

Dr. Hubert Kinz
Abgeordneter zum Vorarlberger Landtag

Herrn Kommissar
Nicolas Schmit

Rue de la Loi / Wetstraat 200
B-1049 Brussels Belgium

Per Mail: CAB-SCHMIT-ARCHIVES@ec.europa.eu

Bregenz, am 11. September 2020

Sehr geehrter Herr Kommissar,

als Rechtsanwalt vertrete ich in Österreich wohnhafte pflegebedürftige Personen, die von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht haben und deswegen weder von Österreich noch der Schweiz – im letztgenannten Staat waren sie erwerbstätig – Pflegeleistungen erhalten.

Die österreichischen Behörden interpretieren das EU-Recht dahingehend, dass die Schweiz zuständig ist. Die Schweiz allerdings, die mit der EU ein Freizügigkeitsabkommen hat, vertritt den Standpunkt, dass sie keine Pflegeleistungen bezahlen muss, da die vorgesehenen Leistungen „Sachleistungen bei Krankheit“ seien, die nicht exportiert werden müssen. Die „Hilflosenentschädigung“, die laut den Schweizer Behörden ebenfalls als eine „Leistung bei Krankheit“ eingestuft werden könnte, müsse auch nicht ins Ausland exportiert werden, da dies im Freizügigkeitsabkommen mit der EU so vereinbart worden sei.

Von dieser Problematik könnte jeder EWR-Bürger betroffen sein, der als Grenzgänger in der Schweiz aktiv war, wenn die Mitgliedsstaaten die Ansicht vertreten, dass die Schweiz für die Erbringung von Pflegeleistungen zuständig ist, die Schweiz allerdings eine Wohnortklausel als Voraussetzung verlangt.

Es ist dringend geboten, dass die EU-Kommission eine Prüfung des Sachverhalts vornimmt!

Es ist zu prüfen, ob der Umstand gerechtfertigt ist, dass Personen, die als Grenzgänger in der Schweiz erwerbstätig waren, Nachteile im Bereich der „Leistungen bei Krankheit“ in Kauf nehmen müssen.

Es ist zu prüfen, ob die Rechtsvorschriften der Schweiz und das Freizügigkeitsabkommen den Umstand rechtfertigen, dass die Schweiz keine Pflegeleistungen exportieren muss.

Es ist zu prüfen, ob das Gemeinschaftsrecht insofern ausgelegt werden kann, dass Österreich keine Pflegeleistungen für in Österreich wohnhafte Personen bezahlen muss, wenn die Person von der Schweiz eine Rente bezieht.

Es wird zu prüfen sein, ob Entscheidungen, die nationale Höchstgerichte getroffen haben, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

Es wird zu prüfen sein, welche Entscheidungen der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Bereich der sozialen Sicherheit getroffen hat und ob diese Rechtsprechung Einklang mit der betroffenen Problemstellung findet.

Es wird zu prüfen sein, ob Österreich das Gemeinschaftsrecht verletzt, weil es kein Pflegegeld an ehemalige Grenzgänger bezahlt und die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten muss, wenn Österreich seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

Es wird zu prüfen sein, ob die „Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit“ – EU-VO 883/2004 zusammen mit der Durchführungsverordnung 987/2009 inhaltliche Schwächen im Vergleich zu ihren Vorgängerverordnungen 1408/71 und 574/72 aufweisen. Es könnte sein, dass durch den Wortlaut der aktuellen Verordnungen den ursprünglichen Intentionen im Bereich der Leistungen der sozialen Sicherheit nicht mehr Rechnung getragen wird.

Zum Sachverhalt:

Als Abgeordneter zum Vorarlberger Landtag habe ich eine Anfrage am 27.04.2020 an die für Soziales zuständige Landesrätin der Landesregierung gestellt, die am 18.05.2020 beantwortet wurde. Das Dokument wird als Beilage angeführt.

Mit der Anfrage Nr. 2409/J wurde im österreichischen Nationalrat der für Soziales zuständige Minister mit der Problematik befasst. Die Anfrage wird als Beilage angeführt. Darin wird auf eine Stellungnahme der Pensionsversicherungsanstalt verwiesen, die für das österreichische Pflegegeld zuständig ist:

Die von Ihnen zitierte EU-VO 883/2004 enthält als einen ihrer wesentlichen Grundsätze (Art. 11), dass "Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats [unterliegen]". Auf Grundlage dieser Bestimmung hat der österreichische Gesetzgeber den § 3a BPGG derart formuliert, dass ein Anspruch auf Pflegegeld ohne eine Grundleistung (Pension, Rente etc.) nur dann besteht, wenn nicht bereits ein anderer Staat aufgrund der EU-VO 883/2004 für Pflegeleistungen zuständig ist. Wenn nun bspw. ein Grenzgänger nur eine Alterspension aus der Schweiz bezieht und einen Wohnsitz in Österreich hat, dann ist die Schweiz aufgrund der EU-VO 883/2004 der für sie zuständige Mitgliedsstaat.

D.h. dass die Schweiz für die Krankversicherung, das Pflegegeld und andere Leistungen zuständig ist. Das spiegelt den eingangs geschilderten Grundsatz wider, dass nur ein Staat zuständig sein soll. Was Ihre Frage betrifft, ob es überhaupt

notwendig ist, dass eine Person für den Anspruch auf Pflegegeld Versicherungszeiten vorweisen muss, ist diese mit "nein" zu beantworten. Grundsätzlich gehört das Pflegegeld zu einer Grundleistung (einer Pension oder Rente - für diese müssen Versicherungszeiten erworben werden). Dies aber - wie bereits oben geschildert - nur unter der Voraussetzung, dass nicht bereits ein anderes EU-Land zuständig ist und Pflegegeld grundsätzlich gewähren müsste (unabhängig davon, ob es Pflegegeld tatsächlich gewährt oder nicht).

Die Anfrage zitiert auch die Beantwortung einer Medienanfrage vom 10. Juni 2020 von dem in der Schweiz zuständigen Eidgenössischen Departement bzw. des Bundesamtes für Gesundheit (BAG):

In dem von Ihnen geschilderten Fall geht es um einen Österreicher, der in Österreich wohnt und aufgrund eines schweizerischen Rentenbezugs in der Schweiz über die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) versichert ist. Die Schweiz ist somit der zuständige Staat. Die OKP richtet bei Pflegebedürftigkeit ausschließlich Sachleistungen und keine Geldleistungen aus. Die österreichische Krankenversicherung richtet hingegen in solchen Fällen offensichtlich (auch) Geldleistungen aus. Die vorliegende Problematik ergibt sich aus der Tatsache, dass gewisse Länder nach ihrer nationalen Gesetzgebung Pflegeleistungen als Sachleistungen gewähren und andere in Form von Geldleistungen. Gemäß Rechtssprechung des EuGH sind Pflegegelder als Geldleistungen bei Krankheit zu qualifizieren und infolgedessen grundsätzlich auch zu exportieren. Sachleistungen müssen hingegen nicht exportiert werden. Personen, die in einem anderen Staat als dem Wohnstaat krankenversichert sind, haben im Rahmen der Leistungsaushilfe Anspruch auf die Pflegesachleistungen nach dem Recht des Wohnlandes zulasten der Krankenversicherung des zuständigen Staates. Da die Schweiz aus der OKP bei Pflegebedürftigkeit nur Sachleistungen ausrichtet, müssen im Rahmen der Krankenversicherung keine Leistungen nach Österreich exportiert werden. Im schweizerischen Recht ist die sogenannte Hilflosenentschädigung geregelt, die zumindest teilweise für die Deckung von Pflegekosten vorgesehen ist. Sie ist nicht im Krankenversicherungsrecht, sondern im Rentenrecht geregelt. Nichtsdestotrotz wäre sie wohl als Geldleistung bei Krankheit im Sinne der europäischen Koordinierungsregeln zu qualifizieren. Die Vertragsparteien des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA) haben sich jedoch auf Folgendes geeinigt: Die Hilflosenentschädigungen im Rahmen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung und des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung werden nur dann gewährt, wenn die betreffende Person in der Schweiz wohnt (vgl. Ziff. II im Protokoll zu Anhang II des Freizügigkeitsabkommens). Demzufolge muss die Hilflosenentschädigung in Übereinstimmung mit der Regelung im Abkommen nicht ins Ausland exportiert werden. Die Schweiz ist nicht Mitgliedstaat der EU. Schweizerische Gerichte haben keine Möglichkeit, Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung des FZA im Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH zu bringen. Gegen die Schweiz können auch keine Vertragsverletzungsverfahren nach dem Recht der EU eingeleitet werden. Die Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht und die Entwicklung des Rechts sind in den Art. 16 und 17 des FZA geregelt.

