SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 16. Juli 1998 *

1. Die Frage, die sich in der vorliegenden Rechtssache stellt, die durch ein Vorabentscheidungsersuchen des Landessozialgerichts Niedersachsen vorgelegt worden ist, geht dahin, ob eine spanische Staatsangehörige, die bei ihrem Ehemann, der auch spanischer Staatsangehöriger ist, in Deutschland wohnt, Anspruch auf deutsche Familienleistungen auf derselben Grundlage wie inländische Staatsangehörige hat, wenn ihr Ehemann, ein Bediensteter des spanischen Generalkonsulats in Hannover, sein Recht gemäß Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [1] ausgeübt hat, sich für das spanische System der sozialen Sicherheit zu entscheiden.

Das anwendbare Gemeinschaftsrecht

2. Artikel 1 Buchstabe u Ziffer i der Verordnung Nr. 1408/71 definiert in der im maßgebenden Zeitpunkt geltenden Fassung [2] „Familienleistungen" als:

„alle Sach- oder Geldleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburtsbeihilfen". [3]

3. Artikel 2 Absatz 1 lautet:

„Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene."

* Originalsprache: Englisch.

1 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern. Für die neueste Version siehe die durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 28, S. 1) geänderte und aktualisierte Fassung.

2 — Artikel 1 Buchstabe u Ziffer i wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 3096/95 des Rates vom 22. Dezember 1995 dahin gehend geändert, daß Adoptionsbeihilfen den Geburtsbeihilfen gleichgestellt wurden (ABl. L 335, S. 10).

3 — In Anhang II ist für Deutschland keine solche Leistung aufgeführt.

4. Artikel 3 Absatz 1 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."

5. Artikel 4 Absatz 1 bestimmt:

„Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:

...

h) Familienleistungen".

6. Unter Titel II, „Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften", lautet Artikel 13 Absatz 1 wie folgt:

„Vorbehaltlich des Artikels 14c unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel."

7. In Artikel 13 Absatz 2 heißt es:

„Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat."

8. Artikel 16 bestimmt:

„(1) Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a) gilt auch für Mitglieder des Geschäftspersonals der diplomatischen Vertretungen oder konsularischen Dienststellen und für pri-

vate Hausangestellte im Dienst von Angehörigen dieser Vertretungen oder Dienststellen.

(2) Die in Absatz 1 bezeichneten Arbeitnehmer, die Staatsangehörige des entsendenden Mitgliedstaats sind, können sich jedoch für die Anwendung der Rechtsvorschriften dieses Staates entscheiden. Dieses Wahlrecht kann am Ende jedes Kalenderjahres neu ausgeübt werden und hat keine rückwirkende Kraft."

Sachverhalt und Fragen

9. Frau Gomez Rivero, Klägerin des Ausgangsverfahrens, und ihr Ehemann sind spanische Staatsangehörige, die in Deutschland wohnen, und zwar die Klägerin seit 1968 und ihr Ehemann seit 1966. Sie haben zwei Kinder, die 1977 und 1982 geboren wurden.

10. Die Klägerin ist mit Ausnahme einer im Vorlagebeschluß so bezeichneten geringfügigen Tätigkeit als Haushaltshilfe — offenbar für ungefähr fünf bis sechs Stunden pro Woche — seit 1994 nicht erwerbstätig. Aufgrund dieser Beschäftigung ist sie nicht sozialversicherungspflichtig. Seit 1968 ist ihr Ehemann beim spanischen Generalkonsulat in Hannover beschäftigt.

11. Der Ehemann der Klägerin entschied sich gemäß Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 für die Anwendung der spanischen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit. Die Klägerin hat keine solche Entscheidung getroffen und beabsichtigt dies auch nicht.

12. Im vorliegenden Verfahren ficht die Klägerin den Bescheid der Bundesanstalt für Arbeit in Nürnberg, der Beklagten des Ausgangsverfahrens, an, mit dem die Bewilligung des Kindergeldes für ihre beiden Söhne mit Wirkung vom 1. Februar 1995 aufgehoben wurde[4]. Der Bescheid wurde mit der von ihrem Ehemann getroffenen Entscheidung begründet.

13. Nach dem spanischen System der sozialen Sicherheit erfüllt die Klägerin nicht die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienleistungen, da das Familieneinkommen die Höchstgrenze für die Gewährung solcher Leistungen übersteigt.

