SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 6. Juni 1996 *

1. Die Fragen, die das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen vorgelegt hat, beziehen sich auf den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 [1] (im folgenden: die Verordnung). Im einzelnen begehrt das vorlegende Gericht Auskunft darüber, welche der verschiedenen Alternativen des Artikels 1 der Verordnung maßgebend für die Definition des „Selbständigen" für die Zwecke der Gewährung von Familienleistungen für Familienangehörige, die im Ausland wohnen, gemäß Artikel 73 der Verordnung durch die zuständigen deutschen Träger sind.

2. Kommen wir zum Sachverhalt in der Rechtssache C-4/95. Herr Stöber, ein deutscher Staatsangehöriger, arbeitete von 1965 bis 1969 in Irland und kehrte dann nach Deutschland zurück. Von diesem Zeitpunkt bis 1977 war er abhängig beschäftigt und gehörte als Versicherungspflichtiger der deutschen gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung an. Seit dem 1. Februar 1977 war er als Selbständiger tätig und entrichtete freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung der Angestellten sowie zu einer Ersatzkasse der gesetzlichen Krankenversicherung.

3. Im November 1988 beantragte Herr Stöber bei der zuständigen deutschen Behörde die Berücksichtigung seiner Tochter aus erster Ehe — die bei ihrer Mutter in Irland wohnte — bei der Berechnung des Kindergeldes für seine beiden Kinder aus zweiter Ehe — die in Deutschland wohnten — mit der Begründung, daß sich die Tochter in den Ferien in der Wohnung des Vaters aufhalte und in Deutschland auch polizeilich gemeldet sei.

4. Die Verwaltung lehnte den Antrag mit Bescheid vom 22. Dezember 1988 und Widerspruchsbescheid vom 13. Februar 1989 ab. Die Ablehnung der Anträge von Herrn Stöber erfolgte nach nationalem Recht mit der Begründung, daß die Tochter in Deutschland weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt habe. Das Sozialgericht Dortmund, bei dem Herr Stöber Klage erhob, hob jedoch die Bescheide der Verwaltung auf und erkannte einen Anspruch des Klägers auf Familienleistungen auch für die in Irland wohnende Tochter, gestützt auf das Gemeinschaftsrecht, an. Die Verwaltung legte gegen dieses Urteil Berufung ein mit der Begründung, daß das Gemeinschaftsrecht auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, weil Herr Stöber kein „Selbständiger" im Sinne der Definition in Artikel 1 der Verordnung sei.

5. Der Sachverhalt in der Rechtssache C-5/95 ist vergleichbar. Auch Herr Piosa Pereira, ein spanischer Staatsangehöriger, war

* Originalsprache: Italienisch.

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 (konsolidierte Fassung, ABl. C 325 vom 10. Dezember 1992, S. 1).

bis zum 9. September 1988 in Deutschland abhängig beschäftigt und deshalb kranken- und rentenversicherungspflichtig. Am 1. April 1989 nahm er eine selbständige Tätigkeit auf, und auch er leistete freiwillige Krankenversicherungsbeiträge bei einer allgemeinen Ortskrankenkasse.

6. Am 31. Oktober 1989 beantragte Herr Piosa Pereira Kindergeld für seine drei Kinder, die in Spanien bei ihrer von ihm getrennt lebenden Mutter lebten und vom zuständigen spanischen Träger keine Familienleistungen bezogen, sowie für seine in Deutschland lebende nichteheliche Tochter. Die Verwaltung stellte fest, daß Herr Piosa Pereira nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung falle, und gab dem Antrag in bezug auf die drei in Spanien lebenden Kinder nicht statt, erkannte jedoch nach nationalem Recht einen Anspruch auf die Familienleistungen für die in Deutschland lebende nichteheliche Tochter an. Das Sozialgericht Dortmund gab der Klage von Herrn Piosa Pereira statt und stellte fest, daß die Verordnung auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Gegen diese Entscheidung legte die Beklagte aus den gleichen Gründen wie im zuvor geschilderten Fall Berufung ein.

7. Das vorlegende Gericht, das beide Rechtsstreitigkeiten im zweiten Rechtszug zu entscheiden hat, hat einen Anspruch auf die Familienleistungen aufgrund der deutschen Rechtsvorschriften mit der Begründung ausgeschlossen, daß im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts „Kinder, die weder einen Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben, ... nach § 2 Abs. 5 Satz 1 Bundeskindergeldgesetz ... nicht berücksichtigt [werden]“ [2]. Das Gericht hat angesichts der Gemeinschaftsregelung Zweifel daran, ob ein solcher Anspruch gemäß Artikel 73 der Verordnung zugebilligt werden kann; es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof in den beiden bei ihm anhängigen Rechtssachen eine Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich der Rechtsvorschriften über Familienleistungen vorgelegt.

8. Die Fragen lauten wie folgt:

Rechtssache C-4/95:

Ist für die Zahlung von Kindergeld in der Bundesrepublik Deutschland „Selbständiger“ im Sinne des Artikels 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wer in der Bundesrepublik Deutschland eine selbständige Tätigkeit ausübt und als solcher zwar die Definition des „Selbständigen“ im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a Ziffer iv, nicht aber die Definition der Ziffer ii zweiter Gedankenstrich erste Alternative in Verbindung mit Anhang I Teil I Buchstabe C Unterabsatz b erfüllt?

2 — In § 2 Absatz 5 Bundeskindergeldgesetz heißt es nämlich: „Kinder, die weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, werden [für die Berechnung der Familienleistungen] nicht berücksichtigt.“

Rechtssache C-5/95:

Ist für die Zahlung von Kindergeld in der Bundesrepublik Deutschland „Selbständiger" im Sinne des Artikels 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wer in der Bundesrepublik Deutschland eine selbständige Tätigkeit ausübt und als solcher zwar die Definition des „Selbständigen" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a Ziffern i und iv, nicht aber die Definition der Ziffer ii zweiter Gedankenstrich erste Alternative in Verbindung mit Anhang I Teil I Buchstabe C Unterabsatz b erfüllt?

Die anwendbaren Rechtsvorschriften

9. Nachdem ich die aufgeworfenen Fragen dargestellt habe und bevor ich mit der Untersuchung beginne, ist anzugeben, welche Rechtsvorschriften für diese Untersuchung erheblich sind:

Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung:

„Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

a) ‚Arbeitnehmer' oder ‚Selbständiger': jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige erfaßt werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfaßt werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

— wenn diese Person aufgrund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

— wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

...

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfaßt werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

— wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

— wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war."

b) als Selbständiger, wer eine Tätigkeit als Selbständiger ausübt und

— in einer Versicherung der selbständig Erwerbstätigen für den Fall des Alters versicherungs- oder beitragspflichtig ist

oder

— in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig ist."

Anhang I Teil I Buchstabe C

„Ist ein deutscher Träger der zuständige Träger für die Gewährung der Familienleistungen gemäß Titel III Kapitel 7 der Verordnung, so gilt im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a) Ziffer ii) der Verordnung

...

Artikel 73 der Verordnung bestimmt:

„Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten."

Zur Sache

Systems der sozialen Sicherheit ... freiwillig versichert" sei.

10. Die aufgeworfenen Fragen sind darauf zurückzuführen, daß sich das vorlegende Gericht für die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten verschiedenen Definitionen des Selbständigen gegenübergestellt sieht: denjenigen in Artikel 1 Buchstabe a Ziffern i und iv der Verordnung und der besonderen Definition im Anhang für die Gewährung von Familienleistungen im Sinne von Artikel 73 durch die zuständigen deutschen Träger.

