



Veröffentlichte ID	: C-116/23
Nummer des Schriftstücks	: 1
Registernummer	: 1249223
Datum der Einreichung	: 27/02/2023
Datum der Eintragung in das Register	: 28/02/2023
Art des Schriftstücks	: Vorabentscheidungsersuchen
Referenz der Einreichung über e-Curia	: Schriftstück : DC183355
Nummer der Datei	: 2
Einreicher	: Schmutzer Leopold (J359726)



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23-889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

Geschäftszahl (GZ):

W228 2257778-1/10Z

(bitte bei allen Eingaben anführen)

B E S C H L U S S

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Harald Wögerbauer als Einzelrichter in der Beschwerdesache von Herrn XXXX, Sozialversicherungsnummer XXXX vertreten durch Mag. XXXX, Arbeiterkammer Oberösterreich, Volksgartenstraße 40, 4020 Linz, gegen den Bescheid des Sozialministeriumservice (SMS), Landesstelle Steiermark, Babenbergerstraße 35, 8021 Graz, vom 07.06.2022, Zl. PK XXXX, betreffend Ablehnung von Pflegekarenzgeld für den Zeitraum 01.05.2022 bis 13.06.2022 beschlossen:

A)

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1.) Handelt es sich bei Pflegekarenzgeld um eine Leistung bei Krankheit im Sinne des Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 oder allenfalls eine andere Leistung des Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004?**
- 2.) Wenn es sich um eine Leistung bei Krankheit handelt, handelt es sich bei Pflegekarenzgeld um eine Geldleistung im Sinne des Artikel 21 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004?**
- 3.) Handelt es sich bei Pflegekarenzgeld um eine Leistung für die pflegende Person oder die pflegebedürftige Person?**
- 4.) Fällt daher ein Sachverhalt, in dem ein Antragsteller auf Pflegekarenzgeld, welcher italienischer Staatsangehöriger ist, in Österreich im Bundesland Oberösterreich seit 28.06.2013 dauerhaft wohnhaft ist, in Österreich im selben Bundesland seit 01.07.2013 durchgehend beim selben Dienstgeber arbeitet – somit kein Hinweis auf eine Grenzgängereigenschaft beim Antragsteller gegeben ist – und eine Pflegekarenz zur Pflege des Vaters, welcher italienischer Staatsbürger und dauerhaft in Italien (Sassuolo) wohnt, für**

den verfahrensrelevanten Zeitraum 01.05.2022 bis 13.06.2022 mit dem Dienstgeber vereinbart und von der belangten Behörde ein Pflegekarenzgeld begehrt, in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 883/2004?

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

6.) Steht das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip beziehungsweise das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot in den verschiedenen europarechtlichen Ausführungen (z.B.: Art 18 AUEV, Art 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004, und dergleichen) in einer Sachverhaltskonstellation, wie der gegenständlichen, der Anwendung einer nationalen Regelung bzw. einer national gefestigten Rechtsprechung entgegen, welche keinen Spielraum für die Umdeutung eines „Antrages auf Pflegekarenzgeld“ auf einen „Antrag auf Familienhospizkarenz“ vorsieht, da eindeutig ein Formular betreffend „Antrag auf Pflegekarenzgeld“ und eben nicht „Antrag auf Familienhospizkarenz“ verwendet wurde und auch eindeutig eine Vereinbarung mit dem Dienstgeber geschlossen wurde, die von „Pflege naher Angehöriger“ statt „Sterbebegleitung“ spricht – obwohl der zugrundeliegende Sachverhalt aufgrund des zwischenzeitig eingetretenen Todes des pflegebedürftigen Vaters grundsätzlich ebenso die Voraussetzungen für Pflegekarenzgeld aus dem Titel der Familienhospizkarenz erfüllen würde, wäre nur eine andere Vereinbarung mit dem Dienstgeber geschlossen und ein anderer Antrag bei der Behörde gestellt worden?

7.) Steht Art 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 oder eine andere Bestimmung des Unionsrechts (zum Beispiel Art 7 der Charta der Grundrechte) einer nationalen Regelung (§ 21c Abs. 1 BPGG) entgegen, welche die Leistung des Pflegekarenzgeldes davon abhängig macht, dass seitens der pflegebedürftigen Person österreichisches Pflegegeld ab der Stufe 3 bezogen wird, während eine andere nationale Regelung (§ 21c Abs. 3 BPGG) bei Anwendung auf den gleichen Sachverhalt die Leistung gerade nicht von einer gleichgelagerten Voraussetzung abhängig macht?

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG in Verbindung mit § 25a Abs. 3 VwGG nicht zulässig.

Begründung:

Zu A)

