



Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER
PRINZ-EUGEN-STRASSE 20-22
1040 WIEN
www.arbeiterkammer.at

Per E-Mail an: eu-verfahren@bka.gv.at

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel 501 65	Fax 501 65	Datum
GZ 2023- 0.264.613	EU-GSt/Br/AM	Johanna Rachbauer Sarah Bruckner	DW 12786	DW	26.04.2023

Rs C-116/23; österreichisches Vorabentscheidungsersuchen (BVwG); Auslegung von Art 18 AEUV, Art 3, 4, 7 und 21 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit sowie Art 7 GRC; Antrag eines dauerhaft in Österreich wohnhaften und beschäftigten italienischen Staatsangehörigen auf Pflegekarenzgeld zur Pflege des dauerhaft in Italien wohnenden Vaters; Frage, ob eine solche Situation in den Anwendungsbereich der Verordnung 883/2004 fällt; Einordnung des Pflegekarenzgelds in das System der Verordnung 883/2004; (Un-)Zulässigkeit der Voraussetzung, dass das Pflegekarenzgeld den Bezug von österreichischem Pflegegeld seitens der pflegebedürftigen Person voraussetzt (siehe § 21c Abs 1 BPGG iVm § 14c AVRAG), (...); Vorlage

Im gegenständlichen Vorabentscheidungsverfahren geht es um den Anspruch auf Pflegekarenzgeld gemäß § 21c Abs 1 BPGG iVm § 14c AVRAG. Ein dauerhaft in Österreich wohnhafter und beschäftigter italienischer Staatsangehöriger hat Pflegekarenzgeld zur Pflege seines dauerhaft in Italien wohnenden Vaters beantragt. Der Antrag wurde abgelehnt mit der Begründung, dass der pflegebedürftige Vater des Antragstellers kein Pflegegeld nach dem österreichischen Bundespflegegeldgesetz beziehe. Gegen den ablehnenden Bescheid des Sozialministeriumsservice, Landesstelle Steiermark, wurde Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht.

Das Bundesverwaltungsgericht legt dem Europäischen Gerichtshof sieben Fragen zur Vorabentscheidung vor. Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme und beantwortet die Vorlagefragen 1-5. Aus Sicht der BAK handelt es sich bei der Frage 5 um die entscheidende Frage, diese stellen wir daher an den Beginn:

Zur Frage 5: Steht Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 beziehungsweise das Diskriminierungsverbot in den verschiedenen europarechtlichen Ausführungen (zB Art 18 AEUV,

Art 4 Verordnung (EG) Nr 883/2004 und dergleichen) einer nationalen Regelung entgegen, welche die Leistung des Pflegekarenzgeldes davon abhängig macht, dass seitens der pflegebedürftigen Person österreichisches Pflegegeld ab der Stufe 3 bezogen wird?

Aus Sicht der BAK steht Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 beziehungsweise das Diskriminierungsverbot in den verschiedenen europarechtlichen Ausführungen (zB Art 18 AEUV, Art 4 Verordnung (EG) Nr 883/2004 und dergleichen) einer nationalen Regelung, welche die Leistung des Pflegekarenzgeldes davon abhängig macht, dass seitens der pflegebedürftigen Person österreichisches Pflegegeld ab der Stufe 3 bezogen wird, entgegen.

Nach Ansicht der BAK muss die Formulierung der Vorlagefrage präzisiert werden. § 14c Abs 1 AVRAG knüpft den Anspruch auf Pflegekarenz nicht daran, dass Pflegegeld ab der Stufe 3 „bezogen“ wird, sondern daran, dass Pflegegeld ab der Stufe 3 „gebührt“. Im Ergebnis ändert dies jedoch nichts an der Rechtsansicht der BAK. Die unionsrechtlichen Bestimmungen sind nach Ansicht der BAK dahingehend auszulegen, dass die österreichischen Bestimmungen zum Pflegekarenzgeld diesen entgegenstehen.

Die Bedenken einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft bzw. des Wohnortes sind nach Ansicht der BAK gerechtfertigt. Da für den Anspruch auf Pflegegeld der gewöhnliche Aufenthalt im Inland gemäß § 3a Abs 1 BPGG vorliegen muss, besteht nach dem Wortlaut des § 21c Abs 1 BPGG iVm § 14c AVRAG kein Anspruch auf Pflegekarenzgeld, wenn die pflegebedürftige Person den gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Inland hat.

