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

I — Indledning

1. Efter den tyske Bundeserziehungsgeldgesetz (forbundslov om børnepasningsydelse, herefter »BErzGG«) er tildeling af børnepasningsydelse bl.a. afhængig af, at modtageren er bosat i Tyskland. Imidlertid tildeles denne sociale ydelse også til grænsearbejdere på den betingelse, at de har beskæftigelse i et mere end ubetydeligt omfang i Tyskland. Hovedspørgsmålet, som er rejst i den foreliggende sag, der er blevet forelagt af Bundessozialgericht, er, om dette krav om en vis mindste beskæftigelse, således som det nærmere er defineret i national ret, er foreneligt med artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 [2], der garanterer ligebehandling af vandrende arbejdstagere i forhold til indenlandske arbejdstagere i henseende til ret til sociale fordele i beskæftigelsesmedlemsstaten [3].

2. Parallelt med denne sag forelagde Bundessozialgericht Domstolen spørgsmål vedrørende det samme bopælskrav i henseende til den østrigske ægtefælle til en tysk offentlig ansat, som efter at være flyttet til Østrig fortsatte med at arbejde hos sin arbejdsgiver i Tyskland: Sag C-212/05, Hartmann. I det omfang mit forslag til afgørelse i den sag [4] dækker de problemstillinger, som den foreliggende sag rejser, vil jeg begrænse mig til at henvise til de relevante afsnit i dette forslag med henblik på at undgå formålsløs gentagelse.

1 — Originalsprog: engelsk

2 — Forordning af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, EFT 1968 II, s. 467.

3 — Kommissionen har også indledt traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 226 EF mod Forbundsrepublikken Tyskland for så vidt angår de samme bestemmelser i national ret, jf. sag C-307/06, Kommissionen mod Tyskland.

4 — Forslaget fremsættes også i dag.

II — Relevante bestemmelser

A — *Fællesskabsbestemmelser*

3. Artikel 7, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1612/68 bestemmer:

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

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

B — *Nationale bestemmelser*

4. I BErzGG's § 1, stk. 1, i udgaven af 31. januar 1994 [5] er det bestemt, at enhver, der 1) har bopæl eller sædvanligt ophold i Tyskland, 2) hvis husstand omfatter et barn, der skal forsørges, 3) som drager omsorg for barnet og dets opdragelse, og 4) som ikke har beskæftigelse eller i det mindste ikke fuldtidsbeskæftigelse, er berettiget til børnepasningsydelse.

5. BErzGG's § 1, stk. 4, giver EF-statsborgere og grænsearbejdere fra Tysklands umiddelbare nabolande ret til børnepasningsydelse, under forudsætning af, at de har beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang i Tyskland.

6. I henhold til § 8, stk. 1, nr. 1, i fjerde bog i Sozialgesetzbuch (lov om social sikring, herefter »SGB«) i den på daværende tidspunkt gældende affattelse af 13. juni 1994 [6], foreligger der beskæftigelse i ubetydeligt omfang, hvis den sædvanligvis udøves i mindre end 15 timer om ugen, og arbejdslønnen om måneden sædvanligvis ikke overstiger en syvendedel af det månedlige referencebeløb som omhandlet i § 18 i SGB's fjerde bog. Dette beløb udgjorde 610 DEM i 1997 og 620 DEM i 1998.

7. I henhold til § 27, stk. 2, i SGB's tredje bog er personer med beskæftigelse i ubetydeligt

5 — BGBl. I, s. 180.

6 — BGBl. I, s. 1229.

omfang ikke obligatorisk forsikret mod arbejdsløshed.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

8. Wendy Geven er nederlandsk statsborger. Da sønnen, Jordi, blev født den 18. december 1997, boede hun i Nederlandene med sin tyske ægtefælle, som også var erhvervsaktiv i dette land. Indtil begyndelsen af barselsorloven inden sønnens fødsel udøvede Wendy Geven lønnet beskæftigelse i adskillige småjobs i Nederlandene og Tyskland. Efter barselsorloven var hun udelukkende beskæftiget i Tyskland. Hendes ugentlige arbejdstid i barnets første leveår svingede mellem 3 og 14 timer og ugelønnen mellem 40 og 168,87 DEM.

