

Welti /Fuchs/Fuchsloch
Naegele/Udsching (Hrsg.)

Gesundheit, Alter, Pflege,
Rehabilitation –
Recht und Praxis im
interdisziplinären Dialog

Festschrift für Gerhard Igl



Nomos

Welti /Fuchs/Fuchsloch/Naegele/Udsching(Hrsg.)

Gesundheit, Alter, Pflege,
Rehabilitation –
Recht und Praxis im
interdisziplinären Dialog

Festschrift für Gerhard Igl



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3435-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-7770-7 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



Vorwort

Gerhard Igl ist am 3. September 2017 70 Jahre alt geworden. Aus diesem Anlass ist ihm die vorliegende Festschrift gewidmet, in der Beiträge von vielen Weggefährtinnen und -gefährten seiner wissenschaftlichen und politisch beratenden Tätigkeit versammelt sind.

Gerhard Igl wurde in Berchtesgaden geboren und ist dort aufgewachsen. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften und der Promotion an der Ludwig-Maximilians-Universität in München arbeitete er von 1975 bis 1985 unter der Leitung von Hans F. Zacher in der vorbereitenden Projektgruppe und dann am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München. Von 1985 bis 1996 war er Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft II der Universität Hamburg, von 1996 bis 2014 leitete er das Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa (später Institut für Sozialrecht und Gesundheitsrecht) an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Die Herausgeberin und die Herausgeber sowie die Autorinnen und Autoren sind dem Jubilar aus verschiedenen Phasen seines Wirkens verbunden und zu Dank für Kollegialität, Förderung und Freundschaft verpflichtet. Sie schätzen an ihm die Verbindung von wissenschaftlicher Neugier mit Präzision, Verlässlichkeit, Offenheit über die Grenzen der Disziplinen und Tätigkeitsfelder hinaus und praktischem Sinn. Er hat die Entwicklung des Sozialrechts und der Sozialpolitikforschung und eine die Grenzen des Sozialrechts überschreitende Befassung der Rechtswissenschaft mit Gesundheit, Alter, Pflege und Rehabilitation in Deutschland wesentlich vorgebracht. Dabei hat er stets den Kontakt zu den Akteuren der Praxis gesucht und gehalten. Zugleich hat er bleibende Beiträge zur Rechtsvergleichung und Internationalisierung des Sozialrechts geleistet.

Dies alles spiegelt sich in den Beiträgen zu dieser Festschrift. Ihre Abteilungen zur Sicherung bei Krankheit, zur Sicherung bei Pflegebedürftigkeit und im hohen Alter, zur Rehabilitation und Teilhabe, zum Sozialen Recht in Deutschland und der Europäischen Union, zu den Gesundheits- und Pflegeberufen und zur sozialen Sicherung in anderen Ländern repräsentieren die Breite und Tiefe von Gerhard Igl's Schaffen in nahezu idealer Weise.

Obwohl seine Standorte sich im Verlauf seiner Tätigkeit immer weiter nach Norden bewegt haben, ist Gerhard Igl für alle erkennbar bayerisch geblieben und strahlt die den Bayern zugeschriebene Vitalität und Lebensfreude ebenso aus wie eine gewisse Beharrlichkeit, die im akademischen und politischen Alltag von großem Nutzen sein kann. Zugleich ist er durch kundige Neigung zu Musik, Kunst und Literatur stets ein Vorbild für eine auch den kulturellen Zeitströmen verbundene Wissenschaftlerpersönlichkeit.

Wir wünschen Gerhard Igl noch viele aktive und gute Jahre in Gesundheit. Dafür, dass die Phase nach dem Abschluss des Erwerbslebens für alle Menschen etwas besser wird und die Gesellschaft ihrer Verantwortung hier auch durch das Sozialrecht besser gerecht wird, hat sich Gerhard Igl als Rechtswissenschaftler mit großem Erfolg eingesetzt.

Wir danken dem GKV-Spitzenverband, der Deutschen Rentenversicherung Nord, der DAK Gesundheit, der Techniker Krankenkasse, der Berufsgenossenschaft Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege und der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft für Unterstützung bei der Ermöglichung dieser Festschrift.

