FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED fremsat den 28. september 2006 [1]

I — Indledning

1. I henhold til den tyske Bundeserziehungsgeldgesetz (lov om børnepasningsydelse, herefter »BErzGG«) skal man for at være berettiget til børnepasningsydelse bl.a. have bopæl i Tyskland. I denne sag har Bundessozialgericht spurgt Domstolen, om dette bopælskrav er uforeneligt med fællesskabsretten, nærmere bestemt forordning nr. 1612/68 [2], forordning nr. 1408/71 [3] eller artikel 18 EF, således at en østrigsk kvinde, som bor i Østrig sammen med sin tyske ægtefælle, der er ansat som tjenestemand i Tyskland, også kan gøre krav på denne ydelse.

2. Parallelt med denne sag har Bundessozialgericht henvist endnu et spørgsmål til Domstolen vedrørende den samme bestemmelse i national lovgivning om ret til børnepasningsydelse, men i dette tilfælde vedrørende en grænsearbejder, som bor i Nederlandene og arbejder i Tyskland, nemlig sag C-213/05, Geven. I henhold til den pågældende bestemmelse kan grænsearbejdere også gøre krav på denne ydelse, såfremt de er beskæftiget i mere end ubetydeligt omfang i Tyskland. Selv om de to sager er tæt forbundet, er de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for dem, vidt forskellige, og jeg vil derfor behandle sagerne i hvert sit forslag til afgørelse, som vil blive fremsat samtidigt.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (herefter »forordning nr. 1612/68«), EFT 1968 II, s. 467.

3 — Rådets forordning (EF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, EFT L 149, s. 2, som ændret ved forordning nr. 3095/95 af 22.12.1995 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71, forordning (EØF) nr. 1247/92 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 samt forordning (EØF) nr. 1945/93 om ændring af forordning (EØF) nr. 1247/92, EFT 1995, L 335, s. 1, og ved forordning nr. 3096/95 af 22.12.1995 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71, EFT L 335, s. 10 (herefter »forordning nr. 1408/71«).

II — Relevante retsforskrifter

A — *Fællesskabsret*

3. Artikel 7, stk. 1 og 2, i forordning (EØF) nr. 1612/68 fastsætter følgende:

»1. En arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, må ikke på grund af sin nationalitet behandles anderledes på de øvrige medlemsstaters område end indenlandske arbejdstagere med hensyn til beskæftigelses- og arbejdsvilkår, navnlig for så vidt angår aflønning, afskedigelse og, i tilfælde af arbejdsløshed, genoptagelse af beskæftigelse i faget eller genansættelse.

2. Arbejdstageren nyder samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.«

B — *National ret*

4. I § 1, stk. 1, i BErzGG, i udgaven af 31. januar 1994 [4], er det bestemt, at enhver, der 1) har bopæl eller sædvanligt ophold i Tyskland, 2) hvis husstand omfatter et barn, der skal forsørges, 3) som drager omsorg for barnet og dets opdragelse, og 4) som ikke har fuldtidsbeskæftigelse, er berettiget til børnepasningsydelse.

5. I § 1, stk. 4, i BErzGG fastsættes det, at EF-borgere og grænsearbejdere fra lande, der støder umiddelbart op til Tyskland, er berettiget til den pågældende ydelse, såfremt de er beskæftiget i mere end ubetydeligt omfang i Tyskland. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse på tjenestemænd og vandrende arbejdstageres ægtefæller.

6. I henhold til § 1, stk. 7, i BErzGG, i udgaven af 12. oktober 2000 [5], udvides retten til at modtage børnepasningsydelse til ægtefællen til en person, der indgår i et offentligretligt tjeneste- eller embedsforhold i Tyskland, og som er bosiddende i en anden EF-medlemsstat. Denne bestemmelse finder dog ikke anvendelse på børn, der er født før den 1. januar 2001.

4 — BGBl. I, s. 180.

5 — BGBl. I, s. 1426.

III — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

7. Tvisten i hovedsagen ved Bundessozialgericht vedrører Freistaat Bayerns afslag på Gertraud Hartmanns ansøgning om børnepasningsydelse for hendes tre børn, som er født i henholdsvis 1991, 1993 og 1997.

8. Gertraud Hartmann er østrigsk statsborger og er bosat i Østrig sammen med sin tyske ægtefælle og sine tre børn. Før de blev gift, boede hr. Hartmann i Tyskland, hvor han fra 1986 var ansat som tjenestemand ved Deutsche Bundespost. Efter brylluppet i maj 1990 flyttede hr. Hartmann til Østrig, men fortsatte med at arbejde for Deutsche Bundespost og senere, fra 1995, for Deutsche Telekom AG. Gertraud Hartmann er ikke erhvervsaktiv hverken som arbejdstager eller selvstændig.

9. Freistaat Bayern afslog at give Gertraud Hartmann børnepasningsydelse for hendes første to børn i henhold til BErzGG, fordi hun ikke havde bopæl i Tyskland og heller ikke havde noget ansættelsesforhold i landet. Gertraud Hartmanns anmodninger om fornyet undersøgelse af afgørelserne i oktober 1996 blev ikke imødekommet, og det samme var tilfældet med hendes ansøgning om børnepasningsydelse i det tredje barns første leveår.

10. Gertraud Hartmann anfægtede forgæves disse afgørelser, først ved Sozialgericht München og senere, i en ankesag, ved Bayerisches Landessozialgericht. Herefter ankede hun afgørelsen til Bundessozialgericht, som har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen to præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF.

11. I forelæggelseskendelsen fastslog Bundessozialgericht først, at Gertraud Hartmann ikke kunne gøre en ret til børnepasningsydelse gældende i henhold til forordning nr. 1408/71. Selv om denne ydelse er omfattet af forordningens materielle anvendelsesområde, og Gertraud Hartmann som sådan kunne gøre sin ret hertil gældende efter Domstolens praksis (dommen i sagen Hoever og Zachow) [6], havde hr. Hartmann på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ikke »lønnet beskæftigelse« i forordningens forstand og var ikke omfattet af dens personelle anvendelsesområde. Den nationale ret tog derefter stilling til, om hun kunne gøre sin ret gældende med hjemmel i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, og konkluderede, at hr. Hartmanns status som tjenestemand ikke var til hinder for, at han kunne anses for arbejdstager, men udtrykte tvivl om, hvorvidt de rettigheder, der følger af denne forordning, kan påberåbes af ægtefællen til en person, som uden at skifte ansættelsesforhold har flyttet sin bopæl til en anden medlemsstat, hvori ægtefællen er statsborger. Retten gjorde opmærksom på, at

6 — Dom af 10.10.1996, forenede sager C-245/94 og C-312/94, Hoever og Zachow, Sml. I, s. 4895.

Domstolen hidtil har været af den opfattelse, at det primære formål med artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68 er at gøre det muligt for en arbejdstager frit at flytte til andre medlemsstaters område og tage ophold dér for at udøve beskæftigelse [7]. Den mente imidlertid også, at en mindre indskrænkende fortolkning af den frie bevægelighed måske er mulig nu, da en generel opholdsret er anerkendt på grundlag af artikel 18 EF. På baggrund af disse betragtninger har Bundessozialgericht forelagt Domstolen følgende to spørgsmål.

»1) Skal en tysk statsborger, som i 1990 flyttede sin bopæl fra Tyskland til Østrig, men opretholdt sit tjenesteforhold som posttjenestemand i Tyskland og siden da har udøvet sin beskæftigelse som grænsearbejder, i perioder mellem januar 1994 og september 1998 også anses for vandrende arbejdstager som omhandlet i Rådets forordning nr. 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet [...]?

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

2) Udgør det en indirekte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, hvis den under spørgsmål 1 nævnte persons ægtefælle, som har bopæl i Østrig og østrigsk statsborgerskab og er ikke-erhvervsaktiv, i den pågældende periode er blevet udelukket fra at modtage tysk børnepasningsydelse, fordi den pågældende hverken havde bopæl eller sædvanligt ophold i Tyskland?«

12. Der er indgivet skriftlige indlæg af Gertraud Hartmann, den tyske og spanske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen. I retsmødet den 13. juni 2006 fremsatte Gertraud Hartmann, den tyske og nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen yderligere bemærkninger.