14. Im Vorlagebeschluß stellt das vorlegende Gericht fest, daß die Klägerin nach deutschem Recht weiterhin alle Voraussetzungen für den Anspruch auf Kindergeld erfülle und weiterhin Anspruch auf Auszahlung dieses Kindergeldes habe. Es stelle sich jedoch die Frage, ob das deutsche Kindergeldrecht auf die Klägerin anwendbar sei. Das Kindergeld sei zwar eine Fa-

4 — Nach deutschem Recht ist der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch bis zum 31. Dezember 1995 nach dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG) in der am 31. Januar 1994 verkündeten Fassung (BGBl. I S. 168, 701) und danach nach den mit Wirkung vom 1. Januar 1996 geltenden §§ 62 ff. des Einkommensteuergesetzes in der durch Gesetz vom 11. Oktober 1995 (BGBl. I S. 1250) geänderten Fassung zu beurteilen.

milienleistung, die in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 falle, und die Klägerin werde vom persönlichen Geltungsbereich der Verordnung erfaßt. Fraglich sei aber, ob die Entscheidung ihres Ehemannes für die Anwendung der spanischen Rechtsvorschriften bewirke, daß sie ebenfalls den spanischen Rechtsvorschriften unterliege, so daß sie keinen Anspruch auf Leistungen der sozialen Sicherheit nach den deutschen Rechtsvorschriften hätte. Insbesondere fragt das vorlegende Gericht, ob die Entscheidung zugleich rechtlich Wirkung für den Ehegatten eines Beschäftigten entfalte, wenn dieser, wie im Fall der Klägerin, der Entscheidung weder zugestimmt noch sich selbst entschieden habe.

15. Das vorlegende Gericht führt aus, wenn die Entscheidung des Ehemannes der Klägerin bewirke, daß sie den spanischen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit unabhängig davon unterläge, ob sie der Entscheidung zugestimmt oder sich selbst entschieden habe, dann wäre der Bescheid über die Aufhebung der Bewilligung des deutschen Kindergeldes rechtmäßig, da sie nicht dem deutschen System der sozialen Sicherheit unterläge. Wenn jedoch die Entscheidung diese Wirkung für die Klägerin nicht hätte, dann hätte sie nach der Verordnung Nr. 1408/71 einen Anspruch auf das deutsche Kindergeld.

16. Vor diesem Hintergrund hat das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Hat die Entscheidung eines Mitglieds des Geschäftspersonals einer konsularischen Dienststelle nach Artikel 16 Absatz 2 Satz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für die Anwendung der Rechtsvorschriften des entsendenden Mitgliedstaats, dessen Staatsangehöriger es ist, zugleich Wirkung für seinen — nicht im konsularischen Dienst stehenden — Ehegatten, der ebenfalls Angehöriger des entsendenden Mitgliedstaats ist,

   oder

   sind auf den Ehegatten die Rechtsvorschriften des entsendenden Mitgliedstaats nur dann anzuwenden, sofern sich dieser selbst ebenfalls für ihre Anwendung entscheidet?

2. Sofern die Entscheidung des im konsularischen Dienst stehenden Staatsangehörigen zugleich Wirkung für seinen Ehegatten entfaltet: Setzt die Wirksamkeit der Entscheidung für die Anwendung der Rechtsvorschriften des entsendenden Mitgliedstaats die Zustimmung oder sonst eine Mitwirkung des mitbetroffenen Ehegatten voraus?

Erklärungen

17. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die finnische Regierung und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

18. Die Klägerin bestreitet die Erheblichkeit der Verordnung Nr. 1408/71 für die Feststellung ihres Anspruchs auf die betreffende Familienleistung. Unabhängig davon, ob die Entscheidung ihres Ehemannes sie binde, könne ihr oder ihrem Ehemann der Anspruch auf deutsche Familienleistungen durch die Entscheidung ihres Ehemannes für die Anwendung der spanischen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit nicht entzogen werden. Die Vorschriften des Titels II der Verordnung, „Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften", zu denen das Recht des Geschäftspersonals einer konsularischen Dienststelle gehöre, sich für die Anwendung der Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit des Entsendestaats zu entscheiden, beträfen nur die Bestimmung der Rechtsvorschriften, die in Fällen anzuwenden seien, in denen für einen Arbeitnehmer die Rechtsvorschriften mehrerer verschiedener Mitgliedstaaten gegolten hätten, und berühre nicht das Recht auf Leistungen. Da die Verordnung nur die Vorschriften des Sozialrechts der Mitgliedstaaten koordiniere, könne sie keine nationalen Vorschriften beseitigen, die günstiger seien als das Gemeinschaftsrecht. Die Klägerin weist außerdem darauf hin, daß die Verordnung nicht für Sachverhalte gelte, die mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinauswiesen, und daß in ihrem Fall alle entscheidenden Elemente, ihr Wohnsitz, der Wohnsitz ihres Ehemannes und der Wohnsitz ihrer Kinder, in Deutschland gegeben seien.

