SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 1. Dezember 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Sachverhalt

1. Die Rechtssache, zu der ich hier Stellung nehme, ist durch ein Vorabentscheidungsersuchen der französischen Cour de cassation anhängig gemacht worden. Genauer handelt es sich um ein zweites Vorabentscheidungsverfahren in einem Rechtsstreit zwischen einem italienischen Wanderarbeitnehmer, Herrn Pinna (im folgenden: der Kläger), und der Caisse d'allocations familiales de la Savoie (im folgenden: die Beklagte).

2. Der Kläger beansprucht Familienbeihilfen für seine beiden Kinder Sandro und Rosetta, die ihm für bestimmte Zeiträume verweigert wurden, während deren sich die Kinder mit ihrer Mutter in Italien aufhielten. Die Ablehnung der Leistung schien auf Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 [1] gestützt zu sein. Diese lautet:

„Ein Arbeitnehmer, für den die französischen Rechtsvorschriften gelten, hat für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als Frankreich wohnen, Anspruch auf Familienbeihilfen nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dessen Gebiet diese Familienangehörigen wohnen; der Arbeitnehmer muß die Beschäftigungsbedingungen erfüllen, an die der Leistungsanspruch nach den französischen Rechtsvorschriften geknüpft ist."

3. In dem ersten Vorabentscheidungsersuchen wurde der Gerichtshof nach der Gültigkeit dieser Vorschrift befragt. Mit Urteil vom 15. Januar 1986 [2] entschied er:

„1) Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist insoweit ungültig, als er ausschließt, daß den Arbeitnehmern, die den französischen Rechtsvorschriften unterliegen, für ihre im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnenden Familienangehörigen französische Familienleistungen gewährt werden.

2) Die festgestellte Ungültigkeit des Artikels 73 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 kann nicht zur Begründung von Forderungen herangezogen werden, die sich auf Leistungen für Zeiträume vor dem Erlaß des vorliegenden Urteils beziehen. Eine Ausnahme gilt für Arbeitnehmer, die vor diesem Zeitpunkt eine Klage eingereicht oder eine gleichwertige Beschwerde erhoben haben."

4. In dem nunmehr anhängigen Verfahren wird die Frage nach Inhalt und Tragweite

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Verordnung 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. 1971, L 149, S. 2, und in der aktualisierten Fassung der Verordnung Nr. 2001/83 vom 2. Juni 1983, ABl. L 230 vom 23. 8. 1983, S. 6.

2 — Urteil vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84, Pinna/Caisse d'allocations familiales de la Savoie, Slg. 1986, 1 ff.

des Urteilsspruchs gestellt bzw. nach den nunmehr anwendbaren Normen.

5. Das vorlegende Gericht unterbreitet dem Gerichtshof folgende Fragen:

„1) Führt die Feststellung der Ungültigkeit des Artikels 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 zur allgemeinen Anwendbarkeit des in Artikel 73 Absatz 1 festgelegten Zahlungssystems für Familienleistungen, oder gebietet sie vielmehr den Erlaß neuer Vorschriften nach dem in Artikel 51 des Vertrags von Rom vorgesehenen Verfahren?

2) Welches System gilt in diesem letztgenannten Fall während der Übergangszeit für Wanderarbeitnehmer, die den französischen Rechtsvorschriften unterliegen?"

6. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, einerseits sei es Sache des Rats, einstimmig auf Vorschlag der Kommission die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen zu beschließen und zu diesem Zweck insbesondere ein System einzuführen, das außer den einwandernden Arbeitnehmern und deren anspruchsberechtigten Angehörigen die Zahlung der Leistungen an Personen sichert, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten wohnen; andererseits habe aber der Gerichtshof festgestellt, daß das Kriterium des Wohnorts nicht geeignet sei, die nach Artikel 48 EWG-Vertrag vorgeschriebene Gleichbehandlung zu gewährleisten, und somit in diesem Zusammenhang nicht angewendet werden dürfe [3].

7. Angesichts der Tatsache, daß eine Regelung jedoch nur vom Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission [4] beschlossen werden könne, verbleibe eine Ungewißheit in bezug auf die Bestimmungen, die von nun an auf die Gewährung von Familienleistungen an Wanderarbeitnehmer, die den französischen Rechtsvorschriften unterliegen, angewandt werden müßten, und es sei Sache unseres Gerichtshofs, für die Klarstellung dieses Punktes zu sorgen.

