

Sehr geehrte/r Tagungsteilnehmer/in !

Falls sich Ihr Name / Titel / Adresse / Institution geändert hat, ersuchen wir Sie, uns dies bekanntzugeben.

Sollten Sie zum ersten Mal an unserer Tagung teilnehmen, bitten wir Sie höflichst dieses Formular in **Blockschrift** auszufüllen und anschließend im Tagungsbüro abzugeben.

- Adressänderung
- erstmalige Tagungsteilnahme

Titel:

Name:

Institution:

.....

Adresse der Institution:

.....

e-mail:

Tel.Nr.:

Privatanschrift:

.....

59. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht

Donnerstag, 11. April 2024

8.45 Uhr Begrüßung durch den Präsidenten Univ.-Prof. Dr. Rudolf *Mosler*

Freiwilligenarbeit, Praktika und Volontariate: Verhältnis zur Normalarbeit

Univ.-Prof.ⁱⁿ Mag.^a Dr.ⁱⁿ Elisabeth *Brameshuber* (Universität Wien)

Disloziertes Arbeiten und Betriebsbegriff

ao Univ.-Prof. Dr. Martin *Gruber-Risak* (Universität Wien)

Diskussion zu beiden Vorträgen – anschließend Pause

Lohntransparenz: Gleichbehandlung, Mitbestimmung und Datenschutz

Univ.-Prof. Dr. Adam *Sagan*, MJur (Oxon) (Universität Bayreuth)

Diskussion

Freitag, 12. April 2024

9.00 Uhr Beginn

Verfassungsrechtliche Fragen der Pensionsanpassung

Hon.-Prof.ⁱⁿ HR.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Angela *Julcher* (Verwaltungsgerichtshof)

Diskussion – anschließend Pause

Rechtsfragen der Telemedizin

Univ.-Prof.ⁱⁿ MMag.^a Dr.ⁱⁿ Diana *Niksova* (Leopold-Franzens-Universität Innsbruck)

Diskussion

Donnerstag, 11. April 2024

17.30 Uhr – 19.00 Uhr

Seminar: Pflegegeld

Prof. Dr. Martin *Greifeneder* (Landesgericht Wels)

Freiwilligenarbeit, Praktika und Volontariate: Verhältnis zur Normalarbeit

Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Brameshuber

1. Ehrenamtliches Engagement ist vielseitig, sohin existiert auch im Hinblick auf die rechtliche Einordnung bzw die rechtlichen Grundlagen eine große Bandbreite. Ein „Recht des ehrenamtlichen Tätigwerdens“ gibt es nicht.
2. Durch das Freiwilligengesetz (BGBl I 17/2012) wurde ein rechtlicher Rahmen zur Förderung für bestimmte Arten freiwilligen Engagements geschaffen. Das Freiwilligengesetz erfasst daher nicht jegliches ehrenamtliche Engagement (nb: für die Zwecke des Vortrags wird daher mit „Freiwilligenarbeit“ das Tätigwerden im Rahmen des Freiwilligengesetzes bezeichnet; jegliche andere Form formeller oder informeller Freiwilligenarbeit als ehrenamtliches oder freiwilliges Engagement bzw Tätigwerden).
3. Auch auf europäischer Ebene und in anderen Mitgliedstaaten ist ein Bestreben zu erkennen, „gute“ Rahmenbedingungen sowohl für Freiwilligenarbeit als auch für Praktika und Volontariate zu schaffen. Dabei sind mitunter vielfältige Interessen zu berücksichtigen, insbesondere nicht nur jene der tätig werdenden Personen oder der Institutionen, für die sie tätig werden.
4. Gerade im Bereich ehrenamtlichen Engagements tut sich ein großes Spannungsfeld auf; dies belegt etwa der letzte Freiwilligenbericht bzw die Evaluation des Freiwilligengesetzes. Auszugehen sei davon, dass Freiwilligenarbeit „Freizeitbeschäftigung“ sei. Im Vordergrund stehe die Privatautonomie. Die Schaffung eines „Nebenarbeitsrechts“ würde ehrenamtliches Engagement verkomplizieren.
5. Ausschlaggebende Kriterien für freiwilliges Engagement, die in diversen Definitionen (etwa im Freiwilligengesetz, aber auch auf europäischer und internationaler Ebene) wiederkehren, sind die freiwillige Leistungserbringung/fehlende Leistungspflicht, die Tatsache, dass die Motivation hinter dem freiwilligen Engagement die Förderung der Allgemeinheit ist bzw dass freiwilliges Engagement aus vorwiegend sozialen Motiven erbracht wird (freiwilliges Engagement nützt also zuvörderst anderen Personen, also weder dem Freiwilligen noch der Organisation, sollte das Engagement von einer solchen koordiniert werden), und schließlich die Unentgeltlichkeit, wobei insbesondere echter Aufwandsersatz diese nicht ausschließt.
6. Besonderes Augenmerk ist daher auf das Kriterium der (fehlenden) Entgeltlichkeit zu legen, insbesondere im Hinblick auf die Frage der Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften. Bei rein nationaler Betrachtung ist festzuhalten, dass selbst bei vereinbarter Unentgeltlichkeit ein Arbeitsverhältnis vorliegen kann (s § 1152 ABGB). Unentgeltlichkeit schließt daher ein Arbeitsverhältnis nicht per se aus.
7. Auf unionsrechtlicher Ebene hingegen sind nur solche Personen als Arbeitnehmer (etwa im Sinne der ArbeitszeitRL 2003/88) anzusehen, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine

Vergütung erhalten. Abgestellt wird auch auf die tatsächliche und echte Tätigkeit, die nicht nur völlig untergeordnet und unwesentlich ist (etwa EuGH C-216/15, *Ruhrlandklinik* Rz 27; C-518/15, *Matzak* Rz 28-31; C-389/22, *Croce Rossa Italiana* Rz 76). Mit anderen Worten, Unentgeltlichkeit schließt das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im EU-Arbeitsrecht aus.

8. Bedeutung kommt bei der Abgrenzung von freiwilligem Engagement zur Normalarbeit auch dem Kriterium der fehlenden Leistungspflicht zu. Eine gewisse Leistungspflicht, sofern sie „betriebsbedingt und systemimmanent“ ist (etwa durch die Selbsteinteilung in Dienstpläne inklusive Befolgung, widrigenfalls die Organisation und Koordinierung der Tätigkeiten unmöglich wäre), schließt daher das Vorliegen freiwilligen Engagements in Abgrenzung zu einem Arbeitsverhältnis nicht aus (instruktiv VwGH 2013/11/0079). Ist das Leisten einer gewissen Stundenanzahl erforderlich, um die Tätigkeit weiter ausüben zu dürfen (etwa Absolvierung von Ausbildungsveranstaltungen, aber auch Leistung von Diensten, weil es sonst an der erforderlichen Übung fehlte bzw weil entsprechende gesetzliche Verpflichtungen existieren), liegt ebenfalls nicht automatisch ein Arbeitsverhältnis vor. Hingegen wird mit einer vertraglichen Vereinbarung der verpflichtenden Übernahme von Ausbildungskosten durch den ehrenamtlich Tätigen, sofern nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums eine bestimmte Stundenanzahl ehrenamtlicher Tätigkeit erbracht wird, im Ergebnis indirekt eine Leistungspflicht festgelegt, die gegen das Vorliegen freiwilligen Engagements spricht.
9. Die Abgrenzungsfrage stellt sich in der Praxis oftmals bei hauptberuflichem Tätigwerden/Tätigkeit im Rahmen eines Freiwilligen Sozialjahrs einerseits und Tätigwerden im Rahmen freiwilligen Engagements auf Basis einer Vereinsmitgliedschaft andererseits, für ein- und dieselbe Organisation. Trennbarkeit wird bejaht bei zeitlicher und örtlicher Trennung und wenn zudem ein anderer Zweck verfolgt wird, das freiwillige Engagement also Ausfluss der Vereinsmitgliedschaft ist.
10. Die Frage der Abgrenzung von Volontärs- bzw Praktikanten- zu Arbeitsverhältnissen kann regelmäßig nur im Einzelfall beurteilt werden (instruktiv OGH 9 ObA 288/01w). In der Judikatur werden im Ergebnis dieselben Abgrenzungskriterien im Verhältnis zur Normalarbeit herangezogen; die Begriffe werden teils auch vermischt oder synonym verwendet.
11. Wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Volontärs-/Praktikumsverhältnisses als bloßes Ausbildungsverhältnis (in Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis) ist der Ausbildungszweck. Dieser, und nicht Erwerbsabsicht oder ein Interesse des Betriebsinhabers an der Dienstleistung, steht im Vordergrund.
12. In Abgrenzung zu Arbeitnehmern haben Volontäre/Praktikanten im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses keine Arbeitspflicht, größere Freiheiten bei der zeitlichen Gestaltung ihrer Tätigkeit, wechseln weitgehend nach ihrer Wahl die Tätigkeiten im Betrieb (bzw arbeiten jedenfalls nicht nach Maßgabe des Arbeitsanfalls), sodass der Beschäftiger über die Arbeitskraft nicht so, wie über jene eines Arbeitnehmers verfügen kann (vgl etwa die Definition des Volontärs in § 2 Abs 3 lit a KollV für Angestellte im Metallgewerbe). Unschädlich für das Vorliegen eines Ausbildungsverhältnisses ist hingegen, wenn die freie Zeiteinteilung im

Einzelfall fehlt (etwa, wenn dies „naturgemäß“ nicht mit dem Ausbildungszweck vereinbar ist, etwa der Studienplan für die Anrechnung des Ausbildungsverhältnisses als Praxiszeit eine bestimmte Anzahl an Arbeitsschichten erfordert; instruktiv OGH 9 ObA 176/95). Insofern ist eine Parallele zur „betriebsbedingten und systemimmanenten“ Bindung an Dienstpläne bei freiwilligem Engagement gegeben.

13. Spezialfälle sind diverse ex-lege-Ausbildungsverhältnisse. Teilnehmende am Freiwilligen Sozialjahr etwa absolvieren dieses nach Absicht des Gesetzgebers im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses (§§ 6, 7 Freiwilligengesetz). Doch auch die Gerichtspraxis nach dem RPG oder ein Verwaltungspraktikum nach dem VBG ist ein ex-lege-Ausbildungsverhältnis.
14. Bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften kommen (sinngemäß) auch auf Ausbildungsverhältnisse zur Anwendung, entweder, weil der persönliche Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Gesetze ausgedehnt wird (zB ASchG, ArbIG, KJBG), oder aber weil die einschlägigen Gesetze für das Ausbildungsverhältnis eine sinngemäße Anwendung anordnen; so verweisen etwa das Freiwilligengesetz und das RPG auf die sinngemäße Anwendung der §§ 3-9 MSchG. Zur Anwendung kommen daher vor allem Vorschriften, die auf Sicherheit und Gesundheitsschutz abzielen.
15. Bei entsprechender teleologischer Betrachtungsweise stellt sich sodann die Frage, ob gewisse Vorschriften des Arbeitsrechts per analogiam auch auf Tätigkeiten im Rahmen freiwilligen Engagements zur Anwendung kommen sollten. Exemplarisch veranschaulicht am Beispiel jener Vorschriften des Arbeitszeit- und Arbeitsruherechts, die auf den Gesundheitsschutz und die Sicherheit des Arbeitnehmers abstellen (also Höchstarbeitszeitgrenzen, Ruhepausen und Ruhezeiten) hieße dies, dass diese insbesondere bei tätigkeitsbedingter partieller Einschränkung der Möglichkeit, frei über sein Verhalten entscheiden zu können (etwa Dienstpläneinteilung bei Rettungsdiensten), auch auf ehrenamtliches Engagement zur Anwendung kommen müssten. Nb allerdings, dass dies aktuell der EuGH-Judikatur zur ArbeitszeitRL wegen Abstellens auf Entgeltlichkeit als Wesensmerkmal für deren Anwendung nicht entnommen werden kann; dies jedenfalls dann nicht, wenn das ehrenamtliche Engagement unentgeltlich erfolgt.
16. Insbesondere aufgrund der fehlenden planwidrigen Regelungslücke, aber auch aufgrund der fehlenden Arbeitspflicht ist eine analoge des I. Teils des ArbVG auf Ausbildungsverhältnisse wie auch auf ehrenamtliches Engagement ausgeschlossen. Die nach wie vor hA geht davon aus, dass nur Arbeitsverhältnisse geregelt werden können, der Begriff des Arbeitsverhältnisses aber tendenziell eng auszulegen ist. Folglich können kollektivvertragliche Regelungen (über Ausbildungsverhältnisse) die Mitglieder allenfalls qua Durchführungspflicht verpflichten. Sie entfalten keine Norm- sondern nur schuldrechtliche Wirkung. Gerade die fehlende Arbeitspflicht unterscheidet Auszubildende und ehrenamtlich Engagierte auch von wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmerähnlichen, für die durchaus von einem entsprechenden Schutzbedürfnis ausgegangen wird. Für das Betriebsverfassungsrecht sei auf § 36 Abs 2 Z 7 ArbVG hingewiesen.

Curriculum breve

Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Brameshuber, geboren 1987 in Graz

Wissenschaftlicher Werdegang

- Seit 01/2020 § 98-Universitätsprofessorin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien; stellvertretende Institutsvorständin
- 10/2019 Ruf auf eine § 98-Professur für „Arbeitsrecht und Sozialrecht mit Schwerpunkt Digitalisierung in der Arbeitswelt“ an die Wirtschaftsuniversität Wien (abgelehnt)
- 10/2014 – 12/2019 Universitätsassistentin (post-doc) bzw Universitätsdozentin (ab 04/2019) am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht, WU Wien
- 10/2018 – 03/2019 Vertretung der Professur für „Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung“ an der Ruhr-Universität Bochum
- 24.9.2018 Habilitation und Verleihung der *venia docendi* für die Fächer „Arbeitsrecht“ und „Sozialrecht“; Titel der Habilitationsschrift: „Die Sorgfalt des Arbeitnehmers“ (Manz 2019)
- 09/2012 – 09/2013 Universitätsassistentin (prae-doc) am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht, WU Wien
- 09/2010 bis 09/2012 Universitätsassistentin (prae-doc) am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Karl-Franzens-Universität Graz
- Studienjahr 07/08 und SS 2009 Studienassistentin am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht, Karl-Franzens-Universität Graz

Wissenschaftliche Schwerpunkte

Grundrechte im Arbeitsrecht

Kollektive Arbeitsbeziehungen, mit besonderem Fokus auf kollektiv(vertraglich)en Aspekten der Gig-Economy, sowie auf Fragen der Arbeitnehmermitbestimmung

Schnittstellenfragen zwischen Arbeitsrecht, allgemeinem Zivilrecht und Gesellschaftsrecht

Sozialversicherung von selbständig Erwerbstätigen, unter besonderer Berücksichtigung steuerrechtlicher Fragen, sowie in Bezug auf neue Arbeitsformen

Publikationen und Vorträge

<https://arbeitsrecht.univie.ac.at/team/brameshuber-elisabeth/>

Jüngst erschienen: *Ratti/Brameshuber/Pietrogianni* (Hrsg), The EU Directive on Adequate Minimum Wages. Context, Commentary and Trajectories (Hart Publishing 2024)

Disloziertes Arbeiten und Betriebsbegriff

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Gruber-Risak

Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität Wien

Kurzlebenslauf

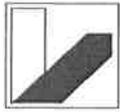
- | | |
|--------------------|---|
| 1989 - 1993 | Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien |
| 1993 - 1999 | Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität |
| 1995 - 2007 | Universitätsassistent und Assistenzprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht bei o. Univ.-Prof. Dr. Theodor Tomandl und Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal |
| 1999 - 2000 | Rechtsanwaltsanwärter bei CMS Strommer Reich-Rohrwigg Karasek Hainz |
| 2007 | Habilitation für die Fächer Arbeitsrecht und Sozialrecht |
| seit 2007 | ao. Universitätsprofessor an der Universität Wien |
| 2008/09 | Universitätsprofessor (Lehrstuhlvertreter) am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität Passau/Deutschland |
| 2010- 2012 | Marie-Curie Fellow am Department of Management der University of Otago/Neuseeland (2010/11) bzw am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien |
| 2016 - 2020 | Vorsitzender des Senats II der Gleichbehandlungskommission |
| 2020 | Gastprofessor an der Universität Salzburg |
| 2021 | Ruf auf eine Professur für Arbeits- und Sozialrecht an die Universität Innsbruck – abgelehnt |
| 2024 | Wissenschaftlicher Leiter des Masterstudienganges LL.M. (Arbeitsrecht) an der Universität Wien |

Thesen

1. Gerade durch die Digitalisierung ist für eine effiziente Organisation von Arbeit eine gemeinsame physische Anwesenheit an einem konkreten physischen Ort nicht immer erforderlich. Es findet deshalb gewissermaßen eine „physische Entbetrieblichung“ der Arbeit statt.
2. Das ist darauf zurückzuführen, dass nunmehr eine zweite Ebene des Arbeitsortes hinzutritt, der digitale Informationsraum. Dieser gewinnt an Relevanz ohne dass die physische Komponente völlig an Bedeutung verliert. Damit sind Arbeitende häufig zugleich an zwei Orten anwesend: Neben ihrer physischen Präsenz an einem Arbeitsplatz arbeiten sie zugleich auch in einem Informationsraum.
3. Dieses Phänomen macht es verstärkt möglich die Arbeitenden zu dislozieren in dem Sinne, dass verschiedene Aktivitäten und Personen auf unterschiedliche Standorte verteilt werden. Das ist nicht neu und war auch schon bislang der Fall.
4. Nach dem Wortlaut des § 34 Abs 1 ArbVG, der auch auf eine Arbeitsstätte abstellt, könnte fraglich sein, ob bei disloziertem Arbeiten überhaupt ein einheitlicher Betrieb vorliegt. Die Genese der Legaldefinition zeigt freilich, dass es in erster Linie auf die organisatorische und nicht auf die räumliche Einheit einkommt, die nur ein Hilfsargument für das Vorliegen eines Betriebes darstellt.
5. Die digitale Dimension der Arbeit findet einen adäquaten Niederschlag in § 34 Abs 1 ArbVG, wenn man den Informationsraum ebenfalls als Arbeitsstätte ansieht, da dieser in vielen Fällen mittlerweile die primär relevante Organisationsebene ist.
6. Letztlich kommt der organisatorischen Einheit die überragende Bedeutung für die Abgrenzung des Betriebes zu. In der Praxis wird dieses Kriterium dazu verwendet bei einer Mehrheit von einem/einer Betriebsinhaber:in zugeordneten Betrieben diese voneinander abzugrenzen. Ist eine solche Abgrenzung nicht möglich, so liegt eben nur eine Organisationseinheit vor und alle Arbeitnehmer:innen sind dieser zugeordnet. Arbeiten ohne Betriebszugehörigkeit ist damit – zumindest in rein nationalen Sachverhalten – nicht möglich, da jedenfalls immer ein Betrieb vorliegt.

7. Die Rsp-Formel der „betrieblichen Dreifaltigkeit“ der organisatorischen Einheit (Einheit des Betriebsinhabers, in der Einheit des Betriebszwecks und Einheit der Organisation) verwischt bei aller Griffigkeit mehr als sie Klarheit schafft. Letztlich kommt es auf die Einheit der Organisation an.
8. Es geht bei der Abgrenzung der Betriebe untereinander darum, dass die Leitung nicht in allen Aspekten von den jeweiligen Betriebsinhaber:innen selbst ausgeübt wird (dann läge nur ein einziger Betrieb vor), sondern dass Leitungsbefugnisse in einem gewissen Ausmaß delegiert werden.
9. Nach stRsp reicht es aus, dass die Führungskräfte in der Arbeitsstätte bei Tagesfragen zur Erfüllung des technischen Zwecks dieser Arbeitsstätte Entscheidungsfreiheit besitzen. Das wurde immer wieder angezweifelt und vertreten, dass im Betrieb der wesentliche Kern der betrieblichen Mitbestimmung unterliegenden Arbeitgeber:innenbefugnisse auszuüben ist. Es ist aber weiterhin an der niederschweligen Sichtweise des OGH festzuhalten, da diese der Wirksamkeit der Betriebsverfassung eher förderlich ist. Zudem lässt sich eine auf Personalbefugnisse orientierte Zugangsweise nicht mit der betriebsverfassungsrechtlichen Behandlung von überlassenen Arbeitskräften harmonisieren.
10. § 36 Abs 1 ArbVG fordert für die Zuordnung von Arbeitnehmer:innen zu einem Betrieb, dass diese „im Rahmen des Betriebes beschäftigt sein“ müssen. Dies darf nicht lokal gedeutet werden, sondern ist im Sinne einer organisatorischen Zuordnung zu sehen.
11. Arbeiten ist immer nur in einem betrieblichen Kontext möglich, daher müssen sämtliche Arbeitnehmer:innen immer einem Betrieb zugeordnet werden. Mit diesem Grundkonzept ist es nicht vereinbar, dass es disloziert Arbeitende ohne Betrieb gibt.
12. Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass in Betrieben weniger als fünf Arbeitnehmer:innen arbeiten. Für „integrierte Kleinstbetriebe“ gilt, dass diese einem anderen Betrieb des Unternehmens zuzuschlagen sind. In dem Fall, dass ein Unternehmen nur aus Kleinstbetrieben besteht, sind diese zu einem Betrieb zusammenzufassen, um Vertretungsdefizite zu vermeiden.

13. Besteht ein Unternehmen aus mehreren Betrieben, so kommt es bei der Zuordnung der dislozierten Tätigen darauf an, in welchen von diesen sie organisatorisch integriert sind, dh wo die wesentlichen Arbeitgeber:innenbefugnisse ausgeübt werden.
14. Es kann dabei auch zu einer Mehrfachzuordnung kommen. Dies einerseits, weil disloziert Arbeitende für mehrere Betriebe Leistungen erbringen und so quasi in jedem dieser Betriebe teilzeitbeschäftigt sind.
15. Eine andere Form der Mehrfachzuordnung ist Folge des Umstandes, dass nicht alle Arbeitgeber:innenfunktionen in einem Betrieb ausgeübt werden, sondern in mehreren.
16. Sind disloziert tätige Arbeitnehmer:innen im Ausland tätig, so stellt sich die Frage, ob sie in einen inländischen Betrieb integriert sind. Auch wenn für das Betriebsverfassungsrecht grds das Territorialitätsprinzip gilt, so kann dieses nach der Rsp auch ins Ausland ausstrahlen.
17. Ob sich ein internationaler (und idR auch digitaler) Betrieb im Inland befindet, ist durch eine Gesamtschau der Betriebselemente zu bestimmen, die in einzelnen Staaten zu lokalisieren sind. Dabei ist insb die physische Verortung der einzelnen Arbeitnehmer:innen, der Leitungsstruktur (Steuerungsfunktion), der Betriebsmittel sowie der einstellende Niederlassung von Bedeutung. Diese Elemente können für unterschiedliche Betriebsarten unterschiedliches Gewicht haben.
18. Auch wenn man mit neuern Stimmen in der Literatur statt dem Territorialitätsprinzips die Geltung des Prinzips der stärkeren Beziehung vertritt, führt dies zu keinen wesentlich anderen Ergebnissen, da die Ausstrahlung ähnlichen Überlegungen folgt.



59. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht
10. bis 12. April 2024 in Zell am See

Lohntransparenz Gleichbehandlung, Mitbestimmung und Datenschutz

Gliederung

- I. Einführung: Die Entgelttransparenzrichtlinie (EU) 2023/970
- II. Gleichbehandlung im Arbeitsvertragsverhältnis
 1. Persönlicher Anwendungsbereich: Arbeitnehmerbegriff
 2. Sachlicher Anwendungsbereich: Entgelt
 3. Anbahnung des Arbeitsvertrages
 - a) Geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen
 - b) Information über das Einstiegsentgelt
 - c) Rechtsfolgen
 4. Transparenzpflicht
 - a) Inhalt
 - b) Rechtsfolgen
 5. Auskunftsanspruch
 - a) Individuelle Entgelthöhe
 - b) Durchschnittliche Entgelthöhe
 - c) „Einheitliche Quelle“
 - d) Gleichheit in der Zeit?
- III. Mitbestimmung
 1. Arbeitnehmervertreter
 2. Vereinbarung von „Arbeitsplatzkriterien“
 3. Berichterstattung über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle
 - a) Gegenstände der Berichtserstattung
 - b) Adressaten
 - d) Exkurs: Vergleich mit § 11a GIBG
 4. Gemeinsame Entgeltbewertung
 - a) Tatbestandliche Voraussetzungen
 - b) Durchführung der gemeinsamen Entgeltbewertung
- IV. Datenschutz
 1. Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung
 2. Datenerhebungsverbot: Vorheriges Entgelt
 3. Datenverwertungserlaubnis: Eigenes Entgelt
 4. Verschwiegenheitspflicht: Entgelt Dritter
 5. Umsetzungsspielräume für die Mitgliedstaaten
 6. Offenlegungsbefugnis: Bericht über das Entgeltgefälle
- V. Zum Schluss: Rechtspolitische Bewertung

Wesentliche Thesen im Überblick

- (1) Zum persönlichen Anwendungsbereich der Entgelttransparenzrichtlinie (EU) 2023/970 (EntgTransp-RL) verweist Art. 2 Abs. 2 EntgTransp-RL unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Kollektivverträge und/oder Gepflogenheiten. Diese „doppelte Verweisung“ auf den Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten und die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist widersprüchlich. Es steht zu erwarten, dass der Gerichtshof den **autonomen Arbeitnehmerbegriff** der Arbeitnehmerfreizügigkeit zugrunde legen wird.
- (2) Arbeitgeber:innen müssen ihre Arbeitnehmer:innen nach Art. 6 Abs. 1 EntgTransp-RL über die Kriterien für die Festlegung ihres Entgelts, ihrer Entgelthöhe und ihrer Entgeltentwicklung informieren. Die Informationen sind unaufgefordert mitzuteilen. Verstöße gegen diese (hier sog.) **Transparenzpflicht** können im Einzelfall dazu führen, dass Arbeitnehmer:innen einen Verstoß gegen den Grundsatz gleichen Entgelt für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV) nicht kannten und diese Kenntnis vernünftigerweise nicht von ihnen erwartet werden konnte. In diesem Fall darf die Frist für die **Verjährung** des Anspruchs auf Nachzahlung der Entgeltdifferenz nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 EntgTr-RL nicht verjähren.
- (3) Für die Feststellung gleicher oder gleichwertiger Arbeit sieht die Entgelttransparenzrichtlinie ein **betriebliches Mitbestimmungsrecht** vor. Die Kriterien zur Bestimmung gleicher oder gleichwertiger Arbeit müssen nach Art. 4 Abs. 4 EntgTransp-RL zwischen der Arbeitgeber:in und der betrieblichen Arbeitnehmervertretung vereinbart werden, wenn es eine solche gibt. Zu berücksichtigen sind stets (soziale) Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen. Diese (hier sog.) **Arbeitsplatzkriterien** sind von den Gründen zu unterscheiden, die eine unterschiedliche Vergütung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern rechtfertigen können. In Anwendung der vereinbarten Arbeitsplatzkriterien hat die Arbeitgeber:in die Beschäftigten nach Art. 3 Abs. 1 lit. h EntgTransp-RL in „Gruppen von Arbeitnehmern“ einzuteilen, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten.
- (4) Arbeitnehmer:innen können gemäß Art. 7 Abs. 1 EntgTransp-RL eine nach dem Geschlecht aufgeschlüsselte **Auskunft** über das Verhältnis ihres Entgelts zum durchschnittlichen Entgelt der „Gruppe von Arbeitnehmern“ verlangen, „die gleiche Arbeit wie sie oder gleichwertige Arbeit verrichten“. Damit können die Arbeitnehmer:innen gemeint sein, die im Sinne von Art. 157 Abs. 1 AEUV gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten. Denkbar ist aber auch, dass sich der Auskunftsanspruch auf die „Gruppe von Arbeitnehmern“ bezieht, die sich aus den vereinbarten Arbeitsplatzkriterien und der Einteilung der Arbeitgeber:in nach Art. 3 Abs. 1 lit. g und h EntgTransp-RL ergibt; vgl. These (3).
- (5) Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten haben gemäß Art. 9 Abs. 1 und 2 EntgTransp-RL ab dem 7. Juni 2027 jährlich über das „**geschlechtsspezifische Entgeltgefälle**“ (gender pay gap) zu berichten. Hierzu gehören Angaben zum geschlechtsspezifischen Entgeltgefälle in den „Gruppen von Arbeitnehmern“, die sich aus den vereinbarten Arbeitsplatzkriterien und der Einteilung der Arbeitgeber:in nach Art. 3 Abs. 1 lit. g und h EntgTransp-RL ergeben. Dies unterscheidet sich grundlegend von dem **Bericht** über das Durchschnitts- oder Medianentgelt innerhalb kollektivvertraglicher Verwendungsgruppen im Sinne des § 11a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GIBG.
- (6) Zeigt der Bericht der Arbeitgeber:in nach Art. 9 EntgTransp-RL in einer „Gruppe von Arbeitnehmern“ ein geschlechtsspezifisches Entgeltgefälle, das nicht gerechtfertigt ist, wird regelmäßig eine **gemeinsame Entgeltbewertung** mit der betrieblichen Arbeitnehmervertretung nach Art. 10 EntgTransp-RL durchzuführen sein. Darin sollen Maßnahmen zur Beseitigung der Entgeltunterscheide vorgesehen werden. Die Pflicht zur gemeinsamen Entgeltbewertung gilt auch dann, wenn sich das Entgeltgefälle aus einem normativ geltenden **Kollektivvertrag** ergibt.

Vita

- 2004 Erste juristische Staatsprüfung
- 2007 Promotion an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln
„Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen –
Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta“
- 2008 Zweite juristische Staatsprüfung
- 2009 Magister Juris (MJur) an der University of Oxford
- 2009-2010 Freshfields Bruckhaus Deringer, Düsseldorf und Wien
- 2010-2018 Wissenschaftlicher Mitarbeiter/Akademischer Rat a.Z. am Institut für Deutsches
und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln
- 2017 Habilitation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln
Lehrbefähigung für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Gesellschafts- und Europarecht
„Rückwirkende Rechtsprechungsänderung – Eine methodologische und
dogmatische Studie zur zeitlichen Dimension höchstrichterlicher Rechtspre-
chungsänderungen im Privatrecht“
- SoSe 2017 Vertretung einer W2-Professur an der Universität zu Köln
- WiSe 2017/2018 Vertretung an der Universität Bayreuth
- SoSe 2018 Entlastungsprofessur an der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt a.M.
- seit 10/2018 Universitätsprofessor am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, europäisches und
deutsches Arbeitsrecht an der Universität Bayreuth

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Allgemeines zu den verfassungsrechtlichen Maßstäben:

1.1. Aus dem **Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“** kann abgeleitet werden, dass jedenfalls massive Kaufkraftverluste durch Pensionsanpassungen auszugleichen oder zumindest abzumildern sind. Der Kompetenztatbestand verlangt aber weder eine bestimmte Form noch die regelmäßige Durchführung von Anpassungen.

1.2. Der verfassungsrechtliche **Vertrauensschutz** wird durch das Unterbleiben der (vollen) Pensionsanpassung in einzelnen Jahren idR nicht verletzt, weil der Eingriff nicht intensiv iSd Rsp des VfGH ist. Der über die Bezugsdauer aufgebaute Wertverlust kann durchaus erheblich sein, ihm fehlt allerdings die Plötzlichkeit. Nach dem VfGH (VfSlg 16.764/2002) steht dem Beitragszahler aber „in Abhängigkeit vom Ausmaß seiner Beitragszahlungen grundsätzlich eine nicht außer Verhältnis zu seinem früheren Erwerbseinkommen stehende Versorgung“ zu. Kritisch wird es demnach - auch ohne „Plötzlichkeit“ - wohl bei einem inflationsbereinigten Verlust von insgesamt mehr als einem Drittel des Ausgangswerts.

1.3. Als keinesfalls zu unterschreitende **Unterkante** kann gelten, dass die Pension unter der Voraussetzung eines geschlossenen Versicherungsverlaufs zumindest den allgemeinen Lebensunterhalt im Sinn eines soziokulturellen Existenzminimums sicherstellen muss.

1.4. Der verfassungsrechtliche **Gleichheitssatz** lässt Stichtagsregeln und damit auch eine **Differenzierung nach Jahrgängen** grundsätzlich zu. Wenn schwankende Inflationsraten aber je nach Jahrgang zu großen Unterschieden in den Kaufkraftverlusten durch Anpassungsverzögerungen führen, kann ein Ausgleich durch die Gesetzgebung nötig sein.

1.5. Eine Rechtfertigung für Eingriffe durch Minderanpassungen von Pensionen kann in der **intergenerationellen Gerechtigkeit** liegen. Unter diesem Aspekt können Beiträge der aktuell im Bezug Stehenden in Form von Minderanpassungen uU sogar geboten sein.

1.6. Das Grundrecht auf Unversehrtheit des **Eigentums** spielt bei der Beurteilung von Pensionsanpassungen kaum eine Rolle. Laut VfGH fallen Pensionserhöhungen als bloßer Eigentumserwerb nicht in den Schutzbereich dieses Grundrechts. Das Schutzniveau wäre nach der Rsp des EGMR zu Art 1 1. ZPEMRK ohnedies niedriger als jenes, das der VfGH aus dem Vertrauensschutz ableitet.

2. Zu den degressiven Anpassungen:

2.1. In den letzten 20 Jahren wurden (abweichend von § 108h iVm § 108 Abs 5 und § 108f ASVG) fast durchwegs **degressive Pensionsanpassungen** vorgenommen, indem höhere Pensionen um einen geringeren Prozentsatz erhöht wurden als niedrige Pensionen. Die höchsten Pensionen wurden in einzelnen Jahren gar nicht angepasst.

Verfassungsrechtliche Probleme der Pensionsanpassung

2.2. Der **VfGH** hat in seiner Rsp (vgl VfSlg 18.885/2009 zur Pensionsanpassung 2008) den weiten Spielraum der Gesetzgebung bei der Beurteilung sozialer Bedarfslagen und bei der Ausgestaltung der an diese Bedarfslagen anknüpfenden sozialen Maßnahmen betont. Darauf hat auch der **OGH** Bezug genommen und wiederholt Bedenken gegen degressive Anpassungen verworfen (vgl zB 10 ObS 49/19g zur Pensionsanpassung 2018).

2.3. Grundsätzlich werden vom VfGH **soziale Gesichtspunkte** als Kriterium für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bezugskürzungen anerkannt (vgl VfSlg 15.936/2000 betreffend das Einkommen von Rechtspraktikanten; VfSlg 14.846/1997 betreffend Ruhebezüge von Gemeindeführern in zT geringer Höhe), auch wenn gute wirtschaftliche Verhältnisse der Betroffenen nicht jeglichen Eingriff in Pensionsansprüche bzw -anwartschaften rechtfertigen können (vgl VfSlg 17.254/2004 betreffend das Notarversicherungsgesetz). Im Allgemeinen sind Wertverluste eher hinzunehmen, je höher die Pension ist, zumal sich gerade bei den niedrigsten Pensionen ergeben kann, dass selbst mit der Anpassung nach dem VPI die tatsächliche Bedarfslage nicht ausreichend Berücksichtigung findet, und in der gesetzlichen Pensionsversicherung das Äquivalenzprinzip vom **Versorgungsprinzip** überlagert wird.

2.4. Eine verfassungsrechtliche Grenze wäre jedenfalls überschritten, wenn durch wiederholte degressive Anpassungen die Pensionshöhen so stark nivelliert würden, dass letztlich eine Art „**Einheitspension**“ übrigbliebe. Realistischerweise ist das aber nicht zu erwarten, weil sich die Annäherung der Pensionen immer nur im Zeitraum der jeweiligen Bezugsdauer (durchschnittlich 20,8 Jahre bei Männern und 25,7 Jahre bei Frauen) aufbauen kann, was ausgehend von den Dimensionen der bisherigen Anpassungen nicht für eine derart weitgehende Einebnung der Unterschiede ausreicht.

2.5. Soweit **soziale Treffsicherheit** eine verfassungsrechtliche Dimension hat, genügt der Maßstab der Durchschnittsbetrachtung.

3. Zu den Anpassungsverzögerungen (Wartejahr und Aliquotierung):

3.1. Anpassungsverzögerungen am Beginn des Leistungsbezugs führen zu einem **Kaufkraftverlust** und haben daher die Wirkung einer **Pensionskürzung**, die aber in der Regel auch im Extremfall nicht intensiv iSd Rsp des VfGH zum Vertrauensschutz ist.

3.2. Infolge **schwankender Inflationsraten** können verschiedene Jahrgänge von den Anpassungsverzögerungen unterschiedlich stark getroffen werden, was im Hinblick auf den Gleichheitssatz problematisch erscheint.

3.3. Die **Aliquotierung** nach § 108h Abs 1a ASVG hat der VfGH in der Begründung des **Erk G 197-202 ua/2023** für weniger eingriffsintensiv als das früher geltende Wartejahr gehalten. Das trifft zwar bezogen auf das Ausmaß des Kaufkraftverlusts zu, daraus ist aber für die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung der Aliquotierung nichts zu gewinnen. Sie ist insoweit problematischer als das Wartejahr, als sie innerhalb derselben Jahrgangskohorte differenziert. Die Behauptung eines annähernd gleichen Lebenspensionseinkommens zur Rechtfertigung

Verfassungsrechtliche Probleme der Pensionsanpassung

dieser Differenzierung überzeugt nicht, weil dabei von Nominalbeträgen ausgegangen wird, während der Kaufkraftverlust durch die geringere oder ganz entfallene erste Anpassung nicht mehr einholbar ist.

3.4. Es trifft entgegen der Argumentation des VfGH auch nicht zu, dass sich schon aus der immer am 1.1. stattfindenden erstmaligen Pensionsanpassung Ungleichbehandlungen mit Wirkung für die gesamte Bezugsdauer ergeben würden, weil daraus für Personen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten des Vorjahres in Pension gegangen seien, eine unterschiedliche Wartedauer folge. Dass die **Anpassung immer mit 1.1.** vorgenommen wird, bedeutet nur, dass im Jahr des Pensionsantritts die zum Stichtag errechnete Pension für einen längeren oder kürzeren Zeitraum bezogen wird. Solange dann aber keine der auf den Stichtag folgenden Anpassungen ausgelassen oder prozentuell gemindert wird, verliert die Pension zwar während des ersten Bezugsjahrs (vorübergehend) an Kaufkraft - genauso wie alle anderen Pensionen auch -, sie erleidet aber darüber hinaus weder im Vergleich zu Bestandspensionen noch im Vergleich zu Pensionist:innen mit späteren Stichtagen einen Kaufkraftverlust.

3.5. Die Ungleichbehandlung findet auch bei einer gleichmäßigen Inflationsentwicklung statt, bei schwankenden bzw hohen Inflationsraten fällt sie (nur) stärker ins Gewicht. Darauf hat die Gesetzgebung reagiert, indem die Aliquotierung **für das Jahr 2023** abgemildert und für die Jahre **2024 und 2025** ganz ausgesetzt wurde. Das ist aber, da es sich nur um **befristete bzw anlassbezogene Regelungen** handelt, kein Argument für die Verfassungskonformität der im Dauerrecht vorgesehenen Aliquotierung.

3.6. Anzuerkennen bleibt der **weite rechtspolitische Spielraum** der Gesetzgebung bei der Gestaltung des Pensionssystems. Angesichts dessen sind Anpassungsverzögerungen jedenfalls nicht schlechthin unzulässig. Sie dürfen aber nicht zu Kaufkraftverlusten in beliebigem Ausmaß führen. Insoweit wäre es aus verfassungsrechtlicher Sicht empfehlenswert, die Verluste für den Fall außergewöhnlich hoher Inflationsraten zu begrenzen. Die betreffenden Bestimmungen sollten - auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit - im Dauerrecht verankert sein und nicht nur für einzelne Jahre erlassen werden.

