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

I — Einleitung

1. Nach dem deutschen Bundeserziehungsgeldgesetz (im Folgenden: BErzGG) setzt die Gewährung von Erziehungsgeld u. a. voraus, dass der Empfänger in Deutschland ansässig ist. Diese Sozialleistung wird jedoch auch Grenzgängern gewährt, sofern sie in Deutschland eine mehr als geringfügige Beschäftigung ausüben. Die zentrale Frage, die in dieser vom Bundessozialgericht vorgelegten Rechtssache aufgeworfen wird, ist, ob dieses Erfordernis der mehr als geringfügigen Beschäftigung, wie es im inländischen Recht weiter ausgeformt ist, mit Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 [2] vereinbar ist, der die Gleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern mit inländischen Arbeitnehmern hinsichtlich des Anspruchs auf soziale Vergünstigungen im Beschäftigungsmitgliedstaat gewährleistet [3].

2. Parallel zu dieser Rechtssache hat das Bundessozialgericht dem Gerichtshof Fragen zu demselben Wohnsitzerfordernis in Bezug auf die österreichische Ehefrau eines deutschen Beamten vorgelegt, der nach der Verlegung seines Wohnsitzes nach Österreich weiterhin für seinen Arbeitgeber in Deutschland tätig war (Rechtssache C-212/05, Hartmann). Soweit die Erörterung in meinen Schlussanträgen in jener Rechtssache [4] Fragen behandelt, die sich in der vorliegenden Rechtssache stellen, werde ich mich darauf beschränken, auf die entsprechenden Stellen in jenen Schlussanträgen zu verweisen, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden.

1 — Originalsprache: Englisch.

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

3 — Die Kommission hat wegen derselben nationalen Bestimmungen zudem ein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 226 EG gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, vgl. Rechtssache C-307/06 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland).

4 — Die ebenfalls heute vorgelegt werden.

II — Einschlägige Rechtsvorschriften

A — *Gemeinschaftsrecht*

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

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

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

B — *Nationales Recht*

4. Nach § 1 Absatz 1 BErzGG in der Fassung vom 31. Januar 1994[5] hat Anspruch auf Erziehungsgeld, wer (1) einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, (2) mit einem Kind, für das ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt, (3) dieses Kind selbst betreut und erzieht und (4) keine oder keine volle Erwerbstätigkeit ausübt.

5. § 1 Absatz 4 BErzGG sieht für EG-Angehörige und Grenzgänger aus an Deutschland unmittelbar angrenzenden Staaten einen Anspruch vor, sofern sie eine mehr als geringfügige Beschäftigung in Deutschland ausüben.

6. Nach § 8 Absatz 1 Nummer 1 Viertes Buch (IV) Sozialgesetzbuch (im Folgenden: SGB) in der damals geltenden Fassung vom 13. Juni 1994[6] liegt eine geringfügige Beschäftigung vor, wenn die Beschäftigung regelmäßig weniger als 15 Stunden in der Woche ausgeübt wird und das Arbeitsentgelt regelmäßig im Monat ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße im Sinne von § 18 SGB IV nicht übersteigt. Dieser Betrag belief sich 1997 auf 610 DM und 1998 auf 620 DM.

7. Nach § 27 Absatz 2 SGB III sind Personen in einer geringfügigen Beschäftigung nicht

5 — BGBl. I S. 180.

6 — BGBl. I S. 1229.

für den Fall der Arbeitslosigkeit pflichtversichert.

III — Sachverhalt und Verfahren

8. Frau Geven ist niederländische Staatsangehörige. Als ihr Sohn am 18. Dezember 1997 geboren wurde, lebte sie mit ihrem deutschen Ehemann in den Niederlanden, wo dieser auch erwerbstätig war. Bis zum Beginn des Mutterschutzes vor der Geburt ihres Sohnes übte Frau Geven mehrere abhängige Beschäftigungen in den Niederlanden und Deutschland aus. Im Anschluss an den Mutterschutz war sie ausschließlich in Deutschland beschäftigt. Die Wochenarbeitszeit im ersten Lebensjahr des Kindes schwankte zwischen 3 und 14 Stunden und der Wochenverdienst zwischen 40,00 DM und 168,87 DM.