Die Anfrage verweist außerdem auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs in Österreich (OGH) mit der Geschäftszahl 10 ObS 83/16b.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20161220_OGH0002_010OBS00083_16B0000_000

Der in Österreich für Soziales zuständige Minister hat die Anfrage 2409/j (XXVII. GP) mit der AB 2362/AB beantwortet. Die Anfrage wird als Beilage angeführt.

Der Minister sieht keinen Handlungsbedarf und sieht die bereits angeführte Entscheidung des OGH in der Rechtssache 10 ObS 83/16b als Bestätigung an.

Auszugsweise heißt es in dem Urteil:

In ihrem Rekurs stellt die beklagte Partei in den Vordergrund, dass der Pflegebedürftige nicht alle Anspruchsvoraussetzungen nach nationalem Recht erfülle. Nach den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen, die auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens auch im Verhältnis zur Schweiz gelten, sei die Schweiz für die Erbringung von Pflegeleistungen zuständig. Damit erfülle der Kläger die in § 3a Abs 1 BPGG normierte negative Anspruchsvoraussetzung, dass kein anderer (Mitglied-)Staat für Pflegeleistungen zuständig sei, nicht. Der Umstand, dass der Kläger aufgrund schweizerischer Bestimmungen von der Verpflichtung zur Krankenversicherung ausgenommen sei, indiziere grundsätzlich, dass die Schweiz auch tatsächlich der zuständige (Mitglied-)Staat sei. Die Möglichkeit der Einräumung einer – nur bedingt leistungsabdeckenden – privatrechtlichen Krankenversicherung entlasse den unionsrechtlich zuständigen Staat nicht aus seiner Zuständigkeit.

Diese Ausführungen sind berechtigt.

4.2. Der Umstand, dass der Pflegebedürftige in der Schweiz tatsächlich gar nicht versichert war, spielt kollisionsrechtlich keine Rolle. Wie die Mitgliedsstaaten ihr System der sozialen Sicherheit ausgestalten ist nicht Gegenstand der Kollisionsregeln der VO 883/2004. Konsequenterweise stellt Art 11 Abs 3 lit a der Verordnung lediglich auf den Tatbestand „Beschäftigung“ ab und nicht etwa auf das Vorliegen einer Versicherung in einem Mitgliedstaat aufgrund einer Beschäftigung.

4.3. Entgegen der in der Rekursbeantwortung vertretenen Ansicht unterlag der Pflegebedürftige – worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat – in der Schweiz der Versicherungspflicht, weshalb kein Raum für die Anwendung des Art 14 der Verordnung („Freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung“) besteht.

*4.5. Zusammenfassend ist nach dem Kollisionsrecht der VO 883/2004 die Schweiz für die Erbringung von Pflege-(geld-)leistungen zuständig. **Ob in der Schweiz tatsächlich Pflegeleistungen erbracht werden oder nicht, ist für die Bestimmung der Leistungszuständigkeit ohne Bedeutung.** Ein Leistungsanspruch aus Österreich kann sich nur aus dem nationalen Recht ergeben, nicht auf der Grundlage der VO 883/2004.*

5.4. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass § 3a BPGG idF [BGBI I 2015/12](#) nur einen sehr geringen Anwendungsbereich hat, da die Bestimmung nun auf die Zuständigkeit nach der VO 883/2004 abstellt, also eine Leistung nur gewährt, wenn ohnehin eine Zuständigkeit Österreichs nach der Verordnung besteht.

In Übereinstimmung mit Pfalz ist die Unionsrechtskonformität des § 3a BPGG idF [BGBl I 2015/12](#) zu bejahen, zumal mit der Novelle die Rechtslage vor den – den Zuständigkeitsregeln der Verordnung entgegenstehenden – Entscheidungen des EuGH und des Obersten Gerichtshofs wiederhergestellt wurde. Diese Maßnahme steht in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, da dieser den Mitgliedsstaaten lediglich das Recht – und nicht die Pflicht – einräumt, über die Zuständigkeitsregeln der VO 883/2004 hinaus Leistungen nach nationalem Recht zu gewähren (so auch IA 883/A BlgNR 25. GP 29).

5.5. Somit ist die Frage zu klären, was unter der in § 3a Abs 1 BPGG normierten Anspruchsvoraussetzung der „Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats“ zu verstehen ist.

(a) Die Gesetzesmaterialien (IA 883/A BlgNR 25. GP) verweisen diesbezüglich auf die VO 883/2004 und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts, sofern die nationalen Zuständigkeitsregeln nicht mit den unionsrechtlich normierten Zuständigkeitsregeln übereinstimmen.

(b) Das Berufungsgericht stellt bei der Auslegung des § 3a Abs 1 BPGG nicht nur auf die Art 11–16 der VO 883/2004 ab, sondern greift auch auf die Begriffsdefinitionen in Art 1 der Verordnung zurück. Nach Ansicht des Berufungsgerichts sei der „zuständige Mitgliedstaat“ als derjenige Mitgliedstaat zu verstehen, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat (Art 1 lit s der VO 883/2004). Der zuständige Träger wiederum sei derjenige, bei dem die betreffende Person zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags versichert ist (Art 1 lit q sublit i). Da es in der Schweiz keinen „zuständigen Träger“ gebe, könne die Schweiz nicht als zuständiger Mitgliedstaat iSd § 3a Abs 1 BPGG qualifiziert werden. Damit sei die negative Anspruchsvoraussetzung des § 3a Abs 1 BPGG erfüllt, sodass diese Bestimmung dem Pflegegeldanspruch nicht entgegenstehe.

(c) Allerdings wird die Zuständigkeit in der VO 883/2004, auf die § 3a Abs 1 BPGG nach seinem Wortlaut explizit verweist, in den Kollisionsregeln der Art 11 ff geregelt und nicht in den Begriffsbestimmungen. Alleine aufgrund von Begriffsdefinitionen könnte die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates auch gar nicht beurteilt (und erst recht nicht begründet) werden.

Greift man auf die Kollisionsregeln zurück, so kommt man – wie das Berufungsgericht in seinem ersten Schritt – zu dem Ergebnis, dass die Rechtsvorschriften der Schweiz anzuwenden sind. Demnach ist die Schweiz zuständig für die Leistung von Pflegegeld, weshalb die negative Anspruchsvoraussetzung des § 3a Abs 1 BPGG, dass kein anderer Staat zuständig sein dürfe, nicht erfüllt ist.

(d) Wie bereits erwähnt stellt der Wortlaut des § 3a Abs 1 BPGG darauf ab, dass nach der VO 883/2004 kein anderer Mitgliedstaat „für Pflegeleistungen zuständig“ ist.