8. Die in dem bisherigen Verfahren vor dem Gerichtshof vorgetragenen Ansichten der Beteiligten reichen über ein breites Spektrum. So wurde die Ansicht vertreten, durch das Urteil in der Rechtssache 41/84 sei eine Gesetzeslücke entstanden, die nur durch gesetzgeberisches Handeln des Rates nach Artikel 51 EWG-Vertrag geschlossen werden könne. [5] Für eine vorläufige Ausfüllung der Lücke werden vier Alternativen angeboten: Zunächst geht die französische Regierung in der Praxis davon aus, die bisher zu dem Urteil 41/84 gültige Rechtslage sei anwendbar. Die zuständigen Behörden sind aufgefordert worden, vorläufig nach dem ursprünglichen Verfahren vorzugehen. Die französische Regierung hält es für möglich, daß während der Übergangsphase die französische Gesetzeslage ohne ein Dazwischentreten gemeinschaftsrechtlicher Normen Anwendung finden könne. Ein weiterer Lösungsvorschlag beinhaltet die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 3 quasi als ein Aufleben der vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1408/71 geltenden Rechtslage. Schließlich ist die Kommission der Meinung, daß zumindest übergangsweise die Regelung des Artikels 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 Anwendung finden müsse. Die nunmehrige allgemeine Geltung des Artikels 73 Absatz 1 ohne ein konkretes Bedürfnis zum Erlaß einer lückenfüllenden Rechtsnorm wird im übrigen von mehreren Beteiligten vertreten.

3 — Urteil in der Rechtssache 41/84, a. a. O, Randnr. 24.

4 — Es ergibt sich aus den Akten, daß ein entsprechender Vorschlag der Kommission erst am 2. Februar 1988 vorgelegt worden ist.

5 — So etwa der Vortrag der Beklagten und der französischen Regierung.

9. Hinsichtlich der Einzelheiten des Sachverhalts und dem Vorbringen der Beteiligten wird auf den Sitzungsbericht verwiesen.

B — Stellungnahme

10. Die Tatsache, daß in demselben Ausgangsrechtsstreit bereits ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof gerichtet worden ist, steht der *Zulässigkeit* des nunmehr anhängigen Verfahrens nicht im Wege. Schon recht früh hat der Gerichtshof entschieden, daß die Gerichte an die vorgenommene Auslegung gebunden seien, es ihnen aber zukomme zu beurteilen, ob die Vorabentscheidung hinreichende Klarheit geschaffen habe oder ob eine erneute Befassung des Gerichtshofes notwendig sei.[6]

11. Die Vorabentscheidungsfragen sind ausdrücklich dahin gestellt, ob nach der Ungültigkeitserklärung des Artikels 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 das Zahlungssystem des Absatzes 1 zur Anwendung kommen müsse oder ob der Rat zum Erlaß neuer Vorschriften verpflichtet sei. Nur für den letzteren Fall wird nach dem Übergangssystem gefragt. Gleichzeitig wird aber in der Diskussion um das Ergebnis die Kompetenz des Gerichtshofes zur Bestimmung der anwendbaren Regeln bezweifelt, da dies eine Anmaßung normativer Befugnisse beinhalte, die dem Gerichtshof als einem Rechtsprechungsorgan nicht zustünde. Vielmehr sei es Sache der gesetzgebenden Organe, die sich aus dem Urteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen.

6 — Urteil vom 24. Juni 1969 in der Rechtssache 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor/Hauptzollamt Saarbrücken, Slg. 1969, 165, Randnr. 3; vgl. auch das Urteil vom 13. Mai 1981 in der Rechtssache 66/80, SpA International Chemical Corporation/Amministrazione delle finanze dello Stato, Slg. 1981, 1191, Randnr. 14.

12. Letztlich wird hier der Grenzbereich von Rechtsanwendung, Auslegung, richterlicher Rechtsfortbildung und Normsetzung zum Schauplatz des Streits. Es kann in dem konkreten Rechtsstreit nicht darum gehen, eine abstrakte Grenzziehung des Kompetenzrahmens des Gerichtshofes vorzunehmen. Trotzdem muß die Befugnis des Gerichtshofes, eine verbindliche Antwort auf die Vorlagefragen zu geben, positiv festgestellt werden können. Das Problem verdichtet sich folglich zu der Frage, ob und inwieweit die vom Gerichtshof erbetene inhaltliche Bestimmung der anwendbaren Rechtsregeln noch Auslegung und damit Rechtsanwendung sind oder ob ein rechtsschöpferischer Akt erforderlich ist, zu dessen Erlaß der Gerichtshof nicht zuständig ist.