Nach Ansicht der BAK könnte bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts, bei dem die VO 883/2004 zur Anwendung kommt, grundsätzlich eine unionsrechtskonforme Interpretation des § 21c Abs 1 BPGG iVm 14c AVRAG dahingehend erfolgen, dass der Anspruch auf Pflegekarenzgeld an den der Stufe 3 entsprechenden Pflegebedarf (nicht an den Anspruch auf Pflegegeld) geknüpft wird, wenn die pflegebedürftige Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Inland hat. Nach Ansicht der BAK wäre dies keine Interpretation contra legem. Im Rahmen der Sachverhaltsgleichstellung nach Art 5 VO 883/2004 ist ein Sachverhalt, der in einem anderen Mitgliedsstaat realisiert wird, so zu behandeln, als wäre er in Österreich realisiert worden. Das bedeutet hier, dass wenn ein Pflegebedarf in einem Ausmaß vorliegt, der in Österreich die Rechtsfolge des Anspruchs auf Pflegegeld der Stufe 3 nach sich ziehen würde, ein solcher Sachverhalt realisiert wäre. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Möglichkeit der unionsrechtskonformen Interpretation jedoch nicht zur Anwendung gebracht. Auch aus der Sicht der BAK bestehen Zweifel, ob dem europarechtlichen Diskriminierungsverbot mithilfe dieser Interpretation tatsächlich Genüge getan werden würde. Denn der Nachweis des Pflegebedarfs wird Betroffene vor große praktische Hürden stellen. Selbst wenn die österreichischen Behörden im Rahmen der Amtshilfe eine Untersuchung vornehmen lassen oder aufgrund von ausländischen Befunden den Pflegebedarf selbst feststellen, wird es dadurch zu einer erheblichen Verzögerung kommen. Diese ist gerade im Fall von alten und schwer kranken Menschen höchst problematisch und kann dazu führen, dass die pflegenden Angehörigen die Pflegekarenz bzw das Pflegekarenzgeld faktisch nicht (rechtzeitig) in Anspruch nehmen können, da der Nachweis ja bereits vor der Vereinbarung der Pfe-

gekarenz mit dem Arbeitgeber gemäß 14c AVRAG vorliegen muss. Aus Sicht der BAK kann daher auch in diesem Fall eine mittelbare Diskriminierung vorliegen. Im Ergebnis steht daher nach Ansicht der BAK der Artikel 7 der Verordnung 883/2004 und das europarechtliche Diskriminierungsverbot den österreichischen Bestimmungen zum Pflegekarenzgeld, entgegen.

Im Folgenden nimmt die BAK zu den Vorlagefragen 1-4 Stellung:

Zur Frage 1: Handelt es sich bei Pflegekarenzgeld um eine Leistung bei Krankheit im Sinne des Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 oder allenfalls eine andere Leistung des Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004?

Vorlagefragen haben gemäß Art 267 AEUV die Auslegung des primären und abgeleiteten Unionsrechts zum Gegenstand. Die Frage 1 ist daher nach Ansicht der BAK wie folgt umzuformulieren: Ist Art 3 Abs 1 lit a der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass es sich beim österreichischen Pflegekarenzgeld eine Leistung bei Krankheit handelt?

Aus Sicht der BAK ist Art 3 Abs 1 lit a der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass es sich beim österreichischen Pflegekarenzgeld um eine Leistung bei Krankheit handelt.

