# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEELHOED
föredraget den 28 september 2006 [1]

## I — Inledning

1. Enligt tyska Bundeserziehungsgeldgesetz (federal lag om vårdnadsbidrag, nedan kallad BErzGG) är rätten till vårdnadsbidrag bland annat beroende av att förmånstagaren är bosatt i Tyskland. Även gränsarbetare har emellertid rätt till denna sociala förmån, förutsatt att de uppfyller ett krav på yrkesverksamhet över ett tröskelvärde i Tyskland. Huvudfrågan från Bundessozialgericht i förevarande mål är om kravet på yrkesverksamhet, såsom det närmare definieras i nationell rätt, är förenligt med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68, [2] enligt vilken migrerande arbetstagare skall behandlas på samma sätt som landets arbetstagare i fråga om rätt till socialförmåner i anställningsstaten. [3]

2. Parallellt med detta mål har Bundessozialgericht hänskjutit tolkningsfrågor till domstolen angående samma krav, i fråga om en österrikisk maka till en tysk offentliganställd som, sedan han flyttat till Österrike, fortsatt att arbeta hos sin tyska arbetsgivare (dom av den ... i mål C-212/05, Hartmann). För att undvika onödiga upprepningar kommer jag att hänvisa till relevanta avsnitt i mitt förslag till avgörande i det målet [4], i den del detta täcker frågor som tas upp i förevarande mål.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33) (nedan kallad förordning nr 1612/68).

3 — Kommissionen har också inlett ett förfarande om fördragsbrott med stöd av artikel 226 EG mot Förbundsrepubliken Tyskland i fråga om samma bestämmelse i den nationella lagstiftningen. Se mål C-307/06, kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland.

4 — Båda förslagen kommer att föredras tillsammans den 28 september 2006.

## II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

3. Artikel 7.1 och 7.2 i förordning nr 1612/68 har följande lydelse:

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

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

B — *Nationell rätt*

4. Enligt 1 § första stycket BErzGG, i dess lydelse av den 31 januari 1994,[5] har en person som 1) är bosatt eller stadigvarande uppehåller sig i Tyskland, 2) har ett underhållsberättigat barn i sitt hushåll, 3) vårdar och uppfostrar det barnet och 4) inte har en anställning, eller inte har en heltidsanställning, rätt till vårdnadsbidrag.

5. Enligt 1 § fjärde stycket i BErzGG har gemenskapsmedborgare och gränsarbetare från länder som direkt gränsar till Tyskland denna rättighet, förutsatt att de bedriver yrkesverksamhet över tröskelvärdet i Tyskland.

6. Enligt 8 § första stycket nr 1 i Sozialgesetzbuch IV (nedan kallad SGB IV) i den då gällande lydelsen av den 13 juni 1994[6] utövas yrkesverksamhet i mindre omfattning om den regelmässigt utövas mindre än 15 timmar i veckan och månadslönen regelmässigt inte överstiger en sjundedel av den månadslön som anges i 18 § SGB IV. Det beloppet uppgick år 1997 till 610 DEM och år 1998 till 620 DEM.

7. Enligt 27 § andra stycket i SBG III omfattar den obligatoriska arbetslöshetsför-

5 — BGBl I, s. 180.

6 — BGBl I, s. 1229.

säkringen inte personer som utövar yrkesverksamhet i mindre omfattning.

## III — Bakgrund och förfarande

8. Wendy Geven är nederländsk medborgare. När hennes son föddes den 18 december 1997 bodde hon i Nederländerna tillsammans med sin tyske make, som också förvärvsarbetade i det landet. Wendy Geven hade fram till det att hon inledde sin mammaledighet före sonens födelse flera olika anställningar i Nederländerna och Tyskland. Efter mammaledigheten var hon enbart anställd i Tyskland. Veckoarbetstiden under barnets första levnadsår uppgick till mellan 3 och 14 timmar och veckolönen till mellan 40,00 och 168,87 DEM.