13. An den Beginn der Betrachtung seien einige allgemeine Bemerkungen zu den Pflichten, die aus einem Vorabentscheidungsurteil folgen, gestellt. Der EWG-Vertrag sieht für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung vor im Gegensatz zu Artikel 176 EWG-Vertrag, der nach Inhalt und Systematik für Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen gilt. In Absatz 1 der Vorschrift wird bestimmt, daß das Organ, dem das für nichtig erklärte Verhalten zur Last fällt oder dessen Untätigkeit als vertragswidrig erklärt worden ist, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergebenden Maßnahmen zu ergreifen habe.

14. Die Vorschrift bietet sich an für eine Analogie, sofern durch eine Erklärung der Ungültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts eine vergleichbare Rechtslage eingetreten ist und ein Handlungsbedarf besteht. Diese Konsequenz hat der Gerichtshof bisher auch schon für das Vorabentscheidungsverfahren gezogen. Er hat mehrfach — fast wortgleich — festgestellt, zwar bestimme der Vertrag nicht ausdrücklich die Folgen, die sich aus

einer Ungültigkeitserklärung im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens ergeben, doch enthielten die Artikel 174 und 176 klare Vorschriften über die Wirkungen der Nichtigerklärung einer Verordnung im Rahmen einer direkten Klage. In mehreren Vorabentscheidungsverfahren berief sich der Gerichtshof danach auf die aus einem Urteil fließenden Handlungspflichten der Gemeinschaftsorgane[7].

15. Die Parallele ist um so mehr begründet, als auch in einer Vorabentscheidung Wirkungen eines Nichtigkeitsurteils ausgesprochen werden können. Obwohl das vorlegende Gericht Adressat einer Vorabentscheidung ist, ist die einmal festgestellte Ungültigkeit eines Rechtsakts auch von anderen Gerichten zu beachten. Sie stellt — so die Rechtsprechung des Gerichtshofes — einen „ausreichenden Grund dar", die streitige Handlung eines Gemeinschaftsorgans „als ungültig anzusehen".[8]

16. Ein Bedürfnis für eine solch übereinstimmende Betrachtungsweise ergibt sich aus dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung. Das wird um so deutlicher angesichts der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Verwerfungsmonopol für Gemeinschaftsrechtsakte[9]. Wenn für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Organe die Rechtsbehelfe im direkten Verfahren und im Vorabentscheidungsverfahren komplementäre Funktionen erfüllen, so kann für die Folgen aus dieser Rechtskontrolle nichts grundsätzlich anderes gelten.

17. Die potentielle Anwendbarkeit des Artikels 176 EWG-Vertrag als Folge einer Vorabentscheidung besagt allerdings nichts darüber, ob im konkreten Fall überhaupt ein Bedürfnis für die Heranziehung der Norm besteht. Noch weniger besteht eine Pflicht zu deren Anwendung, ungeachtet der Umstände des Falles. Die Handlungspflicht der Organe kann überhaupt nur dort relevant werden, wo die Befugnis des Gerichtshofes, das anwendbare Recht zu bestimmen, endet und dabei eine ausfüllungsbedürftige Lücke entsteht.

18. Was nun die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Bezeichnung bzw. Bestimmung einer gültigen Gesetzeslage betrifft, so ist diese — wie auch aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes folgt — recht weitgehend. In der Rechtssache 300/86[10] hat der Gerichtshof beispielsweise ausdrücklich das vorläufig anwendbare Regime festgelegt, das im Fortbestand der ungültig erklärten Rechtslage und deren Ausdehnung auf ungleich behandelte Gruppen bestand.