Leistungen bei Langzeitpflege sind bis dato nicht explizit in der VO 883/2004 abgebildet. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung hat sich eine EuGH Rsp zur Vorgängerversion der aktuellen Koordinierungsverordnung, der VO 1408/71 entwickelt. Der EuGH sprach erstmals in der Rs *Molenaar* (EuGH 05.03.1998, C-160/96) aus, dass das deutsche Pflegegeld zu den Leistungen der sozialen Sicherheit, genauer zu den Leistungen bei Krankheit gehört. Es folgten weitere Entscheidungen (EuGH 08.03.2001, C-215/99, *Jauch*; 21.02.2006, C-286/03, *Hosse*), in denen ua das österreichische Pflegegeld als Leistung bei Krankheit eingeordnet wurde. Die Zuordnung von Pflegeleistungen zu Leistungen der Krankenversicherung begründet sich dadurch, dass Pflegegelder den Zweck haben, die durch die Pflegebedürftigkeit verursachten Kosten, etwa für die häusliche oder stationäre Pflege, für den Kauf von Pflegehilfsmitteln etc zu decken (Windisch-Graetz in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 48 AEUV Rz 20 (Stand 15.08.2019, rdb.at)). Auch die Übernahme der Rentenversicherungsbeiträge des eine pflegebedürftige Person pflegenden Dritten durch die Pflegeversicherung (EuGH 08.07.2004, C-502/01 und 31/02 - *Gaumain-Cerri und Barth*) hat der EuGH als Leistungen bei Krankheit eingestuft. Die Leistungen zur Absicherung des Risikos des Alters eines Dritten, der eine pflegebedürftige Person pflegt, stellen demnach ebenfalls "Leistungen bei Krankheit" zugunsten des Pflegebedürftigen dar, weil sie der pflegebedürftigen Person helfen sollen, unter möglichst günstigen Bedingungen die Pflege zu bekommen, die ihr Zustand erfordert. Auch das Pflegekarenzgeld ist eine Leistung an einen Dritten und nicht direkt an die pflegebedürftige Person. Das Pflegekarenzgeld dient der finanziellen Absicherung von Personen, die sich in einer Karenz zum Zweck der Pflege oder Betreuung eines nahen Angehörigen (Pflegekarenz, geregelt insb in § 14c AVRAG) oder zum Zweck der Sterbebegleitung eines nahen Angehörigen bzw der Begleitung von im gemeinsamen Haushalt lebenden, schwersterkrankten Kindern (Familienhospizkarenz, geregelt insb in §§ 14a und 14b AVRAG) befinden, oder die sich zum gleichen Zweck vom Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversiche-

rung abgemeldet haben (VwGH 20.12.2022, Ra 2021/08/0061 Rz 9). Dennoch kommt das Pflegekarenzgeld der pflegebedürftigen Person zugute, da es eine adäquate Pflege durch einen Familienangehörigen zumindest für kurze Zeit überhaupt erst ermöglicht. Es kann daher auch hinsichtlich des Pflegekarenzgeldes gesagt werden, dass diese Leistung im Wesentlichen eine Ergänzung der Leistungen der Krankenversicherung bezweckt (EuGH 05.03.1998, C-160/96, *Molenaar*, Rz 24). Ergänzend ist anzumerken, dass, durch die Einbeziehung von Pflegekarenzgeldbezieher:innen in die Sozialversicherung, das Pflegekarenzgeld neben der Entgeltersatzfunktion auch die Funktion der Absicherung des Risikos des Alters und der Krankheit hat, wie es bei der der Rs *Gaumain-Cerri und Barth* zugrunde liegenden Leistung der Fall war.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass es bezüglich Pflegeleistungen seit mehreren Jahren Bestrebungen einer Novellierung der VO 883/2004 gibt und geplant ist, Leistungen bei Langzeitpflege – ua Leistungen, die der pflegenden Person zukommen – unter Titel III Kapitel I einzubeziehen. Dies stellt im Wesentlichen eine Kodifizierung der diesbezüglichen Rsp des EuGH dar, welche Pflegeleistungen als Leistungen bei Krankheit eingestuft hat.

Zur Frage 2: Wenn es sich um eine Leistung bei Krankheit handelt, handelt es sich bei Pflegekarenzgeld um eine Geldleistung im Sinne des Artikel 21 der Verordnung (EG) Nr 883/2004?

Die Frage 2 ist nach Ansicht der BAK wie folgt umzuformulieren: Ist Art 21 der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass es sich beim österreichischen Pflegekarenzgeld um eine Geldleistung handelt?

Aus Sicht der BAK ist Art 21 der VO 883/204 dahingehend auszulegen, dass es sich beim österreichischen Pflegekarenzgeld um eine Geldleistung im Sinne dieses Artikels handelt.

