SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS L. A. GEELHOED vom 28. September 2006 [1]

I — Einleitung

1. Nach dem deutschen Bundeserziehungsgeldgesetz (im Folgenden: BErzGG) setzt die Gewährung des Erziehungsgelds u. a. voraus, dass der Empfänger in Deutschland ansässig ist. Im vorliegenden Fall möchte das Bundessozialgericht vom Gerichtshof wissen, ob die Wohnortvoraussetzung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, insbesondere gegen die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 [2], die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [3] oder Artikel 18 EG, so dass auch eine österreichische Staatsangehörige, die in Österreich mit ihrem deutschen Ehemann zusammenlebt, der in Deutschland als Beamter beschäftigt ist, Erziehungsgeld beanspruchen kann.

2. Parallel zu dieser Rechtssache hat das Bundessozialgericht dem Gerichtshof zu derselben Bestimmung des innerstaatlichen Rechts eine weitere Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, und zwar bezüglich eines Grenzgängers, der in den Niederlanden lebt und in Deutschland arbeitet (Rechtssache C-213/05, Geven). Nach der betreffenden Bestimmung können auch Grenzgänger diese Leistung in Anspruch nehmen, sofern sie eine mehr als geringfügige Beschäftigung in Deutschland ausüben. Obwohl beide Rechtssachen in einem engen Zusammenhang stehen, ist der jeweils zugrunde liegende Sachverhalt völlig verschieden. Ich werde daher die beiden Rechtssachen in getrennten Schlussanträgen erörtern, die aber gemeinsam vorgelegt wurden.

1 — Originalsprache: Englisch.

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

3 — 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 (ABl. L 149, S. 2), geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 3095/95 des Rates vom 22. Dezember 1995 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, der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, der Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 1945/93 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 (ABl. L 335, S. 1) und die Verordnung (EG) Nr. 3096/95 des Rates vom 22. Dezember 1995 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 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 335, S. 10) (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71).

II — Einschlägige Bestimmungen

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 1612/68 sieht vor:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

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

B — *Nationales Recht*

4. Nach § 1 Absatz 1 BErzGG in der Fassung vom 31. Januar 1994[4] hat Anspruch auf Erziehungsgeld, wer (1) einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, (2) mit einem Kind, für das ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt, (3) dieses Kind selbst betreut und erzieht und (4) keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt.

5. § 1 Absatz 4 BErzGG sieht für EG-Angehörige und Grenzgänger aus Deutschland unmittelbar angrenzenden Staaten einen Anspruch vor, sofern sie eine mehr als geringfügige Beschäftigung in Deutschland ausüben. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass diese Bestimmung nicht auf Beamte oder Ehegatten von Wanderarbeitnehmern anwendbar ist.

6. § 1 Absatz 7 BErzGG in der Fassung vom 12. Oktober 2000[5] erweitert den Anspruch auf Erziehungsgeld zu Gunsten eines in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft wohnenden Ehegatten einer in Deutschland in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnis stehenden Person. Diese Bestimmung ist jedoch bei vor dem 1. Januar 2001 geborenen Kindern nicht anwendbar.

4 — BGBl. I S. 180.

5 — BGBl. I S. 1426.

III — Sachverhalt und Verfahren

7. Im Ausgangsrechtsstreit geht es um die Weigerung des Freistaats Bayern, Frau Hartmann Erziehungsgeld für ihre drei Kinder, geboren 1991, 1993 und 1997, zu gewähren.

8. Frau Hartmann ist eine österreichische Staatsangehörige, die in Österreich mit ihrem deutschen Ehemann und ihren drei Kindern lebt. Herr Hartmann lebte vor seiner Heirat in Deutschland, wo er seit 1986 als Beamter bei der Deutschen Bundespost beschäftigt war. Nach seiner Heirat im Mai 1990 zog er nach Österreich, war jedoch weiterhin bei der Deutschen Bundespost und seit 1995 bei der Deutschen Telekom AG beschäftigt. Frau Hartmann übt keine Beschäftigung aus und geht auch keiner selbständigen Tätigkeit nach.

9. Der Freistaat Bayern lehnte es ab, Frau Hartmann für die ersten beiden Kinder Erziehungsgeld nach dem BErzGG zu gewähren, weil sie nicht in Deutschland wohne und dort auch kein Beschäftigungsverhältnis habe. Im Oktober 1996 von Frau Hartmann gestellte Überprüfungsanträge blieben ebenso erfolglos wie ihr Antrag auf Erziehungsgeld für das erste Lebensjahr ihres dritten Kindes.

10. Frau Hartmann focht diese Entscheidungen erfolglos an, zunächst vor dem Sozialgericht München, dann im Wege der Berufung vor dem Bayerischen Landessozialgericht. Sie legte hierauf Revision beim Bundessozialgericht ein, das beschlossen hat, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof zwei Fragen zur Vorabentscheidung nach Artikel 234 EG vorzulegen.

11. Das Bundessozialgericht stellt in seinem Vorlagebeschluss zunächst fest, dass Frau Hartmann nach der Verordnung Nr. 1408/71 keinen Anspruch auf Erziehungsgeld habe. Zwar falle die Leistung in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung, und Frau Hartmann hätte nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteil Hoever und Zachow) [6] die Leistung an sich beanspruchen können, doch als Beamter sei Herr Hartmann im maßgebenden Zeitraum kein Arbeitnehmer im Sinne der Verordnung gewesen und falle nicht in deren sachlichen Geltungsbereich. Das vorlegende Gericht prüft weiterhin, ob der Anspruch von Frau Hartmann auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 gestützt werden könne. Es kommt zum Ergebnis, dass Herrn Hartmanns Stellung als Beamter kein Hindernis sei, ihn als Arbeitnehmer im Sinne der genannten Bestimmung anzusehen, dass aber zweifelhaft sei, ob der Ehegatte einer Person sich auf die Rechte aus der genannten Verordnung berufen könne, wenn die Person, ohne jemals ihr Beschäftigungsverhältnis im Mitgliedstaat ihrer Staatsangehörigkeit gewechselt zu haben, ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlege, dem der Ehegatte angehöre. Das vorlegende Gericht

6 — Urteil vom 10. Oktober 1996 in den Rechtssachen C-245/94 und C-312/94 (Hoever und Zachow, Slg. 1996, I-4895).

wies darauf hin, dass der Gerichtshof bislang das Ziel des Artikels 39 EG und der Verordnung Nr. 1612/68 in erster Linie darin gesehen habe, dass es einem Arbeitnehmer möglich gemacht werde, frei in das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort aufzuhalten, um eine Tätigkeit auszuüben [7]. Es vertrat jedoch auch die Auffassung, dass der Freiheitsbegriff inzwischen u. U. weniger eng auszulegen sein könnte, weil ein allgemeines Aufenthaltsrecht durch Artikel 18 EG anerkannt sei. Diese Erwägungen veranlassten das Bundessozialgericht, dem Gerichtshof die beiden folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

a) Ist als Wanderarbeitnehmer im Sinne der Verordnung Nr. 1612/68 für Zeiträume zwischen Januar 1994 und September 1998 auch ein deutscher Staatsangehöriger anzusehen, der im Jahre 1990 unter Beibehaltung seines in Deutschland bestehenden Dienstverhältnisses als Postbeamter seinen Wohnsitz von dort nach Österreich verlegt hat und seitdem seinen Beruf als Grenzgänger ausübt?

Falls die Frage a) bejaht wird:

b) Stellt es eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 dar, wenn der in Österreich wohnende und die dortige Staatsangehörigkeit besitzende, nicht erwerbstätige Ehegatte der unter a) genannten Person in der betreffenden Zeit vom Bezug des deutschen Erziehungsgeldes ausgeschlossen worden ist, weil er in Deutschland weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hatte?

12. Frau Hartmann, die deutsche und die spanische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Weitere Erklärungen sind von Frau Hartmann, der deutschen und der niederländischen Regierung sowie der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission in der mündlichen Verhandlung am 13. Juni 2006 abgegeben worden.

IV — Zusammenfassung des Vorbringens

13. Sowohl Frau Hartmann als auch die spanische Regierung führen aus, die erste Frage, die Herrn Hartmanns Stellung als Wanderarbeitnehmer im Sinne der Verord-

7 — Das Bundessozialgericht nahm insoweit Bezug auf das Urteil vom 5. Juni 1997 in den Rechtssachen C-64/96 und C-65/96 (Uecker und Jacquet, Slg. 1997, I-3171, Randnr. 21).

nung Nr. 1612/68 betreffe, sei zu bejahen. Die spanische Regierung verweist insoweit auf Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68, dem zufolge „[j]eder Staatsangehörige eines Mitgliedstaats ... ungeachtet seines Wohnorts berechtigt [ist], eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ... aufzunehmen und auszuüben", und darauf, dass nach Artikel 10 der Verordnung die den Wanderarbeitnehmern gewährten Vergünstigungen auch für deren Ehegatten gälten [8]. Sie trägt ferner vor, dass Herr Hartmann als Grenzgänger im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 1408/1 anzusehen sei [9]. Beide Beteiligten sind der Auffassung, zwar könne eingewandt werden, dass Herr Hartmann Beamter sei und dass Beamte unter die Verordnung Nr. 1408/71 im Hinblick auf die Familienleistungen erst seit 1999 fielen [10], doch sei davon auszugehen, dass diese Beschränkung entsprechend dem sachlichen Geltungsbereich des Artikels 39 Absatz 4 EG nur für die Beamten gelte, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt befasst seien. Die Deutsche Telekom AG sei jedoch ein Unternehmen, das Dienstleistungen der öffentlichen Versorgung erbringe und keine hoheitliche Tätigkeit ausübe.

14. Zur zweiten Vorlagefrage führen Frau Hartmann und die spanische Regierung aus, die Weigerung, Frau Hartmann Erziehungsgeld zu gewähren, sei eine mittelbare Diskriminierung, die einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 und Artikel 39 EG darstelle. Während das nationale Gericht der Auffassung war, dass Leistungen nur bei Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses exportiert werden könnten, vertritt die spanische Regierung unter Berufung auf das Urteil Hoever und Zachow [11] die Ansicht, dass die den Anspruch auf Familienleistungen wie das Erziehungsgeld begründende Tatsache eintrete, wenn sich ein Elternteil der Kindererziehung widme, unabhängig davon, ob dieser Elternteil im Rahmen eines Systems der sozialen Sicherheit versichert sei oder einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Im vorliegenden Fall stelle der Ehemann von Frau Hartmann ihre Beziehung mit dem System der sozialen Sicherheit in Deutschland her.