19. Es ist nun zu prüfen, ob durch das Urteil in der Rechtssache 41/84 ein rechtliches Vakuum entstanden ist, das einer rechtsschöpferischen Ausfüllung bedarf, oder ob

7 — Urteil vom 19. Oktober 1977 in den verbundenen Rechtssachen 117/76 und 16/77, Albert Ruckdeschel & Co. und Hansa-Lagerhaus Ströh & Co./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG/Hauptzollamt Itzehoe, Slg. 1977, 1753; Urteil vom 19. Oktober 1977 in den verbundenen Rechtssachen 124/76 und 20/77, SA Moulins et huileries de Pont-à-Mousson/Office national interprofessionnel des céréales; Société coopérative „Providence agricole de la Champagne"/Office national interprofessionnel des céréales, Slg. 1977, 1795; Urteil vom 15. Oktober 1980 in der Rechtssache 4/79, Société coopérative „Providence agricole de la Champagne"/Office national interprofessionnel des céréales (ONIC), Slg. 1980, 2823, Randnrn. 44 und 46; Urteil vom 15. Oktober 1980 in der Rechtssache 109/79, Sàrl Maiseries de Beauce/Office natinal interprofessionnel des céréales (ONIC), Slg. 1980, 2883, Randnrn. 44 und 46; Urteil vom 15. Oktober 1980 in der Rechtssache 145/79, SA Roquette Frères/Französischer Staat (Zollverwaltung), Slg. 1980, 2917, Randnrn. 51 und 53; Rechtssache 66/80, a. a. O., Randnr. 16.

8 — Rechtssache 66/80, a. a. O., Randnr. 13; Urteil in der Rechtssache 112/83, Société des produits de mais SA/Administration des douanes et droits indirects, Slg. 1985, 719, Randnr. 16.

9 — Urteil vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85, Foto-Frost, Ammersbek/Hauptzollamt Lübeck-Ost, Slg. 1987, 4199.

10 — Urteil vom 29. Juni 1988 in der Rechtssache 300/86, Luc Van Landschoot/MV Mera, Slg. 1988, 3443, Nummer 3 des Tenors.

sich nicht die anzuwendenden Normen aus einer verständigen Würdigung des Urteils 41/84 selbst deduzieren lassen.

20. In Nummer 1 des Tenors des Urteils 41/84 hat der Gerichtshof für Recht erkannt: „Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung EWG Nr. 1408/71 ist insoweit ungültig, als er ausschließt, daß den Arbeitnehmern, die den französischen Rechtsvorschriften unterliegen, für ihre im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnenden Familienangehörigen französische Familienleistungen gewährt werden." Es handelt sich bei dieser Formulierung um eine materielle Umschreibung des ungültigen Norminhalts. Auch die Begründung läßt keinen anderen Schluß zu [11]. Dabei ist festzuhalten, daß der Gerichtshof gerade nicht eine einfache und kürzere Formel wie etwa „Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 ist ungültig" gewählt hat. Daß der Gerichtshof gleichwohl von der Ungültigkeit des gesamten Absatzes 2 ausgegangen ist, ergibt sich aus Nummer 2 des Tenors, mit dem die Wirkungen des Urteils für die Vergangenheit begrenzt werden. Es heißt dort: „Die festgestellte Ungültigkeit des Artikels 73 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 kann nicht zur Begründung von Forderungen herangezogen werden ...".

21. Geht man davon aus, daß Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des Artikels 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 darstellt, so sprechen normtheoretische Überlegungen für die nunmehrige allgemeine Anwendbarkeit der Grundregel. Gegen diese Schlußfolgerung werden allerdings zwei Einwände erhoben. Einmal scheinen Absatz 1 und Absatz 2 des Artikels 73 der Verordnung unterschiedliche Anwendungsgebiete zu betreffen, da in Absatz 1 von „Familienleistungen" die Rede ist, während Absatz 2 die „Familienbeihilfen" zum Gegenstand hat. Zum zweiten scheint die in Absatz 1 der Vorschrift formulierte Ausnahme von der Regel für einen „anderen Mitgliedstaat als Frankreich" nach wie vor Gültigkeit zu beanspruchen.

22. a) Ich wende mich zunächst dem ersten Argument zu. Sowohl für den Rechtsbegriff „Familienleistungen" wie auch für den Terminus „Familienbeihilfen" enthält Artikel 1 der Verordnung Nr. 1408/71 eine Legaldefinition. Artikel 1 Buchstabe u Ziffern i und ii lautet: „i) ‚Familienleistungen': 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"; „ii) ‚Familienbeihilfen': regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden;".

23. Der erwähnte Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h, der aus einem einzigen Wort besteht, nämlich dem Wort „Familienleistungen", enthält keine Einschränkung, da er lediglich „Familienleistungen" als von der Verordnung betroffene Leistungsart bestimmt. Auch Anhang I im Hinblick auf „Familienbeihilfen" als *regelmäßige* Geldleistungen bewirkt keine Einschränkung des Anwendungsbereichs. Deshalb läßt sich Artikel 1 Buchstabe u Ziffer i folgendermaßen lesen: „ ‚Familienleistungen': (sind) alle Sach- oder Geldleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten ... bestimmt sind ...".