Die VO 883/2004 definiert die Begriffe Geld- und Sachleistung nicht. Der EuGH grenzt diese nicht nach Form, sondern nach Inhalt und Funktion. Während Geldleistungen meist Lohnersatzfunktion haben, beziehen sich Sachleistungen auf persönliche Dienstleistungen sowie Heil- und Hilfsmittel, auch wenn die Krankenversicherung dafür Geld im Wege der Kostenerstattung zahlt. In diesem Zusammenhang ist auch die Einordnung des Pflegegeldes als Geldleistung bei Krankheit zu sehen. Auch wenn das Pflegegeld bestimmte durch den Pflegefall entstandene Kosten decken soll, überwiegt für den EuGH die Tatsache, dass die Zahlung der Gelder periodisch erfolgt, unabhängig davon, ob Auslagen für Pflegeleistungen entstanden sind oder nachgewiesen werden müssen (Windisch-Graetz in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 48 AEUV Rz 55 (Stand 15.08.2019, rdb.at)).

Umso mehr ist mit Blick auf das Pflegekarenzgeld festzustellen, dass es sich hierbei um eine Geldleistung handelt. Das Pflegekarenzgeld erfüllt primär den Zweck des Einkommensersatzes (ErlRV 2407 B1gNR XXIV GP, 1) und soll der pflegenden Person finanzielle Absicherung für die Zeit der Pflegekarenz/Familienhospizkarenz bringen. Dass das Pflegekarenzgeld im Weiteren der pflegenden Person ermöglicht, den Pflegebedarf der pflegebedürftigen Person

zu befriedigen, ändert nichts an der eindeutigen Einkommensersatzfunktion. Anders als das Pflegegeld dient das Pflegekarenczgeld auch nicht dazu, die Kosten, die durch den Pflegebedarf entstehen, zu decken. Das ergibt sich daraus, dass es nicht der pflegebedürftigen Person zufließt, dass Familienangehörige die Pflege meist ohnehin unentgeltlich erbringen und das Pflegekarenczgeld nur für eine sehr kurze Dauer gewährt wird, sohin jedenfalls nicht dazu geeignet ist, die aus dem Pflegebedarf entstehenden Mehrkosten zu decken. Die Höhe ist ferner unabhängig vom konkreten Pflegebedarf und die Verwendung des Pflegekarenczgeldes ist der pflegenden Person freigestellt. IdR wird diese das Pflegekarenczgeld zur Deckung der eigenen Lebenserhaltungskosten verwenden, da sie während der Pflegekarencz nicht über ihr übliches Erwerbseinkommen verfügt.

Zur Frage 3: Handelt es sich bei Pflegekarenczgeld um eine Leistung für die pflegende Person oder die pflegebedürftige Person?

Nach Ansicht der BAK ist die Frage 3 wie folgt umzuformulieren: Ist Artikel 11 der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts im Zusammenhang mit einer Leistung bei Krankheit an die pflegende (und nicht die pflegebedürftige) Person anzuknüpfen ist?

Aus Sicht der BAK ist Art 11 der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts im Zusammenhang mit einer Leistung bei Langzeitpflege wie dem österreichischen Pflegekarenczgeld an die pflegende (und nicht die pflegebedürftige) Person anzuknüpfen ist. Nach Ansicht der BAK ist Österreich daher für den Antrag auf Pflegekarenczgeld zuständig.

Wie das BVwG im Vorabentscheidungsersuchen erörtert, geht es bei dieser Frage schlussendlich darum, an welche Person bei der Prüfung des zuständigen Mitgliedstaats angeknüpft werden muss. Die Ansicht des BVwG, dass es sich, wenn eine die Leistung der pflegenden Person gebührt, nicht um eine Leistung bei Krankheit handelt, wird von der BAK nicht geteilt. Wie bereits zu Frage 1 erörtert, kann es sich um eine Leistung für die pflegende Person handeln, die dennoch eng mit der Pflege- /Betreuungsbedürftigkeit der anderen Person verknüpft ist. So ist Voraussetzung für den Bezug des Pflegekarenczgeldes eine Pflege- oder Familienhospizkarencz. Beide Formen der Karencz setzen entweder einen bestimmten Pflegebedarf (Pflegstufe 3) der gepflegten Person oder eine bestimmte Schwere der Erkrankung voraus. Somit ist eine Verbindung zur Krankheit oder zur Behinderung der pflegebedürftigen Person zweifelsfrei vorhanden. Es ist daher nicht unsystematisch, dass eine Leistung bei Krankheit der pflegenden Person zusteht.