IV — Sammendrag af indlæggene

13. Såvel Gertraud Hartmann som den spanske regering har bemærket, at det første spørgsmål vedrørende hr. Hartmanns status som vandrende arbejdstager i forordning

7 — Bundessozialgericht har i denne henseende henvist til dom af 5.6.1997, forenede sager C-64/96 og C-65/96, Uecker og Jacquet, Sml. I, s. 3171, præmis 21.

nr. 1612/68's forstand bør besvares bekræftende. Den spanske regering har i denne henseende henvist til artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 1612/68, hvorefter »[e]nhver statsborger i en medlemsstat [...] uanset bopæl [har] ret til at tage og udøve lønnet beskæftigelse på en anden medlemsstats område [...]«, og påpeget, at de ydelser, der gives til vandrende arbejdstagere, i henhold til forordningens artikel 10 også ydes til disse arbejdstageres ægtefæller [8]. Den spanske regering har også bemærket, at hr. Hartmann bør anses for at være vandrende arbejdstager som omhandlet i artikel 1, litra b), i forordning nr. 1408/71 [9]. Begge disse parter er af den opfattelse, at, selv om hr. Hartmann er tjenestemand, og tjenestemænd først kom ind under forordning nr. 1408/71 i 1999 hvad angår familieydelser [10], bør denne indskrænkning, sammen med det personelle anvendelsesområde for artikel 39, stk. 4, EF kun anses for at finde anvendelse på tjenestemænd, der er beskæftiget med udøvelse af offentlig myndighed. Deutsche Telekom AG er imidlertid en virksomhed, der udbyder offentlige tjenesteydelser, og udfører ikke opgaver forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

14. Med hensyn til det andet spørgsmål har Gertraud Hartmann og den spanske regering gjort gældende, at afslaget på Gertraud Hartmanns ansøgning om børnepasningsydelse udgør indirekte forskelsbehandling, som er i strid med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 og artikel 39 EF. Mens de nationale domstole fastslog, at muligheden for at eksportere ydelser afhænger af et ansættelsesforhold, har den spanske regering med henvisning til dommen i sagen Hoever og Zachow [11] bemærket, at det forhold, som udløser retten til familieydelser som f.eks. børnepasningsydelse, er, at den ene af forældrene beslutter at hellige sig opdragelsen af barnet, uanset om den pågældende er forsikret under en social sikringsordning eller er i beskæftigelse. I denne sag er Gertraud Hartmann tilknyttet den sociale sikringsordning i Tyskland via sin mand.

15. Den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at en person, som ikke har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed med henblik på beskæftigelse i en anden medlemsstat, men blot har skiftet bopæl til et andet land, ikke kan anses for vandrende arbejdstager som omhandlet i forordning nr. 1612/68. De pågældende regeringer har subsidiært hvad angår det andet spørgsmål gjort opmærksom på, at selv om det er fastslået, at den pågældende børnepasningsydelse er omfattet af forordning nr. 1408/71's materielle anvendelsesområde, var hr. Hartmann, i sin egenskab af tjenestemand, på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ikke omfattet af denne forordnings personelle anvendelsesområde hvad angår familieydelser. I modsætning til forordning nr. 1408/71 giver forordning

8 — Der er henvist til dom af 18.6.1987, sag 316/85, Lebon, Sml. s. 2811, og af 26.2.1992, sag C-3/90, Bernini, Sml. I, s. 1071.

9 — »[G]rænsearbejder [betyder] enhver arbejdstager, som er beskæftiget på en medlemsstats område, men er bosat på en anden medlemsstats område, hvortil han som hovedregel vender tilbage hver dag eller mindst én gang om ugen.«

10 — Rådets forordning (EF) nr. 1399/1999 af 29.4.1999 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og af forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71, EFT L 164, s. 1 (herefter »forordning nr. 1399/1999«).

11 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

nr. 1612/68 ikke mulighed for at eksportere sociale ydelser og heller ikke for at forbyde sammenlægning af ydelser. Da den førstnævnte må anses for lex specialis set i forhold til den sidstnævnte eller, med Det Forenede Kongeriges regerings ord, har relativ forrang for den sidstnævnte, må artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 ikke fortolkes således, at den undergraver effektiviteten af den ordning, der er fastlagt i forordning nr. 1408/71. Den tyske regering har medgivet, at bopælskravet i BErzGG muligvis udgør indirekte forskelsbehandling, men mener, at dette er begrundet i nødvendigheden af at sikre, at ydelsens modtager er effektivt tilknyttet det tyske samfund. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at medlemsstaterne ikke bør tvinges til at komme med objektive begrundelser, når den stiller fordele såsom børnepasningsydelse til rådighed for personer, der er bosat i andre medlemsstater.

16. Kommissionen er enig med den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering i, at forordning nr. 1612/68 og forordning nr. 1408/71 ikke finder anvendelse på denne sag af de årsager, regeringerne har angivet. På baggrund af Bundessozialgerichts bemærkning i forelæggelseskendelsen om, at begrebet fri bevægelighed, der garanteres ved forordning nr. 1612/68, eventuelt skal fortolkes mindre indskrænkende nu, da artikel 18 EF giver ret til at færdes og opholde sig i en anden medlemsstat uden noget økonomisk formål, mener Kommissionen imidlertid, at Domstolen også bør tage stilling til spørgsmålet, om Gertraud Hartmann kan gøre retten til tysk børnepasningsydelse gældende ud fra denne bestemmelse.

17. Hvad dette spørgsmål angår har Kommissionen med henvisning til de overordnede principper om unionsborgerskab, som Domstolen sammenfattede i Pusa-dommen [12], påpeget, at nationale bestemmelser, der er til skade for visse af landets egne statsborgere, alene fordi de har udnyttet deres ret til frit at færdes og opholde sig i en anden medlemsstat, udgør en ulige behandling, som kun kan anses for at være forenelig med artikel 18 EF, hvis den er begrundet i objektive hensyn, som er uafhængige af de berørte personers nationalitet og står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt tilstræbes med de nationale bestemmelser. Selv om det er tydeligt, at anvendelsen af bopælskravet i BErzGG rent faktisk er til skade for visse statsborgere, deler Kommissionen dog Bundessozialgerichts tvivl med hensyn til dens begrundelse. Kommissionen mener, at dens tvivl bekræftes af det forhold, at BErzGG i mellemtiden er blevet ændret, således at der kan udbetales børnepasningsydelse til ægtefæller til tyske tjenestemænd med bopæl i andre medlemsstater. Ifølge Kommissionen, der har henvist til Domstolens dom i Bidar-sagen [13], er det »af åbenlyse grunde« ikke nødvendigt at tage

12 — Dom af 29.4.2004, sag C-224/02, Pusa, Sml. I, s. 5763. Jf. dommens præmis 16-20.

13 — Dom af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119. Jf. dommens præmis 55-62.

stilling til, om hr. Hartmann, i sin egenskab af tjenestemand ansat i sit hjemland, er tilstrækkeligt integreret i eller har en faktisk forbindelse til det tyske samfund.

18. Den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering understregede i retsmødet, at det er Gertraud Hartmann og ikke hr. Hartmann, der har påberåbt sig ret til børnepasningsydelse efter BErzGG. Da Gertraud Hartmann ikke selv har gjort brug af de rettigheder, der garanteres ved artikel 18 EF, er der ikke grundlag for, at hun kan påberåbe sig denne bestemmelse. I denne henseende skal der sondres mellem hendes sag og f.eks. D'Hoop-sagen [14] og Pusa-sagen [15]. Artikel 18 EF kan ikke fortolkes således, at den giver en person, som ikke er flyttet til en anden medlemsstat, mulighed for at påberåbe sig sin ægtefælles rettigheder, som denne har opnået ved at udnytte sin ret til fri bevægelighed. De rettigheder, som garanteres ved artikel 18 EF, er underlagt begrænsninger. Disse begrænsninger er, hvad angår muligheden for at eksportere sociale sikringsydelser, angivet i forordning nr. 1408/71.

19. Den nederlandske regering har som svar på Kommissionens synspunkt med hensyn til, om artikel 18 EF finder anvendelse, bemærket, at selv om der er visse lighedspunkter i de faktiske omstændigheder i denne sag og Schempp-sagen [16], gælder der i denne sag, i modsætning til Schempp-sagen, det forhold, at hr. Hartmanns udnyttelse af sin ret til frit at færdes i en anden medlemsstat, på ingen måde har påvirket Gertraud Hartmanns ret til ydelser i Tyskland. Det er i denne henseende uden relevans, om hr. Hartmann boede i Tyskland eller i Østrig. Den nederlandske regering har påpeget, at det i denne sag er den vandrende borgers ægtefælle, der vil påberåbe sig rettigheder i forbindelse med den førstnævntes oprindelsesland, og anført, at den gældende fællesskabsret kun anerkender visse afledte rettigheder for vandrende borgeres familiemedlemmer i værtsmedlemsstaten [17]. Gertraud Hartmann kan ikke påberåbe sig ret til børnepasningsydelse i henhold til artikel 18 EF af den simple grund, at hun ikke selv har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed. Der er intet, der har hindret hr. Hartmann i at udnytte sin ret til at flytte til Østrig.

V — Bedømmelse

A — *Indledende bemærkninger*

20. For det første skal det understreges, at Gertraud Hartmann ikke selvstændigt kan

14 — Dom af 11.7.2002, sag C-224/98, D'Hoop, Sml. I, s. 6191.

15 — Nævnt ovenfor i fodnote 12.

16 — Dom af 12.7.2005, sag C-403/03, Schempp, Sml. I, s. 6421.

17 — Den nederlandske regering har henvist til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.4.2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF, EUT L 158, s. 77.

påberåbe sig fællesskabsretten for at anfægte de afgørelser, hvorved hendes ansøgninger om børnepasningsydelse blev afslået, da hun ikke har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed i medfør af fællesskabsretten. Den eneste måde, hvorpå hun kan få adgang til denne ydelse, er indirekte via sin ægteskabelige tilknytning til hr. Hartmann, som i øvrigt ikke selv opfylder betingelserne i § 1, stk. 1, i BErzGG.

21. De præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Bundessozialgericht, fokuserer derfor på hr. Hartmanns mulige status som vandrende arbejdstager og de konsekvenser, dette kan have for Gertraud Hartmanns ret til at modtage tysk børnepasningsydelse. Spørgsmålet er, om det forhold, at hr. Hartmann flyttede til Østrig og bosatte sig dér sammen med sin hustru og sine børn, samtidig med at han beholdt sit arbejde i Tyskland, medfører, at han nu skal anses for vandrende arbejdstager, der er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1612/68, hvorved Gertraud Hartmann, i medfør af forordningens artikel 7, stk. 2, sammenholdt med artikel 10, stk. 1, litra a), opnår ret til at påberåbe sig ligebehandling med hensyn til sociale fordele i den medlemsstat, hvor hendes mand er beskæftiget, dvs. Tyskland.