9. Das Land Nordrhein-Westfalen lehnte Frau Gevens Antrag auf Gewährung von Erziehungsgeld für das erste Lebensjahr ihres Sohnes ab, weil sie weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland gehabt und auch nicht in einem Arbeitsverhältnis von mindestens 15 Stunden gestanden habe. Als geringfügig Beschäftigte sei sie auch nicht Arbeitnehmerin im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [7].

10. Frau Geven ging erfolglos gegen diese Entscheidung vor, zunächst vor dem Sozialgericht Münster, dann in der Berufung vor dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen. Sie legte daraufhin Revision beim Bundessozialgericht ein, das beschlossen hat, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.

11. In seinem Vorlagebeschluss führt das Bundessozialgericht aus, dass Frau Geven aus der Verordnung Nr. 1408/71 keinen Anspruch auf Erziehungsgeld herleiten könne. Als geringfügig Beschäftigte sei sie nicht für den Fall der Arbeitslosigkeit pflichtversichert und daher keine „Arbeitnehmerin" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a Ziffer ii dieser Verordnung in Verbindung mit Anhang I Teil I Abschnitt C [8] zu dieser Verordnung gewesen. Das nationale Gericht

7 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149, S. 2), in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 zur Änderung und Aktualisierung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 28, S. 1) (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71).

8 — Diese Bestimmung schränkt die Reichweite des Begriffes „Arbeitnehmer" für die Anwendung des Titels III der Verordnung Nr. 1408/71 über Familienleistungen auf Personen ein, die für den Fall der Arbeitslosigkeit pflichtversichert sind oder im Anschluss an diese Versicherung Krankengeld oder entsprechende Leistungen erhalten.

prüft weiter, ob sie einen Anspruch auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 stützen könne. Zur Arbeitnehmereigenschaft von Frau Geven stellt es fest, dass diese angesichts des auf Dauer angelegten Charakters ihrer Beschäftigung im streitigen Zeitraum in einem echten Arbeitsverhältnis gestanden habe. Das Gericht wirft jedoch die Frage auf, ob sich Frau Geven, die ihrer Erwerbstätigkeit in Deutschland als Grenzgängerin von ihrem niederländischen Wohnsitz aus nachgegangen sei, in Bezug auf das deutsche Erziehungsgeld uneingeschränkt auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 berufen könne. In der Annahme, dass sie tatsächlich den Schutz durch diese Bestimmung geltend machen könne, äußert es dann Zweifel, ob die Ungleichbehandlung von Grenzgängern, die aus dem Erfordernis resultiere, eine mehr als geringfügige Beschäftigung nachweisen zu müssen, objektiv gerechtfertigt werden könne. Im Licht dieser Erwägungen hat das Bundessozialgericht beschlossen, dem Gerichtshof die folgende Frage vorzulegen:

Ergibt sich aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht (insbesondere aus Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft), dass es der Bundesrepublik Deutschland verwehrt ist, eine in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Angehörige jenes Staates, die in Deutschland eine geringfügige Beschäftigung (zwischen 3 und 14 Stunden je Woche) ausübt, von dem Bezug des deutschen Erziehungsgelds auszuschließen, weil sie in Deutschland weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat?

12. Frau Geven, die deutsche Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

IV — Zusammenfassung der eingereichten Erklärungen

13. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass alle Verfahrensbeteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, der Annahme des Bundessozialgerichts zustimmen, dass sich Frau Geven für einen Erziehungsgeldanspruch in Deutschland nicht auf die Verordnung Nr. 1408/71 berufen kann. Aus Anhang I Teil I Abschnitt C zu dieser Verordnung in Verbindung mit der Tatsache, dass nach § 27 Absatz 2 SGB III geringfügig Beschäftigte nicht für den Fall der Arbeitslosigkeit pflichtversichert sind, ergibt sich, dass sie nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt.

