CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 28 september 2006 [1]

I — Inleiding

1. In het Duitse Bundeserziehungsgeldgesetz (federale wet inzake ouderschapsuitkering; hierna: „BErzGG") is voor de toekenning van ouderschapsuitkering onder meer als voorwaarde gesteld dat de uitkeringsgerechtigde in Duitsland woont. Dit sociaal voordeel wordt echter eveneens toegekend aan grensarbeiders, mits zij een meer dan gering dienstverband in Duitsland hebben. De belangrijkste vraag in deze zaak, die is voorgelegd door het Bundessozialgericht, is of dit vereiste van een meer dan gering dienstverband, zoals nader gedefinieerd in het nationale recht, verenigbaar is met artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68 [2], dat gelijke behandeling van migrerende werknemers met nationale werknemers garandeert ten aanzien van het recht op sociale voordelen in de lidstaat van arbeid. [3]

2. Tegelijk met deze zaak heeft het Bundessozialgericht het Hof vragen gesteld over dezelfde woonplaatsvoorwaarde met betrekking tot de Oostenrijkse echtgenote van een Duitse ambtenaar die, nadat hij zijn woonplaats had overgebracht naar Oostenrijk, bij zijn werkgever in Duitsland bleef werken: zaak C-212/05, Hartmann. Voor zover de bespreking in mijn conclusie in die zaak [4] ook de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde punten bestrijkt, zal ik mij beperken tot verwijzing naar de desbetreffende passages in die conclusie, om nodeloze herhaling te vermijden.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Verordening van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (hierna: „verordening nr. 1612/68", PB L 257, blz. 2).

3 — Tevens heeft de Commissie met betrekking tot dezelfde bepalingen van nationaal recht een niet-nakomingsprocedure ingevolge artikel 226 EG ingeleid tegen de Bondsrepubliek Duitsland. Zie zaak C-307/06, Commissie/Duitsland.

4 — Eveneens van vandaag.

II — De relevante bepalingen

A — *Het gemeenschapsrecht*

3. Artikel 7, leden 1 en 2, van verordening nr. 1612/68 bepaalt het volgende:

„1. Een werknemer die onderdaan is van een lidstaat mag op het grondgebied van andere lidstaten niet op grond van zijn nationaliteit anders worden behandeld dan de nationale werknemers wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag, en, indien hij werkloos is geworden, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling.

2. Hij geniet er dezelfde sociale en fiscale voordelen als de nationale werknemers."

B — *Het nationale recht*

4. Ingevolge § 1, lid 1, BErzGG, in de versie van 31 januari 1994 [5], heeft recht op ouderschapsuitkering eenieder 1) die woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in Duitsland, 2) tot wiens huishouding een te zijnen laste komend kind behoort, 3) die dit kind zelf verzorgt en grootbrengt, en 4) die geen of geen voltijdse arbeid verricht.

5. Op grond van § 1, lid 4, BErzGG hebben EG-onderdanen en grensarbeiders uit de direct aan Duitsland grenzende landen recht op uitkering, mits zij in Duitsland meer dan geringe arbeid verrichten.

6. Volgens § 8, lid 1, sub 1, van boek IV van het Sozialgesetzbuch (hierna: „SGB"), in de destijds geldende versie van 13 juni 1994 [6], is sprake van geringe arbeid wanneer in de regel minder dan vijftien uur per week arbeid wordt verricht en de maandelijkse beloning in de regel niet meer bedraagt dan een zevende van het maandbedrag als bedoeld in § 18 SGB IV. Dit bedrag was 610 DEM in 1997 en 620 DEM in 1998.

7. Ingevolge § 27, lid 2, SGB III zijn personen met een gering dienstverband niet verplicht verzekerd tegen werkloosheid.

5 — BGBl. I, blz. 180.

6 — BGBl. I, blz. 1229.