4. Fazit

Der Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung bei der Regelung des Pensionssystems im Allgemeinen und der Anpassungen im Besonderen ist sehr weit. **Verfassungsrechtliche Vorgaben verhindern nur extreme Ergebnisse:** eine Pension, die trotz eines geschlossenen Versicherungsverlaufs nicht das soziokulturelle Existenzminimum sichert; eine „Einheitspension“ ohne jede Relation zu den eingezahlten Beiträgen; intensive Kürzungen von mehr als 10 bis 12% ohne Übergangsfristen (was bei hohen Anpassungsverlusten kaum vorkommen dürfte). Zuletzt hat der VfGH auch den Gleichheitssatz nur als grobmaschigen Maßstab herangezogen. Mit den Mitteln des Verfassungsrechts ist also in Bezug auf (sach)gerecht erscheinende Pensionsanpassungsregeln wenig zu gewinnen.

Hon.-Prof. Dr. Angela Julcher

Studium der Rechtswissenschaften in Wien (Sponion 1995, Promotion 1999)

Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Hans-Kelsen-Institut und am Verwaltungsgerichtshof

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst (ab 2003 Referentin, ab 2007 Referatsleiterin, ab 2008 Abteilungsleiterin)

Seit 2011 Hofrätin des Verwaltungsgerichtshofes

Seit 2015 Ersatzmitglied des Verfassungsgerichtshofes

Seit 2017 Honorarprofessorin an der Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Vorstandsmitglied des ÖJT und der Wiener Juristischen Gesellschaft

Kooptiertes Vorstandsmitglied der Österr. Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht

Mitglied der Österreichischen Juristenkommission

Mitglied des wissenschaftlichen Beirats von DRdA

Mitglied der Redaktion des JAS

Publikationen (Auswahl):

- §§ 10 bis 12, 35 bis 36, 68 bis 70b ASVG, in: *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm
- §§ 9 und 10, 24 und 25, 49 und 50 AIVG, in: *Pfeil/Auer-Mayer/Schrattbauer*, Der AIV-Komm
- Ausbildungsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht, DRdA 2016, 159
- Aktuelle Fragen der Vertreterhaftung nach § 67 Abs 10 ASVG, in *Pfeil/Prantner*, Sozialversicherungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2016)
- Hans Kelsens „Über Staatsunrecht“ und das Problem der Strafbarkeit juristischer Personen, in: *Jablonek*, FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (2017)
- Verfahrensrechtliche Fragen bei der Aufnahme in den Erstattungskodex, in: *Auer-Mayer/Pfeil/Prantner*, Aktuelle Fragen zu Medikamenten (2018)
- Was ist und woran erkennt man eine entschiedene Sache nach dem AIVG?, in: *Auer-Mayer/Felten*, Diskussionen und Reflexionen zum Sozialrecht und Arbeitsrecht (2019)
- SV-Zuordnungsgesetz - Fragen zur Umqualifizierung, SozSi 2019, 109
- Abschied von der Notstandshilfe? Bestandsaufnahme und Vergleich mit der Mindestsicherung, in: *Kietzibl/Mosler/Pacic*, Gedenkschrift Robert Rebhahn (2019)
- Ein spätes Aufflammen der sukzessiven Zuständigkeit - Überlegungen aus Anlass von OGH 24.10.2019, 4 Ob 163/19b, JAS 3/2020, 274 (gemeinsam mit *M. Neumayr*)
- §§ 14 und 15 VwGVG, in *Köhler/Brandtner/Schmelz*, Kommentar zum VwGVG
- Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit als Motor der Rechtsentwicklung im Arbeitslosenversicherungsrecht, in: *Auer-Mayer/Felten/Mosler/Schrattbauer*, Festschrift Pfeil (2022)
- § 1 Rz 1 bis 7, §§ 1a bis 22a BDG, in: *Reissner/Neumayr*, Zeller Kommentar zum Öffentlichen Dienstrecht (gemeinsam mit *P. Cede*)
- §§ 43 bis 47 BDG, § 79 VBG, in: Zeller Kommentar zum Öffentlichen Dienstrecht (gemeinsam mit *B. Kneihls*)
- Arbeitsrechtliche Vorfragen im Arbeitslosenversicherungsrecht, in: *Garber*, Festschrift Matthias Neumayr (2023)

Rechtsfragen der Telemedizin

A. Einleitung

B. Digitale Gesundheitsanwendungen

1. Definition

2. Rechtslage in Deutschland

3. Klassifizierung im Leistungsrecht der österr Sozialversicherung

- a) Ärztliche Hilfe iSd § 135 ASVG
- b) Heilmittel iSd § 136 ASVG
- c) Heilbehelf iSd § 137 ASVG
- d) Hilfsmittel iSd § 154 ASVG
- e) Medizinische Rehabilitation

C. Grenzüberschreitende Sachverhalte

1. Grundfreiheiten: EuGH-Judikatur zur Erstattung der Kosten für Krankenbehandlungen im Ausland

- a) Beschränkung der Grundfreiheiten
- b) Rechtfertigungsgründe

2. Patientenmobilitäts-RL 2011/24/EU als Parallelsystem zu den Art 17-20 Sozialrechtskoordinierungs-VO 883/2004/EG

3. Kostenerstattung für digitale Gesundheitsanwendungen, die im Ausland verschrieben werden?

- a) Beschränkung der Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe: Neue Argumentationslinie bei Telemedizin möglich?
- b) Art 7 Abs 7 Patientenmobilitäts-RL 2011/24/EU

D. Überlegungen *de lege ferenda*

E. Fazit

I. Deutsche Rechtslage

§ 33a SGB V: Digitale Gesundheitsanwendungen

(1) Versicherte haben Anspruch auf Versorgung mit Medizinprodukten niedriger Risikoklasse, deren Hauptfunktion wesentlich auf digitalen Technologien beruht und die dazu bestimmt sind, bei den Versicherten oder in der Versorgung durch Leistungserbringer die Erkennung, Überwachung, Behandlung oder Linderung von Krankheiten oder die Erkennung, Behandlung, Linderung oder Kompensierung von Verletzungen oder Behinderungen zu unterstützen (digitale Gesundheitsanwendungen). Der Anspruch umfasst nur solche digitalen Gesundheitsanwendungen, die

1. vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte in das Verzeichnis für digitale Gesundheitsanwendungen nach § 139e aufgenommen wurden und
2. entweder nach Verordnung des behandelnden Arztes oder des behandelnden Psychotherapeuten oder mit Genehmigung der Krankenkasse angewendet werden.

Für die Genehmigung nach Satz 2 Nummer 2 ist das Vorliegen der medizinischen Indikation nachzuweisen, für die die digitale Gesundheitsanwendung bestimmt ist. Wählen Versicherte Medizinprodukte, deren Funktionen oder Anwendungsbereiche über die in das Verzeichnis für digitale Gesundheitsanwendungen nach § 139e aufgenommenen digitalen Gesundheitsanwendungen hinausgehen oder deren Kosten die Vergütungsbeträge nach § 134 übersteigen, haben sie die Mehrkosten selbst zu tragen.

(2) Medizinprodukte mit niedriger Risikoklasse nach Absatz 1 Satz 1 sind solche, die der Risikoklasse I oder IIa nach § 13 Abs 1 des Medizinproduktegesetzes iVm Anhang IX der RL 93/42/EWG des Rates vom 14.6.1993 über Medizinprodukte, die zuletzt durch die VO (EU) 561/2020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2020 zur Änderung der VO (EU) 745/2017 über Medizinprodukte hinsichtlich des Geltungsbeginns einiger ihrer Bestimmungen geändert worden ist oder nach Art 51 iVm Anhang VIII der VO (EU) 745/2017 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der RL 2001/83/EG, der VO (EG) Nr 178/2002 und der VO (EG) Nr 1223/2009 und zur Aufhebung der RLen 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates zugeordnet und als solche bereits in den Verkehr gebracht sind, als Medizinprodukt der Risikoklasse IIa auf Grund der Übergangsbestimmungen in Art 120 Abs 3 oder Abs 4 der VO (EU) 745/2017 in Verkehr gebracht wurden oder als Medizinprodukt der Risikoklasse I auf Grund unionsrechtlicher Vorschriften zunächst verkehrsfähig bleiben und im Verkehr sind.

(3) Die Hersteller stellen den Versicherten digitale Gesundheitsanwendungen im Wege elektronischer Übertragung über öffentlich zugängliche Netze oder auf maschinell lesbaren Datenträgern zur Verfügung. Ist eine Übertragung oder Abgabe nach Satz 1 nicht möglich, können digitale Gesundheitsanwendungen auch über öffentlich zugängliche digitale Vertriebsplattformen zur Verfügung gestellt werden; in diesen Fällen erstattet die Krankenkasse dem Versicherten die tatsächlichen Kosten bis zur Höhe der Vergütungsbeträge nach § 134.

(4) Leistungsansprüche nach anderen Vorschriften dieses Buches bleiben unberührt. Der Leistungsanspruch nach Abs 1 besteht unabhängig davon, ob es sich bei der digitalen Gesundheitsanwendung um eine neue Untersuchungs- oder Behandlungsmethode handelt; es bedarf keiner RL nach § 135 Abs 1 S 1. Ein Leistungsanspruch nach Abs 1 auf digitale Gesundheitsanwendungen, die Leistungen enthalten, die nach dem Dritten Kapitel ausgeschlossen sind oder über die der Gemeinsame Bundesausschuss bereits eine ablehnende Entscheidung nach den §§ 92, 135 oder 137c getroffen hat, besteht nicht.

(5) Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Vertragspsychotherapeuten dürfen Verordnungen von digitalen Gesundheitsanwendungen nicht bestimmten Leistungserbringern zuweisen. Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Vertragspsychotherapeuten dürfen mit Herstellern digitaler Gesundheitsanwendungen oder mit Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen, keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen, die eine Zuweisung oder eine Übermittlung von Verordnungen von digitalen Gesundheitsanwendungen zum Gegenstand haben. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit gesetzlich etwas anderes bestimmt ist oder aus medizinischen Gründen im Einzelfall

ein anderes Vorgehen geboten ist. Die Sätze 1 bis 3 gelten auch für elektronische Verordnungen von digitalen Gesundheitsanwendungen.

(6) Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen legt über das Bundesministerium für Gesundheit dem Deutschen Bundestag jährlich, erstmals zum 31.12.2021, einen Bericht vor, wie und in welchem Umfang den Versicherten Leistungen nach Abs 1 zu Lasten seiner Mitglieder gewährt werden. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen bestimmt zu diesem Zweck die von seinen Mitgliedern zu übermittelnden statistischen Informationen über die erstatteten Leistungen sowie Art und Umfang der Übermittlung. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen veröffentlicht den Bericht barrierefrei im Internet. Das Bundesministerium für Gesundheit kann weitere Inhalte des Berichts in der Rechtsverordnung nach § 139e Abs 9 festlegen.

§ 139a SGB V: Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen

(1) Der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 91 gründet ein fachlich unabhängiges, rechtsfähiges, wissenschaftliches Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen und ist dessen Träger. Hierzu kann eine Stiftung des privaten Rechts errichtet werden.

(2) Die Bestellung der Institutsleitung hat im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit zu erfolgen. Wird eine Stiftung des privaten Rechts errichtet, erfolgt das Einvernehmen innerhalb des Stiftungsvorstands, in den das Bundesministerium für Gesundheit einen Vertreter entsendet.

(3) Das Institut wird zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen insb auf folgenden Gebieten tätig:

1. Recherche, Darstellung und Bewertung des aktuellen medizinischen Wissensstandes zu diagnostischen und therapeutischen Verfahren bei ausgewählten Krankheiten,
2. Erstellung von wissenschaftlichen Ausarbeitungen, Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen unter Berücksichtigung alters-, geschlechts- und lebenslagenspezifischer Besonderheiten,
3. Recherche des aktuellen medizinischen Wissensstandes als Grundlage für die Entwicklung oder Weiterentwicklung von Leitlinien,
4. Bewertungen evidenzbasierter Leitlinien für die epidemiologisch wichtigsten Krankheiten,
5. Abgabe von Empfehlungen zu Disease-Management-Programmen,
6. Bewertung des Nutzens und der Kosten von Arzneimitteln,
7. Bereitstellung von für alle Bürgerinnen und Bürger verständlichen allgemeinen Informationen zu Qualität und Effizienz in der Gesundheitsversorgung sowie zu Diagnostik und Therapie von Krankheiten mit erheblicher epidemiologischer Bedeutung,
8. Beteiligung an internationalen Projekten zur Zusammenarbeit und Weiterentwicklung im Bereich der evidenzbasierten Medizin.

(4) Das Institut hat zu gewährleisten, dass die Bewertung des medizinischen Nutzens nach den international anerkannten Standards der evidenzbasierten Medizin und die ökonomische Bewertung nach den hierfür maßgeblichen international anerkannten Standards, insb der Gesundheitsökonomie erfolgt. Es hat in regelmäßigen Abständen über die Arbeitsprozesse und -ergebnisse einschließlich der Grundlagen für die Entscheidungsfindung öffentlich zu berichten.

(5) Das Institut hat in allen wichtigen Abschnitten des Bewertungsverfahrens Sachverständigen der medizinischen, pharmazeutischen und gesundheitsökonomischen Wissenschaft und Praxis, den Arzneimittelherstellern sowie den für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch Kranker und behinderter Menschen maßgeblichen Organisationen sowie der oder dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Stellungnahmen sind in die Entscheidung einzubeziehen.

Bei der Bearbeitung von Aufträgen zur Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nach Abs 3 Nr 1 findet lediglich ein Stellungnahmeverfahren zum Vorbericht statt.

(6) Zur Sicherstellung der fachlichen Unabhängigkeit des Instituts haben die Beschäftigten vor ihrer Einstellung alle Beziehungen zu Interessenverbänden, Auftragsinstituten, insb der pharmazeutischen Industrie und der Medizinprodukteindustrie, einschließlich Art und Höhe von Zuwendungen offen zu legen.

II. Unionsrechtliche Vorschriften

Art 7 Patientenmobilitäts-RL 2011/24/EU: Allgemeine Grundsätze für die Kostenerstattung

(1) Der Versicherungsstaat stellt unbeschadet der VO (EG) 883/2004 und vorbehaltlich der Art 8 und 9 sicher, dass die Kosten, die einem Versicherten iZm grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung entstanden sind, erstattet werden, sofern die betreffende Gesundheitsdienstleistung zu den Leistungen gehört, auf die der Versicherte im Versicherungsmitgliedstaat Anspruch hat.

(...)

(4) Der Versicherungsmitgliedstaat erstattet oder bezahlt direkt die Kosten der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung bis zu den Höchstbeträgen, die er übernommen hätte, wenn die betreffende Gesundheitsdienstleistung in seinem Hoheitsgebiet erbracht worden wäre, wobei die Erstattung die Höhe der tatsächlich durch die Gesundheitsversorgung entstandenen Kosten nicht überschreiten darf.

(...)

(7) Der Versicherungsmitgliedstaat kann einem Versicherten, der einen Antrag auf Kostenerstattung iZm grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung stellt, wozu auch eine Gesundheitsversorgung mit Mitteln der Telemedizin gehören kann, dieselben - auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene festgelegten - Voraussetzungen, Anspruchskriterien sowie Regelungs- und Verwaltungsformalitäten vorschreiben, die er für die gleiche Gesundheitsversorgung im eigenen Hoheitsgebiet heranziehen würde. Hierzu kann auch ein Gutachten eines Angehörigen der Gesundheitsberufe oder einer Verwaltungsstelle im Gesundheitswesen, die Leistung für die gesetzliche Sozialversicherung oder das nationale Gesundheitssystem des Versicherungsmitgliedstaats erbringt, zählen, bspw des Allgemeinmediziners oder Hausarztes, bei dem der Patient registriert ist, sofern dies für die Feststellung des individuellen Leistungsanspruchs des Patienten erforderlich ist. Die nach diesem Absatz geltend gemachten Voraussetzungen, Anspruchskriterien sowie Regelungs- und Verwaltungsformalitäten dürfen jedoch weder diskriminierend sein noch ein Hindernis für den freien Verkehr von Patienten, Dienstleistungen oder Waren darstellen, es sei denn, es ist aufgrund des Planungsbedarfs iZm dem Ziel, einen ausreichenden und ständigen Zugang zu einem ausgewogenen Angebot hochwertiger Versorgung im betreffenden Mitgliedstaat sicherzustellen, oder aufgrund des Wunsches, die Kosten zu begrenzen und nach Möglichkeit jede Verschwendung finanzieller, technischer oder personeller Ressourcen zu vermeiden, objektiv gerechtfertigt.

(8) Der Versicherungsmitgliedstaat macht die Erstattung von Kosten für grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung mit Ausnahme der in Art 8 genannten Fälle nicht von einer Vorabgenehmigung abhängig.

(...)

Art 8 Patientenmobilitäts-RL 2011/24/EU: Gesundheitsversorgung, die einer Vorabgenehmigung unterliegen kann

(1) Der Versicherungsmitgliedstaat kann ein System der Vorabgenehmigung für die Kostenerstattung für eine grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung gem dem vorliegenden Art und Art 9 vorsehen.

Das System der Vorabgenehmigung, einschließlich der Kriterien und der Anwendung dieser Kriterien, und Einzelentscheidungen, mit denen eine Vorabgenehmigung verweigert wird, bleiben auf das im Hinblick auf das zu erreichende Ziel notwendige und angemessene Maß begrenzt und dürfen kein Mittel willkürlicher Diskriminierung und keine ungerechtfertigte Behinderung der Freizügigkeit der Patienten darstellen.

(2) Gesundheitsversorgung, die von einer Vorabgenehmigung abhängig gemacht werden kann, ist auf die Fälle von Gesundheitsversorgung beschränkt,

a) die vom Planungsbedarf iZm dem Ziel, einen ausreichenden, ständigen Zugang zu einem ausgewogenen Angebot hochwertiger Versorgung im betreffenden Mitgliedstaat sicherzustellen, oder iZm dem Wunsch, die Kosten zu begrenzen und nach Möglichkeit jede Verschwendung finanzieller, technischer oder personeller Ressourcen zu vermeiden, abhängig gemacht werden und

i) eine Übernachtung des Patienten im Krankenhaus für mind eine Nacht erfordern oder

ii) den Einsatz einer hoch spezialisierten und kostenintensiven medizinischen Infrastruktur oder medizinischen Ausrüstung erfordern;

b) die Behandlungen mit einem besonderen Risiko für den Patienten oder die Bevölkerung einschließen oder

c) von einem Erbringer von Gesundheitsdienstleistungen erbracht werden, der im Einzelfall zu ernsthaften und spezifischen Bedenken hinsichtlich der Qualität oder Sicherheit der Versorgung Anlass geben könnte, mit Ausnahme der Gesundheitsversorgung, die dem Unionsrecht über die Gewährleistung eines Mindestsicherheitsniveaus und einer Mindestqualität in der ganzen Union unterliegt.

Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission die Kategorien der in Buchstabe c genannten Gesundheitsdienstleistungen mit.

(3) Bei jedem Antrag auf Vorabgenehmigung, den ein Versicherter stellt, um eine grenzüberschreitende Gesundheitsdienstleistung in Anspruch zu nehmen, stellt der Versicherungsmitgliedstaat fest, ob die Bedingungen der VO (EG) 883/2004 erfüllt sind. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, wird die Vorabgenehmigung gem der genannten VO erteilt, es sei denn, der Patient wünscht etwas anderes.

(...)

(5) Unbeschadet des Abs 6 Buchstaben a bis c darf der Versicherungsmitgliedstaat eine Vorabgenehmigung nicht verweigern, wenn der Patient nach Art 7 Anspruch auf die betreffende Gesundheitsversorgung hat und die betreffende Gesundheitsversorgung nicht auf seinem Hoheitsgebiet innerhalb eines - unter Berücksichtigung einer objektiven medizinischen Beurteilung des Gesundheitszustands des Patienten, der Vorgeschichte und der voraussichtlichen Entwicklung der Krankheit des Patienten, des Ausmaßes der Schmerzen des Patienten und/oder der Art der Behinderung des Patienten zum Zeitpunkt der erstmaligen oder erneuten Beantragung der Genehmigung - medizinisch vertretbaren Zeitraums geleistet werden kann.

(6) Der Versicherungsmitgliedstaat darf eine Vorabgenehmigung aus den folgenden Gründen verweigern:

a) Der Patient wird gem einer klinischen Bewertung mit hinreichender Sicherheit einem nicht als annehmbar angesehenen Patientensicherheitsrisiko ausgesetzt, wobei der potenzielle Nutzen der gewünschten grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung für den Patienten berücksichtigt wird;

b) die Öffentlichkeit wird mit hinreichender Sicherheit einem erheblichen Sicherheitsrisiko infolge der betreffenden grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung ausgesetzt;

c) diese Gesundheitsversorgung soll von einem Gesundheitsdienstleister erbracht werden, der zu ernsthaften und spezifischen Bedenken in Bezug auf die Einhaltung der Qualitätsstandards und -leitlinien für die Versorgung und die Patientensicherheit Anlass gibt, einschließlich der Bestimmungen über die Überwachung, ungeachtet der Tatsache, ob diese Standards und Leitlinien in Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder durch vom Behandlungsmitgliedstaat eingerichtete Akkreditierungssysteme festgelegt sind;

d) die betreffende Gesundheitsversorgung kann unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Krankheitsverlaufs des jeweils betroffenen Patienten auf seinem Hoheitsgebiet innerhalb eines medizinisch vertretbaren Zeitraums geleistet werden.

(7) Der Versicherungsmitgliedstaat macht öffentlich zugänglich, welche Gesundheitsdienstleistungen einer Vorabgenehmigung iSd RL unterliegen, und stellt der Öffentlichkeit alle relevanten Informationen über das System der Vorabgenehmigung zur Verfügung.

Art 17 VO 883/2004/EG: Wohnort in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat

Ein Versicherter oder seine Familienangehörigen, die in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen, erhalten in dem Wohnmitgliedstaat Sachleistungen, die vom Träger des Wohnorts nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften für Rechnung des zuständigen Trägers erbracht werden, als ob sie nach diesen Rechtsvorschriften versichert wären.

Art 18 VO 883/2004/EG: Aufenthalt in dem zuständigen Mitgliedstaat, wenn sich der Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat befindet - Besondere Vorschriften für die Familienangehörigen von Grenzgängern

(1) Sofern in Abs 2 nichts anderes bestimmt ist, haben der in Art 17 genannte Versicherte und seine Familienangehörigen auch während des Aufenthalts in dem zuständigen Mitgliedstaat Anspruch auf Sachleistungen. Die Sachleistungen werden vom zuständigen Träger für dessen Rechnung nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften erbracht, als ob die betreffenden Personen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

(2) Die Familienangehörigen von Grenzgängern haben Anspruch auf Sachleistungen während ihres Aufenthalts im zuständigen Mitgliedstaat. (...)

Art 19 VO 883/2004/EG: Aufenthalt außerhalb des zuständigen Mitgliedstaats

(1) Sofern in Abs 2 nichts anderes bestimmt ist, haben ein Versicherter und seine Familienangehörigen, die sich in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat aufhalten, Anspruch auf die Sachleistungen, die sich während ihres Aufenthalts als medizinisch notwendig erweisen, wobei die Art der Leistungen und die voraussichtliche Dauer des Aufenthalts zu berücksichtigen sind. Diese Leistungen werden vom Träger des Aufenthaltsorts nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften für Rechnung des zuständigen Trägers erbracht, als ob die betreffenden Personen nach diesen Rechtsvorschriften versichert wären. (...)

Art 20 VO 883/2004/EG: Reisen zur Inanspruchnahme von Sachleistungen

(1) Sofern in dieser VO nichts anderes bestimmt ist, muss ein Versicherter, der sich zur Inanspruchnahme von Sachleistungen in einen anderen Mitgliedstaat begibt, die Genehmigung des zuständigen Trägers einholen.

(2) Ein Versicherter, der vom zuständigen Träger die Genehmigung erhalten hat, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um eine seinem Zustand angemessene Behandlung zu erhalten, erhält Sachleistungen, die vom Träger des Aufenthaltsorts nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften für Rechnung des zuständigen Trägers erbracht werden, als ob er nach diesen Rechtsvorschriften versichert wäre. Die Genehmigung wird erteilt, wenn die betreffende Behandlung Teil der Leistungen ist, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats der betreffenden Person vorgesehen sind, und ihr diese Behandlung nicht innerhalb eines in Anbetracht ihres derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs ihrer Krankheit medizinisch vertretbaren Zeitraums gewährt werden kann.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten für die Familienangehörigen des Versicherten entsprechend.

(4) Wohnen die Familienangehörigen eines Versicherten in einem anderen Mitgliedstaat als der Versicherte selbst und hat sich dieser Mitgliedstaat für die Erstattung in Form von Pauschalbeträgen

entschieden, so werden die Sachleistungen nach Abs 2 für Rechnung des Trägers des Wohnorts der Familienangehörigen erbracht. In diesem Fall gilt für die Zwecke des Abs 1 der Träger des Wohnorts der Familienangehörigen als zuständiger Träger.

III. Österreichische Rechtsvorschriften

§ 7b SV-EG: Kostenerstattung aufgrund der RL 2011/24/EU bei Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat

(1) Durch diesen Paragraphen wird die RL 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung umgesetzt. (...)

(3) Unbeschadet der Leistungsansprüche nach der VO oder nach den §§ 131 und 150 ASVG, §§ 85 und 98a GSVG, §§ 80 und 93 BSVG sowie den §§ 59 und 68a B-KUVG, die ebenfalls zur Umsetzung der Ansprüche nach der RL heranzuziehen sind, ist eine anspruchsberechtigte Person berechtigt, Leistungen der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung im Ausland in Fällen des Abs 4 im Wege der besonderen Kostenerstattung nach Abs 6 in Anspruch zu nehmen, sofern auch im Inland Anspruch auf diese Leistungen besteht.

(4) Die Inanspruchnahme folgender Behandlungen im Ausland eröffnet einen Anspruch auf besondere Kostenerstattung im Ausmaß des Abs 6, sofern der zuständige österr KVTr der anspruchsberechtigten Person eine Vorabgenehmigung erteilt hat:

1. stationäre Behandlungen;
2. ambulante Behandlungen, die den Einsatz hoch spezialisierter und kostenintensiver medizinischer Infrastruktur oder medizinischer Ausrüstung erfordern;
3. Behandlungen, die mit einem besonderen Risiko für den Patienten oder die Bevölkerung verbunden sind;
4. Behandlungen, die von Gesundheitsdienstleistern erbracht werden, die im Einzelfall zu ernsthaften und spezifischen Bedenken hinsichtlich der Qualität oder Sicherheit der Versorgung Anlass geben könnten, mit Ausnahme der Gesundheitsversorgung, die dem Unionsrecht über die Gewährleistung eines Mindestsicherungsniveaus und einer Mindestqualität in der ganzen Union unterliegt.

Die Verpflichtung zur Einholung der Vorabgenehmigung entfällt in medizinischen Notfällen, in denen diese nachweislich nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.

(5) Eine Vorabgenehmigung nach Abs 4 ist zu erteilen, wenn diese Behandlung unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Krankheitsverlaufs nicht innerhalb eines medizinisch vertretbaren Zeitraums im Inland erbracht werden kann und die anspruchsberechtigte Person Anspruch auf diese Gesundheitsleistung hat. Dies gilt nicht, wenn

1. der Patient gem klinischer Bewertung mit hinreichender Sicherheit einem nicht annehmbaren Patientensicherheitsrisiko ausgesetzt wird oder
2. die Öffentlichkeit mit hinreichender Sicherheit einem erheblichen Sicherheitsrisiko durch die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung ausgesetzt wird oder
3. diese Behandlung von einem Gesundheitsdienstleister erbracht wird, der zu ernsthaften und spezifischen Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung der Qualitätsstandards und -leitlinien für die Versorgung und die Patientensicherheit Anlass gibt (...)

(6) Die anspruchsberechtigte Person hat bei der Inanspruchnahme von Leistungen gem Abs 4 Anspruch auf Erstattung jener Kosten, die der zuständige österr SVTr bei einer entsprechenden Behandlung in Österreich mittels Europäischer Krankenversicherungskarte im Rahmen der VO dem zuständigen ausländischen Träger in Rechnung gestellt hätte. Die Erstattung darf die Höhe der tatsächlich durch die Gesundheitsversorgung entstandenen Kosten nicht überschreiten.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Univ.-Prof. MMag.^a Dr.ⁱⁿ Diana Niksova

Universität Innsbruck

Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht

T: +43 512 507-80610

E: diana.niksova@uibk.ac.at



Beruflicher Werdegang

- Seit 3/2024: Institutsleiterin des Instituts für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Universität Innsbruck
- Seit 10/2023: Universitätsprofessorin für Arbeitsrecht und Sozialrecht am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Universität Innsbruck
- 10/2020 - 09/2023: Universitätsassistentin „post-doc“ an der Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bereich Arbeitsrecht und Sozialrecht
- 2018 - 2020: Projektmitarbeiterin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität Wien
- 2018 - 2019: Einjähriger Forschungsaufenthalt am Institute of European and Comparative Law (IECL), University of Oxford
- 2012 - 2018: Universitätsassistentin „post-doc“ am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien
(03/2014-12/2015: Elternkarenz und 01/2016-08/2017: Elternteilzeit)
- 2012: Gerichtspraxis, OLG Sprengel Wien
- 2008 - 2011: Universitätsassistentin „prae-doc“ am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität Wien
- 2011: Einmonatiger Forschungsaufenthalt am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der EU (IAAEU), Universität Trier, Deutschland
- 2010: Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Obersten Gerichtshof (8., 9., und 10. Senat)

- 2007: Studienassistentin und Projektmitarbeiterin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität Wien
- 2006: „Leonardo da Vinci“-Auslandspraktika im Bereich der Betriebswirtschaftslehre in Madrid, Spanien

Ausbildung

- 02/2023: Verleihung der Lehrbefugnis (venia docendi) für die Fächer „Arbeitsrecht“ und „Sozialrecht“
Habilitationsschrift: Zusammenspiel von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht auf europäischer Ebene
- 2009 - 2012: Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, Abschluss mit Auszeichnung
Thema der Dissertation: Arbeitsrechtliche Aspekte von grenzüberschreitenden Standortverlagerungen unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsübergangsrechts
- 2005 - 2009: Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
- 2004 - 2005: Magisterstudium „Management and International Business“ an der Karl-Franzens-Universität Graz, Abschluss mit Auszeichnung
- 2003 - 2004: Erasmus-Aufenthalt an der Université Montpellier (Frankreich)
- 2001 - 2004: Bakkalaureatsstudium der Betriebswirtschaft an der Karl-Franzens-Universität Graz, Abschluss mit Auszeichnung

Preise und Auszeichnungen für die Dissertation

- 2013: Award of Excellence des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung
- 2013: Leopold Kunschak-Wissenschaftspreis
- 2013: Förderpreis durch die Dr. Maria Schaumayer-Stiftung

**59. Wissenschaftliche Tagung der Österreichischen
Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht**

**Seminar
Pflegegeld**

Prof. Dr. Martin Greifeneder

Zell am See, 11. April 2024

Inhaltsverzeichnis

1	Anspruchsgrundlagen – Verhältnis zueinander	4
1.1	Allgemein verbindlich für alle Entscheidungsträger.....	4
1.2	Nur im Verwaltungsverfahren verbindlich	4
	RIS-Justiz RS0106385	5
	OGH 11.02.1997, 10 Obs 2474/96p	5
	GZ BMSGPK-2020- IV/B/4-0.192.028, 31.3.2020	7
	OLG Wien 01.12.2022, 7 Rs 70/22y.....	7
	OLG Wien 19.06.2022, 10 Rs 95/20v.....	8
	Abschnitt 2 Pkt 7 2. Absatz Konsensuspapier.....	8
2	Anspruchsberechtigter Personenkreis / Leistungsexport	9
2.1	Unionsrechtliche Einordnung	9
2.2	Anspruchsberechtigte mit österr Grundleistung (§ 3 BPGG)	9
	RIS-Justiz RS0113278 [T1].....	9
2.3	Anspruchsberechtigte ohne österr Grundleistung (§ 3a Abs 1 BPGG).....	9
	OGH 17.06.2014, 10 Obs 36/14p	9
	OGH 24.06.2020, 10 Obs 34/20b	11
2.4	Personen mit vorübergehendem Schutz nach der MassenzustromRL	13
	RIS-Justiz RS0134492	13
	OGH 22.08.2023, 10 Obs 62/23z.....	13
2.5	Personen mit Status des subsidiär Schutzberechtigter (§ 8 AsylG).....	17
	RIS-Justiz RS0129314	17
2.6	In der österr Krankenversicherung mitversicherte Personen	17
	OGH 20.04.2022, 10 Obs 202/21k	17
	RIS-Justiz RS0134479	18
	OGH 22.08.2023, 10 Obs 38/23w	18
2.7	Sonderproblem: Minderjährige Kinder von daueraufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen.....	22
	Erlass GZ: BMASK-43010/0015-IV/B/4/2017, 5.4.2017	22
2.8	Aufenthalt im Inland.....	23
	OGH 24.07.2023, 10 Obs 137/22b	23
3	Pflegegeldstufe 7	26
2.1	Allgemeine Grundsätze	26
3.1	Die Stufe 7 ausschließende Einzelfälle	26
	OGH 02.12.1997, 10 Obs 385/97h	27

	OGH 17.04.2007, 10 Obs 5/07v	28
	OGH 09.08.2005, 10 Obs 57/05p	29
	OGH 22.06.2021, 10 Obs 18/21a	31
	EBRV 1186 BlgNR 20. GP 11	33
4	Herabsetzung und Entziehung des Pflegegeldes.....	34
	OGH 23.03.2010, 10 Obs 32/10v	34
	OGH 01.06.2010, 10 Obs 81/10z.....	34
	OGH 19.07.2016, 10 Obs 87/16s.....	35
	OGH 13.09.2017, 10 Obs 78/17v	36
5	Kinder – Über- und Unterschreitung von Richt- und Mindestwerten.....	38
	OGH 16.01.2024, 10 Obs 133/23s.....	38

1 Anspruchsgrundlagen – Verhältnis zueinander

Vgl auch Greifeneder, (Kritische) Betrachtung der Rechtsgrundlagen der PflegegeldEinstufung, ÖZPR 2015/87

1.1 Allgemein verbindlich für alle Entscheidungsträger

- **Bundespflegegeldgesetz – BPGG** (BGBl 1993/110 idF 2022/213)

Verordnungsermächtigung:

§ 4 Abs 7 BPGG: Der Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz ist ermächtigt, nach Anhörung des Bundesbehindertenbeirates (§ 8 des Bundesbehindertengesetzes, BGBl. Nr. 283/1990) nähere Bestimmungen für die Beurteilung des Pflegebedarfes durch Verordnung festzulegen.

Die Verordnung kann insbesondere festlegen:

1. eine Definition der Begriffe „Betreuung“ und „Hilfe“;
 2. Richtwerte für den zeitlichen Betreuungsaufwand, wobei verbindliche Mindestwerte zumindest für die tägliche Körperpflege, die Zubereitung und das Einnehmen von Mahlzeiten sowie für die Verrichtung der Notdurft festzulegen sind,
 3. verbindliche Pauschalwerte für den Zeitaufwand der Hilfsverrichtungen, wobei der gesamte Zeitaufwand für alle Hilfsverrichtungen mit höchstens 50 Stunden pro Monat festgelegt werden darf, und
 4. verbindliche Pauschalwerte (Erschwerniszuschläge) für den zusätzlichen Pflegeaufwand schwerst behinderter Kinder und Jugendlicher bis zum vollendeten 7. bzw. bis zum vollendeten 15. Lebensjahr gemäß Abs. 3 sowie für den zusätzlichen Pflegeaufwand pflegebedürftiger Personen mit einer schweren geistigen oder schweren psychischen Behinderung, insbesondere einer demenziellen Erkrankung, ab dem vollendeten 15. Lebensjahr gemäß Abs. 5.
- **Einstufungsverordnung – EinstV** (BGBl II 1999/37 idF 2023/211)
 - **Kinder-Einstufungsverordnung – Kinder-EInstV** (BGBl II 2016/236)

1.2 Nur im Verwaltungsverfahren verbindlich

Richtlinien über die einheitliche Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes – RPGG 2012 (avsv 2012/84 idF avsv 2023/6)

Basierend auf § 30 Abs 2 Z 1 iVm § 30 a Abs 1 Z 24 ASVG: Pflicht des **Dachverbandes der Sozialversicherungsträger** zur Erlassung von Richtlinien für die einheitliche Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes im übertragenen Wirkungsbereich; dem BMASGK weisungsunterworfen.

- **Konsensuspapier** zur einheitlichen, ärztlichen und pflegerischen Begutachtung nach dem BPGG (Fassung Juli 2022)
Erarbeitet von leitenden Ärztinnen und Ärzte der Sozialversicherungsträger, des Österreichischen Gesundheits- und Krankenpflegeverbandes und der medizinischen Fachabteilung der Sektion IV des damaligen Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.
Seit 2012: Dynamischer Verweis in Richtlinien des Dachverbandes (vormals Hauptverbandes):
 - § 22 (3) RPGG: Für die Begutachtung ist das **Konsensuspapier** zur einheitlichen ärztlichen oder pflegerischen Begutachtung nach dem Bundespflegegeldgesetz, ... heranzuziehen.
 - § 29a RPGG: Das jeweils aktuelle Konsensuspapier (dynamische Verweisung!) ...ist von den Sachverständigen bei der Befund- und Gutachtenserstellung jedenfalls zu beachten (§ 34 BPGG – übertragener Wirkungsbereich).

Auch die geltenden Erlässe des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz oder des Bundesministeriums für Finanzen nach § 34 BPGG (übertragener Wirkungsbereich) zur Begutachtung sind zwecks einheitlicher Vorgangsweise ebenfalls zu berücksichtigen.

▪ Erlässe

§ 34 BPGG Übertragener Wirkungsbereich

(1) Die Sozialversicherungsträger gemäß § 22 Abs. 1 Z 1, 2 und 5 haben die Aufgaben nach diesem Bundesgesetz im übertragenen Wirkungsbereich nach den Weisungen des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zu vollziehen.

(2) Der Entscheidungsträger gemäß § 22 Abs. 1 Z 3 und 4 hat die Aufgaben nach diesem Bundesgesetz im übertragenen Wirkungsbereich nach den Weisungen des Bundesministers für Finanzen zu vollziehen.

RIS-Justiz RS0106385

10ObS2349/96f; 10ObS2424/96k; 10ObS2396/96t; 10ObS2425/96g; 10ObS2474/96p; 10ObS110/97t; 10ObS87/97k; 10ObS128/97i; 10ObS132/97b; 10ObS127/97t; 10ObS222/97p; 10ObS292/97g; 10ObS268/97b; 10ObS410/98m; 10ObS420/98g; 10ObS425/98t; 10ObS64/99f; 10ObS218/99b; 10ObS285/01m; 8Ob81/16v

ASVG § 31 Abs 5 Z 23; BPGG § 4;

EinstV allg; RL des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger für die einheitliche Anwendung des BPGG allg

Die vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger erlassenen **Richtlinien für die einheitliche Anwendung des BPGG** nach § 31 Abs 5 Z 23 ASVG, veröffentlicht in SozSi 1994, 686 ff - Amtliche Verlautbarung Nr 120/1994, haben als generelle rechtsverbindliche Anordnung einer Verwaltungsbehörde die Qualität einer Rechtsverordnung. Diese Richtlinien sind aber nur für alle zur Entscheidung in Pflegegeldangelegenheiten berufenen Sozialversicherungsträger verbindlich. Hingegen besteht keine Bindung der in Sozialrechtssachen berufenen Gerichte an diese Richtlinien.