14. Frau Geven ist daher für die Geltendmachung eines Rechts auf Gleichbehandlung in Bezug auf die Gewährung einer sozialen Vergünstigung wie das Erziehungsgeld auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 und Artikel 39 EG angewiesen. Sie ist der Auffassung, dass sie für die Anwendung dieser Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts als Arbeitnehmerin anzusehen sei, da die Tätigkeit, die sie im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt habe, nicht als untergeordnet oder unwesentlich zu bezeichnen gewesen sei. Das Wohnsitzerfordernis des § 1 Absatz 1 Nr. 1 BErzGG stelle eine mittelbare Diskriminierung der Wanderarbeitnehmer dar. Außer-

dem erhielten geringfügig Beschäftigte, die in Deutschland wohnten, die Leistung, während Grenzgänger beweisen müssten, dass ihre Tätigkeit oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze liege. Die Forderung nach einer verstärkten Bindung der Leistungsempfänger an den deutschen Arbeitsmarkt widerspreche dem Zweck der Gewährung des Erziehungsgelds, den Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit für einen bestimmten Zeitraum zu ermöglichen.

15. Die deutsche Regierung sieht sich nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 in Verbindung mit Artikel 39 EG nicht dazu verpflichtet, Personen mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat, die in Deutschland nur eine geringfügige Beschäftigung ausüben, Erziehungsgeld zu gewähren. Da die Verordnung Nr. 1408/71 die Fälle, in denen das Erziehungsgeld exportiert werden könne, abschließend regele und einen Export für geringfügig Beschäftigte nicht vorsehe, sei Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 nicht in einer Weise auszulegen, dass dieses Ergebnis unterlaufen werde. Die deutsche Regierung verweist insoweit auf Artikel 42 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 [9].

9 — „Diese Verordnung berührt nicht die gemäß Artikel [42] des Vertrages erlassenen Bestimmungen."

16. Sie hat Zweifel, ob die Verordnung Nr. 1612/68 wegen des untergeordneten und unwesentlichen Charakters der beruflichen Tätigkeiten von Frau Geven auf sie anwendbar ist. Da es an einer Festlegung fehle, wann eine Tätigkeit als untergeordnet und unwesentlich anzusehen sei, könne die vom vorlegenden Gericht hierzu geäußerte Meinung nicht als abschließend betrachtet werden. Das Wohnsitzerfordernis des BErzGG könne u. U. eine mittelbare Diskriminierung darstellen, die aber gerechtfertigt sei, um zu gewährleisten, dass es eine tatsächliche Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und der deutschen Gesellschaft gebe. Im Gegensatz zu beschäftigungsbezogenen Vorteilen liege den Begünstigungen, die an den Wohnort gebunden seien, der Gedanke einer Solidargemeinschaft zugrunde. Erhielte ein Grenzgänger in Frau Gevens Lage in Deutschland Erziehungsgeld, könnte er — entgegen den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 — in ungerechtfertigter Weise wohnortbezogene soziale Vorteile beider Mitgliedstaaten wahrnehmen und miteinander kombinieren.

17. Die Regierung des Vereinigten Königreichs ist der Meinung, dass der Gerichtshof zurückhaltend sein sollte, zuzulassen, dass die Verordnung Nr. 1612/68 dazu verwendet werde, die Verordnung Nr. 1408/71 beiseite zu schieben, um eine soziale Vergünstigung, die inländischen Arbeitnehmern und Wanderarbeitnehmern, die im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaats lebten, gleichermaßen zugute kommen sollte, an eine in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Person zu exportieren. Frau Geven wolle sich gerade deshalb auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 berufen, weil Personen in

ihrer Lage vom Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich vom Zugang zu dieser Leistung über die Verordnung Nr. 1408/71 ausgeschlossen worden seien.