III — De feiten en het procesverloop

8. W. Geven bezit de Nederlandse nationaliteit. Ten tijde van de geboorte van haar zoon, op 18 december 1997, woonde zij in Nederland met haar Duitse echtgenoot, die eveneens in Nederland werkte. Tot het begin van het zwangerschapsverlof voorafgaand aan de geboorte van haar zoon werkte Geven in verschillende bijbaantjes in Nederland en Duitsland. Na haar zwangerschapsverlof werkte zij uitsluitend in Duitsland. Haar arbeidsduur in het eerste levensjaar van het kind varieerde van drie tot veertien uur per week en haar wekelijkse verdiensten varieerden van 40 tot 168,87 DEM.

9. Het Land Nordrhein-Westfalen wees verzoeksters aanvraag om ouderschapsuitkering voor het eerste levensjaar van haar zoon af, daar zij geen woonplaats of gewone verblijfplaats in de Bondsrepubliek Duitsland had en evenmin een dienstverband van meer dan vijftien uur. Als persoon met een gering dienstverband was zij ook geen werknemer in de zin van verordening (EEG) nr. 1408/71.[7]

10. Geven vocht deze beslissing zonder succes aan, eerst bij het Sozialgericht Münster en vervolgens in beroep bij het Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen. Daarop legde zij de zaak voor aan het Bundessozialgericht, dat de behandeling heeft geschorst en het Hof krachtens artikel 234 EG om een prejudiciële beslissing heeft verzocht.

11. In zijn verwijzingsbeslissing stelde het Bundessozialgericht om te beginnen vast dat Geven geen recht op ouderschapsuitkering kon ontlenen aan verordening nr. 1408/71. Als persoon met een gering dienstverband was zij niet verplicht verzekerd tegen werkloosheid en was zij dus geen „werknemer" in de zin van artikel 1, sub a-ii, van die verordening, juncto punt I, C[8], van bijlage I bij de verordening. De nationale rechter ging vervolgens na of zij haar aanspraak kon

7 — Verordening van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996 tot wijziging en bijwerking van verordening (EEG) nr. 1408/71 en van verordening (EEG) nr. 574/72 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 (PB L 28, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1408/71").

8 — Deze bepaling beperkt de draagwijdte van het begrip „werknemer" voor de toepassing van titel III van verordening nr. 1408/71 inzake gezinsbijslagen tot personen die verplicht verzekerd zijn tegen werkloosheid en tot personen die uit hoofde van een dergelijke verzekering uitkering wegens ziekte of vergelijkbare uitkeringen ontvangen.

baseren op artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68. Met betrekking tot de status van Geven als werknemer stelde hij vast dat zij ten tijde van de feiten een reële arbeidsverhouding had, gezien de lange duur van haar dienstverband. De nationale rechter vraagt zich echter af of zij zich als grensarbeider, die haar arbeid in loondienst in Duitsland verricht vanuit haar woonplaats in Nederland, onbeperkt op artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 kan beroepen voor het recht op Duitse ouderschapsuitkering. Aangenomen dat zij de bescherming van deze bepaling inderdaad kon inroepen, sprak de verwijzende rechter vervolgens zijn twijfel erover uit of de ongelijke behandeling van grensarbeiders als gevolg van het vereiste van een meer dan gering dienstverband, objectief kon worden gerechtvaardigd. In verband met deze overwegingen heeft het Bundessozialgericht het Hof de volgende vraag gesteld:

„Volgt uit het gemeenschapsrecht (in het bijzonder uit artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap) dat het de Bondsrepubliek Duitsland niet is toegestaan, een persoon met de nationaliteit van een andere lidstaat, die in deze staat woont en in Duitsland een beperkt dienstverband heeft (tussen 3 en 14 uur per week), uit te sluiten van de Duitse ouderschapsuitkering op grond dat hij geen woonplaats of gewone verblijfplaats in Duitsland heeft?"

12. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Geven, de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk, en de Commissie.

IV — Samenvatting van de opmerkingen

13. In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, instemmen met het oordeel van het Bundessozialgericht dat Geven aan verordening nr. 1408/71 geen recht op ouderschapsuitkering in Duitsland kan ontlenen. Uit punt I, C, van bijlage I bij die verordening in samenhang met § 27, lid 2, SGB III, volgt dat personen met een gering dienstverband niet verzekerd zijn voor het risico van werkloosheid, zodat zij buiten de personele werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 valt.