Im Herbst 2017

Christine Fuchsloch, Maximilian Fuchs, Gerhard Naegele, Peter Udsching und Felix Welti

Inhalt

I.	<i>Gerhard Igl</i>	17
	Ein Wissenschaftler des sozialen Rechtsstaats: Gerhard Igl	19
	Veröffentlichungsverzeichnis <i>Gerhard Igl</i>	24
II.	<i>Sicherung bei Krankheit in Deutschland</i>	63
	Häusliche Krankenpflege an der Schnittstelle von Kranken- und Pflegeversicherung <i>Eckhard Bloch</i>	65
	Rechtswege im Gesundheitsrecht <i>Thomas Flint</i>	77
	Stundung und Erlass von Richtgrößenregressen gegenüber Vertragsärzten <i>Silke Hamdorf</i>	90
	Der Strukturwandel des Gesundheitsrechts und die Herausbildung einer neuen Dimension der Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung <i>Friedhelm Hase</i>	102
	Bindung der Schiedsämter und Schiedsstellen an die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses oder Normverwerfungskompetenz der Schiedsämter und Schiedsstellen? <i>Martin Krasney</i>	114

Inhalt

Neue Wege in der ambulanten Versorgung: Geriatrische
Schwerpunktpraxis (GSP) und Geriatrische Institutsambulanz (GIA)
als Innovator einer spezialisierten Versorgung multimorbider
Menschen im höheren Lebensalter? 128

Andreas Plate, Susanne Armbruster, Matthias Meinck

Selbstverwaltung: Ein Auslaufmodell im Vertragsarztrecht? 143

Olaf Rademacker

Prinzipien der privaten Krankenversicherung 156

Frank L. Schäfer

Rechtliche Aspekte einer teilhabeorientierten Heilmittelversorgung 170

Peter Trenk-Hinterberger

**III. Sicherung bei Pflegedürftigkeit und im hohen Alter in
Deutschland 183**

Verhandlungen über Leistungen und Entgelte im SGB XI –
Probleme der Regulierung 185

Karl-Jürgen Bieback

Arbeitsrechtliche Pflegezeiten und deren sozialversicherungs-
rechtliche Absicherung – Entwicklungen und Perspektiven 196

Judith Brockmann

Qualitätsentwicklung und -sicherung in der Pflege 210

Andreas Büscher

Pflegepersonen und gesetzliche Unfallversicherung. Und es gibt sie
doch: Zum Erfordernis einer Mindestpflegezeit 221

Dagmar Felix

Kommunale Versorgungsszenarien für ältere Menschen: Brauchen wir neue Qualitätsindikatoren? <i>Stefan Görres</i>	235
Langzeitpflege und die Kommunen - Von der Notwendigkeit einer Strukturreform Pflege und Teilhabe <i>Thomas Klie</i>	248
Gerichtliche Durchsetzung von Leistungsansprüchen aus der sozialen und privaten Pflegeversicherung <i>Peter Kummer</i>	260
Die Rolle der Kommunen in der pflegerischen Versorgung der Bevölkerung aus sozialpolitischer Sicht <i>Gerhard Naegele</i>	273
Beratungspflichten und Infrastruktur im Pflegerecht <i>Reza F. Shafaei</i>	286
Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Entwicklung neuartiger sozialer Sicherungssysteme – insbesondere der sozialen Pflegeversicherung <i>Peter Udsching</i>	297
Stationär vor ambulant? <i>Johannes Zacher</i>	310
Mensch-Technik-Interaktion (MTI) als Chance zur Erweiterung der Teilhabe älterer Menschen im Stadtquartier <i>Susanne Wallrafen und Helmut Wallrafen</i>	323

IV. Rehabilitation und Teilhabe bei Behinderung in Deutschland 335

Das Bundesteilhabegesetz im Lichte des rechtsstaatlichen Gebots der Normenklarheit und -bestimmtheit 337

Minou Banafsche

Rechtsetzung, Rechtsimplementierung und Glaubwürdigkeit am Beispiel des Teilhaberechts 351

Harry Fuchs

Schulbegleitung und Eingliederungshilfe/Jugendhilfe – Gibt es einen schleswig-holsteinischen Sonderweg? 364

Mathias Nebendahl

Kernbereich – Randbereich – nichtpädagogischer Bereich. Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Eingliederungshilfe und Schule bei der Gestellung persönlicher Assistenz für behinderte Schüler 376

Johannes Reimann

Heranziehung von Einkommen und Vermögen für Teilhabeleistungen – Diskriminierung wegen der Behinderung oder bloß eine Maßnahme steuerungsorientierter Sozialpolitik? 392

Oliver Tolmein

V. Soziales Recht in Deutschland 405

Altersvorsorge in Zeiten einer EZB-Niedrigzinspolitik – eine Chance für die Politik und die gesetzliche Rentenversicherung? 407

Volker Eckhoff

Staatliche Existenzsicherung von Trennungskindern – eine Quadratur des Kreises? 420