19. Die finnische Regierung führt aus, daß immer dann, wenn eine Person den Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit mehr als eines Mitgliedstaats unterliege, die Bestimmungen des Titels II der Verordnung Nr. 1408/71 dafür maßgebend seien, welche Rechtsvorschriften Anwendung fänden. Die Verordnung gelte nach ihrem Artikel 2 auch für die Familienangehörigen des Arbeitnehmers. Der Titel II enthalte keine anderen Vorschriften für die Bestimmung der Rechtsvorschriften, denen die Familienangehörigen eines Arbeitnehmers unterlägen. Nach der Systematik der Verordnung bestimmten sich die auf die Familienangehörigen eines Arbeitnehmers anwendbaren Rechtsvorschriften nach den Rechtsvorschriften, die für den Arbeitnehmer selbst gälten. Dies sei auch dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer von der Entscheidungsmöglichkeit nach Artikel 16 Absatz 2 Gebrauch gemacht habe; in einem solchen Fall hätten die Familienangehörigen des Arbeitnehmers kein eigenständiges Recht, zu entscheiden, welche Rechtsvorschriften auf sie anzuwenden seien. Die Entscheidung des Arbeitnehmers für die Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eines Mitgliedstaats habe daher auch Wirkung für seine Familienangehörigen. Auch lasse sich die Bestimmung nicht so auslegen, daß dieses Ergebnis von der vorherigen Zustimmung der Familienangehörigen zu dieser Entscheidung abhänge.

20. Die Kommission stimmt mit dem vorlegenden Gericht darin überein, daß die Entscheidung, die Bewilligung des Kindergeldes für die Klägerin mit Wirkung vom 1. Februar 1995 aufzuheben, zu Recht erfolgt sei, wenn die Entscheidung ihres Ehemannes für die Anwendung des Systems der sozialen Sicherheit Spaniens für sie bindend sei. Falls jedoch die Ausübung des Entscheidungsrechts durch ihren Ehemann

sie nicht binde, unterliege sie gemäß Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung dem deutschen System der sozialen Sicherheit, und da sie alle Anspruchsvoraussetzungen für das Kindergeld nach deutschem Recht erfülle, wäre die Aufhebung der Bewilligung des Kindergeldes rechtswidrig.

21. Nach Ansicht der Kommission sind die Fragen im Licht der Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen Cabanis-Issarte sowie Hoever und Zachow [5] zu beurteilen. Die Rechtsvorschriften seien im Einklang mit dieser Rechtsprechung auszulegen, je nachdem, ob sie den Familienangehörigen des Arbeitnehmers persönliche Ansprüche verliehen oder ob sie ausschließlich für den Arbeitnehmer selbst gälten. Nach Ansicht der Kommission ist Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 eine Bestimmung, die grundsätzlich nur für den Arbeitnehmer selbst gilt. Ein Mitglied des Geschäftspersonals einer konsularischen Dienststelle habe nach dieser Bestimmung ein Recht auf Entscheidung, das ihm aufgrund seines Status verliehen worden sei. Die Familienangehörigen eines solchen Arbeitnehmers, die diesen Status nicht hätten, verfügten nicht über das Recht auf Entscheidung. Die Ausübung dieses Entscheidungsrechts durch den Arbeitnehmer entfalte ferner keine Rechtswirkung für seine Familienangehörigen, die im vorliegenden Fall daher den deutschen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit unterlägen.

5 — Urteile vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-308/93 (Slg. 1996, I-2097) und vom 10. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-245/94 und C-312/94 (Slg. 1996, I-4895).

