SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN vom 29. März 1990 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Bundessozialgericht hat den Gerichtshof ersucht, Artikel 73 Absatz 1 und Artikel 76 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [1] in der geänderten und aktualisierten Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 [2] im Wege der Vorabentscheidung auszulegen. Diese Bestimmungen lauten wie folgt:

„*Artikel 73*

Arbeitnehmer

1. Ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats als Frankreich unterliegt, hat für seine Familienangehörigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob die Familienangehörigen in diesem Staat wohnten."

„*Artikel 76*

Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen gemäß Artikel 73 oder 74 und bei Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in dem Land, in dem die Familienangehörigen wohnen

Der Anspruch auf die nach den Artikeln 73 und 74 geschuldeten Familienleistungen oder Familienbeihilfen wird ausgesetzt, wenn wegen der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit Familienleistungen oder Familienbeihilfen auch nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Familienangehörigen wohnen, zu zahlen sind."

Sachverhalt

2. Herr Kracht ist Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Bundeskindergeldgesetzes. Seine Ehefrau wohnt mit ihren gemeinsamen Kindern Marco und Lukas Oliver in Italien. Sie arbeitet bei einer Bank in Mailand.

Beide Kinder gingen in Mailand zur Schule, und zwar Marco ohne Unterbrechung von September 1983 bis — wie das vorlegende Gericht annimmt — Oktober 1987. Lukas Oliver unterbrach seine Ausbildung im Juni 1985, besuchte jedoch ab September 1986 erneut die Schule.

Bis zum 31. Dezember 1983 bezog Frau Kracht für beide Söhne Kindergeld nach italienischem Recht. Von da an erhielt sie von der zuständigen italienischen Stelle für beide Kinder keine Leistungen mehr, da sie den für eine weitere Leistungsgewährung

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149 vom 5. 7. 1971, S. 2).

2 — Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 zur Änderung und Aktualisierung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 230 vom 22. 8. 1983, S. 6, Anhang I).

erforderlichen Formalitäten nicht nachgekommen war. Als Lukas Oliver im September 1986 wieder zur Schule ging — und (so verstehe ich den Vorlagebeschluß) damit die materiellen Voraussetzungen sowohl des deutschen als auch des italienischen Rechts erneut erfüllte —, stellte Frau Kracht für diesen Sohn bei der zuständigen italienischen Stelle keinen erneuten Antrag auf Zahlung von Kindergeld; auch für Marco hatte sie keinen entsprechenden Antrag mehr gestellt.

3. Das Verhalten von Frau Kracht ist im Zusammenhang mit dem Antrag auf Kindergeld zu sehen, den Herr Kracht für beide Söhne zuvor bei der Bundesanstalt für Arbeit eingereicht hatte. Dieser Antrag wurde von der Bundesanstalt abgelehnt. Wegen dieser Ablehnung wurde Klage beim Sozialgericht Oldenburg erhoben, das den ablehnenden Bescheid aufhob und die Bundesanstalt verurteilte, 1) für beide Söhne bis Ende 1983 Kindergeld abzüglich der Leistungen der italienischen Stelle zu zahlen und 2) für Marco ab 1. Januar 1984 sowie für Lukas Oliver vom 1. Januar 1984 bis zum 30. Juni 1985 und erneut ab September 1986 Kindergeld in voller Höhe zu leisten. Der erste Teil des Sozialgerichtsurteils wurde von der Bundesanstalt ebensowenig angefochten wie die Verurteilung zur Zahlung von Kindergeld für Lukas Oliver vom 1. Januar 1984 bis zum 30. Juni 1985. Hingegen legte die Bundesanstalt insoweit Rechtsmittel ein, als sie verurteilt worden war, Kindergeld für Marco ab dem 1. Januar 1984 und für Lukas Oliver ab September 1986 zu zahlen, und zwar zunächst Berufung beim Landessozialgericht Niedersachsen und sodann Revision beim Bundessozialgericht. Letzteres hat dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Wird der Anspruch auf Leistungen nach Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gemäß Artikel 76 dieser Verordnung ausgesetzt, wenn die Familienleistungen oder -beihilfen in dem Mitgliedstaat, in dem Familienangehörige wohnen, nur deshalb nicht weiter zu zahlen sind, weil die Leistungen nicht beantragt werden?