9. Land Nordrhein-Westfalen gav afslag på Wendy Gevens ansøgning om børnepasningsydelse i sønnens første leveår, fordi hun hverken havde bopæl eller sædvanligt ophold i Forbundsrepublikken Tyskland og heller ikke havde beskæftigelse på mindst 15 timer om ugen. Som beskæftiget i ubetydeligt omfang er hun heller ikke arbejdstager som omhandlet i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 [7].

10. Wendy Geven anfægtede uden held denne afgørelse, først for Sozialgericht Münster og senere ved appel for Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen. Derefter indankede hun sagen for Bundessozialgericht, som har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 234 EF.

11. I sin forelæggelseskendelse fastslog Bundessozialgericht for det første, at Wendy Geven ikke kunne kræve ret til børnepasningsydelse i medfør af forordning nr. 1408/71. Da hun udelukkende udøvede beskæftigelse i ubetydeligt omfang, var hun ikke tvungent forsikret mod arbejdsløshed og var derfor ikke at anse for »arbejdstager« som defineret i denne forordnings artikel 1, litra a), nr. ii), sammenholdt med punkt I C i forordningens bilag I [8]. Den nationale ret vurderede derefter, om hun kunne støtte sit

7 — Forordning af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 af 2.12.1996 om ændring og ajourføring af forordning (EØF) nr. 1408/71 og af forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT L 28, s. 1) (herefter »forordning nr. 1408/71«).

8 — Denne bestemmelse begrænser anvendelsesområdet for begrebet »arbejdstager« i henseende til afsnit III i forordning nr. 1408/71 om familieydelser til personer, der er tvungent forsikret mod arbejdsløshed, og personer, som i forbindelse med denne forsikring modtager kontantydelser fra sygeforsikringen eller dertil svarende ydelser.

krav på artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68. Hvad angår hendes status som arbejdstager fastslog den, at Wendy Geven i betragtning af den varige karakter af hendes beskæftigelse havde et reelt ansættelsesforhold i den i sagen omhandlede periode. Imidlertid rejser retten det spørgsmål, om hun — som grænsearbejder, der udøver lønnet beskæftigelse i Tyskland med bopæl i Nederlandene — uden begrænsning kan påberåbe sig artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 med hensyn til den tyske børnepasningsydelse. På grundlag af den antagelse, at Wendy Geven faktisk kunne påberåbe sig beskyttelsen i henhold til denne bestemmelse, udtrykte retten herefter tvivl med hensyn til, om den manglende ligebehandling af grænsearbejdere, der var forårsaget af kravet om at have beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang, kunne begrundes sagligt. I lyset af disse betragtninger har Bundessozialgericht besluttet at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»Er fællesskabsretten (navnlig artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet) til hinder for, at Forbundsrepublikken Tyskland udelukker en statsborger fra en anden medlemsstat med bopæl i den pågældende stat, som i Tyskland udøver en beskæftigelse i ubetydeligt omfang (mellem 3 og 14 timer pr. uge), fra at modtage tysk børnepasningsydelse, fordi den pågældende hverken har bopæl eller sædvanligt ophold i Tyskland?«

12. Wendy Geven, den tyske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

IV — Sammenfatning af parternes indlæg

13. For det første skal det anføres, at alle de parter, der har indgivet skriftlige indlæg, er enige med Bundessozialgericht i dennes konstatering af, at Wendy Geven ikke kan støtte ret på forordning nr. 1408/71 med henblik på at opnå børnepasningsydelse i Tyskland. Det følger af bilag I, punkt I.C, til den nævnte forordning, sammenholdt med den omstændighed, at efter § 27, stk. 2, i SGB's tredje bog er personer med beskæftigelse i ubetydeligt omfang ikke obligatorisk forsikret mod arbejdsløshed, at hun falder uden for det personelle anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71.