Ebenso ist das "**Konsensuspapier**" zur Vereinheitlichung der ärztlichen Begutachtung nach dem BPGG für die Gerichte nicht bindend.

OGH 11.02.1997, 10 ObS 2474/96p

DRdA 1997/45 (vorsichtig krit Pfeil)

Rechtliche Beurteilung

[...]

Zunächst erhebt sich die Frage nach der Rechtsnatur der vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger erlassenen Richtlinien für die einheitliche Anwendung des BPGG nach § 31 Abs 5 Z 23 ASVG, veröffentlicht in SozSi 1994, 686 ff - Amtliche Verlautbarung Nr 120/1994. Diese Richtlinien bezeichnen in ihrem § 1 als Grundlage für die Beurteilung der Pflegebedürftigkeit einerseits § 4 Abs 1 bis 5 BPGG, andererseits die Verordnung des BMfAS BGBl 1993/314 über die Beurteilung des Pflegebedarfes nach dem BPGG (EinstV). Nach § 2 gelten die Richtlinien für alle Pensions- und Unfallversicherungsträger. Im zweiten Abschnitt "Betreuung" (§§ 3 bis 10) und im dritten Abschnitt "Hilfe" (§§ 11 bis 14) werden die bereits in der EinstV enthaltenen Begriffe wie tägliche Körperpflege, Zubereitung und Einnahme von Mahlzeiten, Verrichtung der Notdurft, An- und Auskleiden usw näher erklärt und teilweise über die EinstV hinausgehend umschrieben. Der vierte Abschnitt (§§ 15 bis 17) nimmt eine Differenzierung der Pflegestufen 4, 5, 6 und 7 vor, der fünfte Abschnitt (§§ 18 bis 20) regelt die geistige oder psychische Behinderung, der 6. Abschnitt (§§ 21 und 22) befaßt sich mit "diagnosebezogenen Mindesteinstufungen" bei Sehbehinderung und bei Rollstuhlfahrern.

[...]

Dem Hauptverband obliegt nach § 31 Abs 2 Z 3 ASVG die Erstellung von Richtlinien zur Förderung oder Sicherstellung der gesamten wirtschaftlichen Tragfähigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Einheitlichkeit der Vollzugspraxis der Sozialversicherungsträger. Im § 31 Abs 5 findet sich der Katalog jener Materien, über die der Hauptverband Richtlinien aufzustellen hat; darunter solche für die einheitliche Anwendung des BPGG (Z 23). Diese Richtlinien sind aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des § 31 Abs 6 ASVG für die im Hauptverband zusammengefaßten Versicherungsträger verbindlich. Lediglich ausnahmsweise wird eine darüber hinausreichende Verbindlichkeit angeordnet, wie etwa in § 31 Abs 5 Z 10 für die Richtlinien über die Berücksichtigung ökonomischer Grundsätze bei der Krankenbehandlung; diese sind nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers auch für die Vertragspartner bindend. Alle diese Richtlinien bedürfen nach § 31 Abs 8 ASVG der Beurkundung des gesetzmäßigen Zustandekommens durch den BMfAS und sind sodann in der Fachzeitschrift "Soziale Sicherheit" zu verlautbaren.

Soweit die Richtlinien nach der entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung im ASVG durch Beschluß des Hauptverbandes erlassen und entsprechend kundgemacht sind, haben sie als generelle rechtsverbindliche Anordnung einer Verwaltungsbehörde nach herrschender Auffassung die Qualität von Rechtsverordnungen (Korinek in Tomandl, SV-System 7. ErgLfg 510 mwN; Pfeil, BPGG, 81; Grillberger, Österreichisches Sozialrecht³ 105). Als bloße generelle Weisungen oder Verwaltungsverordnungen (vgl Tomandl, Probleme des Hilflosenzuschusses, ZAS 1979, 130 [134]; derselbe, Grundriß des österreichischen Sozialrechts⁴ 194 in Rz 256) sind sie schon deshalb nicht zu qualifizieren, weil die einzelnen Sozialversicherungsträger keine dem Hauptverband untergeordneten Verwaltungsorgane, sondern selbständige Rechtssubjekte sind (zutreffend Pfeil, Ein nicht gewährter Hilflosenzuschuß, DRdA 1990, 74 [76 mwN bei FN 10]; derselbe, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, 181), sodaß es an einer organisationsrechtlichen Über- und Unterordnung fehlt.

Aus der Bindung der Versicherungsträger an diese Richtlinien folgt aber entgegen mehrfach vertretenen Auffassungen (Korinek, Pfeil und Grillberger jeweils aaO) noch nicht deren Verbindlichkeit für die Gerichte. Infolge der Kundmachung fällt zwar ein wesentliches Argument weg, das gegen die Verbindlichkeit der seinerzeitigen Richtlinien zum Hilflosenzuschuß auch für die Gerichte ins Treffen geführt wurde (Tomandl aaO, auf den der Oberste Gerichtshof in den E SSV-NF 1/46 = SZ 60/223, ZAS 1988, 53/5 und JBl 1988, 64 verwiesen hat). Auch wenn nunmehr alle zur Entscheidung in Pflegegeldangelegenheiten berufenen Sozialversicherungsträger (und nicht nur die Pensionsversicherungsträger) vom Geltungsbereich der verlautbarten Richtlinien erfaßt sind, ist an der Qualität der Richtlinien als nur die Sozialversicherungsträger bindende Norm keine Änderung eingetreten. Zunächst einmal ist unbestritten, daß der Hauptverband nur die Sozialversicherungsträger, nicht aber die übrigen nach § 22 BPGG zur Entscheidung berufenen Träger zu binden vermag (Gruber/Pallinger, BPGG Rz 77 zu § 4). Daß dennoch möglicherweise die Richtlinien als Hilfsmittel für die Interpretation der jeweiligen Begriffe im BPGG auch im Hinblick auf Pflegegelder herangezogen werden könnten, für deren Gewährung nicht die Sozialversicherungsträger zuständig sind (so Pfeil aaO), ist kein zwingendes Argument für die Verbindlichkeit der Richtlinien für Gerichte; auch andere Interpretationshilfen wie Gesetzesmaterialien oder Lehrmeinungen haben keine verbindliche Kraft. Ferner wäre es ungewöhnlich, daß der Gesetzgeber dem BMfAS eine den gesamten Personenkreis des BPGG umfassende Verordnungsermächtigung einräumt (§ 4 Abs 5 Stammfassung, nunmehr Abs 3 BPGG), darüber hinaus aber für einen Teil dieses Personenkreises eine noch nähere Ausführung des Gesetzes durch eine weitere Rechtsverordnung einem anderen Ordnungsgeber überträgt (Gruber/Pallinger aaO), wengleich zugegeben werden muß, daß dies keinen entscheidenden Einwand gegen die Verbindlichkeit der Richtlinien darstellen mag (Pfeil, BPGG 82).

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshof sind jedoch folgende Umstände ausschlaggebend: Wengleich sich die Richtlinien für die einheitliche Anwendung des BPGG auf die Versicherten bzw Pflegegeldbeansprucher als davon Betroffene auswirken mögen, so sind doch die genannten Personenkreise nicht Adressaten der Richtlinien; der Hauptverband hat keine generelle gesetzliche Ermächtigung, Rechtsnormen im Zusammenhang mit der Zuerkennung von Pflegegeld für Dritte zu erlassen. Er kann daher insbesondere Ansprüche von Versicherten bzw Pflegebedürftigen weder schaffen noch begrenzen. § 31 Abs 6 ASVG spricht folgerichtig (und anders als etwa § 31 Abs 5 Z 10) auch nur von einer Verbindlichkeit der Richtlinien für die im Hauptverband zusammengefaßten Versicherungsträger. Umsoweniger besteht irgendeine gesetzliche Ermächtigung des Hauptverbandes, für Gerichte verbindliche Normen auf dem Gebiet der Pflegevorsorge zu erlassen. Die Richtlinien haben nicht die Aufgabe, für andere Rechtsanwender zu präzisieren, wann ein Anspruch auf Pflegegeld besteht, sie haben vielmehr den Zweck, die Versicherungsträger zu einer gleichmäßigen Rechtsanwendung anzuleiten (arg "Einheitlichkeit der Vollzugspraxis der Sozialversicherungsträger" in § 31 Abs 2 Z 3 ASVG). Die Entscheidung über den Anspruch auf Pflegegeld ist durch § 65 Abs 1 ASGG letztlich den Gerichten zugewiesen; soweit ein Gesetz die Vollziehung einem Gericht übertragen hat, kann die Konkretisierung des Gesetzes mittels einer Verordnung nur insoweit durch eine Verwaltungsbehörde erfolgen, als dies das Gesetz ausdrücklich oder erkennbar vorsieht. Die Konkretisierungskompetenz wurde durch § 4 Abs 3 BPGG ausschließlich dem BMfAS zugewiesen, nicht aber dem Hauptverband. Daraus folgt, daß die Richtlinien zwar im Hinblick auf den einheitlichen Vollzug des BPGG durch die davon erfaßten Entscheidungsträger anzuwenden sind, jedoch keine verbindliche Kraft für die Sozialrechtssachen berufenen Gerichte beanspruchen können. Eine Bindung der Gerichte an die Richtlinien des Hauptverbandes wäre im übrigen im Interesse einer Entscheidungsharmonie höchstens dann sachgerecht, wenn die Sozialgerichte die Aufgabe hätten, die von den Trägern der Sozialversicherung erlassenen, von den Versicherten bekämpften Bescheide zu überprüfen. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Dem Grundsatz der sukzessiven Zuständigkeit entsprechend haben die Sozialgerichte vielmehr über die vom Versicherten mit einer Klage geltend gemachten sozial(versicherungs)rechtlichen Ansprüche nach Abschluß des mit einem darüber absprechenden Bescheid des Versicherungsträgers beendeten Verwaltungsverfahrens in einem eigenen, selbständigen Verfahren zu entscheiden (Kuderna; ASGG2 441 Anm I zu § 67; 10 Obs 2189/96a). Die Erhebung der Klage beseitigt gemäß § 71 Abs 1 ASGG den "angefochtenen" Bescheid des Trägers und setzt ein vollkommen neues erstinstanzliches Verfahren in Gang. Das Gericht kann den - durch die Klage außer Kraft getretenen - Bescheid weder "abändern" noch "bestätigen" oder "aufheben", wie dies einem Rechtsmittelverfahren entsprechen würde (vgl Fink, Die

sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 7 ff, 83 ff). Daß die Richtlinien des Hauptverbandes auch nach ihrem Inhalt gar keinen Anspruch auf Geltung für die Sozialgerichte erheben, beweist etwa der die Fälle der Sehbehinderung regelnde § 21: Bei Vorhandensein eines "aktuellen augenärztlichen Befundes" soll danach "im Regelfall" eine weitere augenfachärztliche Begutachtung durch einen "Vertrauensarzt" nicht mehr notwendig sein..... Diese Bestimmung bezweckt wohl eine Erleichterung des Ermittlungsverfahrens für den Entscheidungsträger, ist aber im Verfahren vor den Sozialgerichten prinzipiell unabwendbar, und zwar nicht bloß deshalb, weil hier eine Begutachtung durch gerichtsärztliche Sachverständige, nicht aber durch Vertrauensärzte zu erfolgen hat.

Der Senat hält daher an der bereits mehrfach (10 ObS 2349/96f, 10 ObS 2396/96t ua) dargestellten Rechtsauffassung fest, daß die genannten Richtlinien für die Gerichte nicht verbindlich sind.
[...]

GZ BMSGPK-2020- IV/B/4-0.192.028, 31.3.2020

Pflegevorsorge

Sonstige Körperpflege

Das aktuelle Regierungsprogramm sieht unter dem Punkt Weiterentwicklung des Pflegegeldes die Entwicklung eines Pflegegeldsystems, in dem alle Bedarfe berücksichtigt sind, vor. Österreich verfügt über ein Pflegegeldsystem, das sich in der Praxis durchaus seit vielen Jahren bewährt hat. Nichtsdestotrotz soll ein funktionierendes System im Interesse der Betroffenen stets weiterentwickelt werden. Das Regierungsprogramm wird zum Anlass genommen, den aus der Judikatur abgeleiteten Wert von 4 Stunden pro Monat für die sonstige Körperpflege zu erhöhen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zählen ein Wannenvollbad oder ein Duschbad - abgesehen von der medizinischen Notwendigkeit - nicht zur täglichen Körperpflege im Sinne des § 1 Abs. 4 EinstV. Nach der Rechtsprechung ergibt sich ausgehend davon, dass die pflegebedürftige Person auch dann nicht der Verwahrlosung ausgesetzt ist, wenn sie wöchentlich nur zwei Wannenvollbäder oder Duschbäder nehmen kann, ein zeitlicher Betreuungsaufwand von 4 Stunden monatlich. Der Ganzkörperreinigung kommt grundsätzlich in jenen Fällen eine eigenständige Bedeutung bei der Einstufung zu, in denen die tägliche Körperpflege noch selbständig vorgenommen werden kann, nicht aber das Baden oder Duschen.

In Anbetracht der Entwicklung der Ausstattung von Sanitärbereichen, kontinuierlich steigenden Durchschnittstemperaturen und damit verbundener vermehrter Transpiration ist aus Sicht des Sozialministeriums für alle Menschen tägliches Duschen oder Baden als hygienische Standardversorgung anzusehen.

Da nach einem westlichen Kultur- und Hygieneverständnis davon auszugehen ist, dass Wannenvoll- oder Duschbäder häufiger als zweimal wöchentlich durchgeführt werden, soll der Wert von monatlich 4 Stunden auf 10 Stunden erhöht werden.

Wir ersuchen die Entscheidungsträger sämtliche Vorkehrungen zu treffen und die internen Richtlinien, Arbeitsunterlagen und dergleichen anzupassen, so dass dieser neue Wert ab 1. Juli 2020 im Rahmen der Pflegegeldbegutachtung zur Anwendung gebracht werden kann.

OLG Wien 01.12.2022, 7 Rs 70/22y

(118 Stunden an Pflegebedarf unstrittig)

[...] Es kann auch nicht nachvollzogen werden, dass sich die Hygienestandards in Bezug auf eine verstärkte Körperreinigung wesentlich geändert hätten (vgl zum Betreuungsaufwand für zwei Wannebäder pro Woche RIS-Justiz RS0058279). Die Rechtsprechung hat diese Pflegeverrichtung nämlich immer vor dem Gesichtspunkt des Hintanhaltens einer Verwahrlosung (vgl § 1 EinstV) beurteilt und eben nicht mit der Entwicklung von Sanitärbereichen, kontinuierlich steigenden Temperaturen und damit verbunden mehr Transpiration. [...]

[...] In einer Reihe von Entscheidungen wurde zum Ausdruck gebracht, dass mangels gegenteiliger medizinischer Indikation ein zweimaliges Wannenbad oder Duschen pro Woche als ausreichend anzusehen ist, ohne dass der Betroffene damit der Gefahr der Verwahrlosung ausgesetzt wäre (10 ObS 384/02x, 10 ObS 337/02k mwN uva; RIS-Justiz RS0058447). Die Rechtsprechung hat sich bei der Bewertung dieses Betreuungsaufwandes an den in § 1 Abs 4 EinstV für die tägliche Körperpflege angeführten Mindestwerten von 2 x 25 Minuten pro Tag orientiert und ein Wannenbad mit einem Betreuungsaufwand von etwa 25 Minuten bewertet, woraus sich ein monatlicher Aufwand von etwa 3,5 bis 4 Stunden ergibt. Diese Ausführungen können auch für anstelle von Wannenbädern genommene Duschbäder gelten (etwa 10 ObS 384/02x mwN; RIS-Justiz RS0058447).

Kein Anlass von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen und einen höheren monatlichen Pflegebedarf als 4 Stunden anzunehmen, [...]

Anmerkung: Berufung hat sich nur gegen die Berücksichtigung ab 1.7.2020 gewandt. Da die Berufungswerberin ab 1.7.2020 an den Erlass des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege- und Konsumentenschutz gebunden sei, werde zuerkannt, dass Pflegegeld der Stufe 1 ab 1.7.2020 gebühre.

Abschnitt 2 Pkt 7 2. Absatz Konsensuspapier

Bei ständiger Stuhl- und/oder Harninkontinenz und einer erforderlichen Hilfestellung bei der Reinigung ist zusätzlich die Hilfe zur Verrichtung der Notdurft zu berücksichtigen.

Anmerkung: Geht zurück auf den Erlass ZI. 43.010/60-9a/01, ausdrücklich entgegen OGH 18.02.1999, 10 ObS 410/98m, wonach bei einer Person, die ständig windelversorgt ist, bei der Feststellung des zeitlichen Betreuungsaufwandes lediglich der Richtwert für die Inkontinenzreinigung im Ausmaß von 20 Stunden mtl. zu berücksichtigen sei, da die der Unterstützung beim Toilettengang nicht bedürfe. Somit könnten nur 20 Stunden pro Monat für die Inkontinenzreinigung, nicht jedoch weitere Stunden als Zeitaufwand für die praktisch gar nicht mit einer Hilfsperson durchgeführte Verrichtung der Notdurft am WC zuerkannt werden.

2 Anspruchsberechtigter Personenkreis / Leistungsexport

2.1 Unionsrechtliche Einordnung

Unionsrechtlich ist das österreichische Pflegegeld eine Leistung bei Krankheit im Sinn des Art 3 Abs 1 lit a VO 883/2004.

Es handelt sich dabei nicht um eine Sachleistung bei Krankheit, sondern um eine Geldleistung bei Krankheit im Sinn des Art 21 VO 883/2004 (10 ObS 96/14m SSV-NF 28/67, 10 ObS 34/20b uva; EuGH C-215/99, *Jauch*, Rn 35 zum österreichischen, und C-388/09, *da Silva Martins*, Rn 43, zum deutschen Pflegegeld; *Spiegel*, trESS-Arbeiten betreffend die Koordination von Pflegeleistungen, ZESAR 2013, 209 [210, FN 7 mzwH]).

2.2 Anspruchsberechtigte mit österr Grundleistung (§ 3 BPGG)

RIS-Justiz RS0113278 [T1]

10 ObS 273/99s; 10 ObS 321/00d; 10 ObS 286/02k

BPGG §3

EGV Maastricht Art177

EG Amsterdam Art234

Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates 371R1408 Wanderarbeitnehmerverordnung Art10a

Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates 371R1408 Wanderarbeitnehmerverordnung Art4 Abs2a

Der EuGH hat sich mit der Frage der Beitragsabhängigkeit (Beitragsunabhängigkeit) des Bundespflegegeldes bereits beschäftigt und dazu im Urteil vom 8.3.2001, Rechtssache C-215/99 - *Jauch*, ausgesprochen, dass das österreichische Pflegegeld nicht als beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne der VO zu qualifizieren sei und daher nicht den Ausnahmetatbestand des Art10a der VO erfülle (Slg 2001, I-01901, Randnr. 34 = RdW 2001/324 [Schattleitner] = ARD 5229/23/2001). Damit wurde das österreichische Bundespflegegeld als Leistung bei Krankheit eingestuft, die im Anwendungsbereich der VO grundsätzlich auch ins Ausland zu exportieren ist, wenn die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

2.3 Anspruchsberechtigte ohne österr Grundleistung (§ 3a Abs 1 BPGG)

OGH 17.06.2014, 10 ObS 36/14p

ZAS-Judikatur 2014/85 = Beck, ÖZPR 2014/94 S 142 - Beck, ÖZPR 2014,142 = ÖZPR 2014/95 S 145 - ÖZPR 2014,145 = EvBl-LS 2014/162 = Jus-Extra OGH-Z 5662 = Ruddy, ZPR 2014/116 S 174 - Ruddy, ZPR 2014,174 = DRdA 2014,600 = ecolex 2014/340 S 811 - ecolex 2014,811 = DRdA 2015,186/23 (Pfalz) - DRdA 2015/23 (Pfalz) = SSV-NF 28/39 = SZ 2014/58

Sachverhalt

Die 1937 geborene Klägerin lebt seit 2005 in Österreich und wohnt seit 2012 bei einer ihrer Töchter in Wien. Sie bezieht eine Pensionsleistung aus Bulgarien und seit 1. 7. 2010 von der beklagten Partei die Ausgleichszulage, hat aber keinen Anspruch auf den Bezug einer Invaliditätspension oder Berufsunfähigkeitspension nach österreichischem Recht.

Rechtliche Beurteilung

[...]

5. Mit 1. 1. 2012 hat sich die Rechtslage geändert. Der Anspruch auf Pflegegeld richtet sich nunmehr ausschließlich nach dem BundespflegegeldG (vgl § 49 Abs 17 BPGG). Anspruch auf Pflegegeld nach diesem Gesetz, den die Klägerin geltend macht, besteht seither auch ohne Grundleistung gemäß § 3 Abs 1 und 2 BPGG für österreichische Staatsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 3a Abs 1 BPGG). Den

österreichischen Staatsbürgern sind Fremde gleichgestellt, insoweit sich eine Gleichstellung aus Staatsverträgen oder Unionsrecht ergibt (§ 3a Abs 2 Z 1 BPGG).

6. Die Klägerin hat seit 1. 1. 2012 Anspruch auf Pflegegeld nach § 3a Abs 2 Z 1 BPGG:

Dieser Anspruch setzt lediglich voraus, dass die betreffende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat und keine Grundleistung bezieht. Das trifft auf einen Ausgleichszulagenbezieher, der in Österreich lebt und eine Pension aus einem anderen EU-Mitgliedstaat bezieht, grundsätzlich zu. Weder ausländische Pensionen noch die Ausgleichszulage sind im Katalog von Grundleistungen gemäß § 3 Abs 1 Z 1 - 10 BPGG angeführt. Daher können sich Unionsbürger unter den genannten Voraussetzungen auf § 3a Abs 2 Z 1 BPGG berufen, weil Art 18 AEUV jedwede Diskriminierung von Unionsbürgern gegenüber eigenen Staatsbürgern verbietet. Dies bedeutet, dass ein Unionsbürger auch bei Bezug einer beitragsunabhängigen Leistung wie der Ausgleichszulage, Pflegegeld gemäß § 3a BPGG in Anspruch nehmen kann, wenn sein gewöhnlicher Aufenthaltsort - wie im Fall der Klägerin - in Österreich liegt (vgl. *Felten*, Pflegegeld für Ausgleichszulagenbezieher aus anderen EU-Mitgliedstaaten?, ÖZPR 2014, 44 [45]). Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hat sie unter Zugrundelegung des § 4 BPGG und der EinstufungsV zum BundespflegeG Pflegebedarf in anspruchsbegründender Höhe.

7. Dem steht nicht - wie das Erstgericht und *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁹ Rz 192 meinen - entgegen, dass die Klägerin nur eine bulgarische Rente bezieht und Österreich nach den oben genannten Koordinierungsbestimmungen der VO (EG) Nr 883/2004 für Geldleistungen bei Krankheit (Pflegebedürftigkeit) nicht zuständig ist, sondern Bulgarien, dessen Recht Geldleistungen bei Pflegebedürftigkeit vorsieht (s die bei *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁶ 314 f abgedruckte Liste der Verwaltungskommission vom Mai 2010 [unter: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=868>]).

8. [...] *Greifeneder/Liebhart* (aaO Rz 183 und 192) führen aus, nach der KoordinierungsVO gelte der - in Art 23 VO (EG) Nr 883/2004 konkretisierte - Grundsatz, dass nur die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats anzuwenden seien. Aufgrund dieses Grundsatzes der Einheitlichkeit des Systems der sozialen Sicherheit könne nur vom zuständigen Staat die Sach- und Geldleistung der Krankenversicherung bezogen werden, weshalb der Anspruch auf Pflegegeld in Österreich ausgeschlossen sei, wenn Österreich nach der KoordinierungsVO nicht der für Leistungen der Krankenversicherung zuständige Staat sei. Da es sich um eine Frage der Zuständigkeit des Leistungsträgers handle, könne auch nicht mit dem Gebot der Gleichbehandlung von EU (EWR)-Bürgern mit den österreichischen Pflegegeldbezieher argumentiert werden.

Dem ist zu erwidern:

Es trifft zu, dass die Vorschriften über die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der - von der VO (EG) Nr 883/2004 abgelösten - VO (EWG) Nr 1408/71 nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ua bezwecken, dass die Betroffenen grundsätzlich dem System der sozialen Sicherheit eines einzigen Mitgliedstaats unterliegen, sodass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden (EuGH C-611/10 und C-612/10, *Hudzinski* und *Wawrzyniak*, Rn 41 mwN). Unter Berufung auf Vorjudikatur sprach der EuGH im Urteil in den Rechtssachen *Hudzinski* und *Wawrzyniak* (Rn 45 ff) aus, dass die Koordinierungsbestimmungen für Familienleistungen dahin auszulegen sind, dass sie es einem Mitgliedstaat, der nach diesen Vorschriften nicht als zuständiger Staat bestimmt ist, nicht verwehren, allein nach seinem nationalem Recht einem Wanderarbeitnehmer Familienleistungen zu gewähren. **Demnach kann ein Mitgliedstaat einen Leistungsanspruch nicht deshalb verneinen, weil er nach Unionsrecht nicht zuständig ist, wenn der Anspruchswerber alle Anspruchsvoraussetzungen nach rein nationalem Recht erfüllt**. Auch wenn dieses Urteil Familienleistungen betrifft, sind die auf Vorjudikate gestützten Aussagen des EuGH angesichts ihrer allgemeinen Natur auch für die Kategorie „Leistung bei Krankheit“ anwendbar (vgl. *Felten*, Pflegegeld für Ausgleichszulagenbezieher aus anderen EU-Mitgliedstaaten?, ÖZPR 2014, 45 f).

9. Da die Klägerin die Anspruchsvoraussetzungen nach § 3a Abs 2 Z 1 BPGG erfüllt, steht demnach einem Anspruch auf Pflegegeld nicht entgegen, dass nach Unionsrecht Bulgarien der für Geldleistungen bei Krankheit zuständige Staat ist. Denn nach rein nationalem Recht sind die Voraussetzungen des § 3a BPGG erfüllt. Dies gilt selbst dann, wenn die betreffende Person bereits Pflegeleistungen aus diesem anderen pensionsauszahlenden Staat bezieht. In diesem Fall wäre Österreich verpflichtet, zumindest einen Unterschiedsbetrag zu zahlen, sollte das österreichische Pflegegeld höher als die ausländische Leistung sein (*Felten*, Pflegegeld für Ausgleichszulagenbezieher aus anderen EU-Mitgliedstaaten?, ÖZPR 2014, 44 [45]).

10. § 7 BPGG normiert, dass Geldleistungen, die wegen Pflegebedürftigkeit nach anderen bundesgesetzlichen oder ausländischen Vorschriften gewährt werden, auf das Bundespflegegeld anzurechnen sind. Diese Antikumulierungsnorm erfasst aber nur tatsächlich bezogene Leistungen; ein erst zu realisierender Anspruch rechtfertigt daher noch keine Anrechnung (vgl. 10 Obs 1/03z, SSV-NF 17/44; *Pfeil*, BPGG 117; *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁹ Rz 233). Die Antikumulierungsvorschrift des Art 34 VO (EG) Nr 883/2004 ist

in der vorliegenden Konstellation nicht anwendbar, betrifft sie doch das Zusammentreffen einer Geldleistung wegen Pflegebedürftigkeit und einer Sachleistung aus diesem Grund.

OGH 24.06.2020, 10 ObS 34/20b

ÖZPR 2020/98 S 178 - ÖZPR 2020,178 = SSV-NF 34/43

Sachverhalt

Die Klägerin ist österreichische Staatsbürgerin. Sie hat ihren Hauptwohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Aufgrund ihrer Ehe mit ihrem bereits verstorbenen Gatten, der italienischer Staatsbürger war und in Italien lebte, bezieht die Klägerin in Italien eine Witwenpension nach italienischem Recht. Sie ist beim italienischen Krankenversicherungsträger krankenversichert.

Rechtliche Beurteilung

1.1 Gemäß § 3a Abs 1 BPGG idF BGBl I 2015/12 (§ 49 Abs 25 BPGG) besteht Anspruch auf Pflegegeld auch ohne Grundleistung gemäß § 3 Abs 1 und 2 BPGG für österreichische Staatsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, sofern nach der VO 883/2004 nicht ein anderer Mitgliedstaat für Pflegeleistungen zuständig ist.

1.2 Für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats auch nach § 3a Abs 1 BPGG sind allein die Kollisionsregeln der VO 883/2004, insbesondere deren Art 11 ff heranzuziehen (RIS-Justiz RS0131205). Der Oberste Gerichtshof hat in mehreren Entscheidungen die Unionsrechtskonformität des § 3a Abs 1 BPGG bejaht. Die Bestimmung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, weil dieser den Mitgliedstaaten lediglich das Recht – und nicht die Pflicht – einräumt, über die Zuständigkeitsregeln der VO 883/2004 hinaus Leistungen nach nationalem Recht zu gewähren (10 ObS 83/16b SSV-NF 30/80 ua; 10 ObS 101/18b mwH; RS0131206). Der Anregung der Revisionswerberin, ein diesbezügliches Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten, kommt der Oberste Gerichtshof daher nicht nach.

1.3 Neben den Kollisionsregeln der Art 11 ff VO 883/2004 enthalten die Art 23 ff VO 883/2004 für die Krankenversicherung der Pensionisten („Rentner“ im Sinn des Art 1 lit w VO 883/2004) Sonderkollisionsnormen (*Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union⁷ [2018] Rn 136, 195). Die Leistungszuständigkeit für Geldleistungen bei Krankheit für eine Pensionistin wie die Klägerin liegt gemäß Art 29 VO 883/2004 einheitlich bei dem kollisionsrechtlich primär zuständigen Träger, das heißt bei dem Träger, der die Kosten der im Wohnstaat gewährten Sachleistungen gemäß den Art 23 bis 25 VO 883/2004 zu tragen hat (vgl 10 ObS 123/16k, SSV-NF 31/9; *Janda in Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁷, Art 29 VO 883/2004 Rn 1). Dies ist nach den Verfahrensergebnissen im vorliegenden Fall Italien, weil die Klägerin eine Witwenpension nach italienischem Recht bezieht (vgl Art 24 Abs 1 und Abs 2 lit a VO 883/2004).

1.4 Unionsrechtlich ist das österreichische Pflegegeld eine Leistung bei Krankheit im Sinn des Art 3 Abs 1 lit a VO 883/2004. Es handelt sich dabei nicht um eine Sachleistung bei Krankheit, sondern um eine Geldleistung bei Krankheit im Sinn des Art 21 VO 883/2004 (10 ObS 96/14m SSV-NF 28/67 ua; EuGH C-215/99, *Jauch*, Rn 35 zum österreichischen, und C-388/09, *da Silva Martins*, Rn 43, zum deutschen Pflegegeld; *Spiegel*, trESS-Arbeiten betreffend die Koordination von Pflegeleistungen, ZESAR 2013, 209 [210, FN 7 mzwH]).

1.5 Die Vorinstanzen haben diese Rechtsprechung beachtet. Eine Korrekturbedürftigkeit ihrer Rechtsansicht, dass der Klägerin vor diesem Hintergrund kein Anspruch auf Pflegegeld gemäß § 3a Abs 1 BPGG zusteht, zeigt die Revisionswerberin nicht auf. Ob in Italien tatsächlich Pflege-(geld-)leistungen erbracht werden oder nicht, spielt für die Bestimmung der Leistungszuständigkeit nach den Kollisionsregeln der VO 883/2004, worauf das Berufungsgericht hingewiesen hat, keine Rolle (10 ObS 83/16b SSV-NF 30/80, Pkt 4.5).

2. Den Argumenten der Revisionswerberin ist noch entgegenzuhalten:

2.1 Richtig ist, dass der Gerichtshof der Europäischen Union zwischen Leistungen bei Pflegebedürftigkeit und solchen bei Krankheit differenziert: Leistungen bei Pflegebedürftigkeit haben gegenüber Leistungen bei Krankheit ergänzenden Charakter, sie sind nicht deren integraler Bestandteil. Leistungen bei Pflegebedürftigkeit können insbesondere durch ihre Anwendungsmodalitäten Merkmale aufweisen, die in der Sache in einem gewissen Maß auch den Zweigen Invalidität und Alter nahekommen könnten (vgl näher *Kaeding*, Leistungen bei Pflegebedürftigkeit – die geplante Änderung der VO [EG] 883/2004, ZESAR 2019, 206 [207 mwH]). Dies ändert aber nichts daran, dass sie dennoch den „Leistungen bei Krankheit“ im Sinn des Art 3 Abs 1 lit a VO 883/2004 gleichzustellen sind, wenn sie darauf abzielen, den Gesundheitszustand und die

Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen zu verbessern (EuGH C-679/16, A [Aide pour une personne handicapée], Rn 42–44 mwH). Dies entspricht genau dem Zweck des Pflegegeldes (RS0106398). Im Übrigen gelten Geldleistungen bei Pflegebedürftigkeit auch nach dem Wortlaut des Art 34 Abs 1 VO 883/2004 als „Leistungen bei Krankheit“.

2.2 Es hat daher bei der von den Vorinstanzen bejahten Anwendbarkeit der schon dargestellten Kollisionsregeln der Art 23 ff VO 883/2004 zu bleiben. Diese das Recht der Rentner und ihrer Familienangehörigen bei der Koordinierung von Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft und Vaterschaft regelnden Sonderkollisionsnormen gehen der von der Revisionswerberin für die Behauptung der Zuständigkeit Österreichs ins Treffen geführten Auffangregelung des Art 11 Abs 3 lit e VO 883/2004 vor (vgl 10 Obs 123/16k SSV-NF 31/9, Pkt 2.6).

2.3 Tatsächlich gewährt Italien nach der von der Verwaltungskommission gemäß Art 34 Abs 2 VO 883/2004 beschlossenen Liste weder Geld- noch Sachleistungen bei Pflegebedürftigkeit (abgedruckt bei Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht⁷ Art 34 VO 883/2004 Rn 18). Darauf kommt es aber nach § 3a Abs 1 BPGG wie bereits ausgeführt ebenso wenig an wie auf den von der Revisionswerberin behaupteten Umstand, Italien würde im Fall der Pflegebedürftigkeit nur bestimmte, im Anhang X zur VO 883/2004 aufgezählte beitragsunabhängige Sonderleistungen gemäß Art 70 VO 883/2004 erbringen, die nicht exportiert werden müssten.

Im Einklang mit dem Unionsrecht bleibt jeder Mitgliedstaat selbst dafür zuständig, in seinen Rechtsvorschriften festzulegen, unter welchen Voraussetzungen die Leistungen eines Systems der sozialen Sicherheit gewährt werden (EuGH C-611/10 und C-612/10, *Hudzinski und Wawrzyniak*, Rn 42 mwH). Die Mitgliedstaaten können infolge des auf Grundlage des Art 48 AEUV geschaffenen Koordinierungsrechts lediglich nicht bestimmen, inwieweit ihre eigenen Rechtsvorschriften oder die eines anderen Mitgliedstaats anwendbar sind (10 Obs 123/16k SSV-NF 31/9, Pkt 4.4 mwH). Fehlt wie im vorliegenden Fall die Zuständigkeit Österreichs zur Gewährung von Pflegeleistungen nach der VO 883/2004, besteht keine unionsrechtliche Verpflichtung, dennoch solche zu gewähren.

2.4 Die Revisionswerberin fordert zu Unrecht die Gleichstellung der von ihr nach italienischem Recht bezogenen Witwenpension mit einer österreichischen Grundleistung gemäß § 3 Abs 1 und 2 BPGG. Die Gleichstellung von Sachverhalten oder Ereignissen, die in einem Mitgliedstaat eingetreten sind, kann nämlich in keinem Fall bewirken, dass ein anderer Mitgliedstaat zuständig wird oder dessen Rechtsvorschriften anwendbar werden (10 Obs 101/15y SSV-NF 30/41; RS0130847). An der Zuständigkeit Österreichs und damit an der Anwendbarkeit österreichischer Rechtsvorschriften, die Voraussetzung für die von der Revisionswerberin geforderte Tatbestandsgleichstellung wären, fehlt es jedoch im vorliegenden Fall.

2.5 Die Revisionswerberin behauptet, sie werde mittelbar diskriminiert, weil sie nicht die Witwe eines österreichischen Staatsangehörigen, sondern die Witwe eines italienischen Staatsangehörigen sei. Der Umstand jedoch, dass die Klägerin eine Witwenpension nach italienischem Recht bezieht, beruht nicht auf der Staatsangehörigkeit ihres verstorbenen Gatten, sondern auf dem Umstand, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Witwenpension an die Klägerin nach italienischem Recht erfüllt sind. Die Klägerin erfüllt infolge der daher gegebenen Leistungszuständigkeit Italiens in unionsrechtlich zulässiger Weise nicht alle Anspruchsvoraussetzungen nach innerstaatlichem Recht, sodass eine mittelbare Diskriminierung im Sinn des Art 4 VO 883/2004 nicht vorliegt (vgl 10 Obs 123/16k SSV-NF 31/9, Pkt 4.5 und 4.6).

2.6 Die Revisionswerberin macht geltend, dass § 3a BPGG gleichheitswidrig sei, weil ihr als österreichischer Staatsbürgerin in unsachlicher Weise Leistungen vorenthalten würden. Der in Art 7 B-VG normierte Gleichheitsgrundsatz verbietet willkürliche unsachliche Differenzierungen. Er wird dann verletzt, wenn der Gesetzgeber Gleiches ungleich behandelt (RS0053981). Dem Gesetzgeber steht ein Gestaltungsspielraum verfassungsrechtlich insoweit zu, als er in seinen rechtspolitischen und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen frei ist. Gerade im Sozialversicherungsrecht ist eine durchschnittliche Betrachtungsweise erforderlich, die auf den Regelfall abstellt und damit Härten in Einzelfällen nicht ausschließen kann (RS0053889 [T2]).

Vor diesem Hintergrund vermag der Oberste Gerichtshof die verfassungsrechtlichen Bedenken der Revisionswerberin gegen § 3a Abs 1 BPGG nicht zu teilen. Denn Österreich gewährt in allen Fällen, in denen seine Zuständigkeit feststeht, nach dieser Bestimmung Pflegegeld auch ohne Grundleistung an österreichische Staatsbürger. Fehlt es an einer österreichischen Zuständigkeit, so liegt dies nur daran, dass eine leistungsberechtigte Person – nach den Intentionen der VO 883/2004 – den Rechtsvorschriften des Sozialversicherungssystems eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union unterliegt und grundsätzlich daraus leistungsberechtigt ist. Der Umstand allein, dass andere Mitgliedstaaten der Union keine Pflege-(geld-)leistungen erbringen, verpflichtet Österreich unionsrechtlich – wie ausgeführt – nicht zur Schaffung eines entsprechenden Anspruchs. Im Einzelfall ist es möglich, dass eine österreichische Staatsbürgerin mit Wohnsitz und Aufenthalt im Inland, die keine inländische Grundleistung bezieht, bei gegebener Leistungszuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats keine Pflege-(geld-)leistungen erhält. Vor diesem Hintergrund führt dies nicht zur behaupteten Gleichheitswidrigkeit des § 3a Abs 1 BPGG.