Unionsrechtlich zuständiger Träger nach der VO 883/2004 ist jener schweizerische Träger, der an sich für die Leistungserbringung zuständig wäre (gäbe es eine entsprechende Pflegegeldleistung in der Schweiz und wäre keine Befreiung des Klägers von der Krankenversicherungspflicht in der Schweiz ausgesprochen worden). Wie die Schweiz ihr innerstaatliches System der sozialen Sicherheit organisiert, ob sie es privatisiert oder unter gewissen Umständen Befreiungen von der

Versicherungspflicht vorsieht, bleibt ihr nach der VO 883/2004 unbenommen (siehe bereits oben 4.2.). Die Zuständigkeit nach den Kollisionsregeln der Verordnung bleibt davon unberührt.

(f) Die grundsätzliche Zuständigkeit der Schweiz nach den Kollisionsregeln der VO 883/2004 zeigt sich schon darin, dass die Schweiz den Kläger von der Versicherungspflicht befreit hat.

(g) Wird – wie hier – eine differenzierte Auslegung der VO 883/2004 je nachdem, ob die Verordnung selbst oder eine nationale Bestimmung, die auf die Verordnung verweist, ausgelegt wird, abgelehnt, hätte die Ansicht des Berufungsgerichts und der Rekursgegnerin zur fehlenden Zuständigkeit der Schweiz (mangels eines zuständigen Trägers) die Konsequenz, dass dann kein Mitgliedstaat zuständig wäre. Ziel der VO 883/2004 ist es aber, die Systeme der sozialen Sicherheit so zu koordinieren, dass immer die Rechtsvorschriften (nur) eines Mitgliedstaates anzuwenden sind (anstatt vieler Greifeneder/Liebhart, Pflegegeld3 [2013] Rz 183, 192), nicht aber, dass es keinen zuständigen Mitgliedstaat gibt.

Zum Sachverhalt wird festgehalten:

Den Ausführungen des OGH kann nicht gefolgt werden.

Der OGH vertritt den Standpunkt, dass für Pflegeleistungen nur ein Staat zuständig ist. Unter welchen Voraussetzungen diese Leistungen gewährt werden und ob diese Voraussetzungen auch zu einem Ausschluss der Leistungen dieses Staates führen können, ist offenbar nicht relevant.

Der EuGH hat in der Vergangenheit unzählige und mittlerweile unüberschaubare Rechtsprechungen im Bereich der sozialen Sicherheit vorgenommen. Einige der Urteile sollen jedoch herangezogen werden.

Der EuGH hat in der Rechtsache C-352/06 Bosmann entschieden, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu keinem Nachteil für Arbeitnehmer führen darf:

29 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 im Licht des Art. 42 EG auszulegen sind, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer erleichtern soll und u. a. impliziert, dass Wanderarbeitnehmer nicht deshalb Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit verlieren oder geringere Leistungen erhalten dürfen, weil sie das ihnen vom EG-Vertrag verliehene Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben (vgl. Urteil vom 9. November 2006, Nemeč, C-205/05, Slg. 2006, I-10745, Randnrn. 37 und 38).

30 In diesem Sinne wird im ersten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1408/71 ausgeführt, dass die in der Verordnung enthaltenen Vorschriften zur Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit zur Freizügigkeit von Personen gehören und zur Verbesserung von deren Lebensstandard und Arbeitsbedingungen beitragen sollen.

Der EuGH hält fest:

1. Art. 13 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in ihrer durch die Verordnung (EWG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 geänderten und aktualisierten Fassung, diese wiederum geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 647/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. April 2005, steht dem nicht entgegen, dass ein Wanderarbeitnehmer, der dem System der sozialen Sicherheit des Beschäftigungsmitgliedstaats unterliegt, nach den nationalen Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Familienleistungen im letztgenannten Staat bezieht.

Der EuGH hat damit sogar dem Schlussantrag des Generalanwalts in besagter Rechtssache widersprochen.

In seinen Empfehlungen hieß es:

72. Dementsprechend hat der Gerichtshof wiederholt festgestellt, dass der Vertrag es einem Erwerbstätigen nicht garantiert, dass die Ausweitung oder die Verlagerung seiner Tätigkeiten auf einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit neutral ist. Aufgrund der Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der verschiedenen Mitgliedstaaten kann eine solche Ausweitung oder Verlagerung für den Erwerbstätigen je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in Bezug auf die soziale Sicherheit haben.

73. Folglich sind mangels Harmonisierung der Rechtsvorschriften im Bereich der sozialen Sicherheit bestimmte Einschränkungen der Freizügigkeit, d. h. Einschränkungen, die sich aus den fortbestehenden Unterschieden der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten ergeben und die in einem System, das lediglich die Koordinierung bezweckt, naturgemäß auftreten, durch die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit nicht ausgeschlossen.

74. Die gleichen Überlegungen müssen übrigens auch für Unterschiede bei der Behandlung von Personen gelten, die lediglich auf zulässigen Unterschieden in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit beruhen und daher nicht als Verstoß gegen den Gleichheitssatz betrachtet werden können.

75. Vor diesem Hintergrund ist erstens festzustellen, dass die Aufnahme einer Beschäftigung in den Niederlanden in der Tat einen Nachteil für Frau Bosmann bedeutete, insofern dies nach dem in der Verordnung Nr. 1408/71 verankerten Beschäftigungsstaatsgrundsatz die Anwendung der niederländischen Rechtsvorschriften zur Folge hatte, die kein Kindergeld für Kinder im fraglichen Alter vorsehen, wohingegen sie Anspruch auf deutsches Kindergeld hätte, wenn sie in Deutschland beschäftigt wäre.

76. Meines Erachtens ist dieser Nachteil jedoch auf die materiell-rechtlichen Unterschiede im Bereich des Kindergelds zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit in Deutschland und in den Niederlanden zurückzuführen, die insbesondere das Alter der Kinder als Anspruchsvoraussetzung betreffen.

Demzufolge kann aus diesem Grund allein keine Einschränkung der durch den Vertrag garantierten Freizügigkeit angenommen werden.

Wenngleich die Rechtssache Bosmann die Verordnung 1408/72 betraf sowie Artikel Art. 42 EG, die beide nicht mehr in Kraft sind, so muss festgehalten werden, dass die EU-Verordnung 883/2004 und der aktuelle Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) die gleichen Ziele verfolgen.

Erwägungsgrund 1 der EU-VO 883/2004 lautet:

Die Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit sind Teil des freien Personenverkehrs und sollten zur Verbesserung des Lebensstandards und der Arbeitsbedingungen beitragen.

Artikel 42 EG ist mittlerweile in Artikel 48 AEUV verankert.

Es ist somit festzuhalten, dass eine Benachteiligung für einen Grenzgänger dahingehend, dass ein Mitgliedstaat aufgrund der Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Leistungen gewährt, eine Verletzung des Primärrechts bedeutet. Eine solche Verletzung ist durch den Umstand, dass Grenzgänger, die in Österreich wohnhaft sind, aber in der Schweiz erwerbstätig waren und daher von letztgenanntem Staat eine Leistung bei Alter (Rente) beziehen und daher weder von Österreich noch von der Schweiz eine Pflegeleistung erhalten der Fall.

Die Rechtsache Bosmann betraf Familienleistungen. Dies hat auch auf Leistungen „Krankheit“ Anwendung zu finden. Der OGH hat übrigens in seinem Urteil auch auf die Rechtsache Bosmann hingewiesen. Weitere EuGH-Entscheidungen, die der OGH anführt, betrafen ebenfalls Familienleistungen.