18. Artikel 7 der Verordnung Nr. 1612/68 sehe im Allgemeinen keinen Export sozialer Vergünstigungen vor. Vielmehr werde in erster Linie bezweckt, einem Wanderarbeitnehmer und seiner Familie behilflich zu sein, im Beschäftigungsland des Arbeitnehmers Fuß zu fassen. Es sei offensichtlich, dass das Erziehungsgeld keine Verbindung zu Frau Gevens Stellung als Arbeitnehmerin aufweise und sich nicht auf das Beschäftigungsverhältnis selbst gründe. Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 beabsichtige vorrangig, inländischen Arbeitnehmern und Wanderarbeitnehmern Zugang zu den gleichen sozialen Vergünstigungen im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats zu gewähren. Er solle Mitgliedstaaten nicht dazu zwingen, eine objektive Rechtfertigung dafür vorzubringen, dass er diese sozialen Vergünstigungen nicht Personen mit Wohnsitz im Gebiet anderer Mitgliedstaaten zugänglich mache. Die Regierung des Vereinigten Königreichs stimmt dem vorlegenden Gericht darin zu, dass das Fehlen von Koordinierungsregeln in der Verordnung Nr. 1612/68, was die Verpflichtung zum Export sozialer Vergünstigungen betreffe, sehr wohl für eine begrenzte Anwendung des Artikels 7 Absatz 2 dieser Verordnung gerade bei Grenzgängern sprechen könnte, die regelmäßig auch in ihrem Wohnsitzstaat Zugang zu gleichwertigen sozialen Vergünstigungen hätten.

19. Die Kommission ist der Auffassung, dass, auch wenn eine Person nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 falle, dies keinesfalls den Schluss zulasse, die Verordnung Nr. 1612/68 sei nicht einschlägig. Artikel 42 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 sei nicht zu entnehmen, dass diese Verordnung bei Leistungen, die von der Verordnung Nr. 1408/71 erfasst seien, keine Anwendung finde. Der Arbeitnehmerbegriff habe eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung, und wenn eine Person die Kriterien der Rechtsprechung des Gerichtshofes erfülle (nämlich 1. Leistungserbringung für einen anderen nach dessen Weisung, 2. während einer bestimmten Zeit, 3. für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhalte [10]) sei der einzige Umstand, der ihm diese Eigenschaft nehmen könne, dass die betreffenden Tätigkeiten völlig untergeordnet und unwesentlich seien. Die deutsche Regierung habe nicht erklärt, warum geringfügige Beschäftigungsverhältnisse als untergeordnet und unwesentlich anzusehen seien.

20. Die Kommission weist darauf hin, dass der Gerichtshof bereits entschieden habe, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung einer sozialen Vergünstigung im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 nicht davon abhängig machen könne, dass der Begünstigte seinen Wohnsitz in diesem Staat habe [11]. Soziale Vergünstigungen seien

10 — Vgl. z. B. Urteile vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache C-66/85 (Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Randnr. 17), vom 8. Juni 1999 in der Rechtssache C-337/97 (Meeusen, Slg. 1999, I-3289, Randnr. 13) und vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-413/01 (Ninni-Orasche, Slg. 2003, I-13187, Randnr. 24).

11 — Rechtssache C-337/97, Meeusen, zitiert in vorstehender Fußnote, Randnr. 21.

nicht nur solche, die an einen Arbeitsvertrag anknüpften, sondern alle Vergünstigungen, die ein Mitgliedstaat seinen Bürgern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewähre. Grenzgänger würden ebenso von Artikel 7 der Verordnung Nr. 1612/68 erfasst wie Wanderarbeitnehmer, die in den Beschäftigungsmitgliedstaat gezogen seien.

V — Würdigung

A — *Vorbemerkungen*

21. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass aus den Gründen, die das Bundessozialgericht angeführt hat und denen alle Verfahrensbeteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, zugestimmt haben [12], Frau Geven sich nicht auf die Verordnung Nr. 1408/71 berufen kann, um in Deutschland Erziehungsgeld zu erhalten. Es ist unstreitig, dass sie hinsichtlich eines Anspruchs auf Familienleistungen in diesem Mitgliedstaat nicht in den persönlichen Geltungsbereich dieser Verordnung fällt. Die Rechtssache braucht daher nicht unter dem Blickwinkel einer eventuellen Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71 erörtert zu werden.

22. Als nächstes ist festzustellen, dass Frau Geven für die Anwendung des Artikels 39 EG und der Verordnung Nr. 1612/68 als Arbeitnehmerin anzusehen ist. Es ist allgemein anerkannt, dass unter den Begriff des Arbeitnehmers nur fällt, wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält [13]. Unter Anwendung dieser Kriterien ist das Bundessozialgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass Frau Geven im streitigen Zeitraum tatsächlich in einem echten Arbeitsverhältnis gestanden hat und sich dies insbesondere aus dem auf Dauer angelegten Charakter ihrer Beschäftigung ergibt.