2.4 Personen mit vorübergehendem Schutz nach der MassenzustromRL

RIS-Justiz RS0134492

10 Obs 62/23z; 10 Obs 79/23z; 10 Obs 106/23w; 10 Obs 115/23v
BPGG § 3a Abs 2 Z 1
EG-RL 2001/55/EG - Massenzustromrichtlinie Art 13

Personen, die vorübergehenden Schutz nach der MassenzustromRL genießen, zählen zu dem gemäß § 3a Abs 2 Z 1 BPGG erfassten Personenkreis und haben daher bei Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen einen Anspruch auf Pflegegeld.

Die Aufzählung der Personen mit besonderen Bedürfnissen in Art 13 Abs 4 MassenzustromRL ist demonstrativ ausgestaltet („beispielsweise“). Sie unterstellt den darin aufgezählten Personengruppen – unbegleiteten Minderjährigen sowie Personen, die besondere Formen von Gewalt erlebt haben – typisiert einen gesteigerten Hilfsbedarf. (T1)

Ein besonderer Hilfsbedarf besteht – unabhängig von den diesem Bedarf zugrunde liegenden Gründen – auch bei Personen, die aufgrund einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung oder einer Sinnesbehinderung einen ständigen Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebedarf) im Sinn des § 4 Abs 1 BPGG haben. Diese Personengruppe ist daher von Art 13 Abs 4 MassenzustromRL erfasst (T2).

OGH 22.08.2023, 10 Obs 62/23z

ARD 6873/16/2023

Sachverhalt

[1] Die in der Ukraine geborene Klägerin kam am 28. 3. 2022 „aus dem ukrainischen Kriegsgebiet“ nach Österreich. Sie und ihre Mutter verfügen über einen vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl ausgestellten Ausweis für Vertriebene.

[2] Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Frage, ob sie zum Kreis der – bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen – anspruchsberechtigten Personen nach § 3a Abs 2 BPGG gehört.

Rechtliche Beurteilung

[14] 1.1. § 3a Abs 1 BPGG gewährt Anspruch auf Pflegegeld auch ohne Grundleistung für österreichische Staatsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.

[15] Nach § 3a Abs 2 BPGG sind den österreichischen Staatsbürgern (soweit im vorliegenden Fall relevant) gleichgestellt:

Z 1: Fremde, die nicht unter eine der folgenden Ziffern fallen, insoweit sich eine Gleichstellung aus Staatsverträgen oder Unionsrecht ergibt, oder

[...]

Z 4: Personen, die über einen Aufenthaltstitel

- a) „Blaue Karte EU“ gemäß § 42 NAG,
- b) „Daueraufenthalt-EG“ gemäß § 45 NAG,
- c) „Daueraufenthalt-Familienangehöriger“ gemäß § 48 NAG,
- d) „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs 2 NAG oder
- e) gemäß § 49 NAG

verfügen.

[16] 1.2. Die in § 3a Abs 2 Z 4 BPGG genannten Fälle betreffen nur jene zusätzlichen Fälle, die nicht bereits durch das unmittelbar anwendbare Staatsvertragsrecht bzw Unionsrecht nach § 3a Abs 2 Z 1 BPGG erfasst werden (10 Obs 116/20m SSV-NF 34/72; 10 Obs 81/18m).

[17] Im vorliegenden Fall ist daher zunächst zu prüfen, ob die Klägerin zum Personenkreis gemäß § 3a Abs 2 Z 1 BPGG gehört, der aufgrund des Unionsrechts österreichischen Staatsbürgern im Hinblick auf den Anspruch auf Pflegegeld gleichgestellt ist.

[18] 1.3. Zu betrachten sind im vorliegenden Fall im Rahmen der vorzunehmenden allseitigen rechtlichen Prüfung (vgl. RS0043352) die MassenzustromRL in Verbindung mit dem im Sinn des Art 5 MassenzustromRL ergangenen Durchführungsbeschluss 2022/382/EU des Rates vom 4. 3. 2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinn des Art 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes (ABl L 71/I vom 4. 3. 2022; künftig: Durchführungsbeschluss des Rates) sowie die Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 2011 über die Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl L 337/9; künftig: StatusRL), durch die die vom Berufungsgericht herangezogene StatusRL aF (RL 2004/83/EG) aufgehoben und neu gefasst wurde (Art 40 StatusRL; vgl. 10 ObS 153/13t SSV-NF 27/87 [ErwGr 2.2.]).

[19] 2.1. Die MassenzustromRL verfolgt das Ziel, Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes in Fällen eines Massenzustroms von Vertriebenen aus Drittländern, die nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren können, festzulegen und eine ausgewogene Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten zu fördern (Art 1 MassenzustromRL; vgl. allgemein zur MassenzustromRL: *Feik*, Die Ukraine-Vertriebenen-Verordnung, FABL 2022, 1 [7 ff]).

[21] 2.2. Der Inhalt des vorübergehenden Schutzes ergibt sich aus Kapitel III der MassenzustromRL („Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber Personen, die vorübergehenden Schutz genießen“). Vorgesehen sind [...] soziale Rechte im Bereich der Wohnversorgung, Sozialleistungen und medizinischen Versorgung (Art 13, dazu unten) [...] (Art 14).

[24] Nach Art 2 Abs 1 lit a des Durchführungsbeschlusses gilt der vorübergehende Schutz für ukrainische Staatsangehörige, die vor dem 24. 2. 2022 ihren Aufenthalt in der Ukraine hatten und am oder nach dem 24. 2. 2022 infolge der militärischen Invasion der russischen Streitkräfte, die an diesem Tag begann, aus der Ukraine vertrieben wurden.

[25] Die Klägerin ist von dieser Personengruppe unstrittig erfasst.

[26] 2.4. Die MassenzustromRL findet ihre österreichische Entsprechung im Bereich des Aufenthaltsrechts in § 62 AsylG und der darin (Abs 1) enthaltenen Verordnungsermächtigung, [...] Auf dieser Grundlage wurde die Verordnung der Bundesregierung über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für aus der Ukraine Vertriebene (VertriebenenV, BGBl II 2022/92 idF BGBl II 2023/27) erlassen, die ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht bis (derzeit) 4. 3. 2024 gewährt.

[27] Aus der Ukraine Vertriebene sind von der Grundversorgung erfasst (vgl. *Haller/Binder*, Vertriebene aus der Ukraine und das österreichische Asylsystem – Einordnung und Vergleich, BlogAsyl, 9. 6. 2022, unter „3.3. Versorgung“). Im Bereich der Krankenversicherung wurden sie in die Verordnung über die Durchführung der Krankenversicherung für die gemäß § 9 ASVG in die Krankenversicherung einbezogenen Personen aufgenommen (BGBl II 2022/104). Darüber hinaus haben die im Sinn der VertriebenenV aus der Ukraine vertriebenen Personen für die Dauer des vorübergehenden Schutzes Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld (§ 2 Abs 1 Z 5 lit d KBGG) und Familienbeihilfe (§ 3 Abs 7 FLAG).

[30] 2.6. Die StatusRL regelt die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz (wobei unter internationalem Schutz gemäß Art 2 lit a StatusRL die Flüchtlingseigenschaft und der subsidiäre Schutzstatus, jeweils im Sinn des Art 2 lit e und g zu verstehen ist), einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder Personen, die Anspruch auf subsidiären Schutz haben, sowie den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.

[33] 2.7. Zum Verhältnis der StatusRL zur MassenzustromRL ist klarzustellen, dass der vorübergehende Schutz nach der MassenzustromRL nicht die Anerkennung des Flüchtlingsstatus im Sinn der Genfer Flüchtlingskonvention berührt (Art 3 MassenzustromRL). Vertriebene im Sinn der MassenzustromRL können auch in den Anwendungsbereich von „sonstigen internationalen oder nationalen Instrumenten, die internationalen Schutz gewähren“, fallen. Dies gilt insbesondere für Personen, die aus Gebieten geflohen sind, in denen ein bewaffneter Konflikt oder dauernde Gewalt herrscht (Art 2 lit c MassenzustromRL). Nach Art 17 Abs 1 MassenzustromRL ist zu gewährleisten, dass Personen, die vorübergehenden Schutz nach der MassenzustromRL genießen, jederzeit einen Asylantrag stellen können.

[34] Aus all dem folgt, dass von der MassenzustromRL erfasste Personen bei Erfüllung der materiellen Voraussetzungen auch die Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus (im österreichischen Recht gemäß § 8

AsylG) erlangen können. Das AsylG normiert lediglich eine Hemmung der Verfahrensfristen für Vertriebene im Sinn der MassenzustromRL und der Verordnung nach § 62 AsylG (§ 22 Abs 8 AsylG; vgl *Frik*, Zugang zum Asylverfahren für Vertriebene aus der Ukraine, Juridikum 2023, 12 ff). Eine Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten nach § 8 AsylG an Vertriebene im Sinn der MassenzustromRL bzw der VertriebenenV ist daher auch während der Dauer des vorläufigen Schutzes möglich (vgl etwa BVerwG 17. 3. 2023, W196 2218435-1).

[35] 2.8. Allerdings gelten die in Artt 28, 29 StatusRL normierten Rechte nur für Personen, denen aufgrund des materiellen Vorliegens der einen oder anderen Schutzform (als Flüchtling oder Person mit Anspruch auf subsidiären Schutz) internationaler Schutz zuerkannt, denen also ein Status verliehen wurde (vgl *Frühwirth*, Temporärer und internationaler Schutz – Ein Überblick am Beispiel von Schutzsuchenden aus der Ukraine, BlogAsyl, 2. Mai 2022, unter „Individualisiertes Verfahren“). [...].

[36] 2.9. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Akteninhalt keine Zuerkennung des Status der subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 8 AsylG an die Klägerin.

[37] Die Frage der Erforderlichkeit einer förmlichen Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus muss im vorliegenden Fall allerdings nicht näher erörtert werden, weil die Einbeziehung der Klägerin in den Personenkreis gemäß § 3a Abs 2 Z 1 BPGG bereits aus der MassenzustromRL zu gewinnen ist.

3.1. Art 13 MassenzustromRL lautet:

„Abs 1 [...]

Abs 2: Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, die notwendige Hilfe in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie im Hinblick auf die medizinische Versorgung erhalten, sofern sie nicht über ausreichende Mittel verfügen. Unbeschadet des Absatzes 4 umfasst die notwendige Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung mindestens die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten.

Abs 3: Üben die Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, eine abhängige oder selbständige Erwerbstätigkeit aus, so ist bei der Festlegung der beabsichtigten Unterstützung ihrer Fähigkeit, selbst für ihren Unterhalt aufzukommen, Rechnung zu tragen.

Abs 4: Die Mitgliedstaaten gewähren Personen, die vorübergehenden Schutz genießen und besondere Bedürfnisse haben, beispielsweise unbegleitete Minderjährige oder Personen, die Opfer von Folter, Vergewaltigung oder sonstigen schwerwiegenden Formen psychischer, körperlicher oder sexueller Gewalt geworden sind, die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe.“

[38] Nach ErwGr 15 MassenzustromRL sollen die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufnahme und den Aufenthalt von Personen, die im Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen durch den vorübergehenden Schutz begünstigt werden, „angemessen sein und den betreffenden Personen ein adäquates Schutzniveau bieten“.

[39] 3.2. Das Berufungsgericht erachtete im vorliegenden Fall die „notwendige Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung“ gemäß Art 13 Abs 2 MassenzustromRL als einschlägig. Das Pflegegeld sah es als von der Verpflichtung des Schutz gewährenden Mitgliedstaats nicht erfasst an, weil die notwendige Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung – als Mindeststandard – nur die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten zu umfassen hat (Art 13 Abs 2 Satz 2 MassenzustromRL), worunter es das Pflegegeld nicht subsumierte. Auch von der „erforderlichen medizinischen oder sonstigen Hilfe“ gemäß Art 13 Abs 4 MassenzustromRL sah es das Pflegegeld nicht als erfasst an.

[42] 3.4. Im vorliegenden Fall kommt es aber gar nicht darauf an, ob das Pflegegeld von der „notwendige[n] Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung“ oder der „notwendige[n] Hilfe in Form von Sozialleistungen“ gemäß Art 13 Abs 2 MassenzustromRL erfasst ist, weil Art 13 Abs 4 MassenzustromRL eine Sonderregelung für Personen enthält, die vorübergehenden Schutz genießen und besondere Bedürfnisse haben: Diese Personen haben nach Art 13 Abs 4 MassenzustromRL einen Anspruch auf „die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe“, die nach der ausdrücklichen Anordnung des Art 13 Abs 2 Satz 2 MassenzustromRL jedenfalls über den Mindeststandard der „notwendige[n] Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung“ hinausgeht.

[43] 3.5. Die Aufzählung der Personen mit besonderen Bedürfnissen in Art 13 Abs 4 MassenzustromRL ist demonstrativ ausgestaltet („beispielsweise“). Sie unterstellt den darin aufgezählten Personengruppen – unbegleiteten Minderjährigen sowie Personen, die besondere Formen von Gewalt erlebt haben – typisiert einen gesteigerten Hilfsbedarf. Ein besonderer Hilfsbedarf besteht aber – unabhängig von den diesem Bedarf zugrunde liegenden Gründen – auch bei Personen, die aufgrund einer körperlichen, geistigen oder psychischen

Behinderung oder einer Sinnesbehinderung einen ständigen Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebedarf) im Sinn des § 4 Abs 1 BPGG haben. Diese Personengruppe ist daher von Art 13 Abs 4 MassenzustromRL erfasst.

[44] 3.6. Für die Beurteilung der Frage, ob es sich beim Pflegegeld um eine im Sinn des Art 13 Abs 4 MassenzustromRL „erforderliche“ Hilfe handelt, ist auf die Wertungen zurückzugreifen, die der Rechtsprechung zur Einbeziehung von subsidiär Schutzberechtigten in den anspruchsberechtigten Personenkreis gemäß § 3a BPGG zugrunde liegen (10 ObS 153/13t SSV-NF 27/87; 10 ObS 161/13v DRdA 2014/44, 435 [Windisch-Graetz/ Mrvosevic]; 10 ObS 1/14s; 10 ObS 3/14k). Danach zählt das Pflegegeld zu den „Kernleistungen“ bei Krankheit im Sinn des Art 29 Abs 2 StatusRL aF (RL 2004/83/EG).

[45] Diese Wertung als „Kernleistung“ ist auch ausschlaggebend dafür, das Pflegegeld im vorliegenden Zusammenhang als Leistung anzusehen, die für die Gruppe der pflegebedürftigen Personen als „erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe“ im Sinn des Art 13 Abs 4 MassenzustromRL zu qualifizieren ist.

[46] 3.7. Dies gebietet eine Auslegung des § 3a Abs 2 Z 1 BPGG, die dem durch das Unionsrecht gebotenen Ergebnis gerecht wird; die definierte Personengruppe ist daher im Hinblick auf den Anspruch auf Pflegegeld aufgrund unionsrechtlicher Erwägungen den österreichischen Staatsbürgern gleichzustellen.

[47] Die zur Gewährung von Pflegegeld an Personen mit subsidiärem Schutzstatus geäußerten methodischen Bedenken gegen eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 3a Abs 2 Z 1 BPGG bei Fehlen einer ausdrücklichen Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern in der relevanten unionsrechtlichen Bestimmung (*Windisch-Graetz/Mrvosevic*, Anm zu 10 ObS 161/13v DRdA 2014/44, 436 f, die allerdings aufgrund der Annahme einer unmittelbaren Richtlinien-Wirkung zum selben Ergebnis kommen) stehen einer solchen Auslegung angesichts des Gebots, der Wirksamkeit des Unionsrechts zum Durchbruch zu verhelfen, nicht entgegen.

[48] 4.1. Ergebnis: Personen, die vorübergehenden Schutz nach der MassenzustromRL genießen, zählen zu dem gemäß § 3a Abs 2 Z 1 BPGG erfassten Personenkreis und haben daher bei Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen einen Anspruch auf Pflegegeld.

Exkurs:

§ 27 Abs 5 BPGG: Ergibt sich nachträglich, daß eine Geldleistung bescheidmässig infolge eines wesentlichen Irrtums über den Sachverhalt oder eines offenkundigen Versehens zu Unrecht abgelehnt, entzogen, eingestellt, zu niedrig bemessen oder zum Ruhen gebracht wurde, so ist mit Wirkung vom Tage der Auswirkung des Irrtums oder Versehens der gesetzliche Zustand herzustellen.

VwGH 23.04.2003; 2002/08/0270

Zu § 101 ASVG

Stammrechtssatz

Auch ein offenkundiges Versehen in rechtlicher Hinsicht, also ein offenkundiger Rechtsirrtum, kann Grundlage für die Anwendung des § 101 ASVG sein. Ein solcher offenkundiger Rechtsirrtum liegt vor, wenn eine gesetzliche Regelung völlig eindeutig und klar ist, sodass ihre Fehlanwendung jedem bewusst werden müsste. In diesem Sinn kann auch eine unrichtige rechtliche Beurteilung nur dann als offenkundiges Versehen im Sinne des § 101 ASVG betrachtet werden, wenn eine klare und eindeutige gesetzliche Bestimmung unrichtig ausgelegt wird. Ein offenkundiges Versehen im Sinne des § 101 ASVG liegt hingegen nicht vor, wenn das Ergebnis einer komplizierten rechtlichen Beurteilung unzutreffend sein sollte (Hinweis E 16. Februar 1999, 97/08/0542; E 20. September 2000, 95/08/0094).

599/Erläuterungen RV VII. GP, 19. 07. 1955

Die Reichsversicherungsordnung gibt den Versicherungsträgern die Möglichkeit (Kannbestimmung), unter Verzicht auf die Rechtskraft ihrer Bescheide die Leistung neu festzustellen, wenn sie sich bei erneuter Prüfung der Anspruchsberechtigung überzeugen, daß die Leistung zu Unrecht ganz oder teilweise abgelehnt, entzogen, eingestellt oder zu niedrig festgestellt worden ist. Der Gesetzgeber hat sich damit zur Auffassung bekannt, daß die Bescheide der Versicherungsträger über Leistungsansprüche einer absoluten Rechtskraft überhaupt nicht fähig sind, sondern ohne Bindung an die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens wegen materieller Unrichtigkeit trotz ihrer formellen Rechtskraft aufgehoben oder abgeändert werden können. Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen, da mit Rücksicht auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Versicherungsleistungen jederzeit und ungehemmt durch formalrechtliche Bedenken die Herstellung des gesetzlichen Zustandes möglich sein soll. Aus diesen Erwägungen verfügt § 101 zwingend die Richtigstellung auf wesentlichem Irrtum über den Tatbestand oder offenkundigem Versehen beruhender gesetzwidriger Feststellungen. Hiebei wird ausdrücklich die Rückwirkung der Neufeststellung ausgesprochen, die aber auch schon im Sinne der bisherigen Vorschriften gegeben war.

2.5 Personen mit Status des subsidiär Schutzberechtigter (§ 8 AsylG)

RIS-Justiz RS0129314

10 Obs 153/13t; 10 Obs 161/13v; 10 Obs 1/14s; 10 Obs 3/14k; 10 Obs 62/23z; 10 Obs79/23z

BPGG § 3a Abs 2 Z1

EG-RL 2004/83/EG 2004/83/EG Status-Richtlinie 32004L0083 Art28

Da Pflegegeld europarechtlich eine Leistung bei Krankheit darstellt und der Terminus „Kernleistungen“ jedenfalls auch die „Unterstützung bei Krankheit“ umfasst, haben subsidiär Schutzberechtigte gemäß § 3a Abs 2 Z 1 BPGG iVm Art 28 RL 2004/83/EG Anspruch auf Pflegegeld, weil sich ein Anspruch auf Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern aus dem Unionsrecht ergibt.

2.6 In der österr Krankenversicherung mitversicherte Personen

OGH 20.04.2022, 10 Obs 202/21k

DRdA-infas 2022/156 S 318 (Rachbauer) - DRdA-infas 2022,318 (Rachbauer) = ARD 6825/12/2022 = DRdA 2023/6 S 53 (Schöffmann) - DRdA 2023,53 (Schöffmann)

Sachverhalt

[1] Der Kläger ist slowakischer Staatsbürger und hält sich seit 2012 ständig in Österreich auf. Der Kläger bezieht vom slowakischen Versicherungsträger eine Invaliditätsrente (Invaliditätspension). In Österreich erhält er – unstrittig seit 1. 1. 2013 – eine Ausgleichszulage. In der Slowakei war der Kläger von 1. 1. 2010 bis 31. 12. 2011 krankenversichert, seither besteht keine Krankenversicherung in der Slowakei. In Österreich ist der Kläger bei R* in der Krankenversicherung als Angehöriger – unstrittig nach § 123 ASVG – mitversichert.

Rechtliche Beurteilung

[8] Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist jedoch nicht berechtigt.

[9] Die Revision argumentiert, dass der Kläger in Österreich krankenversichert sei und in keinem anderen Mitgliedstaat der Union eine Krankenversicherung existiere. Der Kläger sei daher anspruchsberechtigt gemäß § 3a Abs 1 BPGG. Auch eine Mitversicherung in der Krankenversicherung und die damit verbundene Leistungsverpflichtung führe zur Zuständigkeit Österreichs. Dem kommt keine Berechtigung zu:

[10] 1. Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass der Kläger nicht anspruchsberechtigt gemäß § 3 Abs 1 BPGG ist, weil er keine der dort genannten Grundleistungen bezieht, ist zutreffend und wird in der Revision nicht mehr in Frage gestellt.

[11] 2.1 Auf den Anspruch des Klägers ist daher § 3a BPGG anwendbar. Unstrittig hat der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland und ist infolge seines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts österreichischen Staatsbürgern gemäß § 3a Abs 2 Z 3 BPGG gleichgestellt.

[12] 2.2 Weitere – negative – Anspruchsvoraussetzung gemäß § 3a Abs 1 BPGG ist, dass nicht ein anderer Mitgliedstaat nach der VO (EG) 883/2004 für Pflegeleistungen zuständig ist. Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der Verordnung ist im vorliegenden Fall unstrittig eröffnet. Für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats nach § 3a Abs 1 BPGG sind nach ständiger Rechtsprechung allein die Kollisionsregeln nach Art 11 ff VO (EG) 883/2004 heranzuziehen (RS0131205).

[13] 2.3 Der Kläger geht als Pensionist keiner Beschäftigung nach. Nach der allgemeinen Regelung des Art 11 Abs 3 lit e VO (EG) 883/2004 wäre für den Kläger Österreich dann als Wohnmitgliedstaat zuständig, wenn dem nicht anders lautende Bestimmungen der Verordnung entgegenstehen.

[14] 2.4 Eine Leistung bei Krankheit, wie das Pflegegeld nach dem BPGG, zählt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den in Art 19 Abs 1 lit a der VO (EWG) 1408/71 genannten Geldleistungen (EuGH C-215/99, ECLI:EU:C:2001:139, Jauch, Rn 35). Es ist daher auch als Geldleistung im Sinn der Art 21 ff VO (EG) 883/2004 anzusehen. Nach Art 29 Abs 1 iVm Art 21 VO (EG) 883/2004 ist für die Gewährung von Pflegegeld an Pensionisten (Rentner) mit einer Pension (Rente) eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union in der Regel daher der

pensionsauszahlende Staat und nicht der Wohnmitgliedstaat zuständig (10 Obs 123/16k SSV-NF 31/9; *Greifeneder/Liebhart*, Handbuch Pflegegeld⁴ Rz 3.46).

[15] 3.1 Geldleistungen (bei Krankheit) werden einer Person, die eine Rente nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erhält, gemäß Art 29 Abs 1 VO (EG) 883/2004 vom zuständigen Träger des Mitgliedstaats gewährt, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat, der die Kosten für die dem Rentner in dessen Wohnmitgliedstaat gewährten Sachleistungen zu tragen hat.

[16] 3.2 Die Mitversicherung des Klägers als Angehöriger nach dem ASVG vermittelt diesem keinen eigenen oder abgeleiteten Anspruch auf Leistungen der österreichischen Krankenversicherung; der Anspruch steht vielmehr dem Versicherten selbst für sich und seine Angehörigen zu. Die Angehörigen selbst können Leistungen aus der Krankenversicherung – abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmefällen – nicht beanspruchen (10 Obs 305/99x SSV-NF 13/145; *Windisch-Graetz* in SV-Komm [284. Lfg] § 123 ASVG Rz 1 mwH).

[17] 3.3 Den zuständigen Staat für Rentenbezieher, die – wie der Kläger – keinen Anspruch auf (Sach-)Leistungen bei Krankheit oder Mutterschaft nach dem Recht ihres Wohnmitgliedstaats besitzen, jedoch nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften sie eine Rente (Pension) beziehen, solche Leistungen erhalten könnten, wenn sie dort wohnten, bestimmt Art 24 VO (EG) 883/2004 (*Janda in Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁷ Art 24 VO [EG] 883/2004 Rz 1). Dies ist nach den vorliegenden Verfahrensergebnissen die Slowakei, weil der Kläger eine Invaliditätspension nach slowakischem Recht bezieht (Statut der Rentenleistung; vgl Art 24 Abs 1 und Abs 2 lit a VO [EG] 883/2004; 10 Obs 34/20b SSV-NF 34/43; *Janda in Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁷ Art 24 VO [EG] 883/2004 Rz 3 und Vorbem Art 23 ff VO [EG] 883/2004 Rz 8 lit b). Auf das tatsächliche Bestehen einer Krankenversicherung in der Slowakei – mangels ständigen Wohnsitzes in der Slowakei (vgl die Länderinformation der Europäischen Kommission, Slowakei, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1127&langId=de&intPageId=4772>; abgerufen am 20. 4. 2022) – kommt es daher, worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, nach der hier ausschließlich kollisionsrechtlich vorzunehmenden Beurteilung nicht an.

[18] 4. Der vom Kläger ins Treffen geführte Sachverhalt der Entscheidung 10 Obs 101/18b SSV-NF 33/8 ist schon deshalb nicht vergleichbar, weil die damalige Klägerin nicht Bezieherin einer Rente (Art 1 lit w VO [EG] 883/2004) war, sodass die Sonderkoordinierungsvorschriften der Art 23 ff VO (EG) 883/2004 auf sie nicht anwendbar waren. Sie war überdies über ihren Ehegatten, der in Spanien selbständig erwerbstätig war, in Spanien in der Krankenversicherung mitversichert und bezog Sachleistungen in Österreich nur im Rahmen der Sachleistungsaushilfe (Art 17 VO [EG] 883/2004).

[19] Da Österreich nicht im Sinn des § 3a Abs 1 BPGG zur Gewährung von Pflegeleistungen international zuständig ist, hat das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers auf Zuerkennung von Pflegegeld mangels Anspruchsberechtigung zu Recht verneint.

[20] Der Revision ist daher nicht Folge zu geben.

RIS-Justiz RS0134479

10 Obs 38/23w

Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates 32004R0883 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit Art 24, 29, 32

BPGG § 3a

Zur Beurteilung des Pflegegeldanspruchs einer Person nach § 3a BPGG, die eine Rente aus einem anderen Mitgliedstaat bezieht und zu deren Gunsten in der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung eine Anspruchsberechtigung für Angehörige besteht, ist die konkrete Prüfung erforderlich, ob bei Zugrundelegung der Wohnsitzfiktion Sachleistungen im rentenzahlenden Mitgliedstaat zustünden (Art 29 iVm Art 24 Abs 1 VO [EG] 883/2004), wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein (iSd Art 32 VO [EG] 883/2004 eigenständiger) Sachleistungsanspruch im rentenzahlenden Mitgliedstaat auch unter der Annahme, der Rentner würde in diesem Mitgliedstaat wohnen, nicht besteht.

OGH 22.08.2023, 10 Obs 38/23w

DRdA-infas 2024/29 S 47 (Rachbauer)

Sachverhalt

[1] Die 1938 geborene Klägerin ist deutsche Staatsbürgerin, hat ihren ständigen Wohnsitz seit 2001 in Österreich und bezieht seit 1. 6. 2004 eine Regelaltersrente von der Deutschen Rentenversicherung, Bayern Süd. Sie bezieht keine österreichische Pensionsleistung. Sie ist mit ihrem Ehemann in der Krankenversicherung der Österreichischen Gesundheitskasse mitversichert. In Deutschland besteht keine Krankenversicherung.

Rechtliche Beurteilung

[9] Die Klägerin macht als erhebliche Rechtsfragen geltend, es fehle Rechtsprechung zu Fällen, in denen der Rentner im rentenzahlenden Mitgliedstaat nicht krankenversicherungspflichtig sei. Die vom Berufungsgericht herangezogene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sei in der Literatur auf Kritik gestoßen.

[10] 1. Im vorliegenden Fall ist nicht strittig, dass die Klägerin nicht anspruchsberechtigt gemäß § 3 Abs 1 BPGG ist, weil sie keine der dort genannten Grundleistungen bezieht, sondern aufgrund ihres unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts § 3a BPGG anzuwenden ist. Negative Anspruchsvoraussetzung des § 3a Abs 1 BPGG ist, dass nicht ein anderer Mitgliedstaat nach der VO (EG) 883/2004 für Pflegeleistungen zuständig ist, was nach den Kollisionsregeln nach Art 11 ff VO (EG) 883/2004 zu beurteilen ist (10 Obs 31/22i Rz 12 ff mwN). Neben den Art 11 ff VO (EG) 883/2004 enthalten die Art 23 ff VO (EG) 883/2004 Sondernormen für die Krankenversicherung der Pensionisten („Rentner“ iSd Art 1 lit w VO (EG) 883/2004).

[11] 2.1. Eine Leistung bei Krankheit, wie das Pflegegeld nach dem BPGG, zählt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den in Art 19 Abs 1 lit a der VO (EWG) 1408/71 genannten Geldleistungen (EuGH C-215/99, ECLI:EU:C:2001:139, Jauch, Rn 35). Es ist daher auch als Geldleistung iSd Art 21 ff, konkret des Art 29 VO (EG) 883/2004 anzusehen.

[12] 2.2. Gemäß Art 29 Abs 1 VO (EG) 883/2004 liegt die Leistungszuständigkeit für Geldleistungen bei Krankheit für Rentner einheitlich beim kollisionsrechtlich primär zuständigen Träger, das heißt bei dem Träger, der die Kosten der im Wohnstaat gewährten Sachleistungen gemäß den Art 23 bis 25 VO (EG) 883/2004 zu tragen hat (10 Obs 34/20b SSV-NF 34/43 ErwGr 1.3.; 10 Obs 3/22x Rz 17; 10 Obs 202/21k Rz 15, DRdA 2023/6, 53 [Schöffmann]; Janda in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ [2022] Art 29 VO (EG) 883/2004 Rz 1).

[13] 2.3. In der Regel ist nach Art 29 Abs 1 iVm Art 24 Abs 1, Abs 2 lit a VO (EG) 883/2004 für die Gewährung von Pflegegeld an Pensionisten (Rentner) mit einer Pension (Rente) eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union der pensionsauszahlende Staat und nicht der Wohnmitgliedstaat zuständig (10 Obs 202/21k Rz 14, DRdA 2023/6, 53 [Schöffmann]; vgl 10 Obs 123/16k SSV-NF 31/9 ErwGr 2.8; Greifeneder/Liebhart, Handbuch Pflegegeld⁴ [2017] Rz 3.46).

[14] 2.4. Die Zuständigkeit des rentenzahlenden Mitgliedstaats ergibt sich bereits immer dann, wenn aufgrund des Rentenanspruchs eine Einbeziehung in die Krankenversicherung des rentenzahlenden Mitgliedstaats besteht. Dem Umstand, dass die Inanspruchnahme von Leistungen von der Grundstruktur der nationalen Krankenversicherungsrechte her regelmäßig vom Territorialitätsprinzip gekennzeichnet ist und den Aufenthalt in dem Mitgliedstaat voraussetzt, in dem die Versicherung besteht (vgl Bieback in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ Art 17 VO [EG] 883/2004 Rz 1), trägt (im hier interessierenden Zusammenhang) die Wohnsitzfiktion des Art 24 Abs 1 VO (EG) 883/2004 Rechnung.

[15] 2.5. Die Zuständigkeit des rentenzahlenden Mitgliedstaats zur Erbringung von Geldleistungen besteht auch dann, wenn sich neben einem eigenständigen Sachleistungsanspruch aus der mit dem Rentenanspruch einhergehenden Einbeziehung in die Krankenversicherung des rentenzahlenden Mitgliedstaats ein abgeleiteter Anspruch auf Leistungen für Familienangehörige aus der Krankenversicherung eines anderen Mitgliedstaats ergibt, weil ein aufgrund des Rentenbezugs (bzw einer darauf basierenden Versicherung) bestehender Sachleistungsanspruch nach der Rangfolge des Art 32 Abs 1 VO (EG) 883/2004 gegenüber dem abgeleiteten Anspruch als Familienangehöriger vorrangig ist (vgl 10 Obs 3/22x Rz 21). Der abgeleitete Anspruch hat daher für die kollisionsrechtliche Prüfung nach Art 32 Abs 1 VO (EG) 883/2004 unberücksichtigt zu bleiben (10 Obs 3/22x Rz 21; vgl Schreiber in Schreiber/Wunder/Dern, VO [EG] 883/2004 [2012] Art 32 Rz 4).

[16] 2.6. In diesem Sinn ist die zitierte Rechtsprechung des Senats dahin zu präzisieren, dass es bei Bestehen einer Anspruchsberechtigung zugunsten eines Rentners oder einer Rentnerin als Angehörige („Mitversicherung“) in der österreichischen Krankenversicherung nach § 123 ASVG (10 Obs 202/21k, DRdA 2023/6, 53 [Schöffmann]; 10 Obs 31/22i) oder § 56 B-KUVG (10 Obs 3/22x) oder anderen Normen für die Ermittlung des zur Erbringung von Geldleistungen primär zuständigen Mitgliedstaats gemäß Art 29 Abs 1 iVm Art 24 VO (EG) 883/2004 nicht entscheidend darauf ankommt, ob der Angehörige nach der Ausgestaltung des nationalen Rechts den Sachleistungsanspruch in eigener Person (vgl zu § 56 B-KUVG RS0086022) oder nur im Weg der Beanspruchung durch den Versicherten (vgl zu § 123 ASVG RS0113003) geltend machen kann.

[17] Entscheidend ist vielmehr, ob dem (unabhängig von der nationalen Ausgestaltung) gemäß Art 32 Abs 1 VO (EG) 883/2004 als abgeleitet zu beurteilenden Sachleistungsanspruch eines Angehörigen

aus der österreichischen Krankenversicherung ein (iSd Art 32 Abs 1 VO (EG) 883/2004) eigenständiger Sachleistungsanspruch gegen den zuständigen Träger des rentenzahlenden Mitgliedstaats gegenübersteht.

[18] Da der eigenständige Anspruch gegen den Träger des rentenzahlenden Mitgliedstaats nach Art 32 Abs 1 VO (EG) 883/2004 – mit Ausnahme der im vorliegenden Fall nicht relevanten, in Art 32 Abs 2 VO (EG) 883/2004 geregelten Ausnahme eines „Einwohnersystems“ im rentenzahlenden Mitgliedstaat (vgl dazu Bieback in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ Art 32 VO [EG] 883/2004 Rz 7; Zaglmayer/Pörtl in Spiegel, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 85. Lfg [2020] Art 32 VO [EG] 883/2004 Rz 3) – dem abgeleiteten Anspruch als Angehöriger gegen den Träger des Aufenthaltsmitgliedstaats vorgeht, ergibt sich nach Art 29 iVm Art 24 Abs 1, Abs 2 lit a VO (EG) 883/2004 bei Einfachrentnern (Personen mit einem Rentenbezug aus einem einzigen Mitgliedstaat) die primäre Zuständigkeit des rentenzahlenden Mitgliedstaats zur Erbringung der Geldleistungen aus der Krankenversicherung an den Rentner (vgl 10 ObS 3/22x Rz 21).

[19] 2.7. Auf das tatsächliche Bestehen einer Krankenversicherung im rentenzahlenden Mitgliedstaat kommt es für die kollisionsrechtliche Beurteilung insofern nicht an, als die Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats (vgl 10 ObS 56/21i), der Verzicht auf eine Leistung (ebenfals 10 ObS 56/21i) oder die Inanspruchnahme einer Befreiung von der Krankenversicherungspflicht (vgl 10 ObS 83/16b SSV-NF 30/80) aufgrund einer dies ermöglichenden Ausgestaltung des nationalen Krankenversicherungsrechts nichts an der kollisionsrechtlichen Beurteilung zu ändern vermag (vgl 10 ObS 83/16b SSV-NF 30/80 = DRdA 2017/34, 312 [Felten]).

[20] 2.8. In den vom Obersten Gerichtshof bisher entschiedenen Fällen hatten die Kläger die Möglichkeit der Einbeziehung in das Krankenversicherungssystem des rentenzahlenden Mitgliedstaats und das Bestehen eines Sachleistungsanspruchs unter Zugrundelegung einer Wohnsitzfiktion in diesem Mitgliedstaat (Art 24 Abs 1 Satz 1 VO (EG) 883/2004) nicht konkret bestritten (vgl etwa 10 ObS 56/21i; 10 ObS 202/21k DRdA 2023/6, 53 [Schöffmann]).

[21] 2.9. Die Kritik Schöffmanns (DRdA 2023, 53 [55]), der die konkrete Prüfung verlangt, ob bei Zugrundelegung der Wohnsitzfiktion Sachleistungen im rentenzahlenden Mitgliedstaat zustünden, trifft allerdings für Fälle zu, in denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Rentenbezieher auch unter Zugrundelegung der Fiktion eines Wohnsitzes im rentenzahlenden Mitgliedstaat dort keinen oder keinen nach Art 32 VO (EG) 883/2004 vorrangigen Sachleistungsanspruch hätte.

[22] 3.1. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin konkretes Vorbringen dazu erstattet, dass ihr selbst bei Bestehen eines Wohnsitzes in Deutschland dort kein Sachleistungsanspruch aus der Krankenversicherung zustünde.

[23] Sie begründete dies damit, dass sie aufgrund ihres im Einzelnen dargelegten Sozialversicherungsverlaufs im rentenzahlenden Mitgliedstaat Deutschland nicht in die Pflichtversicherung in der Krankenversicherung einbezogen sei, weil sie seit der erstmaligen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Jahr 1953 und der Rentenantragstellung auch unter Berücksichtigung ihrer zwei Kinder nicht neun Zehntel der zweiten Hälfte dieses Zeitraums, das seien 22 Jahre und 10,5 Monate, in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert gewesen sei. Sie sei daher mangels Erfüllung der Vorversicherungszeit in der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung nicht versicherungspflichtig. Eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung sei ihr wegen der aufrechten Mitversicherung bei ihrem Ehemann nicht möglich.

3.2. Ein eigenständiger Anspruch auf Sachleistungen aus einer Versicherung basiert nach deutschem Recht auf den Pflichtversicherungsverhältnissen gemäß (soweit hier relevant) § 5 SGB V sowie der freiwilligen Versicherung gemäß § 9 SGB V sowie im Basistarif gemäß § 193 Abs 5 VVG (Bieback in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ [2022] Art 32 VO [EG] 883/2004 Rz 7).

[24] 3.3. Die Klägerin nimmt mit ihrem Rechtsvorbringen offenkundig auf die in § 5 Abs 1 Z 11 SGB V als Voraussetzung für die Versicherungspflicht normierte „Vorversicherungszeit“ iVm Abs 2 dieser Bestimmung (betreffend die Anrechnung von Mitgliedszeiten für jedes Kind) Bezug. Ihr Vorbringen zur Nicht-Einbeziehung in die deutsche gesetzliche Krankenversicherung wegen der „Mitversicherung“ bei ihrem Ehemann könnte rechtlich, auch wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang auf die (in § 9 SGB V geregelte) freiwillige Versicherung verweist, vor dem Hintergrund des § 5 Abs 1 Z 13 SGB V zu verstehen sein.