Beurteilung

22. Ich stimme mit der finnischen Regierung darin überein, daß in Fällen wie dem vorliegenden Familienangehörige eines Arbeitnehmers den Rechtsvorschriften unterliegen, denen der Arbeitnehmer selbst unterliegt. Dieser Grundsatz findet auch dann Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer von seinem Entscheidungsrecht gemäß Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 Gebrauch gemacht hat. Dies ergibt sich eindeutig aus der Systematik und dem Wortlaut der Verordnung.

23. Zur Erleichterung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer bildet Artikel 51 des Vertrages, aufgrund dessen die Verordnung Nr. 1408/71 erlassen wurde, die rechtliche Grundlage dafür, daß das Gemeinschaftsrecht im Bereich der sozialen Sicherheit gewährleistet, daß Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen aufgrund der Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit in einem Mitgliedstaat erworbene Leistungsansprüche nicht verlieren. Die Verordnung dient der Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit, mit denen die Erreichung der in Artikel 51 gesetzten Ziele gesichert werden soll. Diese Ziele bestehen erstens darin, zu gewährleisten, daß die Beiträge der Anspruchsberechtigten in den verschiedenen Mitgliedstaaten zusammengerechnet werden, und zweitens darin, sicherzustellen, daß Personen, die Leistungsansprüche haben, diese unabhängig davon ansammeln können, wo sie in der Gemeinschaft wohnen. Die Regelung dient der möglichst weitgehenden Beseitigung der territorialen Grenzen der Anwendung der verschiedenen Sozialversicherungssysteme in der Gemeinschaft [6].

6 — Urteil vom 9. Dezember 1965 in der Rechtssache 44/65 (Hessische Knappschaft, Slg. 1965, 1268, 1276).

24. Die Verordnung Nr. 1408/71 dient der Koordinierung der Rechtsvorschriften der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit u. a. durch die Bestimmung, welches System der sozialen Sicherheit Anwendung auf den Fall eines Arbeitnehmers und seiner Familienangehörigen findet, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben. Diese Bestimmungen sind in Titel II der Verordnung enthalten, der die Überschrift „Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften" trägt.

25. Der Gerichtshof hat bei mehreren Gelegenheiten entschieden, daß die Vorschriften des Titels II ein geschlossenes und einheitliches System von Kollisionsnormen bilden, das bezweckt, die Arbeitnehmer, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, dem System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedstaats zu unterwerfen, so daß die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden [7]. Doch ist zu bemerken, daß die Verordnung nicht über die Koordinierung nationaler Rechtsvorschriften hinausgeht. Sie legt beispielsweise nicht die Voraussetzungen fest, unter denen eine Person einem System der sozialen Sicherheit beitreten kann oder muß [8].

26. Ich kann der Ansicht der Kommission nicht folgen, daß der Ehegatte eines Arbeitnehmers, auch wenn er nicht selbst versichert ist, gemäß der Verordnung Nr. 1408/71 dem System der sozialen Sicherheit eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen, dessen System der Arbeitnehmer angehört, angeschlossen sein könnte.

27. Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a, auf den sich die Kommission beruft, stellt auf den Arbeitnehmer, nicht auf den Ehegatten ab. Aus der Systematik der Verordnung wird deutlich, daß die Familienangehörigen eines Arbeitnehmers denselben Rechtsvorschriften unterliegen wie der Arbeitnehmer, sofern keine Sonderregelung das Gegenteil bestimmt. Dies ist völlig logisch, da die Ansprüche der Familienangehörigen nach der Systematik der Verordnung der Stellung des Arbeitnehmers als Versicherter entspringen. Etwas anderes kann natürlich dann gelten, wenn ein Familienangehöriger Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 aus eigenem Recht ist.

28. Auch folge ich nicht der Ansicht der Kommission, daß die vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze über die Unterscheidung zwischen eigenen und abgeleiteten Ansprüchen für die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften erheblich seien. Die Kommission verwechselt offensichtlich die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften mit der Bestimmung der Ansprüche, die den Familienangehörigen eines Arbeitnehmers nach diesen Rechtsvorschriften erwachsen. Die Urteile des Gerichtshofes Cabanis-Issarte sowie Hoever und Zachow [9] betreffen nur den letzteren Fall. Im Urteil Cabanis-Issarte ging es um die Rentenansprüche der Witwe eines französischen Arbeitnehmers, der einen Teil seiner beruflichen Laufbahn in den Niederlanden zurückgelegt hatte. Die anwendbaren Rechtsvorschriften waren die niederländischen, und es stellte sich die Frage, ob Frau Cabanis-Issarte eigene Ansprüche nach diesen Rechtsvorschriften geltend machen konnte; der Gerichtshof hat diese Frage bejaht. In den Rechtssachen Hoever und Zachow ging es um den Anspruch auf Erziehungsgeld, der den Ehefrauen deutscher Arbeitnehmer erwächst,