14. Wendy Geven har derfor påberåbt sig artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 og artikel 39 EF til støtte for sin påstand om, at hun er berettiget til ligebehandling i henseende til tildeling af en social fordel, såsom børnepasningsydelse. Hun har anført, at det arbejde, hun udførte som et led i sit beskæftigelsesforhold, ikke kan betragtes som et rent marginalt supplement, og hun må derfor anses for arbejdstager i henseende til anvendelsen af disse bestemmelser i fællesskabslovgivningen. Bopælskravet i BErzGG's § 1, stk. 1, nr. 1, forskelsbehandler indirekte grænsearbejdere. Hertil kommer, at

mens personer med beskæftigelse i ubetydeligt omfang, som bor i Tyskland, modtager ydelsen, skal grænsearbejdere derimod bevise, at deres aktiviteter ligger over grænsen for beskæftigelse i ubetydeligt omfang. At stille krav om, at ydelsesmodtagere skal have en tæt tilknytning til det tyske arbejdsmarked, er i strid med det formål, under hensyn til hvilket børnepasningsydelsen tildeles, nemlig at gøre det muligt at være ude af beskæftigelse i en periode.

15. Den tyske regering har anført, at den ikke i medfør af artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, sammenholdt med artikel 39 EF, er forpligtet til at tildele børnepasningsydelse til personer, som kun har beskæftigelse i ubetydeligt omfang i Tyskland og har bopæl i en anden medlemsstat. Den har påpeget, at når forordning nr. 1408/71 endegyldigt regulerer de tilfælde, i hvilke børnepasningsydelse kan eksporteres, og ikke fastsætter, at personer med beskæftigelse i ubetydeligt omfang kan eksportere denne, må artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 ikke fortolkes i modstrid med dette resultat. Den har i så henseende henvist til artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 [9].

9 — »Denne forordning berører ikke de bestemmelser, som er vedtaget i medfør af traktatens artikel [42].«

16. Den tyske regering er i tvivl om, hvorvidt forordning nr. 1612/68 finder anvendelse på Wendy Geven i betragtning af, at hendes erhvervsmæssige aktiviteter udgør et rent marginalt supplement. Når der ikke foreligger en nærmere specificering af, hvornår en aktivitet skal anses for et rent marginalt supplement, har den fremført, at den opfattelse, som den forelæggende ret har givet udtryk for i så henseende, ikke kan anses for afgørende. Den tyske regering har anerkendt, at BErzGG's bopælskrav kan udgøre indirekte forskelsbehandling, men er af den opfattelse, at kravet er berettiget med henblik på at sikre, at der er en reel tilknytning mellem ydelsesmodtageren og det tyske samfund. I modsætning til de ydelser, der er knyttet til erhvervsmæssige aktiviteter, er ydelser, som er knyttet til bopælen, baseret på idéen om det solidariske samfund. Hvis en grænsearbejder i Wendy Gevens situation fik adgang til børnepasningsydelse i Tyskland, ville hun uretmæssigt — til trods for bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 — kunne oppebære de bopælsbaserede sociale ydelser i begge lande og kumulere dem.

17. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at Domstolen bør være tilbageholdende med hensyn til at åbne for, at forordning nr. 1612/68 anvendes til at fravige forordning nr. 1408/71 og derved gøre det muligt at eksportere en social fordel, der på lige fod er tiltænkt hjemmehørende arbejdstagere og vandrende arbejdstagere, som bor på værtsmedlemsstatens område, til en grænsearbejder bosat i en anden medlemsstat. Wendy Geven søger at støtte sig på artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68,

netop fordi personer i hendes situation udtrykkeligt blev udelukket af fællesskabslovgiver fra adgang til denne ydelse efter forordning nr. 1408/71.