I. Sachverhalt

Mit Bescheid vom 07.06.2022, Zl. PK XXXX, wies die gegenständliche belangte Behörde, das Sozialministeriumservice, Landesstelle Steiermark, [= Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen] den Antrag von Herrn XXXX, dem Beschwerdeführer (BF), auf Zuerkennung von Pflegekarenzgeld vom 10.05.2022 gemäß § 21c Abs. 1 Bundespflegegeldgesetz (BPGG) in Verbindung mit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ab. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass Pflegekarenzgeld aufgrund einer Pflegekarenz nur dann in den EWR oder die Schweiz exportiert werden könne, wenn sich der Wohnsitz der pflegebedürftigen Person in diesen Staaten befinde und ein Pflegegeld nach dem österreichischen Bundespflegegeldgesetz bezogen werde, da Österreich in diesem Fall für Leistungen bei Krankheit im Sinne der VO (EG) 883/2004 zuständig sei. Nachdem der in Italien wohnhafte Vater im Rahmen einer Pflegekarenz vom BF betreut werde, und er kein Pflegegeld nach dem österreichischen Bundespflegegeldgesetz beziehe, bestehe kein Anspruch auf ein Pflegekarenzgeld und es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Dagegen richtet sich die mit 07.07.2022 datierte fristgerechte Beschwerde, in der die Zuerkennung von Pflegekarenzgeld im gesetzlichen Ausmaß von 10.05.2022 bis 13.06.2022 begehrt und weiters vorgebracht wird, dass der BF mit seinem Arbeitgeber in Wels eine Vereinbarung im Sinne von § 14c Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) über die Dienstfreistellung wegen Pflege naher Angehöriger abgeschlossen und beim Sozialministeriumservice die Zuerkennung von Pflegekarenzgeld für die Pflege seines schwerkranken Vaters, der in Italien wohnhaft war, - mittlerweile am 29.5.2022 verstorben - beantragt hat. Der ordentliche Wohnsitz des BF befindet sich seit Jahren in Österreich. Er ist kein Grenzgänger. Der Vater des BF war im beantragten Zeitraum auf Zuerkennung des Pflegekarenzgeldes auf die 24-Stunden-Pflege angewiesen und erfüllte unter Annahme einer Anwendbarkeit der österreichischen Rechtsvorschriften die Voraussetzungen für die Pflegestufe 3. Es sei eine Pflegegeldleistung nach den italienischen Rechtsvorschriften ausbezahlt worden. Die Rechtsmeinung des SMS, dass das Pflegekarenzgeld eine dem Pflegegeld akzessorische Leistung sei und daher bei Sachverhalten mit europäischem Auslandsbezug einer Pflegeperson mit Arbeitsstätte in Österreich nur dann gebühre, wenn die betreute Person Anspruch auf Pflegegeld in Österreich hätte, sei nicht nachvollziehbar. Das Pflegegeld werde von der pflegebedürftigen Person beantragt und dieser ausbezahlt. Das

Pflegekarenzgeld dagegen sei eine Leistung, die von der Pflegeperson beantragt und dieser zuerkannt und ausbezahlt werde. Es handle sich um eine Leistung zur Absicherung (sowohl arbeitsrechtlich als auch sozialrechtlich) der pflegenden Person. Wesentlich sei daher bei der Frage der Zuerkennung des Pflegekarenzgeldes der Arbeitsort der Pflegeperson. Das Pflegekarenzgeld sei europarechtlich als Leistung bei Krankheit anzusehen. Gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO (EG) 883/2004 sei österreichisches Recht anwendbar, weil der BF in Österreich tätig ist. Gemäß Art. 21 VO (EG) 883/2004 habe er Anspruch auf Geldleistungen, die vom - gegenständlich zuständigen - österreichischen Träger erbracht werden, wenn er sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalte oder dort wohne. Die sozialversicherungsrechtliche Leistung sei zu exportieren. Der Bestimmung des § 21 c Abs. 3 BPGG sei keine Anspruchsvoraussetzung zu entnehmen, dass die pflegebedürftige Person der österreichischen Krankenversicherung zu unterliegen habe. Nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) seien Leistungen, wie „Pflegegeld“ (vgl. Urteil des EuGH vom 5.3.1998, Rs C-160/96, und vom 8.3.2001, Rs C-215/99), oder die „Übernahme der Rentenversicherungsbeiträge des eine pflegebedürftige Person pflegenden Dritten durch die Pflegeversicherung“ unter „Leistung aus Krankheit“ im Sinne der VO (EG) 883/2004 zu qualifizieren (vgl. dazu Urteil vom 8.7.2004, Rs C-502/01 und 31/02). Diese Urteile seien zwar zur Verordnung (EWG) 1408/71 ergangen, aber für die gegenständliche Frage sei gegenüber der Regelung in der nunmehr anzuwendenden Verordnung (EG) Nr. 883/2004 kein wesentlicher Unterschied festzustellen, sodass die oben dargestellte Judikatur anzuwenden sei. Bei Pflegekarenzgeld handle es sich um eine Geldleistung gemäß Art. 21 der VO (EG) 883/2004 (vgl. hierzu BVwG vom 3.7.2018 (ECLI:AT:BVWG:2018:W228.2169770.1.00), BVwG vom 26.08.2020 (ECLI:AT:BVWG:2020:W228.2232397.1.00) oder BVwG vom 06.11.2020 (ECLI:AT:BVWG:2020:W217.2235570.1.00)). Gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO (EG) 883/2004 gelte vorbehaltlich der Art. 12-16 Folgendes: a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates; Gemäß Art. 21 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 (Geldleistungen) haben ein Versicherter und seine Familienangehörigen, die in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen oder sich dort aufhalten, Anspruch auf Geldleistungen, die vom zuständigen Träger nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften erbracht werden. Der BF sei in Österreich tätig und hat somit Anspruch auf Geldleistungen, die vom österreichischen Träger erbracht werden, wenn er sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalte. Die Auslegung der belangten Behörde verstoße auch gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gem. Art 45 AEUV und Art 7 Abs. 2 VO 492/2011, da fast ausschließlich EU-Bürger mit nicht österreichischer Staatsbürgerschaft pflegebedürftige Eltern außerhalb von Österreich haben. Somit würden nur diese das Pflegekarenzgeld nicht bekommen. Dies stelle aber eine mittelbare

Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern bzw. zumindest eine Verletzung des Beschränkungsverbots dar (vgl. dazu EuGH vom 18.4.2002, RsC-290/00, Duchon). Im gegenständlichen Fall habe der BF eine Pflegekarenz gemäß § 14 c AVRAG in Anspruch genommen. Ihm gebühre daher ein Pflegekarenzgeld im gesetzlichen Ausmaß gemäß § 21 c Abs. 3 in Verbindung mit § 21 e Abs. 3 BPGG für den Zeitraum vom 10.5.2022 (Beginn der Pflegekarenz, Einlangen des Antrages bei der Behörde) bis 13.6.2022 (Todestag des Vaters am 29.5.2022 +14 Tage). Sollte das BVwG diese Rechtsansicht nicht teilen, so werde die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art 267 II AEUV angeregt. Dabei sollte folgende Fragestellung an den EuGH herangetragen werden:

Ist es mit Art 45 AEUV, Art 7 Abs. 2 VO 492/2011 und der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vereinbar, wenn ein seit Jahren in Österreich beschäftigter und wohnhafter italienischer Staatsbürger Pflegekarenzgeld, eine Leistung aus der Krankenversicherung, mit der Begründung nicht ausbezahlt erhält, dass er seinen sterbenden Vater in Italien gepflegt hat, während ein pflegender Angehöriger, der seinen sterbenden Vater in Österreich pflegt, das Pflegekarenzgeld erhält?

Der Akt langte am 02.08.2022 beim BVwG ein.

Am 31.08.2022 gewährte das BVwG dem SMS ein Parteiengehör, in dem das Gericht fälschlicherweise ausführte, dass es sich im gegenständlichen Fall um eine Familienhospizkarenz gemäß § 21c Abs. 3 BPGG handle [statt richtigerweise um eine Pflegekarenz gemäß § 21c Abs. 1 BPGG], und dass der nationalen Bestimmung zur Familienhospizkarenz keine Anspruchsvoraussetzung zu entnehmen sei, dass die pflegebedürftige Person der österreichischen Krankenversicherung zu unterliegen hat. Die im Bescheid geäußerte Ansicht, dass es sich beim Pflegekarenzgeld um eine Leistung für den Gepflegten, die zum eigentlichen Pflegegeld akzessorisch sei, handle, werde nicht geteilt.

Es langte in der Folge eine Stellungnahme, datierend auf 20.09.2022 ein, in der darauf hingewiesen wird, dass „vom Antragsteller [...] kein Antrag auf Familienhospizkarenz gestellt“ wurde, „somit wurde auch kein Antrag auf Pflegekarenzgeld aus dem Titel der Familienhospizkarenz abgelehnt.“ Weiters wurde erörtert, dass Voraussetzung für eine Pflegekarenz der Bezug eines österreichischen Pflegegeldes nach dem BPGG ab der Stufe 3 bzw. bei Vorliegen einer demenziellen Erkrankung ein Bezug ab der Pflegegeldstufe 1 ist. Der Vater des Antragstellers bezieht in Österreich kein Pflegegeld. Der Antrag auf Pflegekarenzgeld aus dem Titel der Pflegekarenz wurde daher seitens des Sozialministeriumservices abgelehnt. Es wurden sodann noch Schlüsse aus früheren Entscheidungen des BVwG gezogen. Schließlich

erfolgte noch die Aufschlüsselung der Berechnung der zu gewährenden Leistung im Falle einer Stattgabe der Beschwerde.

Mit Schreiben des BVwG vom 18.01.2023 wurde dem SMS im Wesentlichen bekannt gegeben, dass angedacht ist, der Anregung des BF zu folgen und mehrere Vorlagefragen an den EuGH zu richten.

Seitens des SMS erfolgten einige Anregungen hinsichtlich der Fragestellungen.

II. Maßgebliche Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union:

Artikel 3

Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

- a) Leistungen bei Krankheit;
- b) Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft;
- c) Leistungen bei Invalidität;
- d) Leistungen bei Alter;
- e) Leistungen an Hinterbliebene;
- f) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten;
- g) Sterbegeld;
- h) Leistungen bei Arbeitslosigkeit;
- i) Vorruhestandsleistungen;
- j) Familienleistungen.

(2) Sofern in Anhang XI nichts anderes bestimmt ist, gilt diese Verordnung für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme betreffend die Verpflichtungen von Arbeitgebern und Reedern.

(3) Diese Verordnung gilt auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Artikel 70. [...]

Artikel 4

Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Artikel 7

Aufhebung der Wohnortklauseln

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

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.

(2) Der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften Geldleistungen anhand eines Durchschnittserwerbseinkommens oder einer durchschnittlichen Beitragsgrundlage zu berechnen sind, ermittelt das Durchschnittserwerbseinkommen oder die durchschnittliche Beitragsgrundlage ausschließlich anhand der Erwerbseinkommen oder Beitragsgrundlagen,

die für die nach diesen Rechtsvorschriften zurückgelegten Zeiten festgestellt worden sind.

(3) Der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften Geldleistungen anhand eines pauschalen Erwerbseinkommens zu berechnen sind, berücksichtigt ausschließlich das pauschale Erwerbseinkommen oder gegebenenfalls den Durchschnitt der pauschalen Erwerbseinkommen für Zeiten, die nach diesen Rechtsvorschriften zurückgelegt worden sind.

(4) Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend, wenn nach den für den zuständigen Träger geltenden Rechtsvorschriften ein bestimmter Bezugszeitraum vorgesehen ist, der in dem betreffenden Fall ganz oder teilweise den Zeiten entspricht, die die betreffende Person nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zurückgelegt hat.

Artikel 7

Achtung des Privat- und Familienlebens

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.