23. Zu beachten ist, dass sich Frau Gevens Fall aufgrund dieser Tatsache in einem wesentlichen Punkt von dem von Frau Hartmann unterscheidet [14]. Anders als Frau Hartmann, die versucht, ein Recht auf das deutsche Erziehungsgeld mittelbar aus der Eigenschaft ihres Ehemannes als Grenzgänger herzuleiten, stützt Frau Geven ihren Anspruch unmittelbar darauf, dass sie selbst die Eigenschaft einer Gemeinschaftsarbeitnehmerin habe.

24. Frau Gevens Antrag auf Gewährung von Erziehungsgeld wurde vom Land Nordrhein-Westfalen mit der Begründung abgelehnt, dass sie weder ihren Wohnsitz in Deutsch-

12 — Vgl. oben, Nrn. 11 und 13.

13 — Vgl. die in Fußnote 10 zitierte Rechtsprechung.

14 — Vgl. oben, Nr. 2.

land gehabt noch dort eine mehr als geringfügige Beschäftigung ausgeübt habe. Auch wenn die vom Bundessozialgericht vorgelegte Frage so formuliert ist, dass sie sich darauf konzentriert, ob es der Bundesrepublik Deutschland verwehrt ist, das Wohnsitzerfordernis auf in Deutschland geringfügig Beschäftigte anzuwenden, so ergibt sich aus den Erwägungen des nationalen Gerichts in seinem Vorlagebeschluss, dass es auch Zweifel an der Möglichkeit zur Rechtfertigung des Kriteriums der mehr als geringfügigen Beschäftigung selbst hat. Denn da Grenzgänger definitionsgemäß das Erfordernis eines Wohnsitzes im Beschäftigungsmitgliedstaat nicht erfüllen können, ist die grundlegende Frage, ob das Kriterium, das der nationale Gesetzgeber für die Befreiung bestimmter Grenzgänger von diesem Erfordernis unter Ausschluss anderer Grenzgänger anwendet, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

25. Über die Beantwortung der Frage nach der Vereinbarkeit des Wohnsitzerfordernisses des § 1 Absatz 1 BErzGG mit Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 hinaus ist daher auch zu prüfen, ob es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, dass § 1 Absatz 4 BErzGG einen Anspruch auf das deutsche Erziehungsgeld für Grenzgänger von der Voraussetzung abhängig macht, dass sie in Deutschland mehr als geringfügig beschäftigt sind, was nach nationalem Recht voraussetzt, dass sie mehr als 15 Stunden in der Woche arbeiten und mehr als 610 DM (1997) oder 620 DM (1998) verdienen.

B — *Das Wohnsitzerfordernis*

26. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Hartmann, die zusammen mit diesen Schlussanträgen vorgelegt werden, habe ich die Frage nach der Vereinbarkeit des Wohnsitzerfordernisses des § 1 Absatz 1 BErzGG mit Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 im Rahmen einer Klage auf Erziehungsgeld einer österreichischen Ehefrau eines deutschen Staatsangehörigen erörtert, der nach Österreich gezogen, aber weiterhin in Deutschland erwerbstätig war. Ich habe diese Frage nur hilfsweise geprüft, nachdem ich festgestellt hatte, dass

— Grenzgänger nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zu sozialen Vergünstigungen in ihrem Beschäftigungsmitgliedstaat nur insoweit haben, als diese Vergünstigungen unmittelbar und ausschließlich mit der Beschäftigung verknüpft sind [15],

und

— das Erziehungsgeld in Deutschland nicht so hinreichend an die Beschäfti-

15 — Nr. 55 der Schlussanträge.

gung oder die objektive Arbeitnehmereigenschaft geknüpft ist, dass davon auszugehen wäre, dass es eine soziale Vergünstigung sei, in Bezug auf die ein Grenzgänger eine Gleichbehandlung nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 verlangen kann [16].

27. Nach diesen beiden Feststellungen in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Hartmann kann sich Frau Geven für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Erziehungsgeld in Deutschland nicht auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 berufen, da diese soziale Vergünstigung, soweit es Grenzgänger betrifft, nicht in den Schutzbereich dieser Bestimmung fällt.