Dass jedenfalls Personen, die von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht haben, benachteiligt werden, weil sie weder vom Beschäftigungsstaat eine Leistung erhalten noch vom Wohnstaat, muss als unionswidrig und als eine Verletzung des Primärrechts angesehen werden. Und das ist durch den Umstand, dass Wanderarbeitnehmer, die in der Schweiz erwerbstätig waren und daher die Schweiz für die Rente und deshalb auch für Leistungen bei Krankheit zuständig ist, diese Leistungen aber an eine Wohnortklausel bindet und auch der Wohnstaat meint, dass keine Leistung bei Krankheit zu bezahlen ist, der Fall.

Zur Rechtsache Bosmann ist außerdem festzuhalten, dass es um eine alleinerziehende Mutter von zwei Kindern ging, die im beklagten Zeitraum in Deutschland wohnte, aber in den Niederlanden erwerbstätig war. Daher wären grundsätzlich die Niederlande für Familienleistungen zuständig und nicht Deutschland. Im Gegensatz zu Deutschland haben die Niederlande allerdings Familienleistungen nur für Kinder bis zum 18. Lebensjahr. Die Niederlande waren somit für Familienleistungen nicht zuständig. Daher wurde gerichtlich entschieden, dass Deutschland zuständig ist und Kindergeld für die beiden volljährigen Kinder, die studierten, bezahlen musste.

Obwohl Bosmann aufgrund ihrer Beschäftigung den Rechtsvorschriften der Niederlande unterlag, wurde Deutschland zuständig, weil die Niederlande gemäß ihren Rechtsvorschriften unzuständig wurden.

Das nationale Urteil vom 25.09.2008 - 10 K 4830/05 ist wie folgt öffentlich abrufbar:

<https://openjur.de/u/129192.html>

Darin heißt es unter anderem:

Der Klägerin steht auch für die Zeit ab Oktober 2005 deutsches Kindergeld zu.

Nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes - EStG - hat für Kinder im Sinne des § 63 EStG Anspruch auf Kindergeld, wer im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dass die Klägerin diese Voraussetzungen erfüllt, ist nicht streitig.

Dieser grundsätzlich gegebene Kindergeldanspruch wird nicht durch § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ausgeschlossen.

Nach dieser Vorschrift wird Kindergeld nicht für ein Kind gezahlt, für das im Ausland Leistungen gewährt werden, die dem Kindergeld oder einer der unter Nr. 1 des § 65 Abs. 1 Satz 1 genannten Leistungen vergleichbar sind. Die Klägerin hat in den Niederlanden aufgrund des Alters der Kinder keinen Anspruch auf Kindergeld oder vergleichbare Sozialleistungen, was zwischen den Beteiligten ebenfalls unstrittig ist und auch der Feststellung des Bundesministeriums der Finanzen (siehe Erlass vom 12. Februar 2002, Bundessteuerblatt - BStBl - I 2002, 241; vgl. auch Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 24. Januar 2008 [1 K 83/07](#), [Entscheidungen der Finanzgerichte - EFG - 2008, 1570](#)) entspricht.

Der damit nach deutschem Recht bestehende Kindergeldanspruch der Klägerin wird nicht durch gemeinschaftsrechtliche Vorschriften ausgeschlossen.

Hierzu hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 20. Mai 2008 [C 352/06](#) (Rdnr. 28) entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Verordnung (EWG) 1408/71 Deutschland nicht hindert, Kindergeld auch den Personen zu gewähren, die grundsätzlich in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen. Damit steht eindeutig fest, dass Gemeinschaftsrecht der Gewährung von Kindergeld an die Klägerin nicht entgegensteht. Da es im nationalen Recht keinen Ausflusstatbestand gibt, steht der Klägerin Kindergeld auch für den Zeitraum zu, in dem sie in den Niederlanden arbeitet und dort wegen des Alters der Kinder keinen Anspruch auf Kindergeld mehr hat.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem Zweck der Verordnung (EWG) 1408/71, den das Bundesverfassungsgericht dahingehend bestimmt, dass mit dieser Verordnung eine Kumulierung anwendbarer Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedsstaaten mit den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten vermieden werden soll (Beschluss vom 8. Juni 2004 [2 BvL 5/00](#), [BVerfGE 110/412](#), BFH/NV 2005, Beilage 1, Seite 33). Es soll eine Doppelbegünstigung verhindert werden und sichergestellt werden, dass kindbezogene vergleichbare Leistungen nur einmal gewährt werden.

Im Streitfall besteht eine derartige Konkurrenzsituation zwischen unterschiedlichen Sozialleistungen nicht mehr. Damit besteht auch keine Gefahr einer Doppel- oder Meistbegünstigung.

Die Niederlande waren für die Gewährung von Familienleistungen aufgrund des Alters der Kinder nicht zuständig. Das ist laut EU-Recht erlaubt, da die EU nur eine Klausel explizit verbietet. Gemäß Artikel 7 der aktuell geltenden EU-VO 883/2004 heißt es:

Aufhebung der Wohnortklauseln

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Die Schweiz, die als Nicht-EU-Mitgliedstaat die EU-VO 883/2004 umsetzen muss, argumentiert, dass ihre Leistungen, die sie pflegebedürftigen Personen gewährt, „Sachleistungen“ seien. Der Artikel 7 der Verordnung nennt aber ausdrücklich nur „Geldleistungen“. Dass Sachleistungen in diesem Artikel ausgenommen wurden, führt zu einem Umstand, dass die Schweiz pflegebedürftige Personen nur dann eine Leistung gewähren muss, wenn sie in der Schweiz wohnhaft sind.

Wenn die Schweiz - anders als beim Urteil Bosmann - nicht aufgrund des Alters einer Person, sondern aufgrund des Wohnorts der Person nicht zuständig ist, dann muss jener Staat zuständig sein, zu dem die betroffene Person eine Bindung hat. Das wäre im besagten Streitfall Österreich.

Die im OGH zitierte Rechtsache Hudzinski und Wawrzyniak eignet sich nicht als Argument. Bei den beiden polnischen Staatsangehörigen war nie die Frage relevant, ob sie Leistungen verlieren bzw. keine Leistungen erhalten. Aus dem Urteil geht hervor, dass Hudzinski und Wawrzyniak in Polen wohnten, aber in Deutschland erwerbstätig war. Wenngleich aus unterschiedlichen Gründen (die eine Person wurde entsendet, die andere war nur kurzfristig in Deutschland erwerbstätig) führte die Erwerbstätigkeit dazu, dass beide Personen ihre Ansprüche auf Familienleistungen in Polen nicht verloren hatten.

Wenngleich die EU-VO 883/2004 sämtliche Leistungen der sozialen Sicherheit koordiniert, muss darauf hingewiesen werden, dass „Familienleistungen“ sich wesentlich von anderen Leistungen der Verordnung unterscheiden.

Während etwa bei „Leistungen bei Alter“, „Leistungen bei Arbeitslosigkeit“ oder „Leistungen bei Krankheit“ lediglich die Ansprüche von einer Person geprüft werden müssen, so gibt es bei „Familienleistungen“ den Umstand, dass Ansprüche von mindestens zwei Staaten bestehen können, allerdings zur Überprüfung drei Personen zu berücksichtigen sind. Das sind Mutter, Vater und Kind. Je nachdem, in welchem Staat das Kind lebt, in welchem Staat eine Erwerbstätigkeit, ein Rentenanspruch oder ein Wohnortanspruch vorliegt, entscheidet sich, welcher Staat vorrangig Familienleistungen bezahlen muss.

Tatsache ist allerdings, dass Eltern einen Anspruch auf die höchste Familienleistung haben. Ist etwa ein Staat nicht zuständig, so muss der andere Staat seine Familienleistung bezahlen. Dass kein Staat eine Familienleistung bezahlen muss, kann vor allem dann eintreffen, wenn etwa beide Mitgliedstaaten einkommensabhängige Familienleistungen haben und die Höhe des Familieneinkommens dazu führt, dass ein Anspruch erlischt.