III. Die im Ausgangsverfahren relevanten Vorschriften des österreichischen Rechts lauten wie folgt:

Sterbebegleitung

§ 14a AVRAG

(1) Der Arbeitnehmer kann schriftlich eine Herabsetzung, eine Änderung der Lage der Normalarbeitszeit oder eine Freistellung gegen Entfall des Arbeitsentgelts zum Zwecke der Sterbebegleitung eines nahen Angehörigen im Sinne des § 16 Abs. 1 letzter Satz URLG für einen bestimmten, drei Monate nicht übersteigenden Zeitraum unter Bekanntgabe von Beginn und Dauer verlangen, auch wenn kein gemeinsamer Haushalt mit dem nahen Angehörigen gegeben ist. Eine solche Maßnahme kann auch für die Sterbebegleitung von Geschwistern, Schwiegereltern, Schwiegerkindern, Wahl- und Pflegeeltern und von leiblichen Kindern des anderen Ehegatten oder Lebensgefährten verlangt werden. Der Arbeitnehmer kann eine Verlängerung der Maßnahme schriftlich verlangen, wobei die Gesamtdauer der Maßnahme sechs Monate nicht überschreiten darf.

(2) Der Arbeitnehmer hat den Grund für die Maßnahme und deren Verlängerung als auch das Verwandtschaftsverhältnis glaubhaft zu machen. Auf Verlangen des Arbeitgebers ist eine schriftliche Bescheinigung über das Verwandtschaftsverhältnis vorzulegen.

(3) Der Arbeitnehmer kann die von ihm nach Abs. 1 verlangte Maßnahme frühestens fünf Arbeitstage, die Verlängerung frühestens zehn Arbeitstage nach Zugang der schriftlichen Bekanntgabe vornehmen. Die Maßnahme wird wirksam, sofern nicht der Arbeitgeber binnen fünf Arbeitstagen - bei einer Verlängerung binnen zehn Arbeitstagen - ab Zugang der schriftlichen Bekanntgabe Klage gegen die Wirksamkeit der Maßnahme sowie deren Verlängerung beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht erhebt. Das Arbeits- und Sozialgericht hat unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse und der Interessen des Arbeitnehmers zu entscheiden. In solchen Rechtsstreitigkeiten steht keiner Partei ein Kostenersatzanspruch an die andere zu, ist gegen ein Urteil des Gerichtes erster Instanz eine Berufung nicht zulässig und sind - unabhängig vom Wert des Streitgegenstandes - Beschlüsse des Gerichtes erster Instanz nur aus den Gründen des § 517 Abs. 1 Z 1, 4 und 6 der Zivilprozessordnung anfechtbar. Bis zur Entscheidung des Arbeits- und Sozialgerichts kann der Arbeitnehmer die von ihm verlangte Maßnahme sowie deren Verlängerung vornehmen, es sei denn, das Arbeits- und Sozialgericht untersagt auf Antrag des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer mit einstweiliger Verfügung nach § 381 Z 2 Exekutionsordnung, RGBI. Nr. 79/1896, die Vornahme dieser Änderung. Im Übrigen sind die für einstweilige Verfügungen geltenden gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden.

(4) Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber den Wegfall der Sterbebegleitung unverzüglich bekannt zu geben. Er kann die vorzeitige Rückkehr zu der ursprünglichen Normalarbeitszeit nach zwei Wochen nach Wegfall der Sterbebegleitung verlangen. Ebenso kann der Arbeitgeber bei Wegfall der Sterbebegleitung die vorzeitige Rückkehr des Arbeitnehmers verlangen, sofern nicht berechnete Interessen des Arbeitnehmers dem entgegen stehen. [...]

Pflegekarenz

§ 14c AVRAG

(1) Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen können, sofern das Arbeitsverhältnis ununterbrochen drei Monate gedauert hat, schriftlich eine Pflegekarenz gegen Entfall des Arbeitsentgeltes zum Zwecke der Pflege oder Betreuung eines/einer nahen Angehörigen im Sinne des § 14a, dem/der zum Zeitpunkt des Antritts der Pflegekarenz Pflegegeld ab der Stufe 3 nach § 5 des Bundespflegegeldgesetzes (BPGG), BGBl. Nr. 110/1993, gebührt, für die Dauer von mindestens einem Monat bis zu drei Monaten vereinbaren. Eine solche Vereinbarung darf grundsätzlich nur einmal pro zu betreuendem/betruender nahen Angehörigen geschlossen werden. Im Fall einer wesentlichen Erhöhung des Pflegebedarfs zumindest um eine Pflegegeldstufe (§ 9 Abs. 4 BPGG) ist jedoch einmalig eine neuerliche Vereinbarung der Pflegekarenz zulässig. Die Vereinbarung der Pflegekarenz ist auch für die Pflege und Betreuung von demenziell erkrankten oder minderjährigen nahen Angehörigen zulässig, sofern diesen zum Zeitpunkt des Antritts der Pflegekarenz Pflegegeld ab der Stufe 1 zusteht. Hat der/die Arbeitnehmer/in eine Pflegekarenz bereits angetreten, ist die Vereinbarung einer Pflegezeit für dieselbe zu betreuende Person unzulässig.

(2) Die Vereinbarung nach Abs. 1 hat Beginn und Dauer der Pflegekarenz zu enthalten. Bei der Vereinbarung über die Pflegekarenz ist auf die Interessen des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin und auf die Erfordernisse des Betriebes Rücksicht zu nehmen. In Betrieben, in denen ein für den/die Arbeitnehmer/in zuständiger Betriebsrat errichtet ist, ist dieser auf Verlangen des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin den Verhandlungen beizuziehen.

(3) Der/die Arbeitnehmer/in darf die vorzeitige Rückkehr zu der ursprünglichen Normalarbeitszeit nach

1. der Aufnahme in stationäre Pflege oder Betreuung in Pflegeheimen und ähnlichen Einrichtungen,
2. der nicht nur vorübergehenden Übernahme der Pflege oder Betreuung durch eine andere Betreuungsperson sowie
3. dem Tod

des/der nahen Angehörigen verlangen. Die Rückkehr darf frühestens zwei Wochen nach der Meldung des Eintritts der im ersten Satz genannten Gründe erfolgen. [...]