14. Geven beroept zich daarom op artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 en artikel 39 EG ten betoge dat zij recht heeft op gelijke behandeling met betrekking tot de toekenning van een sociaal voordeel zoals de ouderschapsuitkering. Zij stelt dat, daar de arbeid die zij in het kader van haar arbeidsverhouding verrichtte niet als marginaal en bijkomstig was te beschouwen, zij voor de toepassing van deze bepalingen van gemeenschapsrecht moet worden aangemerkt als werknemer. De woonplaatsvoorwaarde van § 1, lid 1, sub 1, BErzGG vormt indirecte

discriminatie van grensarbeiders. Bovendien krijgen personen met een gering dienstverband die in Duitsland wonen, de uitkering wel, terwijl grensarbeiders moeten aantonen dat hun arbeid boven de grens van een gering dienstverband ligt. Van uitkeringsgerechtigden te eisen dat zij een nauwe band hebben met de Duitse arbeidsmarkt is in tegenspraak met het doel waarvoor de ouderschapsuitkering wordt verstrekt, dat wil zeggen het mogelijk te maken dat men een tijdlang geen arbeid verricht.

15. De Duitse regering stelt dat zij op grond van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68, gelezen in samenhang met artikel 39 EG, niet verplicht is, personen die in Duitsland slechts geringe arbeid verrichten en in een andere lidstaat wonen ouderschapsuitkering te verstrekken. Verordening nr. 1408/71 geeft een uitputtende regeling van de gevallen waarin ouderschapsuitkering kan worden geëxporteerd, en treft geen regeling voor personen met een gering dienstverband. Artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 dient niet aldus te worden uitgelegd dat dit resultaat teniet wordt gedaan. De Duitse regering verwijst in dit verband naar artikel 42, lid 2, van verordening nr. 1612/68. [9]

9 — „Deze verordening doet geen afbreuk aan de overeenkomstig artikel [42] van het Verdrag vastgestelde bepalingen."

16. De Duitse regering betwijfelt of verordening nr. 1612/68 op Geven van toepassing is, gezien het marginale en bijkomstige karakter van haar beroepswerkzaamheden. Daar niet is gespecificeerd wanneer een activiteit moet worden beschouwd als marginaal en bijkomstig, kunnen de overwegingen van de verwijzende rechter ter zake niet als concludent worden beschouwd. De Duitse regering erkent dat de woonplaatsvoorwaarde van het BErzGG wellicht indirecte discriminatie vormt, maar zij acht deze gerechtvaardigd ter verzekering dat er een werkelijk verband bestaat tussen de uitkeringsgerechtigde en de Duitse samenleving. In tegenstelling tot uitkeringen die zijn gekoppeld aan beroepsactiviteiten, zijn uitkeringen die aansluiten bij de woonplaats gebaseerd op het begrip solidariteit binnen de samenleving. Indien een grensarbeider in de situatie van Geven toegang zou krijgen tot de ouderschapsuitkering in Duitsland, zou deze ten onrechte — in weerwil van de bepalingen van verordening nr. 1408/71 — kunnen profiteren van de op woonplaats gebaseerde sociale voordelen in beide landen en deze kunnen combineren.

17. Volgens het Verenigd Koninkrijk moet het Hof niet snel toestaan dat van verordening nr. 1612/68 gebruik wordt gemaakt om af te wijken van verordening nr. 1408/71 met als doel een sociaal voordeel, dat is bedoeld voor op het grondgebied van de gastlidstaat wonende nationale en migrerende werknemers, te exporteren naar een in een andere lidstaat gevestigde grensarbeider. Geven beroept zich juist op artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 omdat personen in

haar situatie door de gemeenschapswetgever uitdrukkelijk zijn uitgesloten van toegang tot dit recht op grond van verordening nr. 1408/71.