22. Inden jeg behandler disse spørgsmål, vil jeg, for fuldstændighedens skyld, ganske kort tage stilling til, om Gertraud Hartmann ikke selv kan påberåbe sig ret til tysk børnepasningsydelse på grundlag af artikel 73 i forordning nr. 1408/71. Dette spørgsmål blev behandlet og besvaret benægtende af Bundessozialgericht, som derfor ikke har stillet spørgsmål desangående. Ikke desto mindre har Gertraud Hartmann og den spanske regering rejst spørgsmålet igen i deres skriftlige indlæg. Også Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har været inde på spørgsmålet.

B — *Forordning nr. 1408/71*

23. I henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71 har »en arbejdstager [...], der er omfattet af en medlemsstats lovgivning, [...] for de af sine familiemedlemmer, der er bosiddende på en anden medlemsstats område, ret til familieydelser efter lovgivningen i førstnævnte stat, som om de pågældende var bosiddende på dennes område, [...]«. I dommen i sagen Hoever og Zachow fortolkede Domstolen denne bestemmelse, således, at »ægtefællen til en arbejdstager, der er omfattet af lovgivningen i en medlemsstat, og som bor i en anden medlemsstat sammen med sin familie, i medfør af forordning nr. 1408/71's artikel 73 har krav på en ydelse som børnepasningsydelsen i beskæftigelsesmedlemsstaten« [18]. I strid med den nøjagtige ordlyd af denne bestemmelse har ægtefællen til en arbejdstager med andre ord en selvstændig ret til familieydelse i den medlemsstat, hvor sidstnævnte er beskæftiget.

18 — Nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 38.

24. Selv om denne regel kan synes at være direkte anvendelig på Gertraud Hartmanns situation, har Bundessozialgericht helt korrekt bemærket, at hun alligevel ikke kunne påberåbe sig ret til børnepasningsydelse i henhold til artikel 73 i forordning nr. 1408/71, fordi hr. Hartmann som tjenestemand på det pågældende tidspunkt ikke kunne anses for »arbejdstager« som omhandlet i forordningens kapitel III om familieydelser. Denne begrænsning var fastsat i bilag I, afsnit I, afdeling C, til forordning nr. 1408/71 og blev først ophævet med vedtagelsen af forordning 1399/1999 [19], som trådte i kraft den 1. september 1999. Ved denne forordnings artikel 1, stk. 7, blev definitionen af en arbejdstager som omhandlet i kapitel III i forordning nr. 1408/71 vedrørende Tyskland udvidet til »en tjenestemand, der som følge af sin tjenestemandsstatus modtager et vederlag af en sådan størrelse, at det ved ansættelse som arbejdstager ville medføre lovpligtig arbejdsløshedsforsikring«.

25. Det forhold, at tjenestemænd ikke var omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 om familieydelser, er allerede blevet bekræftet af Domstolen i Kulzer-dommen [20], som Bundessozialgericht også har henvist til. I denne dom påpegede Domstolen, at definitionen af arbejdstager »viger [...] i forhold til definitionen i forordningens bilag I, afsnit I, afdeling C, såfremt den kompetente institution for tilkendelse af familieydelser i overensstemmelse med forordningens afsnit III, kapitel 7, er tysk« [21]. Domstolen bemærkede videre, at det »under disse omstændigheder [ville] være i strid med bestemmelserne i bilag I, såfremt en pensioneret tjenestemand som sagsøgeren i hovedsagen kunne påberåbe sig forordningens artikel 73 med henblik på at oppebære tyske børnetilskud under henvisning til, at tjenestemænd generelt skal ligestilles med arbejdstagere« [22].

26. Gertraud Hartmanns og den spanske regerings påstand om, at udelukkelsen af tjenestemænd fra anvendelsesområdet for kapitel III i forordning nr. 1408/71 er begrænset til tjenestemænd, der udfører funktioner, som er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 39, stk. 4, EF, som fortolket af Domstolen, dvs. som er beskæftiget med udøvelse af offentlig myndighed, er uholdbar. Det grundlæggende formål med denne bestemmelse er at give medlemsstaterne mulighed for at bevare nationale krav med hensyn til udøvelse af visse offentlige funktioner. Bestemmelsen tager ikke sigte på at begrænse begrebet arbejdstager som sådan. Desuden er den, i modsætning til, hvad den spanske regering har bemærket, kun en undtagelse fra bestemmelsen i artikel 39, stk. 1-3, EF og ikke til de øvrige bestemmelser i afsnit III om arbejdskraftens

19 — Nævnt ovenfor i fodnote 10.

20 — Dom af 5.3.1998, sag C-194/96, Kulzer, Sml. I, s. 895.

21 — Dommens præmis 35.

22 — Dommens præmis 37. Jf. også dom af 12.6.1997, sag C-266/95, Merino Garcia, Sml. I, s. 3279, præmis 25 og 26.

frie bevægelighed, nærmere bestemt artikel 42 EF om koordineringen af nationale sociale sikringsordninger.

27. Bundessozialgericht gjorde derfor ret i at koncentrere sine spørgsmål vedrørende fortolkningen af begrebet vandrende arbejdstager om anvendelsen af forordning nr. 1612/68.

C — Forordning nr. 1612/68: status som arbejdstager

28. Domstolen har defineret anvendelsesområdet for bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed og har i denne forbindelse i sin faste praksis fastslået, at »enhver statsborger i en medlemsstat, som har gjort brug af sin ret i henhold til arbejdskraftens frie bevægelighed, og som har haft erhvervsmæssig beskæftigelse i en anden medlemsstat end sin bopælsmedlemsstat, er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel [39 EF], uanset sin bopæl og sit statsborgerskab« [23]. Den har desuden angivet, at formålet med artikel 39 EF, som søges gennemført ved forordning nr. 1612/68, er, at »gøre det muligt for en arbejdstager frit at bevæge sig på andre medlemsstaters område og tage ophold dér for at udøve beskæftigelse« [24].

29. På baggrund af denne beskrivelse af anvendelsesområdet for artikel 39 EF og indirekte af forordning nr. 1612/68 fremgår det, at der kan sondres mellem to situationer, som er omfattet af bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed. Den første situation er den, som man kunne kalde det klassiske eksempel på en statsborger i Fællesskabet, som flytter til en anden medlemsstat for at udøve beskæftigelse dér. Den anden situation er grænsearbejderens, hvor en statsborger i Fællesskabet bliver boende i sin hjemstat, men arbejder fast i en anden medlemsstat. I begge situationer er den primære faktor, at den pågældende person er taget til en anden medlemsstat for at udøve beskæftigelse.

30. Hr. Hartmann hører tydeligvis ikke til nogen af de to kategorier, da hans flytning af bopæl til Østrig ikke hang sammen med erhvervsmæssig beskæftigelse.

31. Som følge af en nyere udvikling i Domstolens praksis kan der dog sættes spørgsmålstegn ved, om denne klare sondring stadig er gyldig. I en nyere dom, i sagen Ritter-Coulais [25], mente Domstolen, at artikel 39 EF kunne påberåbes af et tysk ægtepar [26], der var beskæftiget i Tyskland, men bosiddende i Frankrig, for at sikre, at

23 — Dom af 12.12.2002, sag C-385/00, de Groot, Sml. I, s. 11819, præmis 76, af 13.11.2003, sag C-209/01, Schilling og Fleck-Schilling, Sml. I, s. 13389, præmis 23, og af 21.2.2006, sag C-152/03, Ritter-Coulais, Sml. I, s. 1711, præmis 31.

24 — Dommen i sagen Uecker og Jacquet, nævnt ovenfor i fodnote 7.

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 23.

26 — For at være helt nøjagtig var det kun hr. Ritter-Coulais, der havde tysk statsborgerskab, mens fru Ritter-Coulais havde dobbelt fransk/tysk statsborgerskab.

lejeindtægter vedrørende deres private hjem i Frankrig blev taget i betragtning ved ansættelsen af deres indkomstskat i Tyskland. Efter at have gjort opmærksom på den retspraksis, som jeg har anført i punkt 30, konkluderede Domstolen, »at situationen for ægteparret Ritter-Coulais, som arbejdede i en anden medlemsstat end den, hvori deres reelle bopæl befandt sig, henhører under anvendelsesområdet for [artikel 39 EF]« [27].

32. Domstolens konklusion indebærer, at når det først er fastslået, at en person er bosat i én medlemsstat, men beskæftiget i en anden, er dette tilstrækkeligt til, at artikel 39 EF finder anvendelse. Når der anlægges denne synsvinkel, er det med andre ord uden betydning, hvilke årsager der ligger til grund for, at den pågældende EF-statsborger har flyttet bopæl til en anden medlemsstat. Hvis det rent faktisk forholder sig sådan, er der ikke noget problem i at henføre omstændighederne i denne sag under denne regel og konkludere, at hr. Hartmann har opnået status af EF-arbejdstager ved at flytte sin bopæl til Østrig. Der kan dog sættes spørgsmålstegn ved, om dette resultat er i overensstemmelse med Fællesskabets system med frie bevægelighed for personer mellem medlemsstaterne, som er fastlagt i EF-traktaten.