Die Kläger müßten aufgrund des Umstands, daß sie *freiwillig* Beiträge zu solchen Systemen entrichteten, als Selbständige in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung fallen, mit dem Ergebnis, daß auf sie die Bestimmungen über Familienleistungen Anwendung fänden.

11. Das vorlegende Gericht sieht zwei Möglichkeiten der Auslegung der Bestimmungen, die den Begriff des Selbständigen definieren, für die Zwecke der Anwendung der Verordnung auf die vorliegenden Fälle.

Diese Ansicht wird im Kern vom Königreich Spanien in dessen Erklärungen geteilt.

12. Die erste läßt sich wie folgt zusammenfassen: Die *freiwilligen* Versicherungssysteme, deren sich sowohl Herr Stöber als auch Herr Piosa Pereira bedienten, als sie ihre selbständige Tätigkeit aufnahmen, dekken das Risiko der Krankheit. Diese Systeme fallen also entweder in die Kategorie der freiwilligen Weiterversicherung gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige erfaßt werden, im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a Ziffer i oder, im Falle von Herrn Piosa Pereira, in die Kategorie im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a Ziffer iv zweiter Gedankenstrich, da, wie das vorlegende Gericht ausführt, dieser bereits vorher gegen das gleiche Risiko (Krankheit) pflichtversichert war, so daß er jetzt „im Rahmen eines für Arbeitnehmer ... geschaffenen

13. Die zweite Lösungsmöglichkeit — die sich, so erfahren wir vom vorlegenden Gericht, die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu eigen gemacht haben — bezieht sich auf die Bestimmungen im Anhang in bezug auf die Gewährung von Familienleistungen durch die Behörden dieses Landes. Das deutsche System der sozialen Sicherheit entspricht in bezug auf Familienleistungen Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii. Es handelt sich nämlich um ein für alle Einwohner geltendes System der sozialen Sicherheit. Dieses, so das vorlegende Gericht, erlaube keine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen im Sinne von Ziffer ii erster Gedankenstrich, und Herr Stöber und Herr Piosa Pereira erfüllten auch nicht die Voraussetzungen von Ziffer ii zweiter Gedankenstrich erste Alternative. Sie seien nämlich gegen keines der in Anhang I bestimmten Risiken im Rahmen eines für Selbständige errichteten Systems versichert. Da diese Voraussetzungen nicht erfüllt seien, müsse auf die in der Definition in dem

genannten Anhang festgelegten Voraussetzungen zurückgegriffen werden. Denn die Regelung nach den Definitionsnormen insgesamt stelle eine Sonderregelung dar, die der allgemeinen Regelung des Artikels 1 Buchstabe a der Verordnung vorgehe.

14. Nach diesen Ausführungen versäumt es das vorlegende Gericht nicht, anzugeben, welche Folgen sich aus der Anwendung der zuletzt genannten Definitionsnorm auf den vorliegenden Fall ergeben. Die Kläger seien weder „in einer Versicherung der selbständig Erwerbstätigen für den Fall des Alters versicherungs- oder beitrags*pflichtig*" noch „in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungs*pflichtig*", sondern entrichteten ihre Vorsorgebeiträge *freiwillig*. Sie fielen daher nicht unter den Begriff „Selbständiger" im Sinne des Anhangs und somit nicht in den Geltungsbereich der Gemeinschaftsregelung und hätten Anspruch auf Familienleistungen nur im Rahmen der auf sie anwendbaren deutschen Regelung.

Genau diese Ansicht vertritt die deutsche Regierung in ihren Erklärungen.

15. Ich beginne mit der Untersuchung des Problems, indem ich die Geschichte der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft ins Gedächtnis rufe, die in diesem Zusammenhang erheblich sind. Die Regelung aufgrund der Verordnung, die ursprünglich nur für Arbeitnehmer galt, wurde in zwei aufeinanderfolgenden Abschnitten auch auf Selbständige erstreckt.

16. Durch die Verordnung (EWG) Nr. 1390/81 wurde die Regelung für Arbeitnehmer aufgrund der Erwägung, daß „die Freizügigkeit der Personen ... nicht ausschließlich auf die Arbeitnehmer beschränkt [ist], sondern ... im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auch die Selbständigen [betrifft]", auf letztere ausgedehnt [3]. Bei dieser Gelegenheit sah der Gesetzgeber, obwohl er eindeutig von einer „expansiven" Logik geleitet war, eine ganz genau definierte Ausnahme gerade im Bereich der Familienleistungen vor. Die Regelung schloß nämlich die Anwendbarkeit des Artikels 73 der Verordnung auf Selbständige aus und schrieb somit fest, daß die Familienleistung in bezug auf Selbständige nicht exportierbar war.

17. Auch um diese Lücke zu schließen, wurde die Verordnung (EWG) Nr. 3427/89 [4] erlassen, die Artikel 73 in der Weise geändert hat, daß die Möglichkeit, sich auf diese Bestimmung zu berufen, auch Selbständigen

3 — Verordnung des Rates vom 12. Mai 1981 zur Ausdehnung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, auf die Selbständigen und ihre Familienangehörigen (ABl. L 143, S. 1; zweite und sechste Begründungserwägung).

4 — Verordnung 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, S. 1; s. fünfte Begründungserwägung, Satz 2).

gewährt wurde [5]. Im Kern wurde die „territoriale Fiktion" in dieser Bestimmung, wonach die im Ausland wohnenden Kinder als in dem Mitgliedstaat wohnhaft zu betrachten sind, auch auf Selbständige erstreckt.

18. Ziel der Verordnung ist es, die in den verschiedenen Mitgliedstaaten geltenden Rechtsvorschriften zu koordinieren, „in denen jeweils die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zu den verschiedenen Systemen der sozialen Sicherheit ... festgelegt" sind [6]. Die Mitgliedstaaten verfügen in diesem Zusammenhang über kein unbeschränktes Ermessen, sondern müssen sich bei ihrer Rechtsetzung an die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts halten. Die Gemeinschaftsregelung koordiniert also die verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften, harmonisiert sie jedoch nicht unmittelbar [7].

19. Nach der Systematik der Verordnung stellt die Definition des Arbeitnehmerbegriffs die „Zugangspforte" zu den in der Gemeinschaftsregelung vorgesehenen Ansprüchen dar [8]. Zu diesem Zweck ist das entscheidende Kriterium für die Anwendung der Verordnung die Zugehörigkeit zu einem System der sozialen Sicherheit. Artikel 1 Buchstabe a führt die verschiedenen Zweige der Systeme an: Nur auf Arbeitnehmer, die einem dieser Zweige angehören, können die Bestimmungen der Verordnung angewandt werden, und nur sie können die darin vorgesehenen Ansprüche erwerben.

20. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, ist der Begriff des Arbeitnehmers für die Zwecke der Regelung weit zu verstehen [9]. Diese Auslegungsregel beruht auf dem Geist der Verordnung Nr. 1408/71 sowie den Zielen des Vertrages und muß sowohl auf Arbeitnehmer als auch auf Selbständige angewandt werden [10]. Restriktive Definitionen würden nämlich jeden Versuch bedrohen, die Systeme zu koordinieren, und die Arbeitnehmer wären eines angemessenen Schutzes beraubt. Ihre Möglichkeit, ihr Recht auf Freizügigkeit auszuüben, der endgültige Zweck der Regelung, wäre in ungerechtfertigter Weise eingeschränkt [11].