18. Het Verenigd Koninkrijk merkt op dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 normaal gesproken niet voorziet in de export van sociale voordelen. Het is juist vooral bedoeld om een migrerend werknemer en zijn gezin te helpen bij hun vestiging in het land waar de werknemer werkt. Duidelijk is dat de ouderschapsuitkering geen verband houdt met de activiteiten van Geven als werknemer en niet gebaseerd is op de arbeidsverhouding zelf. De primaire bedoeling van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 is, nationale en migrerende werknemers toegang te verlenen tot dezelfde sociale voordelen op het grondgebied van de gastlidstaat. De bedoeling is niet, de lidstaten te dwingen om een objectieve rechtvaardiging te verschaffen voor het feit dat zij die sociale voordelen niet beschikbaar stellen aan personen die op het grondgebied van andere lidstaten wonen. De regering van het Verenigd Koninkrijk is het met de verwijzende rechter eens dat het feit dat coördinatievoorschriften in verordening nr. 1612/68 ontbreken, zeer wel kan wijzen op een beperkte toepassing van artikel 7, lid 2, van die verordening wat betreft de export van sociale voordelen, met name in het geval van grensarbeiders, die gewoonlijk tevens toegang hebben tot vergelijkbare sociale voordelen in hun woonlidstaat.

19. De Commissie stelt dat, zo iemand niet binnen de personele werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 valt, dit niet betekent dat verordening nr. 1612/68 niet toepasselijk is. Uit artikel 42, lid 2, van verordening nr. 1612/68 kan niet worden afgeleid dat deze verordening niet van toepassing is op uitkeringen die onder verordening nr. 1408/71 vallen. Voorts heeft het begrip werknemer een communautaire betekenis, en wanneer iemand voldoet aan de in de rechtspraak van het Hof neergelegde criteria [dat wil zeggen, 1) voor een ander en onder diens gezag prestaties leveren; 2) gedurende een bepaalde tijd; 3) tegen beloning] [10], kan hem die status enkel worden onthouden wanneer de betrokken activiteiten zijn te beschouwen als marginaal en bijkomstig. De Duitse regering heeft niet uitgelegd waarom een gering dienstverband moet worden beschouwd als marginaal en bijkomstig.

20. De Commissie herinnert eraan dat het Hof eerder heeft bepaald dat een lidstaat de toekenning van een sociaal voordeel in de zin van artikel 7, lid 2, niet afhankelijk mag stellen van de voorwaarde dat de uitkeringsgerechtigde op het grondgebied van die staat woont. [11] De Commissie is van mening dat sociale voordelen niet alleen die voordelen zijn die zijn verbonden aan een arbeidsovereenkomst, maar ook die welke de lidstaten hun burgers toekennen, hetzij vanwege hun

10 — Zie bijvoorbeeld arresten van 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Jurispr. blz. 2121, punt 17), 8 juni 1999, Meeusen (C-337/97, Jurispr. blz. I-3289, punt 13), en 6 november 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Jurispr. blz. I-13187, punt 24).

11 — Arrest Meeusen, aangehaald in vorige voetnoot, punt 21.

objectieve status van werknemer, hetzij omdat zij op hun grondgebied wonen. Grensarbeiders kunnen zich evenzeer op artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 beroepen als migrerende werknemers die zijn verhuisd naar de lidstaat waar zij werken.

V — Beoordeling

A — *Inleidende opmerkingen*

21. Vooraf moet worden opgemerkt dat Geven zich, om de redenen die door het Bundessozialgericht zijn genoemd en waarmee alle partijen die opmerkingen hebben ingediend instemmen [12], niet kan beroepen op verordening nr. 1408/71 om toegang te verkrijgen tot de ouderschapsuitkering in Duitsland. Niet in geschil is dat zij wat het recht op gezinsbijslagen betreft niet binnen de personele werkingssfeer van deze verordening valt. De zaak behoeft dan ook niet te worden besproken vanuit het gezichtspunt van de mogelijke toepasselijkheid van verordening nr. 1408/71.