15. Die deutsche Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sind der Ansicht, dass derjenige, der sein Freizügigkeitsrecht nicht ausgeübt habe, um in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung aufzunehmen, sondern lediglich das Land seines Wohnsitzes gewechselt habe, nicht als Wanderarbeitnehmer im Sinne der Verordnung Nr. 1612/68 angesehen werden könne. Hilfsweise tragen diese Regierungen zur zweiten Frage vor, es sei zwar festgestellt worden, dass das Erziehungsgeld in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 falle, doch werde Herr Hart-

8 — Unter Hinweis auf die Urteile vom 18. Juni 1987 in der Rechtssache 316/85 (Lebon, Slg. 1987, 2811) und vom 26. Februar 1992 in der Rechtssache C-3/90 (Bernini, Slg. 1992, I-1071).

9 — „Grenzgänger': jeder Arbeitnehmer oder Selbständige, der seine Berufstätigkeit im Gebiet eines Mitgliedstaats ausübt und im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt, in das er in der Regel täglich, mindestens aber einmal wöchentlich zurückkehrt."

10 — Verordnung (EG) Nr. 1399/1999 des Rates vom 29. April 1999 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 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 164, S. 1).

11 — Zitiert in Fußnote 6.

mann als Beamter im maßgebenden Zeitraum bezüglich der Gewährung von Familienleistungen nicht vom persönlichen Geltungsbereich der Verordnung erfasst. Anders als die Verordnung Nr. 1408/71 sehe die Verordnung Nr. 1612/68 nicht vor, dass Sozialleistungen exportiert werden könnten oder dass Doppelleistungen verhindert würden. Da die Verordnung Nr. 1408/71 als Lex specialis zur Verordnung Nr. 1612/68 anzusehen sei, bzw. — mit den Worten der Regierung des Vereinigten Königreichs — den relativen Vorrang vor der letztgenannten Verordnung habe, dürfe Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 nicht so ausgelegt werden, dass er die Wirksamkeit des von der Verordnung Nr. 1408/71 errichteten Systems beeinträchtige. Die deutsche Regierung räumt ein, dass die Wohnortvoraussetzung des BErzGG möglicherweise eine mittelbare Diskriminierung darstelle, vertritt jedoch die Auffassung, sie sei gerechtfertigt, um eine wirksame Bindung des Leistungsempfängers an die deutsche Gesellschaft sicherzustellen. Die Regierung des Vereinigten Königreichs bringt vor, die Mitgliedstaaten sollten nicht gezwungen werden, eine objektive Rechtfertigung dafür vorzubringen, dass sie Vergünstigungen wie das Erziehungsgeld Personen, die im Gebiet anderer Mitgliedstaaten wohnten, nicht zugänglich mache.

16. Die Kommission stimmt der deutschen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs darin zu, dass im vorliegenden Fall die Verordnung Nr. 1621/68 und die Verordnung Nr. 1408/71 aus den Gründen, die diese vorgetragen haben, keine Anwendung finden. In Anbetracht der Ausführungen des Bundessozialgerichts im Vorlagebeschluss jedoch, wonach der von der Verordnung Nr. 1612/68 gewährleistete Freizügigkeitsbegriff inzwischen weiter auszulegen sein könnte, weil Artikel 18 EG das Recht gewähre, sich in anderen Mitgliedstaaten unabhängig von einem wirtschaftlichen Zweck frei zu bewegen und aufzuhalten, meint die Kommission, der Gerichtshof habe sich auch mit der Frage zu befassen, ob Frau Hartmann einen Anspruch auf Erziehungsgeld aus Artikel 18 EG ableiten könne.

17. Zu dieser Frage weist die Kommission unter Bezugnahme auf die allgemeinen Grundsätze der Unionsbürgerschaft, die vom Gerichtshof im Urteil Pusa [12] zusammengefasst wurden, darauf hin, dass eine nationale Regelung, die bestimmte Inländer allein deshalb benachteilige, weil sie von ihrem Recht Gebrauch gemacht hätten, sich in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten, zu einer Ungleichbehandlung führen würde, die nur dann als mit Artikel 18 EG vereinbar angesehen werden dürfe, wenn sie aufgrund objektiver, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängiger Erwägungen gerechtfertigt werden könne und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht verfolgten berechtigten Zweck stehe. Da die Anwendung der im BErzGG vorgesehenen Wohnortvoraussetzung offensichtlich eine solche Benachteiligung darstelle, halte die Kommission wie das Bundessozialgericht die Rechtfertigung dieser Benachteiligung für zweifelhaft. Eine Bestätigung hierfür sei der Umstand, dass das BErzGG inzwischen geändert worden sei und das Erziehungsgeld nunmehr an einen in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Ehegatten eines deutschen Beamten gezahlt werden könne. Die Kommission ist unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Bidar [13] der Auffassung, dass „aus offensicht-

12 — Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-224/02 (Pusa, Slg. 2004, I-5763). Vgl. Randnrn. 16 bis 20.

13 — Urteil vom 15. März 2005 in der Rechtssache C-209/03 (Bidar, Slg. 2005, I-2119). Vgl. Randnrn. 55 bis 62.

lichen Gründen" nicht geprüft zu werden brauche, ob Herr Hartmann als ein Beamter, der in seinem Heimatland arbeite, in die deutsche Gesellschaft hinreichend integriert sei bzw. eine tatsächliche Verbindung zu dieser Gesellschaft unterhalte.

18. In der mündlichen Verhandlung haben die deutsche Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs hervorgehoben, dass nicht Herr Hartmann, sondern Frau Hartmann Anspruch auf Erziehungsgeld nach dem BErzGG erhebe. Da Frau Hartmann von den durch Artikel 18 EG gewährleisteten Rechten nicht selbst Gebrauch gemacht habe, gebe es für ihre Berufung auf diese Bestimmung keine Grundlage. Insoweit müsse ihr Fall unterschieden werden von z. B. den Rechtssachen D'Hoop [14] und Pusa [15]. Artikel 18 EG könne nicht dahin ausgelegt werden, dass derjenige, der nicht in einen anderen Mitgliedstaat gezogen sei, sich auf die Rechte seines Ehegatten berufen dürfe, der von dem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht habe. Die durch Artikel 18 EG gewährleisteten Rechte unterlägen Beschränkungen. Derartige Beschränkungen enthalte die Verordnung Nr. 1408/71 bezüglich der Exportierbarkeit von Sozialversicherungsleistungen.

19. In Erwiderung auf die von der Kommission vertretene Auffassung zur Anwendbarkeit des Artikels 18 EG trägt die Regierung der Niederlande vor, zwischen dem Sachverhalt des vorliegenden Falles und dem der Rechtssache Schempp [16] bestehe zwar eine gewisse Ähnlichkeit, im Gegensatz zu jener Rechtssache sei jedoch dadurch, dass Herr Hartmann von seinem Recht, in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, Gebrauch gemacht habe, Frau Hartmanns Anspruch auf Leistungen in Deutschland in keiner Weise berührt worden. Es sei insoweit unerheblich gewesen, ob Frau Hartmann in Deutschland oder in Österreich gewohnt habe. Die niederländische Regierung, die darauf hinweist, dass im vorliegenden Fall der Ehegatte des wandernden Bürgers Rechte in Bezug auf das Herkunftsland des letzteren geltend mache, stellt fest, dass das Gemeinschaftsrecht beim gegenwärtigen Stand den Familienangehörigen von wandernden Bürgern im Aufnahmemitgliedstaat nur bestimmte abgeleitete Rechte zuerkenne [17]. Frau Hartmann könne schlicht deshalb nicht Erziehungsgeld nach Artikel 18 EG beanspruchen, weil sie von ihrem Freizügigkeitsrecht nicht selbst Gebrauch gemacht habe. Herr Hartmann sei in keiner Weise an der Ausübung seines Rechts, nach Österreich zu ziehen, gehindert worden.

V — Würdigung

A — *Vorbemerkungen*

20. Erstens ist darauf hinzuweisen, dass sich Frau Hartmann für die Anfechtung der

14 — Urteil vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-224/98 (D'Hoop, Slg. 2002, I-6191).

15 — Zitiert in Fußnote 12.

16 — Urteil vom 12. Juli 2005 in der Rechtssache C-403/03 (Schempp, Slg. 2005, I-6421).

17 — Unter Hinweis auf die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158, S. 77).

Entscheidungen, mit denen ihre Anträge auf Gewährung von Erziehungsgeld zurückgewiesen wurden, nicht selbständig auf Gemeinschaftsrecht berufen kann, da sie von ihren Freizügigkeitsrechten nach dem Gemeinschaftsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Der einzige Weg, auf dem sie diese Leistung erlangen kann, ist mittelbar der über ihre Ehe mit Herrn Hartmann, der im Übrigen die Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 BErzGG ebenfalls nicht erfüllt.

21. Die Vorlagefragen des Bundessozialgerichts konzentrieren sich somit auf Herrn Hartmanns Stellung als Wanderarbeitnehmer und auf die Folgen, die diese für Frau Hartmanns Anspruch auf deutsches Erziehungsgeld haben kann. Hat der Umstand, dass Herr Hartmann nach Österreich zog, um dort mit seiner Frau und seinen Kindern unter Beibehaltung seines Arbeitsplatzes in Deutschland zu wohnen, zur Folge, dass er nunmehr als Wanderarbeitnehmer anzusehen ist, der in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1612/68 fällt, und dass damit nach Artikel 7 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1612/68 für Frau Hartmann ein Anspruch auf Gleichbehandlung in Bezug auf die sozialen Vergünstigungen in dem Mitgliedstaat begründet wurde, in dem ihre Ehemann beschäftigt ist, d. h. in Deutschland?

22. Vor der Erörterung dieser Fragen ist der Vollständigkeit halber kurz zu prüfen, ob Frau Hartmann nicht aus Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 einen Anspruch auf deutsches Erziehungsgeld ableiten kann. Das Bundessozialgericht hat diese Frage geprüft, sie jedoch verneint und hat folglich insoweit keine Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Frau Hartmann und die spanische Regierung haben diese Frage jedoch in ihren schriftlichen Erklärungen nochmals aufgeworfen. Auch die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission haben sich mit ihr befasst.

