder die damals nur Schweizer Bürgern offen gestandene Möglichkeit gehabt haben, sich freiwillig zu versichern, (wobei sich an den Voraussetzungen der Versicherungszugehörigkeit, soweit vorliegend relevant, auch in den Fassungen des AHVG gemäss den - Änderungen von Art. 2 AHVG beinhaltenden - Bundesgesetzen vom 19. Dezember 1963 [AS 1964 285], vom 4. Oktober 1968 [AS 1969 111]und vom 30. Juni 1972 [AS 1972 2483]nichts geändert hat). Diese Voraussetzungen gelten zwar, betrachtet man den Wortlaut des Art. 52d AHVV,



unabhängig von der Staatsangehörigkeit. Sie können indessen von Schweizern leichter erfüllt werden als von Ausländern: Denn erstens waren Inländer eher als Ausländer zur Zeit der Entstehung der Beitragslücken obligatorisch versichert, weil sie eher als Ausländer damals in der Schweiz wohnten oder eine Erwerbstätigkeit ausübten; zweitens konnten sich damals nur Inländer, nicht aber Ausländer freiwillig versichern; drittens haben Inländer eher schon seit vielen Jahren Beiträge an die schweizerische AHV geleistet als Ausländer, weil sie eher während zahlreicher Jahre in der Schweiz wohnten oder arbeiteten und dadurch in der schweizerischen AHV versichert waren als Ausländer. Art. 52d AHVV benachteiligt somit seinem Wesen nach eher ausländische als inländische Erwerbstätige, sodass eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, sofern die Vorschrift nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht (Erw. 6.3 hievor), was im Folgenden zu prüfen ist.

8.2

8.2.1 Nach Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 gelten Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, durch welche die freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung davon abhängig gemacht wird, dass die betroffene Person im Gebiet dieses Staates wohnt, nicht für Personen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, wenn für diese Personen zu irgendeiner Zeit ihrer früheren Laufbahn als Arbeitnehmer oder Selbstständige die Rechtsvorschriften des ersten Staates gegolten haben. Durch diese Voraussetzung wird, worauf das BSV zu Recht hinweist, die Ausdehnung der Zulassung zu einer freiwilligen Versicherung oder

Weiterversicherung auf Personen beschränkt, die zuvor einen hinreichenden Bezug zum betreffenden Staat hergestellt haben (BETTINA KAHIL, Freiwillige AHV/IV der Auslandschweizer europarechtswidrig?, in: AJP 1996 S. 991 ff., S. 994 f.). Damit geht der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst davon aus, dass es gerechtfertigt ist, den Kreis der Personen, die sich einer freiwilligen Versicherung oder Weiterversicherung anschliessen können, auf Personen zu beschränken, die einen Bezug zum betroffenen Staat aufweisen, der im aktuellen Wohnsitz oder darin begründet sein kann, dass diese Personen früher als Erwerbstätige den Rechtsvorschriften dieses Staates unterstanden.

8.2.2 Auf dem Gedanken, dass für den Beitritt zu einer freiwilligen Versicherung oder Weiterversicherung ein bereits bestehender



Bezug zum Sozialversicherungssystem des diese Versicherung vorsehenden Staates verlangt werden kann, beruht auch Art. 9 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71. Denn danach müssen, wenn nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung von der Zurücklegung von Versicherungszeiten abhängig ist, die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegten Zeiten nur dann wie nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates zurückgelegte Zeiten berücksichtigt werden, wenn die betreffende Person erforderlichenfalls dem System dieses Staates überhaupt angehört hat; es ist mit anderen Worten eine Berücksichtigung ausländischer Zeiten nur hinsichtlich der Erreichung einer allenfalls erforderlichen Mindestversicherungszeit, nicht aber schon hinsichtlich der Systemzugehörigkeit vorgeschrieben (Urteile des EuGH vom 20. Oktober 1993 in der Rechtssache C-297/92, Baglieri, Slg. 1993, I-5211, Randnrn. 11 und 19; vom 18. Mai 1989 in der Rechtssache 368/87, Hartmann Troiani, Slg. 1989, 1333, Randnrn. 15, 17 sowie 22; und vom 27. Januar 1981 in der Rechtssache 70/80, Vigier, Slg. 1981, 229, Randnrn. 19 und 20).