In der Rechtsache Bosmann ist die Rolle des Vaters nicht bekannt. Die Mutter war alleinerziehend und hätte jedenfalls rein rechtlich schon deswegen einen Anspruch auf das deutsche Kindergeld gehabt, wenn der Vater in Deutschland einen Wohnortanspruch gehabt haben würde.

In der Rechtsache C-543/03 - Dodi und Oberhollenzer fühlten sich anfangs weder Österreich noch Deutschland zuständig, das nach ihren nationalen Rechtsvorschriften geltende Erziehungsgeld zu bezahlen.

Die höchstgerichtliche Entscheidung ist wie folgt abrufbar:

https://www.ris.bka.gv.at/JustizEntscheidung.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20061003_OGH0002_010OBS00070_06A0000_000&IncludeSelf=True

Österreich – konkret die Tiroler Gebietskrankenkassa – musste letztendlich Familienleistungen bezahlen, obwohl Deutschland vorrangig zuständig war. Dies deswegen, weil in einem Fall die Eltern die Einkommenshöhe des deutschen Erziehungsgeldes überschritten hatten. Im anderen Fall musste Österreich einen Unterschiedsbetrag bezahlen.

Die höchstgerichtliche Entscheidung erscheint in dieser Sache sinnvoll und gerechtfertigt. Es kann nicht angenommen werden, dass sich die Freizügigkeit für beide Eltern nachteilig ausgewirkt hätte, selbst dann, wenn beide Mitgliedstaaten einkommensabhängige Familienleistungen haben würden, die einen Anspruch auf Familienleistungen bei entsprechend hohem Einkommen ausschließen. Die EU sieht einkommensabhängige Familienleistungen auch nicht als problematisch an:

Auf die parlamentarische Anfrage des Mitglieds zum Europäischen Parlaments, Roman Haider, haben Sie geantwortet:

Die in Artikel 48 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankerte Zuständigkeit der EU im Bereich der sozialen Sicherheit beschränkt sich auf die Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu erleichtern. Für die Gestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit sind somit weiterhin die Mitgliedstaaten zuständig.

Solange die Mitgliedstaaten die Grundprinzipien des Unionsrechts wie den Grundsatz der Gleichbehandlung achten, bleibt es ihnen unbenommen, einkommensabhängige Familienleistungen zu gewähren, die auf Empfänger von Einkommen unterhalb einer bestimmten Schwelle beschränkt werden.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass zwischen den Artikeln 67 und 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 kein Widerspruch besteht. Erstgenannter bekräftigt den allgemeinen Grundsatz des Verbots von Wohnortklauseln im Bereich der

Familienleistungen, letzterer legt Prioritätsregeln für den Fall fest, dass ein Anspruch auf Familienleistungen seitens zweier oder mehr Mitgliedstaaten besteht, wobei dem aus einer beruflichen Tätigkeit erwachsenden Anspruch Vorrang eingeräumt wird.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-001984-ASW_DE.html

Die Systeme der sozialen Sicherheit sind allesamt unterschiedlich. Ein Blick auf Familienleistungen der einzelnen Staaten offenbart, dass vor allem folgende Unterschiede zu berücksichtigen sind:

Höhe der Leistung:

Es gibt Staaten, die verhältnismäßig hohe Familienleistungen im dreistelligen Bereich gewähren, während es Staaten gibt, die maximal zweistellige Beträge in regelmäßigen Abständen zahlen.

Währung:

Nicht alle der 32 Staaten, die Familienleistungen koordinieren müssen, haben den Euro als Währung. Als Beispiele sollen Polen, Schweden, die Schweiz oder Rumänien genannt werden. Gewährte Beträge mögen zwar auf den ersten Blick hoch erscheinen. Rechnet man sie in Euro um, stellt sich heraus, dass etwa in Rumänien, wenn es heißt, dass pro Kind 82 RON gewährt werden, dies tatsächlich (je nach Währungskurs) gerade einmal 18 Euro sind.

Unterschiedliche Leistungen innerhalb eines Staats aufgrund des Wohnorts:

In Belgien werden innerstaatlich aufgrund der Regionen unterschiedliche Leistungen gewährt. Es muss unterschieden werden zwischen: 1.: Flämische Gemeinschaft, 2.: Französischsprachige Region Wallonien und Region Brüssel-Hauptstadt und 3.: Deutschsprachige Gemeinschaft.

Leistungen erst ab zwei Kindern:

Frankreich gewährt eine seiner wesentlichen Beihilfen erst einer Familie, wenn es zwei Kinder gibt.

Unterschiedliche Zeiten der Auszahlungsmodalitäten:

Die meisten Staaten bezahlen Familienleistungen monatlich. Allerdings gibt es auch Staaten, die andere Auszahlungsmodalitäten haben. Etwa quartalsweise oder wöchentlich.

Alter der Kinder:

Je nachdem, wie alt das Kind ist, variiert die Höhe der Leistung in den einzelnen Staaten.

Anzahl der Kinder:

Auch bei der Anzahl der Kinder können in den einzelnen Staaten unterschiedliche Regeln gelten, was die Auszahlungshöhe pro Kind betrifft.

Alleinerzieher:

Es gibt Staaten, die für alleinerziehende Personen andere – in der Regel günstigere – Familienleistungen vorsehen als bei Eltern, die nicht getrennt leben.

Kinder mit Behinderung:

Die 32 Staaten sehen in der Regel auch unterschiedliche Familienleistungen vor, um Personen zu unterstützen, die Kinder mit Behinderung haben.

Versicherungszeiten:

Es gibt Leistungen, die explizit erst aufgrund einer gewissen Anzahl an erworbenen Versicherungszeiten gewährt werden. In Österreich etwa muss für den Bezug des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes eine Erwerbstätigkeit in der Anzahl von 182 Tagen vorliegen. Dem EuGH-Urteil in der Rechtsache Elisabeth Bergström, C-257/10, kann entnommen werden, dass das schwedische Recht jedenfalls im Zeitraum 2011 ein Elterngeld vorgesehen hat, das gewährt wird, wenn 240 Tage an Versicherungszeiten in Schweden vorliegen. In diesem Fall entspricht das Elterngeld der Höhe des „Krankengeldes“, womit das jährliche Einkommen in Geld gemeint ist, dass der Versicherte durch seine Arbeit im Inland voraussichtlich bis auf Weiteres erzielen werde. Abweichend davon wird nur ein Grundbetrag von 150 schwedischen Kronen pro Tag bezahlt, was umgerechnet knapp 14 Euro sind. Die schwedische Staatsangehörige Bergström war allerdings nicht in Schweden erwerbstätig. Sie war acht Jahre in der Schweiz wohnhaft und hat dort auch gearbeitet. Als sie dort ein Kind gebar, zog sie mit ihrem Mann nach Schweden zurück, der dort auch sofort eine Arbeit aufnahm. Bergström beantragte das schwedische Elterngeld und wollte dieses in der Höhe des Krankengelds, berechnet auf der Grundlage ihres Arbeitseinkommens in der Schweiz. Die zuständige Krankenkassa allerdings meinte, dass Bergström kein Elterngeld nach der Höhe des Krankengelds zustünde, sondern nur der Grundbetrag. Dies deswegen, weil Bergström in Schweden nicht erwerbstätig war. Zwar könnten ihre Versicherungszeiten aus der Schweiz berücksichtigt werden. Allerdings müsste Bergström zumindest einen Tag in Schweden versichert gewesen sein, da die damals zuständige EU-Verordnung im Titel von einer „Zusammenrechnung der Versicherungszeiten“ sprach und eine „Zusammenrechnung“ voraussetzen würde, dass diese aus zumindest zwei Staaten erfolgen müsse und daher Versicherungszeiten aus beiden Staaten verlange.