11 — Urteil in der Rechtssache 41/84, a. a. O., S. 25, Randnrn. 21 bis 25.

24. Dabei wird deutlich, daß Familienbeihilfen nur *eine* Kategorie der Familienleistungen darstellen. Familienleistungen und Familienbeihilfen sind also kein Aliud, sondern stehen zueinander im Verhältnis von Oberbegriff und Spezialbegriff. Daraus folgt aber, daß das Verhältnis von Artikel 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 und dessen Absatz 2 in sachlicher Hinsicht auch das der allgemeinen Regel und der Spezialnorm ist.

25. Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 in seiner ursprünglich gültigen Fassung enthielt zweierlei Ausnahmen unterschiedlichen Charakters gegenüber der Grundnorm des Artikels 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71, und zwar sowohl die sachliche Beschränkung auf Familienbeihilfen als auch die territoriale Beschränkung auf Arbeitnehmer, für die französische Rechtsvorschriften gelten, deren Familienangehörige aber in einem anderen Mitgliedstaat als Frankreich wohnen. Somit stehen Absatz 1 und Absatz 2 des Artikels 73 der Verordnung Nr. 1408/71 im Regel-Ausnahmeverhältnis. Fallen beide Ausnahmen weg, so wie es der Gerichtshof entschieden hat, so können keine Bedenken gegen eine nunmehrige allgemeine Geltung des Absatzes 1 der Norm erhoben werden.

26. b) Nun werde ich — wie schon angedeutet — zu dem aus Artikel 73 Absatz 1 der Verordnung gewonnenen Wortlautargument Stellung nehmen.

27. Es ist richtig, daß der Gerichtshof die Wendung „eines anderen Mitgliedstaats als Frankreich" ausdrücklich nicht für ungültig erklärt hat. Prima facie läßt sich daraus deren Fortgeltung ableiten. Wie zu zeigen sein wird, entspricht diese Deutung aber weder dem Inhalt des Urteilsspruchs noch der Systematik des noch gültigen Artikels 73 der Verordnung Nr. 1408/71.

28. Ein formales Argument gegen die Hypothese der Weitergeltung des Artikels 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in vollem Wortlaut ist der Umstand, daß der Gerichtshof nicht nach der Geltung dieses Absatzes gefragt worden war. Folgende Überlegungen dürften allerdings dem sachlichen Gehalt des Urteils eher entsprechen: Wie im vorigen schon aufgezeigt worden ist, hat der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache 41/84 die materielle Tragweite des Artikels 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 für ungültig erklärt. Wie den Entscheidungsgründen zu entnehmen ist, war gerade der Dualismus des Systems ein Kriterium für die Ungültigkeit der Vorschrift, neben dem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Der verurteilte Dualismus ist darin zu erblicken, daß in Artikel 73 Absatz 1 das Beschäftigungslandprinzip als Anknüpfungskriterium gewählt wurde, wohingegen nur für die Ausnahmen des Absatzes 2 das Wohnstaatkriterium zum Tragen kam. Würde man die in Absatz 1 Artikel 73 formulierte Ausnahme weiterbestehen lassen, so wäre darin nach wie vor ein dualistisches System angelegt, dessen konkrete Ausformung jedoch nicht mehr aus dem Verordnungstext abzuleiten wäre. Insofern als die streitige Wendung in Absatz 1 des Artikels 73 nur ein Hinweis auf die Ausnahmen des ungültigen Absatzes 2 darstellt, ist sie von dem Urteilsspruch in der Rechtssache 41/84 mitumfaßt.

29. Eine solche teleologische Auslegung von Urteilen des Gerichtshofes ist durchaus angemessen und auch üblich. In der Rechtssache 130/79 [12] zum Beispiel, in der es auch

12 — Urteil vom 12. Juni 1980 in der Rechtssache 130/79, Express Dairy Foods Limited/Intervention Board for Agricultural Produce, Slg. 1980, 1887.

um die Folgen eines für ungültig erklärten Rechtsakts ging, hat der Gerichtshof zunächst die zu der Ungültigkeit führenden Gründe erwogen, um dann festzustellen, daß andere mit der ungültigen Vorschrift inhaltlich gleiche Verordnungen ebenfalls ungültig seien. In dem Urteil in der Rechtssache 33/84 [13] hat der Gerichtshof sogar die stillschweigende Erklärung der Ungültigkeit einer Verordnung angenommen. Auch in diesem Fall waren nach Sinn und Zweck eines vorangehenden Urteils die mit der ungültigen Norm inhaltlich verknüpften Verordnungen miterfaßt.