B — *Verordnung Nr. 1408/71*

23. Nach Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 „[hat] [e]in Arbeitnehmer ..., der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, ... 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". Im Urteil Hoever und Zachow legte der Gerichtshof diese Bestimmung dahin aus, dass „der Ehegatte eines Arbeitnehmers, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt und mit seiner Familie in einem anderen Mitgliedstaat lebt, aufgrund von Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 im Mitgliedstaat der Beschäftigung Anspruch auf eine Leistung wie das Erziehungsgeld [hat]" [18]. Mit anderen Worten, der Ehegatte eines Arbeitnehmers hat entgegen dem Wortlaut der genannten Bestimmung einen eigenständigen Anspruch auf Familienleistung in dem Mitgliedstaat, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist.

18 — Urteil in den Rechtssachen C-245/94 und C-312/94 (zitiert in Fußnote 6, Randnr. 38).

24. Obwohl diese Vorschrift auf den Fall von Frau Hartmann eindeutig Anwendung findet, stellte das Bundessozialgericht zutreffend fest, dass Frau Hartmann dennoch keinen Anspruch auf Erziehungsgeld nach Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 habe, da Herr Hartmann als Beamter zur maßgeblichen Zeit kein „Arbeitnehmer" im Sinne des Titels III dieser Verordnung über die Gewährung von Familienleistungen gewesen sei. Diese Beschränkung war in Anhang I Teil I Abschnitt C der Verordnung Nr. 1408/71 enthalten und wurde erst mit dem Erlass der Verordnung Nr. 1399/1999 [19] aufgehoben, die am 1. September 1999 in Kraft trat. Artikel 1 Absatz 7 dieser Verordnung weitete den Begriff des Arbeitnehmers im Rahmen des Titels III der Verordnung Nr. 1408/71 in Bezug auf Deutschland dahin gehend aus, dass als Arbeitnehmer auch gilt, „wer als Beamter aus dem Beamtenverhältnis eine Besoldung mindestens in dem Umfang erhält, der bei einem Arbeitnehmer zu einer Pflichtversicherung gegen Arbeitslosigkeit führen würde".

25. Dass Beamte vom Anwendungsbereich der Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 über Familienleistungen ausgeschlossen waren, hat der Gerichtshof bereits im Urteil Kulzer [20] bestätigt, auf das sich auch das Bundessozialgericht bezogen hat. In diesem Urteil wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Definition des Arbeitnehmers „durch die Definition in Anhang I Teil I C der Verordnung verdrängt [wird], wenn ein deutscher Träger der zuständige Träger für die Gewährung der Familienleistungen gemäß Titel III Kapitel 7 der Verordnung ist" [21]. Er führte weiter aus, dass „es die Vorschriften des Anhangs I nicht [zulassen], dass sich ein Ruhestandsbeamter wie der Kläger des Ausgangsverfahrens mit der Begründung, Beamte seien in der Regel Arbeitnehmern gleichzustellen, auf Artikel 73 der Verordnung beruft, um das deutsche Kindergeld zu erhalten" [22].

26. Das Vorbringen von Frau Hartmann und der spanischen Regierung, dass der Ausschluss der Beamten von der Anwendung des Titels III der Verordnung Nr. 1408/71 nur diejenigen Beamten betreffe, die Aufgaben wahrnähmen, die in den Anwendungsbereich des Artikels 39 Absatz 4 EG in der Auslegung des Gerichtshofes fielen, die also mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt befasst seien, ist nicht haltbar. Der grundlegende Zweck dieser Bestimmung ist es, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, im Hinblick auf die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben das Erfordernis der Staatsangehörigkeit beizubehalten. Sie soll nicht den Arbeitnehmerbegriff als solchen eingrenzen. Auch stellt sie entgegen den Ausführungen der spanischen Regierung lediglich eine Ausnahme von den Bestimmungen der Absätze 1 bis 3 des Artikels 39 EG dar, nicht aber von den sonstigen Bestimmungen in Titel III über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, insbesonde-

19 — Zitiert in Fußnote 10.

20 — Urteil vom 5. März 1998 in der Rechtssache C-194/96 (Kulzer, Slg. 1998, I-895).

21 — Randnr. 35.

22 — Randnr. 37. Vgl. auch Urteil vom 12. Juni 1997 in der Rechtssache C-266/95 (Merino Garcia, Slg. 1997, I-3279, Randnrn. 25 f.).

re nicht von Artikel 42 EG über die Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit.

27. Das Bundessozialgericht hat damit zu Recht seine Fragen auf die Auslegung des Begriffs des Wanderarbeitnehmers im Sinne der Verordnung Nr. 1612/68 konzentriert.

C — Verordnung Nr. 1612/68: Arbeitnehmerstatus

28. Zur Festlegung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass „[j]eder Gemeinschaftsbürger, der von seinem Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer Gebrauch gemacht und in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnsitzstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt hat, ... unabhängig von seinem Wohnort und seiner Staatsangehörigkeit unter Artikel [39 EG fällt]“ [23]. Nach den Feststellungen des Gerichtshofes besteht ferner das Ziel des Artikels 39 EG, dessen Durchführung die Verordnung Nr. 1612/68 bezweckt, darin, „es einem Arbeitnehmer zu ermöglichen, frei in das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort aufzuhalten, um dort eine Tätigkeit auszuüben“ [24].

29. Im Licht dieser Definition des Anwendungsbereichs des Artikels 39 EG und — folglich — des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1612/68 können meines Erachtens zwei Situationen unterschieden werden, die von den Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer erfasst werden. Die erste — klassische — Situation ist die eines Gemeinschaftsbürgers, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort eine Tätigkeit aufzunehmen. Die zweite Situation ist die des Grenzgängers und besteht darin, dass sich ein Gemeinschaftsbürger weiterhin im Wohnsitzmitgliedstaat aufhält, aber einer regelmäßigen Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat nachgeht. In beiden Situationen liegt das entscheidende Merkmal darin, dass die betreffende Person in einen anderen Mitgliedstaat gezogen ist, um dort einer Beschäftigung nachzugehen.

30. Herr Hartmann fällt eindeutig unter keine dieser beiden Kategorien, da seine Wohnsitznahme in Österreich nicht erfolgte, um dort eine Beschäftigung aufzunehmen.

31. Nach der jüngsten Entwicklung in der Rechtsprechung kann es jedoch zweifelhaft sein, ob diese eindeutige Unterscheidung noch gültig ist. Im Urteil Ritter-Coulais [25] hat der Gerichtshof jüngst entschieden, dass sich ein deutsches Ehepaar [26], das in Deutschland eine Berufstätigkeit ausübt,

23 — Urteile vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-385/00 (de Groot, Slg. 2002, I-11819, Randnr. 76), vom 13. November 2003 in der Rechtssache C-209/01 (Schilling und Fleck-Schilling, Slg. 2003, I-13389, Randnr. 23) und vom 21. Februar 2006 in der Rechtssache C-152/03 (Ritter-Coulais, Slg. 2006, I-1711, Randnr. 31).

24 — Urteil in den Rechtssachen C-64/96 und C-65/96 (Uecker und Jacquet, zitiert in Fußnote 7).

25 — Zitiert in Fußnote 23.

26 — Genauer gesagt hatte Herr Ritter-Coulais nur die deutsche Staatsangehörigkeit, während Frau Ritter-Coulais sowohl die französische als auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaß.

seinen Wohnsitz jedoch in Frankreich hat, auf Artikel 39 EG berufen kann, um zu erreichen, dass bei der Besteuerung seiner Einkünfte in Deutschland die Verluste aus Vermietung und Verpachtung seines Wohnhauses in Frankreich berücksichtigt werden. Nach einem Verweis auf die in der vorangegangenen Randnummer herangezogene Rechtsprechung kam der Gerichtshof zum Ergebnis, „dass die Lage der Eheleute Ritter-Coulais, die in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten als dem, in dem sich ihr tatsächlicher Wohnsitz befindet, vom Geltungsbereich von Artikel [39 EG] erfasst wird“ [27].

32. Diese Feststellung des Gerichtshofes würde darauf hinauslaufen, dass es für die Anwendbarkeit des Artikels 39 EG ausreicht, wenn feststeht, dass eine Person in einem Mitgliedstaat ansässig ist, jedoch in einem anderen Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausübt. Anders gesagt, bei dieser Auslegung sind die Gründe, weshalb der Gemeinschaftsbürger seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, unerheblich. Sollte es sich tatsächlich so verhalten, können die Tatsachen des vorliegenden Falles problemlos unter die genannte Bestimmung subsumiert werden, so dass Herr Hartmann mit der Verlegung seines Wohnsitzes nach Österreich den Status eines Wanderarbeitnehmers erlangte. Es ist jedoch fraglich, ob dieses Ergebnis mit dem im EG-Vertrag vorgesehenen gemeinschaftlichen System der Freizügigkeit der Personen zwischen den Mitgliedstaaten vereinbar ist.

33. Dieses System beruht auf vier Bereichen der Freizügigkeit, die sich je nach den Gründen, weshalb ein Gemeinschaftsbürger in einen anderen Mitgliedstaat ziehen will, voneinander unterscheiden. Ursprünglich wurde nach dem EWG-Vertrag ein Recht auf Freizügigkeit nur zu wirtschaftlichen Zwecken gewährt, und für die Angehörigen der Mitgliedstaaten, die sich zum Zwecke der Berufstätigkeit, der Niederlassung und der Erbringung von Dienstleistungen in andere Mitgliedstaaten begeben wollen, wurden jeweils gesonderte rechtliche Regelungen geschaffen. Später wurde mit Einführung der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht den Angehörigen der Mitgliedstaaten auch das Recht eingeräumt, sich aus nichtwirtschaftlichen Gründen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten.