2) Wird der Anspruch auf Leistungen nach Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 gemäß Artikel 76 dieser Verordnung ausgesetzt, wenn die Familienleistungen oder -beihilfen in dem Mitgliedstaat, in dem Familienangehörige wohnen, nur deshalb nicht weiter zu zahlen sind, weil die Leistungen von einem willkürlich bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr beansprucht werden?

Wegen der Rechtsausführungen des vorlegenden Gerichts und der beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen verweise ich auf den Sitzungsbericht.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofes

4. In den Urteilen Salzano [3] und Ferraioli [4] hat der Gerichtshof die Lage einer Familie untersucht, bei der die Ehegatten in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Berufstätigkeit ausübten und die Kinder bei der Mutter wohnten. In beiden Rechtssachen hatte die Ehefrau bei der für ihren Wohnort zuständigen Stelle keinen Antrag auf Familienbeihilfen gestellt. In dem Urteil Ferraioli — das

3 — Urteil vom 13. November 1984 in der Rechtssache 191/83 (Salzano, Slg. 1984, 3741).

4 — Urteil vom 23. April 1986 in der Rechtssache 153/84 (Ferraioli, Slg. 1986, 1401).

in diesem Punkt fast wörtlich den Tenor des Urteils Salzano übernimmt — hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

„Der Anspruch auf Familienbeihilfen, die gemäß Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 im Beschäftigungsstaat eines Elternteils zu zahlen sind, wird nicht gemäß Artikel 76 dieser Verordnung ausgesetzt, wenn der andere Elternteil mit den Kindern in einem anderen Mitgliedstaat wohnt und dort eine berufliche Tätigkeit ausübt, jedoch keine Familienbeihilfen für die Kinder bezieht, weil nicht alle Voraussetzungen des Rechts dieses Mitgliedstaats für die tatsächliche Auszahlung der Beihilfen erfüllt sind."

Unter Randnummer 14 des Urteils Ferraioli hat der Gerichtshof wie auch unter den Randnummern 7 bis 10 des Urteils Salzano außerdem klargestellt, daß unter den „Voraussetzungen für die tatsächliche Auszahlung der Beihilfen" nicht nur die materiellen, sondern auch die formellen Voraussetzungen zu verstehen seien, zu denen auch ein vorheriger Antrag auf Gewährung der Beihilfen gehöre[5]. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Beihilfen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, somit dann nicht im Sinne von Artikel 76 der Verordnung Nr. 1408/71 „zu zahlen", wenn sie wegen Fehlens eines vorherigen Antrags nicht tatsächlich gewährt werden.

5 — Zuvor hatte der Gerichtshof bereits in dem Urteil vom 20. April 1978 in der Rechtssache 134/77 (Ragazzoni, Slg. 1978, 963) ausgeführt, daß die in Artikel 76 der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehene Aussetzung nur erfolgen könne, wenn der Ehegatte in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnten, „*alle* in den internen Rechtsvorschriften dieses Staates für die Ausübung des Anspruchs aufgestellten Voraussetzungen" erfülle (Randnrn. 7/11, Hervorhebung durch mich), ohne jedoch klarzustellen, ob damit sowohl die materiellen als auch die formellen Voraussetzungen gemeint waren.

Die erste Frage

5. Mit der ersten Frage möchte das Bundessozialgericht wissen, ob der Anspruch auf Familienbeihilfen, der im Recht des Beschäftigungsstaats eines Elternteils — hier: im deutschen Recht — vorgesehen ist, ausgesetzt wird, wenn die Beihilfen nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Familienangehörigen wohnen — hier: nach italienischem Recht —, deshalb *nicht mehr* zu zahlen sind, weil sie in diesem Mitgliedstaat nicht (mehr) beantragt werden. Anlaß zu dieser Frage ist offenbar der Umstand, daß Frau Kracht bei der zuständigen italienischen Stelle kein Kindergeld mehr für Lukas Oliver für den Zeitraum ab September 1986, als er seine Schulausbildung wieder aufnahm, beantragt hatte, obwohl sie wußte, daß ihr Leistungen der italienischen Stelle zustanden, da sie bereits früher derartige Leistungen beantragt und erhalten hatte.