Pflegekarenzgeld

§ 21c BPGG

(1) Personen, die eine Pflegekarenz gemäß § 14c AVRAG vereinbart haben oder eine solche aufgrund eines Rechtsanspruchs in Anspruch nehmen, sowie Personen, die sich zum Zwecke der Pflegekarenz gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 AIVG vom Bezug von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe abgemeldet haben, gebührt für die Dauer der Pflegekarenz, höchstens aber für drei Monate, ein Pflegekarenzgeld nach den Bestimmungen dieses Abschnittes. Personen, die eine Pflegezeit gemäß § 14d AVRAG vereinbart haben oder eine solche aufgrund eines Rechtsanspruchs in Anspruch nehmen, gebührt für die Dauer der Pflegezeit, höchstens aber für drei Monate, ein aliquotes Pflegekarenzgeld. Pro zu betruender pflegebedürftiger Person gebührt das Pflegekarenzgeld für höchstens sechs Monate. Bei einer neuerlichen Vereinbarung oder Inanspruchnahme einer Pflegekarenz oder Pflegezeit wegen einer wesentlichen Erhöhung des Pflegebedarfs um zumindest eine Pflegegeldstufe (§ 9 Abs. 4) gebührt das Pflegekarenzgeld für höchstens weitere drei Monate pro Person, die Pflegekarenz oder Pflegezeit ausübt, insgesamt aber höchstens sechs Monate pro zu betruender pflegebedürftiger Person. Eine Pflegekarenz oder eine Pflegezeit nach gleichartigen bundes- oder landesgesetzlichen Regelungen sind wie eine Pflegekarenz oder eine Pflegezeit gemäß §§ 14c und 14d AVRAG zu behandeln. Auf das Pflegekarenzgeld besteht ein Rechtsanspruch.

(2) Vor Inanspruchnahme des Pflegekarenzgeldes muss die karenzierte Person aus dem nunmehr karenzierten Arbeitsverhältnis ununterbrochen drei Monate nach dem ASVG vollversichert oder ununterbrochen drei Monate nach dem B-KUVG krankenversichert oder nach einer vergleichbaren landesgesetzlichen Regelung gegenüber einer Krankenfürsorgeanstalt anspruchsberechtigt gewesen sein. Das Pflegekarenzgeld gebührt, soweit in diesem Bundesgesetz oder in einer gemäß Abs. 5 erlassenen Verordnung keine abweichende Regelung erfolgt, in der Höhe des nach den Bestimmungen des § 21 AIVG zu ermittelnden Grundbetrages des Arbeitslosengeldes zuzüglich allfälliger Kinderzuschläge. Der Grundbetrag gebührt bei der Pflegekarenz jedoch mindestens in Höhe der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 5 Abs. 2 ASVG und bei der Pflegezeit mindestens in Höhe des aliquoten Teiles der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze im Ausmaß der Herabsetzung der Arbeitszeit. Im Falle der Pflegezeit ist für die Ermittlung des Grundbetrages die Differenz

der monatlichen Bruttoeinkommen als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Das für den ersten Monat der Pflegezeit ermittelte tägliche Pflegekarenzgeld gebührt für die gesamte Dauer der Pflegezeit.

(3) Personen, die zum Zwecke der Sterbebegleitung eines nahen Angehörigen oder der Begleitung von schwerst erkrankten Kindern eine Familienhospizkarenz

1. gemäß §§ 14a oder 14b AVRAG oder

2. gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 oder 2 AIVG oder

3. nach gleichartigen landesgesetzlichen Regelungen in Ausführung des Landarbeitsgesetzes 1984 oder

4. nach gleichartigen bundes- oder landesgesetzlichen Regelungen

in Anspruch nehmen, gebührt für die Dauer der Familienhospizkarenz ein Pflegekarenzgeld nach den Bestimmungen dieses Abschnittes. Aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 sind dem Bund, bis jeweils 31. März eines jeden Jahres, 800.000 € zu den Aufwendungen für das Pflegekarenzgeld zu überweisen. Die Höhe der Mittelzuwendung ist im Jahr 2016 zu evaluieren. Dabei ist insbesondere zu prüfen, inwieweit dieser Überweisungsbetrag angepasst werden muss oder ob die für den Familienhospizkarenz-Härteausgleich budgetierten Mittel eine weitere Überweisung rechtfertigen.

(3a) Für Personen, die sich gemäß § 32 Abs. 1 AIVG vom Bezug von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe abmelden, gilt eine von Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 4 abweichende Regelung. Diese Personen haben Anspruch auf ein tägliches Pflegekarenzgeld in der Höhe des täglichen Arbeitslosengeldes oder der täglichen Notstandshilfe, welche vor Antritt der Pflegekarenz oder der Familienhospizkarenz bezogen wurde oder gebühren würde, jedoch mindestens in Höhe der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 5 Abs. 2 ASVG.

(4) Kinderzuschläge sind für Kinder, Stief-, Wahl- und Pflegekinder zu gewähren, wenn für diese ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht und die in Abs. 1 genannten Personen zu deren Unterhalt wesentlich beitragen. Der Kinderzuschlag beträgt für jedes Kind täglich ein Dreißigstel des Kinderzuschusses gemäß § 262 Abs. 2 ASVG, kaufmännisch gerundet auf einen Cent. Beziehen mehrere Personen zeitgleich für denselben nahen Angehörigen ein Pflegekarenzgeld, so gebührt der Kinderzuschlag für dasselbe Kind nur einmal. Der Kinderzuschlag gebührt jener Person, deren Anspruch auf ein Pflegekarenzgeld zuzüglich Kinderzuschlag zuerst festgestellt wurde, bei zeitgleicher Feststellung jener Person, die für die zuschlagsberechtigte Person die Familienbeihilfe bezieht. [...]