30. Eine von einer derart implizit erfolgten Ungültigkeitserklärung im Tenor des Urteils der Rechtssache 41/84 abweichende Betrachtungsweise könnte nur dann Platz greifen, wenn Artikel 73 Absatz 1 von vorneherein nicht als die Grundnorm für die Ausnahme des Absatzes 2 angesehen werden könnte. Die einzig denkbare Konstruktion wäre dann folgende: Artikel 73 Absatz 1 etabliert eine Koordinierungsregel für Familienleistungen, die für sämtliche Mitgliedstaaten *außer Frankreich* Geltung hat. Ausschließlich für den Teilbereich der Familienbeihilfen würde eine eigene konstitutive Regel für Frankreich in Absatz 2 getroffen.

31. Diese Konstellation ist aber aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Zunächst ist kein sachlicher Grund dafür erkennbar, Frankreich gänzlich aus der gemeinschaftsrechtlichen Koordinierung für Familienleistungen auszunehmen. Außerdem hätte dann schon bei Gültigkeit des Absatzes 2 eine Gesetzeslücke bestanden. Die Familienleistungen, die keine Familienbeihilfen sind, wären dann gänzlich unberücksichtigt geblieben. Daß der Gemeinschaftsgesetzgeber eine solche Lücke hätte schaffen wollen, kann nicht ernsthaft unterstellt werden. Selbst eine versehentlich entstandene Regelungslücke wäre im Wege richterlicher Rechtsfortbildung systemkonform zu schließen gewesen.

32. Gerade weil es sich bei der Verordnung Nr. 1408/71 um eine Koordinierungsvorschrift handelt, die nicht autonom eigenständige Anspruchspositionen schafft, sondern den Anknüpfungspunkt für die anwendbare Rechtsordnung bestimmt, macht es keinen Sinn, einen Teilbereich französischer Familienleistungen aus dem Regelungsbereich herauszunehmen. Eine solche Ausnahme wäre per se schon mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot unvereinbar.

33. Die vom Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung entwickelte Theorie zur Auslegung des Urteils in der Rechtssache 41/84 scheint zwar auf der im vorigen abgelehnten Hypothese zu basieren. Obwohl er bei seinen Betrachtungen die einzelnen Passagen des Urteilsspruchs und des Verordnungstextes herausarbeitet und in Beziehung setzt, setzt er sich über die vom Gerichtshof in seinem Urteil gewählte Terminologie hinweg. Denn der Gerichtshof ist in seinem Urteil in der Rechtssache 41/84 eindeutig von der allgemeinen Geltung der Regel für die Anknüpfung bei Familienleistungen auch für Frankreich ausgegangen. In der Begründungserwägung 25 heißt es schon, Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung 1408/71 sei insoweit ungültig, als er ausschlösse, daß den Arbeitnehmern, die den französischen Rechtsvorschriften unterliegen, für ihre im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats wohnenden Familienangehörigen *französische Familienleistungen* gewährt werden. Die gleiche Formulierung findet sich wieder in Nummer 1 des Tenors. Diese Terminologie ist nur dann sinnvoll, wenn man davon ausgeht, daß grundsätzlich den Arbeitnehmern, die den französischen

13 — Urteil vom 22. Mai 1985 in der Rechtssache 33/84, SpA Fragd/Amministrazione delle finanze dello Stato, Slg. 1985, 1605, Randnr. 13.

Rechtsvorschriften unterliegen, französische Familienleistungen gewährt werden und nur die von dieser Regel für Familienbeihilfen eine Ausnahme machende Norm ungültig ist.

34. Die folglich anwendbare Grundregel des Artikels 73 Absatz 1 entspricht auch den Anforderungen des Gerichtshofes an eine wirksame Koordinierungsregel. Sie entspricht dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, das in den Artikeln 7 und 48 EWG-Vertrag seinen Niederschlag gefunden hat. Für den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 ist das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot noch einmal speziell in Artikel 3 der Verordnung festgelegt worden, in dem es heißt: „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 ...".