21. Auch ich gebe zu, daß der Begriff des Selbständigen grundsätzlich anhand des extensiven Kriteriums auszulegen ist, das ich zuvor dargestellt habe. Doch schließen es Geist und Buchstabe der Gemeinschafts-

5 — Aus diesem gewundenen Weg läßt sich ein erster Anhaltspunkt für die Auslegung ableiten. Er zeigt nämlich, daß der Gesetzgeber zu der Ausdehnung der Arbeitnehmern zugebilligten Ansprüche auf Selbständige — und, was uns besonders betrifft, des Anspruchs auf Familienleistungen — nach und nach gelangt ist. Dieser Umstand muß meines Erachtens dazu führen, daß die Bestimmungen, durch die diese Ausdehnung erfolgt ist, in dem Bewußtsein auszulegen sind, mit dem der Gesetzgeber von seiner Freiheit einen ganz bestimmten Gebrauch gemacht hat, als er mit Absicht etwaige Grenzen der Gewährung dieses Anspruchs definiert hat.

6 — Urteil vom 12. Juli 1979 in der Rechtssache 266/78 (Brunori, Slg. 1979, 2705). Dafür, daß diese Voraussetzungen nicht diskriminierend sein dürfen, vgl. Urteil vom 24. April 1980 in der Rechtssache 110/79 (Coonan, Slg. 1980, 1445).

7 — Vgl. Urteil vom 17. Mai 1984 in der Rechtssache 101/83 (Brusse, Slg. 1984, 2223, Randnr. 28).

8 — Ähnlich die Schlußanträge des Generalanwalts Reischl in der Rechtssache 84/77 (Recq, Slg. 1978, 19).

9 — Daß der Begriff „Arbeitnehmer" ebenso wie der Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Artikel 48 bis 51 des Vertrages gemeinschaftsrechtliche Bedeutung hat und sich auf alle Personen erstrecken muß, die in dieser Eigenschaft, gleichviel unter welcher Bezeichnung, von den verschiedenen Systemen des innerstaatlichen Sozialversicherungsrechts erfaßt werden, wurde in Ihrer Rechtsprechung erstmals im Urteil vom 19. März 1964 in der Rechtssache 75/63 (Unger, Slg. 1964, 379) entschieden.

10 — Urteil vom 23. Oktober 1986 in der Rechtssache 300/84 (van Roosmalen, Slg. 1986, 3097, Randnrn. 20 ff.).

11 — Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Mayras in der Rechtssache 17/76 (Brack, Slg. 1976, 1455, 1463), in denen ausgeführt wird, daß es unter Berücksichtigung des Artikels 51 unmöglich sei, die Begriffe Arbeitnehmer und Selbständige im engen Sinne zu verstehen.

regelung, die zu berücksichtigen sind, aus, daß die Kläger die in Rede stehenden Rechte als Selbständige geltend machen, die in die Kategorie der Arbeitnehmer im Sinne der allgemeinen Bestimmungen der Verordnung fallen. Zu diesem Ergebnis gelange ich aufgrund der folgenden Erwägungen.

22. In dem Fall, der dem Gerichtshof zur Untersuchung vorliegt, haben wir es mit Erwerbstätigen zu tun, die die Gewährung von Familienleistungen durch die zuständigen deutschen Träger beanspruchen. Wie das vorlegende Gericht ausgeführt hat, findet die Regelung über solche Leistungen in der deutschen Rechtsordnung Anwendung auf alle Einwohner Deutschlands. Sie gehört daher zu den in Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii aufgeführten Zweigen der sozialen Sicherheit [12]. Deshalb ist die Arbeitnehmer- bzw. Selbständigeneigenschaft auf der Grundlage der dort enthaltenen Definitionsnormen zu bestimmen.

23. Nunmehr sind die Merkmale dieser Regelung zu betrachten, wie sie das vorlegende Gericht dargelegt hat. Sie gilt vor allem für sämtliche Einwohner. Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften erlauben keine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen. Ferner sind die Arbeitnehmer oder Selbständigen für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen nicht pflichtversichert oder freiwillig versichert. Für sie gelten daher die Definitionen in Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii nicht, weder der erste Gedankenstrich noch die erste Alternative des zweiten Gedankenstrichs.

24. Da diese Bestimmungen nicht anwendbar sind, ist auf die Auffangdefinition der zweiten Alternative des zweiten Gedankenstrichs zurückzugreifen. Diese Bestimmung verweist auf den Anhang, der den Begriff des Selbständigen für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen durch die deutschen Verwaltungsbehörden im Wege der Anknüpfung an die *Beitragspflicht* in einer Versicherung definiert [13].

25. Diese Betrachtung des Falles kommt Sinn und Zweck der Verordnung am nächsten. Wie Generalanwalt Gand bereits ausgeführt hat, wird „der Anwendungsbereich der Verordnung ... durch ein sozialversicherungsrechtliches, nicht durch ein arbeitsrechtliches Merkmal bestimmt, worin die ständig wachsende Selbständigkeit jenes Rechtsgebiets gegenüber diesem zum Ausdruck kommt“ [14]. Bei strenger Anwendung

12 — Andere Zweige dieser Art sind die allgemeinen Versicherungen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks, die Alters-, Witwen- und Waisenrenten der Niederlande, die Krankheitskosten in Italien sowie in den Niederlanden und die Familienleistungen in Luxemburg, Frankreich und Griechenland.

13 — Es handelt sich also, darauf hinzuweisen ist angebracht, um eine Definition, die sich unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung deutlich von der Definition in Anhang V der Verordnung in bezug auf Großbritannien unterscheidet, die vom Gerichtshof in seinem Urteil vom 29. September 1976 in der Rechtssache 17/76 (Brack, Slg. 1976, 1429) untersucht worden ist. Zweck dieser Maßnahme war es nämlich, eine „weite Anwendung“ der in Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii enthaltenen Definitionsnormen zu gewährleisten. Angesichts von Rechtsvorschriften wie den britischen, nach denen als Arbeitnehmer auch bestimmte Gruppen von Personen gelten, „die nicht Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts sind“, beendet die Bestimmung im Anhang — nach der jede Person als Arbeitnehmer gilt, die „zur Beitragszahlung als Arbeitnehmer verpflichtet ist“ — die extensive Auslegung eindeutig (Randnrn. 10 bis 12).

14 — Schlußanträge vom 10. Dezember 1968 in der Rechtssache 19/68 (Di Cicco, Slg. 1968, 720, 723).

dieses Kriteriums läßt sich meines Erachtens die Definition des Selbständigen für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen nicht von den Definitionsnormen im Anhang trennen. Diese und keine anderen Bestimmungen gestatten es dem Berufstätigen, Zugang zu den Rechten aus der Gemeinschaftsregelung in Zusammenhang mit solchen Leistungen zu erhalten.

26. Ich sehe wohl, daß mein Standpunkt strittig sein kann. Das Problem der „Alternativität" der Definitionen in Artikel 1 der Verordnung ist dem Gerichtshof bereits zumindest bei einer Gelegenheit unterbreitet worden, ohne daß es jedoch einer Lösung zugeführt wurde. Ich beziehe mich auf die Rechtssache Warmerdam [15]. Im Verfahren in dieser Rechtssache vertraten der zuständige niederländische Träger und die Kommission die Ansicht, daß die Definitionen alternativ seien. Genauer gesagt, führte die Kommission damals — gerade im Lichte von Anhang I Buchstabe C der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der Verordnung Nr. 1390/81 — aus, daß für jedes Risiko festgelegt werden müsse, ob jemand „Arbeitnehmer" im Sinne der Verordnung sei [16]. Zur Stützung ihrer Ansicht bezog sich die Kommission ferner auf das Urteil Brack, in dem der Gerichtshof ein Definitionskriterium nach Maßgabe des Risikos angewandt habe [17].