8.2.3 Auch wenn in der schweizerischen AHV eine freiwillige Versicherung für in einem EU-Mitgliedstaat wohnende Personen noch vorgesehen wäre und für Angehörige dieser Staaten die gleichen Beitrittsvoraussetzungen gälten wie für Schweizer Bürger - heute gibt es eine freiwillige Versicherung zwar sowohl für Schweizer Bürger als auch für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU und der EFTA, aber nur für Personen, die ausserhalb des EU-/EFTA-Raumes wohnen (Art. 2 AHVG in der Fassung gemäss Bundesgesetz vom 14. Dezember 2001 [AS 2002 685]; Art. 1b IVG; vgl. auch Anhang VI Schweiz Ziff. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung gemäss FZA [Anhang II Abschnitt A Nr. 1 Anpassung o FZA]) -, dürfte der Beitritt zu dieser Versicherung demnach von einem bestehenden Bezug der betroffenen Person zur Schweiz bzw. zu deren Sozialversicherungssystem abhängig gemacht werden, ohne dass dadurch gegen die Verordnung Nr. 1408/71 verstossen würde. In der Voraussetzung des Vorliegens eines Bezuges zur Schweiz könnte daher, obwohl sie von Schweizern leichter zu erfüllen wäre als von Ausländern, keine unzulässige indirekte Diskriminierung gesehen werden, weil die daraus resultierende Benachteiligung von EU-Ausländern aufgrund des Systems der Koordinationsregelung selbst objektiv



gerechtfertigt wäre. Wenn aber das Erfordernis eines Bezugs zur Schweiz für den Beitritt zu deren freiwilliger Versicherung keine verbotene Ungleichbehandlung begründen würde, sondern objektiv gerechtfertigt wäre,

muss es sich mit einer Vorschrift, die bei der Rentenberechnung die Anrechnung zusätzlicher Beitragsjahre für die Füllung von Beitragslücken davon abhängig macht, dass die betroffene Person zur Zeit der Entstehung dieser Lücken einen Bezug zur Schweiz aufwies, ebenso verhalten. Wenn nämlich für die Versicherungszugehörigkeit zulässigerweise eine Verbindung zum betroffenen Staat vorausgesetzt ist, kann dieser Staat nicht über das Diskriminierungsverbot dazu verpflichtet werden, bei der Rentenberechnung Zeiten zu berücksichtigen, während deren die betreffende Person mangels eines hinreichenden Bezugs zu diesem Staat dessen Sozialversicherungssystem weder angehörte noch angehören konnte, und damit gewissermassen trotz damals fehlender Verbindung zu diesem Staat eine damalige Versicherungszugehörigkeit nachträglich zu fingieren.

8.3 Der Umstand, dass bei Auslandschweizern keine über die Staatsangehörigkeit hinausgehende Verbindung zur Schweiz vorausgesetzt wird, steht dem Schluss, dass das Verlangen eines damaligen Bezuges zur Schweiz objektiv gerechtfertigt ist, nicht entgegen. Eine unter die Verordnung Nr. 1408/71 fallende Person ausländischer Staatsangehörigkeit - oder mit erst nachträglich erlangtem Schweizer Bürgerrecht - muss nicht, ohne damals einen Bezug zur Schweiz aufgewiesen zu haben, einzig aus dem Grunde so behandelt werden, als ob sie sich damals freiwillig hätte versichern können, weil sich damals Auslandschweizer ohne eine über die Staatsangehörigkeit hinausgehenden Bezug zur Schweiz freiwillig versichern konnten. Denn auch wenn sich Inländer ohne eine über die Staatsangehörigkeit hinausgehende Verbindung zum betroffenen Staat freiwillig versichern können, verlangt das Diskriminierungsverbot nicht die Ausdehnung dieser Möglichkeit auf unter die Verordnung Nr. 1408/71 fallende Personen, bei denen es an einem Bezug zu diesem Staat fehlt (vgl. auch KAHIL, a.a.O., S. 996, und SCHULER, a.a.O., N 6 zu Art. 9 der Verordnung Nr. 1408/71 [S. 145]). Letzteres ist aus Anhang VI der Verordnung Nr. 1408/71 ersichtlich, der in verschiedenen Bestimmungen (Abschnitt "Deutschland" Nr. 4, Abschnitt "Frankreich" Nr. 3 und Abschnitt "Griechenland" Nr. 2) die in einem Mitgliedstaat für Inländer vorgesehene Möglichkeit des Beitritts zu einer freiwilligen