22. Vervolgens moet worden opgemerkt dat Geven moet worden beschouwd als werknemer in de zin van artikel 39 EG en verordening nr. 1612/68. Het is algemeen aanvaard dat voor de hoedanigheid van werknemer vereist is dat een persoon reële en daadwerkelijke arbeid verricht, die niet van zo geringe omvang is dat het om louter marginale en bijkomstige werkzaamheden gaat. Het kenmerk van de arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt. [13] Onder toepassing van deze criteria heeft het Bundessozialgericht vastgesteld dat Geven op het relevante tijdstip een reële arbeidsverhouding had en dat dit met name volgde uit de lange duur van haar dienstverband.

23. Er moet op worden gewezen dat dit feit het geval Geven in één belangrijk opzicht onderscheidt van de zaak Hartmann. [14] Anders dan Hartmann, die indirect, via de status van haar echtgenoot als grensarbeider, aanspraak maakt op Duitse ouderschapsuitkering, is de aanspraak van Geven rechtstreeks gebaseerd op haar persoonlijke status als communautair werknemer.

24. Het verzoek van Geven om ouderschapsuitkering werd door het Land Nordrhein-Westfalen afgewezen op grond dat zij niet in Duitsland woonde en evenmin een

12 — Zie punten 11 en 13 van deze conclusie.

13 — Zie de in voetnoot 10 aangehaalde rechtspraak.

14 — Zie punt 2 van deze conclusie.

meer dan gering dienstverband in Duitsland had. Hoewel de verwijzing door het Bundessozialgericht is geformuleerd met de nadruk op de vraag of het de Bondsrepubliek Duitsland verboden is, de woonplaatsvoorwaarde toe te passen op personen met een gering dienstverband in Duitsland, blijkt uit de overwegingen van de nationale rechter in zijn verwijzingsbeslissing dat hij zich tevens afvraagt of het criterium van een meer dan gering dienstverband op zich te rechtvaardigen is. Daar grensarbeiders per definitie niet kunnen voldoen aan de voorwaarde dat zij wonen in de werklidstaat, is de centrale vraag immers of het criterium dat door de nationale wetgever wordt aangelegd om voor bepaalde grensarbeiders deze eis te laten vallen en voor andere grensarbeiders niet, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

25. Derhalve moet niet alleen antwoord worden gegeven op de vraag of de woonplaatsvoorwaarde van § 1, lid 1, sub 1, BErzGG verenigbaar is met artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68, maar ook moet worden onderzocht of al dan niet met het gemeenschapsrecht verenigbaar is dat § 1, lid 4, BErzGG het recht op Duitse ouderschapsuitkering voor grensarbeiders ervan afhankelijk stelt dat zij een meer dan gering dienstverband in Duitsland hebben, wat naar nationaal recht betekent dat dit recht ervan afhangt of zij meer dan vijftien uur per week werken en meer verdienen dan een minimum van 610 DEM (1997) of 620 DEM (1998).

B — *De woonplaatsvoorwaarde*

26. In mijn conclusie in de zaak Hartmann, die tegelijk met deze conclusie wordt genomen, ben ik ingegaan op de verenigbaarheid van de woonplaatsvoorwaarde van § 1, lid 1, sub 1, BErzGG met artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 in het kader van de aanspraak op ouderschapsuitkering van de Oostenrijkse echtgenote van een Duits onderdaan die naar Oostenrijk was verhuisd maar in Duitsland was blijven werken. Deze kwestie heb ik alleen besproken als subsidiair punt, na te hebben vastgesteld

— dat grensarbeiders ingevolge artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 slechts recht hebben op gelijke behandeling in de lidstaat van arbeid met betrekking tot de toekenning van sociale voordelen, voor zover dergelijke voordelen rechtstreeks en uitsluitend arbeidsgerelateerd zijn [15]

en

— dat de ouderschapsuitkering niet voldoende gerelateerd is met arbeid of de

15 — Punt 55 van die conclusie.

objectieve status van werknemer om te kunnen worden beschouwd als een sociaal voordeel ten aanzien waarvan grensarbeiders aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling ingevolge artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68. [16]

27. Op basis van deze twee vaststellingen in mijn conclusie in de zaak Hartmann lijkt Geven zich niet te kunnen beroepen op artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 voor een recht op ouderschapsuitkering in Duitsland, daar dit sociaal voordeel voor zover het grensarbeiders betreft niet onder de bescherming van deze bepaling valt.