35. Eine Beibehaltung des vollständigen Wortlauts des Artikels 73 Absatz 1 mit den bereits skizzierten Rechtsfolgen würde wohl auch dem Artikel 51 Buchstabe b EWG-Vertrag zuwiderlaufen, der Wanderarbeitnehmern und ihren Angehörigen die Zahlung der Leistungen (eines Mitgliedstaates) an Personen sichert, die in den Hoheitsgebieten der (anderen) Mitgliedstaaten wohnen.

36. Der modifizierte Artikel 73 Absatz 1 würde demgegenüber außer den schon im EWG-Vertrag festgelegten Grundsätzen auch den allgemeinen Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 entsprechen. Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikels 3 wären auch die Vorschriften des Artikels 13 beachtet, wonach ein Arbeitnehmer, für den die Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften *eines* Mitgliedsstaats unterliegt[14] und dieses in der Regel der Beschäftigungsstaat ist[15].

37. Die wenigen von der Verordnung selbst vorgesehenen Durchbrechungen des Beschäftigungsstaatsprinzips, wie etwa für die Rentenversicherung oder bei Grenzgängern, geben keinen Anlaß, die hier für anwendbar gehaltene Regel in Frage zu stellen. Vielmehr spricht neben dem klaren Wortlaut des Artikels 13 auch die Ratio der Verordnung für den eingeschlagenen Lösungsweg. Anspruchsberechtigter bei den Familien*leistungen* ist der Arbeitnehmer, der sich mit seinen Forderungen an den zuständigen Träger wendet, und zwar in dem Staat, in dem er auch *Steuern und Sozialabgaben* entrichtet. Eine Durchbrechung des Beschäftigungsstaatsprinzips durch das Wohnstaatsprinzip ist dagegen häufig auch dadurch motiviert, daß regelmäßig der Träger in Anspruch genommen werden soll, bei dem Beiträge entrichtet wurden. Für eine solche Abweichung besteht im vorliegenden Fall kein Anlaß.

38. Nachdem bisher die Generalisierung des Artikels 73 Absatz 1 als aus dem Urteil in der Rechtssache 41/84 folgende Lösung apostrophiert wurde, bleibt der von der französischen Regierung und der Beklagten vorgebrachte Einwand zu erörtern, einer Verallgemeinerung des in Artikel 73 Absatz 1 festgelegten Systems stünde das Einstimmigkeitserfordernis des Artikels 51 EWG-Vertrag entgegen.

39. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach Artikel 4 EWG-Vertrag werden die der Gemeinschaft zugewiesenen

14 — Vgl. Artikel 13 Absatz 1 der Verordnung.

15 — Vgl. Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung.

Aufgaben durch vier dort genannte Organe wahrgenommen; dabei handelt jedes Organ nach Maßgabe der ihm durch den Vertrag zugewiesenen Befugnisse. Dem Gerichtshof ist in Artikel 177 Absatz 1 die Befugnis zugewiesen worden, über die Auslegung des EWG-Vertrags im Wege der Vorabentscheidung zu entscheiden.

40. Nichts anderes hat der Gerichtshof mit seiner Entscheidung vom 15. Januar 1986 getan:

Er hat den Vertrag ausgelegt, indem er sagte, „das Kriterium (des Artikels 73 Absatz 2 — Land des Wohnsitzes der Familienangehörigen) ist nicht geeignet, die durch Artikel 48 EWG-Vertrag vorgeschriebene Gleichbehandlung zu gewährleisten ...“

Er hat ferner über die Gültigkeit einer Handlung eines Organs entschieden, indem er festgestellt hat, daß Artikel 73 Absatz 2 der Verordnung (EWG) des Rates Nr. 1408/71 „insoweit ungültig“ ist.

41. Schließlich kann der Gerichtshof, falls er eine Verordnung für nichtig erklärt, die Wirkungen bezeichnen, die als fortgeltend zu betrachten sind. Das gilt für Urteile im Verfahren des Artikels 177 entsprechend [16]. Nichts anderes tut er, wenn er die Regelung des Artikels 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 als diejenige bezeichnet, die fortgilt, nachdem der Absatz 2 für ungültig erklärt worden ist. Die Unterstellung, der Gerichtshof überschreite dadurch seine Kompetenzen, muß also als unbegründet zurückgewiesen werden.