Gegenüber der Fallgestaltung, die der Gerichtshof in den Rechtssachen Salzano und Ferraioli geprüft hat, sehe ich nur einen einzigen Unterschied, nämlich den Umstand, daß in jenen Rechtssachen ein Antrag in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnten, niemals gestellt wurde, während in der vorliegenden Rechtssache in diesem Staat zwar zunächst Beihilfen beantragt wurden, später jedoch ein dahin gehender Antrag nicht mehr gestellt wurde. Dieser Unterschied ist irrelevant. In beiden Fällen — also sowohl dann, wenn die Beihilfen nicht beantragt werden, als auch dann, wenn sie nicht erneut beantragt werden — sind nicht alle Voraussetzungen des Rechts des Mitgliedstaats, in dem die Familienangehörigen wohnen, für die tatsächli-

che Gewährung der Beihilfen erfüllt, so daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kein Grund zur Aussetzung der Beihilfen besteht, die gemäß Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 im Beschäftigungsstaat eines Elternteils zu zahlen sind.

Die zweite Frage

6. Mit der zweiten Frage möchte das Bundessozialgericht wissen, ob der Anspruch auf Familienbeihilfen, der im Recht des Beschäftigungsstaats eines Elternteils — hier: im deutschen Recht — vorgesehen ist, ausgesetzt wird, wenn die Beihilfen nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Familienangehörigen wohnen — hier: nach italienischem Recht —, deshalb nicht mehr zu zahlen sind, weil sie *von einem willkürlich bestimmten Zeitpunkt an* nicht mehr beantragt werden. Mit dieser zweiten Frage will das vorlegende Gericht offenbar die Aufmerksamkeit darauf lenken, daß die Zahlung von Familienbeihilfen in Italien einzig und allein vom Verhalten der Frau Kracht abhing, das heißt davon, daß sie ab einem von ihr beliebig gewählten Zeitpunkt den für die Zahlung erforderlichen Formalitäten nicht mehr nachkam. 1983 erfüllte sie diese Formalitäten in bezug auf die Familienbeihilfen für Marco noch, 1984 hingegen nicht mehr.

Um welche Formalitäten es genau geht, ist nicht deutlich. Das vorlegende Gericht suggeriert, daß Frau Kracht ihren ursprünglichen Antrag auf Familienbeihilfen zurückgenommen habe. Die italienische Regierung weist ihrerseits darauf hin, daß Familienbeihilfen in Italien jährlich neu beantragt werden müßten. Die Kommission bemerkt schließlich, daß nach italienischem Recht seit 1984 Verdienstgrenzen bestünden, bei deren Überschreiten der Anspruch auf Familienbeihilfen entfalle; Frau Kracht — unterstellt, daß sie die neuen materiellen Zahlungsvoraussetzungen erfüllt habe (falls nicht, so sei unbestritten allein deutsches Recht anwendbar gewesen) — habe es versäumt, die Verdienstbescheinigung vorzulegen, die für die Prüfung dieser Voraussetzung vorgeschrieben sei. Auf diese Meinungsverschiedenheit kommt es meines Erachtens nicht an. In der zuvor zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofes wird nicht nach der Art oder Tragweite der zu erfüllenden Formalitäten differenziert.

Ebensowenig spielt meines Erachtens die Tatsache eine Rolle, daß die italienische Stelle die Leistungen wegen der willentlichen Entscheidung von Frau Kracht, ab einem von ihr gewählten Zeitpunkt die verlangten Formalitäten nicht zu erfüllen, eingestellt hat. Die Auslegung, die der Gerichtshof Artikel 76 der Verordnung Nr. 1408/71 gegeben hat — daß nämlich die Beihilfen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, erst zu zahlen sind, wenn die formellen Voraussetzungen, wozu die Beantragung der Beihilfen zählt, erfüllt sind —, hat zwangsläufig zur Folge, daß die Ehegatten den Leistungsträger wählen können. Diese Wahl ist überdies im Lichte der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zu sehen, wonach die Leistung im Beschäftigungsstaat eines Elternteils nur *in der Höhe* des Betrags ausgesetzt wird, der nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Familienangehörigen wohnen, festgesetzt wurde[6]. Es steht den Ehegatten somit frei, entweder zwei Anträge zu stellen — wobei der erste an den Leistungsträger des Mitgliedstaats, in dem die Familienangehörigen wohnen, und der zweite in Höhe des Saldos an den Leistungsträger des Beschäftigungsstaats eines

6 — Ich verweise u. a. auf die Antwort des Gerichtshofes auf die zweite Frage in der bereits erwähnten Rechtssache Ferraioli.