28. Voor het geval echter dat de materiële werkingssfeer van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 wellicht ruimer moest worden opgevat en dat deze bepaling wel op grensarbeiders in de situatie van Hartmann en Geven van toepassing is, ben ik in mijn conclusie in de zaak Hartmann tevens nagegaan of de woonplaatsvoorwaarde voor het recht op ouderschapsuitkering in Duitsland, objectief gerechtvaardigd kon worden, gelet op het feit dat deze voorwaarde onbetwist indirecte discriminatie is van niet in Duitsland wonende werknemers.

29. In navolging van de karakterisering van de ouderschapsuitkering door het Bundessozialgericht als een instrument van nationaal gezinsbeleid dat gericht is op de bevordering van het geboortecijfer in Duitsland, overwoog ik dat dit op zich een legitieme beleidsdoelstelling is, en dat dergelijk beleid vanzelfsprekend moet verzekeren dat de genomen maatregelen gericht zijn op de bewoners van het nationale grondgebied. Het zou ongerijmd zijn te menen dat de lidstaten hoe dan ook zouden moeten bijdragen aan de demografische ontwikkeling in andere lidstaten door hun instrumenten van gezinsbeleid uit te breiden tot personen die niet op hun grondgebied wonen. Ik concludeerde dan ook dat een woonplaatsvoorwaarde passend is om te verzekeren dat de ouderschapsuitkering wordt verstrekt aan personen die behoren tot de nationale bevolking van de lidstaat, hetgeen vanzelfsprekend niet alleen personen met de Duitse nationaliteit omvat maar alle legaal in Duitsland wonende personen, ongeacht hun nationaliteit. [17]

30. Ik voeg daaraan toe dat het Hof wel heeft verklaard dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 van toepassing kan zijn op sociale voordelen die tegelijkertijd binnen de specifieke werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 vallen [18], maar dit betekent niet dat eerstgenoemde bepaling aldus kan worden uitgelegd dat zij gevolgen toelaat die laatstgenoemde verordening wil tegengaan. Dit lijkt precies de bedoeling van artikel 42, lid 2, van verordening nr. 1612/68, volgens

16 — Punt 60 van die conclusie.

17 — Punt 69 van die conclusie.

18 — Zie arrest van 10 maart 1993, Commissie/Luxemburg (C-111/91, Jurispr. blz. I-817, punt 21).

hetwelk die verordening geen afbreuk doet aan overeenkomstig artikel 42 EG genomen maatregelen, dat wil zeggen aan verordening nr. 1408/71. Deze bepaling brengt dus een relatieve hiërarchie aan tussen deze twee verordeningen, in die zin dat verordening nr. 1408/71 als meer specifieke regeling voorrang dient te hebben boven artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 in gevallen waarin de toepassing van beide verordeningen zou leiden tot conflicterende resultaten.

31. Artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 verhindert de Bondsrepubliek Duitsland derhalve niet, voor het recht op ouderschapsuitkering als voorwaarde te stellen dat de uitkeringsgerechtigde woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in die lidstaat. De weigering om Geven ouderschapsuitkering toe te kennen op die grond was dan ook gerechtvaardigd.

32. Dit neemt niet weg dat de Duitse wetgever de ouderschapsuitkering toegankelijk heeft gemaakt voor grensarbeiders, ook al wonen zij niet in Duitsland, mits zij in Duitsland een meer dan gering dienstverband hebben zoals gedefinieerd in het nationale recht. Daar het vereiste van een meer dan gering dienstverband grensarbeiders die geen werkzaamheden boven dit minimum verrichten, van het recht op deze uitkering uitsluit, moet vervolgens worden nagegaan — en dit is een voor dit geval specifieke kwestie — of deze voorwaarde verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

C — *Het vereiste van een meer dan gering dienstverband*

33. Zoals de Duitse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft opgemerkt, zou zelfs de algehele uitsluiting van niet-ingezetenen van het recht op ouderschapsuitkering naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd zijn geweest, zodat de uitbreiding van dit recht onder bepaalde voorwaarden tot grensarbeiders is ingegeven door de goedgunstigheid van de Duitse wetgever. Hieruit leidt de Duitse regering af dat zij dus een voorwaarde mocht stellen ten aanzien van de mate waarin in Duitsland arbeid wordt verricht, teneinde een verband met de nationale arbeidsmarkt te verzekeren.