9. Land Nordrhein-Westfalen avslog klagandens ansökan om vårdnadsbidrag för sonens första levnadsår, då hon varken hade varit bosatt eller stadigvarande uppehållit sig i Förbundsrepubliken Tyskland eller haft ett anställningsförhållande som omfattat minst 15 timmar. Eftersom hon endast hade arbetat i mindre omfattning ansågs hon inte heller vara en arbetstagare, i den mening som avses i rådets förordning nr 1408/71.[7]

10. Wendy Geven ifrågasatte beslutet utan framgång, först vid Sozialgericht Münster (socialförsäkringsdomstolen i Münster) och därefter genom ett överklagande till Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (den högre socialförsäkringsdomstolen i Nordrhein-Westfalen). Därefter överklagade hon till Bundessozialgericht, som beslutade att vilandeförklara förfarandet och begära ett förhandsavgörande från domstolen med stöd av artikel 234 EG.

11. I begäran om förhandsavgörande har Bundessozialgericht för det första konstaterat att Wendy Geven inte hade rätt till vårdnadsbidrag enligt förordning nr 1408/71. Eftersom hon var yrkesverksam i mindre omfattning var hon inte ansluten till den obligatoriska arbetslöshetsförsäkringen och var således inte en "arbetstagare", i den mening som avses i artikel 1 a ii i den förordningen, jämförd med bilaga I, avdelning I, avsnitt C[8] i förordning nr 1408/71. Den nationella domstolen tog därefter ställ-

7 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57, nedan kallad förordning nr 1408/71).

8 — Enligt den bestämmelsen avgränsas begreppet arbetstagare med avseende på tillämpningen av avdelning III i förordning nr 1408/71 till personer som är obligatoriskt arbetslöshetsförsäkrade eller som till följd av en sådan försäkring får sjukpenning från försäkringskassa eller motsvarande förmån.

ning till om hon kunde grunda sitt krav på artikel 7.2 i förordning nr 1612/68. Den nationella domstolen fann, beträffande Wendy Gevens ställning som arbetstagare, att hon hade ett verkligt anställningsförhållande under den aktuella tiden, vilket framgick av anställningens långvariga karaktär. Den är dock osäker på om hon kan åberopa full rätt till tyskt vårdnadsbidrag med stöd av artikel 7.2 i förordning nr 1612/68, i egenskap av gränsarbetare som är yrkesverksam i Tyskland och bosatt i Nederländerna. Om det antas att hon faktiskt kan begära att skyddas av denna bestämmelse är den vidare osäker på om den särbehandling av gränsarbetare som följer av kravet på yrkesverksamhet över tröskelvärdet är objektivt motiverad. Mot bakgrund av dessa överväganden har Bundessozialgericht beslutat att hänskjuta följande tolkningsfråga till domstolen:

"Strider det mot gemenskapsrätten (särskilt artikel 7.2 i rådets förordning nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen) att en person som är medborgare och bosatt i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland, och som i Tyskland är yrkesverksam i mindre omfattning (mellan 3 och 14 timmar per vecka) inte kan beviljas tysk[t] vårdnadsbidrag i Tyskland, på grund av att hon varken är bosatt eller stadigvarande uppehåller sig där?"

12. Wendy Geven, den tyska regeringen, den brittiska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

## IV — Sammanfattning av parternas yttranden

13. Det skall för det första noteras att samtliga parter som har yttrat sig skriftligen delar Bundessozialgerichts uppfattning att Wendy Geven inte kan grunda ett krav på vårdnadsbidrag i Tyskland på förordning nr 1408/71. Av bilaga I avdelning I avsnitt C i förordningen i kombination med det faktum att personer som utövar yrkesverksamhet i mindre omfattning enligt 27 § andra stycket i SGB III inte omfattas av arbetslöshetsförsäkring följer att hon inte hör till den personkrets som omfattas av förordning nr 1408/71.