16 — Urteil in der Rechtssache 4/79, a. a. O., Randnrn. 44, 46; Urteil in der Rechtssache 109/79, a. a. O., Randnrn. 44, 46; Urteil in der Rechtssache 145/79, a. a. O., Randnrn. 51, 53.

42. Das gleiche Ergebnis könnte auch mit rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Überlegungen begründet werden. Diese würden notwendigerweise eine persönliche Färbung tragen. Ich halte es deshalb nicht für erforderlich, Ihnen diese Überlegungen vorzutragen. Der uns alle bindende Vertragstext bietet eine ausreichende Stütze.

43. Natürlich — und diese Feststellung ist eine Selbstverständlichkeit — wird durch eine Generalisierung des Artikels 73 Absatz 1 die Befugnis von Rat und Kommission, rechtsändernd tätig zu werden, in keiner Weise eingeschränkt. Man ist also keineswegs gezwungen, das Prinzip des Artikels 73 Absatz 1 beizubehalten. Er kann durchaus eine andere Lösung suchen, und das scheint er ja auch, wie wir gehört haben, zu tun. Eines darf er nicht: Er darf nicht das Prinzip des Artikels 73 Absatz 2 anwenden, weil dieses nicht geeignet ist, die vom Vertrag vorgeschriebene Gleichbehandlung zu gewährleisten.

44. Abschließend ist noch eine Bemerkung zu den in die Diskussion gebrachten Artikeln 60 und 220 der Beitrittsakte Spaniens und Portugals angebracht, obwohl diese Vorschriften meines Erachtens keinen unmittelbaren Einfluß auf hier zu beantwortende Fragen haben. Beide Artikel enthalten jeweils für Spanien und Portugal eine Verweisung auf Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71. Insbesondere die Verweisung auf Artikel 73 Absatz 2 unter anderen und die Bestimmung einer analogen Anwendung etabliert ein bis Ende 1988 gültiges Übergangsregime. Im Unterschied zu Artikel 73 der Verordnung sind die Vorschriften der Beitrittsakte auch nicht vor dem Gerichtshof auf ihre Gültigkeit hin zu überprüfen und im Rahmen einer solchen Prüfung an den

Grundsätzen des EWG-Vertrags zu messen, da sie dessen Rang als primäres Gemeinschaftsrecht teilen [17].

45. Soweit die Artikel 60 und 220 der Beitrittsakte auf Artikel 99 der Verordnung Nr. 1408/71 verweisen, um ein nach dieser Vorschrift einzuführendes einheitliches System auch für die iberischen Mitgliedstaaten zur Anwendung zu bringen, dürfte ein Rechtsakt der gemeinschaftlichen Gesetzgebungsorgane erforderlich sein. Das durch die Rechtssache Pinna für allgemein anwendbar erklärte Regime des Artikels 73 Absatz 1 verdankt seine Geltung einem unter dem Rang der Beitrittsakte stehenden Vorgehen und entspricht auch nicht der von der Beitrittsakte selbst vorgesehenen Errichtungsweise einer „einheitlichen Lösung".

46. Die vorstehenden Ausführungen sind allerdings in zweifacher Hinsicht theoretisch, und zwar einmal deshalb, weil die Artikel 60 und 220 der Beitrittsakte auf die Rechtsanwendung in der Rechtssache Pinna keinen Einfluß haben, und zum anderen, weil sich aus den Vorschriften selbst ergibt, daß das Übergangsregime mit Ende des Jahres 1988 ausläuft.

47. Die Auslagen der französischen, italienischen, portugiesischen und griechischen Regierungen sowie der Kommission sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens hat das Verfahren vor dem Gerichtshof den Charakter eines Zwischenstreits. Es ist deshalb Sache des vorlegenden Gerichts, über die Kosten zu entscheiden.

C — Schlußantrag

48. Nach dem Vorstehenden schlage ich folgende Beantwortung der Vorlage vor:

„Nach der Ungültigerklärung des Artikels 73 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 durch das Urteil in der Rechtssache 41/84 ist das allgemeine System des Artikels 73 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 auch für Frankreich anwendbar. Das System gilt uneingeschränkt, sofern die gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsorgane nicht von ihrer Änderungsbefugnis Gebrauch machen. Artikel 73 Absatz 1 und 2 sind demgemäß wie folgt zu lesen:

Ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates 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."

17 — Vgl. auch das Urteil vom 28. April 1988 in den verbundenen Rechtssachen 31 und 35/86, SA Laisa u. a./Rat, Slg. 1988, 2285.