[25] 3.4. Sollte es zutreffen, dass die Klägerin aufgrund ihres Versicherungsverlaufs selbst unter der Annahme eines Wohnsitzes in Deutschland, also unter Zugrundelegung der Wohnsitzfiktion des Art 24 Abs 1 VO (EG) 883/2004, dort keinen Anspruch auf Sachleistungen hätte, weil sie weder der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 5 SGB V unterliegt noch die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 9 SGB V hat, bestünde aus der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V kein eigenständiger Sachleistungsanspruch der Klägerin, der gemäß Art 32 VO (EG) 883/2004 mit ihrem abgeleiteten Anspruch (als solcher ist die Anspruchsberechtigung ihres Ehemanns für sie nach § 123 ASVG zu beurteilen) konkurrieren und ihrem abgeleiteten Anspruch nach Art 32 VO (EG) 883/2004 vorgehen würde.

[26] Ob dies der Fall ist, kann nach dem derzeitigen Aktenstand nicht beurteilt werden, weil keine Feststellungen zur Erwerbsbiographie und dem Versicherungsverlauf der Klägerin getroffen wurden.

[27] 3.5. Darauf kommt es allerdings im vorliegenden Fall nicht an, weil sich ein eigenständiger Sachleistungsanspruch der Klägerin unter der Annahme, dass sie in Deutschland wohnte, auch aus dem gesetzlich gebotenen Abschluss einer privaten Krankenversicherung gemäß § 193 (deutsches) VVG ergeben könnte (vgl Bieback in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht8 Art 32 VO [EG] 883/2004 Rz 7).

[28] 3.6. Nach § 193 Abs 3 VVG ist jede Person mit Wohnsitz in Deutschland, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert oder versicherungspflichtig ist (§ 193 Abs 3 Z 1 dVVG; Z 2 bis Z 4 sind hier nicht relevant), verpflichtet, eine Krankheitskostenversicherung mit einem im Einzelnen umschriebenen Leistungsumfang abzuschließen. § 193 Abs 5 dVVG normiert die entsprechende Verpflichtung des Versicherers zur Gewährung von Versicherungsschutz zum Basistarif. Eine solche Versicherung muss mindestens eine Kostenerstattung für ambulante und stationäre Heilbehandlung umfassen.

[29] 3.7. Nach Art 1 lit va sublit i VO (EG) 883/2004 liegen für die Zwecke des (im vorliegenden Fall relevanten) Titels III Kapitel 1 VO (EG) 883/2004 Sachleistungen bei Krankheit auch vor, wenn sie „den Zweck verfolgen, die ärztliche Behandlung und die diese Behandlung ergänzenden Produkte und Dienstleistungen zu erbringen bzw zur Verfügung zu stellen oder direkt zu bezahlen oder diesbezüglich die Kosten zu erstatten“. Sachleistungen (und nicht Geldleistungen) liegen demnach auch dann vor, wenn die Krankenversicherung dafür Geld im Weg der Kostenerstattung oder Kostenübernahme zahlt (Bieback in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht8 Art 17 VO [EG] 883/2004 Rz 4; EuGH C-466/04, Acerea Herrerra, Rz 29).

[30] Auch ein Anspruch aus einer gemäß § 193 dVVG abgeschlossenen Versicherung, die gemäß § 193 Abs 3 dVVG eine Krankheitskostenversicherung zu beinhalten hat, verschafft der versicherten Person daher einen Sachleistungsanspruch iSd VO (EG) 883/2004. Dabei handelt es sich um einen eigenständigen Sachleistungsanspruch iSd Art 32 Abs 1 VO (EG) 883/2004. Ein solcher Anspruch ginge einem abgeleiteten Anspruch auf Leistungen für Angehörige (im vorliegenden Fall: nach § 123 ASVG) gemäß der Vorrangregel des Art 32 VO (EG) 883/2004 vor. Die Ausnahmebestimmung des Art 32 Abs 2 VO (EG) 883/2004, nach der ausnahmsweise der abgeleitete Anspruch dem eigenständigen vorgeht, wäre bei Vorliegen der geschilderten Versicherung im Basistarif gemäß § 193 Abs 5 dVVG nicht erfüllt, weil der daraus resultierende Sachleistungsanspruch aus einer Versicherung nicht bloß – wie bei einem Einwohnersystem – ausschließlich auf dem Wohnsitz beruhte (vgl zur sprachlich schwer verständlichen Ausnahme des Art 32 Abs 2 VO (EG) 883/2004 Bieback in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht8 Art 32 VO [EG] 883/2004 Rz 3).

[31] 4.1. **Ergebnis: Allgemein gilt, dass zur Beurteilung des Pflegegeldanspruchs einer Person nach § 3a BPGG, die eine Rente aus einem anderen Mitgliedstaat bezieht und zu deren Gunsten in der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung eine Anspruchsberechtigung für Angehörige besteht, die konkrete Prüfung, ob bei Zugrundelegung der Wohnsitzfiktion Sachleistungen im rentenzahlenden Mitgliedstaat zustünden (Art 29 iVm Art 24 Abs 1 VO (EG) 883/2004), erforderlich ist, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein (iSd Art 32 VO (EG) 883/2004 eigenständiger) Sachleistungsanspruch im rentenzahlenden Mitgliedstaat auch unter der Annahme, der Rentner würde in diesem Mitgliedstaat wohnen, nicht bestünde.**

[32] 4.2. Im vorliegenden Fall ergibt die konkrete Prüfung – wie ausgeführt –, dass der Klägerin, die eine Rente aus der deutschen Rentenversicherung bezieht, unter der Annahme eines Wohnsitzes in Deutschland dort jedenfalls ein auf einer Versicherung basierender eigenständiger Sachleistungsanspruch in der Krankenversicherung zustünde.

[33] 4.3. Das Urteil des Berufungsgerichts erweist sich daher auch bei Berücksichtigung der in der Literatur an der Entscheidung 10 ObS 202/21k geäußerten Kritik (Schöffmann, DRdA 2023/6, 64 ff) als rechtsrichtig. Der zur Klarstellung zulässigen Revision ist daher nicht Folge zu geben.

[34] 4.4. Die in der außerordentlichen Revision angeregte Befassung des Europäischen Gerichtshofs zur Vorabentscheidung ist im vorliegenden Fall nicht erforderlich, weil es nicht auf die im Rechtsmittel aufgeworfene Frage ankommt, ob eine Rentnerin im pensionsauszahlenden Mitgliedstaat schlechthin kranken- bzw pflegeversicherungspflichtig ist, sondern auf die Frage, ob unter Anwendung der Vorrangregeln des Art 32 nach Art 24 Abs 1 VO (EG) 883/2004 unter Zugrundelegung der Wohnsitzfiktion ein vorrangiger eigenständiger Sachleistungsanspruch im rentenzahlenden Mitgliedstaat besteht.

2.7 Sonderproblem: Minderjährige Kinder von daueraufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen

Erlass GZ: BMASK-43010/0015-IV/B/4/2017, 5.4.2017

Betreff: Minderjährige Kinder von daueraufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen - unionsrechtskonforme Auslegung des § 3a Abs. 2 BPGG

Aus gegebenem Anlass teilt das Sozialministerium bezogen auf § 3a Abs. 2 BPGG, insbesondere auf die dort normierten Tatbestände über die Gleichstellung von Fremden mit österreichischen Staatsbürgern, Folgendes mit:

Gemäß § 3a Abs. 1 BPGG besteht ein Anspruch auf Pflegegeld auch ohne Grundleistung gemäß § 3 Abs. 1 und 2 für österreichische Staatsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, sofern nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht ein anderer Mitgliedstaat für Pflegeleistungen zuständig ist.

Den österreichischen Staatsbürgern sind gemäß § 3a Abs. 2 BPGG bestimmte Personengruppen gleichgestellt. Insbesondere werden in Abs. 2 Z 4 leg.cit. Personen mit Aufenthaltstiteln genannt, die entweder den befristeten Aufenthalt von Schlüsselarbeitkräften ermöglichen (vgl. § 3a Abs. 2 Z 4 lit. a BPGG) oder – wenn auch im Anschluss an einen befristeten Aufenthalt – zum Daueraufenthalt in Österreich berechtigen (vgl. § 3a Abs. 2 Z 4 lit. b bis d BPGG). Die Gleichstellung von Personen mit derartigen Aufenthaltstiteln ergibt sich zum einen aus Art. 14 Abs. 1 lit. e der RL 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, zum anderen aus Art. 11 der RL 2003/109/EG über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (vgl. zu alledem RV 1208 BlgNR 24. GP, 9).

Wie ein dem Sozialministerium bekannter Anlassfall zeigt, ist es nach der derzeitigen fremdenrechtlichen Praxis möglich, dass einer Mutter der Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ gemäß § 45 NAG zuerkannt wird, ihrem minderjährigen Kind bis zu seinem fünften Lebensjahr hingegen gemäß 41a NAG der befristete Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“. Diese – vom Sozialministerium nicht auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu beurteilende – Vorgehensweise der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörden hat zur Konsequenz, dass eine Kindesmutter selbst zwar Anspruch auf Pflegegeld hätte, nicht aber – wie im vorliegenden Anlassfall – ihr minderjähriges, pflegebedürftiges Kind. Während nämlich die Kindesmutter durch ihren Aufenthaltstitel die Anspruchsvoraussetzung des § 3a Abs. 2 Z 4 lit. b erfüllt („Daueraufenthalt – EG“), ist der für das Kind maßgebliche, lediglich befristete Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ unionsrechtlich nicht determiniert und insoweit auch nicht von der Aufzählung des § 3a Abs. 2 Z 4 BPGG erfasst.

Dieses – sozialpolitisch wenig zufriedenstellende – Ergebnis veranlasst das Ministerium dazu, auf die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 3a BPGG in derartigen Einzelfällen hinzuweisen. Insbesondere wird ersucht, in diesem Zusammenhang das in der RL 2003/109/EG verankerte Gleichbehandlungsgebot für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörigen zu beachten:

Gemäß Art. 11 Abs. 1 lit. d dieser RL sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, langfristig Aufenthaltsberechtigte auf den Gebieten der sozialen Sicherheit, der Sozialhilfe und dem Sozialschutz im Sinne des nationalen Rechts wie eigene Staatsangehörige zu behandeln.

Nach Abs. 2 leg.cit. kann der betreffende Mitgliedstaat dabei die Gleichbehandlung auf jene Fälle beschränken, in denen der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthaltsort des langfristig Aufenthaltsberechtigten oder seiner Familienangehörigen, für die er Leistungen beansprucht, im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats liegt. Um im vorliegenden Anlassfall unzumutbare Härten zu vermeiden, vertritt das Sozialministerium die Ansicht, dass aus dieser Formulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung nicht nur für den daueraufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen selbst, sondern auch für dessen minderjährige Kinder abgeleitet werden kann.

Im Lichte dieser unionsrechtlichen Vorgaben ist die Vorschrift des § 3a Abs. 2 Z 4 lit. b BPGG somit nach ho. Auffassung in dem Sinn auszulegen, dass sie nicht nur den Inhaber des entsprechenden Aufenthaltstitels, sondern auch dessen minderjährige Kinder erfasst. Umgelegt auf den Anlassfall hat das zur Konsequenz, dass nicht nur die Kindesmutter, sondern auch ihr minderjähriges, pflegebedürftiges Kind einen Anspruch auf Pflegegeld gemäß § 3a Abs. 2 Z 4 lit. b BPGG hat.

Es wird ersucht, § 3a Abs. 2 Z 4 BPGG auch in allen gleichgelagerten Fällen in diesem Sinn zu interpretieren. Dies gilt gleichermaßen für alle bereits anhängigen gerichtlichen Verfahren.

2.8 Aufenthalt im Inland

OGH 24.07.2023, 10 ObS 137/22b

Sachverhalt

[1] Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Frage, ob der Kläger für die Zeit eines Urlaubsaufenthalts in der Türkei von etwas mehr als vier Monaten weiterhin Anspruch auf Pflegegeld hat.

[2] Der 1981 geborene Kläger ist österreichischer Staatsbürger und lebt gemeinsam mit seinen Eltern in einer behindertengerecht eingerichteten Wohnung in Wien. Er bezieht von der Beklagten Pflegegeld der Stufe 7, das im Jahr 2021 (infolge einer Anrechnung von 60 EUR) 1.685,10 EUR monatlich betrug.

[3] Von 6. Juni 2021 bis 10. Oktober 2021 hielt sich der Kläger gemeinsam mit seinen Eltern – wie schon in der Vergangenheit – in deren behindertengerecht eingerichteten Wohnung in der Türkei auf, um dort den Sommer zu verbringen. Schon bei der Abreise war klar, dass er spätestens im Herbst 2021 wieder nach Wien zurückkehren werde. Die Erwachsenenvertreterin des Klägers verständigte die beklagte Pensionsversicherungsanstalt (erst) am 7. Juli 2021 über den Auslandsaufenthalt. Diese stellte daraufhin die Auszahlung des Pflegegeldes mit 1. September 2021 vorläufig ein. Mit Bescheid vom 10. November 2021 anerkannte sie den Anspruch des Klägers auf Pflegegeld der Stufe 7 wieder ab 1. November 2021.

[4] Mit Bescheiden vom 21. Oktober 2021 und 17. November 2021 sprach die Beklagte insgesamt aus, dass das Pflegegeld für die Zeit von 1. Juli 2021 bis 31. Oktober 2021 entzogen wird, der Überbezug (für die Monate Juli und August 2021) von 3.370,20 EUR auf die von ihr zu erbringenden Geldleistungen aufzurechnen ist und in Raten von 800 EUR monatlich vom Pflegegeld abgezogen wird.

[5] Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Gewährung von Pflegegeld im gesetzlichen Ausmaß über den Monat Juni 2021 hinaus sowie implizit die Feststellung, nicht zum Rückersatz verpflichtet zu sein. Er habe mit seinen Eltern nur einen längeren (Sommer-)Urlaub in der Türkei verbracht, seinen gewöhnlichen Aufenthalt aber nicht dorthin verlegt. Der Mittelpunkt seiner Lebensführung sei stets Wien gewesen, was sich neben seiner von Anfang an geplanten Rückkehr im Herbst 2021 vor allem darin dokumentiere, dass weder der Mietvertrag der Wohnung in Wien gekündigt noch das Pflegeequipment (Pflegebett, Patientenlifter usw) verkauft oder mitgenommen worden seien. Die Voraussetzungen für die Entziehung der Leistung lägen daher nicht vor.

[6] Die Beklagte hielt dem entgegen, dass lediglich vorübergehende bzw kurzfristige Auslandsaufenthalte den Anspruch auf Pflegegeld nicht beeinträchtigen. Bei einem durchgehenden Auslandsaufenthalt von 125 Tagen könne hingegen nicht mehr von einem gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich gesprochen werden, sodass das Pflegegeld zu entziehen sei. Da der Auslandsaufenthalt nicht innerhalb der Frist des § 10 BPGG angezeigt worden sei, sei der Kläger auch zum Rückersatz (der in den Monaten Juli und August 2021) bezogenen Leistungen verpflichtet.

Rechtliche Beurteilung

[13] 1. Im Verfahren ist nicht strittig, dass die Entziehung des Pflegegeldes nur in Betracht kommt, wenn eine Voraussetzung für seine Gewährung wegfällt. Außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der VO (EG) 883/2004 ist das (unter anderem) der Fall, wenn der bisher Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht mehr im Inland hat (§ 3 Abs 1 und § 3a Abs 1 BPGG; RIS-Justiz RS0061689 [insb T2]).

[14] 2.1. Der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist nach der ständigen sozialrechtlichen Rechtsprechung iSd § 66 Abs 2 JN zu verstehen (RS0106709; *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁴ Rz 3.68 ua). Ab wann und wie lange von einem „gewöhnlichen Aufenthalt“ gesprochen werden kann, ist allein aus der Definition des § 66 Abs 2 JN nicht zu beantworten. Nach der Rechtsprechung kommt es dabei darauf an, ob jemand einen Ort zum Mittelpunkt seines Lebens, seiner wirtschaftlichen Existenz und seiner sozialen Beziehung macht (RS0074198 [T14]). Das richtet sich vor allem nach der Dauer des Aufenthalts und seiner Beständigkeit sowie anderen, objektiv überprüfbaren Umständen persönlicher oder beruflicher Art, die eine dauerhafte Beziehung zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt anzeigen und darauf hindeuten, dass sie nicht nur vorübergehend, sondern längere Zeit an einem Ort bleiben wird (RS0085478 [insb T3]). Der rein faktische Aufenthalt genügt dafür nicht (RS0106711 [T4] ua); ob der Aufenthalt erlaubt ist oder welche Motivation ihm zugrunde liegt, ist ebenfalls nicht relevant (10 ObS 191/13f). Ob ein gewöhnlicher Aufenthalt vorliegt, ist Ergebnis einer Gesamtschau bzw Würdigung aller genannten Kriterien (10 ObS 129/04z; 10 ObS 28/99m SSV-NF 13/21; 10 ObS 197/98p SSV-NF 12/91 ua) und kann daher immer nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (RS0106709 [T2]; RS0106712 [T5]).

[15] 2.2. Darauf aufbauend entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass nur vorübergehende bzw kurzfristige Auslandsaufenthalte den Anspruch auf Pflegegeld nicht beeinträchtigen. Nach oben hin findet ein Auslandsaufenthalt jedenfalls dann seine Grenze, wenn er eine Dauer erreicht hat, die geeignet ist, einen

gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland zu begründen (RS0106712). Die Judikatur nimmt dabei einen kritischen Zeitraum von vier Wochen bis sechs Monaten an: Abwesenheiten bis zu vier Wochen sind – ohne Rücksicht auf ihre Gründe – jedenfalls als unschädlich anzusehen (RS0106712 [T1, T3]), wohingegen bei einem Auslandsaufenthalt von mehr als der Hälfte des Jahres die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland anzunehmen ist und daher nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass der gewöhnliche Aufenthalt noch im Inland liegt (RS0119112 [T1]; RS0106712 [T7]). Innerhalb dieses Rahmens kann daher unter Bedachtnahme auf den Zweck der Abwesenheit (vgl. RS0106712 [T4]) auch ein längerer Auslandsaufenthalt ohne Auswirkung auf das Pflegegeld sein, solange der Ausnahmecharakter des Aufenthalts im Ausland gewahrt ist und nach den Gesamtumständen noch von einem gewöhnlichen Aufenthalt im Inland auszugehen ist (10 Obs 2207/96y SSV-NF 10/83). Soweit in der älteren Rechtsprechung auf eine Frist von zwei Monaten abgestellt wurde (10 Obs 401/97m SSV-NF 11/153 ua), beruhte das auf der insoweit nicht mehr in Kraft stehenden Regelung des § 89 Abs 2 ASVG (idF vor dem Bundesgesetz BGBl I 2015/2), die zudem ohnedies bloß der Orientierung diene (10 Obs 129/04z mwN; vgl. Pfeil in SV-Komm § 292 ASVG Rz 9).

[16] 3. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht richtig dargestellt. Es hat sie aber nicht entsprechend auf den Anlassfall übertragen, weil seine Entscheidung nicht auf einer Würdigung aller iSd § 66 JN maßgeblicher Kriterien, sondern letztlich nur auf einem Rückgriff auf die Dauer des Auslandsaufenthalts fußt, was aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit zu korrigieren ist.

[17] 3.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass eine Person auch mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte haben kann und als Beispiel dafür einen Pflegebedürftigen angeführt, der jeden Winter mehrere Monate „Langzeiturlaub“ in wärmeren Gegenden macht (10 Obs 2207/96y SSV-NF 10/83; vgl. auch RS0046577 [T3]). Dem folgt auch die jüngere Lehre (*Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁴ Rz 3.68 ua).

[18] Das setzt allerdings voraus, dass solche Urlaube in regelmäßigen, zeitlich klar erkennbaren Abständen („jeden Winter“) erfolgen und der Urlaubsort in dieser Zeit auch im dargestellten Sinn den Lebensmittelpunkt bildet (vgl. *Simotta in Fasching/Konecny*³ § 66 JN Rz 32). Solcherart periodisch wiederkehrende Urlaube lassen sich zwar aus den Feststellungen nicht eindeutig ableiten, weil nur feststeht, dass der Kläger und seine Eltern „auch in der Vergangenheit“ im Sommer für mehrere Monate in die Türkei gefahren sind. Der Frage, ob das Erstgericht mit dieser Feststellung jährliche Urlaube – wofür einiges spricht – gemeint hat, muss hier aber nicht nachgegangen werden. Selbst wenn der Kläger regelmäßig Urlaub in der Türkei gemacht haben sollte, enthält der festgestellte Sachverhalt keine Hinweise, die den erforderlichen weiteren Schluss, dass in der Türkei auch ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden wäre, zulassen. Denn von der notwendigen längeren und vor allem beständigen Beziehung zwischen einer Person und einem Aufenthaltsort kann allein durch regelmäßige Aufenthalte bei Verwandten, wie etwa in Form von jährlichen Besuchen zur Weihnachtszeit, noch nicht ausgegangen werden, auch wenn sie zwischen einem und drei Monaten dauern. Hat der Betreffende seinen ordentlichen Wohnsitz woanders, haben solche (Verwandten-)Besuche den Charakter eines bloßen Urlaubs, die einen gewöhnlichen Aufenthalt für sich allein (noch) nicht begründen (10 Obs 305/89 SSV-NF 3/17; RS0085478 [T2]). Dies gilt auch, wenn Urlaube mit Verwandten in deren Wohnung verbracht werden.

[19] 3.2. Wie schon das Erstgericht zu Recht betont hat, ergibt sich aus den Feststellungen überdies nicht, dass der Kläger während des Aufenthalts in der Türkei seine persönlichen Verbindungen zu Österreich aufgegeben, er sozusagen „seine Zelte völlig abgebrochen“ hätte (vgl. 10 Obs 197/98p SSV-NF 12/91).

[20] 3.3. Es ist richtig, dass der Oberste Gerichtshof wiederholt die Ansicht von Pfeil (Ausgleichszulagenanspruch und Auslandsaufenthalt, DRdA 1998, 214 [218]) gebilligt hat, wonach ein Auslandsaufenthalt von vier Monaten für die Annahme eines kontinuierlichen gewöhnlichen Aufenthalts im Inland selbst dann zu lange ist, wenn alle Umstände für eine Rückkehr nach Österreich sprechen (10 Obs 197/98p SSV-NF 12/91; 10 Obs 28/99m SSV-NF 13/21; 10 Obs 129/04z; 10 Obs 34/11i SSV-NF 25/43 ua). Alle diese Entscheidungen ergingen aber nicht zum Pflegegeldrecht, an das im Vergleich zur Ausgleichszulage nicht so strenge Maßstäbe anzulegen sind (so auch Pfeil, Ausgleichszulagenanspruch und Auslandsaufenthalt, DRdA 1998, 214 [217 f]; in diesem Sinn auch *Greifeneder*, COVID-19-Pandemie – Verlust des Pflegegeldes durch verlängerten Auslandsaufenthalt? ÖZPR 2020/79, 141 [142]). Dies ist insbesondere im konkreten Fall angezeigt, weil die vom Berufungsgericht und der Beklagten als primär ausschlaggebend erachtete (vergleichsweise) lange Dauer des Auslandsaufenthalts in – bei der Pflegestufe 7 erwartbaren – besonders ungünstigen Umständen (Transport, Betreuung etc), die gemeinsame kürzere Urlaube mit den vertrauten Personen zumindest erheblich erschweren, wenn nicht verunmöglichen, ihre Rechtfertigung findet. Der Kläger kann insofern nicht mit („durchschnittlichen“) Ausgleichszulagenbeziehern verglichen werden.

[21] 3.4. Wägt man alle Kriterien ab, ist ungeachtet des langen Auslandsaufenthalts von 125 Tagen im Einzelfall noch von einem kontinuierlichen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich auszugehen. Maßgeblich dafür ist, dass nach den vorliegenden Besonderheiten nur von einem längerem Urlaub auszugehen ist, der festgestellte Sachverhalt die Annahme eines weiteren gewöhnlichen Aufenthalts nicht trägt und der Kläger seinen Bezug zu Österreich nie abgebrochen hat.

[22] 4. Zusammenfassend liegen die Voraussetzungen für eine Entziehung des Pflegegeldes nicht vor, sodass der Kläger für die Monate Juli 2021 bis Oktober 2021 Anspruch auf das (der Höhe nach unstrittige) Pflegegeld hat. Angesichts dessen ist er auch nicht zur Duldung der Aufrechnung der für die Zeit von 1. Juli 2021 bis 31. August 2021 erhaltenen Beträge verpflichtet.

[...]

3 Pflegegeldstufe 7

2.1 Allgemeine Grundsätze

- Gefordert sei „**praktische Bewegungsunfähigkeit**“, nicht „vollständige Bewegungsunfähigkeit“ (RS0106363 [T2]; 10 ObS 385/97h, 10 ObS 57/05p)
- Relevant, also die Stufe 7 ausschließen, würde nur die Fähigkeit zur **aktiven Durchführung willentlich geplanter Bewegungen** (EB BPGG-Nov 1998, 11; OGH 10 ObS 267/03t; 10 ObS 57/05p; 10 ObS 5/07v) Die Restbeweglichkeit müsse willentlich gesteuert sein, zu einem bestimmten beabsichtigten Zweck dienen und damit dieser Zweck auch erreicht werden (RS0106363)
- Bloße Massenbewegungen im Sinn von primitiven, frühkindlichen Reflexen schließen Stufe 7 nicht aus (10 ObS 82/01h)
- Weiters stellt der OGH klar, dass sich die Restbeweglichkeit, die die Stufe 7 ausschließt, **nicht auf die Vornahme der typischen Betreuungs- und Hilfsrichtungen** nach §§ 1 und 2 ElntV beziehen müsse – Körperpflege, Mahlzeiteiname etc (OGH 10 ObS 90/98b; 10 ObS 415/02f; 10 ObS 18/21a)
- Die Restbeweglichkeit müsse im Ergebnis noch **nutzbringend eingesetzt** werden können (10 ObS 5/07v), wofür es reiche, dass **die Pflege bzw die Lebensführung des Betroffenen erleichtert wird, wenn auch nur geringfügig** (RS0106363 [T20, T22, T24]; OGH 10 ObS 57/05p; 10 ObS 108/11x ÖZPR 2012/32, 49).
- Aus der gesetzlichen Formulierung, wonach keine "keine zielgerichteten Bewegungen der vier Extremitäten mit funktionaler Umsetzung“ mehr möglich sein dürfen, sei klargestellt, dass **schon ein (einziger) dem Pflegebedürftigen noch möglicher Bewegungsablauf** dieser Qualität **Stufe 7 ausschließe** (RS0106363 [T12]; 10 ObS 231/00v; 10 ObS 4/01p, 10 ObS 108/11x ÖZPR 2012/32, 49 (*Greifeneder*); 10 ObS 18/21a ÖZPR 2021/ 83 (*Greifeneder*)).

3.1 Die Stufe 7 ausschließende Einzelfälle

Eine die Stufe 7 ausschließende Restbeweglichkeit liegt nach Ansicht des Höchstgerichtes bspw vor, wenn der Betroffene

- durch eine – allenfalls am Handgelenk fixierte – **Rufglocke**, ein **Mobiltelefon** oder ein sonstiges geeignetes Hilfsmittel einen **sinnhaften Rufkontakt** herstellen kann (RS0106363 [T5]; 10 ObS 385/97h; 10 ObS 4/01p: mittels „Quietschpuppe“; 10 ObS 18/21a; 10 ObS 92/21h)
- eine mögliche Kontaktherstellung durch „Rufen“ schließt Stufe 7 hingegen nicht aus (10 ObS 18/21a ÖZPR 2021/83 (*Greifeneder*); Anm: obwohl die Pflege erleichterung dieselbe ist → Art 7 B-VG??)
- eine **Fernbedienung** verwenden kann (RS0106363 [T5]; 10 ObS 385/97h)
- ein Buch etc zum Lesen **umblättern** kann (RS0106363 [T5]; 10 ObS 385/97h)
- nur noch das **Essen mit dem Löffel** als aktive Beweglichkeit und zielgerichtete Tätigkeit tätigen kann (10 ObS 157/03s).
- **praktisch am gesamten Körper gelähmt** ist und nur im Bereich der linken Hand Greifbewegungen mit Daumen und Zeigefinger vornehmen kann, wodurch er einen **Spezialrollstuhl** mit einem kleinen Steuerknüppel zu **steuern** vermag, sodass sie im Wohnbereich sich zielgerichtet bewegen kann. (RS0106363 [T5]; 10 ObS 385/97h)
- bei **Lageveränderungen im Bett** durch **Abstützen mit dem rechten Arm** etwas **mithelfen** kann (10 ObS 92/21h)

Keine die Stufe 7 ausschließende Restbeweglichkeit liegt, wenn

- eine schwer demente, völlig desorientierte Pflegebedürftige mit vollständigem Selbstständigkeitsverlust, die keinen Aufforderungen mehr nachkommen kann, die zu eigenständigen vernünftigen Handlungen nicht mehr fähig ist. Willentlich geplante und gesteuerte Bewegungen sind nicht möglich. Irgendwelchen Anforderungen willentlich und Vernunft getragen Folge leisten kann. Sie kann gehen, irrt aber ziellos herum. Die Fähigkeit zu gehen, ist Folge der in der frühen Kindheit

- erlernten Bewegungsautomatismen. Keine Stufe 7, weil sie sich – wenn auch unter Begleitung – selbständig **auf den eigenen Beinen fortzubewegen kann** (10 ObS 5/07v)
- eine **Schnabeltasse zwar gehalten und daraus getrunken**, diese aber nicht selbständig ergriffen und zum Mund geführt werden kann (10 ObS 57/05p; 10 ObS 18/21a ÖZPR 2021/ 83 (*Greifeneder*))
 - die **Arme und Beine bloß angehoben und ausgestreckt** werden können, ohne dass dies aber auf einen darüber hinausgehenden Zweck ausgerichtet ist; es kommt darauf an, ob dem Pflegebedürftigen der zielgerichtete Einsatz dieser Bewegungen möglich ist (10 ObS 57/05p; 10 ObS 18/21a ÖZPR 2021/ 83 (*Greifeneder*))
 - die Hände zwar zur willkürlichen **Veränderung der Lage im Bett** verwendet werden können, dieses selbständige Umlagern aber – etwa aus kognitiven Gründen bzw abhängig von der Tagesverfassung – **nicht so regelmäßig** erfolgt, dass Wundliegen vermieden wird und dadurch eine geplante regelmäßige Umlagerung bzw Kontrolle durch eine Pflegeperson zur Vermeidung einer Dekubitus-Gefahr unterbleiben kann (10 ObS 18/21a ÖZPR 2021/83 (*Greifeneder*))

OGH 02.12.1997, 10 ObS 385/97h

infas 1998, S 36; SSV-NF 11/152; ARD 4926/30/98

Sachverhalt

Die am 12.11.1965 geborene Klägerin leidet an einer angeborenen Tetraparese. Sie ist praktisch am gesamten Körper gelähmt und kann nur im Bereich der linken Hand Greifbewegungen mit Daumen und Zeigefinger vornehmen. Dadurch ist sie allerdings in der Lage, einen Spezialrollstuhl mit besonderer Sitzposition und mit einem kleinen Steuerknüppel zu steuern und damit in ihrer behindertengerecht ausgebauten Wohnung und außer Haus zu fahren. Aufgrund ihrer hochgradigen Verbiegung und Fehlstellung der Wirbelsäule ist es notwendig, die Klägerin häufig umzulagern, um nicht wundzuliegen. Sie ist überdies inkontinent. Außerdem ist eine dauernde Beaufsichtigung durch eine Pflegeperson erforderlich; mindestens alle zehn Minuten muß eine Pflegeperson nach der Klägerin sehen.[...]

Rechtliche Beurteilung

[...] Strittig ist allein, ob bei ihr die Voraussetzungen für die höchste Pflegegeldstufe 7, nämlich praktische Bewegungsunfähigkeit oder ein gleichzuachtender Zustand, vorliegen. Der Senat hat diesen Begriff der "praktischen Bewegungsunfähigkeit" inzwischen bereits in mehreren Entscheidungen jeweils dahingehend umschrieben, daß es sich um einen Zustand handeln müsse, der in den funktionellen Auswirkungen einer vollständigen Bewegungsunfähigkeit gleichkommt, dem Pflegebedürftigen also zielgerichtete Bewegungen mit funktioneller Umsetzung nicht mehr möglich sind. Von einem der praktischen Bewegungsfähigkeit gleichzumachenden Zustand ist dann zu sprechen, wenn der Pflegebedürftige an sich noch über eine gewisse Mobilität verfügt, diese aber insbesondere aufgrund des Angewiesenseins auf bestimmte lebensnotwendige Hilfsmittel (etwa ein Beatmungsgerät) nicht nützen kann (10 ObS 2434/96f, 10 ObS 2466/96m, 10 ObS 2468/96f, 10 ObS 2337/96s, 10 ObS 268/97b, 10 ObS 410/97k; Pfeil, BPGG 98 f; derselbe, Pflegevorsorge in Österreich, 199). Praktische Bewegungsunfähigkeit als höchster Grad der Pflegebedürftigkeit setzt hiebei nicht eine vollständige Bewegungsunfähigkeit voraus (10 ObS 2466/96m) - der Ausschluß für Arbeit und Soziales hat nämlich die Anspruchsvoraussetzung der "vollständigen" Bewegungsunfähigkeit noch in der Regierungsvorlage (776 BlgNR 18.GP) ausdrücklich durch den weiteren Begriff der "praktischen" Bewegungsunfähigkeit ersetzt (908 BlgNR 18.GP, 4; Gruber/Pallinger, BPGG Rz 58 zu § 4) -, sondern kommt es ausschließlich auf die umfassende Einschränkung der Beweglichkeit als Maßstab an (10 ObS 2324/96d).

Auch wenn die Klägerin im vorliegenden Fall als Pflegebedürftige leidensbedingt seit ihrer Geburt an weitgehenden Lähmungen ihres Körpers leidet, so handelt es sich im Hinblick auf die für den Obersten Gerichtshof maßgeblichen Feststellungen der Tatsacheninstanzen doch nicht um eine - wie vom Gesetzgeber gefordert - praktische im Sinne der bereits wiedergegebenen Umschreibungserfordernisse. Eine "praktische" Bewegungsunfähigkeit oder ein dieser gleichzuachtender Zustand läge nämlich nach Auffassung des Senates nur dann vor, wenn einer hievon betroffenen Person keinerlei willentliche Steuerung von Bewegungen, die zu einem bestimmten beabsichtigten Zweck dienen und eingesetzt werden können und mit denen dieser Zweck auch erreicht werden kann, mehr möglich wäre. Ist aber jemand noch in der Lage, zB mit einer Hand Essen oder eine Trinkflüssigkeit (und sei es auch nur unter Zuhilfenahme des Hilfsmittels einer Schnabeltasse) zum Mund zu führen, ein Buch etc zum Lesen umzublättern, eine Rufglocke oder ein Mobiltelefon (Handy) zu ergreifen und (sei es auch bloß etwa mittels Kurzwahltaste) einen Rufkontakt herzustellen, eine Fernbedienung zu benützen oder - wie hier - einen elektrischen Rollstuhl derart zu steuern, daß er auf

willentliche Einflüsse zu reagieren vermag, dann liegt - insgesamt - die Voraussetzung "praktischer" Bewegungsunfähigkeit im Sinne des für die höchste Pflegegeldstufe 7 geforderten Gesetzeserfordernisses (noch) nicht vor. Dies erscheint auch grundsätzlich sachgerecht, weil hiedurch (auch wenn es sich nur um eingeschränkte Restfähigkeiten der hievon betroffenen Personen handelt) die Betreuung insgesamt einfacher gemacht und gestaltet werden kann (so muß nicht unbedingt jemand permanent in der Nähe des Betroffenen sein, muß den Betroffenen nicht ständig unter Beobachtung halten etc). Nach den Feststellungen sind der Klägerin jedoch solche zielgerichtete Bewegungen mit funktioneller Umsetzung infolge Beweglichkeit zweier maßgeblicher Finger (Daumen und Zeigefinger) ihrer linken Hand noch möglich; sie kann hiedurch ihren elektrischen Spezialrollstuhl jedenfalls in der Wohnung zielgerichtet bewegen (so schon 10 ObS 2468/96f) und ist damit zu einer willentlichen Bewegungssteuerung in der Lage. Die Verwendung des Rollstuhles als Hilfsmittel ist dabei auch gemäß § 3 Abs 2 EinstV zu berücksichtigen. Auch wenn die verbliebene Restmobilität der Klägerin nicht aus eigener, noch körperlich vorhandener Kraftumsetzung besteht, so ist sie doch aufgrund dieses externen technischen Hilfsmittels jedenfalls gegeben und auch in concreto umsetzbar.

OGH 17.04.2007, 10 ObS 5/07v

SSV-NF 21/16

Sachverhalt

Bei der Klägerin liegt eine schwere Demenz mit vollständigem Selbstständigkeitsverlust vor. Ihr Zustand hat sich seit Jänner 2004 deutlich verschlechtert. Sie ist völlig desorientiert und erkennt ihre Angehörigen nicht mehr. Sie kommt Aufforderungen nicht nach und ist zu eigenständigen vernünftigen Handlungen nicht mehr fähig. Durch einen ausgeprägten Wandertrieb besteht erhöhter Pflegebedarf. Unter Berücksichtigung ihrer Erkrankungen und Leidenszustände benötigt die Klägerin fremde Hilfe bei der täglichen Körperpflege, für die Zubereitung und Einnahme der Mahlzeiten, für die Einnahme der Medikamente, beim Verrichten der Notdurft, für die Reinigung bei teilweiser Harn- und Stuhlinkontinenz, beim An- und Auskleiden, für die Herbeischaffung von Nahrungsmitteln und Bedarfsgütern des täglichen Lebens, für die Reinigung der Wohnung und der persönlichen Gebrauchsgegenstände sowie beim Waschen der Leib- und Bettwäsche. Sie benötigt Mobilitätshilfe im engeren und weiteren Sinn. Der Klägerin wird das Essen eingegeben. Sie weiß mit den Speisen am Teller nichts anzufangen. Teilweise führt sie wohl Trinkgläser zum Mund, dies aber ziellos und nicht auf Aufforderung. Die Klägerin wird täglich mehrmals meist vergeblich auf das WC gesetzt. Im Fall von Stuhlgang muss sie gereinigt werden. Selbständig würde sie nicht auf die Toilette gehen, die sie auch selbst nicht finden würde. Sie ist nicht in der Lage, bei der täglichen Körperpflege und beim An- und Auskleiden selbst mitzuwirken. Die Klägerin ist nicht bettlägerig. Sie ist mobil, findet sich aber nirgends zurecht und bedarf wegen der völligen Desorientiertheit sowohl im Haus als auch außerhalb einer Begleitperson. Wegen der Umtriebigkeit und der damit verbundenen Eigengefährdung ist eine Beaufsichtigung der Klägerin bei Tag und Nacht dauernd erforderlich.

Die Klägerin kann zwar gehen, irrt aber ziellos umher. Willentlich geplante und gesteuerte Bewegungen sind nicht möglich. Sie kann auch nicht Anforderungen willentlich und Vernunft getragene Folge leisten. Die Fähigkeit zu gehen, ist Folge der in der frühen Kindheit erlernten Bewegungsautomatismen. Das gilt auch für alle sonstigen spontanen Bewegungen.