18. Det Forenede Kongeriges regering har påpeget, at der i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 ikke normalt er mulighed for eksport af sociale fordele. Derimod er bestemmelsen beregnet på hovedsageligt at bistå en vandrende arbejdstager og dennes familie med at etablere sig i det land, hvor arbejdstageren har beskæftigelse. Det Forenede Kongeriges regering har fastholdt, at det er indlysende, at børnepasningsydelsen ingen forbindelse har til Wendy Gevens aktivitet som arbejdstager, og at den ikke støttes på beskæftigelsesforholdet i sig selv. Hovedformålet med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 er at give indenlandske og vandrende arbejdstagere adgang til de samme sociale fordele på værtsmedlemsstatens område. Formålet er ikke at tvinge medlemsstaterne til objektivt at retfærdiggøre, at de ikke stiller disse sociale fordele til rådighed for personer, der er bosat i andre medlemsstater. Det Forenede Kongeriges regering er enig med den forelæggende ret i, at den omstændighed, at forordning nr. 1612/68 ikke indeholder koordineringsbestemmelser, kunne tale for en begrænset anvendelse af denne forordnings artikel 7, stk. 2, i henseende til eksport af sociale fordele, særligt når der er tale om grænsearbejdere, der i reglen også har adgang til tilsvarende sociale fordele i den medlemsstat, som er deres bopælsstat.

19. Kommissionen har anført, at hvis en person ikke falder ind under forordning nr. 1408/71's personelle anvendelsesområde, betyder dette ikke, at forordning nr. 1612/68 er uanvendelig. Den har gjort gældende, at det ikke af artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 kan udledes, at denne forordning ikke finder anvendelse på ydelser, der er omfattet af forordning nr. 1408/71. Den har dernæst henvist til, at begrebet arbejdstager har en fællesskabsretlig betydning, og anført, at hvis en person opfylder de kriterier, der er fastslået i Domstolens retspraksis [dvs. 1) præsterer ydelser for en anden og efter dennes anvisninger, 2) i en vis periode og 3) mod vederlag] [10], er den eneste omstændighed, der kan fratage ham denne status, at de omhandlede aktiviteter udgør et rent marginalt supplement. Den tyske regering har ikke forklaret, hvorfor beskæftigelse i ubetydeligt omfang må betragtes som et rent marginalt supplement.

20. Kommissionen har mindet om, at Domstolen allerede har fastslået, at en medlemsstat ikke kan gøre tildeling af en social fordel i artikel 7, stk. 2's forstand betinget af, at modtagerne heraf har bopæl på dens område [11]. Den er af den opfattelse, at sociale fordele ikke udelukkende er sådanne, som er knyttet til en arbejdskontrakt, men også sådanne, som medlemsstaterne tildeler deres borgere enten på grund af deres objektive status som arbejdstagere, eller fordi de har

10 — Jf. f.eks. dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie Blum, Sml. s. 2121, præmis 17, af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 13, og af 6.11.2003, sag C-413/01, Ninni Orasche, Sml. I, s. 13187, præmis 24.

11 — Meeusen-dommen, præmis 21.

bopæl på deres område. Grænsearbejdere kan påberåbe sig artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 på samme måde som vandrende arbejdstagere, som er flyttet til den medlemsstat, hvor de har beskæftigelse.

V — Stillingtagen

A — *Indledende bemærkninger*

21. Indledningsvis skal det nævnes, at Wendy Geven af de af Bundessozialgericht anførte grunde, som alle de parter, der har indgivet skriftlige indlæg [12], har tilsluttet sig, ikke kan støtte ret på forordning nr. 1408/71 med henblik på at opnå børnepasningsydelse i Tyskland. Det er uomtvistet, at hun falder uden for denne forordnings personelle anvendelsesområde for så vidt angår familieydelser i den pågældende medlemsstat. Der er derfor ikke grund til at diskutere sagen ud fra den synsvinkel, om forordning nr. 1408/71 finder anvendelse.