Weitere Vorschriften des österreichischen Rechts, welche zum Verständnis notwendig erscheinen, lauten wie folgt:

§ 3a BPGG

(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.

§ 21d BPGG

(1) Über die Gewährung, Entziehung oder Neubemessung eines Pflegekarenzgeldes entscheidet das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen mittels Mitteilung. Der Antragsteller hat das Recht, binnen vier Wochen nach Zustellung dieser Mitteilung darüber einen Bescheid zu verlangen.

(2) Anträge auf Gewährung eines Pflegekarenzgeldes sind unter Anschluss

1. Vereinbarung oder sonstigen Nachweises über die Inanspruchnahme der Pflegekarenz oder Pflegezeit,
 2. eines Nachweises über die Inanspruchnahme einer Familienhospizkarenz,
 3. einer Bestätigung des Arbeitsmarktservices über die Abmeldung gemäß § 32 Abs. 1 AIVG und über die Höhe der Leistung aus der Arbeitslosenversicherung,
 4. einer Erklärung des Antragstellers, dass die Pflege und Betreuung für die Dauer der Pflegekarenz oder Pflegezeit überwiegend erbracht wird,
 5. eines Nachweises über die Höhe des reduzierten Entgelts im ersten Monat der Pflegezeit,
 6. eines Nachweises über den Anspruch auf Kinderzuschläge
- beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen einzubringen. Wird der Antrag bei einer anderen Behörde, einem Sozialversicherungsträger, einem Gericht oder einem Gemeindeamt eingebracht, so ist der Antrag unverzüglich an das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen weiterzuleiten.

(3) Wird eine Pflegekarenz oder Pflegezeit aufgrund eines Rechtsanspruchs in Anspruch genommen und erfolgt in diesem Zeitraum keine weitere Vereinbarung, so gilt die Beantragung des Pflegekarenzgeldes bis zur Beendigung der Maßnahme, längstens bis zwei Monate nach Beginn der Pflegekarenz bzw. Pflegezeit, als fristgerecht. In den übrigen Fällen beträgt die Antragsfrist zwei Monate ab Beginn der Maßnahme. Wird der Antrag nach der Frist von zwei Monaten, jedoch vor dem Ende der Pflegekarenz, Pflegezeit oder Familienhospizkarenz gestellt, gebührt das Pflegekarenzgeld ab dem Tag der Antragstellung. Verspätete Anträge sind zurückzuweisen.

(4) § 9 Abs. 4 ist sinngemäß anzuwenden; die Entziehung oder Neubemessung des Pflegekarenzgeldes sowie der Kinderzuschläge wird mit dem Tag wirksam, an dem diese Änderung eingetreten ist.

IV. Erläuterungen zu den Vorlagefragen:

Zu den Fragen 1 bis 3: Die Parteien des Verfahrens sind sich einig, dass es sich beim Pflegekarenzgeld gegenständlich um Leistungen bei Krankheit geht.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes wäre jedoch auch denkbar, dass es sich bei der Leistung des Pflegekarenzgeldes als Leistung bei vorübergehendem Arbeitsausfall handeln könnte, die aber dann als Leistung bei Arbeitslosigkeit zu koordinieren wäre. Als Argument für diesen Standpunkt ist auszuführen, dass das Dienstverhältnis geändert bzw. karnziert (Entfall der Arbeitsleistung gegen Entfall der Bezüge) wird und sich die Leistung aufgrund der Bestimmungen der Arbeitslosenversicherung errechnet.

Zur Frage der Abgrenzung Geldleistung/Sachleistung wird im Kommentar *Spiegel* (Herausgeber), Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, Art. 1 VO 883/2004, Rz. 65/2 f, folgende Meinung vertreten: Der EuGH hat schon klargestellt, dass auch Leistungen unmittelbar an die pflegende Person und nicht an die pflegebedürftige Person als Leistung bei Krankheit von der VO erfasst werden. Man könnte daher bei dieser Leistung aus systematischer Sicht davon ausgehen, dass sie am Ende der pflegebedürftigen Person zugutekommt. Wegen des dann durch die Gewährung an die pflegende Person automatisch verbundenen Verwendungsnachweises müsste dann auch das Pflegekarenzgeld als Sachleistung klassifiziert werden (ähnlich wie eine Leistung, die ein Versicherungsträger durch eigenes Personal oder vertraglich an ihn gebundenes Personal bringt). Folgt man dieser Auffassung so gebührt auch Pflegekarenzgeld nur für die Pflege einer Person in Österreich (kein Pflegekarenzgeld, wenn ein österreichischer Pflegegeldbezieher in einem anderen Mitgliedstaat lebt). Allerdings müsste diese Leistung auch für die Pflege einer in einem anderen Mitgliedstaat versicherten Person (Pflegebedarf nach österreichischer Systematik mindestens im Ausmaß der Pflegestufe drei) bei Wohnort in Österreich gegen Kostenerstattung durch den zuständigen ausländischen Träger gewährt werden.

In der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wurde bisher die österreichische Auffassung, dass es sich beim Pflegekarenzgeld um eine Pflegesachleistung handelt, nicht geteilt.