Rechtliche Beurteilung

[...] Ein Zuspruch von Pflegegeld der Stufe 7 setzt nach § 4 Abs 2 BPGG voraus, dass der Pflegebedarf durchschnittlich mehr als 180 Stunden monatlich beträgt und entweder keine zielgerichteten Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung möglich sind (Z 1) oder ein gleichzuachtender Umstand vorliegt (Z 2). Diese Fassung erhielt § 4 Abs 2 Stufe 7 BPGG mit der BPGG-Novelle 1998 (BGBl I 1998/111), wobei die gesetzliche Neudefinition in der Ziffer 1 in Anlehnung an die Judikatur des Obersten Gerichtshofes zum bis dahin normierten Tatbestandsmerkmal „praktische Bewegungsunfähigkeit“ erfolgte (RIS-Justiz RS0106363 [T9]). In den ErläutRV 1186 BlgNR 20. GP 11 heißt es dazu:

„Die Neudefinition der Stufe 7 dient gleichfalls der Beseitigung von Abgrenzungsproblemen. Anstelle des Kriteriums „praktische Bewegungsunfähigkeit“ sollen in das Gesetz in Anlehnung an die Judikatur des Obersten Gerichtshofes die Begriffe „zielgerichtete Bewegungen“ und „funktionelle Umsetzung“ Aufnahme finden. In den Fällen der Z 1 ist eine funktionelle Umsetzung dh aktive Durchführung willentlich geplanter Bewegungen keiner der vier Extremitäten möglich. Kann der Pflegebedürftige beispielsweise durch den Einsatz von hochtechnischen Geräten mit dem Mund oder den Augen eine willentlich geplante Aktion durchführen - zB langsamst am PC Worte schreiben-, ist er trotzdem in die Stufe 7 einzuordnen, da für nahezu alle Alltagsverrichtungen und Tätigkeiten die Hilfe einer anderen Person notwendig ist. Bei diesen Personen ist etwa auch die Hilfestellung

beim Trinken in Form vom Führen des Glases und die richtige Lagerung dazu erforderlich. Dieser Pflegeeinsatz muss rund um die Uhr geleistet werden und erfordert auch ein hohes Maß an praktischem Wissen der Pflegeperson. Ein gleichzuachtender Zustand liegt etwa dann vor, wenn der pflegebedürftige Mensch an sich noch über eine gewisse Mobilität verfügt, diese aber insbesondere auf Grund des Angewiesenseins auf bestimmte lebenserhaltende technische Geräte nicht nützen kann und dadurch für alle Alltagsverrichtungen auf die Hilfe einer Pflegeperson angewiesen ist. Darunter ist etwa nicht die stundenweise Einschränkung der Beweglichkeit wegen der Durchführung von Infusionen - wie es auch bei der Dialyse vorkommt - zu verstehen."

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes wird für die Unmöglichkeit zielgerichteter Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung (§ 4 Abs 2 Stufe 7 Z 1 BPGG) verlangt, dass ein Pflegebedürftiger zu keinerlei willentlich gesteuerten Bewegungen, die zu einem bestimmten beabsichtigten Zweck dienen und mit denen dieser Zweck auch erreicht werden kann, in der Lage ist (10 Obs 57/05p mwN; RIS-Justiz RS0106363 [T5]). Der Zustand muss in seinen funktionellen Auswirkungen einer vollständigen Bewegungsunfähigkeit gleichkommen (10 Obs 57/05p; RIS-Justiz RS0106363 [T4]). Für die Stufe 7 ist **nicht erforderlich, dass der pflegebedürftige Mensch zielgerichtete Bewegungen noch zur Vornahme einer Betreuungs- und Hilfsverrichtung im Sinn der §§ 1 und 2 EinstVO setzen kann** (10 Obs 57/05p mwN; RIS-Justiz RS0106363 [T 15]). In der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (s die Darstellung bei Greifeneder/Liebhart, Handbuch Pflegegeld [2004] Rz 358) wurde eine die Pflegegeldstufe 7 ausschließende Beweglichkeit vor allem dann angenommen, wenn aktive Bewegungen ausgeführt werden können, durch die **die Betreuung insgesamt etwas vereinfacht wird, weil nicht unbedingt jemand permanent in der Nähe des Betroffenen sein muss bzw der Betroffene nicht ständig unter Beobachtung gehalten werden muss**. In diese Richtung gehen einerseits die **Fähigkeit zur selbständigen Veränderung der Lage im Bett** und eine gewisse Fähigkeit zum selbständigen Essen und Trinken, andererseits die Möglichkeit, mit einer **Rufglocke**, die der Pflegebedürftige ergreifen kann, einen **Rufkontakt herzustellen**. Es muss sich aber im weitesten Sinn um Bewegungen handeln, die geeignet sind, **die Pflege zu erleichtern oder den pflegerischen Aufwand - wenn auch geringfügig - zu mindern bzw die Lebensführung des Betroffenen zu erleichtern** (10 Obs 57/05p). In diesem Sinn hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass bloße Massenbewegungen im Sinn von primitiven, frühkindlichen Reflexen mit den oberen Extremitäten und nicht zielgerichtete Abwehrbewegungen, die zufällig ihr Ziel erreichen, mangels willentlicher Steuerung der noch möglichen Bewegungsabläufe einen Anspruch auf Stufe 7 nicht ausschließen (10 Obs 82/01h). Gleiches gilt selbst für willentlich gesteuerte, zielgerichtete Bewegungen dann, wenn durch sie der Pflegeaufwand nicht vermindert oder die Pflege nicht erleichtert wird, die Restbeweglichkeit sohin nicht nutzbringend eingesetzt werden kann, wie dies beispielsweise der Fall ist, wenn der Pflegebedürftige Arme und Beine bloß anheben und ausstrecken oder mit einem Strohhalm oder einer Schnabellasse trinken kann, ohne aber das Trinkgefäß selbständig ergreifen zu können (10 Obs 57/05p). Der vorliegende Fall ist aber mit dem der Entscheidung 10 Obs 82/01h zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Diese Entscheidung verweist zum Verständnis des Ausdrucks „Massenbewegungen“ auf Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch. In der 259. Auflage dieses Werks, Seite 1030 wird der Ausdruck mit „frühkindliche Reflexe des Neugeborenen und jungen Säuglings mit weit ausstrahlenden Reflex- und Bewegungskomplexen, die mit der Ausreifung stammesgeschichtlicher jüngerer Hirnstrukturen verschwinden“ erläutert. Von Massenbewegungen im Sinn dieser Beschreibung und wie sie der Entscheidung 10 Obs 82/01h zu Grunde lagen kann hier nicht die Rede sein. **Schon die Fähigkeit der dementen Klägerin, sich - wenn auch unter Begleitung - selbständig auf den eigenen Beinen fortzubewegen, schließt einen Anspruch auf Stufe 7 aus**, weil sie zumindest ihre Beine noch so sinnvoll und nutzbringend einsetzen kann, dass eine Erleichterung der Pflege durchaus erkennbar ist (etwa beim Aufsuchen des WC). Die Klägerin bewegt sich und wird nicht bewegt. Die festgestellte Umtriebigkeit der Klägerin setzt voraus, dass sie gehen will und kann und sich nicht bloß reflexhaft ohne Zielrichtung bewegt. Das Gehen selbst ist die funktionelle Umsetzung der Beinbewegungen und keine ungesteuerte Bewegung der Beine. Die Annahme eines gleichzuachtenden Zustandes (§ 4 Abs 2 Stufe 7 Z 2 BPGG) scheidet schon begrifflich dann aus, wenn - wie im vorliegenden Verfahren - zielgerichtete Bewegungen mit funktioneller Umsetzung noch möglich und tatsächlich auch noch im Sinne einer Vereinfachung der Pflege ausgeführt werden können (10 Obs 4/01p).

OGH 09.08.2005, 10 Obs 57/05p

infas 2006,34/S8 - infas 2006 S8 = DRdA 2006,55 = RdW 2006/363 S 360 - RdW 2006,360 = SSV-NF 19/47

Sachverhalt

Die am 14.10.1925 geborene Klägerin ist über ein Tracheostoma an ein für sie lebensnotwendiges Beatmungsgerät angeschlossen. Außerdem benötigt sie ein liegendes Pulsoximeter, einen Harnblasenkatheter, einen liegenden Luftbefeuchter und ein Sauerstoffkonzentrationsgerät. Ihre Ernährung erfolgt über eine liegende

PEG-Sonde. Aufgrund des Angewiesenseins auf das Beatmungsgerät leidet die Klägerin an völligem Selbständigkeitsverlust. Sie kann nicht sprechen und benötigt bei allen Verrichtungen des täglichen Lebens sowie bei der laufenden Wartung des Beatmungsgeräts und Pflege des Katheters Hilfe. Sie muss regelmäßig während des Tages und der Nacht betreut werden, wobei wegen der Gefahr eines Defekts am Beatmungsgeräts diese Betreuung zeitlich nicht koordinierbar ist. Die Klägerin kann ihre Arme und Beine anheben und ausstrecken und mit einem Strohhalm trinken.

Das Erstgericht sprach der Klägerin Pflegegeld der Stufe 7 ab 1. 3. 2004 zu. Der durchschnittliche monatliche Pflegebedarf betrage 223 Stunden. Infolge des Angewiesenseins auf ein Beatmungsgerät liege ein der praktischen Bewegungsunfähigkeit gleichzuachtender Zustand vor.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil im Sinne eines Zuspruchs von Pflegegeld der Stufe 6 ab. Wohl sei die Klägerin durch das Angewiesensein auf das Beatmungsgerät fast völlig immobil; sie könne aber Arme und Beine bewegen und sei in der Lage, dies auch funktionell umzusetzen, weil sie mit Hilfe eines Strohhalms trinken könne.

Rechtliche Beurteilung

Ein Zuspruch von Pflegegeld der Stufe 7 setzt nach § 4 Abs 2 BPGG voraus, dass der Pflegebedarf durchschnittlich mehr als 180 Stunden monatlich beträgt und entweder keine zielgerichteten Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung möglich sind (Z 1) oder ein gleichzuachtender Zustand vorliegt (Z 2). Diese Fassung erhielt § 4 Abs 2 Stufe 7 BPGG mit der BPGG-Novelle 1998 (BGBl I 1998/111), wobei die gesetzliche Neudefinition in Anlehnung an die Judikatur des Obersten Gerichtshofes erfolgte (RIS-Justiz RS0106363 [T9]). In den Gesetzesmaterialien (RV 1186 BlgNR 20. GP 11) heißt es dazu:

„Die Neudefinition der Stufe 7 dient gleichfalls der Beseitigung von Abgrenzungsproblemen. Anstelle des Kriteriums 'praktische Bewegungsunfähigkeit' sollen in das Gesetz in Anlehnung an die Judikatur des Obersten Gerichtshofes die Begriffe 'zielgerichtete Bewegungen' und 'funktionelle Umsetzung' Aufnahme finden. In den Fällen der Z 1 ist eine funktionelle Umsetzung, das heißt aktive Durchführung willentlich geplanter Bewegungen keiner der vier Extremitäten möglich. Kann der Pflegebedürftige beispielsweise durch den Einsatz von hochtechnischen Geräten mit dem Mund oder den Augen eine willentlich geplante Aktion durchführen – zB langsamst am PC Worte schreiben –, ist er trotzdem in die Stufe 7 einzuordnen, da für nahezu alle Alltagsverrichtungen und Tätigkeiten die Hilfe einer anderen Person notwendig ist. Bei diesen Personen ist etwa auch die Hilfestellung beim Trinken in Form vom Führen des Glases und die richtige Lagerung dazu erforderlich. Dieser Pflegeeinsatz muß rund um die Uhr geleistet werden und erfordert auch ein hohes Maß an praktischem Wissen der Pflegeperson.

Ein gleichzuachtender Zustand liegt etwa dann vor, wenn der pflegebedürftige Mensch an sich noch über eine gewisse Mobilität verfügt, diese aber insbesondere auf Grund des Angewiesen-Seins auf bestimmte lebenserhaltende technische Geräte nicht nützen kann und dadurch für alle Alltagsverrichtungen auf die Hilfe einer Pflegeperson angewiesen ist. Darunter ist etwa nicht die stundenweise Einschränkung der Beweglichkeit wegen der Durchführung von Infusionen – wie es auch bei der Dialyse vorkommt – zu verstehen.“

In der Judikatur des Obersten Gerichtshofes wird für die Unmöglichkeit zielgerichteter Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung (§ 4 Abs 2 Stufe 7 Z 1 BPGG) verlangt, dass ein Pflegebedürftiger zu keinerlei willentlich gesteuerten Bewegungen, die zu einem bestimmten beabsichtigten Zweck dienen und mit denen dieser Zweck auch erreicht werden kann, in der Lage ist (10 Obs 33/98w = SSV-NF 12/18; RIS-Justiz RS0106363 [T5]). Gefordert wird „praktische Bewegungsunfähigkeit“, nicht „vollständige Bewegungsunfähigkeit“ (10 Obs 385/97h = SSV-NF 11/152; 10 Obs 267/03t; RIS-Justiz RS0106363 [T2]). Der Zustand muss in seinen funktionellen Auswirkungen einer vollständigen Bewegungsunfähigkeit gleichkommen (10 Obs 82/01h = SSV-NF 15/50; RIS-Justiz RS0106363 [T4]). Für die Stufe 7 ist nicht erforderlich, dass der pflegebedürftige Mensch zielgerichtete Bewegungen noch zur Vornahme einer Betreuungs- und Hilfsverrichtung iSd §§ 1 und 2 EinstV einsetzen kann (10 Obs 90/98b = SSV-NF 12/90; RIS-Justiz RS0106363 [T15]). In der Judikatur (siehe die Darstellung bei *Greifeneder/Liebhart*, Handbuch Pflegegeld [2004] Rz 358) wurde eine die Pflegegeldstufe 7 ausschließende Beweglichkeit vor allem dann angenommen, wenn aktive Bewegungen ausgeführt werden können, durch die die Betreuung insgesamt etwas vereinfacht wird, da nicht unbedingt jemand permanent in der Nähe des Betroffenen sein muss bzw der Betroffene nicht ständig unter Beobachtung gehalten werden muss (*Greifeneder/Liebhart* aaO Rz 358). In diese Richtung gehen einerseits die Fähigkeit zur selbständigen Veränderung der Lage im Bett oder eine gewisse Fähigkeit zum selbständigen Essen und Trinken, andererseits die Möglichkeit, mit einer Ruflocke, die der Pflegebedürftige ergreifen kann, einen Rufkontakt herzustellen.

In diesem Sinn kann aber die Pflegegeldstufe 7 nicht schon dann ausgeschlossen werden, wenn die pflegebedürftige Person - wie hier - in der Lage ist, Arme und Beine anzuheben und auszustrecken sowie

mit einem Strohhalm zu trinken. Das Anheben und Ausstrecken von Armen und Beinen stellt zwar eine Beweglichkeit dar, ist aber für sich allein nicht auf einen darüber hinausgehenden Zweck ausgerichtet, worauf die Revision zutreffend hinweist. Hinsichtlich des Trinkens mit einem Strohhalm ist nicht klargestellt, ob sich diese Fähigkeit auf das Vorhandensein des Schluckreflexes bezieht oder auch auf das selbständige Ergreifen und Halten einer Tasse oder eines Glases. Nur im zweiten Fall kann von einer aktiven zweckgerichteten Beweglichkeit gesprochen werden; das bloße Halten eines Gegenstandes, der zugereicht wird und wieder abgenommen werden muss, genügt dafür nicht, weil damit keine relevante Vereinfachung der Pflege verbunden wäre.

Sollte sich herausstellen, dass die aktive Durchführung zielgerichteter Bewegungen bei der Klägerin an sich noch möglich ist, müssen weiters allfällige Auswirkungen des Angewiesenseins der Klägerin auf das Beatmungsgerät auf ihre Beweglichkeit geklärt werden. Die Judikatur geht davon aus, dass von § 4 Abs 2 Stufe 7 Z 2 BPGG ein Zustand erfasst wird, in dem zwar ein gewisses Maß an zielgerichteten Bewegungen gegeben ist, diese eingeschränkte Mobilität aber insbesondere aufgrund des Angewiesenseins auf bestimmte lebensnotwendige Hilfsmittel (zB ein Beatmungsgerät) nicht funktionell genutzt werden kann, sodass in Wirklichkeit eine umfassende Einschränkung der Beweglichkeit vorliegt (10 Obs 2337/96s = SSV-NF 10/129; ebenso *Pfeil*, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich [1994] 199 und *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz [1996] 99). Diese Ansicht wurde in einer Reihe weiterer Entscheidungen wiederholt (zB 10 Obs 2434/96f = SSV-NF 10/135; 10 Obs 2468/96f = SSV-NF 11/9; 10 Obs 385/97h = SSV-NF 11/152; 10 Obs 33/98w = SSV-NF 12/18). Entscheidend ist also, dass die an sich noch vorhandene Restbeweglichkeit gerade wegen des Angewiesenseins auf das technische Hilfsmittel nicht mehr nutzbringend eingesetzt werden kann, sodass die pflegebedürftige Person deshalb für die Alltagsverrichtungen auf die Unterstützung einer Pflegeperson angewiesen ist (*Greifeneder/Liebhart* aaO Rz 360).

OGH 22.06.2021, 10 Obs 18/21a

ÖZPR 2021/83 S 143 (Greifeneder) - ÖZPR 2021,143 (Greifeneder) = DRdA-infas 2021/234 S 483 (Krammer) - DRdA-infas 2021,483 (Krammer) = SSV-NF 35/35

Sachverhalt

[2] Die 1956 geborene Klägerin benötigt für sämtliche Verrichtungen des täglichen Lebens Betreuung und Hilfe, die zeitlich nicht koordinierbar ist. Zur (Rest-)Bewegungsfähigkeit der Klägerin steht fest, dass sie sich selbständig im Bett umdrehen und dazu die Hände verwenden kann. Dadurch „erspart“ sich eine Pflegeperson das Umwenden, um ein Wundliegen zu vermeiden. Für das Aufsetzen benötigt die Klägerin Hilfe. Sie ist manuell in der Lage, eine Rufglocke zu bedienen, ein Mobiltelefon oder eine Fernbedienung zu ergreifen oder eine Quietschuppe oder eine an der Hand angebrachte Notrufeinrichtung zu drücken. Die Klägerin ist aber geistig nicht in der Lage zu verstehen, aus welchem Grund und wann sie eine Rufeinrichtung benutzen soll. Sie schreit, wenn sie meint, etwas zu benötigen. Sie reagiert beispielsweise auf die Aufforderung, die Hand zu geben oder die Beine hochzuheben, ist aber nicht in der Lage, die Anweisung gezielt zu befolgen, sondern zieht die Beine beispielsweise an anstatt sie hochzuheben.

[4] Das Erstgericht gab der auf Zuerkennung von Pflegegeld der Stufe 7 gerichteten Klage statt. Die Klägerin sei nicht in der Lage, Bewegungen gezielt zu einem beabsichtigten Zweck zu steuern, sodass Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 bestehe.

[5] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und änderte das Urteil dahin ab, dass der Klägerin Pflegegeld der Stufe 6 zuerkannt wurde. Die Revision ließ es nicht zu. Rechtlich erachtete es als ausschlaggebend, dass der Klägerin eine selbständige Kontaktaufnahme mit der in der Wohnung anwesenden Pflegeperson durch Schreien möglich sei, weil sich die Reduktion der geistigen Fähigkeiten nur auf die Verwendung einer Rufglocke oder anderer Notfalleinrichtungen beziehe, nicht aber auf das Schreien. In der Möglichkeit, Hilfe herbeizurufen, liege eine Erleichterung der Pflege. Außerdem sei wegen der Fähigkeit der Klägerin zu Bewegungen im Bett das Umwenden zur Vorbeugung der Dekubitus-Gefahr nicht notwendig.

[8] Die Revision ist zur Präzisierung der – einen Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 ausschließenden – Fähigkeit zur funktionellen Umsetzung zielgerichteter Bewegungen zulässig. Sie ist im Sinn einer Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen auch berechtigt.

[9] Nach § 4 Abs 2 BPGG sind die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Pflegegeldes der Stufe 7 gegeben, wenn keine zielgerichteten Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung möglich sind oder ein gleichzuachtender Zustand vorliegt.

[10] Anspruchsvoraussetzung ist ein Zustand, der in den funktionellen Auswirkungen einer vollständigen Bewegungsunfähigkeit gleichkommt (10 Obs 57/05p SSV-NF 19/47; 10 Obs 5/07 SSV-NF 21/16). Entscheidend ist die Unfähigkeit zu zielgerichteten Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung (10 Obs 82/01h SSV-NF 15/50; vgl RIS-Justiz RS0106363 [T10], ebenso bereits [T4]).

[11] Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wird für die Unmöglichkeit zielgerichteter Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung verlangt, dass ein Pflegebedürftiger zu keinen willentlich gesteuerten Bewegungen, die einem bestimmten beabsichtigten Zweck dienen und mit denen dieser Zweck auch erreicht werden kann, in der Lage ist (10 Obs 57/05p SSV-NF 19/47; 10 Obs 5/07v SSV-NF 21/16 je mwN; RS0106363 [T5, T7]).

[12] Ein Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 wird nicht erst dadurch ausgeschlossen, dass die zielgerichteten Bewegungen noch zur Vornahme der im Pflegegeldrecht maßgebenden Betreuungs- und Hilfsverrichtungen eingesetzt werden können (RS0106363 [T15]). Es muss sich aber im weitesten Sinn um Bewegungen handeln, die geeignet sind, die Pflege zu erleichtern oder den pflegerischen Aufwand – wenn auch geringfügig – zu mindern bzw die Lebensführung des Betroffenen zu erleichtern (10 Obs 108/11x; RS0106363 [T22, T24]; vgl im Einzelnen die Darstellung bei Greifeneder/Liebhart, Pflegegeld⁴ [2017] Rz 5.419 ff). Bereits ein einziger dem Pflegebedürftigen noch möglicher Bewegungsablauf dieser Qualität (zielgerichtete Bewegungen einer Extremität mit funktioneller Umsetzung) schließt daher die Zuerkennung von Pflegegeld der Stufe 7 aus (10 Obs 108/11x; 10 Obs 157/03s; RS0106363 [T12]). Daher besteht etwa dann kein Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7, wenn der Pflegebedürftige Essen zielgerichtet zum Mund führen oder einen Schnabelbecher zum Mund heben und daraus trinken kann (vgl 10 Obs 108/11x). In diese Richtung geht auch die Fähigkeit zur selbständigen Veränderung der Lage im Bett (10 Obs 57/05p SSV-NF 19/47; 10 Obs 5/07v SSV-NF 21/16). Ist dem Pflegebedürftigen das aktive Umlagern im Bett und damit ein zielgerichteter Bewegungsablauf möglich, der zu einer – wenn auch geringfügigen – Erleichterung der Pflege führt, weil er dadurch eigenständig einer Dekubitusgefahr vorbeugen kann, sind die Voraussetzungen für Pflegegeld der Stufe 7 nicht erfüllt (10 Obs 209/09x).

[13] Es reicht aber nicht aus, wenn dem Betroffenen nur reflexhafte Bewegungen möglich sind, die nicht zielgerichtet sind und nur zufällig ihr Ziel erreichen („Massebewegungen“; 10 Obs 82/01h SSV-NF 15/50). Auch die Fähigkeit, Arme und Beine anzuheben und auszustrecken, führt daher für sich allein noch nicht notwendig zum Ausschluss von Pflegegeld der Stufe 7 (10 Obs 57/05p SSV-NF 19/47), weil es darauf ankommt, ob dem Pflegebedürftigen der zielgerichtete Einsatz dieser Bewegungen möglich ist.

[14] Kann der Pflegebedürftige zwar noch Bewegungen mit einer der vier Extremitäten durchführen, diese Fähigkeit aber aufgrund seiner geistigen Situation nicht mehr zielgerichtet zur funktionellen Umsetzung bestimmter Zwecke einsetzen, so ist die Pflegesituation vielmehr vergleichbar mit der einer völlig bewegungsunfähigen Person (Greifeneder/Liebhart, Pflegegeld⁴ Rz 5.425).

[15] Sofern der Pflegebedürftige mit der Hand eine Notfalleinrichtung (Rufeinrichtung) betätigen kann, um Hilfe herbeizurufen, führt diese Fähigkeit insgesamt zu einer gewissen Vereinfachung und Erleichterung der Pflege, weil die Pflegeperson nicht ständig in der Nähe des Pflegebedürftigen anwesend sein muss. In einem solchen Fall besteht kein Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 (10 Obs 87/10g mwN).

[16] Der Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 ist in einem derartigen Fall aber nicht deshalb zu verneinen, weil dem Pflegebedürftigen schlechthin eine Kontaktaufnahme zu einer anderen Person möglich ist, sondern deshalb, weil er den Kontakt zur Pflegeperson mit Hilfe einer zielgerichteten Bewegung einer Extremität herstellen kann. Dass für den Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 auf den Einsatz der Extremitäten und nicht auf die Fähigkeit zur Kontaktaufnahme mit anderen abzustellen ist, ergibt sich bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des § 4 Abs 2 Stufe 7 BPGG.

[17] Im vorliegenden Fall kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 Stufe 7 BPGG vorliegen.

[18] 1. Im Hinblick auf das Herbeiholen von Hilfe ist die rein physische Fähigkeit der Klägerin zum Bedienen einer Notfalleinrichtung – wie auch das Berufungsgericht erkannte – nicht geeignet, den Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 auszuschließen, weil die Klägerin geistig nicht zur zielgerichteten Bedienung in der Lage ist.

[19] Die der Klägerin mögliche Kontaktaufnahme durch „Schreien“ hindert den Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 nicht, weil darin keine Pflegerleichterung durch den Einsatz einer Extremität liegt.

[20] 2. Im vorliegenden Fall ist daher die Fähigkeit der Klägerin, sich unter Zuhilfenahme der Hände im Bett umzudrehen und dadurch selbständig der Dekubitus-Gefahr vorzubeugen, entscheidend für den Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7:

[21] 2.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanzen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob es sich bei der körperlich vorhandenen Fähigkeit der Klägerin, sich im Bett unter Verwendung der Hände umzudrehen,

unter Bedachtnahme auf ihren kognitiven Zustand tatsächlich um eine zielgerichtete Bewegung mit funktioneller Umsetzung im Sinne der dargestellten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (insb 10 ObS 57/05p SSV-NF 19/47; 10 ObS 209/09x) handelt. Dies würde erfordern, dass die Klägerin ihre Hände zum beabsichtigten Zweck einsetzen kann, ihre Lage im Bett willkürlich so regelmäßig zu verändern, dass ein Wundliegen vermieden wird und die Notwendigkeit einer regelmäßigen Umlagerung durch eine Pflegeperson entfällt.

[22] In diesem Sinn bedarf es ergänzender Feststellungen, ob die Klägerin im Bett mit Hilfe ihrer Hände ihre Lage so regelmäßig und ausreichend selbst verändert, dass eine geplante regelmäßige Umlagerung durch eine Pflegeperson zur Vermeidung einer Dekubitus-Gefahr unterbleiben kann, oder ob ihr dies – etwa aufgrund ihres kognitiven Abbaus – nicht mehr regelmäßig möglich ist.

[23] Nur im ersten Fall könnte von einer aktiven zweckgerichteten – den Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 ausschließenden – Beweglichkeit gesprochen werden, mit der noch eine relevante Vereinfachung der Pflege verbunden ist. Sollte hingegen, wie von der Klägerin vorgebracht, dies von der jeweiligen Tagesverfassung abhängig sein (Schriftsatz vom 26. 8. 2020, ON 34), läge darin keine ausreichende Vereinfachung der Pflege bzw Verringerung des Pflegeaufwands, müsste doch in diesem Fall dennoch eine ausreichende Umlagerung geplant, regelmäßig kontrolliert und bedarfsweise durchgeführt werden. In diese Richtung könnte auch die im Sachverständigengutachten wiedergegebene Äußerung einer Betreuungsperson deuten, die Klägerin wälze sich lediglich im Bett hin und her und bekomme dann blaue Flecken (Sachverständigengutachten ON 33, Seite 3).

[24] 2.2 Sollte die Klägerin nicht mehr in der Lage sein, ihre Fähigkeit, sich „selbständig im Bett umzudrehen und dazu die Hände zu verwenden“, zielgerichtet zu einer – die Pflege relevant erleichternden – Bewegung ihres Körpers einzusetzen, wäre ihr Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 7 zu bejahen.

[25] 3. Da eine endgültige Beurteilung auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht möglich ist, sind die Entscheidungen der Vorinstanzen zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung aufzuheben.

EBRV 1186 BlgNR 20. GP 11

Intentionen des Gesetzgebers

„In den Fällen der Z 1 ist eine funktionelle Umsetzung, das heißt aktive Durchführung willentlich geplanter Bewegungen keiner der vier Extremitäten mehr möglich. Kann der Pflegebedürftige beispielsweise durch den Einsatz von hochtechnischen Geräten mit dem Mund oder den Augen eine willentlich geplante Aktion durchführen – zB langsamst am PC Worte schreiben –, ist er trotzdem in die Stufe 7 einzuordnen, da für nahezu alle Alltagsverrichtungen und Tätigkeiten die Hilfe einer anderen Person notwendig ist. Bei diesen Personen ist etwa auch die Hilfestellung beim Trinken in Form vom Führen des Glases und die richtige Lagerung dazu erforderlich. Dieser Pflegeeinsatz muß rund um die Uhr geleistet werden und erfordert auch ein hohes Maß an praktischem Wissen der Pflegeperson.

4 Herabsetzung und Entziehung des Pflegegeldes

OGH 23.03.2010, 10 Obs 32/10v

ÖZPR 2010/46 S 44 - ÖZPR 2010,44 = ARD 6061/14/2010 = Jus-Extra OGH-Z 4845 = SSV-NF 24/23

Rechtliche Beurteilung

Ob ein rechtskräftig zuerkanntes Pflegegeld zu entziehen oder neu zu bemessen ist, richtet sich ausschließlich nach § 9 Abs 4 BPGG. Dieser bestimmt, dass das Pflegegeld zu entziehen ist, wenn eine Voraussetzung für die Gewährung von Pflegegeld wegfällt, und das Pflegegeld neu zu bemessen ist, wenn eine für die Höhe des Pflegegeldes wesentliche Veränderung eintritt. Diese Regelung entspricht bezüglich der (teilweisen) Entziehung der Regelung des § 99 Abs 1 ASVG. Danach setzt ein Leistungsentzug eine wesentliche, entscheidende Änderung in den Verhältnissen voraus, wobei für den anzustellenden Vergleich die Verhältnisse im Zeitpunkt der Leistungszuerkennung mit jenen im Zeitpunkt des Leistungsentzugs in Beziehung zu setzen sind (stRsp; 10 Obs 43/04b = SSV-NF 18/47; 10 Obs 28/05y jeweils mwN; RIS-Justiz RS0061709 [T4]; RS0083884 [T2]).

Es genügt (dabei) nicht, nur den körperlichen Zustand zum Zeitpunkt der Gewährung zu dem zum Zeitpunkt der Neubemessung des Pflegegeldes vorliegenden in Beziehung zu setzen, sondern es sind die Änderungen im Pflegebedarf, der für das Ausmaß der Pflegegeldstufe maßgeblich ist, zueinander in Beziehung zu setzen. Im Rahmen der Entscheidung über die Herabsetzung einer Pflegegeldleistung sind nur die objektiven Grundlagen im Tatsächlichen für den seinerzeitigen Anspruch selbständig zu prüfen und die für die Zuerkennung wesentlichen Tatsachen festzustellen. Ausgehend von den Tatsachengrundlagen ist dann selbständig zu beurteilen, ob die objektiven Grundlagen für die seinerzeitige Leistungszuerkennung sich so wesentlich verbessert haben, dass sich eine Veränderung im Anspruch auf eine andere Pflegegeldstufe ergeben hat (RIS-Justiz RS0083884 [T11 und T12] = 10 Obs 387/98d = SSV-NF 12/166 mwN; 10 Obs 213/01y).

Eine Entziehung oder eine Neubemessung (Erhöhung oder Herabsetzung) des Pflegegeldanspruchs setzt somit im Regelfall eine wesentliche Veränderung des Zustandsbildes des Pflegebedürftigen und in dessen Folge eine Änderung im Umfang des Pflegebedarfs voraus, die die Gewährung einer anderen Pflegegeldstufe erforderlich macht. Nach den festgestellten Tatsachen ist zu beurteilen, ob sich die objektiven Grundlagen für die seinerzeitige Leistungszuerkennung so wesentlich geändert haben, dass sich eine Veränderung mit Anspruch auf eine andere Pflegegeldstufe ergeben hat. Es genügt dabei nicht, nur den körperlichen Zustand zum Zeitpunkt der Gewährung zu jenem im Zeitpunkt der Neubemessung des Pflegegeldes in Beziehung zu setzen. Es sind auch die Änderungen im Pflegebedarf, der für das Ausmaß der Pflegegeldstufe maßgeblich ist, zueinander in Beziehung zu setzen, um daraus ableiten zu können, ob eine wesentliche Änderung eingetreten ist (RIS-Justiz RS0123144 = 10 Obs 150/07t = SSV-NF 21/88).

Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht nicht abgewichen. Es verweist - zu Recht - auf die dazu getroffenen Feststellungen, wonach die unstrittige Reduktion des Pflegebedarfs der Klägerin auf eine Stabilisierung ihres Allgemeinzustands im Vergleich zum Gewährungszeitpunkt (vier Monate nach dem Schlaganfall) zurückzuführen ist, wobei die psychische Überlagerung im Rahmen der chronischen Depression und die dadurch bedingten Auswirkungen auf den Pflegebedarf durch die Anerkennung von Motivationsgesprächen bereits berücksichtigt sind.

OGH 01.06.2010, 10 Obs 81/10z

Rechtliche Beurteilung

Im Vordergrund des Beschwerdebilds der am 1. 7. 1962 geborenen Klägerin steht ein Zustand nach einer am 8. 12. 2002 erlittenen Hirnmassenblutung mit Ventrikeleinbruch im Bereich des Hirnstammes und Kleinhirnes mit nachfolgender Halbseitenschwäche links und inkomplettem Lidschluss rechts.

Die beklagte Sozialversicherungsanstalt der Bauern gewährte der Klägerin aufgrund des gerichtlichen Vergleichs vom 21. 7. 2003 ab 1. 3. 2003 Pflegegeld der Stufe 4. Mit rechtskräftigem Bescheid vom 26. 8. 2004 wurde das Pflegegeld ab 1. 10. 2004 auf Stufe 2 herabgesetzt. Am 16. 9. 2008 beantragte die Klägerin die Erhöhung des Pflegegelds, die mit Bescheid der beklagten Partei vom 19. 12. 2008 abgelehnt wurde.

Das Erstgericht wies die dagegen erhobene Klage ab und stellte fest, dass der Zustand der Klägerin bereits am 1. 10. 2004 so war, wie er heute vorliegt; eine wesentliche Änderung ist nicht eingetreten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge und ließ die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zu.

In ihrer außerordentlichen Revision macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, dass ihr aufgrund einer (im Sinne verfassungskonformer Interpretation gebotenen) analogen Anwendung der diagnosebezogenen Einstufung nach § 4a Abs 1 BPGG Pflegegeld der Stufe 3 zustehe.

Dabei lässt sie allerdings außer Acht, dass sich die Frage, ob ein rechtskräftig zuerkanntes Pflegegeld neu zu bemessen ist, nach § 9 Abs 4 BPGG richtet. Demnach muss eine für die Höhe des Pflegegelds wesentliche Veränderung eintreten. Dabei sind die Änderungen im Pflegebedarf, der für das Ausmaß der Pflegegeldstufe maßgeblich ist, zueinander in Beziehung zu setzen (zuletzt 10 ObS 32/10v). Auf dieser Basis ist dann zu beurteilen, ob sich die objektiven Grundlagen für die seinerzeitige Leistungszuerkennung so wesentlich geändert haben, dass nun - im Hinblick auf eben diese wesentliche Änderung - Anspruch auf eine andere Pflegegeldstufe besteht (10 ObS 387/98d = SSV-NF 12/166; RIS-Justiz RS0083884 [T11 und T12]).

Bei der Klägerin ist nach den Feststellungen gegenüber der letzten rechtskräftigen Pflegegeldbemessung keine wesentliche Änderung des Zustandsbilds eingetreten.

OGH 19.07.2016, 10 ObS 87/16s

ARD 6512/21/2016 = DRdA-infas 2016/215 S 346 - DRdA-infas 2016, 346 = SSV-NF 30/49

Sachverhalt

Der Kläger erlitt am 4. Juli 2011 bei einem Arbeitsunfall einen Bruch des linken Unterarms. Mit Bescheid vom 1. März 2013 gewährte die beklagte Allgemeine Unfallversicherungsanstalt dem Kläger eine Dauerrente im Ausmaß von 20 vH der Vollrente. Tatsächlich lag zum Gewährungszeitpunkt die unfallbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit bei nur 5 bis 10 vH. Derzeit liegt die unfallbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers unter 5 vH. Im Vergleich zum Gewährungszeitpunkt ist es nur zu einer geringfügigen Verbesserung der Beweglichkeit des linken Handgelenks gekommen.

Rechtliche Beurteilung

[...]

1. Nach § 183 Abs 1 Satz 1 ASVG hat der Unfallversicherungsträger bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse, die für die Feststellung einer Rente maßgebend waren, auf Antrag oder von Amts wegen die Rente „neu festzustellen“ (dh zu erhöhen, herabzusetzen oder zu entziehen). Die Bestimmung bezieht sich auf die Rechtskraft von Leistungsbescheiden und Leistungsurteilen sowie die Rechtswirksamkeit von Vergleichen über die Versehrtenrente: Eine Neufeststellung der Rente ist nur bei einer „wesentlichen Änderung der Verhältnisse“ zulässig.

Als wesentlich gilt eine Änderung der Verhältnisse nach § 183 Abs 1 Satz 2 ASVG „nur“, wenn durch sie die Minderung der Erwerbsfähigkeit des Versehrten durch mehr als drei Monate um mindestens 10 vH geändert wird, durch die Änderung ein Rentenanspruch entsteht oder wegfällt (§§ 203, 210 Abs 1 ASVG) oder die Schwerversehrtheit entsteht oder wegfällt (§ 205 Abs 4 ASVG).

2. Unter Rechtskraftgesichtspunkten kann von einer Änderung der Verhältnisse nur dann gesprochen werden, wenn sich der Sachverhalt, also die Befundlage und nicht bloß die Schlussfolgerungen aus der Befundlage, geändert hat. Wurde eine Dauerrente einmal festgestellt, dann können seinerzeitige Fehleinschätzungen betreffend das Ausmaß der Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht im Wege einer Neufeststellung korrigiert werden (RIS-Justiz RS0084142; RS0110119 [T3]; Müller in SV-Komm [Stand: 1. 3. 2014] § 183 ASVG Rz 14).

3. Zur Beurteilung einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse ist der Tatsachenkomplex heranzuziehen, der jener Entscheidung zugrunde lag, deren Rechtskraftwirkung bei unveränderten Verhältnissen einer Neufeststellung der Rente im Wege stünde (RIS-Justiz RS0084151). Die Verhältnisse zum Zeitpunkt dieser (Gewährungs-)Entscheidung sind mit den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Entziehungsentscheidung zu vergleichen (RIS-Justiz RS0084151 [T5]). Entscheidend ist, ob sich der tatsächliche Zustand des Versicherten seit der die Grundlage der Gewährung bildenden Untersuchung wesentlich geändert hat (RIS-Justiz RS0084194).

4. Liegt eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse vor, muss eine ursprünglich unrichtige Einschätzung (mangels einer weiter bestehenden Rechtskraftwirkung) nicht fortgeschrieben werden (vgl 10 ObS 182/89, SSV-NF 3/86; 10 ObS 336/89, SSV-NF 3/140; 10 ObS 145/12i, SSV-NF 26/75; 10 ObS 28/13k, SSV-NF 27/19), sondern es kann die aktuelle (richtige) Einschätzung der neuen Entscheidung zugrunde gelegt werden.