22. Dernæst skal det konstateres, at Wendy Geven skal anses for arbejdstager i henseende til artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68. Det er almindeligt anerkendt, at for at falde under definitionen på en »arbejdstager« skal der være tale om en person, der udøver en reel og faktisk beskæftigelse, bortset fra beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement. Det afgørende kendetegn ved et arbejdsforhold er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger [13]. Ved anvendelse af disse kriterier fastslog Bundessozialgericht, at Wendy Geven faktisk havde været i et reelt ansættelsesforhold i den i sagen omhandlede periode, og at dette navnlig fremgik af den langvarige karakter af hendes beskæftigelse.

23. Det skal nævnes, at denne omstændighed på et afgørende punkt adskiller Wendy Gevens situation fra fru Hartmanns [14]. I modsætning til fru Hartmann, som søger at opnå ret til tysk børnepasningsydelse indirekte via hendes mands status som grænsearbejder, støttes Wendy Gevens krav direkte på hendes egen status som EF-arbejdstager.

24. Wendy Gevens ansøgning om børnepasningsydelse blev afslået af Land Nordrhein-Westfalen, fordi hun hverken var bosat i Tyskland eller havde beskæftigelse i mere

12 — Jf. punkt 11 og 13 ovenfor.

13 — Jf. den i fodnote 10 nævnte retspraksis.

14 — Jf. punkt 2 ovenfor.

end ubetydeligt omfang i denne medlemsstat. Selv om det af Bundessozialgericht forelagte spørgsmål er udformet på en sådan måde, at det fokuserer på spørgsmålet om, hvorvidt Forbundsrepublikken Tyskland er afskåret fra at anvende bopælskravet over for personer med beskæftigelse i et ubetydeligt omfang i Tyskland, fremgår det af den nationale rets betragtninger i forelæggelseskendelsen, at den også er i tvivl med hensyn til berettigelsen af selve kriteriet vedrørende beskæftigelse i ubetydeligt omfang. Når grænsearbejdere pr. definition ikke kan opfylde et krav om bopæl i beskæftigelsesmedlemsstaten, er det grundlæggende spørgsmål, om det kriterium, som den nationale lovgivning anvender som betingelse for at se bort fra dette krav over for visse grænsearbejdere, men ikke over for andre grænsearbejdere, er foreneligt med fællesskabsretten.

25. Ud over at besvare spørgsmålet om foreneligheden af bopælskravet i BErzGG's § 1, stk. 1, med navnlig artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, skal det derfor også undersøges, om det er foreneligt eller ej med fællesskabsretten, at BErzGG's § 1, stk. 4, betinger ret til tysk børnepasningsydelse for grænsearbejdere af, at de har beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang, hvilket i henhold til national ret betyder, at retten hertil afhænger af, at de arbejder mere end 15 timer om ugen og mindst tjener 610 DEM (1997) eller 620 DEM (1998) herved.

B — *Bopælskravet*

26. I mit forslag til afgørelse i Hartmannsagen, som vil blive fremsat sammen med dette forslag, diskuterer jeg — inden for rammerne af en sag vedrørende et krav om børnepasningsydelse fremsat af den østrigske ægtefælle til en tysk statsborger, som var flyttet til Østrig, men fortsatte med at arbejde i Tyskland — spørgsmålet om, hvorvidt BErzGG's § 1, stk. 1, er forenelig med artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68. Jeg diskuterer alene dette som et subsidiært punkt efter at have konkluderet

— at grænsearbejdere kun har ret til at blive behandlet ens i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 i den medlemsstat, hvor de har beskæftigelse, for så vidt angår adgang til sociale fordele, i det omfang sådanne fordele direkte og udelukkende er knyttet til beskæftigelsen [15]

og

— at børnepasningsydelsen i Tyskland ikke i så tilstrækkelig grad er knyttet sam-

15 — Punkt 55 i forslaget til afgørelse.

men med beskæftigelsen eller den objektive status som arbejdstager, at den kan anses for en social fordel, med hensyn til hvilken grænsearbejdere kan kræve at blive behandlet ens i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 [16].