14. Wendy Geven stöder således sitt krav på likabehandling i fråga om beviljandet av en sådan social förmån som vårdnadsbidrag på artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 och artikel 39 EG. Hon anser att eftersom hennes arbete inom ramen för anställningsförhållandet inte kunde betraktas som marginellt eller som ett komplement, måste hon betraktas som en arbetstagare med avseende på tillämpningen av dessa gemenskapsrättsliga bestämmelser. Bosättningskravet i 1 § första stycket i BErzGG innebär en indirekt diskriminering av gränsarbetare. Medan personer som utövar yrkesverksamhet i mindre omfattning

och som är bosatta i Tyskland erhåller förmånen, måste gränsarbetare däremot dessutom visa att deras verksamhet överskrider tröskeln för vad som anses som mindre omfattning. Kravet att förmånstagaren skall vara nära knuten till den tyska arbetsmarknaden strider mot vårdnadsbidragets syfte, nämligen att göra det möjligt att lämna förvärvslivet under en viss tid.

15. Den tyska regeringen har förklarat att den inte har en skyldighet enligt artikel 7.2 i förordning nr 1612/68, jämförd med artikel 39 EG, att utbetala vårdnadsbidrag till personer som bara är yrkesverksamma i mindre omfattning i Tyskland och som är bosatta i en annan medlemsstat. Den har påpekat att eftersom förordning nr 1408/71 slutgiltigt reglerar de fall där vårdnadsbidraget kan exporteras och denna inte innehåller föreskrifter om export av förmånen för personer som är yrkesverksamma i mindre omfattning, skall artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 inte tolkas så, att detta resultat omintetgörs. I det avseendet har den hänvisat till artikel 42.2 i förordning nr 1612/68. [9]

9 — "Denna förordning skall inte påverka åtgärder som vidtagits i enlighet med artikel [42] i fördraget."

16. Den tyska regeringen har ifrågasatt huruvida förordning nr 1612/68 är tillämplig på Wendy Geven, eftersom hennes yrkesverksamhet är marginell och kompletterande till sin karaktär. Eftersom det inte finns någon definition av när en verksamhet skall anses vara marginell och kompletterande, anser den inte att de synpunkter som framförts av den hänskjutande domstolen härvidlag kan betraktas som slutgiltiga. Den medger att bosättningskravet i BErzGG kan innebära en indirekt diskriminering, men anser att detta är motiverat för att säkerställa att förmånstagaren faktiskt har en anknytning till det tyska samhället. Bosättningsrelaterade förmåner grundar sig, till skillnad från förmåner som baseras på yrkesverksamhet, på idén om solidaritet inom gemenskapen. Om en gränsarbetare i Wendy Gevens situation fick rätt till vårdnadsbidrag i Tyskland skulle hon — trots bestämmelserna i förordning nr 1408/01 — kunna göra en obehörig vinning genom att kombinera de bosättningsbaserade sociala förmånerna i de båda länderna.

17. Den brittiska regeringen har förklarat att domstolen bör vara restriktiv i fråga om att tillåta att förordning nr 1612/68 används för att åsidosätta förordning nr 1408/71, så att sociala förmåner som är avsedda att gynna nationella och migrerande arbetstagare som är bosatta inom värdmedlemsstatens territorium på samma sätt utvidgas till att omfatta gränsarbetare som är bosatta i en annan medlemsstat. Wendy Geven har åberopat

artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 just därför att gemenskapslagstiftaren uttryckligen har undantagit personer i hennes situation från denna förmån enligt förordning nr 1408/71.