Das krankengeldwirksame Einkommen baue auf der Voraussetzung auf, dass die Sozialversicherung durch die Arbeitseinkommen in Schweden finanziert werde, von denen gesetzlich festgelegte Abgaben einbehalten würden, argumentierte die Krankenkasse außerdem. Bergström allerdings meinte, dass die gleichen Regeln auch für denjenigen gelten müssten, der aus einem anderen EU-Mitgliedstaat oder einem anderen Staat, der Vertragspartner der entsprechenden EU-Verordnungen sei, nach Schweden umziehe. Der EuGH vertrat die Ansicht Bergströms dahingehend, dass alle Versicherungsjahre aus der Schweiz zu berücksichtigen seien, womit Bergström das

schwedische Elterngeld in der Höhe des Krankengeldes zusteht. Die Berechnung der Höhe des Krankengeldes habe allerdings nicht nach dem Einkommen zu erfolgen, was in der Schweiz verdient wurde, sondern nach der Höhe jenes Einkommens, was eine Person mit gleicher Qualifikation in Schweden verdient hätte.

Unterschiedliche Zulagen nach Beruf:

In der Schweiz gibt es unterschiedliche Zulagen, wenn eine Person in der Landwirtschaft tätig ist. Unterschiedliche Zulagen gibt es je nachdem, ob eine Person in einem Berggebiet oder Talgebiet wohnhaft ist. Außerdem haben selbst die einzelnen Kantone unterschiedliche Regelungen im Bereich der Familienleistungen.

Beitragsabhängig vs. beitragsunabhängig:

Die größte Herausforderung ist die Prüfung einer Familienleistung, wenn das Einkommen der Eltern berücksichtigt werden muss. Es gibt Staaten, die Familienleistungen unabhängig von einer Erwerbstätigkeit regeln. Eltern profitieren somit von einer Leistung auch dann, wenn sie nicht erwerbstätig sind. Es genügt als Voraussetzung lediglich der Nachweis eines Kindes im Haushalt. Die meisten der 32 Staaten haben allerdings einkommensabhängige Familienleistungen. Die zuständigen Träger prüfen gemäß ihren Rechtsvorschriften die Anspruchshöhe der Familienleistung anhand des Einkommens der Eltern. Das kann etwa anhand des Jahreseinkommens der Eltern aufgrund entsprechender Erklärungen vollzogen werden. Die meisten einkommensabhängigen Familienleistungen (Ausnahme ist etwa Malta) sehen vor, dass Eltern, die ein zu hohes Einkommen haben, keine Familienleistungen erhalten, weil der jeweilige Gesetzgeber der Ansicht ist, dass Eltern auch ohne Unterstützung des Staats für die Kinder sorgen können. Die einzelnen Staaten sehen unterschiedliche Berechnungsformeln vor. Einige von ihnen berücksichtigen das Pro-Kopf-Einkommen der Familie, womit das Gesamteinkommen durch die Anzahl der Familie geteilt wird. Das heißt, dass wenn eine Familie mehr Kinder hat, ein geringeres Einkommen als Anspruchsgrundlage für die Familienleistung herangezogen wird, was dazu führt, dass Eltern in eine günstigere Einstufung fallen und mehr Familienleistungen erhalten.

Viele der angeführten Merkmale treffen auch auf „Leistungen bei Krankheit“ zu. Familienleistungen können Geldleistungen sein. Sie können aber auch Sachleistungen sein. Der EuGH hat in der Rechtsache C-347/12 Markus Wiering festgehalten, dass bei der Überprüfung der Ansprüche auf Familienleistungen zu beachten ist, dass nur gleichartige Familienleistungen bei der Berechnung des Unterschiedsbetrags berücksichtigt werden dürfen. Dies muss aber auch heißen, dass wenn ein Staat Geldleistungen gewährt, während ein anderer Staat keine Geldleistungen gewährt, sondern Sachleistungen, ein Anspruch auf beide Leistungen zu bestehen hat, wenn bei Familienleistungen die Rechtsvorschriften von zwei Staaten zu berücksichtigen sind.

Bei Pflegeleistungen werden grundsätzlich nur die Anspruchsvoraussetzungen von einer Person überprüft, weshalb diese Person grundsätzlich den Rechtsvorschriften nur eines Staats unterliegt.

Dennoch soll auf die Rechtssache C-388/09 Joao Filipe da Silva Martins, die auch in der OGH-Entscheidung 10 ObS 83/16b Erwähnung findet, eingegangen werden.

Herr da Silva Martins arbeitete zuerst in Portugal und dann überwiegend in Deutschland, wo er auch wohnhaft wurde. Von beiden Staaten hatte er Rentenansprüche erworben. In Folge erhielt da Silva Martins von Deutschland Pflegeleistungen und zog aber nach Portugal zurück, wo es keine gleichartige Pflegeleistung gab.

Der EuGH hält fest:

Wie insbesondere den Randnrn. 22 und 23 des vorliegenden Urteils zu entnehmen ist, kann jedoch nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden, dass das portugiesische System der sozialen Sicherheit, obwohl es im Unterschied zum deutschen System kein eigenständiges System bereitstellt, das speziell das Risiko der Pflegebedürftigkeit betrifft, bestimmte Geldleistungen vorsieht, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen, wie insbesondere eine vom Grad der Pflegebedürftigkeit abhängige Zusatzrente.

Unter diesen Umständen hat das nationale Gericht unter Berücksichtigung der in den Randnrn. 42 bis 46 des vorliegenden Urteils dargestellten Rechtsprechung zu prüfen, ob die Annahme zutrifft, dass es in Portugal keinerlei Leistung der sozialen Sicherheit gibt, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betrifft (vgl. auch entsprechend Urteil Jauch, Randnr. 26).

Nach Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 erhält nämlich ein Rentner, der nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, darunter den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet er wohnt, zum Bezug von Renten berechtigt ist und nach den Rechtsvorschriften des letztgenannten Mitgliedstaats Anspruch auf Leistungen bei Krankheit hat, diese Leistungen vom Träger des Wohnorts und zu dessen Lasten, als ob der Betroffene nach den Rechtsvorschriften nur dieses Mitgliedstaats zum Bezug einer Rente berechtigt wäre.

Somit hat im Fall des Ausgangsverfahrens die Portugiesische Republik, einer der Staaten, die Herrn da Silva Martins eine Altersrente schulden, als dessen Wohnsitzmitgliedstaat für die Zahlung der Leistungen bei Krankheit im eigentlichen Sinne aufzukommen (vgl. entsprechend Urteil vom 18. Juli 2006, Nikula, C-50/05, Slg. 2006, I-7029, Randnrn. 22 und 23).

Wie den Randnrn. 39 bis 46 des vorliegenden Urteils zu entnehmen ist, sind Leistungen, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen, „Leistungen bei Krankheit“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 gleichzustellen. Ist ein ehemaliger Wanderarbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, darunter den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet er wohnt, zum Bezug von Renten berechtigt, ist demnach grundsätzlich der letztgenannte Mitgliedstaat gemäß Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 verpflichtet, gegebenenfalls Leistungen zu erbringen, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen.

Aufgrund der oben in den Randnrn. 40 bis 48 des vorliegenden Urteils dargelegten Erwägungen ist in Ermangelung von Vorschriften in der Verordnung Nr. 1408/71, die sich speziell auf das Risiko der Pflegebedürftigkeit beziehen, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens Art. 27 dieser Verordnung im Licht der mit der

Verordnung Nr. 1408/71 verfolgten Zwecke unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Leistungen, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen, gegenüber Leistungen bei Krankheit im eigentlichen Sinne auszulegen (vgl. entsprechend u. a. Urteile vom 6. März 1979, Rossi, 100/78, Slg. 1979, 831, Randnr. 12, und vom 14. Dezember 1989, Dammer, C-168/88, Slg. 1989, 4553, Randnr. 20).