27. På grundlag af disse to konklusioner i mit forslag til afgørelse i Hartmann-sagen synes det at fremgå, at Wendy Geven ikke kan påberåbe sig artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 med henblik på at kræve ret til børnepasningsydelsen i Tyskland, eftersom denne sociale ydelse ikke i forhold til grænsearbejdere falder inden for denne bestemmelses beskyttelsesområde.

28. Med henblik på den mulighed, at det materielle anvendelsesområde for artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 vil kunne anses for bredere, og at denne bestemmelse faktisk finder anvendelse på grænsearbejdere i fru Hartmanns og fru Gevens situation, undersøgte jeg imidlertid i mit forslag til afgørelse i Hartmann-sagen også, om bopælskravet, der regulerer retten til børnepasningsydelsen i Tyskland, kunne begrundes objektivt i betragtning af den omstændighed, at det ikke er bestridt, at dette krav medfører indirekte forskelsbehandling af arbejdstagere, der ikke er bosat i Tyskland.

29. Idet jeg tilsluttede mig Bundessozialgerichts karakteristik af børnepasningsydelsen som et familiepolitisk middel rettet mod at forøge fødselstallet i Tyskland, var jeg af den opfattelse, at dette som sådan er et legitimt politisk mål, og at en sådan politik netop efter dens egen karakter skal sikre, at de anvendte foranstaltninger er målrettet mod personer, der har bopæl på de nationale områder. Det ville være absurd at antage, at medlemsstaterne på nogen måde skulle bidrage til den befolkningsmæssige udvikling i andre medlemsstater ved at udvide deres familiepolitiske instrumenter til også at gælde personer, der ikke er bosat på deres område. Jeg konkluderede derfor, at et bopælskrav er hensigtsmæssigt med henblik på at sikre, at børnepasningsydelsen tildeles til personer, der hører til medlemsstatens indenlandske befolkning, hvilket selvfølgelig ikke alene omfatter tyske statsborgere, men alle personer der lovligt har bopæl i Tyskland uanset deres statsborgerskab [17].

30. Det skal tilføjes, at selv om Domstolen har fastslået, at artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 kan omfatte sociale fordele, som samtidig falder under det særlige anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71 [18], indebærer dette ikke, at den førstnævnte bestemmelse kan fortolkes på en sådan måde, at den tillader konsekvenser, som den sidstnævnte forordning skal forebygge. Dette forekommer at være det præcise formål med artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 1612/68, i henhold til hvilken forordningen ikke berører de bestemmelser, som er

16 — Punkt 60 i forslaget til afgørelse.

17 — Punkt 69 i forslaget til afgørelse.

18 — Jf. dom af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 21.

vedtaget i medfør af artikel 42 EF, dvs. forordning nr. 1408/71. Denne bestemmelse skaber derfor et indbyrdes rangforhold mellem de to forordninger derved, at forordning nr. 1408/71 som den mere specielle forordning må gå forud for artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 i tilfælde, hvor anvendelsen af begge forordningerne fører til modstridende resultater.

31. Artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 er derfor ikke til hinder for, at Forbundsrepublikken Tyskland betinger retten til børnepasningsydelsen af, at modtageren har bopæl eller sædvanligt ophold i den pågældende medlemsstat. Afvisningen af at tildele Wendy Geven børnepasningsydelse på dette retsgrundlag var derfor berettiget.

32. Ikke desto mindre har den tyske lovgiver givet mulighed for børnepasningsydelse til grænsearbejdere, selv om disse ikke er bosat i Tyskland, på den betingelse, at de har beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang som defineret i national ret. Da betingelsen om beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang afskærer grænsearbejdere, der ikke udøver aktivitet over denne tærskel, fra ret til denne ydelse, skal det dernæst undersøges — og dette er det særlige spørgsmål i den foreliggende sag — om denne betingelse er forenelig med fællesskabsretten.