7 — Vgl. z. B. Urteile vom 13. März 1997 in der Rechtssache C-131/95 (Huijbrechts,Slg. 1997, I-1409, Randnr. 17) und vom 11. Juni 1998 in der Rechtssache C-275/96 (Kuusijärvi, Slg. 1998, I-3419, Randnr. 28).

8 — Urteile vom 3. Mai 1990 in der Rechtssache C-2/89 (Kits van Heijningen, Slg. 1990, I-1755, Randnr. 19) und Kuusijärvi (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 29).

9 — Zitiert in Fußnote 5.

wenn diese in Deutschland beschäftigt sind, jedoch in den Niederlanden wohnen. Aufgrund dieser Beschäftigung waren die anwendbaren Rechtsvorschriften die deutschen, und es stellte sich die Frage, ob Frau Hoever und Frau Zachow, die nicht im Sinne der Verordnung eigenständig beschäftigt waren, nach diesen Rechtsvorschriften eigene Ansprüche geltend machen konnten; der Gerichtshof hat diese Frage ebenfalls bejaht. Zwar machen diese Urteile deutlich, daß die Familienangehörigen eines Wanderarbeitnehmers nach der Verordnung nicht nur Ansprüche haben, die aus ihrem Status als Familienmitglied eines Arbeitnehmers abgeleitet sind, doch sprechen sie in keiner Weise dafür, daß die Unterscheidung zwischen abgeleiteten und eigenen Rechten bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften erheblich ist. Nach der Systematik der Verordnung muß zunächst bestimmt werden, welche Rechtsvorschriften anwendbar sind, bevor die tatsächlichen Leistungsansprüche festgestellt werden können, und zu diesem Zweck legt die Verordnung bindende Vorschriften darüber fest, welche Rechtsvorschriften Anwendung finden. Da es keine Sonderbestimmungen für Familienangehörige eines Arbeitnehmers gibt, finden die Rechtsvorschriften, die für den Wanderarbeitnehmer gelten, nach der Systematik der Verordnung auch Anwendung auf seine Familienangehörigen. Dies muß auch für den Ausnahmefall gelten, daß der Wanderarbeitnehmer gemäß Artikel 16 Absatz 2 ein Entscheidungsrecht hat.

29. Es trifft zu, daß die Verordnung im vorliegenden Fall bewirkt, daß die Klägerin keinen Anspruch auf die in Rede stehenden Leistungen hat, während sie einen solchen Anspruch hätte, wenn es die Verordnung nicht gäbe. Dieses Ergebnis ist jedoch die Folge der Funktion des Titels II der Verordnung, die darin besteht, ein vollständiges System von Kollisionsnormen festzulegen. Auch verstößt, wie der Gerichtshof festgestellt hat, dieses Ergebnis nicht gegen den in seiner Rechtsprechung aufgestellten Grundsatz, daß die Anwendung der Verordnung nicht zum Verlust von Ansprüchen führen darf, die allein nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erworben worden sind. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß dieser Grundsatz nicht die Regeln für die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften betrifft [10].

30. Meines Erachtens ist daher auf die erste Frage zu antworten, daß in Fällen, in denen ein Mitglied des Geschäftspersonals einer konsularischen Dienststelle sich gemäß Artikel 16 Absatz 2 Satz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 für die Anwendung der Rechtsvorschriften des entsendenden Mitgliedstaats entscheidet, dessen Staatsangehöriger er ist, diese Entscheidung auch für seinen — nicht im konsularischen Dienst stehenden — Ehegatten Wirkungen entfaltet, der ebenfalls Angehöriger des entsendenden Mitgliedstaats ist.

31. Mit der zweiten Frage begehrt das vorlegende Gericht Auskunft darüber, ob, sofern die Entscheidung für die Anwendung der Rechtsvorschriften des Entsendestaats zugleich Wirkung für den Ehegatten hat, die Wirkung der Entscheidung die Zustimmung oder eine sonstige Mitwirkung des betroffenen Ehegatten voraussetzt.