18. Den brittiska regeringen har noterat att export av sociala förmåner normalt inte är tänkt att ske, enligt artikel 7 i förordning nr 1612/68. Artikeln är snarare främst avsedd som stöd för migrerande arbetstagare och deras familjer när de skall etablera sig i arbetstagarens anställningsstat. Den brittiska regeringen har förklarat att vårdnadsbidraget uppenbarligen inte har något samband med Wendy Gevens verksamhet som arbetstagare och att den inte grundar sig på anställningsförhållandet i sig. Huvudsyftet med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 är att erbjuda nationella och migrerande arbetstagare samma sociala förmåner inom värdstatens territorium. Det är inte att tvinga medlemsstater att objektivt motivera varför de inte ställer dessa förmåner till förfogande för personer som är bosatta i andra medlemsstater. Regeringen delar den hänskjutande domstolens uppfattning att bristen på samordnande regler i förordning nr 1612/68 mycket väl kan tyda på att artikel 7.2 i den förordningen skall tolkas inskränkt, så att sociala förmåner inte exporteras, särskilt i fråga om gränsarbetare, vilka i regel även har tillgång till likvärdiga sociala förmåner i sina bosättningsstater.

19. Kommissionen har förklarat att om en person inte hör till den personkrets som omfattas av förordning nr 1408/71, innebär inte detta att förordning nr 1612/68 inte är tillämplig. Den anser inte att man av artikel 42.2 i förordning nr 1612/68 kan dra slutsatsen att förordningen inte är tillämplig på förmåner som omfattas av förordning nr 1408/71. Kommissionen har vidare påpekat att begreppet arbetstagare definieras i gemenskapsrätten. Om en person uppfyller de kriterier som anges i domstolens rättspraxis (det vill säga 1) utför arbete av ekonomiskt värde åt någon annan under dennes ledning 2) under en viss tid 3) mot ersättning), [10] kan den berörde bara fråntas denna ställning om verksamheten i fråga enbart är av marginell eller kompletterande karaktär. Den tyska regeringen har inte förklarat varför yrkesverksamhet av mindre omfattning skall betraktas som marginell och kompletterande.

20. Kommissionen har erinrat om att domstolen redan har slagit fast att en medlemsstat inte kan göra beviljandet av en social förmån, i den mening som avses i artikel 7.2, beroende av villkoret att förmånstagarna skall vara bosatta inom den medlemsstatens nationella territorium. [11] Den anser att sociala förmåner inte endast är sådana som är knutna till ett anställningsavtal, utan även sådana som medlemsstaten beviljar sina medborgare antingen på grund av deras

10 — Se, exempelvis, dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121), punkt 17, av den 8 juni 1999 i mål C-337/97, Meeusen (REG 1999, s. I-3289), punkt 13, och av den 6 november 2003 i mål C-413/01, Ninni-Orasche (REG 2003, s. I-13187), punkt 24.

11 — Domen i målet Meeusen (fotnot 10 ovan), punkt 21.

objektiva status som arbetstagare eller på grund av att de är bosatta inom landets territorium. Gränsarbetare kan åberopa artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 på samma sätt som migrerande arbetstagare som har flyttat till den medlemsstat där de är anställda.

## V — Bedömning

### A — *Inledande anmärkningar*

21. Av de skäl som Bundessozialgericht har angivit och som samtliga parter som har yttrat sig skriftligen har godtagit, [12] bör det inledningsvis framhållas att Wendy Geven inte kan grunda ett krav på vårdnadsbidrag i Tyskland på förordning nr 1408/71. Det har inte ifrågasatts att hon med avseende på rätten till familjeförmåner i Tyskland faller utanför den personkrets som omfattas av förordningen. Det finns därför ingen anledning att diskutera målet med utgångspunkt i att förordning nr 1408/71 är tillämplig.