33. Dette system er baseret på en sondring mellem fire kategorier af fri bevægelighed afhængigt af årsagerne til, at en EF-statsborger ønsker at flytte til en anden medlemsstat. Oprindeligt havde man, i henhold til EØF-traktaten, kun ret til fri bevægelighed til økonomiske formål, og der blev fastlagt forskellige regelsæt for de statsborgere i medlemsstaterne, som ønskede at flytte til en anden medlemsstat med henblik på at udøve beskæftigelse, etablere sig og udbyde tjenesteydelser. Senere fik statsborgere i medlemsstaterne, med Maastricht-traktatens bestemmelser om unionsborgerskab, også ret til at flytte til andre medlemsstater og bosætte sig dér af andre årsager end økonomiske.

34. De rettigheder, der er knyttet til de forskellige kategorier af fri bevægelighed, varierer, selv om der i årenes løb er opnået en vis konvergens i fortolkningen af traktatens bestemmelser om arbejdstagere, etablering og tjenesteydelser, og der er større homogenitet i den måde, disse bestemmelser anvendes på. Traktatens bestemmelser om unionsborgerskab er dog fortsat en kategori for sig, og selv om der sker en udvikling i de rettigheder, som følger af denne status, er de begrænsede i forhold til de rettigheder, der følger af de økonomiske friheder. Når det skal afgøres, hvilke traktatbestemmelser, og således hvilket regelsæt der gælder i en given situation, er det stadig af afgørende betydning at fastslå den objektive årsag til, at den pågældende person gør brug af sin ret til at flytte til en anden medlemsstat. Dette er den faktor, som knytter situationen til den ene eller anden traktatbestemmelse om fri bevægelighed.

27 — Dommens præmis 32.

35. I overensstemmelse med denne model fastslog Domstolen i Werner-dommen [28], at en tysk tandlæge, der havde erhvervet alle sine erhvervsmæssige kvalifikationer i Tyskland, udelukkende havde udøvet sin erhvervsmæssige virksomhed i Tyskland og var undergivet tysk skattelovgivning, men bosiddende i Nederlandene, ikke kunne påberåbe sig artikel 43 EF for at anfægte en skattebyrde, som han var blevet pålagt, der var større end den ville have været, hvis han havde haft bopæl i Tyskland. Det eneste punkt, hvor Hans Werner ikke havde tilknytning til sit hjemland, var, at han havde bopæl i en anden medlemsstat end den, hvor han udøvede sin erhvervsmæssige virksomhed [29]. Den omstændighed alene, at han havde bosat sig i Nederlandene, var ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at hans erhvervsmæssige virksomhed i Tyskland udgjorde grænseoverskridende etablering, hvorved han kunne påberåbe sig artikel 43 EF.

36. Det skal bemærkes, at Werner-dommen blev afsagt, inden bestemmelserne om unionsborgerskab trådte i kraft. Hvis omstændighederne i sagen var indtruffet på et senere tidspunkt, havde resultatet måske været anderledes på grundlag af den aktuelle indsigt i disse bestemmelsers anvendelsesområde.

37. Denne bemærkning kan måske forklare den synsvinkel, Domstolen valgte at anlægge i Ritter-Coulais-dommen. Selv om sagens genstand her lå inden for det materielle anvendelsesområde for kapitalens frie bevægelighed (fradragsret ved skatteansættelsen for tab i forbindelse med udlejning af fast ejendom) og, efter min opfattelse, inden for det personelle anvendelsesområde for bestemmelserne om unionsborgerskab, fandt ingen af disse tidsmæssig anvendelse, da sagen vedrørte skatteåret 1987. Domstolen fulgte derfor Kommissionens forslag og behandlede sagen i henhold til artikel 48 EØF (nu artikel 39 EF) og nåede frem til den konklusion, der er angivet ovenfor i punkt 31.

38. Da de faktiske omstændigheder, som lå til grund for Ritter-Coulais-sagen, var stort set de samme som omstændighederne i Werner-sagen, vil jeg mene, at Domstolen burde have grebet sagen an på samme måde. Jeg er klar over, at dette ville have givet et resultat, som måske kunne karakteriseres som utilfredsstillende på baggrund af den nugældende lovgivning. Det *er* det resultat, som ville have været i overensstemmelse med lovgivningen i 1987. Konsekvensen af den synsvinkel, der blev anlagt i Ritter-Coulais-dommen, er, at sondringen mellem arbejdskraftens frie bevægelighed og retten til at færdes frit på grundlag af unionsborgerskabet er blevet sløret. Ud fra denne synsvinkel kan det, når en europæisk borger flytter til en anden medlemsstat af årsager, som ikke er økonomiske, resultere i, at han vil kunne påberåbe sig rettigheder, som i det gældende system er forbeholdt personer, der har gjort brug af deres ret til fri bevægelighed med henblik på beskæftigelse, etablering eller udveksling af tjenesteydelser.

28 — Dom af 26.1.1993, sag C-112/91, Werner, Sml. I, s. 429.

29 — Dommens præmis 16.

39. Det er i denne sammenhæng nødvendigt at henvise til endnu en sag, nemlig Elsen-sagen [30], som den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering har gjort opmærksom på, da de faktiske omstændigheder til en vis grad ligner omstændighederne i nærværende sag. I denne sag fastslog Domstolen, at en tysk kvinde, der havde arbejdet i Tyskland og flyttet bopæl til Frankrig, mens hun fortsatte med at arbejde i Tyskland, i sin egenskab af tidligere grænsearbejder kunne påberåbe sig artikel 18 EF, 39 EF og 42 EF for at få medregnet den periode, hun brugte til at passe sit barn i Frankrig, i beregningen af sin alderspension i Tyskland.

40. Jeg mener dog ikke, at det kan udledes af denne dom, at en erhvervsaktiv person i en medlemsstat, som flytter til en anden medlemsstat udelukkende for at bosætte sig dér, automatisk skal anses for arbejdstager som omhandlet i artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68. Selv om Domstolen i domskonklusionerne henviste til artikel 39 EF og 42 EF, står det klart, at de forskellige aspekter af Ursula Elsens nøjagtige status blev behandlet og fastlagt på grundlag af artikel 13, stk. 2, litra a) og b), i forordning nr. 1408/71. Fordi Ursula Elsen »udelukkende har arbejdet i Tyskland, og [...] hun som grænsearbejder var omfattet af den tyske lovgivning på tidspunktet for barnet fødsel [...], [blev] en nær forbindelse mellem de i sagen omhandlede pasningsperioder og de forsikringsperioder, der er tilbagelagt i Tyskland som følge af udøvelsen af en erhvervsmæssig beskæftigelse i denne stat, [skabt]« [31]. Som følge heraf var hun omfattet af tysk lovgivning ved beregningen af sin alderspension, også selv om hun var ophørt med enhver erhvervsmæssig beskæftigelse. Det forhold, at Ursula Elsen kunne anses for grænsearbejder med henblik på at fastslå, at hun var omfattet af tysk socialsikringslovgivning, medfører ikke, at hun havde status som arbejdstager i en mere overordnet forstand med henblik på anvendelsen af bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed. Domstolen har ved gentagne lejligheder påpeget, at »begrebet arbejdstager i forbindelse med EF-traktatens artikel [39] og forordning nr. 1612/68 [...] således ikke nødvendigvis [er] sammenfaldende med begrebet arbejdstager i forbindelse med EF-traktatens artikel [42] og forordning nr. 1408/71« [32].

41. Mere generelt er det hensigtsmæssigt at minde om, ud fra et økonomisk perspektiv, at de grundlæggende regler om det fælles marked blev dannet for at liberalisere bevægeligheden, ikke kun for den økonomiske proces' output (varer og tjenesteydelser), men også for den økonomiske proces' input, dvs. produktionsfaktorerne (arbejdskraft og kapital). I denne henseende er det muligt at adskille den vandrende borger som person fra det, han repræsenterer i økonomisk henseende. Når en arbejdstager tager til en anden medlemsstat for at arbejde og bo dér eller for at arbejde dér, mens han bliver boende i sin oprindelsesmedlemsstat, overføres arbejdskraftsfaktoren til beskæftigelsesmedlemsstaten. Når, som det er tilfældet i

30 — Dom af 23.11.2000, sag C-135/99, Sml. I, s. 10409.

31 — Dommens præmis 26.

32 — Dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Martinez Sala, Sml. I, s. 2691, præmis 31.

nærværende sag, en person derimod tager til en anden medlemsstat blot for at bo der, mens han bevarer sit ansættelsesforhold i oprindelsesmedlemsstaten, betyder dette, at produktionsarbejdsfaktoren bliver på stedet. Ansættelsesforholdet, og således arbejdskraftsfaktoren, er ikke flyttet til en anden medlemsstat. I det tilfælde er der ikke grundlag for anvendelse af artikel 39 EF, da den tilknytningsfaktor, der udløser anvendelsen af denne bestemmelse, mangler.

42. Med hensyn til Fællesskabets system for fri bevægelighed for personer er det tydeligt, at en situation som den, der er tale om i hovedsagen, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 18 EF om unionsborgerskab. Jeg vil vende tilbage til dette aspekt senere.

43. Ud fra dette må jeg konkludere, at en person kun kan anses for vandrende arbejdstager i forordning nr. 1612/68's forstand, såfremt denne er flyttet til en anden medlemsstat med det formål at søge eller udøve beskæftigelse i denne medlemsstat. Såfremt arbejdstageren er flyttet til en anden medlemsstat af årsager, som ikke har noget med at søge eller udøve beskæftigelse i denne stat at gøre, finder bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed ikke anvendelse. En person, der har gjort brug af sin ret til frit at færdes i en anden medlemsstat af ikke-økonomiske årsager, hører udelukkende under anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om unionsborgerskab.

44. Selv om denne konklusion besvarer det første præjudicielle spørgsmål, som Bundessozialgericht har forelagt, og det andet spørgsmåls betingede karakter medfører, at det ikke er nødvendigt at besvare dette, vil jeg fortsætte min bedømmelse ud fra den hypotese, at Domstolen muligvis fastslår, at hr. Hartmann har erhvervet status som arbejdstager. Det andet spørgsmål drejer sig om, hvorvidt en vandrende arbejdstager i hans situation kan påberåbe sig ligebehandling hvad angår retten til sociale fordele efter artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68.

D — *Forordning nr. 1612/68: grænsearbejdere og sociale fordele*

45. Hvis hr. Hartmann skal anses for at være vandrende arbejdstager eller grænsearbejder eller anses for at have en status svarende til en grænsearbejders status, medfører dette ikke automatisk, at han er berettiget til ligebehandling hvad angår alle sociale fordele i den medlemsstat, hvor han er beskæftiget. Efter min opfattelse afhænger denne ret af formålet med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, hvorefter vandrende arbejdstagere nyder samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.

46. I denne henseende har Domstolen i sin faste praksis bekræftet, at »henvisningen til

de »sociale fordele« i artikel 7, stk. 2, i nævnte forordning ikke kan fortolkes indskrænkende [33], og at »»sociale fordele« omfatter de rettigheder, det være sig med eller uden tilknytning til en arbejdskontrakt, som tilkommer enhver indenlandsk arbejdstager, i det væsentlige på grund af hans objektive status som arbejdstager, eller allerede fordi han har bopæl på det nationale område, og hvis udstrækning til også at gælde arbejdstagere med statsborgerskab i andre medlemsstater må antages at kunne fremme disses mobilitet inden for Fællesskabet« [34].

47. Selv om begrebet sociale fordele ikke skal fortolkes indskrænkende, indeholder Domstolens definition en række elementer, som viser, at den heller ikke er helt uden indskrænkninger. Domstolen angav f.eks., at den pågældende fordel skal gives på grund af arbejdstagerens *objektive status som arbejdstager*, eller gives, fordi *han har bopæl på det nationale område*. Endvidere er der en formodning for, at det vil *fremme arbejdstagernes mobilitet* inden for Fællesskabet, når de får adgang til en sådan fordel.

48. I en helt anden forbindelse, hvor Domstolen fastslog, at støtte, der gives til studerendes underhold, skal anses for en social fordel som omhandlet i forordning nr. 1612/68, fremsatte Domstolen også den generelle bemærkning, at »den ligebehandling, som tilkommer de arbejdstagere fra én medlemsstat, der er beskæftiget i en anden medlemsstat, i forhold til de indenlandske arbejdstagere med hensyn til de fordele, som tildeles deres familiemedlemmer, *bidrager til disse arbejdstageres integration i opholdslandets sociale liv*, hvilket er i overensstemmelse med formålene med arbejdskraftens frie bevægelighed« [35].

49. Disse betragtninger fra Domstolen fokuserer alle på arbejdstagernes situation, når de er flyttet fra deres hjemland til en anden medlemsstat for at bo og arbejde i værtsmedlemsstaten. Ligebehandling af denne kategori af arbejdstagere med hensyn til sociale fordele som fastsat i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 medfører, at man styrker deres chance for social integration i deres nye bopælsstat og øger deres chancer for at deltage i landets sociale liv. Grænsearbejdere er tydeligvis i en helt anden situation, da de bevarer deres bopæl i oprindelsesmedlemsstaten, hvor det må formodes, at de allerede er fuldt integrerede. Selv om denne kategori af arbejdstagere også nyder godt af beskyttelsen i artikel 39 EF og de forskellige andre bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed, synes denne beskyttelse i praksis kun at være nødvendig, når det drejer sig om forskelsbehandling hvad angår ansættelsesvilkår. Det

33 — Dom af 30.9.1975, sag 32/75, Cristini mod SNCF, Sml. s. 1085, præmis 12, og af 27.11.1997, sag C-57/96, Meints, Sml. I, s. 6689, præmis 39.

34 — Dom af 27.5.1993, sag C-310/91, Schmid Sml. I, s. 3011, præmis 18, og Meints-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 39.

35 — Dom af 15.3.1989, forenede sager 389/87 og 390/87, Echternach og Moritz, Sml. s. 723, præmis 20, min fremhævelse.

bør ikke være tilladt at behandle grænsearbejdere anderledes med hensyn til f.eks. aflønning og specifikke arbejdsrelaterede ydelser af den grund alene, at de ikke er bosiddende i beskæftigelsesmedlemsstaten. Hvad angår ydelser, der er forbundet med deres egenskab af medlemmer af samfundet, er det den medlemsstat, hvor de er bosat, der er kompetent.

50. Vedrørende det sidstnævnte aspekt har både Bundessozialgericht i sin forelæggelseskendelse og den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering i deres indlæg til Domstolen gjort opmærksom på, at det ikke kan udelukkes, at en person i hr. Hartmanns situation ville være berettiget til ydelser som børnepasningsydelse i sit bopælsland. Da forordning nr. 1612/68, i modsætning til forordning nr. 1408/71, ikke har en mekanisme, som skal forhindre sammenlægning af ydelser, bør man være forsigtig med uden videre at acceptere, at sociale fordele kan eksporteres. Jeg er enig med den tyske regering i, at såfremt det er blevet fastslået, at en given ydelse ikke kan eksporteres i henhold til forordning nr. 1408/71, fordi den eventuelle modtager ikke er omfattet af forordningens personelle anvendelsesområde, som det er tilfældet i denne sag, bør dette resultat ikke ugyldiggøres ved, at man giver adgang til den pågældende ydelse gennem reglen om ligebehandling i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68. Dette synes netop at være formålet med artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, hvorefter denne forordning ikke berører bestemmelser, som er vedtaget i medfør af artikel 42 EF, dvs. forordning nr. 1408/71. Denne bestemmelse opstiller således et hierarki mellem de to forordninger, således at forordning nr. 1408/71 som den mest specifikke forordning har forrang for artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 i tilfælde, hvor anvendelsen af begge forordninger fører til modstridende resultater.

51. Denne fortolkning, hvorefter artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 hovedsageligt er rettet mod vandrende arbejdstagere, der bosætter sig i beskæftigelsesmedlemsstaten, og kun kan påberåbes af grænsearbejdere i forbindelse med ydelser, der er direkte knyttet til deres ansættelsesforhold, bekræftes af ordlyden af denne bestemmelse. Som den tyske regering gjorde opmærksom på i retsmødet, angiver den tyske udgave af denne bestemmelse ved hjælp af ordet »dort«, at de sociale fordele skal bruges inden for beskæftigelsesmedlemsstatens område. To af de andre officielle sprogudgaver på tidspunktet for vedtagelsen af forordning nr. 1612/68 anvender samme terminologi (fransk: il *y* bénéficie [...] og nederlandsk: Hij geniet *er* [...]); kun den italienske sprogudgave anvender ikke denne ordlyd.

52. Det er blevet fremført, at det fremgår af fjerde betragtning til forordning nr. 1612/68,

at grænsearbejdere er fuldt ud omfattet af anvendelsesområdet for beskyttelsen i henhold til denne forordning, men denne betragtning synes med udtrykket »denne ret« især at henvise til retten til at skifte opholdssted med henblik på beskæftigelse og retten til at have beskæftigelse efter eget valg [36]. Femte betragtning [37] omhandler derimod anliggender, som ikke har nogen betydning for grænsearbejderes situation, som f.eks. adgang til bolig, arbejdstagerens ret til at samles med sin familie og betingelserne for denne families integration i modtagerlandets miljø. Også dette tyder på, at grænsearbejdere kun kan gøre krav på de rettigheder, der er fastlagt i forordning nr. 1612/68, for så vidt som disse har en funktionel tilknytning til deres beskæftigelse i værtsmedlemsstaten.

53. Indskrænkningen af det materielle anvendelsesområde for artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 med hensyn til grænsearbejdere er i overensstemmelse med Domstolens dom i Meints-sagen [38]. Denne sag drejede sig om en tysk grænsearbejder, der havde været ansat ved et landbrug i Nederlandene, mens han fortsat var bosat i Tyskland, og dennes ret til en særlig ydelse til arbejdstagere i landbruget, hvis arbejdskontrakt er ophørt som følge af deres tidligere arbejdsgivers nedlæggelse af landbrugsjord. Domstolen fastslog, at en sådan ydelse kan betegnes som en social fordel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, da »[r]etten til ydelsen er indholdsmæssigt forbundet med modtagernes objektive status som arbejdstagere« [39].

54. Domstolen afviste ganske vist i Meintssagen to medlemsstaters regeringers påstand om, at forordning nr. 1612/68 ikke giver mulighed for at eksportere sociale fordele. I denne forbindelse henviste den til fjerde betragtning til denne forordning og til det forhold, at der i artikel 7 henvises, uden indskrænkninger, til arbejdstagere, der er statsborgere i en medlemsstat [40]. Selv om Domstolen formulerede sin holdning til dette punkt i generelle vendinger, vil jeg mene, at den var bestemt af den særlige karakter af den pågældende ydelse i denne sag, som tydeligvis var beskæftigelsesrelateret og derfor kunne anses for at kunne eksporteres. Jeg mener ikke, at dens henvis-

36 — Tredje og fjerde betragtning til forordning nr. 1612/68 har følgende ordlyd: »Den frie bevægelighed for arbejdstagere og deres familie er en fundamental ret; arbejdskraftens bevægelighed inden for Fællesskabet skal være et af de midler, der samtidig med at medvirke til at tilfredsstille medlemsstaternes økonomiske behov sikrer arbejdstageren mulighed for at forbedre sine leve- og arbejdsvilkår og dermed også gør det lettere for ham at opnå social fremgang; alle medlemsstaternes arbejdstagere skal have bekræftet retten til at have beskæftigelse efter eget valg inden for Fællesskabet; *denne ret* skal anerkendes uden forskel for »permanente« arbejdstagere, sæsonarbejdere, grænsearbejdere og arbejdstagere, der udfører arbejde som led i en tjenesteydelse« (min tilføjelse).

37 — »Retten til fri bevægelighed forudsætter, for at den objektivt set kan udøves i frihed og værdighed, at der sikres ligestilling, faktisk som retlig, i alt, der vedrører den egentlige udførelse af lønnet beskæftigelse og adgang til bolig; alle hindringer, der står i vejen for arbejdskraftens bevægelighed, skal endvidere fjernes, især med henblik på, at arbejdstageren kan samles med sin familie i modtagerlandet og betingelserne for denne families integration i modtagerlandets miljø.«

38 — Nævnt ovenfor i fodnote 33.

39 — Dommens præmis 41.

40 — Dommens præmis 49 og 50.

ning til fjerde betragtning indebærer, at grænsearbejdere har ret til ligebehandling med hensyn til alle sociale fordele i beskæftigelsesmedlemsstaten, som jeg har gjort opmærksom på i punkt 52. Jeg er i denne henseende enig med generaladvokat Lenz, som bemærkede følgende i sit forslag til afgørelse:

»[...] frygt[en] for, at man ved denne bedømmelse af grænsearbejdernes position giver adgang til at eksportere socialhjælpsydelser, hvilket udtrykkeligt er forbudt i forordning nr. 1408/71 og indirekte søges hindret i forordning nr. 1612/68, er efter min opfattelse ubegrundet.

[...] Bevillingen af en social fordel skal være knyttet til det konkrete arbejdsforhold. Dette krav er der i hvert fald i det væsentlige taget hensyn til, i og med at Domstolen ved sin definition af begrebet sociale fordele lægger vægt på den pågældendes objektive status som arbejdstager og på arbejdsforholdet. Der er ikke tale om, at man i fremtiden på grundlag af artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 vil udbetale alle former for socialhjælpsydelser på tværs af grænserne. Netop gennem tilknytningen til arbejdstageregenskaben og arbejdsforholdet udelukkes de klassiske socialhjælpsydelser« [41].

55. Min konklusion, hvad dette angår, er derfor, at grænsearbejdere i forbindelse med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 kun har ret til ligebehandling i beskæftigelsesmedlemsstaten med hensyn til sociale fordele, i det omfang disse fordele er direkte og udelukkende knyttet til beskæftigelse.

E — *Børnepasningsydelse og beskæftigelse*

56. Det næste spørgsmål, der rejser sig, er, hvorvidt den i BErzGG omhandlede børnepasningsydelse kan anses for at være en social fordel, som er så tæt knyttet til beskæftigelse, at grænsearbejdere eller personer i hr. Hartmanns situation og, via disse, deres ægtefæller, kan gøre krav på den. Dette er som sådan et faktuelt spørgsmål, som den nationale domstol bør afgøre. Domstolen har imidlertid allerede udtalt sig om børneydelses karakter i forbindelse med en sag om arbejdstagere, der var bosat i beskæftigelsesmedlemsstaten. I Martinez Sala-dommen fastslog den, at da børnepasningsydelse efter BErzGG bl.a. gives til deltidsbeskæftigede, skal den anses for en social ydelse som forudsat i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 [42].

41 — Punkt 57 og 58 i forslaget til afgørelse i Meints-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 33.

42 — Martinez Sala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 26.

57. I dommen i sagen Hoever og Zachow [43], hvor spørgsmålet blev rejst vedrørende grænsearbejdere, behøvede Domstolen ikke svare på, om børnepasningsydelse er en beskæftigelsesrelateret social fordel, da sagen blev afgjort på grundlag af artikel 73 i forordning nr. 1408/71. Ikke desto mindre karakteriserede Domstolen i sin dom børnepasningsydelse som en ydelse, »der skal [...] gøre det muligt for en af forældrene at hellige sig pasningen af et lille barn« og har »til formål at anerkende det arbejde, som børnepasning er, at yde godtgørelse for andre udgifter i forbindelse med pasning og opdragelse samt i givet fald at mildne de økonomiske ulemper som følge af, at der gives afkald på en fuldtidsindkomst« [44]. Denne beskrivelse tyder på, at tilknytningen til beskæftigelse er spinkel, selv om deltidsbeskæftigede er berettiget til denne ydelse.

58. Bundessozialgericht har i sin forelæggelseskendelse påpeget, at BErzGG ikke knytter retten til at modtage ydelser til et arbejdsforhold, og at for omfattende erhvervsmæssig beskæftigelse endog er til hinder for retten til børnepasningsydelse. Retten har dog også bemærket, at et nuværende eller tidligere ansættelses- eller tjenesteforhold, der er forankret i Tyskland, netop har betydning i forbindelse med eksport af ydelser. I sin redegørelse for sin tvivl med hensyn til, om begrænsningen af grænsearbejderes mulighed for at eksportere børnepasningsydelse er lovlig i henhold til fællesskabsretten, har Bundessozialgericht givet udtryk for det synspunkt, at kravet om beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang i Tyskland i sig selv er ulogisk i forbindelse med børnepasningsydelse, især da formålet med denne ydelse ikke mindst er at give forældre mulighed for at fravælge lønnet beskæftigelse. Retten har også bemærket, at der er en åbenlys uoverensstemmelse mellem forbuddet mod heltidsbeskæftigelse og kravet (der gælder for grænsearbejdere) om, at beskæftigelsen skal være i mere end ubetydeligt omfang, for at man er berettiget til børnepasningsydelse.

59. Det fremgår af den karakteristik af børnepasningsydelse, som dels er givet af Domstolen i Hoever og Zachow-dommen, dels af Bundessozialgericht i forelæggelseskendelsen, at et centralt formål med denne ydelse er at give økonomisk kompensation til en person, som aldrig har haft lønnet beskæftigelse eller helt eller delvist har opgivet et ansættelsesforhold for at opdrage et barn. Denne ydelse er derfor indholdsmæssigt det modsatte af en beskæftigelsesrelateret ydelse. Ganske vist udvidede den tyske lovgiver retten til børnepasningsydelse til to kategorier af personer, som rent faktisk har en tilknytning til arbejdsmarkedet i Tyskland (indirekte i form af ægtefæller til tjenestemænd fra og med 2001 og direkte i form af grænsearbejdere, som har beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang). Selv om dette kriterium tilsyneladende gendriver den konklusion, at børnepasningsydelse ikke er knyttet til beskæftigelse, er det dog

43 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

44 — Dommens præmis 25.

udelukkende en nødvendig tilknytningsfaktor til det tyske retssystem, som skal erstatte bopælskravet, der i sagens natur ikke kan bruges i disse tilfælde. De materielle vilkår for retten til denne ydelse, som er fastlagt i BErzGG, § 1, stk. 1-3, er stadig uden tilknytning til beskæftigelse, hvorved ydelsen tjener det samme formål i alle tilfælde.

60. På grundlag af disse betragtninger mener jeg ikke, at børnepasningsydelse er tilstrækkeligt tilknyttet til beskæftigelse eller den objektive status som arbejdstager til, at den kan anses for en social fordel, for hvilken grænsearbejdere kan gøre krav på ligebehandling i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68.

61. Såfremt Domstolen eller den nationale ret når frem til en anden konklusion med hensyn til børnepasningsydelsens karakter, er det dernæst nødvendigt at behandle spørgsmålet, om bopælskravet er i overensstemmelse med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68.

F — *Spørgsmålet, om indirekte forskelsbehandling er begrundet*

62. Det er ikke bestridt, heller ikke af den tyske regering, at bopælskravet i § 1, stk. 1, litra l), i BErzGG udgør indirekte forskelsbehandling af grænsearbejdere, idet tyske statsborgere nemmere opfylder denne betingelse end udenlandske arbejdstagere. Derfor er det nødvendigt at undersøge, om dette krav er begrundet og står i et rimeligt forhold til det mål, der forfølges.

63. Først og fremmest skal jeg minde om, at Domstolen allerede i en række sager har fastslået, at et bopælskrav, der vedrører lignende sociale fordele, ikke kunne begrundes ud fra de formål, som indførelsen af kravene skulle opfylde. Storhertugdømmet Luxembourg kunne således ikke overbevise Domstolen om, at det krav, der blev stillet om et års fast bopæl sammen med forpligtelsen til at gennemgå lægeundersøgelser, for at man havde ret til barselsydelse og moderskabsydelse, var begrundet af hensyn til den offentlige sundhed [45].

64. Endvidere fastslog Domstolen i Meintsdommen, at en bopælsbetingelse hverken var nødvendig eller egnet til at opnå formålet med at udelukke personer, der selv er skyld i arbejdsløshed, fra en særlig arbejdsløshedsydelse i landbruget. Domstolen mente ikke, at ansøgerens bopæl havde nogen betydning

45 — Dom af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 12, 15 og 34.

med hensyn til spørgsmålet, om vedkommende selv var skyld i arbejdsløshed [46].

65. I nærværende sag har Bundessozialgericht kun stillet et spørgsmål, der drejer sig om, hvorvidt kravet om, at man skal have fast bopæl eller sædvanligt opholdssted i Tyskland for at modtage børnepasningsydelse, er foreneligt med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68. Rettens tvivl med hensyn til, om kravene i BErzGG er begrundede, drejer sig hovedsagelig om kravene til grænsearbejdere med hensyn til et mindsteomfang af beskæftigelse. Da disse vilkår ikke udtrykkeligt indgår i de præjudicielle spørgsmål, men er blevet rejst i forbindelse med sag C-213/05, Geven [47], vil jeg behandle dem i mit forslag til afgørelse i den nævnte sag, som fremsættes samtidig med dette forslag til afgørelse.

66. For at kunne afgøre, med hvilket formål børnepasningsydelsen udbetales i Tyskland, vil det være hensigtsmæssigt igen at henvise til Bundessozialgerichts betragtninger desangående i forelæggelseskendelsen. På grundlag af begrundelsen til forslaget til BErzGG og den nationale retspraksis gav den følgende sammenfatning af formålene:

»Ved at modtage børnepasningsydelse skal det gøres muligt eller lettere for en af forældrene i et barns første livsfase, som er afgørende for dets senere udvikling, at hellige sig dets pasning og opdragelse [...]. Ydelsen har til formål at anerkende unge familiers opdragelsesindsats [...] og øge fødselstallet ved at gøre det lettere at vælge at få barnet og undlade at få foretaget svangerskabsafbrydelse [...]. Det primære formål er at gøre det muligt for forældre selv at passe deres børn ved at give afkald på eller begrænse en erhvervsmæssig beskæftigelse [...]. Til grund herfor ligger som lovgiverens motiv også den tankegang, at der gennem opdragelsen af et barn i Tyskland ydes et bidrag til samfundets fremtidige politiske, økonomiske og sociale eksistens i denne stat [...]. Derfor har lovgiver fulgt den fremgangsmåde, at retten til børnepasningsydelse i forbindelse med udlændinge med bopæl i Tyskland [...] begrænses til de personer, som kan forventes varigt at forblive i Tyskland [...]; lovgiver har heller ikke set sig forpligtet til at gøre det muligt at oppebære ydelser, hvis der i tilfælde af bopæl i udlandet mangler en lignende tilknytning gennem et bidrag til arbejdsmarkedet eller det nationale samfund.«

67. Det fremgår af denne beskrivelse, at børnepasningsydelsen skal ses som et redskab i den nationale familiepolitik, som

46 — Nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 48.

47 — Jf. ovenfor, punkt 2.

tjener sociale, økonomiske og demografiske formål på længere sigt. Domstolen har også bekræftet, at dette er børnepasningsydelsens centrale egenskab, idet den karakteriserede den som »en ikke-bidragsbaseret ydelse, der indgår i en større pakke af familiepolitiske foranstaltninger« [48].

68. Spørgsmålet er imidlertid, om en medlemsstat kan pålægge retten til ydelser et bopælskrav, når formålet er at opnå disse lovlige politiske formål. Ifølge fast retspraksis kan et sådant bopælskrav kun være begrundet, såfremt det støttes på objektive hensyn, der er uafhængige af de berørte personers nationalitet og står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt tilstræbes med den pågældende nationale lovgivning [49].

69. Der kan ikke herske tvivl om, at medlemsstaterne er fuldt ud berettigede til at føre politik, der har til formål at fremme fødselstallet med henblik på at sikre en vis grad af stabilitet i befolkningens demografiske sammensætning. Disse politikker skal udformes på en sådan måde, at de sikrer, at de trufne foranstaltninger er rettet mod personer med bopæl inden for de pågældende lande. På samme måde vil det være absurd at forvente, at medlemsstaterne på nogen måde vil bidrage til den demografiske udvikling i andre medlemsstater ved at udvide deres familiepolitiske instrumenter til personer, der ikke har bopæl på deres område. Derfor forekommer et bopælskrav hensigtsmæssigt til at sikre, at børnepasningsydelsen gives til personer, som tilhører medlemsstatens egen befolkning, der naturligvis ikke kun omfatter tyske statsborgere, men alle personer, der lovligt er bosat i Tyskland, uanset deres nationalitet.

70. I denne henseende ser jeg en klar parallel mellem de bopælskrav, som blev behandlet i Collins-dommen [50], Bidar-dommen [51] og De Cuyper-dommen [52].

71. I Collins-dommen medgik Domstolen, at det var »legitimt, at en medlemsstat kun tildeler [...] støtte [til arbejdssøgende], når det er godtgjort, at der består en reel forbindelse mellem den, der søger arbejde, og den pågældende stats arbejdsmarked«. For at overholde proportionalitetsprincippet må den bopælsperiode, der kræves, »ikke overstige, hvad der er nødvendigt for, at de

48 — Martinez Sala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 8.

49 — Jf. f.eks. dom af 23.3.2004, sag C-138/02, Collins, Sml. I, s. 2703, præmis 66.

50 — Jf. fodnote 49.

51 — Nævnt ovenfor i fodnote 13.

52 — Dom af 18.7.2006, sag C-406/04, De Cuyper, Sml. I, s. 6947.

nationale myndigheder kan sikre sig, at den berørte faktisk søger beskæftigelse på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked« [53].

72. I Bidar-dommen mente Domstolen, at det var lovligt, at medlemsstaten krævede, at en studerende for at kunne modtage støtte til dækning af studerendes leveomkostninger godtgjorde at være integreret til en vis grad i samfundet i denne stat. Et krav om bopæl i tre år, inden man kunne modtage støtte, blev anset for at være en tilstrækkelig garanti i denne henseende. Da der imidlertid også blev stillet krav om, at en studerende var etableret i Det Forenede Kongerige, og de relevante nationale regler udelukkede, at en statsborger fra en anden medlemsstat kunne opnå status som studerende etableret i Det Forenede Kongerige, gjorde de det umuligt for en sådan statsborger, uanset den faktiske grad af integration, at opnå ret til denne ydelse [54].

73. I en nyere dom, nemlig De Cuyper-dommen, fastslog Domstolen, at en medlemsstat har ret til at gøre retten til arbejdsløshedsydelse for en arbejdsløs over 50 år, som er fritaget for forpligtelsen til at godtgøre, at han står til rådighed for arbejdsmarkedet, betinget af et krav om faktisk bopæl. Kravet var nødvendigt for at efterprøve arbejdsløses erhvervs- og familiemæssige situation og tage højde for ændringer i de personlige omstændigheder, som kunne have betydning for den tildelte ydelse. Da mindre indgribende foranstaltninger også ville have været mindre effektive, blev bopælskravet ligeledes anset for at stå i et rimeligt forhold til dette formål [55].

74. I alle disse sager var der et tydeligt forhold mellem ydelsens karakter og den type tilknytning til medlemsstaten, som der blev krævet, for at man var berettiget til ydelsen.

75. I den aktuelle sag har bopælskravet til formål at sikre, at børnepasningsydelsen gives til personer, hvor det er sandsynligt, at de vil indgå i den tyske befolkning på et permanent grundlag, og det er derfor et hensigtsmæssigt redskab til at opnå de familiepolitiske mål, som udbetalingen af denne ydelse skal tjene. Ydelsen gives uanset nationalitet, og da der tilsyneladende ikke er opstillet yderligere betingelser med hensyn til, hvor længe man skal have været bosat i landet, kan bopælskravet også anses for at stå i et rimeligt forhold til dette mål. Jeg kan tilføje, at der naturligvis må sondres mellem spørgsmålet, om bopælskravet som sådan er begrundet, og spørgsmålet om metoderne til godtgørelse af, at bopælskravet er opfyldt, som blev behandlet i Martinez Sala-dommen.

53 — Nævnt ovenfor i fodnote, 49, præmis 69 og 72.

54 — Nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 57-61.

55 — Nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 41-48.

76. Min konklusion i dette spørgsmål er derfor, at bopælskravet i § 1, stk. 1, i BErzGG er begrundet.

G — *Artikel 18 EF: begrænsning af unionsborgerskabsrettighederne?*

77. Spørgsmålet, om artikel 18 EF eventuelt kan anvendes i denne sag, blev rejst af Kommissionen som svar på en bemærkning fra Bundessozialgericht i forelæggelseskendelsen om, at begrebet fri bevægelighed i henhold til forordning nr. 1612/68 eventuelt kan fortolkes mindre indskrænkende nu, fordi artikel 18 EF garanterer en generel opholdsret uden tilknytning til en økonomisk aktivitet. Selv om den nationale ret ikke mente, at Gertraud Hartmann kunne påberåbe sig artikel 18 EF for at anfægte bopælskravet i BErzGG, bør dette spørgsmål alligevel behandles.

78. Da Gertraud Hartmann ikke selv har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, er det eneste relevante spørgsmål i denne sammenhæng, hvorvidt afslaget på Gertraud Hartmanns ansøgning om børnepasningsydelse med den begrundelse, at hun ikke har bopæl i Tyskland, udgjorde en begrænsning af hr. Hartmanns udøvelse af sin ret til at flytte til Østrig og bosætte sig dér, som garanteres ved artikel 18 EF.

79. For det første skal det påpeges, at hr. Hartmann flyttede til Østrig i 1990, dvs. tre et halvt år inden bestemmelserne om unionsborgerskab trådte i kraft den 1. november 1993. Det betyder, at spørgsmålet skal forstås således, at en eventuel indskrænkning, der følger af anvendelsen af bopælskravet i BErzGG, skal vedrøre hans fortsatte bopæl i Østrig efter den 1. november 1993.

80. Endvidere fremgår det af forelæggelseskendelsen, at de afviste ansøgninger om børnepasningsydelse for familien Hartmanns tre børn for det første barns vedkommende vedrørte en periode, som udelukkende lå før 1993, for det andet barns vedkommende en periode, der lå delvis før, delvis efter november 1993, og for det tredje barns vedkommende en periode, der udelukkende lå efter november 1993. Derfor kan en eventuel mulighed for at påberåbe sig artikel 18 EF i denne sag kun medføre en delvis børnepasningsydelse for det andet barn og fuld børnepasningsydelse for det tredje barn.

81. Domstolen har allerede behandlet en række sager vedrørende begrænsninger, som

medlemsstaterne har pålagt deres statsborgere, efter at disse havde gjort brug af deres rettigheder i medfør af artikel 18 EF til frit at færdes i en anden medlemsstat, navnlig i D'Hoop-dommen og Pusa-dommen [56]. I sine domme i disse sager fastsatte Domstolen som et alment princip i forbindelse med fortolkningen af denne traktatbestemmelse, at »det ville [...] være uforeneligt med retten til fri bevægelighed, hvis den pågældende i den medlemsstat, hvori han er statsborger, får en behandling, der er mindre gunstig end den, han ville få, hvis han ikke havde gjort brug af sine beføjelser efter traktaten for så vidt angår borgernes bevægelighed« [57]. Domstolen tilføjede, at »[n]ationale bestemmelser, der er til skade for visse af landets egne statsborgere, alene fordi de har udnyttet deres ret til frit at færdes og opholde sig i en anden medlemsstat, udgør således en ulige behandling, der er i strid med de principper, der ligger til grund for unionsborgerskabet, nemlig princippet om, at unionsborgerne skal tilsikres den samme retlige behandling under udøvelsen af deres ret til fri bevægelighed. Sådanne nationale bestemmelser vil kun kunne være begrundede, såfremt de støttes på objektive hensyn, som er uafhængige af de berørte personers nationalitet og står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt tilstræbes med den nationale lovgivning« [58].

82. I de to domme, der er citeret i punkt 81, var de pågældende parter udsat for mærkbare ulemper, fordi de havde gjort brug af deres ret til at flytte til en anden medlemsstat. Marie-Nathalie D'Hoop var en belgisk statsborger, som havde taget studentereksamen i Frankrig, men ifølge national ret opfyldte hun ikke betingelsen for at få ungdomsarbejdsløshedsydelse i Belgien, fordi hun ikke havde afsluttet sin videregående skoleuddannelse i denne medlemsstat. Heikki Antero Pusa var en finsk statsborger, der var flyttet til Spanien, og i hvis pension der kunne gøres udlæg. Han var udsat for ulemper, fordi finsk lov i forbindelse med beregningen af den del af hans pension, hvori der kunne gøres udlæg, ikke tog hensyn til den indkomstskat, som han skulle betale i Spanien, hvorimod den indkomstskat, han skulle have betalt i Finland, ville være blevet fratrukket, hvis han var blevet boende i Finland. I begge sager var det tydeligt, at de pågældende personer fik begrænset deres rettigheder af loven i deres oprindelsesland, og at dette direkte skyldtes det forhold, at de var flyttet til en anden medlemsstat.

83. I den aktuelle sag er det derimod tydeligt, at hr. Hartmann ikke har haft nogen ulemper med hensyn til sine potentielle rettigheder efter BErzGG ved at skifte bopæl til Østrig. Hvis han havde besluttet at blive boende i Tyskland, beskæftigelsesmedlemsstaten, ville hverken han eller hans hustru faktisk have været berettiget til børnepasningsydelse. Derfor har hans flytning til Østrig ikke haft nogen virkninger i denne henseende.

84. Gertraud Hartmann har heller ikke mistet nogen rettigheder, fordi hendes ægtefælle er flyttet til Østrig for at bo sammen med hende dér. I denne henseende kan der

56 — D'Hoop-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, og Pusa-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12.

57 — D'Hoop-dommen, præmis 30, og Pusa-dommen, præmis 18.

58 — D'Hoop-dommen, præmis 34-36, og Pusa-dommen, præmis 20.

sondres mellem denne situation og situationen i Schempp-sagen [59]. I den sag havde det forhold, at fru Schempp gjorde brug af sin ret som unionsborger til at flytte til en anden medlemsstat, en øjeblikkelig virkning på hendes fraskilte mands retlige situation, idet han var blevet boende i Tyskland, og hans mulighed for i Tyskland at fradrage det underholdsbidrag, han betalte til hende, i sin skattepligtige indkomst herved blev påvirket [60]. Hr. Hartmanns flytning til Østrig havde ikke en sådan indflydelse på Gertraud Hartmanns muligheder for at påberåbe sig ret til børnepasningsydelse i Tyskland.

85. Hvis Gertraud Hartmann havde ret til denne ydelse, kunne denne ret endvidere kun udøves gennem hendes ægtefælles rettigheder. Da der ikke findes bestemmelser, som giver mulighed for en sådan afledt rettighed, og da hr. Hartmann tilsyneladende under ingen omstændigheder selv er berettiget til børnepasningsydelse, er der ikke noget grundlag for, at Gertraud Hartmann kan påberåbe sig ret til denne ydelse via ham.

86. Mere overordnet må det bemærkes, at når en person beslutter at gøre brug af sine rettigheder efter artikel 18 EF eller for den sags skyld en hvilken som helst anden bestemmelse, som garanterer fri bevægelighed, og flytter til en anden medlemsstat, er der ingen garanti for, at en sådan overflytning af bopæl eller virksomhed vil være neutral i skattemæssig henseende [61]. Hvis man vælger at flytte til en anden medlemsstat, medfører det både ulemper og fordele som følge af forskelle i lovgivningen i de forskellige medlemsstater, der er tale om, især inden for social sikring og beskatning. Det er op til fællesskabsborgeren at veje for og imod, når beslutningen træffes, men det betyder ikke, at man skal forvente at kunne overføre retten til alle former for sociale fordele, som oprindelsesmedlemsstaten yder af forskellige politiske årsager. Som jeg har påvist i det ovenstående, afhænger dette fuldstændig af, hvilke ydelser der er tale om. Ligesom der ikke er nogen garanti for skattemæssig neutralitet, når man skifter bopæl til en anden medlemsstat, bør der gælde det samme princip hvad angår bevarelsen af rettigheder til social sikring. Man bør ikke overse, at man, når man skifter bopæl til en anden medlemsstat, kan erhverve nye rettigheder i værtsmedlemsstaten. Med en omskrivning af den tyske regerings bemærkning i retsmødet kan man sige, at medlemsstaterne ganske vist ikke må begrænse deres statsborgere, såfremt de ønsker at flytte til en anden medlemsstat, men de har heller ikke pligt til at give dem en bonus for at flytte.

87. Der er derfor ikke noget grundlag for at antage, at afslaget på Gertraud Hartmanns ansøgninger om børnepasningsydelse i Tyskland med den begrundelse, at hun ikke

59 — Nævnt ovenfor i fodnote 16.

60 — Jf. dommens præmis 24.

61 — Dom af 15.7.2004, sag C-365/02, Lindfors, Sml. I, s. 7183, præmis 34, og Schempp-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 45.

opfyldte bopælskravet i § 1, stk. 1, i BErzGG, var uforeneligt med artikel 18 EF. Selv om det påvises, at disse afslag på den ene eller anden måde påvirkede hr. Hartmanns ret til fri bevægelighed efter artikel 18 EF, bør denne begrænsning anses for at være begrundet af de årsager, jeg har gjort rede for i det ovenstående.

VI — Forslag til afgørelse

88. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som er stillet af Bundessozialgericht, således:

»— En tysk statsborger, som i 1990 flyttede sin bopæl fra Tyskland til Østrig, men opretholdt sit tjenesteforhold som posttjenestemand i Tyskland og siden da har udøvet sin beskæftigelse som grænsearbejder, kan ikke anses for vandrende arbejdstager som omhandlet i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet i perioder mellem januar 1994 og september 1998.

— En østrigsk statsborger, som ikke har gjort brug af sin ret til at færdes og opholde sig frit i en anden medlemsstat, og hvis ægtefælle er flyttet til hendes bopælsmedlemsstat, men har opretholdt sin beskæftigelse i sin oprindelsesmedlemsstat, kan ikke påberåbe sig artikel 18 EF for at anfægte et bopælskrav, der pålægges som betingelse for at kunne modtage børnepasningsydelse i sidstnævnte medlemsstat.«