Als andere Lösung könnte sich anbieten, diese Leistung überhaupt nicht als unter die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 fallend anzusehen und eher auf die arbeitsrechtliche Anbindung der pflegenden Person abzustellen, was dann zur Folge hätte, dass diese Leistung immer dann zu gewähren ist, wenn die pflegende Person die Voraussetzungen des § 21c Abs. 1 BPGG erfüllt, unabhängig davon, wo die pflegebedürftige Person lebt. Allerdings wäre in diesem Fall die Gewährung der Leistung ausgeschlossen, wenn die pflegebedürftige Person zwar in Österreich lebt und hier auch österreichisches Pflegegeld bezieht, die pflegende Person aber in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt ist und sich dort beurlauben lässt oder eine der österreichischen Pflegekarenz vergleichbare Unterbrechung der Tätigkeit mit ihrem Arbeitgeber vereinbart.

Abschließend sei, über die Kommentarstelle hinaus, angemerkt: für eine Sachleistung könnte der Verwendungsnachweis nach § 21d Abs. 2 Z. 4 BPGG sprechen, sofern man es als Leistung für die pflegebedürftige Person sieht.

Um die Überlegungen zur Frage 3 zu präzisieren, sei diese nochmals anders formuliert dargestellt: Muss der betreffende Mitgliedsstaat für die pflegende oder die pflegebedürftige Person zuständig sein? Wenn ein Mitgliedsstaat in beiden Fällen leisten muss, führe dies zwangsläufig zu nicht beabsichtigten Anspruchskumulationen, also kann dieses Ergebnis aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes ausgeschlossen werden. Also kann sich die Zuständigkeit bezüglich der Leistung nur an einer Person orientieren. Wenn die pflegende Person auslösend ist, stellt sich erneut die Frage nach der Einordnung (Frage 1) – die pflegende Person erfüllt nämlich prima vista nicht die Voraussetzungen, dass es sich um eine Leistung bei Krankheit handelt.

Aus diesen Ausführungen heraus ergeben sich die Fragen 2 und 3.

Zur Frage 4: Die Frage dient – zusätzlich zu den Überlegungen bei den Fragen 1-3 – der Klärung, ob allenfalls der zeitliche Aspekt, dass der BF von seinem Recht auf Freizügigkeit mit Zuzug nach Österreich vor beinahe 10 Jahren Gebrauch gemacht hat, eine Rolle für die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 spielt, und somit die Nichtgewährung der Leistung kein Hindernis für die Ausübung der Freizügigkeitsrechte des BF darstellt. Ebenso dient diese zur Abklärung, ob es eine Relevanz hat, dass der Familienangehörige eine Person ist, die nie gewandert ist, die aber in einem anderen Mitgliedsstaat lebt. Der Hinweis in der Frage, dass keine Grenzgängereigenschaft beim BF vorliegt, dient nur der Sachverhaltsinformation. Aufgrund dieser Verfahrensrelevanz wurde daher zusätzlich eine eigene Frage formuliert.

Zur Frage 5: Das nationale Gesetz stellt auf den Bezug der pflegebedürftigen Person von österreichischem Pflegegeld ab der Stufe 3 ab. Dieses ist grundsätzlich gem. § 3a BPGG österreichischen Staatsbürgern oder gleichgestellten EWR- Bürgern (sowie Schweizer Staatsangehörigen) zugänglich, soweit sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Dieses Kriterium ist naturgemäß von Inländern leichter zu erfüllen als fallgegenständlich vom in Italien wohnhaften Vater des BF (der italienisches Pflegegeld bezogen hat). Wanderarbeitnehmer wie der BF werden daher durch die Anknüpfung an die Stufe 3 des österreichischen Pflegegelds bei der Geltendmachung des Pflegekarengelds härter getroffen als österreichische Staatsangehörige, deren Angehörige in der Regel in Österreich ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aufgrund der Staatsangehörigkeit, aber auch aufgrund des Wohnortes, ist daher naheliegend. Eine Rechtfertigung dieser mittelbaren Diskriminierung wurde bis dato nicht vorgetragen.

Soweit sich das Bundesverwaltungsgericht in die Position der belangten Behörde zu versetzen vermag, würde zum Beispiel nach der bisherigen österreichischen Praxis das Pflegekarenzgeld im vorliegenden Fall gewährt werden, wenn der Sachverhalt so abgeändert würde, dass der Vater zwar in Italien lebt, aber eine österreichische Pension bezieht, daher in die österreichische Krankenversicherungszuständigkeit fällt und auch ein österreichisches Pflegegeld nach Italien exportiert erhalten würde. Die belangte Behörde stellt in Bezug auf das Pflegekarenzgeld darauf ab, dass dieses als Leistungen für die pflegebedürftige Person betrachtet wird. Es wird daher gewährt, wenn Österreich für die pflegebedürftige Person zuständig ist. Als Begründung zieht diese vermutlich das Urteil in der Rs Gaumain-Cerri heran, in welcher der EuGH einen Konnex einer Leistung für die pflegende Person mit der Situation der pflegebedürftigen Person hergestellt hat. Ob jedoch ein Abstellen auf die österreichische Krankenversicherungszuständigkeit für die pflegebedürftige Person zulässig ist, wird vom Bundesverwaltungsgericht in Frage gestellt. Falls dies der Fall ist, stellt sich eben diese Frage, ob auf den Bezug eines österreichischen Pflegegeldes ab der Stufe 3 abgestellt werden darf.

Aber selbst wenn es sich um eine Leistung für die pflegende Person handelt, und diese im Wege der Sachverhaltsgleichstellung nach Art. 5 VO Verordnung (EG) Nr. 883/2004 eigentlich auch einer entsprechenden, ausländischen Leistung gleichgestellt werden müsste, stellt sich die Frage, ob der Schweregrad des Krankheitsverlaufes der pflegebedürftigen Person im Ausland vergleichbar sein muss, mit jenem, der in Österreich zum Bezug eines österreichischen Pflegegeldes ab der Stufe 3 führen würde.