Christine Fuchsloch

	<i>Inhalt</i>
Das sozialhilferechtliche Dreiecksverhältnis <i>Christian Grube</i>	433
Sozialpartnerschaft und soziale Selbstverwaltung – bewährt und reformbedürftig <i>Karl-Heinz Köpke</i>	444
Ältere Arbeitnehmer – gestern gejagt, morgen gefragt? <i>Ursula Lehr und Gerhard Naegele</i>	456
Interdisziplinarität im pädagogischen und juristischen Alltag – Das Beispiel der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII <i>Ingo Richter</i>	469
Solidarität – Notwendigkeit und aktuelle Herausforderungen <i>Franz Ruland</i>	482
Kann die Sprache des sozialen Rechtsstaats verständlich sein? <i>Felix Welti</i>	497
 VI. <i>Soziales Recht in der Europäischen Union</i>	 511
Sozialrechtliche Dreiecksverhältnisse im Europäischen Wirtschaftsrecht <i>Eberhard Eichenhofer</i>	513
Die europarechtliche Koordinierung von Pflegeleistungen <i>Maximilian Fuchs</i>	526
Europäische Sozialpolitik in der Defensive? Die Begrenzung existenzsichernder Leistungen für Unionsbürger durch das Gesetz vom 22. Dezember 2016 <i>Andy Groth</i>	539

Inhalt

Sozialtourismus in Europa: Mehr Wunsch als Wirklichkeit? 552
Beatrix Karl

Sozialleistungserbringung im Open House-Modell zwischen
Vergaberecht und Sozialrecht 563
Margarete Schuler-Harms

VII. Gesundheits- und Pflegeberufe 575

Konzertierte Aktion zur Entbürokratisierung der
Pflegedokumentation und Entlastung für die Pflege
– die Implementierungsstrategie 577
Elisabeth Beikirch

Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff – eine Win-Win-Situation für
Pflegebedürftige und Beschäftigte in der Pflege? 593
Stephan Brandenburg

Alles was (R)echt ist. Innovationsstau in der Gesundheitsbildung in
Deutschland z.B. im Bereich Physio-/Ergotherapie 604
Heidi Höppner

Pflegebildung – historische Determinanten, gegenwärtige
berufsrechtliche Festlegungen und mögliche Wirkungen in Bildung
und Praxis 617
Johannes Korporal und Bärbel Dangel

Qualität in der Langzeitpflege 630
Heinz Rothgang

VIII. Soziale Sicherung in anderen Ländern 647

Die 24-Stunden-Betreuung in Österreich 649
Michael Ganner

	<i>Inhalt</i>
Looking to Germany... from the UK <i>Caroline Glendinning</i>	661
Krankenversicherung in Frankreich: von Bismarck zu ... Obama? <i>Francis Kessler</i>	675
Menschen mit Behinderungen und ihre Teilhabe am Arbeitsleben nach türkischem Recht <i>Yasemin Körtek</i>	687
Migration und Absicherung bei Pflegebedürftigkeit in Portugal – der Fall da Silva Martins <i>Hans-Joachim Reinhard</i>	698
Pflegeversicherungen in Südkorea und Deutschland: Rezeption des deutschen Sozialrechts in Ostasien <i>Wolfgang Schütte</i>	711
IX. <i>Varia</i>	723
„Das Judentum in der Musik.“ Anton Grigorjewitsch Rubinstein (1829 – 1894) „A la mémoire d’un grand artiste“ <i>Wolfgang Heine</i>	725
Autorinnen und Autoren	747

Migration und Absicherung bei Pflegebedürftigkeit in Portugal – der Fall da Silva Martins¹

Hans-Joachim Reinhard

I. Einführung

Bislang musste sich der Europäische Gerichtshof bislang nur in sehr wenigen Fällen mit der Absicherung von Migranten bei Pflegebedürftigkeit beschäftigen². Dies verwundert deshalb etwas, weil –anders als etwa im Bereich der Alterssicherung– die Absicherung bei Pflegebedürftigkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union völlig disparat geregelt ist. Kreis der Berechtigten, Zugangsalter, Erbringung von Sach- oder Dienstleistungen, weitgehende Vollabsicherung oder Teilabsicherung, Finanzierung durch Steuern oder Beiträge, organisatorische Anbindung an das Gesundheitswesen mit Ergänzung durch Fürsorgeleistungen (vor allem in den mittel- und osteuropäischen Staaten), Verpflichtung der Kommunen zur Leistungserbringung (skandinavische Länder) oder Sozialversicherungssystem mit Ergänzung durch die Sozialhilfe (Deutschland) –es finden sich kaum Übereinstimmungen. In einigen Ländern (etwa Italien, Spanien, Vereinigtes Königreich, Belgien) existiert überdies eine Aufsplitterung in regionale Zuständigkeiten. Gerade in den südlichen Ländern der Europäischen Union haben die finanziellen Schwierigkeiten und das Anwachsen der Haushaltsdefizite dazu geführt, dass der Ausbau der sozialen Sicherung bei Pflegebedürftigkeit nicht in dem Maße weiterbetrieben werden konnte wie dies angestrebt worden war. Andererseits sind diese Länder im Bereich der Absicherung bei Pflege auch längst nicht so wenig entwickelt, wie dies aus einer manchmal etwas überheblichen Sicht aus dem Norden der Union angenommen wird.