28. Indem ich unterstellt habe, dass der sachliche Geltungsbereich des Artikels 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 als weiter angesehen werden könnte und diese Bestimmung auf Grenzgänger in der Lage von Herrn Hartmann und Frau Geven anwendbar wäre, habe ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Hartmann außerdem geprüft, ob das Wohnsitzerfordernis, von dem der Erziehungsgeldanspruch in Deutschland abhängt, angesichts der Tatsache, dass feststeht, dass dieses Erfordernis Arbeitnehmer ohne Wohnsitz in Deutschland mittelbar diskriminiert, objektiv gerechtfertigt werden kann.

29. Der Charakterisierung des Erziehungsgelds durch das Bundessozialgericht als ein Instrument der Familienpolitik, das die Geburtenrate in Deutschland fördern soll, folgend habe ich die Ansicht geäußert, dass dies an sich ein legitimes Politikziel ist und eine solche Politik gerade wegen ihrer Zielsetzung sicherstellen muss, dass sich die getroffenen Maßnahmen an Personen wenden, die in ihrem eigenen Hoheitsgebiet ansässig sind. Es wäre widersinnig anzunehmen, dass Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise zur demografischen Entwicklung anderer Mitgliedstaaten dadurch beitragen müssten, dass sie ihre familienpolitischen Regelungen auf Personen erstrecken, die nicht in ihrem Hoheitsgebiet wohnen. Ich bin daher zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Wohnortvoraussetzung angemessen ist, um sicherzustellen, dass das Erziehungsgeld Angehörigen der inländischen Bevölkerung des Mitgliedstaats gezahlt wird, die selbstverständlich nicht nur Deutsche, sondern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit alle Personen umfasst, die sich rechtmäßig in Deutschland aufhalten [17].

30. Ich möchte hinzufügen, dass, obwohl der Gerichtshof entschieden hat, dass Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 auf soziale Vergünstigungen Anwendung finden kann, die zugleich in den besonderen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fallen [18], dies nicht bedeutet, dass dieser Artikel dahin auszulegen ist, dass er Ergebnisse zulässt, die die Verordnung Nr. 1408/71 zu verhindern sucht. Dies scheint genau der Zweck des Artikels 42 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 zu sein, wonach diese Verordnung nicht die gemäß Artikel 42 EG erlassenen Bestim-

16 — Nr. 60 der Schlussanträge.

17 — Nr. 69 der Schlussanträge.

18 — Vgl. Urteil vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91 (Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817, Randnr. 21).

mungen, d. h. die Verordnung Nr. 1408/71, berührt. Diese Bestimmung stellt daher eine relative Rangordnung zwischen den beiden Verordnungen dahin gehend auf, dass die Verordnung Nr. 1408/71 als die speziellere Regelung dem Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 in den Fällen, in denen die Anwendung beider Verordnungen zu widersprüchlichen Ergebnissen führt, vorgeht.

31. Der Bundesrepublik Deutschland ist es deshalb nicht nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 verwehrt, den Erziehungsgeldanspruch davon abhängig zu machen, dass der Empfänger seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Die Weigerung, Frau Geven das Erziehungsgeld auf dieser Grundlage zu gewähren, war daher gerechtfertigt.

32. Dennoch hat der deutsche Gesetzgeber Grenzgängern den Bezug von Erziehungsgeld ermöglicht, selbst wenn sie keinen Wohnsitz in Deutschland haben, sofern sie dort eine mehr als geringfügige Beschäftigung im Sinne des nationalen Rechts ausüben. Da die Voraussetzung der mehr als geringfügigen Beschäftigung die Grenzgänger, die keine Beschäftigung oberhalb dieser Grenze ausüben, vom Anspruch auf die Leistung ausschließt, ist als nächstes zu prüfen — und das ist eine Frage, die dieser Rechtssache eigen ist —, ob diese Voraussetzung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

C — *Das Erfordernis einer mehr als geringfügigen Beschäftigung*

33. Die deutsche Regierung hat in ihren schriftlichen Erklärungen vorgetragen, dass, wenn selbst der vollständige Ausschluss Nichtansässiger von dem Erziehungsgeldanspruch nach Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt gewesen wäre, die Erstreckung dieses Anspruchs auf Grenzgänger unter bestimmten Voraussetzungen auf dem Gutdünken des deutschen Gesetzgebers beruhe. Daraus folge, dass sie dazu berechtigt gewesen sei, eine Voraussetzung hinsichtlich des Ausmaßes der Beschäftigung in Deutschland aufzustellen, um eine Verbindung mit dem nationalen Arbeitsmarkt sicherzustellen.