Zu den Fragen 6 und 7: Aus der gefestigten nationalen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, beispielhaft vom 21.04.2004 (ECLI:AT:VWGH:2004:2001080077.X00), ergibt sich Folgendes: „Liegt ein Antrag, also eine Willenserklärung einer Partei vor, so gelten für die verfahrensrechtliche Bewertung auch nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes analog die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht nach allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätzen oder den besonderen Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes ausdrücklich Abweichendes festgelegt ist. Danach ist schon wegen der der Behörde ganz allgemein obliegenden Betreuungspflicht anzunehmen, dass der Sozialversicherungsträger durch entsprechende Belehrungen und Auskünfte auf eine (wirksame) Antragstellung hinzuwirken hat, die den rechtlichen Interessen von Anspruchswerbern weitestgehend Rechnung trägt. Zusätzlich muss bei der Beurteilung von Anträgen durch die Sozialversicherungsträger im Geiste sozialer Rechtsanwendung vorgegangen, d.h. der Antrag im Zweifel zu Gunsten des Versicherten ausgelegt werden. Bestehen Zweifel über die mit dem Antrag verfolgte Parteiabsicht, ist der Versicherungsträger verpflichtet, den Parteiwillen - etwa durch Vernehmung der

Partei - klarzustellen. Dem Versicherten darf aber keine andere Leistung zuerkannt werden als diejenige, die er zweifelsfrei beantragt hat“.

Beim SMS handelt es sich um keinen Sozialversicherungsträger, weshalb eine Beurteilung von Anträgen durch die Sozialversicherungsträger im Geiste sozialer Rechtsanwendung ausscheidet. Da der BF mit seinem Dienstgeber eine Vereinbarung nach § 14c AVRAG über eine Pflegekarenz abgeschlossen hat (und nicht nach § 14a AVRAG über eine Familienhospizkarenz) und weiters das Antragsformular auf Pflegekarenzgeld gem. § 21c Abs. 1 BPGG (und nicht jenes Formular auf Pflegekarenzgeld aufgrund Familienhospizkarenz gem. § 21c Abs. 3 BPGG), darf nach der nationalen Rechtsprechung keine andere Leistung zuerkannt werden als diejenige, die der BF zweifelsfrei beantragt hat. (Im Übrigen erscheint es dem vorlegenden Gericht erwähnenswert, dass das nationale Recht auch bei § 14c AVRAG den Bezug von Pflegegeld ab der Stufe 3 als Voraussetzung für die dort genannte Vereinbarung verlangt und somit auch diese Gewährung einer arbeitsrechtlichen Freistellung im Ergebnis eine Abweichung vom Normtext darstellt.)

Diese Frage erscheint deshalb von Relevanz, da der Beschwerdeführer aufgrund des gegebenen Sachverhalts auch die Kriterien für ein Pflegekarenzgeld aufgrund Familienhospizkarenz gem. § 21c Abs. 3 BPGG erfüllen würde, hätte er die richtigen Anträge gestellt. § 21c Abs. 3 BPGG ist jedoch als nationale Regelung günstiger als die zur Anwendung kommende nationale Regelung des § 21c Abs. 1 BPGG, da § 21c Abs. 3 BPGG nicht an die Gewährung österreichischen Pflegegelds ab der Stufe 3 für den Pflegebedürftigen anknüpft (siehe zur Anwendung der günstigeren, nationalen Regelung die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 20.12.2022 (ECLI:AT:VWGH:2022:RA2021080061.L00)).

Art 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 enthält die Aufforderung zur Gleichbehandlung. Obwohl der Sachverhalt in den Anwendungsbereich zweier nationaler Regelungen fällt, deren Rechtsfolgen nur durch den Willensentschluss des Beschwerdeführers durch Abschluss der Vereinbarung mit seinem Arbeitgeber und sodann dem verwendeten Antragsformular getrennt werden, könnte hier eine mittelbare Diskriminierung gegeben sein, die nicht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und zur Zielerreichung weder geeignet noch erforderlich ist.

Da die Charta der Grundrechte (zum Beispiel in Art 7) Bestimmungen betreffend Unionsbürger enthält, die potenziell von Relevanz für das Ergebnis des Ausgangsverfahrens sein könnten, war diese Frage um diesen Aspekt zu ergänzen, da der EuGH in der Rechtssache *The Department for Communities in Northern Ireland*, vom 15.07.2021, C-709/20, begonnen hat Rechte und Prüfungsschritte abzuleiten, deren Auswirkungen auf das nationale Verfahren

durch das vorlegende Gericht im gegenständlichen Sachverhalt nicht abgeschätzt werden kann.

Während die Beantwortung der Fragen 1-5 deshalb für das vorlegende Gericht von Relevanz sind, da diese die Frage der Kategorisierung der Leistung und der Diskriminierung beleuchten, erhofft sich das vorlegende Gericht aus der Beantwortung der Fragen 6-7 zusätzliche Aspekte, wie mit dem Fakt umzugehen ist, dass der vorliegende Sachverhalt auch den Tatbestand einer parallelen, nationalen, günstigeren Regelung erfüllt, welcher jedoch nach der nationalen Rechtsprechung mangels passenden Antrags keine Anwendung findet.

Aus den angeführten Erwägungen hat das Bundesverwaltungsgericht beschlossen, die eingangs angeführten Vorlagefragen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu stellen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG in Verbindung mit § 25a Abs. 3 VwGG nicht zulässig.

Rechtsmittelbelehrung:

Eine Rechtsmittelbelehrung entfällt gemäß § 31 Abs. 3 letzter Satz VwGVG.

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
Gerichtsabteilung W228, am 23.02.2023

Mag. Harald WÖGERBAUER
(Richter)