Insoweit ist zu beachten, dass die aufgrund von Art. 48 AEUV ergangenen Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 im Licht des Zwecks dieses Artikels auszulegen sind, der in der Herstellung größtmöglicher Freizügigkeit für die Wanderarbeitnehmer besteht (vgl. u. a. Urteile vom 12. Oktober 1978, Belbouab, 10/78, Slg. 1978, 1915, Randnr. 5, Jauch, Randnr. 20, Hosse, Randnr. 24, und vom 11. September 2007, Hendrix, C-287/05, Slg. 2007, I-6909, Randnr. 52).

Da Art. 48 AEUV eine Koordinierung und keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorsieht (vgl. u. a. Urteil vom 5. Juli 1988, Borowitz, 21/87, Slg. 1988, 3715, Randnr. 23), werden die materiellen und formellen Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der einzelnen Mitgliedstaaten und folglich zwischen den Ansprüchen der dort Versicherten durch diese Bestimmung nicht berührt, so dass jeder Mitgliedstaat dafür zuständig bleibt, im Einklang mit dem Unionsrecht in seinen Rechtsvorschriften festzulegen, unter welchen Voraussetzungen die Leistungen eines Systems der sozialen Sicherheit gewährt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil von Chamier-Glisczinski, Randnr. 84, und vom 14. Oktober 2010, van Delft u. a., C-345/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 99).

In diesem Rahmen kann das Primärrecht der Union einem Versicherten nicht garantieren, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit, insbesondere in Bezug auf Leistungen bei Krankheit, neutral ist. Somit kann die Anwendung – gegebenenfalls aufgrund der Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 – einer nationalen Regelung, die in Bezug auf Leistungen der sozialen Sicherheit weniger günstig ist, infolge eines Wechsels des Wohnsitzmitgliedstaats grundsätzlich mit den Anforderungen des Primärrechts der Union auf dem Gebiet der Personenfreizügigkeit vereinbar sein (vgl. entsprechend u. a. Urteil von Chamier-Glisczinski, Randnrn. 85 und 87).

Nach ständiger Rechtsprechung wäre eine solche Vereinbarkeit aber nur gegeben, soweit u. a. die fragliche nationale Regelung den betreffenden Erwerbstätigen im Vergleich zu Personen, die ihre gesamten Tätigkeiten in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem diese Regelung gilt, nicht benachteiligt und nicht nur dazu führt, dass Beitragsleistungen erbracht werden, denen kein Anspruch auf Gegenleistungen gegenübersteht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. März 2002, Hervein u. a., C-393/99 und C-394/99, Slg. 2002, I-2829, Randnr. 51, vom 9. März 2006, Piatkowski, C-493/04, Slg. 2006, I-2369, Randnr. 34, vom 1. Oktober 2009, Leyman, C-3/08, Slg. 2009, I-9085, Randnr. 45, sowie van Delft u. a., Randnr. 101).

Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, würde der Zweck der Art. 45 AEUV und 48 AEUV verfehlt, wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, die Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlieren würden, die ihnen allein die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats sichern, insbesondere wenn diese Vergünstigungen die Gegenleistung für von ihnen gezahlte Beiträge darstellen (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 21. Oktober 1975, Petroni,

24/75, Slg. 1975, 1149, Randnr. 13, vom 25. Februar 1986, Spruyt, 284/84, Slg. 1986, 685, Randnr. 19, vom 27. Februar 1997, Bastos Moriana u. a., C-59/95, Slg. 1997, I-1071, Randnr. 17, Jauch, Randnr. 20, und Bosmann, Randnr. 29).

Die unionsrechtlichen Vorschriften zur Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit sind nämlich insbesondere in Anbetracht der mit ihnen verfolgten Ziele – vorbehaltlich ausdrücklich vorgesehener, diesen Zielen entsprechender Ausnahmen – so anzuwenden, dass sie dem Wandererwerbstätigen oder den ihm gegenüber Berechtigten nicht Leistungen aberkennen, die allein nach dem Recht eines Mitgliedstaats gewährt werden (vgl. u. a. Urteile vom 5. Juli 1967, Colditz, 9/67, Slg. 1967, 308, 315, Rossi, Randnr. 14, und Schwemmer, Randnr. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Ferner ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass mit den Art. 45 AEUV bis 48 AEUV ebenso wie mit der zu ihrer Durchführung erlassenen Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere verhindert werden soll, dass ein Arbeitnehmer, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat und in mehr als einem Mitgliedstaat beschäftigt war, ohne objektiven Grund schlechter gestellt wird als ein Arbeitnehmer, der seine gesamte berufliche Laufbahn in einem einzigen Mitgliedstaat zurückgelegt hat (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 5. Mai 1977, Jansen, 104/76, Slg. 1977, 829, Randnr. 12, vom 7. März 1991, Masgio, C-10/90, Slg. 1991, I-1119, Randnrn. 17, 19 und 23, vom 22. November 1995, Vougioukas, C-443/93, Slg. 1995, I-4033, Randnrn. 41 und 42, vom 17. September 1997, Iurlaro, C-322/95, Slg. 1997, I-4881, Randnrn. 23 und 30, sowie Leyman, Randnr. 45).

Gestattet in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens allein das nationale Recht – ohne dass die Verordnung Nr. 1408/71 dem entgegensteht – die freiwillige Weiterversicherung einer Person in einer Situation wie der von Herrn da Silva Martins in einem eigenständigen System der sozialen Sicherheit, das das Risiko der Pflegebedürftigkeit betrifft, und hat diese Person die Mindestbeitragszeit zurückgelegt, die für die Inanspruchnahme von Leistungen im Pflegefall erforderlich ist, so kann der Umstand, dass die Gewährung sämtlicher mit diesem System verbundener Leistungen ohne Weiteres ausgesetzt wird, wenn der Betroffene seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat der Union verlegt, dazu führen, wie das vorlegende Gericht sinngemäß ausführt und entgegen der Ansicht der deutschen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs, dass Beitragsleistungen erbracht werden, denen kein Anspruch auf Gegenleistungen gegenübersteht, zumindest soweit es um Beiträge geht, die aufgrund einer freiwilligen Weiterversicherung nach der fraglichen Verlegung des Wohnsitzes gezahlt werden.

Es wäre daher schwerlich mit dem Zweck von Art. 48 AEUV, wie er insbesondere aus den Randnrn. 70, 71 und 74 des vorliegenden Urteils hervorgeht, zu vereinbaren, wenn ein ehemaliger Wanderarbeitnehmer in einer Lage wie der von Herrn da Silva Martins nur deswegen, weil er gemäß Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 nach den Rechtsvorschriften seines Wohnsitzmitgliedstaats Anspruch auf Leistungen bei Krankheit im eigentlichen Sinne hat, alle Vergünstigungen verlöre, die die Gegenleistung für die Beiträge darstellen, die er in einem früheren Beschäftigungsmitgliedstaat aufgrund eines eigenständigen Versicherungssystems gezahlt hat, das nicht das Risiko der Krankheit im eigentlichen Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 betrifft, sondern das der Pflegebedürftigkeit. Das gälte umso mehr in dem in Randnr. 64 des vorliegenden Urteils genannten Fall –

dessen Vorliegen das vorlegende Gericht zu prüfen hat –, dass es in dem betreffenden Wohnsitzmitgliedstaat keine Geldleistungen der sozialen Sicherheit gibt, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen.