32. Meines Erachtens enthält der Wortlaut des Artikels 16 Absatz 2 der Verordnung keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Ehe-

10 — Urteil vom 12. Juni 1986 in der Rechtssache 302/84 (Ten Holder, Slg. 1986, 1821, Randnr. 22).

gatte des Beschäftigten der getroffenen Entscheidung zustimmen müßte, damit diese wirksam wird. Würde man in diese Bestimmung die Notwendigkeit hineininterpretieren, die Zustimmung des Ehegatten (oder insoweit jedes anderen erwachsenen Familienangehörigen des Arbeitnehmers) einzuholen, würde dies zu einer Rechtsunsicherheit führen, die Bestimmung unanwendbar machen und ihr damit jede praktische Wirksamkeit entziehen. Ich möchte auch darauf hinweisen, daß die Familienangehörigen eines Wanderarbeitnehmers, der das Entscheidungsrecht nach Artikel 16 Absatz 2 hat, nicht schlechter gestellt sind als die Familienangehörigen eines Wanderabeitnehmers oder -selbständigen, der kein solches Entscheidungsrecht hat. Denn im letztgenannten Fall sind die Familienangehörigen jedenfalls durch die Vorschriften über die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften gebunden.

33. Schließlich möchte ich bemerken, daß die Kommission in ihrem Vorbringen die mögliche Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 [11] erwähnt hat. In Artikel 7 dieser Verordnung heißt es:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen... nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer."

34. Die Kommission macht geltend, die Klägerin könne im Hinblick auf ihre Beschäftigung von fünf bis sechs Stunden pro Woche unter den Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Verordnung fallen und daher gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Anspruch auf soziale Vergünstigungen auf der gleichen Grundlage wie deutsche Staatsangehörige haben. Allerdings verfüge sie nicht über hinreichende Kenntnisse des Sachverhalts, um zu dieser Frage Stellung nehmen zu können, die daher dem vorlegenden Gericht zur Entscheidung im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Definition des Arbeitnehmers zu überlassen sei [12].

35. Aus folgenden Gründen halte ich es jedoch für unangebracht, die Möglichkeit einer Anwendung der Verordnung Nr. 1612/68 zu prüfen. Die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen erwähnen diese Verordnung nicht, und im Vorlagebeschluß ist dies auch sonst nicht der Fall. Daher hatten die Parteien des Ausgangsverfahrens und die Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit, vor dem Gerichtshof die Bedeutung der Verordnung zu erörtern. Vielleicht könnten diese Einwände in einem Fall außer acht bleiben, in dem die Verordnung in vollem Umfang erheblich und aus Unachtsamkeit übersehen worden wäre. Dies ist jedoch hier nicht der Fall. Es ist vorliegend keineswegs klar, ob die Klägerin Arbeitnehmerin im Sinne der Verordnung ist und ob

11 — Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2).

12 — Zur Definition des Arbeitnehmers im Sinne der Verordnung Nr. 1612/68 vgl. z. B. Urteile vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 139/85 (Kempf, Slg. 1986, 1741) und vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-27/91 (Le Manoir, Slg. 1991, I-5531).

das Diskriminierungsverbot der Verordnung den Vorschriften der Verordnung Nr. 1408/71 über die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit vorgeht. Dies sind wichtige Fragen, die in Ermangelung ausdrücklichen Vorbringens nicht behandelt werden können.

Vorschlag

36. Aus den dargelegten Gründen bin ich der Ansicht, daß die vom Landessozialgericht Niedersachsen vorgelegten Fragen wie folgt beantwortet werden sollten:

1. Artikel 16 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist so auszulegen, daß in Fällen, in denen ein Mitglied des Geschäftspersonals einer konsularischen Vertretung sein Recht aus Artikel 16 Absatz 2 Satz 1 dieser Verordnung ausübt, sich für die Rechtsvorschriften des entsendenden Mitgliedstaats, dessen Staatsangehöriger es ist, zu entscheiden, diese Entscheidung zugleich Wirkung für seinen — nicht im konsularischen Dienst stehenden — Ehegatten hat, der ebenfalls Angehöriger des entsendenden Mitgliedstaats ist.

2. Die Wirkung der Entscheidung für den Ehegatten hängt nicht von der vorherigen Zustimmung oder einer sonstigen Mitwirkung des Ehegatten ab.