34. Die Rechte, die mit dem jeweiligen Bereich der Freizügigkeit verbunden sind, sind unterschiedlich, auch wenn im Laufe der Jahre bei der Auslegung der Vertragsbestimmungen bezüglich der Arbeitnehmer, der Niederlassung und der Dienstleistungen eine gewisse Annäherung erreicht wurde und die Art ihrer Anwendung einheitlicher geworden ist. Die Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft dagegen bleiben eine eigene Kategorie, und die Rechte, die aus dem Status der Unionsbürgerschaft abgeleitet werden können, befinden sich zwar noch im Stadium der Entwicklung, sind aber beschränkt im Vergleich zu den Rechten, die sich aus den wirtschaftlichen Freiheiten ergeben. Um zu bestimmen, welche Vertragsbestimmung und somit welche rechtliche Regelung in einer bestimmten Situation anwendbar ist, muss der Grund, weshalb die betreffende Person von ihrem Recht auf Einreise in einen anderen Mitgliedstaat Gebrauch macht, objektiv festgestellt werden. Dies ist das verbindende Moment zwischen den einzelnen Vertragsbestimmungen.

27 — Randnr. 32.

35. In diesem Sinne entschied der Gerichtshof im Urteil Werner [28], dass ein deutscher Zahnarzt, der seine gesamten beruflichen Qualifikationen in Deutschland erworben hatte, der seine Berufstätigkeit nur in Deutschland ausgeübt hatte und auf den das deutsche Steuerrecht angewandt wurde, der aber in den Niederlanden ansässig war, sich nicht auf Artikel 43 EG berufen konnte, um sich gegen eine Besteuerung zu wehren, die höher war, als wenn er in Deutschland ansässig gewesen wäre. Der einzige über den nationalen Rahmen hinausweisende Aspekt war die Tatsache, dass Herr Werner in einem anderen Mitgliedstaat wohnte als dem, in dem er seine Berufstätigkeit ausübte [29]. Der bloße Umstand, dass er in die Niederlande gezogen war, reichte nicht für die Feststellung, dass seine Berufstätigkeit in Deutschland eine grenzüberschreitende Niederlassung darstellte, die ihm das Recht gegeben hätte, sich auf Artikel 43 EG zu stützen.

36. Zu beachten ist, dass das Urteil Werner vor dem Inkrafttreten der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft erging. Hätte sich der Sachverhalt dieser Rechtssache zu einem späteren Zeitpunkt ereignet, wäre das Ergebnis angesichts des jetzigen Verständnisses vom Geltungsbereich dieser Bestimmungen möglicherweise anders ausgefallen.

37. Dieser Hinweis kann eine Erklärung für die Auffassung liefern, die der Gerichtshof im Urteil Ritter-Coulais vertreten hat. Obwohl der Gegenstand jener Rechtssache in den *sachlichen* Geltungsbereich der Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr (steuerliche Abzugsfähigkeit von Verlusten aus Vermietung und Verpachtung von Grundeigentum) und meines Erachtens in den *persönlichen* Geltungsbereich der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft fiel, war keine dieser Bestimmungen *zeitlich* anwendbar, da der Fall sich auf das Steuerjahr 1987 bezog. Auf Anregung der Kommission prüfte der Gerichtshof den Fall daher unter dem Gesichtspunkt des Artikels 48 EWG (jetzt Artikel 39 EG) und kam zu dem oben in Nummer 31 genannten Ergebnis.

38. Da der dem Urteil Ritter-Coulais zugrunde liegende Sachverhalt dem Sachverhalt des Urteils Werner weitgehend entsprach, hätte der Gerichtshof meines Erachtens jenen Fall genauso lösen müssen. Mir ist bewusst, dass dies zu einem Ergebnis geführt hätte, das im Hinblick auf das heute geltende Recht möglicherweise als unbefriedigend angesehen worden wäre. Es *ist* aber das Ergebnis, das mit dem 1987 geltenden Recht im Einklang gestanden hätte. Die Folge der im Urteil Ritter-Coulais vertretenen Auffassung ist, dass der Unterschied zwischen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Freizügigkeit aufgrund Unionsbürgerschaft unscharf geworden ist. Nach dieser Auffassung kann der Umstand, dass ein Unionsbürger aus nichtwirtschaftlichen Gründen in einen anderen Mitgliedstaat zieht, dazu führen, dass er Rechte in Anspruch nehmen kann, die im gegenwärtigen System denjenigen Personen vorbehalten sind, die von ihrer Freiheit aus Gründen der Berufstätigkeit, der Niederlassung oder der Erbringung von Dienstleistungen Gebrauch gemacht haben.

28 — Urteil vom 26. Januar 1993 in der Rechtssache C-112/91 (Werner, Slg. 1993, I-429).

29 — Randnr. 16.

39. In diesem Zusammenhang ist auf einen weiteren Fall, die Rechtssache Elsen [30], hinzuweisen, dem die deutsche Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs eine gewisse Aufmerksamkeit geschenkt haben, da der ihm zugrunde liegende Sachverhalt eine gewisse Ähnlichkeit mit dem des vorliegenden Falles hat. Dort entschied der Gerichtshof, dass eine deutsche Staatsangehörige, die in Deutschland gearbeitet und ihren Wohnsitz nach Frankreich verlegt hatte, aber weiterhin in Deutschland berufstätig war, sich als frühere Grenzgängerin für die Anrechnung ihrer in Frankreich zurückgelegten Erziehungszeiten für die Altersrente in Deutschland auf die Artikel 18 EG, 39 EG und 42 EG stützen konnte.

40. Meines Erachtens kann aus diesem Urteil jedoch nicht geschlossen werden, dass derjenige, der in einem Mitgliedstaat erwerbstätig ist und sich in einen anderen Mitgliedstaat nur begibt, um dort zu wohnen, automatisch als Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 39 EG und der Verordnung Nr. 1612/68 anzusehen ist. Zwar hat der Gerichtshof im Tenor seines Urteils auf die Artikel 39 EG und 42 EG Bezug genommen, doch ist die Frage nach dem genauen Status von Frau Elsen offensichtlich im Licht des Artikels 13 Absatz 2 Buchstaben a und b der Verordnung Nr. 1408/71 geprüft und beurteilt worden. Weil Frau Elsen „ausschließlich in Deutschland arbeitete und als Grenzgängerin deutschem Recht unterlag, als das Kind geboren wurde [, war es möglich], zwischen den fraglichen Erziehungszeiten und den Versicherungszeiten, die in Deutschland aufgrund einer Berufstätigkeit in diesem Staat zurückgelegt wurden, eine enge Verbindung herzustellen." [31]. Folglich unterlag Frau Elsen für die Berechnung der Altersrente deutschen Rechtsvorschriften auch, nachdem sie in jenem Mitgliedstaat nicht mehr erwerbstätig war. Der Umstand, dass Frau Elsen für die Feststellung, dass sie deutschem Sozialrecht unterlag, als Grenzgängerin angesehen werden konnte, bedeutet nicht, dass sie in einem allgemeinen Sinne Arbeitnehmerin für die Anwendung der Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer war. Der Gerichtshof hat mehrfach darauf hingewiesen, dass „der in Artikel [39 EG] und in der Verordnung Nr. 1612/68 verwendete Arbeitnehmerbegriff nicht notwendig mit dem [übereinstimmt], der im Bereich von Artikel [42 EG] und der Verordnung Nr. 1408/71 gilt" [32].

41. Allgemein ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten daran zu erinnern, dass die Grundregeln des Gemeinsamen Marktes nicht nur den Verkehr der Produktionsergebnisse (Waren und Dienstleistungen), sondern auch den der Produktionsfaktoren (Arbeit und Kapital) liberalisieren sollen. Insoweit kann der wandernde Bürger als Person von dem getrennt werden, was er wirtschaftlich bedeutet. Begibt sich ein Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat, um dort zu arbeiten und zu wohnen oder um unter Beibehaltung der Wohnung in seinem Herkunftsmitgliedstaat dort zu arbeiten, wird der Faktor Arbeit in den Mitgliedstaat der

30 — Urteil vom 23. November 2000 in der Rechtssache C-135/99 (Elsen, Slg. 2000, I-10409).

31 — Randnr. 26.

32 — Urteil vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-85/96 (Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691, Randnr. 31).

Beschäftigung übertragen. Wenn sich dagegen jemand, wie im vorliegenden Fall, in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort nur zu wohnen, aber das Beschäftigungsverhältnis in seinem Herkunftsmitgliedstaat beibehält, so bedeutet dies, dass der Produktionsfaktor Arbeit „an Ort und Stelle" bleibt. Das Beschäftigungsverhältnis und damit der Faktor Arbeit werden nicht in einen anderen Mitgliedstaat verlagert. Dann fehlt aber eine Grundlage für die Anwendung des Artikels 39 EG, da das verbindende Moment, das zur Anwendung dieser Bestimmung führen könnte, nicht vorhanden ist.

42. In Bezug auf das Gemeinschaftssystem der Freizügigkeit fällt ein Fall wie der des Ausgangsverfahrens eindeutig in den Anwendungsbereich des Artikels 18 EG über die Unionsbürgerschaft. Ich werde auf diesen Gesichtspunkt im Folgenden zurückkommen.

43. Ich komme zu dem Ergebnis, dass eine Person nur dann als Wanderarbeitnehmer im Sinne der Verordnung Nr. 1612/68 angesehen werden kann, wenn sie sich in einen anderen Mitgliedstaat mit der Absicht begeben hat, in diesem Mitgliedstaat eine Beschäftigung zu suchen oder aufzunehmen. Hat sie sich in einen anderen Mitgliedstaat aus Gründen begeben, die in keiner Verbindung zur Suche oder Aufnahme einer Beschäftigung in diesem Staat stehen, finden die Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf sie keine Anwendung. Wer von seiner Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, aus nichtwirtschaftlichen Gründen Gebrauch gemacht hat, fällt lediglich in den Geltungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft.

44. Obwohl mit diesem Ergebnis die erste Vorlagefrage des Bundessozialgerichts beantwortet ist und die zweite Frage angesichts ihrer Abhängigkeit von dem Ergebnis der ersten nicht beantwortet zu werden braucht, fahre ich mit der Prüfung fort, da der Gerichtshof möglicherweise gleichwohl feststellen wird, dass Herr Hartmann die Arbeitnehmereigenschaft erworben hat. Dies betrifft die Frage, ob ein Wanderarbeitnehmer in seiner Lage einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf die Gewährung sozialer Vergünstigungen nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 haben kann.