C — *Kravet om beskæftigelse i et vist mindste omfang*

33. Når forholdet er det, således som den tyske regering har fremført i sit skriftlige indlæg, at selv en fuldstændig udelukkelse af ikke hjemmehørende personer fra ret til børnepasningsydelse ville have været berettiget efter fællesskabsretten, var den tyske lovgivers udvidelse af en sådan ret til på visse betingelser også at gælde grænsearbejdere baseret på velvilje. Det følger heraf, at lovgiver var berettiget til at opstille en betingelse vedrørende omfanget af beskæftigelsesmæssig aktivitet i Tyskland med henblik på at sikre en tilknytning til det nationale arbejdsmarked.

34. Det er tvivlsomt, om denne slutning er korrekt. Når en medlemsstat, der udøver sit skøn, tildeler sine borgere visse rettigheder eller stiller fordele til rådighed, som er omfattet af EF-traktatens saglige anvendelsesområde, skal den overholde det helt grundlæggende forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er fastslået i artikel 12 EF, og som for så vidt angår arbejdstagere er udtrykt i artikel 39 EF.

35. I denne sammenhæng ser jeg en parallel til Domstolens dom i Trojani-sagen [19]. I denne sag fastslog Domstolen, at hvis det fremgår, at en fællesskabsborger, der ikke har en ret til ophold i medfør af de fællesskabsbestemmelser, der finder anvendelse, fordi

19 — Dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Sml. I, s. 7573.

vedkommende ikke råder over tilstrækkelige midler, ikke desto mindre var lovligt bosiddende i den pågældende medlemsstat i medfør af national ret, kunne vedkommende støtte ret på artikel 12 EF med henblik på at få social forsorgsydelse på lige fod med statsborgere i denne medlemsstat [20]. Med andre ord, når først en persons retsstilling i national lovgivning er blevet sidestillet med de i denne medlemsstat bosatte statsborgeres retsstilling, giver det den pågældende ret til ligebehandling for så vidt angår anliggender, der falder inden for traktatens anvendelsesområde.

36. I denne sag er det blevet klarlagt, at Wendy Geven, som det fremgår af punkt 22 ovenfor, har status som EF-arbejdstager. Trods den omstændighed, at hendes beskæftigelsesmæssige aktiviteter efter den omhandlede tyske lovgivning blev anset for at være af ubetydeligt omfang, var de efter den forelæggende rets opfattelse ikke tilstrækkeligt marginale eller underordnede til at udelukke hende fra definitionen på en EF-arbejdstager. Det skal tillige i denne sammenhæng fremhæves, at begrebet arbejdstager ikke kan defineres eller afgrænses ved henvisning til national lov, eftersom dette ville indebære, at anvendelsesområdet for de rettigheder, som EF-arbejdstagere har, ensidigt kunne ændres af medlemsstaterne uden nogen kontrol fra Fællesskabets institutioner [21]. Navnlig må medlemsstaterne ikke fra dette begrebs anvendelsesområde udelukke personer, der alene oppebærer løn, som er lavere end eksistensminimummet, navnlig hvor den pågældende kan supplere denne indkomst på anden måde, herunder indkomst indtjent af et familiemedlem [22]. Kriteriet om, at der skal foreligge beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang, som defineret i § 8, stk. 1, nr. 1, i SGB's fjerde bog, kan ikke fratage Wendy Geven de rettigheder, hun har som EF-arbejdstager.

37. Kravet om, at der skal foreligge beskæftigelse i et ikke ubetydeligt omfang, finder kun anvendelse på grænsearbejdere og blev indført med henblik på at udvide retten til børnepasningsydelse til personer, der ikke er bosat i Tyskland, men som udøver erhvervsmæssig virksomhed dér i et tilstrækkeligt omfang.

38. Trods denne generøse målsætning, som den tyske lovgiver har haft, fremgår det tydeligt, at kravet om beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang fører til en sondring mellem forskellige grupper af arbejdstagere for så vidt angår berettigelse til børnepasningsydelse. Der sondres mellem to grupper af grænsearbejdere, der arbejder i Tyskland (dem over og dem under tærsklen for beskæftigelse i ubetydeligt omfang), uanset at disse grænsearbejdere i forhold til formålet med børnepasningsydelsen om at øge fødselstallet alle er i samme situation, nemlig at de ikke bidrager til at opfylde dette formål. Der sondres ved dette krav også mellem grænsearbejdere med beskæftigelse i ubetydeligt omfang og i Tyskland bosatte personer, som ligeledes har beskæftigelse i ubetydeligt omfang, eftersom de sidstnævnte har

20 — Jf. dommens præmis 37-46.