Versicherung nicht auf sämtliche Angehörigen der Mitgliedstaaten ausdehnt, sondern nur auf jene, die - in Form des früheren Wohnsitzes oder der früheren Versicherungszugehörigkeit - eine bestimmte Verbindung zum Sozialversicherungssystem des betroffenen Staates aufweisen. Diese Klauseln hat der EuGH, soweit er sich mit ihnen zu befassen hatte, nicht für ungültig erklärt (vgl. Urteil des EuGH vom 8. Oktober 1980 in der Rechtssache 810/79, Überschär, Slg. 1980, 2747, Randnrn. 8 und 18, betreffend Deutschland, zur früheren Bestimmung des Anhangs V Abschnitt C Nr. 8 der Verordnung Nr. 1408/71; Urteil des EuGH vom 22. März 1972 in der Rechtssache 80/71, Merluzzi, Slg. 1972, 175, Randnrn. 5/7 und 16, betreffend Frankreich, zur früheren Bestimmung des Anhangs G Abschnitt IV Bst. b der Verordnung Nr. 3). Wenn aber der Beitritt zur freiwilligen Versicherung von einem hinreichenden Bezug zum diese Versicherung vorsehenden Staat abhängig gemacht werden darf, so kann, wie bereits erwähnt, auch die Anrechnung von Zusatzjahren zur Füllung von Beitragslücken ans Bestehen einer solchen Verbindung zur Zeit der Entstehung dieser Lücken geknüpft werden.

8.4 Aufgrund dieser Erwägungen ist festzustellen, dass die in Art. 52d AHVV für die Anrechnung von Zusatzjahren vorgesehenen Voraussetzungen insoweit objektiv gerechtfertigt sind, als sie das Vorhandensein einer Verbindung der betroffenen Person zur Schweiz zur Zeit, als die Beitragslücken entstanden, sicherstellen sollen. Dabei ist auch die Verhältnismässigkeit dieser Regelung zu bejahen, soweit sie Personen, die weder zur Zeit, als sie bei Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz beitragspflichtig gewesen wären, mithin zur Zeit der Entstehung der Beitragslücken, irgendeinen Bezug zur Schweiz aufwiesen noch zu einem davor liegenden Zeitpunkt irgendeine für die Begründung eines hinreichenden Bezugs in Frage kommende Verbindung - in Anbetracht der erwähnten von der Verordnung Nr. 1408/71 und der Rechtsprechung des EuGH zugelassenen, mit dem Wohnsitz, einer Erwerbstätigkeit oder der Versicherungszugehörigkeit zusammenhängenden Anknüpfungspunkte müssten beispielsweise Ferienaufenthalte ausser Betracht fallen - zu diesem Staat hergestellt hatten, von der Anrechnung zusätzlicher Beitragsjahre ausschliesst. Insoweit begründet Art. 52d AHVV

somit keine unzulässige Diskriminierung.

8.5 Da der Beschwerdegegner vor Beginn seiner obligatorischen Versicherungsunterstellung und Beitragspflicht in der Schweiz,



mithin sowohl während der Zeit der Entstehung der Beitragslücken als auch zuvor, nie einen als hinreichende Verbindung in Frage kommenden Bezug zur Schweiz aufgewiesen hatte, können ihm somit nicht gestützt auf das gemeinschafts- bzw. abkommensrechtliche Diskriminierungsverbot zusätzliche Beitragsjahre angerechnet werden, wie wenn er die in Art. 52d AHVV dafür vorgesehenen Voraussetzungen erfüllte. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich eine Person in seiner Situation auf Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 und/oder auf Art. 2 FZA berufen kann. Die streitige Verwaltungsverfügung ist demnach rechtens und der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben.