# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 28 september 2006 [1]

## I — Inledning

1. Enligt den tyska Bundeserziehungsgeldgesetz (lag om vårdnadsbidrag) (nedan kallad BErzGG) förutsätts för beviljandet av vårdnadsbidrag bland annat att förmånstagaren har sitt hemvist i Tyskland. I förevarande mål har Bundessozialgericht (förbundsdomstol för socialförsäkringsfrågor) bett domstolen svara på huruvida detta bosättningskrav står i strid med gemenskapsrätten, och särskilt med förordning nr 1612/68 [2], förordning nr 1408/71 [3] eller artikel 18 EG, vilket skulle medföra att en österrikisk kvinna som har sin bostad i Österrike tillsammans med sin make, vilken är offentligt anställd i Tyskland, skulle göra gällande en rätt till ett sådant vårdnadsbidrag.

2. Parallellt med detta mål har Bundessozialgericht ställt en ytterligare fråga till domstolen avseende samma nationella bestämmelse om beviljande av vårdnadsbidrag, denna gången i förhållande till en gränsarbetare som bor i Nederländerna och arbetar i Tyskland; se mål C-213/05, Geven. Enligt bestämmelsen kan berörda gränsarbetare också göra gällande en rätt till denna förmån under förutsättning att de är yrkesverksamma i Tyskland i mer än ringa omfattning. Även om de båda målen är nära sammanknutna, är de faktiska omständigheterna så totalt olika att jag kommer att diskutera varje mål för sig i två separata förslag till avgörande som kommer att föredras tillsammans.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33 (nedan kallad förordning nr 1612/68).

3 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpning av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57 (nedan kallad förordning nr 1408/71), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 3095/95 av den 22 december 1995 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71, förordning (EEG) nr 1247/92 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 samt förordning (EEG) nr 1945/93 om ändring av förordning (EEG) nr 1247/92 (EGT L 335, s. 1), och enligt rådets förordning (EG) nr 3096/95 av den 22 december 1995 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 335, s. 10) (nedan kallad förordning nr 1408/71).

## II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

3. I artikel 7.1 och 7.2 i förordning nr 1612/68 föreskrivs följande:

"1. En arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat får inom en annan medlemsstats territorium inte på grund av sin nationalitet behandlas annorlunda än landets egna arbetstagare i fråga om anställnings- och arbetsvillkor, speciellt vad avser lön, avskedande och, om han eller hon skulle bli arbetslös, återinsättande i arbete eller återanställning.

2. Arbetstagaren skall åtnjuta samma sociala och skattemässiga förmåner som landets medborgare."

B — *Nationella bestämmelser*

4. Enligt 1 § första stycket BErzGG, i dess lydelse av den 31 januari 1994 [4], föreligger rätt till vårdnadsbidrag för varje person, 1) vars hemvist eller normala uppehållsort ligger inom det territorium som lagen omfattar, 2) som är vårdnadshavare för ett barn som bor i personens hushåll, 3) som själv vårdar och uppfostrar detta barn och 4) som inte förvärvsarbetar på heltid.

5. I 1 § fjärde stycket BErzGG föreskrivs att även EG-medborgare och gränsarbetare från Tysklands grannländer har rätt till vårdnadsbidrag under förutsättning att de är yrkesverksamma i Tyskland i mer än ringa omfattning. Av beslutet om hänskjutande följer att denna bestämmelse inte är tillämplig på offentligt anställda eller migrerande arbetstagares makar.

6. I 1 § sjunde stycket BErzGG, i dess lydelse av den 12 oktober 2000 [5], utvidgas denna rätt till vårdnadsbidrag till att gälla makar till personer som står i ett offentligrättsligt anställningsförhållande i Tyskland och som bor i en annan medlemsstat. Denna bestämmelse skall emellertid inte tillämpas avseende barn som är födda före den 1 januari 2001.

4 — BGBl, s. 180.

5 — BGBl, s. 1426.

## III — Bakgrund och förfarande

7. Tvisten i målet vid Bundessozialgericht gäller ett avslag från Freistaat Bayern på Gertraud Hartmanns ansökan om vårdnadsbidrag avseende hennes tre barn, födda åren 1991, 1993 och 1997.

8. Gertraud Hartmann är en österrikisk medborgare som bor i Österrike tillsammans med sin make och sina tre barn. Maken Hartmann bodde före äktenskapet i Tyskland där han sedan 1986 var offentligt anställd på Deutsche Bundespost. Efter giftermålet i maj 1990 flyttade maken Hartmann till Österrike, men fortsatte att arbeta för Deutsche Bundespost och senare, från år 1995, för Deutsche Telekom AG. Gertraud Hartmann är inte yrkesverksam, varken som anställd eller som egenföretagare.

9. Freistaat Bayern avslog Gertraud Hartmanns ansökan om vårdnadsbidrag avseende hennes första två barn enligt BErzGG, eftersom hon inte bodde i Tyskland och inte heller hade något anställningsförhållande i det landet. Gertraud Hartmanns överklagande i oktober 1996 avslogs, liksom hennes ansökan om vårdnadsbidrag för hennes tredje barns första år.

10. Gertraud Hartmann bestred dessa beslut utan framgång, först vid Sozialgericht München och senare, genom överklagande, vid Bayerisches Landessozialgericht (LSG). Hon överklagade därefter till Bundessozialgericht, som beslöt att vilandeförklara målet och hänskjuta två frågor till domstolen för ett förhandsavgörande enligt artikel 234 EG.

11. Bundessozialgericht fastställde i sitt beslut om hänskjutande först att Gertraud Hartmann inte kunde göra gällande en rätt till vårdnadsbidrag med stöd av förordning nr 1408/71. Även om denna förmån omfattas av det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*, för denna förordning och hon således skulle ha kunnat begära sådan rätt enligt domstolens rättspraxis (de förenade målen Hoever och Zachow) [6], var maken Hartmann vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna såsom offentligt anställd inte att anse som "arbetstagare" i förordningens mening och ingick därför inte i den personkrets, *ratione personae*, på vilken denna skall tillämpas. Den nationella domstolen undersökte vidare huruvida hon kunde grunda någon rätt på artikel 7.2 i förordning nr 1612/68. Den fann att maken Hartmanns ställning som offentligt anställd inte hindrade att han kunde anses som arbetstagare, men hyste tvivel beträffande huruvida de rättigheter som följer av den förordningen kunde göras gällande av makan till en person som, utan att ändra sitt anställningsförhållande, hade flyttat till en annan medlemsstat i vilken makan var medborgare. Den påpekade att domstolen

6 — Dom av den 10 oktober 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94, Hoever och Zachow (REG 1996, s. I-4895).

hittills har ansett att det huvudsakliga ändamålet med artikel 39 EG och förordning nr 1612/68 är att göra det möjligt för arbetstagare att röra sig fritt inom de andra medlemsstaternas territorier och att vistas där för att arbeta.[7] Den ansåg emellertid också att en mindre snäv tolkning av den fria rörligheten kanske nu är möjlig eftersom en allmän rätt att uppehålla sig har erkänts genom artikel 18 EG. Mot bakgrund härav har Bundessozialgericht hänskjutit följande två frågor till domstolen:

a) Skall en tysk medborgare, som år 1990 flyttade sin bostad till Österrike men behöll sin anställning som posttjänsteman i Tyskland och sedan dess har arbetat som gränsarbetare, anses utgöra en migrerande arbetstagare i den mening som avses i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen under perioder mellan januari 1994 och september 1998?

Om den första frågan besvaras jakande:

b) Utgör det indirekt diskriminering i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 att inte bevilja tyskt vårdnadsbidrag under den aktuella tiden till den under a) nämnda personens icke förvärvsarbetande maka, som är bosatt i Österrike och är österrikisk medborgare, på grund av att hon varken var bosatt eller stadigvarande vistades i Tyskland?

12. Skriftliga yttranden har inkommit från Gertraud Hartmann, den tyska och den spanska regeringen, Förenade kungarikets regering och från kommissionen. Vid förhandlingen den 13 juni 2006 anfördes vidare yttranden av Gertraud Hartmann, den tyska och den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering och av kommissionen.

## IV — Sammanfattning av inkomna yttranden

13. Både Gertraud Hartmann och den spanska regeringen har gjort gällande att den första frågan angående maken Hartmanns ställning som migrerande arbetsta-

7 — Bundessozialgericht hänvisade i detta avseende till domstolens dom av den 5 juni 1997 i de förenade målen C-64/96 och C-65/96, Uecker och Jacquet (REG 1997, s. I-3171), punkt 21.

gare i den mening som avses i förordning nr 1612/68 skall besvaras jakande. Den spanska regeringen har i detta avseende hänvisat till artikel 1.1 i förordning nr 1612/68 enligt vilken "[v]arje medborgare i en medlemsstat skall, oavsett var han eller hon har sitt hemvist, ha rätt att ta anställning och att arbeta inom en annan medlemsstats territorium ..." och den har påpekat att enligt artikel 10 i denna förordning gäller de migrerande arbetstagarnas förmåner även för deras make eller maka. [8] Den har också hävdat att maken Hartmann skall anses som en gränsarbetare i den mening som avses i artikel 1 b i förordning nr 1408/71. [9] Båda dessa parter anser att även om det kan invändas att maken Hartmann är offentligt anställd och att offentligt anställda kom att omfattas av förordning nr 1408/71 beträffande beviljande av familjeförmåner först år 1999 [10], parallellt med den personkrets, *ratione personae*, som omfattas av artikel 39.4 EG, skall denna begränsning endast anses gälla de offentligt anställda som är inblandade i myndighetsutövning. Deutsche Telekom AG är emellertid ett allmännyttigt tjänsteföretag vars uppgifter inte är förenade med myndighetsutövning.

14. Vad gäller den andra frågan har Gertraud Hartmann och den spanska regeringen gjort gällande att avslaget av Gertraud Hartmanns ansökan om vårdnadsbidrag utgör indirekt diskriminering i strid med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 och artikel 39 EG. Medan de nationella domstolarna fann att frågan huruvida förmånerna kan exporteras beror på om ett anställningsförhållande föreligger, har den spanska regeringen, med hänvisning till domen i de förenade målen Hoever och Zachow [11], påpekat att den omständighet som medför rätt till familjeförmåner såsom vårdnadsbidrag är att en av föräldrarna beslutar att ägna sig helt åt att uppfostra barnet, oavsett huruvida denna förälder är ansluten till ett system för social trygghet eller är anställd. I förevarande fall har Gertraud Hartmann anknytning till systemet för social trygghet i Tyskland genom sin make.

15. Den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering anser att en person som inte har utövat sin rätt till fri rörlighet i syfte att ta anställning i en annan medlemsstat, utan endast har bytt hemvistland, inte kan anses vara en migrerande arbetstagare i den mening som avses i förordning nr 1612/68. Dessa regeringar har alternativt, vad gäller den andra frågan, gjort gällande att även om det har fastställts att det aktuella vårdnadsbidraget omfattas av det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*, för förordning nr 1408/71, omfattades inte maken Hartmann, som var offentligt anställd, vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet av den personkrets, *ratione personae*, på vilken denna förordning är tillämplig beträffande beviljande

8 — Den spanska regeringen har hänvisat till domstolens dom av den 18 juni 1987 i mål 316/85, Lebon (REG 1987, s. 2811), och av den 26 februari 1992 i mål C-3/90, Bernini (REG 1992, s. I-1071).

9 — "Gränsarbetare: en anställd som är verksam inom en medlemsstats territorium och som är bosatt inom en annan medlemsstats territorium, dit han som regel återvänder dagligen eller minst en gång i veckan."

10 — Rådets förordning (EG) nr 1399/1999 av den 29 april 1999 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, samt av förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 164, 1999, s. 1) (nedan kallad förordning nr 1399/1999).

11 — Se ovan fotnot 6.

av familjeförmåner. Till skillnad från förordning nr 1408/71 föreskrivs i förordning nr 1612/68 inte någon möjlighet till export av sociala förmåner eller något förebyggande av överlappande förmåner. Eftersom den förstnämnda måste anses som *lex specialis* i förhållande till den senare eller, som Förenade kungarikets regering har uttryckt det, har relativt företräde framför den senare, kan inte artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 tolkas på ett sådant sätt att den underminerar effektiviteten av det system som föreskrivs i förordning nr 1408/71. Den tyska regeringen har medgett att bosättningskravet i BErzGG kan utgöra indirekt diskriminering, men anser att den är berättigad i syfte att säkerställa att det finns en effektiv koppling mellan förmånstagaren och det tyska samhället. Förenade kungarikets regering har gjort gällande att medlemsstater inte skall tvingas anföra objektiva skäl för att inte göra sådana förmåner som vårdnadsbidrag tillgängliga för personer som har sitt hemvist i andra medlemsstater.

16. Kommissionen håller med den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering om att förordning nr 1612/68 och förordning nr 1408/71 inte är tillämpliga på det förevarande fallet av samma skäl som dessa regeringar har angett. Mot bakgrund av Bundessozialgerichts påpekande i beslutet om hänskjutande att den fria rörlighet som garanteras i förordning nr 1612/68 kan ges en vidare tolkning, eftersom det nu i artikel 18 EG föreskrivs en rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i andra medlemsstater utan något ekonomiskt syfte, anser kommissionen emellertid att domstolen också skall diskutera frågan huruvida det i Gertraud Hartmanns fall skall anses kunna utläsas en rätt till vårdnadsbidrag i denna bestämmelse.

17. Kommissionen har beträffande denna fråga, med hänvisning till de allmänna principerna om medborgarskap som sammanfattades av domstolen i domen i målet Pusa [12], påpekat att en nationell bestämmelse som missgynnar vissa av landets egna medborgare endast på grund av att de har utövat sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i en annan medlemsstat medför en skillnad i behandling, vilket endast kan anses förenligt med artikel 18 EG för det fall bestämmelsen är grundad på objektiva hänsyn som är oberoende av de berörda personernas nationalitet och står i proportion till det legitima syfte som eftersträvas. Det är visserligen uppenbart att tillämpningen av bosättningskravet i BErzGG utgör ett sådant missgynnande, men kommissionen instämmer med de tvivel som Bundessozialgericht har framfört avseende bestämmelsens berättigande. Kommissionens tvivel bekräftas av den omständigheten att BErzGG sedan dess har ändrats för att tillåta att vårdnadsbidrag beviljas till makar till tyska offentligt anställda som är bosatta i andra medlemsstater. Enligt kommissionen, som har hänvisat till domstolens dom i målet Bidar [13], är det "av uppenbara skäl" inte

12 — Dom av den 29 april 2004 i mål C-224/02, Pusa (REG 2004, s. I-5763), punkterna 16–20.

13 — Dom av den 15 mars 2005, i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), punkterna 55–62.

nödvändigt att undersöka huruvida maken Hartmann, såsom en offentligt anställd som arbetar i sitt hemland, är tillräckligt integrerad eller har faktisk koppling till det tyska samhället.

18. Den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering påtalade vid förhandlingen att det är Gertraud Hartmann och inte maken Hartmann som har ansökt om vårdnadsbidrag enligt BErzGG. Eftersom Gertraud Hartmann inte själv har utövat den rätt som föreskrivs i artikel 18 EG, har hon ingen giltig grund för att åberopa denna bestämmelse. Hennes fall måste i detta hänseende särskiljas från de omständigheter som var för handen i till exempel målen D'Hoop [14] och Pusa [15]. Artikel 18 EG kan inte tolkas på ett sådant sätt att en person som inte har flyttat till en annan medlemsstat kan åberopa de rättigheter som hans eller hennes make eller maka har uppnått genom att ha utövat sin rätt att röra sig fritt. De rättigheter som föreskrivs i artikel 18 EG är föremål för begränsningar. Dessa begränsningar föreskrivs, beträffande export av sociala trygghetsförmåner, i förordning nr 1408/71.

19. Den nederländska regeringen har, som svar på kommissionens ståndpunkt beträffande tillämpligheten av artikel 18 EG, påpekat att även om vissa likheter i fråga om de faktiska omständigheterna föreligger mellan det förevarande målet och målet Schempp [16] påverkade, till skillnad från i det målet, maken Hartmanns utövande av rätten att röra sig fritt inte Gertraud Hartmanns rätt till förmåner i Tyskland. Det saknade i detta avseende betydelse huruvida maken Hartmann bodde i Tyskland eller i Österrike. Den nederländska regeringen har påpekat att det i förevarande fall är den migrerande medborgarens maka som har sökt uppnå rättigheter i den förstnämndes ursprungsland, och att endast vissa härledda rättigheter erkänns för migrerande arbetstagares familjemedlemmar i värdmedlemsstaten i den nuvarande gemenskapsrätten. [17] Gertraud Hartmann kan inte göra gällande en rätt till vårdnadsbidrag enligt artikel 18 EG, eftersom hon inte själv har utnyttjat sin rätt att röra sig fritt. Maken Hartmann har inte på något sätt hindrats från att utöva sin rätt att flytta till Österrike.

## V — Bedömning

### A — *Inledande anmärkningar*

20. Inledningsvis skall det understrykas att Gertraud Hartmann inte själv kan åberopa

14 — Dom av den 11 juli 2002, C-224/98 (REG 2002, s. I-6191).

15 — Se ovan fotnot 12.

16 — Dom av den 12 juli 2005 i mål C-403/03, Schempp (REG 2005, s. I-6421).

17 — Den nederländska regeringen hänvisade till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, 2004, s. 77).

gemenskapsrätten i syfte att ifrågasätta de beslut genom vilka hennes ansökningar om beviljande av vårdnadsbidrag avslogs, eftersom hon inte har utnyttjat sin rätt att röra sig fritt enligt gemenskapsrätten. Det enda sätt på vilket hon kan beviljas denna förmån är genom hennes äktenskapsband med maken Hartmann, vilken för övrigt inte heller uppfyller de krav som föreskrivs i 1 § första stycket BErzGG.

21. Den fråga som Bundessozialgericht har hänskjutit är därför inriktad på maken Hartmanns möjliga ställning som migrerande arbetstagare och de konsekvenser som detta kan medföra för Gertraud Hartmanns rätt till tyskt vårdnadsbidrag. Skall den omständigheten att maken Hartmann flyttade till Österrike för att bo där med sin maka och sina barn medan han behöll sitt arbete i Tyskland medföra att han nu måste anses som en migrerande arbetstagare och omfattas av förordning nr 1612/68, vilket skulle innebära att Gertraud Hartmann, genom en kombination av artiklarna 7.2 och 10.1 a i den förordningen kan göra anspråk på likabehandling avseende sociala förmåner i den medlemsstat där hennes make är anställd, det vill säga Tyskland?

22. Innan denna fråga diskuteras skall det, för att bedömningen skall vara fullständig, kort undersökas huruvida en rätt till vårdnadsbidrag för Gertraud Hartmann inte kan utläsas i artikel 73 i förordning nr 1408/71. Denna fråga behandlades och besvarades nekande av Bundessozialgericht, vilken följaktligen inte har hänskjutit några frågor i detta avseende. Gertraud Hartmann och den spanska regeringen återupptog emellertid denna fråga i sina skriftliga yttranden. Den diskuterades även av Förenade kungarikets regering och av kommissionen.

B — *Förordning nr 1408/71*

23. Enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71 skall "[e]n anställd som omfattas av lagstiftningen i en ... medlemsstat ... för sina familjemedlemmar som är bosatta i en annan medlemsstat ha rätt till de familjeförmåner som utges enligt lagstiftningen i den förra staten som om de vore bosatta i den staten". Domstolen tolkade i de förenade målen Hoever och Zachow denna bestämmelse så att "när en anställd omfattas av en medlemsstats lagstiftning och bor med sin familj i en annan medlemsstat har hans maka, med stöd av artikel 73 i förordning nr 1408/71, rätt att uppbära en sådan förmån som föräldrabidraget från den stat där personen är anställd",[18] Med andra ord, i motsats till den exakta ordalydelsen i denna bestämmelse, har makan till en anställd person en fristående rätt till familjeförmåner i den medlemsstat i vilken den senare är anställd.

18 — Domen i de förenade målen C-245/94 och C-312/94 (se ovan fotnot 6), punkt 38.

24. Även om denna regel kan förefalla uppenbart tillämplig på Gertraud Hartmanns situation, bedömde Bundessozialgericht med fog att hon emellertid inte kunde beviljas rätt till vårdnadsbidrag enligt artikel 73 i förordning nr 1408/71, eftersom maken Hartmann såsom offentligt anställd inte vid den aktuella tidpunkten kunde anses som "anställd" i den mening som avses i avdelning III i denna förordning avseende beviljande av familjeförmåner. Denna begränsning angavs i punkt I C i bilaga I till förordning nr 1408/71 och drogs tillbaka först genom antagandet av förordning nr 1399/1999 [19], vilken trädde i kraft den 1 september 1999. I artikel 1.7 i denna förordning utvidgades definitionen av anställd vad gäller tillämpningen av avdelning III i förordning nr 1408/71 beträffande Tyskland till "offentligt anställda som för sin tjänst uppbär en lön som minst motsvarar den nivå som för en anställd person skulle medföra obligatorisk arbetslöshetsersättning".

25. Den omständigheten att offentligt anställda inte omfattades av bestämmelserna i förordning nr 1408/71 avseende familjeförmåner har redan bekräftats av domstolen i domen i målet Kulzer [20], till vilken Bundessozialgericht också har hänvisat. Domstolen påpekade i den domen att definitionen av begreppet anställda "ersätts ... av definitionen i punkt I C i bilaga I till förordningen, om den behöriga myndighet som ansvarar för utbetalning av familjeförmåner enligt avdelning III kapitel 7 i förordningen är en tysk myndighet". [21] Domstolen fastställde vidare "... att under dessa omständigheter tillåta att en sådan pensionerad statligt anställd som klaganden i målet vid den nationella domstolen åberopar artikel 73 i förordningen för att erhålla tyska familjebidrag, med motiveringen att statligt anställda i regel likställs med anställda, skulle stå i strid med bestämmelsen i bilaga I". [22]

26. Gertraud Hartmanns och den spanska regeringens påstående att uteslutandet av offentligt anställda från tillämpningen av avdelning III i förordning nr 1408/71 är begränsat till att gälla de offentligt anställda som utövar funktioner som omfattas av artikel 39.4 EG såsom den tolkats av domstolen, det vill säga att de är inblandade i myndighetsutövning, är ohållbart. Denna bestämmelses grundläggande syfte är att tillåta medlemsstater att upprätthålla nationella villkor avseende utövandet av vissa offentliga funktioner. Bestämmelsen är inte avsedd att begränsa begreppet arbetstagare i sig. Dessutom utgör den, i motsats till vad den spanska regeringen har hävdat, endast ett undantag till bestämmelserna i artikel 39.1–39.3 EG och inte till de övriga bestämmelserna i avdelning III angående fri rörlig-

19 — Se ovan fotnot 10.

20 — Dom av den 5 mars 1998 i mål C-194/96, Kulzer (REG 1998, s. I-895).

21 — Punkt 35.

22 — Punkt 37. Se även domstolens dom av den 12 juni 1997 i mål C-266/95, Merion García (REG 1997, s. I-3279), punkterna 25 och 26.

het för arbetstagare, i synnerhet artikel 42 EG angående samordning av nationella system för social trygghet.

27. Bundessozialgericht hade därför fog för att koncentrera sina frågor på tolkningen av begreppet migrerande arbetstagare i samband med tillämpningen av förordning nr 1612/68.

*C — Förordning nr 1612/68 — Ställning som arbetstagare*

28. Domstolen har, vid avgränsningen av räckvidden av bestämmelserna angående fri rörlighet för arbetstagare, i fast rättspraxis fastställt att "[a]lla medborgare i gemenskapens medlemsstater som har använt sig av rätten till fri rörlighet för arbetstagare och som har förvärvsarbetat i en annan medlemsstat än den där de är bosatta omfattas, oavsett bosättningsort och nationalitet, av tillämpningsområdet för artikel [39] i fördraget". [23] Domstolen har även angett att syftet med artikel 39 EG, vilket skall uppnås genom förordning nr 1612/68, är att "göra det möjligt för arbetstagare att röra sig fritt inom de andra medlemsstaternas territorier och att vistas där för att arbeta". [24]

29. Mot bakgrund av denna beskrivning av räckvidden av artikel 39 EG, och indirekt av förordning nr 1612/68, förefaller två situationer som täcks av bestämmelserna angående fri rörlighet för arbetstagare kunna urskiljas. Den första situationen är vad som kan kallas den klassiska modellen, enligt vilken en medborgare i en medlemsstat flyttar till en annan medlemsstat för att ta anställning där. Den andra situationen är gränsarbetarens, det vill säga när en medborgare i en medlemsstat stannar i sin ursprungsmedlemsstat, men förvärvsarbetar i en annan medlemsstat. Det som står i förgrunden i båda de beskrivna situationerna är att den fria rörligheten för arbetstagare har utövats och att personen har flyttat till en annan medlemsstat för att ta anställning.

30. Det är uppenbart att maken Hartmann inte hör till någon av dessa kategorier eftersom han inte flyttade till Österrike i syfte att ta anställning där.

31. Till följd av senare utveckling i domstolens rättspraxis är det emellertid tveksamt huruvida denna skarpa åtskillnad fortfarande gäller. Domstolen fastställde nyligen i sin dom i målet Ritter-Coulais [25], att artikel 39 EG kunde åberopas av ett tyskt par [26] som var anställda i Tyskland, men hade sitt

23 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-385/00, Groot (REG 2002, s. I-11819), punkt 76, av den 13 november 2003 i mål C-209/01, Schilling och Fleck-Schilling (REG 2003, s. I-13389), punkt 23, och av den 21 februari 2006 i mål C-152/03, Ritter-Coulais (REG 2006, s. I-1711), punkt 31.

24 — Domen i de förenade målen C-64/96 och C-65/96, Uecker och Jacquet (se ovan fotnot 7).

25 — Se ovan fotnot 23.

26 — För att vara exakt hade maken Ritter-Coulais endast tyskt medborgarskap och makan Ritter-Coulais både franskt och tyskt medborgarskap.

hemvist i Frankrike för att behålla avdragsrätten för underskott vid uthyrning av deras privata hus i Frankrike vid beräkningen av den inkomstskatt som de skulle betala i Tyskland. Domstolen drog, efter att ha erinrat om den rättspraxis som jag hänvisar till i föregående punkt, slutledningen att "situationen för makarna Ritter-Coulais, vilka arbetade i en annan medlemsstat än den i vilken de hade sitt verkliga hemvist, omfattas av tillämpningsområdet för artikel [39] EG". [27]

32. Detta uttalande från domstolen skulle innebära att artikel 39 EG är tillämplig så snart det kan fastställas att en person har sitt hemvist i en medlemsstat men är anställd i en annan. Med andra ord är, enligt detta resonemang, grunden till varför en medborgare i en medlemsstat flyttar sitt hemvist till en annan medlemsstat irrelevant. Om detta verkligen är fallet är det inget problem att tillämpa denna bestämmelse på de faktiska omständigheterna i det förevarande målet, i syfte att påvisa att maken Hartmann faktiskt hade uppnått en ställning som gemenskapsarbetstagare genom att flytta sitt hemvist till Österrike. Det kan emellertid ifrågasättas huruvida detta resultat är förenligt med gemenskapens system för fri rörlighet för personer mellan medlemsstaterna, såsom det föreskrivs i EG-fördraget.

33. Detta system grundar sig på en uppdelning i fyra kategorier av fri rörlighet beroende på skälen till varför en medborgare i en medlemsstat önskar flytta till en annan medlemsstat. Ursprungligen, enligt EEG-fördraget, gällde den fria rörligheten endast för ekonomiska ändamål och olika regelverk fastställdes för medborgare i medlemsstaterna som önskade flytta till andra medlemsstater i syfte att ta anställning, etablera sig och tillhandahålla tjänster. Senare, när bestämmelserna om det europeiska medborgarskapet inrättades genom Maastrichtfördraget, garanterades medlemsstaternas medborgare rätt att röra sig till andra medlemsstater och uppehålla sig där av icke-ekonomiska skäl.

34. De rättigheter som hör till var och en av kategorierna av fri rörlighet varierar, även om en viss grad av överensstämmelse har uppnåtts genom åren när det gäller tolkningen av fördragets bestämmelser angående arbetstagare, etablering och tillhandahållande av tjänster och dessa bestämmelser numera tolkas mer enhetligt. Fördragets bestämmelser om medborgarskap förblir däremot en särskild kategori och de rättigheter som medföljer denna status är, även om de utvecklas, begränsade i jämförelse med dem som följer av de ekonomiska friheterna. Det är i syfte att kunna avgöra vilken bestämmelse i fördraget, och därmed vilket regelverk, som skall tillämpas på en viss situation fortfarande viktigt att i objektiv mening fastställa av vilka skäl den berörda personen utövar sin rätt att flytta till en annan medlemsstat. Dessa skäl utgör kopplingsfaktorn med den ena eller den andra av fördragets bestämmelser angående fri rörlighet.

27 — Punkt 32 i domen

35. I samma riktning slog domstolen i sin dom i målet Werner [28] fast att en tysk tandläkare som hade förvärvat alla sina yrkesmässiga kvalifikationer i Tyskland, som hade utövat sin yrkesverksamhet enbart i detta land och som lydde under tysk skattelagstiftning, men hade sitt hemvist i Nederländerna, inte med framgång kunde åberopa artikel 43 EG för att bestrida att han ålagts en större skattebörda än vad som hade varit fallet om han hade haft sitt hemvist i Tyskland. Den enda omständigheten som inte uteslutande rörde nationella förhållanden var det faktum att Hans Werner var bosatt i en annan medlemsstat än den i vilken han utövade sin yrkesverksamhet. [29] Den omständigheten att han hade bosatt sig i Nederländerna var i sig inte tillräcklig för att fastställa att hans yrkesverksamhet i Tyskland utgjorde ett gränsöverskridande företag som gjorde det möjligt för honom att åberopa artikel 43 EG.

36. Det skall påpekas att domen i målet Werner meddelades innan bestämmelserna om medborgarskap trädde i kraft. Om de faktiska omständigheterna i det målet hade inträffat vid ett senare datum, hade resultatet kunnat bli annorlunda, mot bakgrund av dagens insikter angående räckvidden av dessa bestämmelser.

37. I detta påpekande kan finnas en förklaring till domstolens resonemang i målet Ritter-Coulais. Föremålet för tvisten i det målet omfattades visserligen av det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*, för bestämmelserna om den fria rörligheten för kapital (avdragsrätt vid beräkning av skatt för underskott av uthyrning av fast egendom) och, enligt min uppfattning, av den personkrets, *ratione personae*, på vilken bestämmelserna om medborgarskap är tillämplig, men ingen av dessa bestämmelser var tillämplig i tiden, *ratione tempore*, eftersom händelserna i målet hänförde sig till beskattningsåret 1987. På kommissionens förslag avgjorde domstolen därför målet med stöd av artikel 48 EEG (nu artikel 39 EG) och kom fram till den slutsats som återges i punkt 31 i detta förslag.

38. Eftersom de faktiska omständigheterna i målet Ritter-Coulais var avsevärt lika dem i målet Werner, anser jag att domstolen borde ha resonerat på samma sätt i det målet. Jag är medveten om att detta skulle ha lett fram till ett resultat som skulle kunna anses otillfredsställande mot bakgrund av den nuvarande lagstiftningen. Det *är* det resultat som skulle ha varit förenligt med den lagstiftning som gällde 1987. Konsekvensen av domstolens resonemang i målet Ritter-Coulais är att avgränsningen mellan den fria rörlighet för arbetstagare och rätten att röra sig fritt genom europeiskt medborgarskap har blivit oklar. När en europeisk medborgare flyttar till en annan medlemsstat av icke-ekonomiska skäl kan detta resonemang leda till att han kan göra gällande rättigheter som enligt det nuvarande systemet är förbehållna dem som har utövat sin rätt att röra sig fritt av skäl som gäller anställning, etablering eller tillhandahållande av tjänster.

28 — Dom av den 26 januari 1993 i mål C-112/91, Werner (REG 1993, s. I-429; svensk specialutgåva, volym 14, s. 7).

29 — Punkt 16 i domen.

39. Det är i detta sammanhang nödvändigt att hänvisa till en ytterligare dom, i målet Elsen [30], vilken uppmärksammades till viss del av den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering, eftersom det förelåg vissa likheter mellan de faktiska omständigheterna i det målet och dem som är för handen i det förevarande målet. Domstolen slog i det målet fast att en tysk kvinna, som hade arbetat i Tyskland och flyttat sitt hemvist till Frankrike medan hon fortsatte att arbeta i Tyskland, i egenskap av tidigare gränsarbetare kunde åberopa artiklarna 18 EG, 39 EG och 42 EG för att tillgodoräkna sig den tid som hon ägnat åt vård av sitt barn i Frankrike vid beräkningen av hennes ålderspension i Tyskland.

40. Jag anser emellertid inte att det av den domen följer att en yrkesmässigt verksam person i en medlemsstat som flyttar till en annan medlemsstat enbart i bostadssyfte automatiskt måste betraktas som en arbetstagare i den mening som avses i artikel 39 EG och förordning nr 1612/68. Även om domstolen, i domslutet, hänvisade till artiklarna 39 EG och 42 EG, är det uppenbart att frågan om Ursula Elsens exakta ställning undersöktes och avgjordes mot bakgrund av artikel 13.2 a och b i förordning nr 1408/71. Det var mot bakgrund av att Ursula Elsen "endast har arbetat i Tyskland och att hon som gränsarbetare omfattades av den tyska lagstiftningen när hennes son föddes [som] ett nära samband [kunde visas] mellan vårdnadstiden i fråga och de försäkringsperioder hon har rätt att tillgodoräkna sig i Tyskland på grund av sitt arbete i denna stat". [31] Följaktligen omfattades hon av den tyska lagstiftningen avseende beräkningen av hennes ålderspension även efter det att hon upphört med att utöva yrkesverksamhet i den medlemsstaten. Den omständigheten att Ursula Elsen kunde anses som gränsarbetare i syfte att fastställa att hon omfattades av den tyska lagstiftningen om social trygghet betyder inte att hon hade en ställning som arbetstagare i mer allmän betydelse beträffande tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare. Domstolen har vid mer än ett tillfälle angett att "[d]et arbetstagarbegrepp som används i artikel [39] i EG-fördraget och förordning nr 1612/68 sammanfaller således inte nödvändigtvis med det begrepp som används inom området för artikel [42] i EG-fördraget och förordning nr 1408/71". [32]

41. Mer allmänt är det viktigt att ur ett ekonomiskt perspektiv erinra om att de grundläggande reglerna för den gemensamma marknaden utformades för att främja fri rörlighet, inte enbart för den ekonomiska processens "output" (varor och tjänster), utan även för den ekonomiska processens "input" (arbetskraft och kapital). Det är i detta avseende möjligt att åtskilja den migrerande medborgaren som person från vad han representerar i ekonomiska termer. När en arbetstagare flyttar till en annan medlemsstat för att arbeta och bo där eller för att arbeta där medan han fortsätter att bo i sin ursprungsmedlemsstat, överförs arbetsfaktorn till anställningsmedlemsstaten. När, som i det förevarande fallet, en person flyttar

30 — Dom av den 23 november 2000 i mål C-135/99, Elsen REG 2000, s. I-10409).

31 — Punkt 26 i domen.

32 — Dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691), punkt 31.

till en annan medlemsstat endast för att bo där, men behåller sitt anställningsförhållande i sin ursprungsmedlemsstat innebär detta däremot att produktionsarbetsfaktorn förblir i ursprungsstaten. Anställningsförhållandet, och således arbetsfaktorn, har inte förflyttats till en annan medlemsstat. Det finns då ingen grund för tillämpning av artikel 39 EG, eftersom den koppling som krävs för att denna bestämmelse skall tillämpas saknas.

42. Med beaktande av gemenskapsbestämmelserna om fri rörlighet för personer, är det uppenbart att en sådan situation som den som är för handen i målet vid den nationella domstolen omfattas av artikel 18 EG angående medborgarskap. Jag återkommer till denna aspekt nedan.

43. Detta leder fram till slutsatsen att en person vid tillämpningen av förordning nr 1612/68 endast kan anses som migrerande arbetstagare när han har flyttat till en annan medlemsstat med avsikten att söka eller ta anställning där. När han har flyttat till en annan medlemsstat av skäl som inte har något samband med arbetssökande eller anställning där, är inte bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare tillämpliga på honom. En person som har utövat sin rätt att flytta till en annan medlemsstat av icke-ekonomiska skäl omfattas endast av fördragets bestämmelser om medborgarskap.

44. Även om denna slutsats innebär att Bundessozialgerichts första tolkningsfråga besvaras och det mot bakgrund av den andra frågans villkorliga utformning inte finns någon anledning att besvara denna, skall jag fortsätta min bedömning med antagandet att domstolen trots allt skulle kunna anse att maken Hartmann har uppnått en ställning som arbetstagare. Denna del av min bedömning avser frågan om huruvida en migrerande arbetstagare i hans situation kan göra anspråk på likabehandling i fråga om beviljande av sociala förmåner enligt artikel 7.2 i förordning nr 1612/68.

D — *Förordning nr 1612/68 — Gränsarbetare och sociala förmåner*

45. För det fall det skall anses att maken Hartmann är en migrerande arbetare eller gränsarbetare, eller att han har en ställning som skall likställas med en gränsarbetares, medför detta inte automatiskt att han har rätt till likabehandling avseende de sociala förmåner som erbjuds i anställningsmedlemsstaten. En sådan rätt beror, enligt min uppfattning, på det bakomliggande syftet med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 i vilken det föreskrivs att migrerande arbetstagare skall åtnjuta samma sociala och skattemässiga förmåner som landets medborgare.

46. Domstolen har i detta avseende i fast rättspraxis angett att "hänvisningen till

'sociala förmåner' i artikel 7.2 inte [kan] tolkas restriktivt" [33] och att "'sociala förmåner' [skall] anses avse alla de förmåner, med eller utan anknytning till ett anställningsavtal, som i allmänhet tillerkänns de inhemska arbetstagarna, på grund av deras objektiva ställning som arbetstagare eller enbart därför att de är bosatta inom det nationella territoriet och vars utsträckning till att även gälla arbetstagare som är medborgare i andra medlemsstater således kan underlätta deras rörlighet inom gemenskapen". [34]

47. Trots det förhållandet att begreppet social förmån inte skall tolkas restriktivt, innehåller domstolens definition en rad faktorer som visar att det inte heller är utan begränsningar. Domstolen har såtillvida angett att förmånen i fråga måste beviljas på grund av *en objektiv ställning som arbetstagare* eller att den beviljas under den enda förutsättningen *att arbetstagaren är bosatt inom det nationella territoriet.* Dessutom har domstolen förutsatt att tillgång till en sådan förmån för migrerande arbetstagare skulle *underlätta deras rörlighet* inom gemenskapen.

48. Domstolen har i ett helt annat sammanhang, nämligen i samband med att den slog fast att studiebidrag är en social förmån i den mening som avses i förordning nr 1612/68, gjort det allmänna konstaterandet att "den likabehandling i förhållande till nationella arbetstagare som arbetstagare från en medlemsstat som är anställda i en annan medlemsstat har rätt till när det gäller förmåner som deras familjemedlemmar erhåller *bidrar till deras integrering i värdlandet,* i enlighet med ändamålen med den fria rörligheten för arbetstagare". [35]

49. Dessa avgöranden från domstolen avser alla den situation då arbetstagare har flyttat från sitt hemland till en annan medlemsstat för att bo och arbeta i värdmedlemsstaten. Likabehandling för denna kategori av arbetstagare beträffande den rätt till sociala förmåner som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 tjänar till att öka deras möjligheter till social integrering i deras nya hemviststat och att underlätta för dem att bli en del av det nationella samhället. Gränsarbetare är naturligtvis i en helt annan situation, eftersom de behåller sitt hemvist i sin medlemsstat där de, kan det antas, redan är fullt integrerade. Även om skyddet i artikel 39 EG skall tillämpas också på denna kategori av arbetstagare, förefaller i praktiken detta skyddsbehov endast gälla skillnad i behandling avseende anställningsförhållanden. Det skall inte vara tillåtet att gränsarbetare behandlas annorlunda beträffande

33 — Dom av den 30 september 1975 i mål 32/75, Cristini mot SNCF (REG 1975, s. 1085; svensk specialutgåva, volym 2, s. 47), punkt 12, och av den 27 november 1997 i mål C-57/96, Meints (REG 1997, s. I-6689), punkt 39.

34 — Dom av den 27 maj 1993 i mål C-310/91, Schmid mot Belgiska staten (REG 1993, s. I-3011), punkt 18, och i det ovannämnda målet C-57/96, Meints, punkt 39.

35 — Dom av den 15 mars 1989 i mål 389/87, Echternach och Moritz (REG 1989, s. 723), punkt 20 (min kursivering).

exempelvis lön eller speciella arbetsrelaterade förmåner, av den enda anledning att de inte har sitt hemvist i anställningsmedlemsstaten. Beträffande de förmåner som hänför sig till deras egenskap av samhällsmedlem är det den medlemsstat i vilken de har sitt hemvist som är behörig.

50. Beträffande denna senare aspekt har både Bundessozialgericht, i sitt beslut om hänskjutande, den tyska regeringen och Förenade kungarikets regering i deras yttranden till domstolen påpekat att det inte kan uteslutas att en person i maken Hartmanns situation kan vara berättigad till liknande vårdnadsbidragsförmåner i sitt hemvistland. Eftersom det i förordning nr 1612/68, i motsats till i förordning nr 1408/71, inte föreskrivs något system för förebyggande av överlappande förmåner, bör man vara försiktig med att utan vidare godta att sociala förmåner kan exporteras. Jag instämmer med den tyska regeringen i att när det, som i målet vid den nationella domstolen, har fastställts att en viss förmån inte kan exporteras enligt förordning nr 1408/71 på grund av att den potentiella förmånstagaren inte omfattas av den personkrets, *ratione personae*, på vilken denna förordning är tillämplig, skall inte denna slutsats frångås genom att förmånen i fråga beviljas genom likabehandlingsregeln i artikel 7.2 i förordning nr 1612/68. Detta förefaller vara det specifika syftet med artikel 42.2 i förordning nr 1612/68, enligt vilken denna förordning inte skall påverka åtgärder som vidtas i enlighet med artikel 42 EG, det vill säga förordning nr 1408/71. Genom denna bestämmelse fastställs därför en relativ hierarki mellan de båda förordningarna, genom att förordning nr 1408/71, som är en mer specifik förordning, skall gälla framför artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 när en tillämpning av båda förordningarna leder till motstridiga resultat.

51. Denna tolkning enligt vilken artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 i första hand avser migrerande arbetstagare som flyttar sitt hemvist till anställningsmedlemsstaten och endast kan åberopas av gränsarbetare avseende förmåner som är direkt knutna till deras arbetsförhållande bekräftas av ordalydelsen i denna bestämmelse. Som den tyska regeringen påpekade vid förhandlingen, preciseras i den tyska versionen av denna bestämmelse genom ordet "dort" att de sociala förmånerna är avsedda att åtnjutas inom anställningsmedlemsstatens territorium. I två av de andra officiella språkversionerna vid tiden för antagandet av förordning nr 1612/68 används samma terminologi (franska: "Il *y* bénéficie ..."; nederländska: "Hij geniet *er* ..."). Det är endast den italienska versionen som inte innehåller en sådan term.

52. Det har anmärkts att det följer av fjärde skälet i ingressen till förordning nr 1612/68

att gränsarbetare skall omfattas helt av skyddet i denna förordning, men i detta skäl förefaller med "denna rätt" särskilt avses rätten att flytta i anställningssyfte och rätten att fortsätta valfri verksamhet.[36] I femte skälet[37] behandlas däremot frågor som inte har något samband med en gränsarbetares situation, såsom rätten till bostad, arbetstagarens rätt att ha sin familj hos sig och förutsättningarna för att familjen skall kunna inlemmas i värdlandet. Därmed antyds också att gränsarbetare endast kan åtnjuta de rättigheter som föreskrivs i förordning nr 1612/68 i den mån de har ett funktionellt samband med anställningen i värdmedlemsstaten.

53. Begränsningen av det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*, för artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 avseende gränsarbetare överensstämmer med domstolens dom i målet Meints.[38] Det målet gällde rätten för en gränsarbetare som hade anställts på ett jordbruksföretag i Nederländerna och behållit sitt hemvist i Tyskland till en speciell förmån för jordbruksarbetare vars anställningsavtal hade upphört på grund av att deras tidigare arbetsgivare hade lagt jordbruksmark i träda. Domstolen ansåg att en sådan förmån skulle anses vara en social förmån i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 eftersom "[r]ätten till förmån hänger ... i sig samman med förmånstagarens objektiva ställning som arbetstagare".[39]

54. Domstolen underkände visserligen i sin dom i målet Meints uttryckligen påståendet från två medlemsstaters regeringar innebärande att det i förordning nr 1612/68 inte föreskrivs någon möjlighet att exportera sociala förmåner. Därvid hänvisade domstolen till det ovan citerade fjärde skälet i ingressen till den förordningen och till den omständigheten att det i artikel 7 utan förbehåll hänvisas till arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat.[40] Även om den framställdes i allmänna ordalag, avgjordes enligt min uppfattning domstolens reaktion på denna punkt av den ifrågavarande sociala förmånens specifika karaktär i det fallet, vilken var klart anställningsrelaterad och därför kunde anses kunna exporteras. Domstolens hänvisning till ingressen innebär inte, som jag påpekade ovan i punkt 52,

36 — Tredje och fjärde skälen i ingressen till förordning nr 1612/68 har följande lydelse: "Fri rörlighet utgör en grundläggande rättighet för arbetstagare och deras familjer. Arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen måste vara ett av de medel som garanterar att en arbetstagare får förbättrade arbets- och levnadsvillkor och förbättrad social ställning, samtidigt som den bidrar till att tillgodose medlemsstaternas ekonomiska behov. Alla arbetstagare i medlemsstaterna skall ha erkänd rätt att själva välja sitt verksamhetsområde. Denna rättighet måste utan diskriminering få åtnjutas av fast anställda, säsongsarbetare och gränsarbetare och av dem som är verksamma i serviceyrkena." (Min kursivering.)

37 — "Rätten till fri rörlighet kräver, för att den objektivt sett skall kunna utövas i frihet och värdighet, att man säkerställer lika behandling, både praktiskt och juridiskt, i allt som rör den faktiska verksamheten som anställd och rätten till bostad, och likaså att hinder för arbetstagarens rörlighet avlägsnas, särskilt när det gäller arbetstagarens rätt att få ha sin familj hos sig och förutsättningarna för att familjen skall kunna inlemmas i värdlandet."

38 — Se ovan fotnot 33.

39 — Punkt 41 i domen.

40 — Punkterna 49 och 50 i domen.

enligt min mening att gränsarbetare skall åtnjuta likabehandling avseende alla de sociala förmåner som är tillgängliga i anställningsmedlemsstaten. Jag instämmer i detta avseende med generaladvokat Lenz som i sitt förslag till avgörande i målet Meints konstaterade:

"... farhågor för att denna bedömning av en gränsarbetares rättigheter skulle göra det möjligt att exportera socialhjälpsförmåner, ett resultat som förordning nr 1408/71 uttryckligen och förordning nr 1612/68 indirekt försöker förhindra, är enligt min mening obefogade.

Utgångspunkten för att en social förmån skall beviljas måste vara det konkreta anställningsförhållandet. Genom att domstolen i definitionen av de sociala förmånerna tar sikte på berörda personers objektiva egenskap som arbetstagare och på anställningsförhållandet har i varje fall hänsyn redan tagits till detta krav. Det är inte tal om att varje socialhjälpsförmån i framtiden via artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 skall betalas över gränserna. Just anknytningen till egenskapen som arbetstagare och till anställningsförhållandet utesluter de klassiska socialhjälpsförmånerna." [41]

55. Min slutsats avseende denna fråga är därför att gränsarbetare inom ramen för artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 endast har rätt till likabehandling i anställningsmedlemsstaten beträffande rätt till sociala förmåner i den utsträckning dessa förmåner har direkt och uteslutande samband med anställning.

E — *Vårdnadsbidrag och anställning*

56. Nästa fråga som uppkommer är huruvida det vårdnadsbidrag som garanteras genom BErzGG kan anses vara en social förmån med tillräckligt samband med anställning för att gränsarbetare eller personer i maken Hartmanns situation och, genom dem, deras makar skall kunna göra anspråk på den. Denna fråga är således en sakfråga som skall avgöras av den nationella domstolen. Domstolen har emellertid redan uttalat sig om vårdnadsbidragets natur i samband med ett mål rörande arbetstagares uppehållstillstånd i anställningslandet. I domen i målet Martínez Sala slog domstolen fast att vårdnadsbidrag, eftersom det bland annat beviljas arbetstagare som förvärvsarbetar på deltid, utgör en social förmån i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 1612/68. [42]

41 — Punkterna 57–58 i hans förslag till avgörande av den 16 september 1997 i målet Meints (ovan fotnot 33).

42 — Dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (se ovan fotnot 32), punkt 26.

57. I de förenade målen Hoever och Zachow [43], i vilka denna fråga uppkom beträffande gränsarbetare, behövde domstolen inte besvara frågan huruvida vårdnadsbidrag är en anställningsbunden social förmån, eftersom de målen avgjordes med stöd av artikel 73 i förordning nr 1408/71. Domstolen uppgav emellertid i sin dom att vårdnadsbidragets syfte är "att ge en av föräldrarna en möjlighet att ägna sig åt ett litet barns uppfostran" och "närmare bestämt att utgöra ersättning för uppfostran av barnet, att täcka andra kostnader för vård och uppfostran och i förekommande fall mildra de ekonomiska nackdelar som följer av att avstå från inkomsten av ett heltidsarbete", [44] Denna beskrivning antyder att även om arbetstagare som förvärvsarbetar på deltid är berättigade till denna förmån är sambandet med anställning svagt.

58. Bundessozialgericht påpekade i sitt beslut om hänskjutande att det enligt BErzGG inte krävs något samband med ett anställningsförhållande för beviljande av förmåner och att alltför omfattande yrkesverksamhet faktiskt innebär att rätt till vårdnadsbidrag saknas. Den domstolen har dock också påpekat att det just vid export av förmåner är av betydelse huruvida det föreligger eller tidigare har förelegat ett arbets- eller tjänsteförhållande i Tyskland. Bundessozialgericht förklarar sin tveksamhet angående huruvida begränsningen av export av vårdnadsbidrag med avseende på gränsarbetare är tillåten enligt gemenskapsrätten med att kravet på mer än ringa yrkesverksamhet i Tyskland är orimligt när det gäller vårdnadsbidrag, särskilt eftersom denna förmån är avsedd att göra det lättare att avstå från förvärvsarbete. Den nationella domstolen har även uppgett att det är uppenbart att förbudet mot heltidsarbete och kravet på att arbeta i mer än ringa omfattning (som tillämpas på gränsarbetare) för att ha rätt till vårdnadsbidrag står i strid med varandra.

59. Det följer av den definition av vårdnadsbidrag som domstolen gav i de förenade målen Hoever och Zachow och som Bundessozialgericht gav i sitt beslut om hänskjutande, att det huvudsakliga syftet med denna förmån är att ekonomiskt kompensera en person som antingen aldrig har utövat någon omfattande yrkesverksamhet eller som helt eller delvis har sagt upp ett arbetsförhållande för att uppfostra ett barn. Denna förmån utgör därför snarast motsatsen till en anställningsberoende förmån. Rätten till vårdnadsbidrag har visserligen i den tyska lagen utvidgats till att gälla två kategorier av personer som har anknytning till den tyska arbetsmarknaden (indirekt makar till offentligt anställda från år 2001 och direkt gränsarbetare som arbetar mer än i ringa omfattning). Även om införandet av detta kriterium kan förefalla strida mot slutsatsen att vårdnadsbidraget inte har samband med anställning, tjänar detta kriterium som en nödvändig kopplingsfaktor med

43 — Se ovan fotnot 6.

44 — Punkt 25 i domen.

det tyska rättssystemet och ersätter bosättningskravet, vilket naturligtvis inte kan tillämpas i dessa fall. De materiella villkor som föreskrivs i 1 § första, andra och tredje styckena BErzGG avseende rätten till vårdnadsbidrag saknar samband med anställning, varför vårdnadsbidraget i sig tjänar samma syfte i samtliga fall.

60. Mot bakgrund av dessa påpekanden anser jag inte att vårdnadsbidraget har tillräckligt samband med anställning eller med objektiv ställning som arbetstagare för att det skall kunna anses som en social förmån beträffande vilken gränsarbetare kan göra anspråk på likabehandling enligt artikel 7.2 i förordning nr 1612/68.

61. För det fall domstolen eller den nationella domstolen skulle komma fram till en annan slutledning beträffande vårdnadsbidragets karaktär, skall det härnäst undersökas huruvida bosättningskravet är förenligt med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68.

F — *Indirekt diskriminering: berättigad?*

62. Det är ostridigt mellan parterna (inklusive den tyska regeringen) att det bosättningskrav som föreskrivs i 1 § första stycket punkt 1 BErzGG indirekt diskriminerar gränsarbetare eftersom tyska medborgare lättare kan uppfylla detta krav än utländska arbetstagare. Följaktligen skall det undersökas huruvida detta krav kan vara berättigat och huruvida det står i proportion till det syfte som eftersträvas.

63. Inledningsvis skall det erinras om att domstolen redan i ett antal mål har slagit fast att ett bosättningskrav avseende sociala förmåner inte kan berättigas genom de ändamål som ligger bakom dessa villkor. Storhertigdömet Luxemburg lyckades således inte övertyga domstolen om att ett krav på ett års hemvist i kombination med skyldighet att genomgå vissa medicinska undersökningar för att få rätt till bidrag vid barns födelse och vid moderskap var berättigat av syften som rörde hänsyn till folkhälsan. [45]

64. Domstolen slog i sin dom i målet Meints vidare fast att ett bosättningskrav varken var nödvändigt eller lämpligt för att uppnå målet att personer som hade blivit arbetslösa på grund av sitt eget handlande inte skulle komma i åtnjutande av förmånen. Den angav att sökandens hemvist helt saknade relevans

45 — Dom av den 10 mars 1993 i mål C-111/91, kommissionen mot Luxemburg (REG 1993, s. I-817; svensk specialutgåva, volym 14, s. 35), punkterna 12, 15 och 34.

vad gällde frågan om han hade blivit arbetslös på grund av sitt eget handlande. [46]

65. I förevarande fall har Bundessozialgericht endast ställt en fråga som gäller huruvida kravet på att den som ansöker om vårdnadsbidrag måste ha hemvist i eller stadigvarande vistas i Tyskland är förenligt med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68. Den tveksamhet som den nationella domstolen uttryckte beträffande berättigandet av de krav som föreskrivs i BErzGG gällde i huvudsak de krav beträffande en miniminivå av förvärvsarbete som ställs på gränsarbetare. Eftersom frågan angående dessa villkor inte uttryckligen är föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande, men har uppkommit i samband med målet Geven [47], kommer jag att diskutera den i mitt förslag till avgörande i det målet, vilket kommer att föredras tillsammans med detta förslag till avgörande.

66. För att fastställa i vilket syfte vårdnadsbidrag beviljas i Tyskland, är det återigen lämpligt att hänvisa till de synpunkter i denna fråga som Bundessozialgericht framfört i beslutet om hänskjutande. Med stöd av den förklarande promemorian till utkastet till BErzGG och nationell rättspraxis sammanfattade den domstolen dessa ändamål på följande sätt:

"Vårdnadsbidraget syftar till att möjliggöra eller underlätta för en förälder att ägna sig åt att vårda och uppfostra ett barn under den första tiden i barnets liv som är så viktig för dess senare utveckling ... Förmånen utbetalas i syfte att erkänna det arbete som läggs ner på vård och uppfostran i unga familjer ... och i syfte att höja födelsetalen, genom att göra det lättare att fatta beslutet att behålla barnet och att inte avbryta graviditeten ... Det främsta ändamålet är att möjliggöra för föräldrar att själva uppfostra sina barn genom att avstå från eller begränsa sin yrkesverksamhet ... Lagstiftaren har även motiverat förmånen med att uppfostran av ett barn i Tyskland innebär ett bidrag till det framtida politiska, ekonomiska och sociala samhället i denna stat ... I enlighet därmed har lagstiftaren begränsat rätten till vårdnadsbidrag för utländska medborgare som är bosatta inom landet till att endast gälla sådana personer som kan förväntas stanna kvar i Tyskland under en längre tid ... Lagstiftaren har inte heller ansett sig ha någon skyldighet att bevilja förmånen när det med avseende på personer som är bosatta utomlands saknas en jämförbar koppling i form av ett bidrag till arbetsmarknaden eller till det inhemska samhället."

67. Det framgår av denna beskrivning att vårdnadsbidraget måste ses som ett instrument för nationell familjepolitik som tjänar

46 — Se domen i målet C-57/96, Meints (ovan fotnot 33), punkt 48.

47 — Se punkt 2 i detta förslag.

sociala, ekonomiska och demografiska syften på lång sikt. Domstolen bekräftade också att detta är vårdnadsbidragets huvudsakliga ändamål, när den karakteriserade denna förmån som "ett bidrag som inte är kopplat till inbetalda avgifter och som ingår i ett system av åtgärder inom familjepolitiken". [48]

68. Frågan är emellertid huruvida en medlemsstat kan ställa ett bosättningskrav för rätten till förmåner som föreskrivs i syfte att uppnå dessa legitima politiska ändamål. Enligt fast rättspraxis kan ett sådant krav endast vara motiverat om det är grundat på objektiva hänsyn som är oberoende av de berörda personernas nationalitet och som står i proportion till det syfte som eftersträvas med de nationella bestämmelserna. [49]

69. Det råder inga tvivel om att medlemsstaterna är fullt berättigade att föra en politik som stimulerar barnafödandet i syfte att garantera en viss stabilitetsnivå i den demografiska sammansättningen av deras befolkning. En sådan politik måste till sin natur säkerställa att de åtgärder som vidtas avser de personer som har sitt hemvist inom det nationella territoriet. Det skulle vara absurt att anta att medlemsstater på något sätt skulle främja den demografiska utvecklingen i andra medlemsstater genom att utvidga sina familjepolitiska åtgärder till personer som inte har sitt hemvist inom deras territorium. Det kan därför anses att ett bosättningskrav är rimligt för att säkerställa att vårdnadsbidraget tillkommer personer som tillhör medlemsstatens inhemska befolkning, vilken naturligtvis inte bara omfattar tyska medborgare utan alla personer som lagligen har sitt hemvist i Tyskland oavsett nationalitet.

70. Jag ser i detta avseende en klar parallell mellan de bosättningskrav som var för handen i målen Collins [50], Bidar [51] och De Cuyper [52].

71. I domen i målet Collins accepterade domstolen att det var "legitimt att en medlemsstat inte beviljar ett sådant bidrag förrän det har kunnat fastställas att ett faktiskt samband finns mellan den arbetssökande och denna stats arbetsmarknad". För att bosättningskravet skulle vara förenligt med proportionalitetsprincipen fick enligt domstolen den tid under vilken bosättningen skall ha varat "inte under några omständigheter vara längre än vad som är nödvändigt för att de nationella myndighe-

48 — Domen i målet C-85/96, Martínez Sala (ovan fotnot 32), punkt 8.

49 — Se exempelvis dom av den 23 mars 2004 i mål C-138/02, Collins (REG 2004, s. I-2703), punkt 66.

50 — Se föregående fotnot.

51 — Se ovan fotnot 13.

52 — Dom av den 18 juli 2006 i mål C-406/04, De Cuyper (REG 2006, s. I-6947).

terna skall kunna försäkra sig om att den berörda personen verkligen söker arbete på värdmedlemsstatens arbetsmarknad". [53]

72. I domen i målet Bidar ansåg domstolen att det var legitimt att en medlemsstat endast beviljar bistånd till uppehälle för studerande om de senare kan påvisa en viss grad av samhällsintegration i denna stat. Ett krav på tre års bosättning före biståndsperioden skulle räcka för att bevisa detta. Eftersom det föreskrevs ett ytterligare villkor om att studenten skulle visa att han hade sitt hemvist i Förenade kungariket och de nationella bestämmelserna i fråga hindrade en medborgare i en annan medlemsstat att uppnå status som studerande, omöjliggjordes det emellertid för en sådan medborgare att, oavsett dennes faktiska grad av samhällsintegration, åtnjuta denna förmån. [54]

73. Nyligen slog domstolen fast i sin dom i målet De Cuyper att det var berättigat för en medlemsstat att ställa ett krav på bosättning på en arbetslös person äldre än 50 år som undantagits från skyldigheten att stå till arbetsmarknadens förfogande för att få behålla rätten till arbetslöshetsersättning. Detta krav var nödvändigt för att kunna kontrollera de arbetslösa personernas yrkessituation och familjesituation och för att kontrollera om situationen för dem som uppbär arbetslöshetsersättning ändrats på ett sätt som kan påverka den beviljade förmånen. Eftersom mindre ingripande åtgärder skulle ha inneburit att kontrollen blev mindre effektiv, ansåg domstolen att bosättningskravet stod i proportion till det eftersträvade syftet. [55]

74. I alla dessa fall förelåg ett klart förhållande mellan förmånens natur och den typ av koppling med medlemsstaten som krävdes för beviljande av denna förmån.

75. I förevarande fall tjänar bosättningskravet till att säkerställa att vårdnadsbidraget uppbärs av personer som kan antas komma att tillhöra den tyska befolkningen permanent och är därför ett lämpligt medel för att uppnå de familjepolitiska mål som ligger till grund för denna förmån. Förmånen beviljas oberoende av nationalitet och eftersom inga ytterligare villkor beträffande bosättningens varaktighet förefaller föreligga, kan bosättningskravet även anses stå i proportion till dessa mål. Jag vill tillägga att frågan om bosättningskravets berättigande i sig naturligtvis måste särskiljas från den fråga rörande metoderna för att bevisa bosättning som var aktuell i målet Martínez Sala.

53 — Ovan fotnot 49, punkterna 69 och 72.

54 — Ovan fotnot 13, punkterna 57–61.

55 — Ovan fotnot 52, punkterna 41–48.

76. Min slutsats på denna punkt är därför att det bosättningskrav som föreskrivs i 1 § första stycket BErzGG är berättigat.

*G — Artikel 18 EG: en begränsning av de medborgerliga rättigheterna?*

77. Frågan om huruvida artikel 18 EG kan tillämpas i förevarande fall togs upp av kommissionen som svar på en anmärkning som Bundessozialgericht hade gjort i sitt beslut om hänskjutande om att en mindre strikt tolkning av begreppet fri rörlighet i förordning nr 1612/68 nu kunde vara möjlig, eftersom artikel 18 EG garanterar en allmän rätt att uppehålla sig, utan något krav på ekonomisk verksamhet. Även om den nationella domstolen inte gjorde gällande att Gertraud Hartmann skulle kunna åberopa artikel 18 EG för att ifrågasätta bosättningskravet i BErzGG, bör denna fråga undersökas.

78. Eftersom Gertraud Hartmann inte själv har utövat någon rätt till fri rörlighet inom gemenskapen, kan den enda relevanta frågan i detta sammanhang vara huruvida avslaget på Gertraud Hartmanns ansökan om vårdnadsbidrag med motivet att hon inte har sitt hemvist i Tyskland begränsade maken Hartmanns utövande av sin rätt att flytta till Österrike och att bosätta sig där, vilken garanteras genom artikel 18 EG.

79. Inledningsvis skall det påpekas att maken Hartmann flyttade till Österrike år 1990, vilket var tre och ett halvt år före det att bestämmelserna om medborgarskap trädde i kraft den 1 november 1993. Detta innebär att frågan måste uppfattas så att den eventuella begränsning som tillämpningen av bosättningskravet i BErzGG har medfört för honom måste avse hans stadigvarande hemvist i Österrike efter den 1 november 1993.

80. Vidare följer det av beslutet om hänskjutande att de avslagna ansökningarna om vårdnadsbidrag för familjen Hartmanns tre barn i det första barnets fall avsåg en period som helt inföll före år 1993, i det andra barnets fall en period som delvis inföll före och delvis efter november 1993 och i det tredje barnets fall en period som helt inföll efter november 1993. Följaktligen kan en eventuell möjlighet att åberopa artikel 18 EG i detta fall endast resultera i ett partiellt beviljande av vårdnadsbidrag avseende det andra barnet och ett fullt beviljande av denna förmån avseende det tredje barnet.

81. Domstolen har redan avgjort en rad mål rörande begränsningar som införts av med-

lemsstater avseende deras medborgare efter det att de har utövat sin rätt enligt artikel 18 EG att flytta till en annan medlemsstat, i synnerhet målen D'Hoop och Pusa. [56] Domstolen fastslog i sina domar i dessa mål, som en allmän princip angående tolkningen av denna fördragsbestämmelse, att det är "oförenligt med rätten till fri rörlighet när en person i den medlemsstat där han är medborgare behandlas på ett mindre förmånligt sätt än vad som skulle ha varit fallet om han inte hade använt sig av de rättigheter i fråga om fri rörlighet som han har enligt fördraget". [57] Domstolen tillade att "de nationella reglerna [innebär] att vissa nationella medborgare missgynnas endast på grund av att de har använt sig av sin rätt till fri rörlighet för att studera i en annan medlemsstat. En sådan skillnad i behandling strider mot de principer som ligger till grund för ställningen som unionsmedborgare, närmare bestämt mot principen om rätt till samma behandling i rättsligt hänseende vid utövandet av rätten till fri rörlighet. Villkoret i fråga kan endast motiveras om det är grundat på objektiva hänsyn som är oberoende av de berörda personernas nationalitet och som står i proportion till det legitima syfte som eftersträvas med de nationella bestämmelserna." [58]

82. I de två mål jag har nämnt i föregående punkt var de inblandade parterna avsevärt missgynnade till följd av att de hade utövat sin rätt att flytta till en annan medlemsstat. D'Hoop, en belgisk medborgare som hade tagit sin studentexamen *(baccalauréat)* i Frankrike, var enligt de nationella bestämmelserna inte berättigad till särskild arbetslöshetsersättning i Belgien, på grund av att hon inte hade slutfört sina gymnasiestudier i denna medlemsstat. Pusa, en finsk medborgare som hade flyttat till Spanien och vars pension var utmätningsbar missgynnades av den omständigheten att det enligt finsk lag, vid beräkningen av hur stor del av hans pension som kunde utmätas, inte togs hänsyn till den inkomstskatt som han var skyldig att betala i Spanien, trots att avdrag skulle ha gjorts för den inkomstskatt som han skulle ha betalat i Finland om han hade bott kvar där. Det var i båda fallen uppenbart att båda personernas rättigheter begränsades genom lagen i deras ursprungsland och att detta förhållande hade direkt koppling till den omständigheten att de hade flyttat till en annan medlemsstat.

83. I förevarande fall är det tvärtom uppenbart att maken Hartmann inte har missgynnats beträffande hans potentiella rätt enligt BErzGG på grund av att han flyttat till Österrike. Om han hade bestämt sig för att behålla sitt hemvist i Tyskland, hans anställningsmedlemsstat, skulle varken han eller hans maka varit berättigade till vårdnadsbidrag. Hans flytt till Österrike har därför ingen betydelse i detta hänseende.

84. Gertraud Hartmann förlorade inte heller några rättigheter genom att hennes make flyttade till Österrike för att förenas med henne där. I det avseendet skiljer sig

56 — Domen i målet C-224/98, D'Hoop (ovan fotnot 14), och i målet C-224/02, Pusa (ovan fotnot 12).

57 — Domen i målet D'Hoop, punkt 30, och i målet Pusa, punkt 18.

58 — Domen i målet D'Hoop, punkterna 34–36, och i målet Pusa, punkt 20.

situationen från den som var för handen i målet Schempp. [59] I det fallet hade Schempps utövande av hennes medborgerliga rätt att flytta till en annan medlemsstat en omedelbar verkan på hennes i Tyskland kvarblivna före detta makes rättsliga ställning, genom att det inverkade på hans möjlighet att från sin skattepliktiga inkomst i Tyskland dra av det underhållsbidrag som han utbetalat. [60] Maken Hartmanns flytt till Österrike hade ingen sådan inverkan på Gertraud Hartmanns möjligheter att göra gällande en rätt till vårdnadsbidrag i Tyskland.

85. Om Gertraud Hartmann hade rätt till någon förmån, skulle dessutom detta endast kunna ske genom de rättigheter som hennes make hade. Eftersom en sådan bestämmelse om överföring av rättigheter saknas och eftersom maken Hartmann i vart fall inte uppfyller villkoren för vårdnadsbidrag, har Gertraud Hartmann ingen grund för att begära någon sådan rättighet genom sin make.

86. I mer allmänna ordalag skall det påpekas att när en person beslutar sig för att flytta till en annan medlemsstat och därigenom utövar sin rätt enligt artikel 18 EG, eller för den delen någon annan bestämmelse som garanterar fri rörlighet, innebär inte detta att överföringen av hemvist eller verksamhet skall vara neutral i beskattningshänseende. [61] Valet att flytta till en annan medlemsstat kan medföra såväl vissa nackdelar som nya fördelar beroende på skillnader mellan de berörda medlemsstaternas lagstiftning, särskilt inom områdena för social trygghet och beskattning. Det är upp till gemenskapsmedborgaren att väga dessa fördelar och nackdelar mot varandra när han eller hon fattar sitt beslut, men han eller hon kan inte förvänta sig någon överföring av de sociala förmåner som ursprungsmedlemsstaten av olika politiska skäl beviljar. Som anförts ovan, beror detta fullständigt på de berörda förmånernas natur. Liksom det inte finns någon garanti för neutralitet i beskattningshänseende, kan åtnjutandet av sociala trygghetsförmåner inte nödvändigtvis upprätthållas. Det skall inte förbises att när en medborgare flyttar sitt hemvist till en annan medlemsstat kan nya förmånsmöjligheter öppnas i värdmedlemsstaten. Med en omskrivning av vad den tyska regeringen anförde vid förhandlingen har medlemsstaterna varken någon rätt att hindra sina medborgare från att flytta till en annan medlemsstat eller någon skyldighet att ge dem bonus när de ger sig av.

87. Det finns därför ingen grund för att anta att avslaget av Gertraud Hartmanns ansökan om vårdbidrag i Tyskland med motivet att

59 — Domen i målet C-403/03, Schempp (ovan fotnot 16).

60 — Se punkt 24 i domen.

61 — Dom av den 15 juli 2004 i mål C-365/02, Lindfors (REG 2004, s. I-7183), punkt 34, och domen i målet C-403/03, Schempp (ovan fotnot 16), punkt 45.

hon inte uppfyllde bosättningskravet i 1 § första stycket BErzGG stod i strid med artikel 18 EG. Även om det skulle påvisas att detta avslag på något sätt inverkade på maken Hartmanns rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium enligt artikel 18 EG, måste denna begränsning anses berättigad av de skäl som jag redogjort för i föregående del i detta förslag.

## VI — Förslag till avgörande

88. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som hänskjutits av Bundessozialgericht på följande sätt:

1) En tysk medborgare som, medan han behöll sin anställning som posttjänsteman i Tyskland, flyttade sin bostad från Tyskland till Österrike år 1990 och sedan dess har fortsatt sin yrkesverksamhet som gränsarbetare kan inte anses utgöra en migrerande arbetare i den mening som avses i rådets förordning nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen under perioder mellan januari 1994 och september 1998.

2) En österrikisk medborgare som inte har utövat sin rätt att flytta till en annan medlemsstat och bosätta sig där kan inte, när hennes make har flyttat till hennes medlemsstat men behållit sin anställning i sin ursprungsmedlemsstat, åberopa artikel 18 EG för att ifrågasätta ett bosättningskrav som föreskrivs som förutsättning för beviljande av vårdbidrag i den senare medlemsstaten.