D — *Verordnung Nr. 1612/68: Grenzgänger und soziale Vergünstigungen*

45. Sollte Herr Hartmann als Wanderarbeitnehmer oder als Grenzgänger anzusehen sein oder einen Status besitzen, der dem eines Grenzgängers entspricht, so hätte dies nicht automatisch zur Folge, dass er einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf alle im Beschäftigungsmitgliedstaat vorhandenen sozialen Vergünstigungen hätte. Ein solcher Anspruch ist meines Erachtens abhängig von dem Zweck, den Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 mit der Regelung verfolgt, dass Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer genießen.

46. Insoweit hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass „die Verweisung auf die ‚sozialen Vergünstigungen' in Artikel 7 Absatz 2 nicht einschränkend

ausgelegt werden [kann]“ [33] und dass „unter ‚sozialen Vergünstigungen‘ alle Vergünstigungen zu verstehen [sind], die — ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht — den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnortes im Inland allgemein gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern“ [34].

47. Auch wenn der Begriff der sozialen Vergünstigung nicht einschränkend auszulegen ist, enthält die Definition des Gerichtshofs doch eine Reihe von Merkmalen, aus denen zu ersehen ist, dass die Definition nicht frei von Einschränkungen ist. So weist der Gerichtshof in der Definition darauf hin, dass die betreffende Vergünstigung wegen der *objektiven Arbeitnehmereigenschaft* gewährt werden muss oder einfach wegen des *Wohnorts des Arbeitnehmers im Inland* allgemein gewährt wird. Darüber hinaus wird die Vermutung geäußert, dass es die *Mobilität der Wanderarbeitnehmer* innerhalb der Gemeinschaft *erleichtert*, wenn diese Zugang zu den Vergünstigungen erhalten.

48. In dem ganz anderen Rahmen, in dem es darum ging, Beihilfen, die zur Deckung des Lebensunterhalts von Studenten gewährt werden, als soziale Vergünstigung im Sinne der Verordnung Nr. 1612/68 einzustufen, traf der Gerichtshof gleichfalls die allgemeine Feststellung, dass es „im Einklang mit den Zielen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer [steht] und ... *zur Integration der Arbeitnehmer* eines Mitgliedstaats, die in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind, *in das soziale Leben des Aufnahmelandes* [*beiträgt*], dass diese Arbeitnehmer Anspruch darauf haben, hinsichtlich der ihren Familienangehörigen gewährten Vergünstigungen ebenso behandelt zu werden wie inländische Arbeitnehmer“ [35].

49. Diese Erwägungen des Gerichtshofes befassen sich alle mit der Lage von Arbeitnehmern, die sich aus ihrem Herkunftsland in einen anderen Mitgliedstaat begeben haben, um in dem Aufnahmemitgliedstaat zu wohnen und zu arbeiten. Die Gleichbehandlung dieser Arbeitnehmergruppe in Bezug auf die Gewährung sozialer Vergünstigungen, wie sie in Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 vorgesehen sind, soll die Chancen dieser Gruppe auf soziale Integration in ihren neuen Aufnahmestaat verbessern und ihre Aussichten auf Teilnahme an der nationalen Gesellschaft erhöhen. Grenzgänger dagegen sind zweifellos in einer anderen Lage, da sie ihren Wohnsitz in ihrem Herkunftsmitgliedstaat behalten, wo sie, wie vermutet werden kann, bereits vollständig integriert sind. Zwar kommt dieser Arbeitnehmergruppe ebenfalls der Schutz des Artikels 39 EG und der verschiedenen anderen Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zugute, doch braucht sich dieser Schutz sachlich nur gegen die Ungleichbehandlung bei Beschäf-

33 — Urteile vom 30. September 1975 in der Rechtssache 32/75 (Cristini/SNCF, Slg. 1975, 1085, Randnr. 12) und vom 27. November 1997 in der Rechtssache C-57/96 (Meints, Slg. 1997, I-6689, Randnr. 39).

34 — Urteile vom 27. Mai 1993 in der Rechtssache C-310/91 (Schmid/Belgische Staat, Slg. 1993, I-3011, Randnr. 18) und vom 27. November 1997 in der Rechtssache C-57/96 (Meints, zitiert in vorstehender Fußnote, Randnr. 39).

35 — Urteil vom 15. März 1989 in den Rechtssachen 389/87 und 390/87 (Echternach und Moritz, Slg. 1989, 723, Randnr. 20). Hervorhebung von mir.

tigungsbedingungen zu richten. Grenzgänger dürfen nicht allein deswegen, weil sie in dem Beschäftigungsmitgliedstaat nicht ansässig sind, im Hinblick auf z. B. ihr Arbeitsentgelt oder besondere arbeitsbezogene Vergünstigungen unterschiedlich behandelt werden. Hinsichtlich der Vergünstigungen, die sich auf ihre Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaft beziehen, ist der Mitgliedstaat zuständig, in dem sie ansässig sind.

50. In Bezug auf diesen letztgenannten Gesichtspunkt weisen sowohl das Bundessozialgericht in seinem Vorlagebeschluss als auch die deutsche Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs in ihren Erklärungen gegenüber dem Gerichtshof darauf hin, dass nicht auszuschließen sei, dass eine Person in der Situation von Herrn Hartmann ähnliche Leistungen wie das Erziehungsgeld in dem Land ihres Wohnsitzes erhalten könne. Da in der Verordnung Nr. 1612/68 anders als in der Verordnung Nr. 1408/71 keine Vorkehrungen getroffen worden seien, um Doppelleistungen zu verhindern, müsse mit der Auffassung, dass soziale Vergünstigungen ohne weiteres exportiert werden könnten, zurückhaltend umgegangen werden. Ich stimme mit der deutschen Regierung darin überein, dass, wenn feststeht, dass eine bestimmte Leistung nach der Verordnung Nr. 1408/71 nicht exportierbar ist, weil der mögliche Empfänger, wie im vorliegenden Ausgangsverfahren, nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung fällt, dieses Ergebnis nicht dadurch unterlaufen werden sollte, dass die Leistung über das Gleichbehandlungsgebot des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 erreichbar wird. Eben das ist der Zweck von Artikel 42 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68, der bestimmt, dass die Verordnung die gemäß Artikel 42 EG erlassenen Bestimmungen, d. h. die Verordnung Nr. 1408/71, nicht berührt. Diese Vorschrift errichtet somit eine relative Hierarchie zwischen beiden Verordnungen insofern, als die Verordnung Nr. 1408/71 als Spezialvorschrift Vorrang vor Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 hat in Fällen, in denen die Anwendung beider Verordnungen zu einander widersprechenden Ergebnissen führt.

51. Diese Auslegung, wonach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 sich in erster Linie an die Wanderarbeitnehmer richtet, die ihren Wohnsitz im Beschäftigungsmitgliedstaat nehmen, und von Grenzgängern nur im Hinblick auf solche Leistungen geltend gemacht werden kann, die unmittelbar an das Beschäftigungsverhältnis geknüpft sind, wird durch den Wortlaut der Vorschrift bestätigt. Wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, stellt die deutsche Fassung der Vorschrift durch das Wort „dort" klar, dass die sozialen Vergünstigungen im Hoheitsgebiet des Beschäftigungsmitgliedstaats zu genießen sind. Zwei der anderen amtlichen Sprachfassungen zur Zeit des Erlasses der Verordnung Nr. 1612/68 verwenden dieselbe Terminologie (französisch: Il *y* bénéficie ...; niederländisch: Hij geniet *er* ...); nur die italienische Fassung enthält keinen derartigen Hinweis.

52. Zwar wird die Auffassung vertreten, aus der vierten Begründungserwägung der Ver-

ordnung Nr. 1612/68 gehe hervor, dass Grenzgänger vollständig in den Schutzbereich dieser Verordnung fielen, doch bezieht sich meines Erachtens diese Begründungserwägung („Dieses Recht") auf das Recht, zum Zwecke der Beschäftigung ab- und zuzuwandern und eine von den Grenzgängern gewählte Tätigkeit auszuüben [36]. Die fünfte Begründungserwägung [37] dagegen befasst sich mit Themen, die für die Situation der Grenzgänger keine Bedeutung haben können, wie die Beschaffung einer Wohnung, das Recht des Arbeitnehmers, seine Familie nachkommen zu lassen, sowie die Bedingungen für die Integration der Familie im Aufnahmeland. Auch dies legt nahe, dass Grenzgänger die in der Verordnung Nr. 1612/68 vorgesehenen Rechte nur insoweit genießen können, als diese Rechte in einer funktionalen Beziehung zu ihrer Beschäftigung im Aufnahmemitgliedstaat stehen.

53. Die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 bezüglich der Grenzgänger steht im Einklang mit dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Meints [38]. Diese Rechtssache betraf die Frage, ob einem deutschen Grenzgänger, der in einem landwirtschaftlichen Betrieb in den Niederlanden beschäftigt gewesen war, aber in Deutschland wohnte, eine besondere Leistung für in der Landwirtschaft tätige Arbeitnehmer gewährt werden konnte, deren Arbeitsverhältnis wegen Flächenstillegungen ihres früheren Arbeitgebers beendet worden war. Der Gerichtshof stellte fest, dass eine solche Leistung als eine soziale Vergünstigung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 angesehen werden könne, da „[d]as Recht auf diese Leistung ... in unauflöslichem Zusammenhang mit der objektiven Arbeitnehmereigenschaft der Berechtigten [steht]" [39].

54. Im Urteil Meints wies der Gerichtshof allerdings das Vorbringen der Regierungen zweier Mitgliedstaaten, dass die Verordnung Nr. 1612/68 die Möglichkeit eines Exports sozialer Vergünstigungen nicht vorsehe, ausdrücklich zurück. Er bezog sich dabei auf die oben zitierte vierte Begründungserwägung der Verordnung sowie darauf, dass Artikel 7 ohne Einschränkung auf Arbeitnehmer Bezug nehme, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind [40]. Die — wenn auch allgemein gefasste — Stellungnahme des Gerichtshofes zu diesem Punkt war meines Erachtens von dem besonderen Charakter der in jenem Fall in Rede stehenden sozialen Vergünstigung bestimmt, bei der es sich eindeutig um eine Leistung handelte, die aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen war, und daher als exportierbar angesehen werden konnte. Der Hinweis des Gerichtshofes auf die Begründungs-

36 — Die dritte und vierte Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1612/68 lautet wie folgt: „Die Freizügigkeit ist ein Grundrecht der Arbeitnehmer und ihrer Familien; die Mobilität der Arbeitskräfte innerhalb der Gemeinschaft soll für den Arbeitnehmer eines der Mittel sein, die ihm die Möglichkeit einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen garantieren und damit auch seinen sozialen Aufstieg erleichtern, wobei gleichzeitig der Bedarf der Wirtschaft der Mitgliedstaaten befriedigt wird; allen Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten muss das Recht zuerkannt werden, eine von ihnen gewählte Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft auszuüben. *Dieses Recht* steht gleichermaßen Dauerarbeitnehmern, Saisonarbeitern, Grenzarbeitnehmern oder Arbeitnehmern zu, die ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Dienstleistung ausüben" (Hervorhebung von mir).