34. Es ist fraglich, ob diese Folgerung richtig ist. Wann immer ein Mitgliedstaat bei der Ausübung seines Ermessens seinen Bürgern bestimmte Rechte verleiht oder Leistungen gewährt, die in den sachlichen Geltungsbereich des EG-Vertrags fallen, muss er das höchst grundlegende Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten, wie es in Artikel 12 EG niedergelegt ist und in Bezug auf Arbeitnehmer in Artikel 39 EG seinen Ausdruck gefunden hat.

35. In diesem Zusammenhang sehe ich eine Parallele zum Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Trojani [19]. In dieser Rechtssache hat er entschieden, dass sich ein Gemeinschaftsbürger, der aus Mangel an ausreichen-

19 — Urteil vom 7. September 2004 in der Rechtssache C-456/02 (Trojani, Slg. 2004, I-7573).

den Existenzmitteln aus den anwendbaren Gemeinschaftsbestimmungen kein Aufenthaltsrecht ableiten kann, sich aber nach nationalem Recht dennoch rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhält, auf Artikel 12 EG berufen kann, um gleichberechtigt mit den Bürgern dieses Mitgliedstaats Sozialhilfe zu erhalten [20]. Mit anderen Worten, sobald die rechtliche Stellung einer Person durch das nationale Recht der Stellung der Staatsangehörigen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat angeglichen wurde, hat diese Person in Bezug auf Sachverhalte, die in den Geltungsbereich des EG-Vertrags fallen, ein Recht auf Gleichbehandlung.

36. In der vorliegenden Rechtssache wurde festgestellt (oben, Nr. 22), dass Frau Geven die Eigenschaft einer Gemeinschaftsarbeitnehmerin hat. Obwohl ihre Beschäftigung für die Anwendung der betreffenden deutschen Rechtsvorschriften als geringfügig angesehen wurde, war sie nach Ansicht des vorlegenden Gerichts nicht so untergeordnet oder unwesentlich, dass Frau Geven nicht unter die Definition des Gemeinschaftsarbeitnehmers fiele. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Begriff des Arbeitnehmers nicht unter Verweisung auf das nationale Recht definiert oder begrenzt werden darf, da dies dazu führen würde, dass der Umfang der Gemeinschaftsarbeitnehmern gewährten Rechte ohne Kontrolle durch die Gemeinschaftsorgane einseitig durch die Mitgliedstaaten verändert werden könnte [21]. Insbesondere ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, Personen vom Geltungsbereich dieses Begriffes auszuschließen, die nur eine Vergütung unterhalb des Existenzminimums erhalten, insbesondere, wenn sie diese Einkünfte durch andere Mittel, einschließlich Einkünfte von Familienmitgliedern, ergänzen können [22]. Das Kriterium der geringfügigen Beschäftigung, wie es in § 8 Absatz 1 Nr. 1 SGB IV definiert ist, kann Frau Geven nicht die Rechte nehmen, die sie als Gemeinschaftsarbeitnehmerin genießt.

37. Das Erfordernis einer mehr als geringfügigen Beschäftigung gilt nur für Grenzgänger und wurde eingeführt, damit der Vorteil des Anspruchs auf Erziehungsgeld auf Personen erstreckt wird, die in Deutschland keinen Wohnsitz haben, dort aber in ausreichend erheblichem Maße wirtschaftlich tätig sind.

38. Trotz dieser großzügigen Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers ist offensichtlich, dass das Erfordernis der mehr als geringfügigen Beschäftigung für den Anspruch auf Erziehungsgeld zu einer Unterscheidung zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen führt. Es wird zwischen zwei Kategorien von in Deutschland beschäftigten Grenzgängern unterschieden (denjenigen unterhalb und denjenigen oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze), obwohl diese Grenzgänger, was den Zweck des Erziehungsgelds angeht, die Geburtenrate in Deutschland zu fördern, alle in derselben Lage sind, d. h., sie tragen hierzu nicht bei. sie. Durch das Erfordernis wird auch zwischen Grenzgängern mit geringfügiger Beschäftigung und Personen mit Wohnsitz in Deutschland, die ebenfalls geringfügig be-

20 — Randnrn. 37 bis 46 des Urteils.