22. Det skall vidare noteras att Wendy Geven, med avseende på tillämpningen av artikel 39 EG och förordning nr 1612/68, måste betraktas som en arbetstagare. Det är allmänt godtaget att för att omfattas av definitionen av arbetstagare måste en person utöva verklig och faktisk verksamhet, till vilken inte räknas verksamhet som utövas i så pass liten omfattning att den framstår som ett marginellt komplement. Kännetecknet för ett anställningsförhållande är att en person under en viss tid, till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar utför tjänster i utbyte mot vilka han erhåller ersättning. [13] Bundessozialgericht slog med utgångspunkt i detta fast att Wendy Geven faktiskt hade ett verkligt anställningsförhållande under den aktuella tiden, vilket särskilt framgick av anställningens långvariga karaktär.

23. Det bör erinras om att Wendy Gevens situation i ett väsentligt avseende skiljer sig från Gertraud Hartmanns situation. [14] Gertraud Hartmann hade ansökt om tyskt vårdnadsbidrag indirekt, med hänvisning till hennes makes ställning som gränsarbetare, medan Wendy Gevens krav direkt grundar sig på hennes personliga ställning som gemenskapsarbetstagare.

24. Wendy Gevens ansökan om vårdnadsbidrag avslogs av Land Nordrhein-Westfalen med hänvisning till att hon varken var bosatt i Tyskland eller utövade yrkesverksamhet

12 — Se punkterna 11 och 13 ovan.

13 — Se i fotnot 10 ovan angiven rättspraxis.

14 — Se punkt 2 ovan.

över tröskeln för yrkesverksamhet i mindre omfattning i medlemsstaten. Även om den fråga som har ställts av Bundessozialgericht är formulerad så, att den fokuserar på huruvida Förbundsrepubliken Tyskland är förhindrad att tillämpa bosättningskriteriet i fråga om personer som är yrkesverksamma i mindre infattning i Tyskland, framgår det av den nationella domstolens överväganden i begäran om förhandsavgörande att den även är osäker på om kriteriet avseende yrkesverksamhet i mindre omfattning är motiverat i sig. När gränsarbetare per definition inte kan uppfylla ett bosättningskrav i anställningsstaten är grundfrågan i själva verket huruvida det kriterium som den nationella lagstiftaren tillämpar för att undanröja detta krav i fråga om vissa gränsarbetare, med uteslutande av andra gränsarbetare, är förenligt med gemenskapsrätten.

25. Domstolen måste, förutom att besvara frågan huruvida bosättningskravet i 1 § första stycket i BErzGG är förenligt med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68, även pröva om villkoret i 1 § fjärde stycket i BErzGG för gränsarbetares rätt till vårdnadsbidrag — att de är yrkesverksamma över ett tröskelvärde i Tyskland, vilket enligt nationell rätt innebär att rätten är beroende av att de arbetar mer än 15 timmar i veckan och tjänar mer än en minimilönen på 610 DEM (år 1997) eller 620 DEM (år 1998) — är förenligt med gemenskapsrätten.

B — *Bosättningskravet*

26. I mitt förslag till avgörande i målet Hartmann, som kommer att föredras tillsammans med detta förslag till avgörande, diskuterar jag frågan huruvida det bosättningskrav som anges i 1 § första stycket BErzGG är förenligt med artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 i samband med ett krav på vårdnadsbidrag från en österrikisk maka till en tysk medborgare som flyttat till Österrike, men fortsatt att arbeta i Tyskland. Jag diskuterade endast den frågan i andra hand sedan jag konstaterat

— att gränsarbetare enligt artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 endast har rätt till likabehandling i sina anställningsstater i fråga om rätten till sociala förmåner i den mån dessa förmåner direkt och uteslutande är knutna till anställningen[, och] [15]

— att vårdnadsbidraget i Tyskland inte är tillräckligt starkt knute[t] till anställ-

15 — Punkt 55 i förslaget till avgörande.

ningen eller den objektiva ställningen som arbetstagare för att kunna betraktas som en social förmån i fråga om vilken gränsarbetare kan kräva att behandlas lika med stöd av 7.2 i förordning nr 1612/68. [16]

27. Dessa två slutsatser tycks ge vid handen att Wendy Geven inte kan åberopa artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 för att begära vårdnadsbidrag i Tyskland, eftersom denna sociala förmån inte omfattas av skyddet enligt bestämmelsen i fråga om gränsarbetare.