34. Het valt te betwijfelen of dit daaruit mag worden afgeleid. Wanneer een lidstaat, gebruikmakend van zijn discretionaire bevoegdheid, zijn burgers bepaalde rechten verleent of hen uitkeringen ter beschikking stelt, die binnen de materiële werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen, moet hij zich houden aan het meest fundamentele verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, zoals neergelegd in artikel 12 EG en, wat werknemers betreft, verwoord in artikel 39 EG.

35. In dit verband zie ik een parallel met het arrest Trojani. [19] Daarin oordeelde het Hof dat, wanneer blijkt dat een gemeenschapsburger die aan de toepasselijke gemeenschapsbepalingen geen verblijfsrecht kon

19 — Arrest van 7 september 2004 (C-456/02, Jurispr. blz. I-7573).

ontlenen wegens het ontbreken van toereikende bestaansmiddelen, niettemin naar nationaal recht legaal in die lidstaat verbleef, hij zich kon beroepen op artikel 12 EG voor het verkrijgen van sociale bijstand op gelijke voet als onderdanen van die lidstaat. [20] Met andere woorden, wanneer iemands rechtspositie naar nationaal recht eenmaal is gelijkgesteld met die van in een lidstaat wonende onderdanen, geeft hem dit recht op gelijke behandeling met betrekking tot onderwerpen die binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen.

36. In dit geval is vastgesteld, zoals in punt 22 geconstateerd, dat Geven de status van gemeenschapswerknemer heeft. Ondanks het feit dat haar werkzaamheden in dienstverband als gering werden beschouwd in de zin van de in geding zijnde Duitse wettelijke regeling, waren zij volgens de verwijzende rechter niet zo marginaal en bijkomstig dat Geven niet binnen de definitie van gemeenschapswerknemer viel. Ook moet er in dit verband op worden gewezen dat het begrip „werknemer" niet mag worden gedefinieerd of afgebakend aan de hand van het nationale recht, daar dit zou betekenen dat de omvang van de aan gemeenschapswerknemers gegarandeerde rechten eenzijdig door de lidstaten zou kunnen worden gewijzigd zonder enig toezicht door de gemeenschapsinstellingen. [21] Meer bepaald is het de lidstaten niet toegestaan, iemand van de werkingssfeer van dit begrip uit te sluiten die alleen een inkomen uit arbeid ontvangt dat onder het bestaansminimum ligt, met name wanneer hij of zij dit kan aanvullen met andere middelen, waaronder inkomen afkomstig van een ander lid van het gezin. [22] Het criterium van een meer dan gering dienstverband zoals gedefinieerd in § 8, lid 1, sub 1, SGB IV kan Geven niet de rechten ontnemen waarover zij als werknemer van de Gemeenschap beschikt.

37. Het vereiste van een meer dan gering dienstverband geldt uitsluitend voor grensarbeiders en is ingevoerd om het recht op ouderschapsuitkering uit te breiden tot personen die niet in Duitsland woonden maar aldaar in voldoende mate economische activiteiten verrichtten.

38. Ondanks deze ruimhartige opzet van de Duitse wetgever is duidelijk dat het vereiste van een meer dan gering dienstverband onderscheid aanbrengt tussen verschillende groepen werknemers ten aanzien van het recht op ouderschapsuitkering. Dit vereiste maakt onderscheid tussen twee categorieën in Duitsland werkzame grensarbeiders (werknemers onder en werknemers boven de grens van een gering dienstverband), ook al verkeren deze grensarbeiders gezien de doelstelling van de ouderschapsuitkering, bevordering van het aantal geboorten in Duitsland, allen in dezelfde positie, namelijk dat zij niet bijdragen aan deze doelstelling. Het vereiste maakt ook onderscheid tussen grensarbeiders met een gering dienstverband en in Duitsland wonende personen die eveneens een gering dienstverband hebben,

20 — Punten 37-46.