27. Wie ich bereits ausgeführt habe, hat der Gerichtshof das Problem, das ich dargestellt habe, nicht behandelt, und die Lösung bleibt daher offen. Ich nehme für mich hier nicht in Anspruch, es erschöpfend zu untersuchen. Mir liegt nur daran, die Gründe hervorzuheben, aus denen ich der Ansicht bin, daß in der vorliegenden Rechtssache die Bestimmungen, die die Zugehörigkeit zu diesem bestimmten Zweig der sozialen Sicherheit und somit den Anspruch auf die in diesem Zusammenhang vorgesehenen Leistungen definieren, notwendigerweise im Zusammenhang mit denjenigen stehen müssen, die den Begriff des Arbeitnehmers definieren. Worauf es in der vorliegenden Rechtssache ankommt, ist der Umstand, daß sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, für den Fall, daß die Familienleistungen von den deutschen Trägern zu gewähren sind, eine besondere Definition des Selbständigen festzulegen. Sowohl die für die deutschen Behörden vorgesehene Ausnahme als auch der Inhalt der Definition im Anhang erfordern in diesem Sinne zweierlei Erwägungen.

15 — Urteil vom 12. Mai 1989 in der Rechtssache 388/87 (Slg. 1989, 1203). Es ging in dieser Rechtssache um den Anspruch von Frau Warmerdam, einer niederländischen Staatsbürgerin, auf Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit durch den zuständigen Träger dieses Landes. Die Klägerin hatte zunächst in den Niederlanden Arbeitslosenunterstützung bezogen und dann in Schottland Arbeit gefunden. Nach den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs war sie gegen Entrichtung von Beiträgen nur gegen Arbeitsunfälle versichert. Nach ihrer Rückkehr in ihr Herkunftsland beantragte Frau Warmerdam ihre Registrierung als Arbeitsuchende in den Niederlanden. Die niederländische Verwaltung lehnte den Antrag mit der Begründung ab, sie sei während ihrer Beschäftigung im Vereinigten Königreich nicht gegen die Folgen der Arbeitslosigkeit versichert gewesen und könne daher für die Zwecke der Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit nicht als Arbeitnehmerin im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 angesehen werden. Über das Problem wurde nicht entschieden (die erste Frage des vorlegenden Gerichts, die gerade die Beziehung zwischen den verschiedenen Definitionsnormen zum Gegenstand hatte, wurde nämlich wegen der Antwort auf die zweite Frage gegenstandslos).

16 — Vgl. Standpunkt der Kommission im Sitzungsbericht in der Rechtssache 388/87 (Slg. 1989, 1204, Abschnitt II Nr. 4).

17 — Urteil vom 29. September 1976 in der Rechtssache 17/76, zitiert in Fußnote 13. In dieser Rechtssache war zu entscheiden, ob ein britischer Buchhalter, der der Sozialversicherung als Selbständiger angeschlossen war, nachdem er zuvor Beiträge als Arbeitnehmer entrichtet hatte, im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 22 Absatz 1, der Bestimmungen über die Erstattung in einem anderen Mitgliedstaat getragener Krankheitskosten enthält, als Arbeitnehmer im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 gelten konnte. Der Gerichtshof hat in dieser Rechtssache die Arbeitnehmereigenschaft des Betroffenen nur davon abhängig gemacht, ob dieser gegen das Krankheitsrisiko versichert war; um diesen Punkt ging der Rechtsstreit. Von dieser Entscheidung leitete die Kommission das Erfordernis ab, die Verordnung selektiv nach Maßgabe der speziellen Risiken auszulegen.

28. Vor allem die Tatsache, daß die besondere Definitionsregelung — falls die deutschen Behörden für die Gewährung der Leistung zuständig sind — ausschließlich in bezug auf Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii besteht, zeigt, daß nach der Systematik der Verordnung allein diese Bestimmung den Anspruch des Erwerbstätigen auf die Familienleistung regelt, während die nationale Regelung, wie im vorliegenden Fall, dadurch gekennzeichnet ist, daß sie keine Kriterien für die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gruppen von Erwerbstätigen vorsieht. Die Bestimmungen der Verordnung in Verbindung mit denjenigen des Anhangs sprechen meines Erachtens dafür, daß ein ganz bestimmter Rechtsfolgenzusammenhang zwischen der Art der von dem Erwerbstätigen beantragten Sozialleistung (im vorliegenden Fall der Familienleistung) und den Kriterien besteht, die dieser Erwerbstätige erfüllen muß, damit ihm der Anspruch auf die Leistung zugebilligt wird.

Hierfür spricht auch die ausdrückliche Bestimmung in der letzten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1390/81. Dort heißt es nämlich, daß es der Gesetzgeber als notwendig erachtete, in Anhang I „anzugeben, was unter den Begriffen ‚Arbeitnehmer' und ‚Selbständiger' im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu verstehen ist, wenn für den Betreffenden ein System der sozialen Sicherheit maßgebend ist, das für alle Einwohner ... gilt".

29. Dieses Ergebnis wird durch eine zweite Gruppe von Erwägungen bestätigt, wenn man sieht, welche Kriterien für die Definition des Selbständigen im Anhang gewählt wurden. Hierzu sei bemerkt, daß, wer „in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig ist" (Definition im Anhang), einer Person gleichzustellen ist, „die gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für ... Selbständige erfaßt werden, pflichtversichert ... ist" (Definition in Artikel 1 Buchstabe a Ziffer ii).

30. Wie die deutsche Regierung zu Recht ausführt, bedeutet eine solche Gleichstellung, daß der Gesetzgeber mit der Bestimmung im Anhang die Definition des Selbständigen für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen durch die deutschen Verwaltungsbehörden ausschließlich und vollständig regeln wollte. Daher sehe ich nicht, wie man die Auffassung des Königreichs Spanien teilen könnte, die eine kumulative Auslegung der Definitionsnormen aufgrund der Zielsetzung der Verordnung für zulässig hält.

31. Die Kohärenz des Regelungstextes ist nämlich zu wahren. Unhaltbar ist die Ansicht, daß gleichzeitig beabsichtigt gewesen sei, den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung in bezug auf die von den zuständigen deutschen Behörden gewährten Familienleistungen speziell zu regeln und gleichzeitig den Zugang zu diesem Anspruch auch auf anderem Wege zu eröffnen. Mehr noch. Eine andere Auslegung der Verordnung würde dazu führen, daß die den nationalen Rechtsvorschriften zugebilligte Autonomie, die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zu den nationalen Systemen zu regeln, beeinträchtigt würde.

32. An dem Ergebnis, zu dem ich gelange, ändert die Rechtsprechung des Gerichtshofes in dem vom vorlegenden Gericht zitierten

Urteil Kits Van Heijningen nichts [18]. Diese Entscheidung dürfte auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Ohne auf die Unterschiede zwischen dem damals untersuchten Fall und dem heute behandelten einzugehen, möchte ich feststellen, daß der Gerichtshof, als er ausgeführt hat, daß der Begriff „Arbeitnehmer" im Sinne der Verordnung jede Person bezeichnet, die im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a aufgeführten Systeme der sozialen Sicherheit versichert ist, zu dem Problem, das hier behandelt wird, nicht Stellung genommen hat. Der Gerichtshof hat sich nämlich darauf beschränkt, die Tragweite von Artikel 2 der Verordnung festzulegen, er hat jedoch nicht beabsichtigt, die Probleme zu lösen, die die Definitionsnormen des Artikels 1 Buchstabe a aufwerfen, um uns zu sagen, wer im Sinne dieser zuletzt genannten Bestimmung als Arbeitnehmer zu gelten hat.