Elternteils gerichtet ist — oder die Beihilfen in voller Höhe bei dem letztgenannten Leistungsträger zu beantragen.

Die Änderung des Artikels 76 der Verordnung Nr. 1408/71

7. In der mündlichen Verhandlung ist zur Sprache gekommen, daß der Rat durch die Verordnung (EWG) Nr. 3427/89 vom 30. Oktober 1989[7] Artikel 76 der Verordnung Nr. 1408/71 wie folgt geändert hat:

„*Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen*

1. Sind im Laufe desselben Zeitraums, für denselben Familienangehörigen und aufgrund der Ausübung einer Berufstätigkeit in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen vorgesehen, so wird der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats, gegebenenfalls nach den Artikeln 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zur Höhe des durch die Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrags ausgesetzt.

2. Wird in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt, so kann der zuständige Träger des anderen Mitgliedstaats Absatz 1 anwenden, als ob die Leistungen in dem ersten Mitgliedstaat gewährt würden."

Die neue Fassung des Artikels 76 Absatz 1 bestätigt somit die Auslegung, die nach der bereits erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofes dieser Bestimmung gegeben werden muß, daß nämlich die Leistung im Beschäftigungsstaat eines Elternteils nur in der Höhe des Betrags ausgesetzt wird, der in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, gezahlt wird, nicht aber in Höhe des darüber hinausgehenden Saldos.

Durch den neuen Artikel 76 Absatz 2 wird hingegen die Tragweite der hier in Rede stehenden Vorschrift in ihrer Auslegung durch die Urteile Salzano und Ferraioli geändert. Das Fehlen eines vorherigen Antrags in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, wird künftig nicht mehr dafür ausreichen, daß die Beihilfen im Beschäftigungsstaat eines Elternteils in voller Höhe verlangt werden können.

Der Vertreter der Bundesregierung hat in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten, diese neue Bestimmung sei bereits jetzt anwendbar, da sie eigentlich nur klarstelle, wie Artikel 76 in seiner früheren Fassung zu verstehen gewesen sei. Diese Ansicht scheint mir eindeutig im Widerspruch zu Artikel 3 der Verordnung Nr. 3427/89 zu stehen, wonach der geänderte Artikel 76 erst mit Wirkung vom 1. Mai 1990 gilt, und dies, obwohl alle übrigen Bestimmungen dieser Verordnung mit Wirkung vom 15. Januar 1986 für anwendbar erklärt werden, also dem Tag, an dem das Urteil in der

7 — Verordnung (EWG) Nr. 3427/89 des Rates vom 30. Oktober 1989 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 331 vom 16. 11. 1989, S. 1).

Rechtssache Pinna[8] ergangen ist, auf das in den Begründungserwägungen der Verordnung verwiesen wird. Daraus ergibt sich, daß der Rat die Tragweite des Artikels 76 tatsächlich nur für die Zukunft geändert hat und daß bis Ende April 1990 die frühere Fassung in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof gilt.

Ergebnis

8. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorabentscheidungsfragen wie folgt zu beantworten:

„Die Familienbeihilfen, die gemäß Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 in der geänderten und aktualisierten Fassung der Verordnung Nr. 2001/83 im Beschäftigungsstaat eines Elternteils zu zahlen sind, werden nicht gemäß Artikel 76 dieser Verordnung ausgesetzt, wenn der andere Elternteil mit den Kindern in einem anderen Mitgliedstaat wohnt und dort eine Berufstätigkeit ausübt, jedoch keine Familienbeihilfen für die Kinder bezieht, da nicht alle Voraussetzungen des Rechts dieses Mitgliedstaats für die tatsächliche Auszahlung der Beihilfen erfüllt sind, und zwar insbesondere deshalb nicht, weil die Leistung nicht oder nicht mehr beantragt wurde."

8 — Urteil vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84 (Pinna, Slg. 1986, 1).