37 — „Damit das Recht auf Freizügigkeit nach objektiven Maßstäben in Freiheit und Menschenwürde wahrgenommen werden kann, muss sich die Gleichbehandlung tatsächlich und rechtlich auf alles erstrecken, was mit der eigentlichen Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis und mit der Beschaffung einer Wohnung im Zusammenhang steht; ferner müssen alle Hindernisse beseitigt werden, die sich der Mobilität der Arbeitnehmer entgegenstellen, insbesondere in bezug auf das Recht des Arbeitnehmers, seine Familie nachkommen zu lassen, und die Bedingungen für die Integration seiner Familie im Aufnahmeland."

38 — Zitiert in Fußnote 33.

39 — Randnr. 41.

40 — Randnrn. 49 f.

erwägung bedeutet meines Erachtens nicht, dass Grenzgänger in Bezug auf alle im Beschäftigungsmitgliedstaat verfügbaren sozialen Vergünstigungen gleichbehandelt werden, wie ich oben in Nummer 52 ausgeführt habe. Ich stimme insoweit mit Generalanwalt Lenz überein, der in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Meints Folgendes ausführte:

„Die Befürchtungen ..., bei dieser Einschätzung der Position eines Grenzgängers würden Sozialhilfeleistungen exportfähig, ein Ergebnis, das die Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich und die Verordnung Nr. 1612/68 implizit zu verhindern suchten, sind meines Erachtens unberechtigt.

Die Anknüpfung für die Gewährung einer sozialen Vergünstigung muß das konkrete Arbeitsverhältnis sein. Indem der Gerichtshof in der Definition der sozialen Vergünstigungen auf die objektive Arbeitnehmereigenschaft und das Arbeitsverhältnis abstellt, ist dieser Anforderung jedenfalls im Wesentlichen bereits Rechnung getragen. Es ist keine Rede davon, in Zukunft jedwede Sozialhilfeleistung über Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 über die Grenzen auszuzahlen. Gerade die Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft und das Arbeitsverhältnis schließen die klassischen Sozialhilfeleistungen aus." [41]

55. Mein Ergebnis in diesem Punkt ist daher, dass im Rahmen von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 Grenzgänger Anspruch auf Gleichbehandlung im Beschäftigungsmitgliedstaat hinsichtlich des Zugangs zu sozialen Vergünstigungen nur insoweit haben, als diese Vergünstigungen unmittelbar und ausschließlich mit der Beschäftigung verknüpft sind.

E — *Erziehungsgeld und Beschäftigung*

56. Die nächste Frage ist, ob das Erziehungsgeld nach dem BErzGG als eine soziale Vergünstigung angesehen werden kann, die mit der Beschäftigung so eng verbunden ist, dass sie von Grenzgängern oder Personen in der Lage von Herrn Hartmann und — über diese — von ihren Ehegatten in Anspruch genommen werden kann. Dies ist an sich eine Frage des Sachverhalts, mit der sich das nationale Gericht zu befassen hat. Der Gerichtshof hat sich jedoch bereits zum Charakter des Erziehungsgelds im Rahmen eines Falles geäußert, der Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Beschäftigungsmitgliedstaat betraf. Im Urteil Martínez Sala entschied der Gerichtshof, dass das Erziehungsgeld nach dem BErzGG, da es u. a. nicht voll erwerbstätigen Arbeitnehmern zuerkannt werde, als eine soziale Vergünstigung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 zu betrachten sei [42].

41 — Nrn. 57 f. der Schlussanträge in der Rechtssache Meints (zitiert in Fußnote 33).

42 — Urteil in der Rechtssache C-85/96 (Martínez Sala, zitiert in Fußnote 32, Randnr. 26).

57. Im Urteil Hoever und Zachow [43], in dem diese Frage in Bezug auf Grenzgänger gestellt wurde, hatte der Gerichtshof die Frage, ob das Erziehungsgeld eine aufgrund der Ausübung einer Beschäftigung vorgesehene soziale Vergünstigung ist, nicht zu beantworten, da die Rechtssache aufgrund des Artikels 73 der Verordnung Nr. 1408/71 entschieden wurde. Er kennzeichnete das Erziehungsgeld in seinem Urteil gleichwohl dahin gehend, dass es „einem Elternteil ermöglichen [soll], sich in der ersten Lebensphase eines Kindes dessen Erziehung zu widmen", und „genauer betrachtet dazu [dient], die Erziehung des Kindes zu vergüten, die anderen Betreuungs- und Erziehungskosten auszugleichen und gegebenenfalls die finanziellen Nachteile, die der Verzicht auf ein Vollerwerbseinkommen bedeutet, abzumildern" [44]. Diese Kennzeichnung legt nahe, dass, auch wenn der nicht voll erwerbstätige Arbeitnehmer insoweit leistungsberechtigt ist, der Zusammenhang mit der Beschäftigung schwach ist.

58. In seinem Vorlagebeschluss weist das Bundessozialgericht darauf hin, dass das BErzGG eine Leistungsberechtigung nicht an ein Arbeitsverhältnis knüpfe und dass eine zu umfangreiche Erwerbstätigkeit einem Erziehungsgeldanspruch sogar entgegenstehe. Es stellte jedoch auch fest, dass gerade bei einem Leistungsexport ein in Deutschland verankertes gegenwärtiges oder früheres Beschäftigungs- oder Dienstverhältnis doch Bedeutung habe. Zur Begründung seiner Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Einschränkung des Exports von Erziehungsgeld bei Grenzgängern führt das Bundessozialgericht aus, das Erfordernis einer mehr als geringfügigen Inlandsbeschäftigung gerade beim Erziehungsgeld habe etwas Sinnwidriges, da diese Leistung nicht zuletzt den Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit erleichtern solle. In dem Nebeneinander von Verbot einer vollen Erwerbstätigkeit und Gebot eines Überschreitens der Geringfügigkeitsgrenze (für Grenzgänger) als Voraussetzung für das Erziehungsgeld zeige sich ein deutlicher Wertungswiderspruch.

59. Aus der Kennzeichnung des Erziehungsgelds durch den Gerichtshof im Urteil Hoever und Zachow sowie durch das Bundessozialgericht im Vorlagebeschluss geht hervor, dass der wesentliche Zweck dieser Leistung darin besteht, eine Person, die zu keiner Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist oder ein Arbeitsverhältnis ganz oder teilweise für die Kindererziehung aufgegeben hat, für die mit der Kindererziehung einhergehende wirtschaftliche Untätigkeit zu belohnen. Das Erziehungsgeld ist somit in Wirklichkeit genau das Gegenteil einer Leistung, die an die Beschäftigung geknüpft ist. Richtig ist, dass der deutsche Gesetzgeber die Voraussetzungen für das Erziehungsgeld auf zwei Personengruppen ausgedehnt hat, die in Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt stehen (mittelbar: Ehegatten von Beamten seit 2001; unmittelbar: Grenzgänger mit einer mehr als geringfügigen Beschäftigung). Zwar scheint die Aufnahme dieses Kriteriums dem Ergebnis, dass das Erziehungsgeld nicht an die Beschäftigung geknüpft ist, zu widersprechen, doch dient dieses Kriterium nur dazu, die erforderliche Verbindung zur deutschen Rechtsordnung herzustellen, um damit einen Ersatz für die Wohnortvoraussetzung zu schaffen, die in diesen Fällen selbstverständlich nicht gelten kann. Die wesentlichen Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 1 Absätze 1, 2 und 3 BErzGG sehen auch weiterhin keinen Bezug zur

43 — Zitiert in Fußnote 6.

44 — Randnr. 25.

Beschäftigung vor, so dass der Zweck des Erziehungsgelds in allen Fällen derselbe ist.

60. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich nicht der Ansicht, dass das Erziehungsgeld so hinreichend an die Beschäftigung oder die objektive Arbeitnehmereigenschaft geknüpft ist, dass davon auszugehen wäre, dass es eine soziale Vergünstigung ist, in Bezug auf die ein Grenzgänger Gleichbehandlung nach Artikel 7 Absatz 2 verlangen kann.

61. Für den Fall, dass der Gerichtshof oder das vorlegende Gericht bezüglich des Charakters des Erziehungsgelds zu einem anderen Ergebnis kommen sollte, ist als Nächstes zu prüfen, ob die Wohnortvoraussetzung mit Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 vereinbar ist.

F — *Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung*

62. Es wird nicht bestritten, auch nicht von der deutschen Regierung, dass die Wohnortvoraussetzung in § 1 Absatz 1 Nummer 1 BErzGG Grenzgänger mittelbar diskriminiert, da deutsche Staatsangehörige diese Voraussetzung leichter erfüllen können als ausländische Arbeitnehmer. Es ist daher zu prüfen, ob dieses Erfordernis gerechtfertigt werden kann und ob es in Bezug auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig ist.

63. Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bereits in einer Reihe von Rechtssachen entschieden hat, dass eine Wohnortvoraussetzung in Bezug auf ähnliche soziale Vergünstigungen unter Berücksichtigung der Ziele, für die diese Voraussetzungen aufgestellt wurden, nicht zu rechtfertigen sei. So gelang es dem Großherzogtum Luxemburg nicht, den Gerichtshof davon zu überzeugen, dass die Voraussetzung eines einjährigen Wohnsitzes verbunden mit der Pflicht, sich regelmäßig ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen, die als Voraussetzung für eine Geburts- und eine Mutterschaftsbeihilfe vorgeschrieben waren, aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sei [45].

64. Auch im Urteil Meints stellte der Gerichtshof fest, dass eine Wohnortvoraussetzung weder erforderlich noch geeignet sei, um Personen, die ihre Arbeitslosigkeit selbst verschuldet haben, von einer besonderen Leistung bei Arbeitslosigkeit in der Landwirtschaft auszuschließen. Der Wohnort des Antragstellers sei bedeutungslos für die

45 — Urteil vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817, Randnrn. 12, 15 und 34).