Die grundlegende Bedeutung der Stellungnahme des Gerichtshofes dürfte, wenn wir sie auf den vorliegenden Fall übertragen wollen, meines Erachtens darin bestehen, daß Herr Piosa Pereira und Herr Stöber unter die Definition des Selbständigen im Sinne der Verordnung nur für diejenigen Leistungen fallen, für deren Zwecke sie freiwillig versichert sind; umgekehrt können sie unter Berücksichtigung der Lex specialis im Anhang für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen nicht als solche betrachtet werden [19].

33. Ich möchte mich noch zu zwei weiteren Gesichtspunkten des vorliegenden Falles äußern. Der erste besteht darin, daß die Bestimmungen im Anhang sowohl den Begriff des Arbeitnehmers als auch denjenigen des Selbständigen für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen definieren. Gemeinsam ist den beiden Definitionen die Verweisung auf die Pflichtversicherung in einem Versicherungssystem (für den Fall der Arbeitslosigkeit bei Arbeitnehmern und für den Fall des Alters bzw. in der gesetzlichen Rentenversicherung, bei den Selbständigen). Mit der Kommission und der deutschen Regierung stelle ich ferner fest, daß im vorliegenden Fall keine Diskriminierung der Selbständigen vorgenommen wird. Für beide Gruppen ist nämlich das Entstehen des Anspruchs auf die Leistungen an die Entrichtung von Beiträgen gekoppelt. Beiden liegt die Annahme zugrunde, daß das Recht auf Export der Familienleistungen nur dann gewährt wird, wenn der Berufstätige der Solidargemeinschaft des deutschen Sozialversicherungssystems angehört hat.

18 — Urteil vom 3. Mai 1990 in der Rechtssache C-2/89 (Slg. 1990, I-1769). In diesem Fall (insbes. mit der ersten Vorlagefrage des nationalen Gerichts) war zu entscheiden, ob ein niederländischer Staatsbürger, der in Belgien wohnte und der einer Teilzeitbeschäftigung nachging (Unterricht für zwei Stunden pro Woche an einem Institut in Eindhoven) als Arbeitnehmer im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 zu gelten hatte und Familienleistungen für seine studierenden Kinder erhalten konnte. Die Antwort auf die Frage wurde in der Zugehörigkeit des Klägers zu einem Pflichtversicherungssystem gefunden, das für die Festlegung des Geltungsbereichs der Verordnung die Prüfung überflüssig machte, ob er einer tatsächlichen und effektiven Beschäftigung nachging. Auf dieser Grundlage und für diese Zwecke hat der Gerichtshof in Randnr. 9 des Urteils ausgeführt, daß jede Person, die im Rahmen eines in Artikel 1 Buchstabe a aufgeführten Systems der sozialen Sicherheit versichert ist, Arbeitnehmer im Sinne der Verordnung ist. Man sollte im übrigen auch nicht verschweigen, daß diese Stellungnahme des Gerichtshofes auf einem Sachverhalt beruhte, bei dem die „Parallelität" des Versicherungssystems, dem der Kläger angehörte (geregelt durch die niederländischen Vorschriften über Familienleistungen), und der von ihm beantragten Leistung (eben Familienleistungen) nicht streitig war.

19 — Die gleichen Erwägungen veranlassen mich dazu, die Änderung der deutschen Fassung der Verordnung, auf die das vorlegende Gericht hinweist, als unerheblich zu erachten, nach der die verschiedenen Definitionen des Selbständigen in Artikel 1 Buchstabe a alternativ geregelt sein sollen. Auch diese Anmerkung kann keine sachdienliche Auslegung der Definitionsnormen im Anhang und, allgemeiner, ihrer systematischen Stellung innerhalb der Verordnung liefern.

34. Die von mir bevorzugte Lösung für die Auslegung wird durch die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften auch unter einem anderen Gesichtspunkt bestätigt. Das deutsche Sozialgesetzbuch (Sechstes Buch) sieht für Selbständige ausdrücklich die Möglichkeit vor, sich *freiwillig* der *Pflicht*versicherung anzuschließen [20]. Hätten Herr Stöber und Herr Piosa Pereira von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so hätte dies, wie die deutsche Regierung in ihren Erklärungen ausführt, dazu geführt, daß sie in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung gefallen wären und ihnen somit der Anspruch im Sinne von Artikel 73 der Verordnung auch für die nicht in Deutschland wohnenden Kinder zugebilligt worden wäre. Diese Möglichkeit — von der die Kläger innerhalb der — im übrigen übereinstimmenden — Frist, innerhalb deren sie dies hätten tun können, keinen Gebrauch gemacht haben — trägt objektiv dazu bei, daß die Diskrepanzen, die bei den nationalen deutschen Rechtsvorschriften im Verhältnis zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern auftreten könnten, beseitigt werden.

35. Auf der Grundlage der bisher untersuchten Gesichtspunkte können wir zu einem ersten Ergebnis gelangen: Weder der Inhalt noch die Zielsetzung der Regelung erlauben es, die Kläger als „Selbständige" im Sinne der Verordnung für die Zwecke der Gewährung der Familienleistungen durch die zuständigen deutschen Träger gemäß Artikel 73 anzusehen. Nachdem ich zu diesem Ergebnis gelangt bin, stoße ich jedoch unausweichlich auf ein Problem: Nach den deutschen Rechtsvorschriften wurde Herrn Stöber und Herrn Piosa Pereira der Anspruch auf Familienleistungen für die in Deutschland wohnenden Kinder, jedoch nicht für die in anderen Mitgliedstaaten lebenden zuerkannt. Ich muß mich fragen, ob diese unterschiedliche Behandlung gleichwohl im Sinne des Gemeinschaftsrechts rechtswidrig ist.

36. Nach der einschlägigen deutschen Regelung, dem Bundeskindergeldgesetz, ist der Zugang zu den Familienleistungen nicht von der Entrichtung von Beiträgen abhängig, sondern ergibt sich automatisch aus dem *Status* eines in Deutschland wohnenden Elternteils, *unabhängig von der beruflichen Stellung des Erwerbstätigen*. Wie die deutsche Regierung in ihren Erklärungen ausführt, hängt nach diesem Recht „ein Kindergeldanspruch nicht vom Bestehen einer Pflichtversicherung oder einer freiwilligen Versicherung ab".

37. Fest steht, daß das deutsche Recht den Anspruch auf Familienleistungen nur für in Deutschland wohnende Kinder einräumt. Der Leistungsanspruch beruht ganz einfach auf dem Kriterium des Wohnsitzes. Wir müssen uns fragen, ob hiermit schon von der Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit durch den Erwerbstätigen abgeschreckt wird.

20 — Die im für den Sachverhalt maßgebenden Zeitpunkt anwendbaren Rechtsvorschriften, die im deutschen Recht seit 1992 gelten, waren § 2 Absatz 1 Nr. 11 des Angestelltenversicherungsgesetzes und § 1227 Absatz 1 Nr. 9 der Reichsversicherungsordnung. Gegenwärtig gilt § 4 Absatz 2 des Sozialgesetzbuches (Sechstes Buch). Dort heißt es: „Auf Antrag versicherungspflichtig sind Personen, die nicht nur vorübergehend selbständig tätig sind, wenn sie die Versicherungspflicht innerhalb von fünf Jahren nach der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit oder dem Ende einer Versicherungspflicht aufgrund dieser Tätigkeit beantragen." Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens besteht der Unterschied zwischen den beiden Regelungen darin, daß die Frist für den freiwilligen Beitritt der Selbständigen zur Pflichtversicherung vor der Änderung durch die zitierte Bestimmung zwei Jahre anstelle von fünf Jahren betrug.