21 — Dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 11, og af 3.7.1986, sag 139/85, Kempf, Sml. s. 1741, præmis 15.

22 — Kempf-dommen, nævnt i fodnote 21, præmis 14.

ret til denne børnepasningsydelse. Endelig sondres der mellem grænsearbejdere med beskæftigelse i ubetydeligt omfang i Tyskland og tyske grænsearbejdere, som arbejder i nabolandene, og hvilke sidstnævnte, uanset at de ikke har beskæftigelse i Tyskland og uanset karakteren af deres beskæftigelse, er berettiget til børnepasningsydelse på basis af den omstændighed, at de er bosat i Tyskland.

39. Eftersom grænsearbejdere, der har beskæftigelse i Tyskland, som hovedregel er statsborgere i den medlemsstat, hvor de er bosat, udgør denne forskellige behandling af arbejdstagere, der er aktive på det samme tyske arbejdsmarked, som følge af kravet om beskæftigelse i mere end ubetydeligt omfang, indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Hvis dette krav ikke kan begrundes objektivt og ikke kan anses for at stå i et rimeligt forhold til det formål, det skal opfylde, strider det mod artikel 39 EF.

40. I punkt 29 ovenfor, hvori der også er henvist de relevante afsnit i mit forslag til afgørelse i Hartmann-sagen vedrørende dette spørgsmål, har jeg allerede anført, at børnepasningsydelse tjener langsigtede demografiske formål ved at belønne personer, der tager fri eller ikke påtager sig beskæftigelse med henblik på at kunne passe deres børn i den tidlige barndom. Det søges hermed at øge fødselstallet i Tyskland. I betragtning af denne målsætning er det fuldt ud forklarligt, at betingelserne i BErzGG's § 1, stk. 1, er uden forbindelse til beskæftigelse. Jeg er enig med Bundessozialgericht, når den anfører, at kravet om beskæftigelse i et vist omfang i Tyskland netop i forbindelse med børnepasningsydelse i sig selv er paradoksalt, især fordi denne ydelse ikke mindst skal gøre det lettere at give afkald på en erhvervsmæssig beskæftigelse, og der ligger en klar selvmodsigelse i den omstændighed, at der på en og samme tid gælder en udelukkelse af personer med fuldtidsbeskæftigelse og for grænsearbejdere et krav om at ligge over tærsklen for beskæftigelse i ubetydeligt omfang.

41. Det fremgår således, at kravet om beskæftigelse i et vist mindste omfang ikke har betydning for de målsætninger, på grundlag af hvilke børnepasningsydelsen tildeles, og derfor er uhensigtsmæssigt som betingelse. Da det ikke kan betragtes som begrundet, strider det mod forbuddet mod forskelsbehandling som omhandlet i artikel 39 EF.

VI — Forslag til afgørelse

42. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, som Bundessozialgericht har forelagt, således:

— Artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet er ikke til hinder for, at Forbundsrepublikken Tyskland udelukker en statsborger fra en anden medlemsstat med bopæl i denne medlemsstat fra at modtage tysk børnepasningsydelse, fordi den pågældende hverken har bopæl eller sædvanligt ophold i Tyskland.

— Artikel 39 EF er til hinder for, at Forbundsrepublikken Tyskland udelukker en statsborger fra en anden medlemsstat med bopæl i denne medlemsstat, som arbejder i Tyskland mellem 3 og 14 timer pr. uge, fra at modtage tysk børnepasningsydelse med den begrundelse, at den pågældende alene har beskæftigelse i ubetydeligt omfang, hvilket i national lovgivning defineres som beskæftigelse, der sædvanligvis udøves i mindre end 15 timer om ugen.