Frage, ob die Arbeitslosigkeit selbstverschuldet ist [46].

65. Im vorliegenden Fall fragt das Bundessozialgericht nur danach, ob die Voraussetzung, dass ein Antragsteller, der Erziehungsgeld begehrt, seinen ständigen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben muss, mit Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 vereinbar ist. Die Zweifel, die es an der Rechtfertigung der Voraussetzungen nach dem BErzGG geäußert hat, betreffen hauptsächlich die Voraussetzungen, die für Grenzgänger im Hinblick auf den Mindestumfang der Beschäftigung gelten. Da diese Voraussetzungen nicht ausdrücklich Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens sind, sondern im Rahmen der Rechtssache C-213/05 (Geven) [47] angesprochen werden, werde ich sie in meinen Schlussanträgen in jener Rechtssache erörtern, die ich zusammen mit diesen Schlussanträgen vorlegen werde.

66. Um den Zweck des deutschen Erziehungsgelds zu bestimmen, ist es wiederum nützlich, auf die Ausführungen des Bundessozialgerichts zu diesem Punkt im Vorlagebeschluss Bezug zu nehmen. Ausgehend von der Begründung zum Entwurf des BErzGG und der innerstaatlichen Rechtsprechung fasst das Bundessozialgericht diese Ziele wie folgt zusammen:

„Durch den Bezug von [Erziehungsgeld] soll ermöglicht oder erleichtert werden, dass sich ein Elternteil in der für die ganze spätere Entwicklung entscheidenden ersten Lebensphase eines Kindes dessen Betreuung und Erziehung widmet .... Die Zahlung dient der Anerkennung der Erziehungsleistung junger Familien ... und der Förderung der Geburtenrate, wobei sie die Entscheidung für das Kind und gegen den Schwangerschaftsabbruch erleichtern soll .... Im Vordergrund steht der Zweck, Eltern die eigene Betreuung ihrer Kinder durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit oder durch deren Einschränkung zu ermöglichen .... Dem liegt als Motiv des Gesetzgebers auch der Gedanke zu Grunde, dass durch das Aufziehen eines Kindes in Deutschland ein Beitrag zur künftigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Existenz der Gesellschaft in diesem Staat geleistet wird .... Dementsprechend ist der Gesetzgeber in der Weise vorgegangen, dass er den Anspruch auf [Erziehungsgeld] bei Ausländern mit Inlandswohnsitz ... auf jene begrenzt hat, von denen zu erwarten ist, dass sie auf Dauer in Deutschland bleiben ...; ebenso hat er sich nicht verpflichtet gesehen, den Leistungsbezug zuzulassen, wenn bei Auslandswohnsitz eine vergleichbare Verbindung durch einen Beitrag zum Arbeitsmarkt oder zur innerstaatlichen Gesellschaft fehlt."

67. Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass das Erziehungsgeld als ein Instrument nationaler Familienpolitik anzusehen ist, das

46 — Urteil in der Rechtssache C-57/96 (Meints, zitiert in Fußnote 33, Randnr. 48).

47 — Vgl. Nr. 2 dieser Schlussanträge.

längerfristigen sozialen, wirtschaftlichen und demografischen Zielen dient. Auch der Gerichtshof hat anerkannt, dass dies das eigentliche Wesen des Erziehungsgelds ist, wenn er das Erziehungsgeld beschreibt als „beitragsunabhängige Leistung, die zu einem Bündel familienpolitischer Maßnahmen gehört“ [48].

68. Fraglich ist jedoch, ob ein Mitgliedstaat eine Wohnortvoraussetzung für Leistungen aufstellen kann, die gewährt werden, um solche legitimen politischen Ziele zu erreichen. Nach gefestigter Rechtsprechung wäre ein solches Erfordernis nur dann gerechtfertigt, wenn es auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stünde, der mit den betreffenden nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird [49].

69. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass Mitgliedstaaten mit vollem Recht eine Politik verfolgen dürfen, die, um im Bevölkerungsaufbau eine gewisse Stabilität zu gewährleisten, auf die Förderung der Geburtenrate abstellt. Gerade wegen ihrer Zielsetzung muss eine solche Politik sicherstellen, dass sich die getroffenen Maßnahmen an Personen wenden, die in ihrem eigenen Hoheitsgebiet ansässig sind. Deswegen wäre es widersinnig anzunehmen, dass Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise zur demografischen Entwicklung anderer Mitgliedstaaten dadurch beitragen müssten, dass sie ihre familienpolitischen Regelungen auf Personen ausdehnen, die nicht in ihrem Hoheitsgebiet wohnen. Meines Erachtens ist daher eine Wohnortvoraussetzung angemessen, um sicherzustellen, dass das Erziehungsgeld Angehörigen der inländischen Bevölkerung des Mitgliedstaats gezahlt wird, die selbstverständlich nicht nur Deutsche, sondern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit alle Personen umfasst, die sich rechtmäßig in Deutschland aufhalten.

70. Insoweit besteht meines Erachtens eine eindeutige Parallele zu den Wohnortvoraussetzungen, die in den Urteilen Collins [50], Bidar [51] und De Cuyper [52] zur Debatte standen.

71. Im Urteil Collins erklärte es der Gerichtshof für legitim, „dass ein Mitgliedstaat eine [Beihilfe für Arbeitsuchende] erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats festgestellt wurde“. Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen, dürfe die Mindestaufenthaltsdauer „nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, damit die nationalen Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich

48 — Urteil C-85/96 (Martínez Sala, zitiert in Fußnote 32, Randnr. 8).

49 — Vgl. z. B. Urteil vom 23. März 2004 in der Rechtssache C-138/02 (Collins, Slg. 2004, Slg. I-2703, Randnr. 66).

50 — Zitiert in der vorstehenden Fußnote.

51 — Zitiert in Fußnote 13.

52 — Urteil vom 18. Juli 2006 in der Rechtssache C-406/04 (De Cuyper, Slg. 2006, I-6947).

auf der Suche nach einer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats ist“ [53].

72. Im Urteil Bidar sah es der Gerichtshof als legitim an, dass die Mitgliedstaaten von einem Studenten den Nachweis verlangten, dass er sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft des betreffenden Staates integriert habe, um die Berechtigung für eine Beihilfe zum Unterhalt von Studenten in diesem Staat zu erwerben. Er hielt das Erfordernis eines zuvor bestehenden Wohnsitzes von drei Jahren in dieser Hinsicht für eine ausreichende Garantie. Da jedoch ein Student auch nachweisen musste, dass er im Vereinigten Königreich dauernd ansässig war, und die betreffende innerstaatliche Regelung es für einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats ausschloss, als Student den Status einer auf Dauer ansässigen Person zu erlangen, habe die Regelung es einem solchen Staatsangehörigen, welches auch immer der Grad seiner Integration sein mochte, unmöglich gemacht, diese Leistung zu erhalten [54].

73. Im Urteil De Cuyper hat der Gerichtshof jüngst einen Mitgliedstaat für berechtigt erklärt, eine Voraussetzung des tatsächlichen Aufenthalts für einen Arbeitslosen aufzustellen, der das 50. Lebensjahr vollendet hat und von der Verpflichtung befreit ist, als Voraussetzung für die Wahrung seines Anspruchs auf eine Leistung bei Arbeitslosigkeit seine Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt nachzuweisen. Diese Voraussetzung war erforderlich, um die berufliche und familiäre Situation der Arbeitslosen zu überwachen und Veränderungen in den persönlichen Umständen zu berücksichtigen, die einen Einfluss auf die bewilligte Leistung haben könnten. Da weniger einschneidende Maßnahmen auch weniger wirksam gewesen wären, wurde die Wohnortvoraussetzung auch als angemessen im Verhältnis zu diesem Zweck angesehen [55].

74. In all diesen Fällen gab es eine eindeutige Beziehung zwischen der Art der Leistung und der Art der Bindung an den Mitgliedstaat, die für die Gewährung der Leistung Voraussetzung war.

75. Im vorliegenden Fall soll die Wohnortvoraussetzung gewährleisten, dass das Erziehungsgeld von Personen bezogen wird, bei denen es wahrscheinlich ist, dass sie dauerhaft zur deutschen Bevölkerung gehören. Sie ist damit ein geeignetes Instrument, um die mit dieser Leistung verfolgten familienpolitischen Ziele zu erreichen. Die Leistung ist nicht an die Staatsangehörigkeit gebunden, und da für die Dauer des Aufenthalts keine weiteren Voraussetzungen aufgestellt werden, kann die Wohnortvoraussetzung auch als angemessen im Verhältnis zum Zweck angesehen werden. Hinzufügen möchte ich, dass die Frage nach der Rechtfertigung der Wohnortvoraussetzung selbstverständlich eine andere ist als die, die sich auf die Art des Wohnsitznachweises bezieht, um die es im Urteil Martínez Sala ging.

53 — Zitiert in Fußnote 49, Randnrn. 69 und 72.

54 — Zitiert in Fußnote 13, Randnrn. 57 bis 61.

55 — Zitiert in Fußnote 52, Randnrn. 41 bis 48.

76. Ich komme daher insoweit zum Ergebnis, dass die in § 1 Absatz 1 BErzGG vorgesehene Wohnortvoraussetzung gerechtfertigt ist.

G — *Artikel 18 EG: Beschränkung der Rechte eines Unionsbürgers?*

77. Die Frage nach einer etwaigen Anwendung des Artikels 18 EG im vorliegenden Fall ist von der Kommission in Erwiderung auf eine Bemerkung des Bundessozialgerichts im Vorabentscheidungsersuchen aufgeworfen worden, wonach der Freizügigkeitsbegriff nach der Verordnung Nr. 1612/68 inzwischen weniger eng auszulegen sein könnte, weil Artikel 18 EG ein allgemeines, von einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängiges Aufenthaltsrecht garantiere. Auch wenn das vorlegende Gericht nicht dargetan hat, dass Frau Hartmann sich auf Artikel 18 EG berufen könne, um die im BErzGG festgelegte Wohnortvoraussetzung zu Fall zu bringen, muss diese Frage doch erörtert werden.