Der EuGH hat zu Recht erkannt:

Die Art. 15 und 27 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 geänderten und aktualisierten Fassung und geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 stehen nicht dem entgegen, dass eine Person in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, die Altersrente aus den Rentenkassen sowohl ihres Herkunftsmitgliedstaats als auch des Mitgliedstaats bezieht, in dem sie den größten Teil ihres Berufslebens verbracht hat, und die aus dem letztgenannten Mitgliedstaat in ihren Herkunftsmitgliedstaat umgezogen ist, aufgrund einer freiwilligen Weiterversicherung in einem eigenständigen System der Pflegeversicherung des Mitgliedstaats, in dem sie den größten Teil ihres Berufslebens verbracht hat, weiterhin eine dieser Versicherung entsprechende Geldleistung in Anspruch nehmen kann, insbesondere falls – was das vorlegende Gericht zu prüfen hat – im Wohnsitzmitgliedstaat keine Geldleistungen gewährt werden, die das spezifische Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen.

Wenn hingegen in den Rechtsvorschriften des Wohnsitzmitgliedstaats Geldleistungen, die das Risiko der Pflegebedürftigkeit betreffen, vorgesehen sind, dies aber nur in einer Höhe, die unter dem Betrag der Leistungen liegt, die sich auf dieses beziehen und von dem anderen Mitgliedstaat gewährt werden, der eine Rente schuldet, ist Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 in der durch die Verordnung Nr. 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung und geändert durch die Verordnung Nr. 1386/2001 dahin auszulegen, dass eine solche Person gegenüber dem zuständigen Träger des letztgenannten Staates einen Anspruch auf eine Zusatzleistung in Höhe des Unterschieds zwischen den beiden Beträgen hat.

Auf nationaler Ebene wurde das Verfahren BSG - B 3 P 3/13 R ohne Entscheidung erledigt.

Die Rechtssache betraf jedenfalls „Leistungen bei Krankheit“, die konkret „Geldleistungen bei Krankheit“ sind. Das deutsche Pflegegeld als auch das österreichische Pflegegeld sind Geldleistungen, wie in der Rechtssache Molenaar und Jauch festgehalten wird. Die Schweiz allerdings meint, sie habe keine „Geldleistungen“, sondern „Sachleistungen“. Und die „Hilflosenentschädigung“, die durchaus eine Geldleistung bei Krankheit wäre, müsse nicht exportiert werden, da dies im FAZ vereinbart worden sei.

Im Gegensatz zu Herrn da Silva Martins, der von zwei Staaten Rentenansprüche erworben hat und daher aus beiden Staaten Ansprüche auf Pflegeleistungen zu prüfen sind, kann es Unionsbürger geben, die ausschließlich eine Rente von der Schweiz beziehen.

Diese Unionsbürger zahlen in das Sozialversicherungssystem der Schweiz ein und erhalten aber in Folge keine Leistungen, weil sie in einem anderen Staat wohnen. Dieser Umstand lässt sich mit der Rechtsache Molenaar vergleichen, die sich insofern unterscheidet, in dem es beim Beschäftigungsstaat nicht um die Schweiz, sondern um Deutschland geht. Außerdem hat Deutschland Geldleistungen.

Dennoch erscheint es nicht angebracht, dass erwerbstätige Unionsbürger Nachteile insofern haben, in dem sie keine Pflegeleistungen erhalten, selbst dann nicht, wenn sie in einem anderen Staat freiwillig versichert waren.

Die OGH-Entscheidung 10 ObS 83/16b interpretiert die EU-VO 883/2004 dahingehend, dass selbst bei einer freiwilligen Versicherung und der Umstand, dass eine Person in der Schweiz beschäftigt, aber tatsächlich gar nicht versichert war, kollisionsrechtlich keine Rolle spielen täte.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

Zur Rechtsache Dodl und Oberhollenzer wurde festgehalten:

Die VO (EWG) Nr 1408/71 bestimmt in ihrem Art 2 Abs 1, dass sie unter anderem für Arbeitnehmer und Selbständige, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für deren Familienangehörige gilt. Die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Selbständige“ sind in Art 1 lit a der VO definiert. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes besitzt eine Person die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der VO, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art 1 lit a der VO genannten allgemeinen oder besonderen Systemen der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Daraus folgt, dass das bloße Ruhen der Hauptverpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis während eines bestimmten Zeitraumes dem Beschäftigten nicht seine Eigenschaft als Arbeitnehmer nehmen kann.

Wenn somit eine Person einer Beschäftigung nachgeht, die – wenngleich es praktisch ausgeschlossen werden kann – aber keine Einzahlungen in ein Pflichtversicherungssystem vorsieht und die Person daher gegen kein einziges Risiko versichert ist, dann gilt die Person nicht als Arbeitnehmer im Sinne dieser Verordnung. Somit ist nicht die Beschäftigung als solche wesentlich, sondern, die aufgrund der Beschäftigung eingezahlten Beiträge in ein Versicherungssystem.

Daher muss von Bedeutung sein, in welches System eingezahlt wurde. Dies findet auch bei Entsendungen seine Berücksichtigung. Wenngleich die EU-VO 1408/71 durch die EU-VO 883/2004 ersetzt wurde, so darf dies nicht dazu führen, dass der Grundgedanke, demnach eine Person, die in ein System einzahlt und deshalb Leistungen zu erwarten hat, nicht verloren gehen. Wenn daher eine Person zwar in der Schweiz erwerbstätig war, dort aber nicht versichert war, dafür aber in Österreich, dann muss auch Österreich für Pflegeleistungen zuständig sein.

Es ist nicht einzusehen, dass auf der einen Seite Personen, die in ein System eingezahlt haben, keine Leistungen erhalten, während auf der anderen Seite Personen durchaus Leistungen erhalten, wenn sie nicht in ein System einzahlen.

Dies muss der Rechtsache Eugen Bogatu C-322/17 vom Februar 2019 entnommen werden. Die aktuelle EU-VO 883/2004 muss dahingehend ausgelegt werden, dass ein Elternteil für ein Kind, das in einem anderen Staat wohnt, Anspruch auf Familienleistungen des Staats haben kann, in dem der Elternteil wohnt. Dies auch dann, wenn dieser Elternteil nicht erwerbstätig ist und auch keinen Rentenanspruch hat. Es genügt, wenn der andere Elternteil, der mit dem Kind in einem anderen Mitgliedstaat lebt, erwerbstätig ist oder einen Rentenanspruch hat. Ist die Familienleistung des vorrangig zuständigen Staats, wo das Kind lebt, niedriger als die Leistung jenes nachrangigen Staats, in dem der nicht erwerbstätige Elternteil lebt, so muss der nachrangig zuständige Staat einen Unterschiedsbetrag bezahlen. Dies gilt freilich nur dann, wenn der nachrangig zuständige Staat gemäß seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften eine Familienleistung vorsieht, die nicht einkommensabhängig ist oder keine Erwerbstätigkeit verlangt.

Die EU-VO 883/2004 entscheidet sich im Wortlaut maßgeblich von ihrer Vorgängerverordnung und es könnte sein, dass nun nicht nur bei Familienleistungen, sondern auch bei Pflegeleistungen diverse Gesetzestexte vorhanden sind, die von der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers abweichen. Dass auch im Artikel 7 dieser Verordnung Sachleistungen von einer Wohnortklausel ausgenommen sind, scheint nicht angemessen zu sein.

Ich darf Sie, Herr Kommissar, daher ersuchen, den Sachverhalt genau zu überprüfen, damit pflegebedürftige Personen, die weder von Österreich noch der Schweiz Pflegeleistungen erhalten, zu ihrem Recht kommen.

Ich bedanke mich im Voraus für Ihre baldmöglichste Beantwortung und verbleibe

mit hochachtungsvollen Grüßen

Dr. Hubert Kinz
Abgeordneter zum Vorarlberger Landtag