28. För det fall det materiella tillämpningsområdet för artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 kan anses vara vidare och bestämmelsen är tillämplig på gränsarbetare i Gertraud Hartmanns eller Wendy Gevens situation, granskade jag i förslaget till avgörande i målet Hartmann dock även frågan huruvida det bosättningskrav som styr rätten till vårdnadsbidrag i Tyskland kan motiveras objektivt, eftersom det inte har ifrågasatts att kravet indirekt diskriminerar arbetstagare som inte är bosatta i Tyskland.

29. Jag grundade min bedömning på Bundessozialgerichts beskrivning av vårdnadsbidraget som ett familjepolitiskt redskap som syftar till att stimulera barnafödandet i Tyskland och ansåg att detta i sig är ett legitimt politiskt mål och att en sådan politik till sin natur är sådan att det måste säkerställas att åtgärderna i fråga riktar sig till personer som är bosatta inom landets territorium. Det skulle vara ett egendomligt antagande att medlemsstater på något sätt skulle bidra till den demografiska utvecklingen i en annan medlemsstat genom att utvidga sina familjepolitiska insatser till personer som inte är bosatta i landet. Jag kom därför fram till att ett bosättningskrav är lämpligt för att säkerställa att vårdnadsbidraget utgår till personer som tillhör medlemsstatens nationella befolkning, som givetvis inte bara inbegriper tyska medborgare utan alla personer som är lagligt bosatta i Tyskland, oberoende av nationalitet. [17]

30. Jag vill tillägga att trots att domstolen har slagit fast att artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 kan tillämpas på sociala förmåner som samtidigt uttryckligen omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71, [18] innebär inte detta att den förstnämnda bestämmelsen kan tolkas så, att den utsläcker effekter som den senare förordningen syftar till att förhindra. Detta tycks vara själva syftet med artikel 42.2 i förordning nr 1612/68, enligt vilken den förordningen inte skall påverka åtgärder som

16 — Punkt 60 i förslaget till avgörande.

17 — Punkt 69 i förslaget till avgörande.

18 — Dom av den 10 mars 1993 i mål C-111/91, kommissionen mot Luxemburg (REG 1993, s. I-817), punkt 21.

har antagits med stöd av artikel 42 EG, det vill säga förordning nr 1408/71. Genom bestämmelsen inrättas således en relativ hierarki mellan de båda förordningarna, såtillvida att förordning nr 1408/71 i egenskap av specialförordning skall ha företräde framför artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 när förordningarna leder till resultat som inte går att förena med varandra.

31. Artikel 7.2 i förordning nr 1612/68 hindrar därför inte Förbundsrepubliken Tyskland från att göra rätten till vårdnadsbidrag beroende av att förmånstagaren är permanent eller stadigvarande bosatt i den medlemsstaten. Tysklands avslag på Wendy Gevens begäran om vårdnadsbidrag på den grunden var således motiverat.

32. Den tyska lagstiftaren har emellertid gjort vårdnadsbidraget tillgängligt för gränsarbetare även om de inte är bosatta i Tyskland, förutsatt att de är yrkesverksamma över ett tröskelvärde i Tyskland, enligt definitionen i tysk rätt. Eftersom villkoret avseende yrkesverksamhet över ett tröskelvärde utestänger gränsarbetare som inte bedriver yrkesverksamhet som överskrider den tröskeln från rätten till förmånen, skall det vidare — och detta är den fråga som är specifik i förevarande mål — prövas om detta villkor är förenligt med gemenskapsrätten.