38. Der Gerichtshof hat anerkannt, daß die nationalen Bestimmungen, wenn ein Mitgliedstaat in Ermangelung besonderer gemeinschaftlicher Bestimmungen die für die seinen Rechtsvorschriften unterliegenden Arbeitnehmer geltende Regelung festlegen muß, keine auch nur mittelbaren Hindernisse für die Ausübung der Freizügigkeit der Personen enthalten dürfen [21]. Dies bedeutet, daß die Arbeitnehmer, die von dieser Freiheit Gebrauch machen wollen, indem sie ihre Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlagern oder auf diesen erstrecken wollen, nicht behindert werden dürfen [22].

39. Auf der Grundlage dieser Leitlinien für die Gesetzgebung hat der Gerichtshof die Unvereinbarkeit nationaler Regelungen mit den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts festgestellt, die bewirkten, daß Wanderarbeitnehmern steuerliche Belastungen zusätzlich zu denjenigen auferlegt wurden, die sie in ihren Herkunftsstaaten für die Gewährung der gleichen Sozialleistungen tragen mußten. In den Rechtssachen Stanton und Wolf sowie in der Rechtssache Kemmler betrafen die vom Gerichtshof zu beurteilenden Fälle Selbständige und vor dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1390/81 [23] liegende Sachverhalte. Diese Verordnung hat, wie wir gesehen haben, die Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 auf Selbständige ausgedehnt. In diesen Rechtssachen hat der Gerichtshof in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die doppelte steuerliche Belastung für grundsätzlich rechtswidrig erklärt und dabei unmittelbar auf die maßgebenden Bestimmungen des Vertrages zurückgegriffen. Die gleiche Lösung müßte daher für die Auslegung im vorliegenden Fall gelten. Wie wir gesehen haben, läßt er sich auch tatsächlich nicht in den Geltungsbereich der Sonderregelungen des Gemeinschaftsrechts einfügen.

40. Nachdem festgestellt wurde, daß die Bestimmungen des Vertrages in der vorliegenden Rechtssache anwendbar sind, möchte ich nun sehen, in welchem Rahmen dieser Fall zu untersuchen ist. Zwei Gesichtspunkte sind zu berücksichtigen. Erstens ist zu prüfen, ob diese Regelung mit dem Diskriminierungsverbot des Artikels 6 des Vertrages vereinbar ist. Diese Bestimmung ist meines Erachtens in Verbindung mit Artikel 52 des Vertrages zu sehen, der die Niederlassungsfreiheit regelt. Da die Betroffenen einer selbständigen Tätigkeit nachgehen, ist es sachdienlich, für die Entscheidung des Rechtsstreits auf diese Bestimmung zurückzugreifen [24]. Zweitens sollte nicht übersehen werden, daß die Freizügigkeit auch als Recht der Unionsbürger in Artikel 8a EG-Vertrag ausgestaltet worden ist, der durch den Vertrag von Maastricht in die Gemeinschaftsrechtsordnung eingefügt wurde. Allerdings handelt es sich um einen normativen Umstand, der zu dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens später hinzugetreten ist, und wir können ihn nur am Rande bei der Untersuchung berücksichtigen, welche Grenzen dem Kriterium des Wohnsitzes im Rahmen dieser wichtigen Entwicklung des Rechts, sich frei im Gebiet der Union zu bewegen, gezogen sind.

41. Die Frage — in dem Umfang, in dem ich sie stelle und in dem ich sie behandeln werde — ist vom vorlegenden Gericht nicht unmittelbar aufgeworfen worden. Ich sehe mich jedoch in meiner Absicht, sie zu behandeln,

21 — Urteil vom 28. November 1978 in der Rechtssache 16/78 (Choquet, Slg. 1978, 2293).

22 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 107/83 (Klopp, Slg. 1984, 2971, Randnr. 19).

23 — Urteile vom 7. Juli 1988 in der Rechtssache 143/87 (Stanton, Slg. 1988, 3877) und in den verbundenen Rechtssachen 154/87 und 155/87 (Wolf, Slg. 1988, 3897), Urteil vom 15. Februar 1996 in der Rechtssache C-53/95 (Kemmler, Slg. 1996, I-703, Randnr. 9).

24 — Urteil des Gerichtshofes vom 15. Februar 1996 in der Rechtssache C-53/95 (Kemmler, Slg. 1996, I-703, Randnr. 8).

durch die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofes bestätigt. Ich beziehe mich auf die Urteile, in denen festgestellt wurde, daß der Gerichtshof zwar nicht zur Entscheidung über die Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht befugt ist [25], jedoch dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben kann, die es diesem ermöglichen, die Frage der Vereinbarkeit bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu beurteilen [26].

42. Es genügen einige wenige Feststellungen, um dem vorlegenden Gericht aufzuzeigen, welche Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts die Beurteilung der deutschen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall betreffen.

43. Zunächst möchte ich auf Artikel 52 des Vertrages hinweisen. Gemäß Artikel 52 Absatz 2 umfaßt „vorbehaltlich des Artikels über den Kapitalverkehr ... die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten ... nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen".

Diese Bestimmung stellt nach ständiger Rechtsprechung eine unmittelbar anwendbare Norm des Gemeinschaftsrechts dar, die die Mitgliedstaaten zu beachten haben [27]. Sie ist in dem allgemeineren Kontext der Bestimmungen des Vertrages über die Freizügigkeit zu sehen, deren Zweck darin besteht, den Bürgern der Gemeinschaft die Ausübung beruflicher Tätigkeiten jeder Art im gesamten Gebiet der Gemeinschaft zu erleichtern [28]. Bei dieser Betrachtungsweise ist, wie der Gerichtshof festgestellt hat, eine Auslegung geboten, die die erhebliche Bedeutung der untersuchten Bestimmung anerkennt. Die Niederlassungsfreiheit betrifft nämlich „nicht nur die Aufnahme selbständiger Erwerbstätigkeiten, *sondern auch deren Ausübung im weiten Sinn*" [29].

44. Vor allem ist hervorzuheben, daß eine „territoriale Bindung" zum Zweck der Gewährung einer Familienleistung, wie sie in den deutschen Rechtsvorschriften ausgestaltet ist, bereits als solche für den Wanderarbeitnehmer viel stärkere Auswirkungen als für den inländischen Arbeitnehmer haben kann [30]. Dieses Ergebnis muß auch dann gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, die nationalen Rechtsvorschriften formal für den ausländischen Arbeitnehmer unter der gleichen Voraussetzung wie für den inländischen gelten. Der Grundsatz, von dem die Rechtsprechung des Gerichtshofes in dieser Hinsicht stets geleitet wurde, ist nämlich der der „wesentlichen" Gleichbehandlung der Arbeitnehmer [31]. Anhand des so verstandenen Kriteriums sind „nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsange-

25 — Urteil vom 21. Januar 1993 in der Rechtssache C-188/91 (Deutsche Shell, Slg. 1993, I-363, Randnr. 27).

26 — Z. B. Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-438/92 (Rustica Semences, Slg. 1994, I-3519) und Urteil vom 9. Juli 1992 in der Rechtssache C-131/91 („K" Line Air Service Europe, Slg. 1992, I-4513).

27 — Zitierte Urteile in der Rechtssache 143/87, in den verbundenen Rechtssachen 154/87 und 155/87 sowie in der Rechtssache C-53/95.

28 — Siehe in diesem Sinn die zweite Begründungserwägung der zitierten Verordnung (EWG) Nr. 1390/81: „Die Freizügigkeit der Personen, die eines der Fundamente der Gemeinschaft darstellt, ist nicht ausschließlich auf die Arbeitnehmer beschränkt, sondern betrifft im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auch die Selbständigen."

29 — Urteil vom 18. Juni 1985 in der Rechtssache 197/84 (Steinhauser, Slg. 1985, 1819, Randnr. 16, Hervorhebung von mir).