21 — Arresten van 23 maart 1982, Levin (53/81, Jurispr. blz. 1035, punt 11), en 3 juni 1986, Kempf (139/85, Jurispr. blz. 1741, punt 15).

22 — Arrest Kempf, aangehaald in de vorige voetnoot, punt 14.

daar laatstgenoemden wel recht hebben op deze uitkering. Ten slotte maakt het vereiste onderscheid tussen grensarbeiders met een gering dienstverband in Duitsland en Duitse grensarbeiders die in aangrenzende lidstaten werken en die ondanks dat zij geen dienstverband hebben in Duitsland en ongeacht het karakter van hun dienstverband, voor ouderschapsuitkering in aanmerking komen op grond van hun woonplaats in Duitsland.

39. Daar in Duitsland werkende grensarbeiders als regel de nationaliteit zullen bezitten van de lidstaat waarin zij wonen, vormt dit onderscheid in de behandeling van werknemers die op dezelfde Duitse arbeidsmarkten actief zijn, als gevolg van het vereiste van een meer dan gering dienstverband, indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Wanneer dit vereiste niet objectief kan worden gerechtvaardigd en niet kan worden geacht evenredig te zijn aan het doel waarvoor het is ingevoerd, is het in strijd met artikel 39 EG.

40. In punt 29, dat tevens verwijst naar de ter zake relevante passages van mijn conclusie in de zaak Hartmann, heb ik er reeds op gewezen dat de ouderschapsuitkering demografische doelstellingen voor de langere termijn dient door personen te belonen die een tijdlang niet werken of geen werk aanvaarden, om voor hun kinderen in de eerste levensfasen te kunnen zorgen. Deze uitkering beoogt daarmee het geboortecijfer te bevorderen. Gelet op deze doelstelling is het volstrekt verklaarbaar dat de in § 1, lid 1, BErzGG gestelde voorwaarden geen verband houden met arbeid. Ik ben het met het Bundessozialgericht eens waar dit opmerkt dat het vereiste van een meer dan gering dienstverband in Duitsland, op zich betrekkelijk onlogisch is voor een ouderschapsuitkering, met name nu die uitkering niet het minst is bedoeld om het mogelijk te maken dat geen betaalde arbeid behoeft te worden verricht, en dat er een kennelijke discrepantie is gelegen in het naast elkaar bestaan van personen met een voltijdsdienstverband en het vereiste dat grensarbeiders een meer dan gering dienstverband vervullen.

41. Het vereiste van een meer dan gering dienstverband houdt dus geen verband met de doelstellingen waarvoor ouderschapsuitkering wordt toegekend en is als voorwaarde niet passend. Daar het niet als gerechtvaardigd kan worden beschouwd, is het in strijd met het verbod van ongelijke behandeling van werknemers in artikel 39 EG.

VI — Conclusie

42. Gezien het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundessozialgericht als volgt te beantwoorden:

„— Artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap belet de Bondsrepubliek Duitsland niet, een persoon met de nationaliteit van een andere staat die in die lidstaat woont, uit te sluiten van het recht op Duitse ouderschapsuitkering op grond dat zij geen woonplaats of gewone verblijfplaats in Duitsland heeft.

— Artikel 39 EG belet de Bondsrepubliek Duitsland, een persoon met de nationaliteit van een andere staat die in die lidstaat woont en tussen drie en veertien uur per week in Duitsland werkt, uit te sluiten van het recht op Duitse ouderschapsuitkering op grond dat zij slechts arbeid in een gering dienstverband verricht, hetgeen in het nationale recht wordt gedefinieerd als een dienstverband waarin in de regel minder dan vijftien uur arbeid per week wordt verricht."