21 — Urteile vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81 (Levin, Slg. 1982, 1035, Randnr. 11) und Urteil vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 139/85 (Kempf, Slg. 1986, 1741).

22 — Urteil 139/85, Kempf, zitiert in vorstehender Fußnote, Randnr. 14.

schäftigt sind, unterschieden, da letztere einen Anspruch auf diese Leistung haben. Schließlich wird zwischen Grenzgängern mit geringfügiger Beschäftigung in Deutschland und deutschen Grenzgängern unterschieden, die in Nachbarmitgliedstaaten erwerbstätig sind und trotz der Tatsache, dass sie in Deutschland in keinem Beschäftigungsverhältnis stehen, und unabhängig von der Art ihrer Beschäftigung aufgrund ihres Wohnsitzes in Deutschland einen Anspruch auf Erziehungsgeld haben.

39. Da Grenzgänger, die in Deutschland erwerbstätig sind, in der Regel Staatsangehörige des Mitgliedstaats sein werden, in dem sie leben, stellt diese aus dem Erfordernis der mehr als geringfügigen Beschäftigung folgende unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern, die auf demselben deutschen Arbeitsmarkt tätig sind, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Kann das Erfordernis nicht objektiv gerechtfertigt und als im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele verhältnismäßig angesehen werden, verstößt es gegen Artikel 39 EG.

40. Oben in Nummer 29, wo ich auch auf die einschlägigen Abschnitte meiner Schlussanträge in der Rechtssache Hartmann verwiesen habe, habe ich bereits angedeutet, dass das Erziehungsgeld längerfristigen demografischen Zielen dient, indem es Personen belohnt, die sich beurlauben lassen oder keine Tätigkeit aufnehmen, um für ihre Kinder im Säuglings- und Kleinkindalter sorgen zu können. Damit soll es die Geburtenrate in Deutschland fördern. Angesichts dieses Zieles ist es vollkommen verständlich, dass die Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 BErzGG keinen Bezug zur Beschäftigung aufweisen. Ich stimme dem Bundessozialgericht in der Aussage zu, dass das Erfordernis einer mehr als geringfügigen Inlandsbeschäftigung gerade beim Erziehungsgeld etwas Sinnwidriges an sich hat, da diese Leistung nicht zuletzt den Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit erleichtern soll, und dass sich in dem Nebeneinander des Ausschlusses von Personen mit voller Erwerbstätigkeit und des Gebots, dass Grenzgänger die Geringfügigkeitsgrenze überschreiten müssen, ein deutlicher Wertungswiderspruch zeigt.

41. Daraus ergibt sich, dass das Erfordernis der mehr als geringfügigen Beschäftigung keinen Einfluss auf die Ziele hat, für die das Erziehungsgeld gewährt wird, und als Voraussetzung ungeeignet ist. Da es nicht als gerechtfertigt angesehen werden kann, verstößt es gegen das Verbot der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern nach Artikel 39 EG.

VI — Ergebnis

42. Im Licht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Bundessozialgericht zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

— Der Bundesrepublik Deutschland ist es nicht nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft verwehrt, eine in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Angehörige jenes Staates deshalb vom Bezug des deutschen Erziehungsgelds auszuschließen, weil sie in Deutschland weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat.

— Der Bundesrepublik Deutschland ist es nach Artikel 39 des EG-Vertrags verwehrt, eine in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Angehörige jenes Staates, die in Deutschland zwischen 3 und 14 Stunden je Woche arbeitet, deshalb vom Bezug des deutschen Erziehungsgelds auszuschließen, weil sie nur eine geringfügige Beschäftigung ausübt, die in den nationalen Rechtsvorschriften als Erwerbstätigkeit definiert wird, die regelmäßig für weniger als 15 Stunden in der Woche ausgeübt wird.