5. Damit ist entscheidend, ob es sich bei der Besserung im Zustand des Klägers um eine wesentliche Änderung handelt.

5.1. Seit dem Inkrafttreten des SRÄG 1988, BGBl 1987/609, mit 1. Jänner 1988 definiert § 183 ASVG zwei Fälle der Wesentlichkeit. Der erste Tatbestand betrifft eine – hier nicht relevante – Änderung der Minderung der

Erwerbsfähigkeit um „mindestens 10 vH“. Im zweiten Tatbestand lässt der Gesetzgeber Auswirkungen auf den Rentenanspruch als wesentliche Änderung genügen. In diesem zweiten Fall kommt jeder Änderung der Minderung der Erwerbsfähigkeit – etwa um 5 vH (10 Obs 15/11w, SSV-NF 25/27) – wesentliche Bedeutung im Sinne einer Durchbrechung der Rechtskraftwirkung zu (Müller in SV-Komm [Stand: 1. 3. 2014] § 183 ASVG Rz 23).

5.2. Im vorliegenden Fall lag zum Gewährungszeitpunkt die unfallbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit bei 5 bis 10 vH. In der Folge kam es zu einer geringfügigen Verbesserung der Beweglichkeit des linken Handgelenks, sodass die unfallbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers derzeit unter 5 vH liegt.

5.3. Durchaus vertretbar hat das Berufungsgericht die Ansicht vertreten, dass in der Besserung, die zu einer in etwa im Bereich von 5 vH liegenden Änderung des Maßes der Minderung der Erwerbsfähigkeit geführt hat, eine wesentliche Änderung zu sehen ist, die gemäß § 183 Abs 1 Satz 2 2. Fall ASVG zum Wegfall des Rentenanspruchs führt. Andernfalls käme man zu dem schwer vertretbaren Ergebnis, dass ein Versehrter, dem eine Dauerrente im Ausmaß von 20 vH der Vollrente zu Recht gewährt worden ist, bei einer geringfügigen Verbesserung seines Zustands die Entziehung der Rente in Kauf nehmen müsste, während einem Versehrten mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von lediglich 5 bis 10 vH die (aufgrund einer Fehleinschätzung gewährte) Dauerrente trotz Vorliegens einer umfänglich gleichen Verbesserung nicht entzogen werden könnte.

OGH 13.09.2017, 10 Obs 78/17v

ARD 6578/9/2017 = DRdA-InfAS 2018/29 S 41 - DRdA-InfAS 2018,41 = SSV-NF 31/43

Sachverhalt

Zum Zeitpunkt der Gewährung der Pflegegeldstufe 1 betrug der Pflegebedarf 46 Stunden, zum Entzugszeitpunkt 40,5 Stunden pro Monat

Rechtliche Beurteilung

1. Die 2014 geborene Klägerin bezog ab 1. Mai 2015 Pflegegeld der Stufe 1, das mit Bescheid vom 2. 8. 2016 entzogen wurde. Diese Entziehung ist (unstrittig) nach § 9 Abs 4 BPGG zu beurteilen.

2. Eine Entziehung oder Neubemessung iSd § 9 Abs 4 BPGG setzt nach der Rechtsprechung die wesentliche Änderung des Zustands des Pflegebedürftigen und die daraus resultierende Erhöhung oder Verringerung des Pflegebedarfs voraus, die zu einer anderen Pflegestufe führt (RIS-Justiz RS0123144). Das Unter- oder Überschreiten des für die PflegegeldEinstufung maßgeblichen Grenzwerts ist somit eine wesentliche Änderung im Sinne des § 9 Abs 4 BPGG (10 Obs 32/15a).

3. Für die Entziehung oder Neubemessung des Pflegegeldes sind jene Grundsätze heranzuziehen, die auch bei der Entziehung sonstiger Leistungsansprüche nach § 99 ASVG oder bei der Neufeststellung einer Versehrtenrente nach § 183 ASVG angewendet werden (RIS-Justiz RS0061709 [T4]).

4. Es ist unstrittig, dass der bei Gewährung des Pflegegeldes bestandene Pflegemehrbedarf (§ 4 Abs 3 BPGG) nicht mehr als 65 Stunden monatlich betrug und die Voraussetzungen für die Zuerkennung von Pflegegeld nicht vorlagen. Dies alleine rechtfertigt die Entziehung der Leistung zwar nicht (RIS-Justiz RS0083941; RS0106704 [T2]; RS0084142). Der nach der Rechtsprechung für das Vorliegen einer wesentlichen Veränderung maßgebliche, zum Zeitpunkt der Gewährung tatsächlich bestandene (RIS-Justiz RS0123144; RS0083884 [T11, T12]; RS0084151), Pflegemehrbedarf hat sich aber nach den Feststellungen der Vorinstanzen in zwei für die Zuerkennung wesentlichen Bereichen (Zubereitung von Mahlzeiten; Blutzuckermessung und Verabreichung von Insulin bzw Insulinmanagement) reduziert. Der Aufwand für die Zubereitung der Mahlzeiten sank um 25 %, jener für das „Insulinmanagement“ um etwa 32 %. Insgesamt verringerte sich der Pflegemehrbedarf von 46 auf 40,5 Stunden.

5. Wird einem Versehrten mit der Minderung der Erwerbsfähigkeit von 5 bis 10 vH aufgrund einer Fehlbeurteilung eine Dauerrente gewährt, berechtigt auch eine geringfügige Verbesserung seines Zustands, die zu einer etwa im Bereich von rund 5 bis 10 vH liegenden Änderung des Maßes der Minderung der Erwerbsfähigkeit führt, eine Entziehung der zu Unrecht gewährten Dauerrente (10 Obs 87/16s, RIS-Justiz RS0084194 [T1], RS0110119 [T4], RS0084142 [T4], RS0084151 [T6]). In der – bereits vom Berufungsgericht zitierten – Entscheidung 10 Obs 87/16s sieht der Oberste Gerichtshof es als schwer vertretbares Ergebnis an, wenn ein Versehrter, dem eine Dauerrente im Ausmaß von 20 vH der Vollrente zu Recht gewährt wurde, bei einer geringfügigen Verbesserung seines Zustands die Entziehung der Rente in Kauf nehmen muss (RIS-Justiz RS0084224), während einem Versehrten mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von lediglich 5 bis 10 vH die aufgrund einer Fehleinschätzung gewährte Dauerrente trotz Vorliegens einer umfänglich gleichen Verbesserung nicht entzogen werden könnte.

6. Dieser Grundsatz der Durchbrechung der Rechtskraftwirkung eines Bescheids, der aufgrund einer Fehleinschätzung zu Unrecht eine Leistung gewährte, in Fällen einer wesentlichen Änderung des Sachverhalts gilt auch für die hier zu beurteilende Entziehung des Pflegegeldes.

5 Kinder – Über- und Unterschreitung von Richt- und Mindestwerten

OGH 16.01.2024, 10 Obs 133/23s

Sachverhalt

[1] Der 2018 geborene Kläger lebt bei seinen Eltern und leidet an einer Autismusspektrum-Störung. Seit Antragstellung besteht unter anderem folgender Betreuungsbedarf:

[2] Die täglichen Essenssituationen gestalten sich als sehr aufwändig, weil der Kläger sehr wählerisch und stets abgelenkt werden muss, wodurch die Einnahme einer Mahlzeit sehr lange dauert. Der tägliche Zeitaufwand für die Einnahme der Mahlzeiten beträgt 90 Minuten, das sind 45 Stunden monatlich.

[4] Mit Bescheid vom 4. Mai 2022 erkannte die beklagte Pensionsversicherungsanstalt aufgrund des Antrags vom 7. April 2022 den Anspruch des Klägers auf Pflegegeld der Stufe 1 ab 1. Mai 2022 unter Anrechnung des Erhöhungsbetrags der Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder an.

[7] Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung eines Pflegegelds der Stufe 3 ab 1. Mai 2022 (in konkret bezifferter monatlicher Höhe) unter Anrechnung des Erhöhungsbetrags der Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder. [...] Es ging – soweit im Revisionsverfahren von Relevanz – hinsichtlich der Einnahme von Mahlzeiten aufgrund einer erschwerenden Funktionseinschränkung iSd § 3 Abs 6 Z 4 lit b Kinder-Einstufungsverordnung von einem zu berücksichtigenden Pflegebedarf von 45 Stunden monatlich aus und errechnete daraus einen Pflegebedarf von insgesamt 125 Stunden monatlich, entsprechend einem Pflegegeld der Stufe 3.

[8] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es dem Kläger ein Pflegegeld der Stufe 2 zusprach. [...] Eine konkret bezogen auf die Einnahme von Mahlzeiten erschwerende Funktionseinschränkung ergebe sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht, weswegen sich ein durchschnittlicher monatlicher Pflegebedarf des Klägers von 110 Stunden errechne, der einem Pflegegeld der Stufe 2 entspreche. Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu.

Rechtliche Beurteilung

[11] Die Revision ist zulässig, weil dem Berufungsgericht eine aufzugreifende Fehlbeurteilung unterliefe; sie ist dementsprechend auch berechtigt.

[12] 1. Der Kläger macht in der Revision zutreffend geltend, dass der über den Mindestwert von 30 Stunden monatlich hinausgehende Zeitaufwand für die Einnahme von Mahlzeiten nicht bloß durch den Erschwerniszuschlag nach § 5 Kinder Einstufungsverordnung iVm § 4 Abs 3 und 4 BPGG pauschal abzugelten ist, sondern gesondert zu prüfen und zu berücksichtigen ist.

[13] 2.1. Bei der Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 15. Lebensjahr ist nur jenes Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen, das über das erforderliche Ausmaß von gleichaltrigen nicht behinderten Kindern und Jugendlichen hinausgeht (§ 4 Abs 3 BPGG). Dementsprechend besteht nach § 1 Abs 3 Z 5 Kinder Einstufungsverordnung für das Einnehmen von Mahlzeiten bis zum vollendeten 3. Lebensjahr ein natürlicher Pflegebedarf von einer Stunde pro Tag. Ein natürlicher Pflegebedarf für das Einnehmen von Mahlzeiten ist demgegenüber für ältere Kinder – wie den Kläger – in der Kinder Einstufungsverordnung nicht vorgesehen, sodass mit Erreichen dieses Lebensalters gemäß § 2 Kinder Einstufungsverordnung anzunehmen ist, dass ein gleichaltriges nicht behindertes Kind diese Verrichtungen ohne Hilfe durchführen kann.

[14] 2.2. Bei der Feststellung des behinderungsbedingten zeitlichen Betreuungsaufwands ist für das Einnehmen von Mahlzeiten ab dem vollendeten 3. Lebensjahr grundsätzlich ein zeitlicher Mindestwert von einer Stunde pro Tag festgelegt (§ 3 Abs 6 Z 4 lit c Kinder Einstufungsverordnung). Liegt eine erschwerende Funktionseinschränkung vor, erhöht sich der festgelegte Mindestwert auf 90 Minuten pro Tag (§ 3 Abs 6 Z 4 lit b Kinder Einstufungsverordnung).

[15] 2.3. Nach dem vorletzten Satz des § 3 Abs 6 Kinder Einstufungsverordnung sind Abweichungen von diesen Zeitwerten nur dann zu berücksichtigen, wenn der tatsächliche Betreuungsaufwand (abzüglich des natürlichen, altersbedingten Pflegebedarfs nach § 1 Kinder Einstufungsverordnung; vgl *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁵ Rz 7.41) diese Mindestwerte erheblich überschreitet. Nach den Erläuternden Bemerkungen zur Kinder Einstufungsverordnung liegt eine erhebliche Überschreitung des Mindestwerts – entsprechend der Rechtsprechung zur Einstufungsverordnung (RS0058292) – dann vor, wenn eine Überschreitung um annähernd die Hälfte gegeben ist (*Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld⁵ Rz 7.40 unter Hinweis auf die EB zur Kinder Einstufungsverordnung BMASK 40101/0002-IV/B/4/2016).

3. Daraus folgt für den vorliegenden Fall:

[16] 3.1. Nach den vom Erstgericht getroffenen und von der Beklagten nicht bekämpften Feststellungen beträgt der tägliche Zeitaufwand für die Einnahme der Mahlzeiten 90 Minuten. Dieser Zeitaufwand resultiert aus der Verhaltensstörung des Klägers, weil er beim Füttern abgelenkt werden muss.

[17] 3.2. Ob die Verhaltensstörung des Klägers eine erschwerende Funktionseinschränkung darstellt, die die Heranziehung des (höheren) Mindestwerts nach § 3 Abs 6 Z 4 lit b Kinder Einstufungsverordnung rechtfertigen würde, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Selbst wenn man nämlich mit dem Berufungsgericht und der Beklagten annimmt, dass die Verhaltensstörung des Klägers keine solche erschwerende Funktionseinschränkung darstellt, steht fest und wird von der Beklagten auch gar nicht bestritten, dass die Anwesenheit einer Pflegeperson bei der Einnahme von Mahlzeiten erforderlich ist.

[18] Für diesen Betreuungsaufwand ist nach § 3 Abs 6 Z 4 lit c Kinder Einstufungsverordnung zwar ein Mindestwert von (nur) 60 Minuten täglich festgelegt. Der tatsächliche Betreuungsaufwand für diese Verrichtung beträgt hier allerdings 90 Minuten täglich und überschreitet den festgelegten Mindestwert somit um die Hälfte. Dies führt nach der dargestellten Rechtslage zur Berücksichtigung des den Mindestwert erheblich überschreitenden tatsächlichen Betreuungsaufwands von 90 Minuten täglich.

[19] Da in dem Alter des Klägers kein natürlicher Pflegebedarf in § 1 Abs 3 Kinder Einstufungsverordnung festgelegt wird und daher zu vermuten ist, dass ein gleichaltriges nicht behindertes Kind die Einnahme von Mahlzeiten ohne Hilfe durchführen kann (§ 2 Kinder Einstufungsverordnung), ist in diesem Zusammenhang auch kein natürlicher Pflegebedarf vom tatsächlichen Pflegebedarf in Abzug zu bringen.

[22] 3.4. Da es auf das Vorliegen einer erschwerenden Funktionseinschränkung nicht entscheidend ankommt, erübrigen sich auch Ausführungen zur von der Beklagten in der Revisionsbeantwortung thematisierten Frage, ob die Voraussetzungen einer erschwerenden Funktionseinschränkung iSd § 3 Abs 6 Z 4 lit b Kinder Einstufungsverordnung vorliegen und der dort festgelegte Mindestwert von 90 Minuten täglich neben dem Erschwerniszuschlag nach § 8 Kinder Einstufungsverordnung iVm § 4 Abs 3 und 4 BPGG herangezogen werden kann.

Bundespflegegeldgesetz – BPGG (Auszug)

§ 1. Zweck des Pflegegeldes

Das Pflegegeld hat den **Zweck**, in Form eines Beitrages pflegebedingte Mehraufwendungen pauschaliert abzugelten, um pflegebedürftigen Personen soweit wie möglich die notwendige Betreuung und Hilfe zu sichern sowie die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen.

§ 3. Anspruchsberechtigte Personen - Personenkreis

(1) Anspruch auf Pflegegeld nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes besteht für nachstehende Personen, sofern sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben:

1. Bezieher einer **Vollrente**, deren Pflegebedarf durch den Arbeits(Dienst)unfall oder die Berufskrankheit verursacht wurde, oder einer **Pension** (ausgenommen die Knappschaftspension) nach dem
 - a) Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955;
 - b) Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG), BGBl. Nr. 560/1978;
 - c) Freiberuflichen Sozialversicherungsgesetz (FSVG), BGBl. Nr. 624/1978;
 - d) Bauern-Sozialversicherungsgesetz (BSVG), BGBl. Nr. 559/1978;
 - e) Notarversicherungsgesetz 1972 (NVG 1972), BGBl. Nr. 66;
 - f) Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG), BGBl. Nr. 200/1967;
 - g) § 80 des Strafvollzugsgesetzes (StVG), BGBl. Nr. 144/1969;
2. die nach § 8 Abs.1 Z 3 lit. h, i und l ASVG **teilversicherten Kinder, Schüler und Studenten**, deren Pflegebedarf durch den Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit verursacht wurde, in der Zeit vom Tag nach Abschluss der Heilbehandlung bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Schulbesuch voraussichtlich abgeschlossen gewesen und der Eintritt in das Erwerbsleben erfolgt wäre;
3. Personen, deren Rente nach den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften abgefunden worden ist, wenn deren Pflegebedarf durch den Arbeits(Dienst)unfall oder die Berufskrankheit verursacht wurde;
4. **Bezieher eines Ruhe- oder Versorgungsgenusses, Übergangsbeitrages, Versorgungsgeldes, Unterhaltsbeitrages oder Emeritierungsbezuges** nach
 - a) dem Pensionsgesetz 1965 (PG 1965), BGBl. Nr. 340;
 - b) dem Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz (LDG 1984), BGBl. Nr. 302;
 - c) dem Land- und forstwirtschaftlichen Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz (LLDG 1985), BGBl. Nr. 296;
 - d) dem Bezügegesetz, BGBl. Nr. 273/1972;
 - e) dem Verfassungsgerichtshofgesetz (VerfGG 1953), BGBl. Nr. 85;
 - f) dem Dorotheumsgesetz, BGBl. Nr. 66/1979;
 - g) dem Bundestheaterpensionsgesetz (BThPG), BGBl. Nr. 159/1958;
 - h) dem Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186;
 - i) Entschließungen des Bundespräsidenten, mit denen außerordentliche Versorgungsgenüsse gewährt wurden;
 - j) der Bundesbahn-Pensionsordnung 1966, BGBl. Nr. 313;
 - k) Artikel V des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 148/1988 und nach § 163 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333, in der bis 28. Februar 1998 geltenden Fassung;
 - l) dem Bundesbahn-Pensionsgesetz (BB-PG), BGBl. I Nr. 95/2000;
5. **Bezieher von Renten, Beihilfen oder Ausgleichen** nach dem
 - a) Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 (KOVG 1957), BGBl. Nr. 152;
 - b) Heeresversorgungsgesetz (HVG), BGBl. Nr. 27/1964;
 - c) Opferfürsorgegesetz (OFG), BGBl. Nr. 183/1947;
 - d) Impfschadengesetz, BGBl. Nr. 371/1973;
6. Personen, deren Rente gemäß
 - a) § 56 KOVG 1957;
 - b) § 61 HVG;
 - c) § 2 OFG umgewandelt wurde;
7. Bezieher eines Sonderruhegeldes nach Art. X des Nachtschwerarbeitsgesetzes (NSchG), BGBl. Nr. 354/1981;
8. Bezieher einer Hilfeleistung nach § 2 Z 1 des Verbrechenopfergesetzes (VOG), BGBl. Nr. 288/1972, oder von gleichartigen Ausgleichen nach § 14a VOG;
9. Bezieher eines Ruhe- oder Versorgungsgenusses, Versorgungsgeldes, Unterhaltsbeitrages (auf Pensionsleistungen), Übergangsbeitrages, Ruhebezuges, einer Zuwendung, Rente, Versehrtenrente oder vergleichbaren Leistung nach landesgesetzlichen Bestimmungen in den jeweils geltenden Fassungen;
10. Bezieher eines **Rehabilitationsgeldes** gemäß § 143a ASVG oder § 84 B-KUVG.

(2) Als Bezieher nach Abs. 1 gelten auch Personen, denen ein Anspruch auf eine Grundleistung rechtskräftig zuerkannt wurde, die Grundleistung jedoch zur Gänze ruht, noch nicht angefallen ist oder auf Grund von Anrechnungsbestimmungen zur Gänze nicht ausgezahlt wird.

(3) Der Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales ist ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesministers für Finanzen nach Anhörung der für das Bundesgebiet jeweils in Betracht kommenden gesetzlichen beruflichen Vertretung mit Verordnung folgende Personen in den anspruchsberechtigten Personenkreis nach Abs. 1 einzubeziehen, wenn sie keinen Anspruch auf eine Pension oder eine gleichartige Leistung nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften haben:

1. Bezieher von wiederkehrenden Versorgungsleistungen gemäß § 64 Abs. 1 Z 1, 2, 4 und 5 des Ärztegesetzes 1984 (ÄrzteG), BGBl. Nr. 373;

2. Bezieher von wiederkehrenden Versorgungsleistungen gemäß § 50 der Rechtsanwaltsordnung, RGBI. Nr. 96/1868;
3. Bezieher von wiederkehrenden Leistungen gemäß § 29 des Ziviltexnikerkammergesetzes 1993, BGBl. Nr. 157/1994.

(4) Der Bundesminister für Arbeit und Soziales ist ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesministers für Finanzen nach Anhörung der in Betracht kommenden Interessenvertretungen mit Verordnung weitere Personengruppen, die nicht der gesetzlichen Pensionsversicherung unterliegen, in den anspruchsberechtigten Personenkreis nach Abs. 1 einzubeziehen, sofern der Anspruch auf eine Pension, einen Ruhe(Versorgungs)genuß oder eine gleichartige Leistung auf einer privatrechtlichen Vereinbarung beruht.

(5) Voraussetzung für die Erlassung einer Verordnung gemäß Abs. 3 oder 4 ist das Vorliegen eines der Gesamtfinanzierung dieses Bundesgesetzes vergleichbaren Beitrages der einzubeziehenden Personengruppen zu dem durch die Einbeziehung entstehenden Mehraufwand.

(6) In der gemäß Abs. 3 oder 4 erlassenen Verordnung ist der Entscheidungsträger (§ 22) zu bezeichnen, dem die Durchführung des Bundespflegegeldgesetzes hinsichtlich der einbezogenen Personengruppen obliegt.

§ 3a. (1) Anspruch auf Pflegegeld nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes besteht auch **ohne Grundleistung** gemäß § 3 Abs. 1 und 2 **für österreichische Staatsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben**, sofern nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt berichtigt ABl. Nr. L 204 vom 04.08.2007 S. 30, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 1372/2013, ABl. Nr. L 346 vom 20.12.2013 S. 27 nicht ein anderer Mitgliedstaat für Pflegeleistungen zuständig ist.

(2) Den **österreichischen Staatsbürgern sind gleichgestellt:**

1. Fremde, die nicht unter eine der folgenden Ziffern fallen, insoweit sich eine Gleichstellung aus Staatsverträgen oder Unionsrecht ergibt, oder
2. Fremde, denen gemäß § 3 des Asylgesetzes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 38/2011, Asyl gewährt wurde, oder
3. Personen, die über ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht gemäß §§ 15a und 15b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder gemäß §§ 51 bis 54a und 57 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, verfügen, oder
4. Personen, die über einen Aufenthaltstitel
 - a) „Blaue Karte EU“ gemäß § 42 NAG,
 - b) „Daueraufenthalt-EG“ gemäß § 45 NAG,
 - c) „Daueraufenthalt-Familienangehöriger“ gemäß § 48 NAG,
 - d) „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG oder
 - e) gemäß § 49 NAG verfügen.

(3) Keinen Anspruch auf Pflegegeld gemäß Abs. 1 haben insbesondere

1. Personen, die gemäß § 3 Abs. 3 und 4 in den anspruchsberechtigten Personenkreis nach § 3 Abs. 1 einbezogen werden können, aber noch nicht einbezogen worden sind,
2. nicht erwerbstätige EWR-Bürger, Schweizer Staatsangehörige und deren Angehörige jeweils in den ersten drei Monaten ihres Aufenthaltes,
3. Personen während ihres visumsfreien oder visumpflichtigen Aufenthaltes im Inland,
4. Personen, die nur ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht gemäß § 13 Abs. 1 des Asylgesetzes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, haben.

§ 4. Anspruchsvoraussetzungen

(1) Das Pflegegeld gebührt bei Zutreffen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen, wenn auf Grund einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung oder einer Sinnesbehinderung der ständige Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebedarf) voraussichtlich mindestens sechs Monate andauern wird oder der würde.

(2) Anspruch auf Pflegegeld besteht in Höhe der

Stufe 1:

[...]

Stufe 7:

für Personen, deren Pflegebedarf nach Abs. 1 durchschnittlich mehr als 180 Stunden monatlich beträgt, wenn

1. keine zielgerichteten Bewegungen der vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung möglich sind oder
2. ein gleichzeitiger Zustand vorliegt.

(3) Bei der Beurteilung des Pflegebedarfes von Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 15. Lebensjahr ist nur jenes Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen, das über das erforderliche Ausmaß von gleichaltrigen nicht behinderten Kindern und Jugendlichen hinausgeht. Hierbei ist auf die besondere Intensität der Pflege bei schwerst behinderten Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 7. bzw. bis zum vollendeten 15. Lebensjahr Bedacht zu nehmen. Um den erweiterten Pflegebedarf schwerst behinderter Kinder und Jugendlicher zu erfassen, ist abgestimmt nach dem Lebensalter jeweils zusätzlich ein Pauschalwert hinzuzurechnen, der den Mehraufwand für die pflegeerswerenden Faktoren der gesamten Pflegesituation pauschal abzugelten hat (Erschwerniszuschlag).

(4) Der Pauschalwert gemäß Abs. 3 ist anzuwenden, wenn behinderungsbedingt zumindest zwei voneinander unabhängige, schwere Funktionseinschränkungen vorliegen. Solche Funktionseinschränkungen sind insbesondere schwere Ausfälle im Sinnesbereich, schwere geistige Entwicklungsstörungen, schwere Verhaltensauffälligkeiten oder schwere körperliche Funktionseinschränkungen.

(5) Bei der Beurteilung des Pflegebedarfes von pflegebedürftigen Personen ab dem vollendeten 15. Lebensjahr mit einer schweren geistigen oder schweren psychischen Behinderung, insbesondere einer demenziellen Erkrankung, ist auf die besondere Intensität der Pflege in diesen Fällen Bedacht zu nehmen; um den erweiterten Pflegebedarf von pflegebedürftigen Personen mit einer schweren geistigen oder schweren psychischen Behinderung, insbesondere einer demenziellen Erkrankung, entsprechend zu erfassen, ist zusätzlich jeweils ein Pauschalwert hinzuzurechnen, der den Mehraufwand für die aus der schweren geistigen oder schweren psychischen Behinderung, insbesondere einer demenziellen Erkrankung, erfließenden pflegeerswerenden Faktoren der gesamten Pflegesituation pauschal abzugelten hat (Erschwerniszuschlag).

(6) Pflegeerschwerende Faktoren gemäß Abs. 5 liegen vor, wenn sich Defizite der Orientierung, des Antriebes, des Denkens, der planerischen und praktischen Umsetzung von Handlungen, der sozialen Funktion und der emotionalen Kontrolle in Summe als schwere Verhaltensstörung äußern.

(7) Der Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz ist ermächtigt, nach Anhörung des Bundesbehindertenbeirates (§ 8 des Bundesbehindertengesetzes, BGBl. Nr. 283/1990) nähere Bestimmungen für die Beurteilung des Pflegebedarfes durch Verordnung festzulegen. Die Verordnung kann insbesondere festlegen:

1. eine Definition der Begriffe „Betreuung“ und „Hilfe“,
2. Richtwerte für den zeitlichen Betreuungsaufwand, wobei verbindliche Mindestwerte zumindest für die tägliche Körperpflege, die Zubereitung und das Einnehmen von Mahlzeiten sowie für die Verrichtung der Notdurft festzulegen sind,
3. verbindliche Pauschalwerte für den Zeitaufwand der Hilfsverrichtungen, wobei der gesamte Zeitaufwand für alle Hilfsverrichtungen mit höchstens 50 Stunden pro Monat festgelegt werden darf, und
4. verbindliche Pauschalwerte (Erschwerniszuschläge) für den zusätzlichen Pflegeaufwand schwerst behinderter Kinder und Jugendlicher bis zum vollendeten 7. bzw. bis zum vollendeten 15. Lebensjahr gemäß Abs. 3 sowie für den zusätzlichen Pflegeaufwand pflegebedürftiger Personen mit einer schweren geistigen oder schweren psychischen Behinderung, insbesondere einer demenziellen Erkrankung, ab dem vollendeten 15. Lebensjahr gemäß Abs. 5.

Beginn, Änderung und Ende des Anspruches

§ 9. (1) Das Pflegegeld gebührt mit Beginn des auf die Antragstellung oder die Einleitung des amtswegigen Verfahrens zur Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen gemäß §§ 4 und 4a durch einen Unfallversicherungsträger folgenden Monats.

(2) Das Pflegegeld ist nur dann befristet zuzuerkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung der Wegfall einer Voraussetzung für die Gewährung eines Pflegegeldes mit Sicherheit oder sehr hoher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann. Liegen im Falle einer befristeten Zuerkennung die Voraussetzungen für die Gewährung eines Pflegegeldes auch nach Ablauf der Frist vor, so ist das Pflegegeld mit Beginn des auf den Ablauf der Frist folgenden Monats zuzuerkennen, sofern die Gewährung des Pflegegeldes innerhalb von drei Monaten nach dessen Wegfall beantragt wurde.

(3) Der Anspruch auf Pflegegeld erlischt mit dem Todestag des Anspruchsberechtigten. In diesem Kalendermonat gebührt nur der verhältnismäßige Teil des Pflegegeldes, wobei der Kalendermonat einheitlich mit 30 Tagen anzunehmen ist.

(4) Wenn eine Voraussetzung für die Gewährung von Pflegegeld wegfällt, ist das Pflegegeld zu entziehen, wenn eine für die Höhe des Pflegegeldes wesentliche Veränderung eintritt, ist das Pflegegeld neu zu bemessen.

(5) Die Entziehung oder Neubemessung des Pflegegeldes wird mit dem auf die wesentliche Veränderung folgenden Monat wirksam. Von diesem Grundsatz gelten, abgesehen von den Bestimmungen des § 48 Abs. 2, folgende Ausnahmen:

1. die Entziehung oder Herabsetzung des Pflegegeldes wegen einer Veränderung im Ausmaß des Pflegebedarfes wird mit Ablauf des Monats wirksam, der auf die Zustellung des Bescheides folgt, mit dem die Entziehung oder Herabsetzung ausgesprochen wurde;
2. die Erhöhung des Pflegegeldes wegen einer Veränderung im Ausmaß des Pflegebedarfes wird mit Beginn des Monats wirksam, der auf die Geltendmachung der wesentlichen Veränderung oder die amtswegige ärztliche Feststellung folgt;
3. die Neubemessung des Pflegegeldes, die sich auf Grund von gesetzlichen Änderungen oder der alljährlichen Anpassung der nach § 7 auf das Pflegegeld anzurechnenden Leistungen ergibt, wird mit Beginn des Monats wirksam, in dem diese Änderung eingetreten ist.

§ 27. Bescheide

[...]

(5) Ergibt sich nachträglich, daß eine Geldleistung bescheidmäßig infolge eines wesentlichen Irrtums über den Sachverhalt oder eines offenkundigen Verschens zu Unrecht abgelehnt, entzogen, eingestellt, zu niedrig bemessen oder zum Ruhen gebracht wurde, so ist mit Wirkung vom Tage der Auswirkung des Irrtums oder Verschens der gesetzliche Zustand herzustellen.

Einstufungsverordnung

§ 1 – Betreuung

(1) Unter Betreuung sind alle in relativ kurzer Folge notwendigen Verrichtungen anderer Personen zu verstehen, die vornehmlich den persönlichen Lebensbereich betreffen und ohne die der pflegebedürftige Mensch der Verwahrlosung ausgesetzt wäre.

Verordnung (EG) Nr 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

TITEL II BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

Artikel 11 Allgemeine Regelung

(1)

[...]

e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a bis d fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.

KAPITEL 1 Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft

Artikel 21

Geldleistungen

(1) Ein Versicherter und seine Familienangehörigen, die in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen oder sich dort aufhalten, haben Anspruch auf Geldleistungen, die vom zuständigen Träger nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften erbracht werden. Im Einvernehmen zwischen dem zuständigen Träger und dem Träger des Wohn- oder Aufenthaltsorts können diese Leistungen jedoch vom Träger des Wohn- oder Aufenthaltsorts nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats für Rechnung des zuständigen Trägers erbracht werden.

Abschnitt 2

Rentner und ihre Familienangehörigen

Artikel 23

Sachleistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats

Eine Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten erhält, wovon einer der Wohnmitgliedstaat ist, und die Anspruch auf Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats hat, erhält wie auch ihre Familienangehörigen diese Sachleistungen vom Träger des Wohnorts für dessen Rechnung, als ob sie allein nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats Anspruch auf Rente hätte.

Artikel 24

Nichtvorliegen eines Sachleistungsanspruchs nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats

(1) Eine Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält und die keinen Anspruch auf Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats hat, erhält dennoch Sachleistungen für sich selbst und ihre Familienangehörigen, sofern nach den Rechtsvorschriften des für die Zahlung ihrer Rente zuständigen Mitgliedstaats oder zumindest eines der für die Zahlung ihrer Rente zuständigen Mitgliedstaaten Anspruch auf Sachleistungen bestünde, wenn sie in diesem Mitgliedstaat wohnte. Die Sachleistungen werden vom Träger des Wohnorts für Rechnung des in Absatz 2 genannten Trägers erbracht, als ob die betreffende Person Anspruch auf Rente und Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats hätte. In den in Absatz 1 genannten Fällen werden die Kosten für die Sachleistungen von dem Träger übernommen, der nach folgenden Regeln bestimmt wird:

- a) hat der Rentner nur Anspruch auf Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats, so übernimmt der zuständige Träger dieses Mitgliedstaats die Kosten;
- b) hat der Rentner Anspruch auf Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, so übernimmt der zuständige Träger des Mitgliedstaats die Kosten, dessen Rechtsvorschriften für die betreffende Person am längsten gegolten haben; sollte die Anwendung dieser Regel dazu führen, dass die Kosten von mehreren Trägern zu übernehmen wären, gehen die Kosten zulasten des Trägers, der für die Anwendung der Rechtsvorschriften zuständig ist, die für den Rentner zuletzt gegolten haben.

Artikel 25

Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als dem Wohnmitgliedstaat, wenn ein Sachleistungsanspruch in diesem Mitgliedstaat besteht

Wohnt eine Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält, in einem Mitgliedstaat, nach dessen Rechtsvorschriften der Anspruch auf Sachleistungen nicht vom Bestehen einer Versicherung, einer Beschäftigung oder einer selbstständigen Erwerbstätigkeit abhängt und von dem sie keine Rente erhält, so werden die Kosten für die Sachleistungen, die ihr oder ihren Familienangehörigen gewährt werden, von dem Träger eines der für die Zahlung ihrer Rente zuständigen Mitgliedstaaten übernommen, der nach Artikel 24 Absatz 2 bestimmt wird, soweit dieser Rentner und seine Familienangehörigen Anspruch auf diese Leistungen hätten, wenn sie in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Artikel 26

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnmitgliedstaat des Rentners wohnen

Familienangehörige einer Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält, haben, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat als der Rentner wohnen, Anspruch auf Sachleistungen vom Träger ihres Wohnorts nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften, sofern der Rentner nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats Anspruch auf Sachleistungen hat. Die Kosten übernimmt der zuständige Träger, der auch die Kosten für die dem Rentner in dessen Wohnmitgliedstaat gewährten Sachleistungen zu tragen hat.

Artikel 27

Aufenthalt des Rentners oder seiner Familienangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Wohnmitgliedstaat - Aufenthalt im zuständigen Mitgliedstaat - Zulassung zu einer notwendigen Behandlung außerhalb des Wohnmitgliedstaats

- (1) Artikel 19 gilt entsprechend für eine Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält und Anspruch auf Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften eines der ihre Rente(n) gewährenden Mitgliedstaaten hat, oder für ihre Familienangehörigen, wenn sie sich in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Wohnmitgliedstaat aufhalten.
- (2) Artikel 18 Absatz 1 gilt entsprechend für die in Absatz 1 genannten Personen, wenn sie sich in dem Mitgliedstaat aufhalten, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat, der die Kosten für die dem Rentner in dessen Wohnmitgliedstaat gewährten Sachleistungen zu tragen hat, und wenn dieser Mitgliedstaat sich dafür entschieden hat und in Anhang IV aufgeführt ist.
- (3) Artikel 20 gilt entsprechend für einen Rentner und/oder seine Familienangehörigen, die sich in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Wohnmitgliedstaat aufhalten, um dort die ihrem Zustand angemessene Behandlung zu erhalten.
- (4) Sofern in Absatz 5 nichts anderes bestimmt ist, übernimmt der zuständige Träger die Kosten für die Sachleistungen nach den Absätzen 1 bis 3, der auch die Kosten für die dem Rentner in dessen Wohnmitgliedstaat gewährten Sachleistungen zu tragen hat.
- (5) Die Kosten für die Sachleistungen nach Absatz 3 werden vom Träger des Wohnortes des Rentners oder seiner Familienangehörigen übernommen, wenn diese Personen in einem Mitgliedstaat wohnen, der sich für die Erstattung in Form von Pauschalbeträgen entschieden hat. In diesen Fällen gilt für die Zwecke des Absatzes 3 der Träger des Wohnorts des Rentners oder seiner Familienangehörigen als zuständiger Träger.

Artikel 29

Geldleistungen für Rentner

(1) Geldleistungen werden einer Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält, vom zuständigen Träger des Mitgliedstaats gewährt, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat, der die Kosten für die dem Rentner in dessen Wohnmitgliedstaat gewährten Sachleistungen zu tragen hat. Artikel 21 gilt entsprechend.

(2) Absatz 1 gilt auch für die Familienangehörigen des Rentners.

Artikel 31

Allgemeine Bestimmung

Die Artikel 23 bis 30 finden keine Anwendung auf einen Rentner oder seine Familienangehörigen, die aufgrund einer Beschäftigung oder einer selbstständigen Erwerbstätigkeit Anspruch auf Leistungen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats haben. In diesem Fall gelten für die Zwecke dieses Kapitels für die betreffende Person die Artikel 17 bis 21.

Artikel 32

Rangfolge der Sachleistungsansprüche - Besondere Vorschrift für den Leistungsanspruch von Familienangehörigen im Wohnmitgliedstaat

(1) Ein eigenständiger Sachleistungsanspruch aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats oder dieses Kapitels hat Vorrang vor einem abgeleiteten Anspruch auf Leistungen für Familienangehörige. Ein abgeleiteter Anspruch auf Sachleistungen hat jedoch Vorrang vor eigenständigen Ansprüchen, wenn der eigenständige Anspruch im Wohnmitgliedstaat unmittelbar und ausschließlich aufgrund des Wohnorts der betreffenden Person in diesem Mitgliedstaat besteht.

(2) Wohnen die Familienangehörigen eines Versicherten in einem Mitgliedstaat, nach dessen Rechtsvorschriften der Anspruch auf Sachleistungen nicht vom Bestehen einer Versicherung, einer Beschäftigung oder einer selbstständigen Erwerbstätigkeit abhängt, so werden die Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers in dem Mitgliedstaat erbracht, in dem sie wohnen, sofern der Ehegatte oder die Person, die das Sorgerecht für die Kinder des Versicherten hat, eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit in diesem Mitgliedstaat ausübt oder von diesem Mitgliedstaat aufgrund einer Beschäftigung oder einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Rente erhält.

Richtlinie 2001/55/EG über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines **Massenzustroms** von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten

Artikel 2

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

[...]

c) "Vertriebene" Staatsangehörige von Drittländern oder Staatenlose, die ihr Herkunftsland oder ihre Herkunftsregion haben verlassen müssen oder insbesondere nach einem entsprechenden Aufruf internationaler Organisationen evakuiert wurden und wegen der in diesem Land herrschenden Lage nicht sicher und dauerhaft zurückkehren können, und die gegebenenfalls in den Anwendungsbereich von Artikel 1 Abschnitt A der Genfer Flüchtlingskonvention oder von sonstigen internationalen oder nationalen Instrumenten, die internationalen Schutz gewähren, fallen. Dies gilt insbesondere für Personen,

i) die aus Gebieten geflohen sind, in denen ein bewaffneter Konflikt oder dauernde Gewalt herrscht;

KAPITEL III

Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber Personen, die vorübergehenden Schutz genießen

Artikel 13

[...]