C — *Kravet avseende yrkesverksamhet över en viss tröskel*

33. Som den tyska regeringen har noterat i sitt skriftliga yttrande grundade sig utvidgningen av rätten till vårdnadsbidrag till gränsarbetare under vissa omständigheter på ren välvilja från den tyska lagstiftarens sida, eftersom det till och med hade varit förenligt med gemenskapsrätten att helt undanta utomlands bosatta personer från denna rättighet. Av detta har den dragit slutsatsen att den därför hade rätt att ställa upp ett villkor avseende sysselsättningsgraden i Tyskland, för att säkerställa anknytningen till den nationella arbetsmarknaden.

34. Det är tveksamt om denna slutsats är korrekt. När en medlemsstat inom ramen för sitt handlingsutrymme medger vissa rättigheter eller ställer vissa förmåner till sina medborgares förfogande, och dessa omfattas av EG-fördragets materiella tillämpningsområde, måste den iaktta det mest fundamentala förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet såsom det stadgas i artikel 12 EG och uttrycks med avseende på arbetstagare i artikel 39 EG.

35. I det sammanhanget ser jag en parallell till domstolens dom i målet Trojani.[19] I det målet fann domstolen att om det framkommer att en gemenskapsmedborgare som inte kan härleda en uppehållsrätt ur de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmel-

19 — Dom av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573).

serna, därför att han saknar tillräckliga tillgångar, ändå uppehåller sig lagligt i den medlemsstaten enligt nationell rätt, kan han åberopa artikel 12 EG för att få rätt till socialt bistånd på samma villkor som medborgarna i den medlemsstaten. [20] När, med andra ord, en persons rättsliga ställning enligt nationell rätt har jämställts med den för medborgare som är bosatta i en medlemsstat ger detta personen rätt till likabehandling inom de områden som omfattas av fördragets tillämpningsområde.

36. I förevarande mål har det, som framgick av punkt 22 ovan, slagits fast att Wendy Geven har status av gemenskapsarbetstagare. Trots att hennes yrkesverksamhet ansågs vara av mindre omfattning, i den mening som avses i den berörda tyska lagstiftningen, var den enligt den hänskjutande domstolens uppfattning inte tillräckligt marginell och kompletterande för att hon skulle falla utanför definitionen av en gemenskapsarbetstagare. Påpekas skall även att begreppet arbetstagare inte definieras genom hänvisning till medlemsstaternas nationella lagstiftningar, eftersom det skulle medföra att räckvidden av de rättigheter som garanteras gemenskapens arbetstagare kunde ändras ensidigt av medlemsstaterna utan kontroll av gemenskapens institutioner. [21] Medlemsstaterna är närmare bestämt förhindrade att utesluta en person som endast uppbär lön som är lägre än existensminimum från begreppet, särskilt om han eller hon kan kompletterade inkomsterna på annat sätt, inklusive genom inkomster som uppbärs av en annan familjemedlem. [22] Wendy Geven kan inte fråntas sina rättigheter som gemenskapsarbetstagare på grund av kriteriet avseende yrkesverksamhet över en viss tröskel, enligt definitionen i 8 § första stycket nr 1 i SGB IV.

37. Kravet avseende yrkesverksamhet över en viss tröskel gäller endast gränsarbetare och infördes för att utvidga rätten till vårdnadsbidrag till personer som inte var bosatta i Tyskland, men som i tillräckligt betydande omfattning var ekonomiskt aktiva där.

38. Trots att den tyska lagstiftaren haft detta generösa mål i sikte är det uppenbart att kravet avseende yrkesverksamhet över en viss tröskel utgör en distinktion mellan olika grupper av arbetstagare i fråga om rätten till vårdnadsbidrag. Distinktionen går mellan två kategorier av gränsarbetare som arbetar i Tyskland (de som ligger under respektive över tröskeln för yrkesverksamhet i mindre omfattning), trots att dessa gränsarbetare med avseende på föräldraförmånens syfte att stimulera barnafödandet i Tyskland alla befinner sig i samma situation, det vill säga de bidrar inte till detta mål. Kravet skapar också en distinktion mellan gränsarbetare som är yrkesverksamma i mindre omfattning och personer som är bosatta i Tyskland och som även de är yrkesverksamma i mindre

20 — Punkterna 37–46.