30 — Zum Beweis für diese unterschiedlichen Auswirkungen erweisen sich, auch wenn sie vor den maßgebenden Ereignissen erhoben wurden (1984), die statistischen Angaben über die Verteilung der Familienbeihilfen je nachdem, ob der Wohnsitz der Kinder innerhalb oder außerhalb der Bundesrepublik Deutschland liegt, als nützlich. Aus diesen Angaben geht hervor, daß mehr als 17 % der Kinder der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten mit Wohnsitz in Deutschland und Anspruch auf deutsche Familienleistungen im Ausland lebten, während die deutschen Staatsbürger, deren Kinder im Ausland wohnten, 0,03 % der Anspruchsberechtigten ausmachten. Die statistischen Angaben finden sich im Sitzungsbericht in der Rechtssache C-228/88 (Slg. 1990, I-532, I-536).

31 — Vgl. Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu, Slg. 1974, 153, Randnr. 11).

hörigkeit, sondern auch alle verschleierten Formen der Diskriminierung [verboten], die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen" [32]. Durch die Rechtsprechung zieht sich ein roter Faden bis zu den Urteilen Schumacker und Imbernon Martínez [33]. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß das Problem des Wohnsitzes der Familienangehörigen außerhalb des Mitgliedstaats, in dem sie arbeiten, im wesentlichen die Wanderarbeitnehmer betrifft [34], und zwar aus ganz offensichtlichen Gründen. Wie Generalanwalt Mancini ausgeführt hat, „[entfaltet] das Kriterium ‚Wohnort' je nach der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers verschiedene Wirkungen ..., anders ausgedrückt, die Familie dessen, der in seinem Herkunftsland arbeitet, ist in der Regel vereint, die Familie des Wanderarbeitnehmers ist dagegen in der Regel auseinandergerissen. Der Wohnort einiger Familienangehöriger in Ländern, die vom Beschäftigungsland verschieden sind, ist im Ergebnis eine normale Wirkung des Umzugs des Arbeitnehmers innerhalb des Gebiets der Gemeinschaft." [35] Dieser Sachverhalt führt in Situationen wie der des vorliegenden Falles dazu, daß der Wanderarbeitnehmer keinen Zugang zu den Familienleistungen und daher letztlich zur Erwerbstätigkeit unter den gleichen materiellen Voraussetzungen, wie sie in den Rechtsvorschriften des Landes der Niederlassung für die eigenen Staatsbürger niedergelegt sind, erhalten kann. Im Ergebnis wird also die vollständige und freie Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit beeinträchtigt.

45. Aufgrund von Erwägungen der soeben dargelegten Art hat der Gerichtshof Ungleichheiten bei der Gewährung von Leistungen oder bei der Verleihung von Ansprüchen aufgrund des Wohnsitzes der Kinder des Wanderarbeitnehmers zu verschleierten Diskriminierungen erklärt [36]. Daher hat er festgestellt, daß die sie enthaltenden Rechtsvorschriften mit dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht vereinbar waren. Dies geschah unabhängig davon, ob es sich um Diskriminierungen handelte, die unmittelbar auf Vorschriften von Gemeinschaftsrang beruhten, wie in der Rechtssache Pinna, oder ob es sich um mittelbare Diskriminierungen handelte, wie in den zitierten Rechtssachen Schumacker und Imbernon Martínez, in denen eine nationale Regelung zu untersuchen war, die einem Wanderarbeitnehmer steuerliche Vergünstigungen mit der Begründung versagte, daß das Kriterium des Wohnsitzes — des Arbeitnehmers oder seiner Familienangehörigen — im Gebiet des Mitgliedstaats nicht erfüllt sei.

46. Meines Erachtens enthalten die deutschen Rechtsvorschriften — indem sie Arbeitnehmer, deren Kinder in Deutschland wohnen, und solche, deren Kinder in anderen Mitgliedstaaten wohnen, unterschiedlich behandeln — eine versteckte Diskriminierung im Sinne der zitierten Rechtsprechung: Sie beeinträchtigen — um die Terminologie des Gerichtshofes bei seinen Entscheidungen in der Rechtssache Stanton zu verwenden — die Ausübung des Rechts des Gemeinschaftsbürgers auf Freizügigkeit. Die diskriminierende Wirkung läßt sich nicht leugnen.

32 — Urteil vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84 (Pinna, Slg. 1986, 17, Randnr. 23).

33 — Urteile vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93 (Slg. 1995, I-225) und vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-321/93 (Slg. 1995, I-2821). Vgl. auch Urteil vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-228/88 (Bronzino, Slg. 1990, I-531, Randnr. 12).

34 — Vgl. Urteil vom 8. Mai 1990 in der Rechtssache C-175/88 (Biehl, Slg. 1990, I-1779, Randnr. 14).

35 — Schlußanträge in der Rechtssache 41/84, zitiert in Fußnote 33 (Slg. 1986, 3, Nr. 6 B).

36 — Urteil vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84 (a. a. O., Nr. 2 des Tenors), Urteil vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-228/88 (a. a. O.) und Urteil vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-12/89 (Gatto, Slg. 1990, I-557).

47. Man kann auch nicht sagen, daß es sich um eine sinnvolle oder in sonstiger Weise gerechtfertigte Diskriminierung handelte. Die Funktion des Kindergeldes, seine Begründung, so kann man sagen, besteht darin, dem Arbeitnehmer eine finanzielle Unterstützung bei den Kosten zu gewähren, die ihm für den Unterhalt seiner eigenen Kinder entstehen. Diese Zielsetzung ist nicht per se, also begrifflich, in irgendeiner Weise mit dem Wohnsitz der Kinder verbunden, wie dies bei den im eigenen Hoheitsgebiet gewährten Sozialleistungen oder solchen, die anderen Zwecken dienen, der Fall ist, bei denen dieser Umstand mit Recht berücksichtigt werden kann [37]. Im Gegenteil, bei richtiger Betrachtung sind in Fällen, in denen der Familienangehörige nicht mehr im selben Land wie der Arbeitnehmer wohnt, vermutlich die Kosten, die er für dessen Unterhalt aufwendet, höher geworden. Und doch wird der Bezug dieser Leistungen, die der Familie insgesamt zustehen, durch die deutschen Rechtsvorschriften ungerechtfertigt eingeschränkt. Der Wortlaut des Artikels 73 der Verordnung selbst klingt im übrigen wie ein indirekter, jedoch signifikanter Beweis für das soeben Gesagte. Dort ist ausdrücklich der Anspruch des wandernden Selbständigen auf Familienleistungen für die in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Kinder festgelegt. Die Bestimmung gilt, wie ich bereits ausgeführt habe, nicht für den vorliegenden Fall; ich erinnere jedoch an sie, um darauf hinzuweisen, daß nach den vom Vertrag festgelegten Freizügigkeitsgrundsätzen das Kriterium des Wohnsitzes keine unterschiedliche Behandlung von inländischen und Wanderarbeitnehmern rechtfertigt. Nun hätten nach den deutschen Rechtsvorschriften Herr Stöber und Herr Piosa Pereira Anspruch auf solche Leistungen, wenn ihre Kinder in Deutschland wohnhaft geblieben wären. Dieser Anspruch wird nur deshalb nicht in vollem Umfang anerkannt, weil die Familienangehörigen nicht im gewählten Staat wohnen. Daher ist die ungleiche Behandlung in der für die Familienleistungen getroffenen Regelung nicht gerechtfertigt.