78. Da Frau Hartmann selbst nicht vom Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft Gebrauch gemacht hat, kann die einzig relevante Frage in diesem Zusammenhang nur sein, ob die Weigerung, Frau Hartmann Erziehungsgeld zu gewähren, weil sie nicht in Deutschland ansässig ist, Herrn Hartmann in der Ausübung seines durch Artikel 18 EG gewährleisteten Rechts, nach Österreich einzureisen und sich dort aufzuhalten, beschränkt wurde.

79. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Herr Hartmann 1990 nach Österreich gezogen ist, also dreieinhalb Jahre vor Inkrafttreten der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft am 1. November 1993. Die Frage ist somit dahin zu verstehen, dass sich eine etwaige Beschränkung aufgrund der Geltung der Wohnortvoraussetzung im BErzGG auf den über den 1. November 1993 hinausgehenden Aufenthalt in Österreich beziehen muss.

80. Ferner geht aus dem Vorlagebeschluss hervor, dass die abgelehnten Erziehunsgeldanträge für die drei Kinder der Familie Hartmann bezüglich des ersten Kindes einen Zeitraum betrafen, der vollständig vor 1993 lag, bezüglich des zweiten Kindes einen Zeitraum, der teilweise vor und teilweise nach November 1993 lag, und bezüglich des dritten Kindes einen Zeitraum, der vollständig nach November 1993 lag. Sollte demnach eine Berufung auf Artikel 18 EG im vorliegenden Fall möglich sein, so könnte sie nur zu einem teilweisen Erziehungsgeld für das zweite Kind und zu einem vollständigen Erziehungsgeld für das dritte Kind führen.

81. Der Gerichtshof hat bereits — insbesondere in den Urteilen D'Hoop und Pusa [56] —

56 — Urteile in der Rechtssache C-224/98 (D'Hoop, zitiert in Fußnote 14) und in der Rechtssache C-224/02 (Pusa, zitiert in Fußnote 12).

eine Reihe von Fällen entschieden, in denen es um Beschränkungen ging, die ein Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen nach Ausübung ihres in Artikel 18 EG verbrieften Rechts, in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, auferlegt. In diesen Urteilen stellte er als einen bei der Auslegung dieser Vertragsbestimmung zu berücksichtigenden allgemeinen Grundsatz fest, dass „es mit dem Recht auf Freizügigkeit unvereinbar [wäre], wenn der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist, ihn deshalb weniger günstig behandeln würde, weil er von den Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, die ihm die Freizügigkeitsbestimmungen des EG-Vertrags eröffnen“ [57]. Er fügte hinzu, dass „[e]ine nationale Regelung, die bestimmte Inländer allein deshalb benachteiligt, weil sie von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben, sich in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten, ... zu einer Ungleichbehandlung führen [würde], die den Grundsätzen widerspräche, auf denen der Status eines Unionsbürgers beruht, nämlich der Garantie der gleichen rechtlichen Behandlung bei der Ausübung seiner Freizügigkeit .... Eine solche Regelung könnte nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht verfolgten berechtigten Zweck stünden“ [58].

82. In der vorstehenden Nummer angeführten Fällen wurden die Betroffenen spürbar benachteiligt, weil sie von ihrem Recht Gebrauch gemacht hatten, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben. Frau D'Hoop, eine belgische Staatsangehörige, die in Frankreich das Zeugnis des Baccalauréat erworben hatte, hatte nach innerstaatlichem Recht keinen Anspruch auf Überbrückungsgeld in Belgien, da sie ihre höhere Schuldbildung nicht in diesem Mitgliedstaat abgeschlossen hatte. Herr Pusa, ein finnischer Staatsangehöriger, der nach Spanien gezogen war und dessen Rente pfändbar war, wurde dadurch benachteiligt, dass nach finnischem Recht bei der Bestimmung des pfändbaren Teils seiner Rente die von ihm in Spanien zu entrichtende Einkommensteuer nicht berücksichtigt wurde, während die von ihm in Finnland zu zahlende Einkommensteuer abgezogen worden wäre, wenn er in Finnland geblieben wäre. In beiden Fällen war klar, dass die beiden Personen in ihren Rechten nach den Rechtsvorschriften ihres Herkunftslandes eingeschränkt wurden und dass dies unmittelbar dem Umstand zuzuschreiben war, dass sie sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben hatten.

83. Dagegen liegt es auf der Hand, dass Herr Hartmann im vorliegenden Fall bezüglich seiner potenziellen Ansprüche nach dem BErzGG durch seine Wohnsitznahme in Österreich keinen Nachteil erlitten hat. Hätte er sich nämlich entschieden, seinen Wohnsitz in Deutschland, seinem Beschäftigungsmitgliedstaat, zu behalten, hätte weder er noch seine Ehefrau einen Anspruch auf Erziehungsgeld gehabt. Sein Umzug nach Österreich hatte somit in dieser Hinsicht keine Auswirkungen.

84. Auch Frau Hartmann hat als Folge davon, dass ihr Ehemann nach Österreich zog, um dort mit ihr zu wohnen, keine Ansprüche verloren. In dieser Hinsicht ist

57 — Urteile D'Hoop (Randnr. 30) und Pusa (Randnr. 18).

58 — Urteile D'Hoop (Randnrn. 34 bis 36) und Pusa (Randnr. 20).

die Situation eine andere als in der Rechtssache Schempp [59]. In jener Rechtssache wirkte sich der Umstand, dass Frau Schempp ihr Recht als Unionsbürgerin, in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, ausübte, insofern unmittelbar auf die Rechtsstellung ihres in Deutschland gebliebenen früheren Ehemanns aus, als dadurch die für diesen bestehende Möglichkeit beeinflusst wurde, die an sie erbrachten Unterhaltsleistungen von seinen steuerpflichtigen Einkünften in Deutschland abzuziehen [60]. Der Umzug von Herrn Hartmann nach Österreich hatte keine derartigen Auswirkungen auf die Möglichkeiten von Frau Hartmann, Erziehungsgeld in Deutschland in Anspruch zu nehmen.

85. Falls Frau Hartmann einen Anspruch hätte, könnte sie diesen außerdem nur über Rechte geltend machen, die ihrem Ehemann zustehen. Da es eine Bestimmung, die die Möglichkeit gäbe, solche abgeleiteten Rechte geltend zu machen, nicht gibt und da Herrn Hartmann selbst jedenfalls ein Anspruch auf Erziehungsgeld offensichtlich nicht zusteht, fehlt es an einer Grundlage dafür, dass Frau Hartmann über ihren Ehemann einen derartigen Anspruch geltend machen könnte.

86. Allgemein ist zu sagen, dass, wenn eine Person beschließt, in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, und insoweit ihre Rechte aus Artikel 18 EG oder einer anderen, die Freizügigkeit garantierenden Vorschrift ausübt, dies nicht garantiert, dass die Verlagerung seiner Tätigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der Besteuerung neutral ist [61]. Jede Entscheidung, in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, bringt es mit sich, dass sich als Folge der Unterschiede in den Rechtsvorschriften der betreffenden Mitgliedstaaten sowohl gewisse Nachteile ergeben als auch bisher nicht bestehende Vorteile einstellen, vor allem im Bereich der sozialen Sicherheit und der Steuern. Es ist Sache des Gemeinschaftsbürgers, das Für und Wider bei seiner Entscheidung abzuwägen, nur darf er nicht erwarten, dass seine Ansprüche auf alle Arten von Sozialleistungen ausgedehnt werden, die sein Herkunftsmitgliedstaat aus unterschiedlichen politischen Gründen vorsehen mag. Wie oben ausgeführt, kommt es völlig auf die Art der betreffenden Leistungen an. Wenn es bei der Verlegung des Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat keine steuerliche Neutralität gibt, muss derselbe Grundsatz für die Erhaltung der Rechte im Bereich der sozialen Sicherheit gelten. Es darf nicht übersehen werden, dass bei der Verlegung des Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat im Aufnahmemitgliedstaat möglicherweise andere Arten von Ansprüchen eröffnet werden. Um es mit den Worten der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung auszudrücken: Wenn die Mitgliedstaaten ihren Staatsangehörigen, die in einen anderen Mitgliedstaat ziehen wollen, keine Beschränkungen auferlegen dürfen, so sind sie auch nicht verpflichtet, ihnen für die Ausreise einen Bonus zu gewähren.

87. Es besteht somit kein Grund für die Annahme, dass die Ablehnung der Anträge von Frau Hartmann auf Gewährung von

59 — Urteil in der Rechtssache C-403/03 (Schempp, zitiert in Fußnote 6).

60 — Vgl. Randnr. 24.

61 — Urteile vom 15. Juli 2004 in der Rechtssache C-365/02 (Lindfors, Slg. 2004, I-7183, Randnr. 34) und in der Rechtssache C-403/03 (Schempp, zitiert in Fußnote 16, Randnr. 45).

Erziehungsgeld in Deutschland mit der Begründung, dass Frau Hartmann die Wohnortvoraussetzung des § 1 Absatz 1 BErzGG nicht erfüllt hat, gegen Artikel 18 EG verstößt. Selbst wenn festzustellen wäre, dass diese Ablehnung Herrn Hartmanns Recht auf Freizügigkeit aus Artikel 18 EG auf irgendeine Weise beeinträchtigt hat, müsste diese Einschränkung aus den im vorstehenden Abschnitt der vorliegenden Schlussanträge genannten Gründen als gerechtfertigt angesehen werden.

VI — Ergebnis

88. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Bundessozialgericht vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

— Ein deutscher Staatsangehöriger, der im Jahre 1990 unter Beibehaltung seines in Deutschland bestehenden Dienstverhältnisses als Postbeamter seinen Wohnsitz von dort nach Österreich verlegt hat und seitdem seinen Beruf als Grenzgänger ausübt, kann nicht als Wanderarbeitnehmer im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft für Zeiträume zwischen Januar 1994 und September 1998 angesehen werden.

— Eine österreichische Staatsangehörige, die von ihrem Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten, keinen Gebrauch gemacht hat, kann sich, wenn ihr Ehemann unter Beibehaltung seiner Beschäftigung in seinem Herkunftsmitgliedstaat in ihren Wohnsitzmitgliedstaat gezogen ist, nicht auf Artikel 18 EG berufen, um eine Wohnsitzvoraussetzung in Frage zu stellen, von der der Anspruch auf Erziehungsgeld im erstgenannten Mitgliedstaat abhängt.