21 — Dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (REG 1982, s. 1035; svensk specialutgåva, volym 6, s. 335), punkt 11 och av den 3 juni 1986 i mål 139/85, Kempf (REG 1986, s. 1741; svensk specialutgåva, volym 8, s. 629), punkt 15.

22 — Domen i målet Kempf (fotnot 21 ovan), punkt 14.

omfattning, eftersom de senare har rätt till förmånen. Slutligen görs skillnad mellan gränsarbetare som är yrkesverksamma i mindre omfattning i Tyskland och tyska gränsarbetare som arbetar i andra medlemsstater. Dessa har, trots att de inte har ett anställningsförhållande i Tyskland och oberoende av anställningens art, rätt till vårdnadsbidrag på grund av att de är bosatta i Tyskland.

39. Eftersom gränsarbetare som arbetar i Tyskland som regel är medborgare i de medlemsstater där de är bosatta, utgör denna särbehandling av arbetstagare som är verksamma på samma tyska arbetsmarknad, till följd av kravet på yrkesverksamhet över en viss tröskel, en indirekt diskriminering på grund av nationalitet. Om kravet inte kan motiveras objektivt och inte kan betraktas som proportionellt mot det eftersträvade målet, strider detta mot artikel 39 EG.

40. I punkt 29 ovan, som även hänvisar till de relevanta avsnitten i mitt förslag till avgörande i målet Hartmann angående detta, har jag redan påpekat att vårdnadsbidraget tjänar långsiktiga demografiska mål genom att uppmuntra personer att ta ledigt från arbetet eller att inte ta en anställning för att kunna vårda sina barn under deras första år. Syftet därmed är att stimulera barnafödandet i Tyskland. Mot bakgrund av detta syfte är det helt logiskt att de villkor som anges i 1 § första stycket i BErzGG saknar anknytning till anställningsförhållanden. Jag instämmer i Bundessozialgerichts påpekande att kravet på yrkesverksamhet över en viss tröskel i Tyskland i sig är tämligen ologiskt i fråga om vårdnadsbidrag, särskilt som förmånen inte minst syftar till att göra det möjligt att inte utföra avlönat arbete och att det är klart inkonsekvent att förbjuda heltidsarbete och parallellt kräva att yrkesverksamhet bedrivs över en viss tröskel.

41. Kravet på yrkesverksamhet över en viss tröskel tycks alltså inte ha någon betydelse för målsättningarna med vårdnadsbidraget och är olämpligt som villkor. Eftersom det inte kan anses vara motiverat strider det mot förbudet mot olika behandling av arbetstagare i artikel 39 EG.

## VI — Förslag till avgörande

42. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att de tolkningsfrågor som har ställts av Bundessozialgericht skall besvaras på följande sätt:

— Artikel 7.2 i rådets förordning nr (EEG) 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen utgör inte hinder för att Förbundsrepubliken Tyskland utestänger en medborgare från en annan medlemsstat, som är bosatt i den medlemsstaten, från rätten till tyskt vårdnadsbidrag därför att hon inte är bosatt eller stadigvarande vistas i Tyskland.

— Artikel 39 EG utgör hinder för att Förbundsrepubliken Tyskland utestänger en medborgare från en annan medlemsstat som är bosatt i den medlemsstaten och som arbetar i Tyskland mellan 3 och 14 timmar i veckan från rätten till tyskt vårdnadsbidrag av det skälet att hon endast är yrkesverksam i mindre omfattning, vilket enligt den nationella lagstiftningen definieras som yrkesverksamhet som bedrivs regelbundet mindre än 15 timmar i veckan.