48. Mir sei zuletzt eine kurze Bemerkung im Hinblick auf die Situation von Herrn Stöber erlaubt. Es läßt sich nicht einwenden, daß er nicht in den Geltungsbereich des Artikels 52 des Vertrages falle, weil er deutscher Staatsangehöriger ist. Zwar sind die Vertragsbestimmungen über die Niederlassung nicht auf rein interne Verhältnisse eines Mitgliedstaats anwendbar, „doch kann die in Artikel 52 enthaltene Bezugnahme auf die ‚Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats', die sich ‚im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats' niederlassen wollen, nicht dahin ausgelegt werden, daß die eigenen Staatsangehörigen eines bestimmten Mitgliedstaats von der Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen wären, wenn sie sich aufgrund der Tatsache, daß sie rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ansässig waren, ... gegenüber ihrem Herkunftsland in einer Lage befinden, die mit derjenigen aller anderen Personen, die in den Genuß der durch den Vertrag garantierten Rechte und Freiheiten kommen, vergleichbar ist" [38]. Im übrigen fällt, wie der Gerichtshof allgemein im Urteil Scholz ausgeführt hat, „jeder Gemeinschaftsbürger, der von seinem Recht auf Freizügigkeit der

37 — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes hat in diesem Sinne die Familienleistungen danach unterschieden, welchen Einfluß der territoriale Gesichtspunkt auf ihre Funktion hatte, vgl. Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 313/86 (Lenoir, Slg. 1988, 5391, Randnrn. 11 und 16). In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof nämlich wie folgt entschieden (in Randnr. 16): „... Wenn die Rechtsvorschriften des für die Rente zuständigen Mitgliedstaats der Familie des Empfängers regelmäßige Geldleistungen ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters der Familienangehörigen gewähren, bleiben diese Leistungen unabhängig vom Wohnort des Empfängers und seiner Familie zahlbar. Andersartige oder von anderen Voraussetzungen abhängige Leistungen, wie z. B. eine, die zur Deckung durch den Beginn des Schuljahres der Kinder veranlaßter Kosten bestimmt ist, sind hingegen meist eng an das soziale Umfeld und damit auch an den Wohnort der Betroffenen gebunden."

38 — Urteile vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 115/78 (Knoors, Slg. 1979, 399, Randnr. 24) und vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 15).

Arbeitnehmer Gebrauch gemacht hat und in einem anderen Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt hat, ... unabhängig von seinem Wohnort und seiner Staatsangehörigkeit in den Anwendungsbereich der ... Vorschriften [über die Freizügigkeit]" [39]. Diese Ausführungen gelten auch für den vorliegenden Fall. Der deutsche Arbeitnehmer ist in sein Herkunftsland zurückgekehrt, nachdem er von seinem Recht auf Freizügigkeit durch Umzug nach Irland Gebrauch gemacht hatte, um dort einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Er gehört also in die Gruppe der Wanderarbeitnehmer, und die diesen vom Vertrag zugebilligten Rechte können nicht wegen seiner Rückkehr in seinen Herkunftsstaat in Frage gestellt werden [40].

49. Aus den bisher angestellten Erwägungen ergibt sich, daß die Artikel 52 und 6 des Vertrages einer nationalen Regelung entgegenstehen, die die Gewährung einer Familienleistung ausschließlich vom Kriterium des Wohnsitzes der Familienangehörigen des Arbeitnehmers oder des gebietsansässigen Empfängers der Leistung selbst abhängig macht [41]. Eine solche Regelung ist, wie wir gesehen haben, objektiv geeignet, sich in viel signifikanterer Weise auf einen Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft auszuwirken als auf einen inländischen Arbeitnehmer, und ist durch nichts gerechtfertigt.

50. Aus den Gründen, die ich angegeben habe, muß man sich ferner nach der Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit den Artikeln 8 und 8e EG-Vertrag (Unionsbürgerschaft) fragen, auch wenn diese, zeitlich gesehen, keine Anwendung auf den vorliegenden Fall finden. Diese Bestimmungen, zu denen der Gerichtshof noch nicht Gelegenheit hatte, Stellung zu nehmen, stellen, wie Generalanwalt Léger bereits in seinen kürzlich vorgetragenen Schlußanträgen in der Rechtssache C-214/94 ausgeführt hat, einen der bedeutendsten Fortschritte im Aufbau Europas dar [42]. Ihr Endzweck besteht nämlich darin, eine wachsende Gleichstellung der Bürger der Union unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit zu schaffen.

51. Von diesen Bestimmungen ist im vorliegenden Fall Artikel 8a erheblich, der jedem Mitbürger das Recht verleiht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Ich möchte bemerken, daß das in den deutschen Rechtsvorschriften gewählte Kriterium in unmittelbarem Widerspruch zu diesem Recht steht. Und dies gilt sowohl in bezug auf den Arbeitnehmer selbst als auch in bezug auf einen Familienangehörigen, dessen Möglichkeit zur vollständigen Ausübung des ihm als Unionsbürger im Sinne von Artikel 8a zustehenden Rechts unzulässigerweise beschränkt wird. Die Ausübung eines solchen Rechts, dem die Würde eines Bürgerrechts verliehen wurde, würde nämlich unmittelbar dazu führen, daß die Familie, der der Betroffene angehört, finanziell geschädigt würde, da ihr kein Kindergeld mehr gewährt würde.

39 — Urteil vom 23. Februar 1994 in der Rechtssache C-419/92 (Scholz, Slg. 1994, I-505, Randnr. 9).

40 — Im gleichen Sinn zuletzt auch die Schlußanträge des Generalanwalts Léger vom 15. Februar 1996 in der Rechtssache C-107/94 (Asscher, Slg. 1996, I-3089), in denen die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vertrages über die Freizügigkeit und insbesondere des Artikels 52 auf den Fall eines niederländischen Staatsbürgers anerkannt wurde, der seinen Wohnsitz aus beruflichen Gründen nach Belgien verlegt hatte, jedoch gleichzeitig eine berufliche Bindung — die zu dem Rechtsstreit geführt hat, in dessen Rahmen der Gerichtshof zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts aufgerufen war — zu seinem Herkunftsstaat behalten hatte (siehe Nr. 36 der Schlußanträge).

41 — Urteile in den Rechtssachen C-228/88, zitiert in Fußnote 34, und C-12/89, zitiert in Fußnote 37.

42 — Schlußanträge vom 15. Februar 1996 in der Rechtssache C-214/94 (Boukhalfa, Urteil vom 30. April 1996, Slg. 1996, I-2253, Nr. 63).

52. Die obigen Ausführungen lassen natürlich die Gestaltung der Einzelheiten der etwaigen Gewährung einer Leistung mit gleicher Zielsetzung wie die in Rede stehende Familienbeihilfe durch den zuständigen Träger des Staates, in dem der Familienangehörige wohnt, unberührt. In diesem Fall muß nämlich, um eine ungerechtfertigte Kumulierung von gleichartigen Leistungen — die gegen die dem Artikel 51 des Vertrages zugrunde liegenden Prinzipien verstoßen würde — zu verhindern, der Betrag der Leistung anteilsmäßig gekürzt oder gegebenenfalls völlig gestrichen werden. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen, und die zuständigen nationalen Träger sind nach Artikel 5 des Vertrages zu loyaler Zusammenarbeit verpflichtet, um die Folgen zu regeln [43].

53. Daher schlage ich vor, auf die Vorlagefragen des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen wie folgt zu antworten:

Die Artikel 6 und 52 des Vertrages sind so auszulegen, daß sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, aufgrund deren die Gewährung von Familienleistungen an einen im Inland wohnenden Selbständigen von der Voraussetzung abhängig gemacht wird, daß dessen Familienangehörige tatsächlich im Gebiet des zuständigen Mitgliedstaats wohnen.

43 — Vgl. Urteil vom 11. Juni 1991 in der Rechtssache C-251/89 (Athanasopoulos, Slg. 1991, I-2797, Randnr. 57).