(2) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, die notwendige Hilfe in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie im Hinblick auf die medizinische Versorgung erhalten, sofern sie nicht über ausreichende Mittel verfügen. Unbeschadet des Absatzes 4 umfasst die notwendige Hilfe im Hinblick auf die medizinische Versorgung mindestens die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten.

[...]

(4) Die Mitgliedstaaten gewähren Personen, die vorübergehenden Schutz genießen und besondere Bedürfnisse haben, beispielsweise unbegleitete Minderjährige oder Personen, die Opfer von Folter, Vergewaltigung oder sonstigen schwerwiegenden Formen psychischer, körperlicher oder sexueller Gewalt geworden sind, die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe.

Prof. Dr. Martin Greifeneder

Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Kepler Universität Linz

1991 - lfd Richter des **Landesgerichtes Wels** (seit 1992 Arbeits- und Sozialrecht)

1999-2012 Lehrauftrag an der **Donau-Universität Krems**, Institut für Banking & Finance (Bürgerl Recht, Unternehmensrecht)

- 2008-2012 Lehrauftrag an der **Wirtschaftsuniversität Wien**, Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht (Arbeitsrecht)
- 2015 – 2017 Lehrauftrag an der **Donau-Universität Krems**, Department Gesundheitswissenschaften und Biomedizin (Pflegerecht)
- 2023 - lfd Lehrauftrag an der **Medizinischen Fortbildungsakademie OÖ/JKU** (Medizinrecht)
- 2010 - lfd Schriftleitung **Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht – ÖZPR** (MANZ)
- 2008 - lfd **Mitglied des Senates III der Gleichbehandlungskommission im BKA** (entsandt vom BMJ)
- 2008 - lfd Seminartätigkeit insb zu Fragen des Pflegerechts
- Mitarbeit in diversen Arbeitsgruppen und Pilotprojekten im BMJ und BMSGPK (Erwachsenenschutzrecht, Pflegegeld etc)
- (Mit)Autor des **Handbuch Pflegegeld** (MANZ), aktuell 5. Auflage

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

1	Achitz Bernhard Volksanwalt Mag., Volksanwaltschaft
2	Aichinger Tristan Mag., Med. Universität Graz
3	Altersberger Christine Mag.a, GÖD
4	Amon-Konrath Cornelia Mag.a, Gleichbehandlungsanwaltschaft
5	Anzenberger Werner Prof. DDr., Arbeiterkammer Stmk AST Leoben
6	Aschauer Otto Mag., Rechtsabteilung GÖD Wien
7	Aschenbrenner Fiona, Gahleitner Rechtsanwältin GmbH, Wien
8	Auer-Mayer Susanne Univ.-Prof.in Mag.a Dr.in, Wirtschaftsuniversität Wien
9	Aufinger Guntram Mag. Dr., Energie Steiermark AG
10	Augustin Nina Mag.a, Volksanwaltschaft
11	Bacher Julia Mag., ÖBB-BCC GmbH, Kärnten
12	Bachhofer Klaus Mag., Arbeiterkammer Wien
13	Badalec Christopher Mag., Gerlach Rechtsanwälte
14	Bajic Petar Mag., Industriellenvereinigung
15	Bammer Armin RA Dr., RAe-Kanzlei Wien
16	Bammer , MA LL.M. Johannes RA Mag., RAe BINDER GRÖSSWANG
17	Baringer , LL.M. BSc Larissa, Wirtschaftsuniversität Wien
18	Baumann Eva Mag.a Dr.in, GRAZ-Holding
19	Baumgartner Michael Mag., Arbeiterkammer OÖ
20	Beck Franz Mag., Arbeiterkammer Vorarlberg
21	Behrend Nicola Dr.in Richterin am Bundessozialgericht, Kassel
22	Ben-Brahim Sonia Mag.a, Gerlach Rechtsanwälte
23	Berchtold Andreas RA Mag., Berchtold & Kollerics, Graz
24	Berchtold , LL.M Yvonne Mag.a., KAGes Graz
25	Berger Julia RAin Mag.a, Körber-Risak Rechtsanwalts GmbH
26	Bernhard Sigrid Mag.a Rechtsschutzsekr., GPA-djp
27	Berthou Arnaud Mag. Dr., Gewerkschaft vida
28	Bertsch Philipp Mag., Engelbrecht Rechtsanwalts GmbH, Wien
29	Beyer Evelyn Mag.a, Verlag des ÖGB GmbH
30	Beyer Thomas Dekan Prof. Dr., Kathol. Universität Eichstätt-Ingolstadt
31	Bier Valentina Mag.a, RAe LeitnerLaw Linz
32	Bierbaum Rudolf Mag., ÖBB-BCC GmbH, Wien
33	Billinger Susanne RAin Mag.a, Puttinger Vogl Rechtsanwälte OG, Ried i.L.
34	Blasch Paula Dr.in, G.L. Pharma GmbH
35	Blum Manuela Mag.a, Arbeiterkammer Wien
36	Böhm Elisabeth Senior Director Mag.a, OTIS GesmbH
37	Bohnstingl Gerhard Mag., Landarbeiterkammer Stmk
38	Brameshuber Elisabeth Univ.-Prof.in Dr.in, Universität Wien
39	Brandstätter Stefan Mag., BDO Austria GmbH, Salzburg
40	Braun Nadine Mag.a, LPA Amt OÖ Landesregierung
41	Bredenfeldt , MSc Thomas Dir. Mag., KAGes Graz
42	Brokes Philipp Mag., Arbeiterkammer Wien
43	Buchacher Jochen Mag., Arbeiterkammer Stmk
44	Buchinger Kerstin Dr.in, Volksanwaltschaft

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

45	Bulla-Wagner Barbara ALin Mag.a Dr.in, AUVA Wien
46	Burger-Ehrnhofer Karin Mag.a, Wirtschaftsuniversität Wien
47	Burgstaller Elisa Mag.a, Arbeiterkammer Sbg
48	Burz Alexander Dr., Dachverband Sozialversicherungsträger
49	Cavar Klaus RA Dr., CAVAR LEGAL Wien
50	Celar Michael RA Dr., RAe Celar, Senoner, Weber-Wilfert, Wien
51	Controneo Sebastian Mag., Sozialministerium
52	Czellary-Ulrich Daniela ALin Dr.in, PVA Wien
53	Damm Pamela Mag.a., PVA Wien
54	Deinert Olaf Prof. Dr., Universität Göttingen
55	Dembinski Bernadette Mag.a, BDO Austria GmbH, Graz
56	Deopito Sarah BR, UniCredit Bank Austria AG, Wien
57	Diensthuber Anna MMag.a Dr.in, RAe Herbst Kinsky, Wien
58	Diesner Viktoria Mag.a, GPA-djp
59	Diplinger Herbert Mag., voestalpine Stahl GmbH Linz
60	Dirisamer Patricia Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
61	Djalinous-Glatz Dinah Mag.a, ÖGB Wien
62	Dobritzhofer Wolfgang Mag., NÖ LLWK
63	Doroszewicz , mgr Wlodzimierz, A1 Telekom Austria AG, Wien
64	Drapak Viktoria, BDO Austria GmbH, Wien
65	Drs Monika ao. Univ.-Prof.in Mag.a Dr.in, Wirtschaftsuniversität Wien
66	Dubsky , LL.M. Natalie Dr.in, OMV AG
67	Dullinger Thomas Dr. Mag. Univ.-Ass., Wirtschaftsuniversität Wien
68	Dürtscher Karl, GPA-djp
69	Dvorak Ludwig Mag., Arbeiterkammer Wien
70	Dygruber Angelika Mag.a, Arbeiterkammer Salzburg
71	Eckhart Leona Mag.a, Gleichbehandlungsanwaltschaft
72	Eder Marlene Mag.a, Johannes Kepler Universität Linz
73	Eichinger Esther Mag.a, Universität Graz
74	Eichler Klara Dr.in, Medizinische Universität Wien
75	Eichmeyer Jana RAin Dr.in, E+H Rechtsanwälte GmbH
76	Eigenbauer Michaela Mag.a, ÖBB-BCC GmbH, Wien
77	Eigner-Pichler Michaela Mag.a, Arbeiterkammer Kärnten
78	Eliasz Olivia Mag.a, Bundesrechenzentrum GmbH
79	Elmani Oliver AL-Stv. Mag., AMS NÖ
80	Endl Michaela Mag.a, Scheuch GmbH Auroldmünster
81	Engelbrecht Helmut RA Dr., Engelbrecht Rechtsanwalts GmbH, Wien
82	Englader Julia Mag.a, GoStudent
83	Ennsmann , MBA Fabian Mag., Wirtschaftskammer Sbg
84	Ercher-Lederer Gerda ALin Mag.a, BMAW
85	Ertl Tobias Mag., Spar Österreich
86	Estermann , MA Eva Mag.a, Landarbeiterkammer Tirol
87	Falkensteiner Sarah Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
88	Felten Elias Univ.-Prof. Mag. Dr., Universität Salzburg

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

89	Felzmann Harald Mag., Rechtsabteilung GÖD Wien
90	Fischer-Nakajima , Bakk David Mag., GÖD
91	Flatscher Andre Mag., Universität Salzburg
92	Fließner Daniela Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
93	Frank Tamara Mag.a, Wirtschaftskammer Kärnten
94	Frühwirth Stefan Mag., PRO-GE Steiermark
95	Fuchs Dominik Mag., Wirtschaftskammer Stmk
96	Fürweger Katharina Dr.in, Arbeiterkammer Vorarlberg
97	Gahleitner Sieglinde Vizepräs. RAin Hon.-Prof.in Dr.in Mitglied des VfGH, Wien
98	Gasteiger Georg Mag., Gewerkschaft vida, Wien
99	Ginner Boris Mag., Arbeiterkammer Wien
100	Glaser Siegfried KD Mag. Dr., LAK OÖ
101	Glatz Susanne Mag.a, Styria Media Group AG, Graz
102	Gleich Heimo Mag., Landarbeiterkammer NÖ
103	Gleißner Rolf Mag. Dr., Wirtschaftskammer Österreich
104	Gogola Michael Mag., Gewerkschaft GPA
105	Goldberger Tobias, BDO Austria GmbH, Graz
106	Göschl Isabella Mag.a, RAe Pelzmann Gall Größ, Wien
107	Graf-Schimpek , LL.M. Caroline ALin Mag.a Dr.in, DV Sozialversicherungsträger
108	Grasser Priska AL-Stv.in Dr.in, Med. Universität Innsbruck
109	Gratz Anna-Maria Mag.a, Arbeiterkammer Vbg
110	Gratzer Alexander Mag., Arbeiterkammer Stmk
111	Greifeneder Martin Prof. Dr., Landesgericht Wels
112	Greiner , LL.M. Conrad, Wirtschaftsuniversität Wien
113	Griebler Kerstin Dr.in, Landesgericht Krems
114	Grill Michael, DV Sozialversicherungsträger
115	Grillberger Konrad em o.Univ.-Prof. Dr., Universität Salzburg
116	Grimm Markus Dir. Hon.-Prof. Dr., Medizin. Universität Wien
117	Gritz Josef BRV, Arbeiterkammer Stmk
118	Grof Markus W. Mag., AUVA Wien
119	Gruber , MIM MBA, LL.M. LL.M. CSE Martin Dr. MMMag., Hagleitner
120	Gruber-Risak Martin ao. Univ.-Prof. Dr., Universität Wien
121	Grundeis Andreas RA Dr., RA-Kanzlei, Wien
122	Gstöttenmair Jakob Mag., Gleichbehandlungsanwaltschaft
123	Günes Hüseyin Mag., Gleichbehandlungsanwaltschaft
124	Gutleder-Leskovar Erika Mag.a, Österr. Apothekerverband, Wien
125	Haas Christa AL-Stv.in Mag.a, BMA W
126	Haberleitner Sabine Mag.a, ÖGK OÖ
127	Hager Michelle Mag.a., Arbeiterkammer Vorarlberg
128	Hahn Natalie RAin Dr.in, Kunz Wallentin RAe GmbH
129	Haibach Peter LS Mag., Gewerkschaft vida, Salzburg
130	Halwax Richard Mag., Arbeiterkammer Wien
131	Hammer Theresa Mag.a, Klagsverband, Wien
132	Hargassner Richard Hofrat Dr., OGH

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

133	Harrer Manfred RA Dr., RA-Kanzlei Linz
134	Haslacher Robert Mag., Sozialministerium
135	Haumann Svenia Mag.a., KAGes Graz
136	Hedegger Evelyn Mag.a, voestalpine AG
137	Heindl , LL.M., LL.B. Julia, Österreichischer Sparkassenverband
138	Heinz Andreas Vizepräsident Dr. Bundessozialgericht, Kassel
139	Herler Julia ALin Mag.a Dr.in, SOS-Kinderdorf Wien
140	Herzog Wolfgang Mag., KAGes, Graz
141	Hilber , LL.B. Kristina Mag.a. Dr.in, voestalpine AG
142	Hillebrand Markus Mag., B7 Arbeit und Leben, Linz
143	Hirsch Anna Maria Mag.a, NÖ LLWK
144	Hirth Michael RA Mag., RAe Leitner & Hirth, Graz
145	Hödlmayr Christina Mag.a Dr.in, RAe LeitnerLaw Linz
146	Höfer Adrian RAA Mag., Gahleitner Rechtsanwältin GmbH, Wien
147	Hoffmann Hannah Mag.a, SVS Oberösterreich
148	Hofmann Nikolaus, Wirtschaftsuniversität Wien
149	Hogl Manuela Mag.a, Gewerkschaft vida
150	Hollmann Friederike RAin Dr.in., Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte GmbH
151	Höllwarth , LL.M. Julia, Wirtschaftsuniversität Wien
152	Holuschka Mirjam Mag.a, CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien
153	Holzer Alexandra Mag.a Dr.in, Arbeiterkammer OÖ
154	Hölzl Eva Mag.a., KAGes Graz
155	Holzner Christian Univ.-Prof. Dr., Universität Linz
156	Honegger Beate Mag.a, BMAW
157	Hopf Herbert Senatspräsident des OGH i.R. Dr., Wien
158	Huber Barbara Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
159	Huber , BA Melissa, Verlag des ÖGB GmbH
160	Hufnagl Dietmar Mag. Leiter BezSt. Pinzgau, Wirtschaftskammer
161	Hussmann Frank Ass.jur., Arbeiterkammer Wien
162	Hutterer , LL.M. Alois RA Mag., RAe Denkmair, Hutterer .., Linz
163	Jäger Raphael Mag., Arbeiterkammer Salzburg
164	Jehle , BSc Michael Mag., Universität Innsbruck
165	Jelev , LL.B Julien, GPA Wien
166	Jetzinger Brigitte Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
167	Jöbstl Jürgen Mag., Arbeiterkammer Kärnten
168	Jöchel Laura RAin Mag.a, RAe Teicht Jöchel, Wien
169	Jöchel-Hengl Magdalena RAin Mag.a, RAe Teicht Jöchel, Wien
170	Jones Sarah Stud.Ass.in, Universität Salzburg
171	Juhasz Krisztina Mag.a, Arbeiterkammer Wien
172	Julcher Angela Hon.-Prof.in HRin Dr.in, VwGH
173	Jungwirth Branco RA Mag., RA-Kanzlei Wien
174	Kager Ines Mag.a, Wirtschaftsuniversität Wien
175	Kain , LL.M. Dr.in Felicia Wirtschaftsuniversität Wien
176	Kaiselgruber Arno Mag., OÖ Gesundheitsholding GmbH

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

177	Kalod Mario Mag., ÖGB younion
178	Kaluza Peter Dr., Landwirtschaftskammer Österreich
179	Kammler Barbara Assoz. Univ.-Prof.in Mag.a Dr.in, Universität Linz
180	Kammler Herwig Mag., Kammler & Koll Rechtsanwälte OG
181	Kamrat Martin Mag., Arbeiterkammer OÖ
182	Kappel Susanne RAin Mag.a Dr.in, Gahleitner Rechtsanwältin GmbH
183	Kapuy Klaus Dir. Dr., PVA Wien
184	Kargl Stephanie Mag.a, Industriellenvereinigung
185	Kargl Vera Mag.a, Puttinger Vogl Rechtsanwälte OG, Ried i.L.
186	Karl Anna-Katharina Mag.a, Arbeiterkammer Kärnten
187	Kecht Markus Dr., Wirtschaftskammer Vbg
188	Kempinger Christian BRV, LAT Nitrogen Linz GmbH
189	Kern Maximilian Mag., ÖGK OÖ
190	Kern , MA Daniel, Verlag des ÖGB GmbH
191	Kietaibl Christoph Univ.-Prof. Dr., Wirtschaftsuniversität Wien
192	Kinner Wolfgang RA Dr., Kinner Korenjak LAW, Wien
193	Kinsperger Gloria Mag.a, Arbeiterkammer Vorarlberg
194	Kircher Martin Dir.-Stv. Dr., Versorgungsanstalt d. österr. Notariates
195	Kirchsteiger Verena Mag.a, DV Sozialversicherungsträger
196	Kirnbauer Michael Mag., Landwirtschaftskammer Bgld
197	Kneidinger Lukas, voestalpine Personal Services GmbH
198	Koch , LL.M Anja, Universität Salzburg
199	Kochanowski , LL.M. Berit RAin Dr.in, Rechtsanwältin/Mediatorin Graz
200	Kocher Christa Mag.a, Wirtschaftskammer NÖ
201	Kofler Wolfgang RA Mag., Kanzlei JURIDICOM, Klagenfurt
202	Kojic Mile Mag., Universität Innsbruck
203	Koll Cornelia Mag.a, OÖ Gesundheitsholding GmbH
204	Köll Daniel Mag., ÖBB-BCC GmbH, Innsbruck
205	Kollau Christian Mag., Universität Graz
206	Koller Karin Mag.a Rechtsschutzsekr., GPA-djp
207	Köllner , LL.M. Karin, RAe LeitnerLaw Linz
208	Komar Andrea Mag.a Rechtsschutzsekr., GPA-djp
209	König Manuela Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
210	Königsberger Georg MMag., Wirtschaftskammer Stmk
211	Konstatzky Sandra Mag.a, Gleichbehandlungsanwaltschaft
212	Körber-Risak Katharina RAin Dr.in, RAe-Kanzlei Wien
213	Körner Josef Mag., ÖBB-BCC GmbH, Linz
214	Korntner Heinz Verlagsleiter Mag., Manz Verlag Wien
215	Kouchmeshgi-Kranzinger Dorothee Mag.a, SVS Salzburg
216	Kovacs Erika Assoz.-Prof.in Dr.in, Wirtschaftsuniversität Wien
217	Kozak Wolfgang Mag. Dr., Arbeiterkammer Wien
218	Kraßnitzer Iris Mag.a, Verlag des ÖGB GmbH
219	Krassnitzer Vera Mag.a, Kanzlei Silbermayr Reihl Wien
220	Krausbar Tanja Mag.a, Arbeiterkammer OÖ

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

221	Kreil Linda Mag.a Dr.in, Engelbrecht Rechtsanwalts GmbH, Wien
222	Kreiner Verena RAin Mag.a Dr.in, Gahleitner Rechtsanwältin GmbH, Wien
223	Kronig Alexandra Dr.in, Ö. Gesundheitskasse Kärnten
224	Ksiazek Sebastian Mag., ÖBB-BCC GmbH, Wien
225	Kugler Georg RAA Mag., RA-Kanzlei Dr. Kugler, Klagenfurt
226	Kugler-Ettl Christina Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
227	Kuhn Christoph U. RA Mag., RA-Kanzlei Wien
228	Kulhanek Angelika Mag.a, FV Gesundheitsbetriebe, Wien
229	Kutic Vanja Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
230	Lackner Andreas Mag., Land Salzburg
231	Lackner Martina Mag.a, ÖGB Wien
232	Laimer , LL.M. Hans Georg RA Dr., ZFZ Zeiler Rechtsanwälte GmbH
233	Lang Katharina Mag.a, ÖGB younion
234	Lang Robert Mag., ÖGK OÖ
235	Lanik Michaela Mag.a, Volksanwaltschaft Wien
236	Lasinger Andrea Mag.a, Landarbeiterkammer NÖ
237	Lasnik Gernot Mag., Arbeiterkammer Stmk
238	Lechner Franz GF Mag. Dr., SVD Büromanagement GmbH, Wien
239	Lechner Wolfram Mag., Arbeiterkammer Kärnten
240	Leitner Michael RA Dr., RA-Kanzlei Wien
241	Lemmerer Ursula Mag.a, Wirtschaftskammer Sbg
242	Lesterl Maria Dir.in Mag.a, AUVA Linz
243	Lexer Michaela Mag.a, BDO Austria GmbH, Graz
244	Lidy Christoph Mag., Landwirtschaftskammer Bgld
245	Likar , LLB Nicole, Spar Österreich
246	Lindenthaler Erik Mag., Rechnungshof
247	Lintner Johann Direktor Dr., ÖGK Kärnten
248	Löscher Markus RA Mag., Loescher Rechtsanwalts GmbH, Wien
249	Ludvik , BSc Christoph RA Mag. Dr., RAe ATTYS Wien
250	Lugmayr Katharina Mag.a, LAK OÖ
251	Lukowitsch Claudia Mag.a, BMAW
252	Lurf Laura Mag.a, BMAW
253	Luth Hannah Mag.a, Universität Wien
254	Lux Miriam Mag.a, DV Sozialversicherungsträger
255	Machacek Gerald Mag., SVS Salzburg
256	Mader Margit Mag.a, Arbeiterkammer Wien
257	Mäder , LL.M.Julia, BDO Austria GmbH, Wien
258	Maier Philipp Dr., RAe-Kanzlei Wien
259	Mair Andreas assoz. Univ.-Prof. PD Dr. Mag., Universität Innsbruck
260	Mairhofer Sebastian RA Dr., RA-Kanzlei Linz
261	Majoros Thomas RA Dr., RA-Kanzlei Wien
262	Malorny Friederike Prof.in Dr.in, Universität Münster
263	Marhold Franz em o.Univ.-Prof. Dr. em RA, European Committee of social rights, Strasbourg
264	Mariacher Martin Mag., Arbeiterkammer Salzburg

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

265	Marl , LL.M. Jürgen, ÖBB-Business Competence Center GmbH, Wien
266	Marx Christina Mag.a, Wirtschaftskammer Österreich
267	Masilko Annemarie GL Mag.a, Sozialministerium
268	Mathy Thomas Mag. Dr., Universität Innsbruck
269	Mayr Klaus Dr., Arbeiterkammer OÖ
270	Mayrdorfer David, Wirtschaftskammer OÖ
271	Mayrhofer Alexander Mag., Amt der OÖ Landesregierung
272	Mayrhofer Martina Mag.a, B7 Arbeit und Leben, Linz
273	McGrew-Taferl Gerlinde Mag.a BR, Arbeiterkammer OÖ
274	Meier Felix, LexisNexis
275	Meissnitzer-Faure Martin MMag. Dr., Sozialministerium
276	Melischnig Silvia Mag.a Rechtsabteilung, Universität Klagenfurt
277	Melzer Nora ao. Univ.-Prof.in Mag.a Dr.in, Universität Graz
278	Menhofer Stefan Prokurist Mag., Linde Verlag
279	Menkovic Dino Mag., Arbeiterkammer OÖ
280	Merten Daniel Mag., Wirtschaftskammer OÖ
281	Mertinz Anna Dr.in, RAe KWR, Wien
282	Messinger , LL.M.Maximilian, Wirtschaftskammer NÖ
283	Miggitsch Maximilian Dkfm, ÖGK Kärnten
284	Miksch Christian Mag., Arbeiterkammer Tirol
285	Milanovic Biljana Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
286	Mild Lisa Mag.a, Energie Steiermark AG
287	Mildner Thomas RA MMag. Dr., RA-Kanzlei, Innsbruck
288	Minderock , LL.M. Reinhard Mag., Johannes Kepler Universität Linz
289	Minixhofer Reinhard Dir. Mag., AUVA LSt-Wien
290	Mißbichler Magdalena Mag.a, Kepler Universitätsklinikum, Linz
291	Moosmann Paul RAA Mag., KPMG Law
292	Morscher , LL.M. Manuela, Arbeiterkammer Vorarlberg
293	Moser Florian Mag., Arbeiterkammer Stmk
294	Mosing Florian Priv.-Doz. Mag. Dr., Wirtschaftskammer Stmk
295	Mosler Rudolf Präsident Univ.-Prof. Dr., Universität Salzburg
296	Müller Andreas Mag., Wirtschaftskammer Stmk
297	Müller Martin Mag., Österreichischer Gewerkschaftsbund
298	Müller Rudolf SP iR, Mitglied des VfGH iR., Hon.-Prof. Dr. Dr. h.c.
299	Müller Sebastian Mag., Schönherr Rechtsanwälte GmbH Wien
300	Müllner Margit Mag.a, KPMG Alpentreuhand Linz
301	Mutz Johannes RA Mag., RA Kanzlei Mutz Klagenfurt
302	Naderhirn Johanna Ass.-Prof.in Mag.a Dr.in, ARSO Universität Linz
303	Nadlinger Benjamin Mag., Wirtschaftskammer NÖ
304	Neubauer Viktoria Dr.in, Freshfields Bruckhaus Deringer
305	Neubauer , LL.M. Julia, ÖBB-Business Competence Center GmbH, Wien
306	Neumann Thomas Dir. Dr., BDO Austria GmbH, Wien
307	Neumayr Matthias VP d. OGH iR Univ.-Prof. Dr., OGH + Uni Salzburg
308	Nicoletti , MA Ingrid Mag.a, RAe Frischenschlager.Navarro, Linz

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

309	Niederstrasser Nina RA in Mag.a, Körber-Risak Rechtsanwalts GmbH
310	Niesner Theresia Mag.a, KAGes, Graz
311	Nigrowics Lukas Mag., DV Sozialversicherungsträger
312	Niksova Diana Univ.-Prof.in MMag.a Dr.in, Universität Innsbruck
313	Nußbaumer Alexander Mag., Arbeiterkammer Vbg
314	Oberauer Ulrike Mag.a, Arbeiterkammer Sbg
315	Obergruber Jörg Mag., Arbeiterkammer Stmk
316	Oberhofer , LL.M. Barbara RA in Dr.in, RA-Kanzlei BAOB Wien
317	Obermeyr Leonie Mag.a, Universität Salzburg
318	Obrecht Sascha Mag., Universität Wien
319	Obwaller Sarah Mag.a, Universität Innsbruck
320	Ogriseg Sabine Stabsstellenleiterin Mag.a Dr.in, Med. Uni Graz
321	Österreicher Ulrike Mag.a, Landwirtschaftskammer Österreich
322	Otyпка-Prastalo Silvija Mag.a, ZA A1 Telekom Austria
323	Panhözl Wolfgang Mag., Arbeiterkammer Wien
324	Pavitsits Caroline Mag.a, CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien
325	Perencevic , MSc Christina Mag.a, Paris-Lodron Universität Salzburg
326	Petrofsky , LL.M. Carina, ÖBB-Business Competence Center GmbH, Wien
327	Pfeil Walter J. Univ.-Prof. iR Dr., Universität Salzburg
328	Pfleger Timon Mag., Arbeiterkammer Wien
329	Pflug Johannes Dr., Wirtschaftskammer Wien
330	Pförtl , LLB Kerstin Mag.a, Spar Österreich
331	Pink Sarah Mag.a, ÖBB-BCC GmbH, Wien
332	Pleterski Daniela Mag.a., KAGes Graz
333	Pöcheim Bernadette Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
334	Pokorny Berndt AL Mag., Pensionsversicherungsanstalt
335	Popp Armin RA Mag., Loescher Rechtsanwalts GmbH, Wien
336	Posch Denise Mag.a, ARSO Universität Linz
337	Posch Stephanie Dr.in., Arbeiterkammer Salzburg/Tennengau
338	Postl Stephan Mag., B7 Arbeit und Leben, Linz
339	Potz Andrea Mag.a Dr.in, RAe CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien
340	Pracher Irmgard MMag.a Dr.in, RAe LeitnerLaw Linz
341	Prein Gerald Mag., Arbeiterkammer Kärnten
342	Preiss Joachim Klubdirektor Mag., SPÖ-Parlamentsklub
343	Pretschner , LL.M. Sophie, Freshfields Bruckhaus Deringer
344	Pusch Karin Mag.a, Schönherr Rechtsanwälte GmbH Wien
345	Raditschnig Sandra Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
346	Radner Thomas AL Dr., Arbeiterkammer Tirol
347	Rameseder Judith Dr.in, BABE Linz
348	Rath , LL.M. Sarah Mag.a, Wirtschaftsuniversität Wien
349	Rausch Patrizia Mag.a., PVA Wien
350	Rauscher Nicole Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
351	Rechberger Katharina Mag.a, Wirtschaftskammer OÖ
352	Redl Nadine Mag.a, PRO-GE OÖ

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

353	Reif Alfred Mag., Volksanwaltschaft
354	Reiter Sabine Mag.a, SWIETELSKY AG, Linz
355	Reitter Livia Mag.a, Wirtschaftsuniversität Wien
356	Resch Andreas, ÖGB/GPF, Wien
357	Rombold Claudia Mag.a, BDO Austria GmbH, Graz
358	Rosenauer Heinz AL Mag., ÖBB-Infrastruktur AG
359	Rosenmayr-Khoshideh Martina Dir.in Dr.in, SVS Wien
360	Rrahimi Xhevahir Mag. Arbeiterkammer OÖ Bezirksstelle
361	Rupprecht Claudia Mag.a Dr.in, Energie Steiermark AG
362	Ruß Verena RAAin Mag.a Dr.in, RAe Held Berdnik Astner, Graz
363	Rußegger , LL.M. MSc Hannah Mag.a, Universität Salzburg
364	Saak Karoline Mag.a., KAGes Graz
365	Sackl-Lang Katharina Mag.a, Wirtschaftskammer NÖ
366	Sagan , MJur (Oxon) Adam Univ.-Prof. Dr., Universität Bayreuth
367	Salkic Dino Mag., AUVA Wien
368	Samek , MA LLM Silvia Katharina, Baker McKenzie
369	Sand Hans-Jörg Ing, Sandvik Mining and Construction, Zeltweg
370	Santin , BA Mag.a Lisa, ÖBB-Business Competence Center GmbH, Wien
371	Säumel Gerald Mag., Raiffeisenverband Stmk
372	Schachner Michael Mag., LexisNexis Verlag ARD Orac & Co KG
373	Scharinger Lukas AL Mag., LAK OÖ
374	Schaunitzer Gabriela Mag.a, Med. Universität Graz
375	Schaup Fabian Generalsekr. Mag. Dr., Österr. Landarbeiterkammertag
376	Schedle Maria RAin Mag.a, Engelbrecht Rechtsanwalts GmbH, Wien
377	Scheiblmaier Robert Mag., Arbeiterkammer Salzburg
378	Schindler René Dr.
379	Schlachter Monika Dir.in Prof.in Dr.in Dres. h.c., Universität Trier
380	Schlee Clara Mag.a, Gleichbehandlungsanwaltschaft
381	Schleinzer Stephanie Dr.in, Manz Verlag Wien
382	Schmidt Thomas Mag., Arbeiterkammer Stmk
383	Schmied Elisabeth Mag.a, Wirtschaftskammer Österreich
384	Schnabl Helene Mag.a, Universität Wien
385	Schneller Hannes Mag., Arbeiterkammer Wien
386	Schnittler Christina Dr.in Mag.a, Universität Wien
387	Schöffmann Peter Clemens Dr. Mag., Wirtschaftsuniversität Wien
388	Schoiber Veronica, RA-Kanzlei, Sbg
389	Schoiber-Ceconi Claudia RAin Dr.in, RA-Kanzlei, Sbg
390	Schott Kerstin Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
391	Schrammel Rupert RA Mag., KORN Rechtsanwälte OG
392	Schrammel Walter em o.Univ.-Prof. Dr., Universität Wien
393	Schrattbauer Birgit MMag.a Dr.in, Universität Salzburg
394	Schrittwiesser Bettina Dir.-Stv.in Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
395	Schrittwiesser Bianca Mag.a, Arbeiterkammer Wien
396	Schrott Christina Mag.a, RAe Pelzmann Gall Größ, Wien

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

397	Schüller Markus Mag., Arbeiterkammer Wien
398	Schüller Raimund RA Mag., Kanzlei Schüller Wien
399	Schütter Dzana Mag.a, Spar Österreich
400	Schwab , LL.M. Jennifer, Wirtschaftsuniversität Wien
401	Schwaiger Martin Dr., Salzburg AG
402	Schwaiger Martina Mag.a, BMAW
403	Schweiger , LL.M. Thomas RA Dr., RAe SMP, Linz
404	Schwertner Sophie Mag.a Dr.in, Universität Salzburg
405	Seitz Reinhard Mag., Bundesverwaltungsgericht
406	Senk Jasmine RAin Mag.a Dr.in RA-Kanzlei, Linz
407	Seyringer-Rasch Irene Mag.a, SVA d. Selbständ., Wien
408	Silberagl Rainer Dr., Arbeiterkammer Tirol
409	Skof Johanna Mag.a, Landwirtschaftskammer Kärnten
410	Sljivic Josip Mag., Gewerkschaft vida
411	Sonkaya-Bertassi Sema Mag.a, Sozialministerium
412	Sonnleitner Claudia Mag.a, BDO Austria GmbH, Graz
413	Sonnleitner Lisa Dr.in Mag.a, B7 Arbeit und Leben, Linz
414	Souhrada Josef Dr.
415	Spinka Lukas Dr., Arbeiterkammer Wien
416	Spreitz Sabine Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
417	Springer Veronika Mag.a, ARSO Universität Linz
418	Stachel Bernhard Mag., Klinikum Wels-Grieskirchen GmbH
419	Stadler Manuela Mag.a Dr.in, OÖ Gesundheitsholding GmbH
420	Stadlober Anna Mag.a, Universität Wien
421	Stärker Lukas KAD Univ.-Doz. Dr., Österr. Ärztekammer Wien
422	Steffelbauer , LL.B. PMM Maximilian Mag., Linz AG
423	Stegmüller Thomas Mag., Wirtschaftskammer Österreich
424	Steier Robert Mag., Gewerkschaft vida
425	Steiner Marlene Mag.a, ÖBB-BCC GmbH, Linz
426	Steiner Michael Mag., Universität Innsbruck
427	Sternbach Daniela Mag.a, Gerlach Rechtsanwälte
428	Steurer Bettina, ARSO JKU Linz
429	Stiboller Verena Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
430	Stinauer Elisabeth Mag.a, Manz Verlag Wien
431	Stockreiter Patrick, ÖGB-GPF Wien
432	Stöger Claudia Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
433	Strasser Isabella Maria, Spar Österreich
434	Streibel Andreas MMag. Dr., PVA Wien
435	Stummer Patrick Prokurist Dr., Linde Verlag
436	Sturm Sophie Mag.a, SVS Salzburg
437	Stütz , LL.M. Angelika, ÖBB-BCC GmbH, Wien
438	Sundl Bruno Mag., Arbeiterkammer Stmk
439	Suntinger Peterpaul RA Mag., RA-Kanzlei Klagenfurt
440	Svarc Andrea Mag.a, ÖBB-BCC GmbH, Wien

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

441	Szivatz Christina Mag.a, Sozialministerium
442	Szostak Helena Mag.a, SVS Oberösterreich
443	Takuska Sandra Mag.a, Sozialministerium
444	Tamas Cristina DI.in, Klagenfurt
445	Täubel Christoph Mag., Arbeiterkammer NÖ
446	Teuchtmann Christina Mag.a, Arbeiterkammer OÖ
447	Thaller Daniel, DV Sozialversicherungsträger
448	Thumfart Nina Mag.a, Insolvenzschutzrecht, Arbeiterkammer OÖ
449	Tinhofer , LL.M. Andreas RA Dr., Kanzlei Tinhofer Wien
450	Törö Bence Mag., Gerlach Rechtsanwälte
451	Traupmann , LL.M Paula, Universität Salzburg
452	Tremel Roland Mag., Arbeitsmarktservice Salzburg
453	Trinko Michael Mag., Österreichischer Gewerkschaftsbund
454	Trumler Daniela Dr.in, Med. Universität Graz
455	Üblagger Armin KAD Mag., Landarbeiterkammer Sbg
456	Valenta Christa Mag.a Rechtsschutzsekr., GPA-djp
457	Valsky Franz Ing. Mag., ZA A1 Telekom Austria
458	Velebit Drago Mag., Arbeiterkammer OÖ
459	Völkl-Posch Katharina RAin Dr.in, RAe Böhmendorfer-Schender
460	Wagner Wolfgang Mag., RAe LeitnerLaw Linz
461	Walder Andreas Dr.,
462	Walka Maximilian RAA Mag., Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte GmbH
463	Waltersdorfer Franziska Mag.a, BDO Austria GmbH, Graz
464	Wandelnig Caroline Mag.a, RA Kanzlei Mutz Klagenfurt
465	Wannasek Maria-Christina Mag.a, PVA Wien
466	Warter Johannes Mag. Dr., Universität Salzburg
467	Wasserer , LL.M. LL.M. Simone AL.in Dr.in, Med. Universität Innsbruck
468	Wassner Lisa Mag.a, Arbeiterkammer Stmk
469	Weisgram Martina Personalmanagerin, Universität Wien
470	Weißensteiner Monika Mag.a, Arbeiterkammer Wien
471	Wenzl-Bründlinger Karin Dr.in, Wirtschaftskammer Österreich
472	Wetsch Katrin ALin Mag.a Dr.in, Spar Österreich
473	Widy Günther Mag., Sozialministeriumservice
474	Wielander Maximilian Mag., Arbeiterkammer Wien
475	Wieser Kerstin Mag.a, Spar Österreich
476	Wiesinger Christoph Dr., Wirtschaftskammer Österreich
477	Wiesner Ulrike Mag.a, Wirtschaftskammer Österreich
478	Wild Josef, ÖGB/GPF, Wien
479	Windisch Nicole Mag.a, Styria Media Group AG
480	Withalm , LL.M. Matthias Mag., ÖBB-Business Competence Center GmbH, Wien
481	Wögerbauer Harald Richter Dr., BVwG
482	Wolf Christoph RA Hon.-Prof. Mag. Dr., CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien
483	Wolf Patricia HRin, Dr.in Vizepräsidentin des ASG Wien
484	Wolfartsberger Peter Mag., Wirtschaftskammer OÖ

59. Tagung - TeilnehmerInnenliste

485	Wotruba Sebastian Mag., ÖGK OÖ
486	Yazici Marina Mag.a, ÖGB/GPF, Wien
487	Zach , LL.M Martin Mag., Sozialministerium
488	Zauner Verena Mag.a, Arbeiterkammer Wien
489	Zaversky Anna Mag.a, Universität Graz
490	Zawodsky Michael Mag., Wien
491	Ziegelbauer Jörg Hofrat Mag., OGH
492	Zierl Mirjam Mag.a, Manz Verlag, Wien
493	Zierler Ulrike Mag.a. Dr.in, KAGes Graz
494	Zisch Kurt Dir. iR Mag., SVS Wien
495	Zischka Stefan Dr., Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte GmbH
496	Zocher Alexander Mag., Arbeiterkammer OÖ
497	Zöchling , LL.M. Jakob RA Mag., Loescher Rechtsanwalts GmbH, Wien
498	Zuckerstätter Florian Mag., RA-Kanzlei Riß Wien
499	Zwinger Verena Dr.in Mag.a., PVA Wien