Dass es sich beim Pflegekarenczgeld um eine Leistung für die pflegende Person handelt, lässt sich zum einen nach den formalen Gesichtspunkten der Anspruchsberechtigung beantworten. Klar ist, dass nach § 21c BPGG die pflegende Person einen Rechtsanspruch auf das Pflegekarenczgeld hat, nicht die pflegebedürftige Person. Zum anderen lässt sich im Rahmen einer teleologischen Interpretation feststellen, dass es sich um eine Leistung handelt, die dem Einkommensersatz der pflegenden Person dient, d.h. auch nach dem Zweck der Leistung gebührt sie der pflegenden Person.

Bei der Frage nach dem zuständigen Mitgliedstaat ist daher unter Anwendung der Art 11 ff VO 883/2004 an die pflegende Person anzuknüpfen.

Es soll jedoch abschließend darauf hingewiesen werden, dass – wie vom VwGH (20.12.2022, Ra 2021/08/0061) in Anlehnung an die Rsp des EuGH (12.06.2012, C-611/10 und C-612/10 - *Hudzinski und Wawrzyniak*) zum Pflegegeld entschieden – auch ein an sich unzuständiger Staat Pflegekarenzgeld leisten kann, sofern es dadurch nicht zu einer Mehrfachleistung kommt. Da das BPGG einen Anspruch auf Pflegekarenzgeld für den Fall, dass ein anderer Mitgliedstaat für Pflegeleistungen zuständig ist, nicht ausschließt – § 3a BPGG ist nur für das Pflegegeld gültig – besteht bei Erfüllung der nationalen Voraussetzungen ein Anspruch auf Pflegekarenzgeld selbst, wenn Österreich nicht der nach Art 11 ff VO 883/2004 zuständige Mitgliedstaat ist.

Zur Frage 4: Fällt daher ein Sachverhalt [...] in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) 883/2004?

Nach Ansicht der BAK ist die Frage 4 wie folgt umzuformulieren: Sind die Bestimmungen der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass der Antrag auf Pflegekarenzgeld eines dauerhaft in Österreich wohnhaften und beschäftigten italienischen Staatsangehörigen zur Pflege seines dauerhaft in Italien wohnenden Vaters von diesen Bestimmungen erfasst ist?

Aus Sicht der BAK sind die Bestimmungen der VO 883/2004 dahingehend auszulegen, dass der Antrag auf Pflegekarenzgeld eines dauerhaft in Österreich wohnhaften und beschäftigten italienischen Staatsangehörigen zur Pflege seines dauerhaft in Italien wohnenden Vaters von diesen Bestimmungen erfasst ist.

Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor, wenn Personen, Sachverhalte oder Begehren rechtliche Beziehungen zu einem anderen Mitgliedstaat aufweisen. Da eine Leistung für die Zeit der Pflege eines Familienangehörigen, welcher sich in einem anderen Mitgliedstaat (Italien) dauerhaft aufhält, begehrt wird und der Leistungsberechtigte als EU-Bürger im Rahmen der unionsrechtlich garantierten Freizügigkeit seinen Aufenthalt in Österreich hat, sind die grenzüberschreitenden Elemente offenkundig gegeben (persönlicher Anwendungsbereich). Da der geltend gemachte Anspruch auf Pflegekarenzgeld jedenfalls (irgend-)eine Leistung im Sinne des Art 3 Abs 1 der VO 883/2004 ist, ist auch der sachliche Anwendungsbereich der VO eröffnet. Da sowohl der räumliche als auch der zeitliche (ab 01.05.2010) Anwendungsbereich der VO 883/2004 eröffnet sind, gibt es aus Sicht der BAK keinen Zweifel an der Anwendbarkeit der VO auf den vorliegenden Fall.

Die VO 883/2004 soll gerade durch ihre Koordinierungsvorschriften Doppelbezüge aus mehreren Mitgliedstaaten für denselben Sachverhalt vermeiden. Käme man zu dem Ergebnis der Anwendungsbereich sei bei einer solchen Konstellation nicht eröffnet, bestünde die (theoretische) Möglichkeit eines parallelen Leistungsbezuges aus Italien, wo die zu pflegende Person lebt und eines aus Österreich, wo der pflegende Angehörige lebt und arbeitet, für ein und denselben Versicherungsfall. Das kann im Ergebnis nicht wünschenswert sein und würde die Koordinierungsvorschriften der Union aushebeln.

Die BAK ersucht um Berücksichtigung der vorgebrachten Argumente im Rahmen der Verfahrensbeteiligung Österreichs.