1 Die Erstellung dieses Beitrags wurde unterstützt durch die EU-Kommission im Rahmen des HORIZON 2020 Grant Agreement No 649565, Social Investment in Long-Term Care (SPRINT).

2 Zuletzt EuGH, C-433/13, SuP 2015, 740 - Kommission gegen Slowakische Republik.

Das portugiesische System der Absicherung bei Pflegebedürftigkeit wurde deshalb gewählt, weil es außerhalb des Landes weitgehend unbekannt ist. Anders als das Nachbarland Spanien, welches ein in einem eigenen Gesetz verankertes, regionalisiertes Sicherungssystem aufgebaut hat, zog Portugal die stärkere Anbindung an das Gesundheitswesen vor. Überdies knüpft die Auswahl an eine Entscheidung des EuGH³ an, die das Verhältnis von deutscher Pflegeversicherung und dem portugiesischen System der sozialen Sicherheit betrifft und die Situation von rückkehrenden Migrantinnen und Migranten – nicht nur nach Portugal, sondern in alle Länder mit niedrigen Leistungen bei Pflegebedürftigkeit – erheblich verbessert. Dennoch ist das Urteil, soweit ersichtlich, in Deutschland aber auch in Portugal weitgehend unbekannt geblieben. Die Gründe liegen vermutlich in einer verfahrensrechtlichen Besonderheit, die Einfluss auf die praktische Umsetzung hat.

Der EuGH hatte bereits zu entscheiden, ob die Pflegekasse verpflichtet ist, Sachleistungen im Ausland zu erbringen, wenn bei einem Wegzug aus Deutschland der neue Wohnsitzstaat (hier: Österreich) solche Sachleistungen bei Pflegebedürftigkeit in seinem System nicht vorsieht.⁴ Der EuGH verneinte dies, weil Leistungen bei Pflege koordinationsrechtlich dem Risiko der Krankheit zuzuordnen seien,⁵ weshalb Sachleistungen vom Wohnsitzstaat erbracht werden müssten. Dies gelte selbst dann, wenn die Sachleistung im Wege der Kostenerstattung durch Zahlung eines Geldbetrages abgegolten wird. Im Ergebnis verschlechterte sich die finanzielle Situation der Klägerin deutlich, was durch eine Rück siedlung abgefangen werden konnte, wodurch ihr als Wohnsitzinländerin wieder ein Anspruch auf Leistungen zustand.

3 EuGH, C-338/09 ZESAR 2012, 32-41 – da Silva Martins gegen Bank Betriebskrankenkasse –Pflegekasse, Anm. *Osterholz/Mettig*, 41-47; *Reinhard*, EuGH zum Export von Pflegegeld ins Ausland, ASR 2011, 222-225; *Bernsdorff*, Pflege-Versicherungsstatus von Doppelrentnern nach Rückkehr in den Mitgliedstaat ihrer Herkunft – Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Beurteilungskompetenz des EuGH im Vorabscheidungsverfahren, VSSR 2015, 195-212.

4 EuGH, C-208/07, ZESAR 2009, 438-447 - von Chamier- Glisczinski.

5 So grundsätzlich bereits EuGH C-160/96, NJW 1998, 1767-1769 - Molenaar.

II. Der Fall da Silva Martins

Für den Portugiesen da Silva Martins war der Rückzug nach Deutschland, um den Anspruch auf Leistungen wieder aufleben zu lassen, keine Option. Er gehörte zur Generation der ersten „Gastarbeiter“ mit einem für diese Gruppe typischen versicherungsrechtlichen Schicksal. Der kurzen Erwerbstätigkeit im Heimatland folgte eine jahrzehntelange Erwerbstätigkeit in Deutschland, mit dem Wunsch bei Erreichen des Rentenalters ins Heimatland zurückzukehren. Das Verfahren des Klägers steht damit stellvertretend für tausende von vergleichbaren Schicksalen in einer Zeit, in der in der Bundesrepublik gerade die 50. Jahrestage der Anwerbeabkommen mit den süd- und südosteuropäischen Staaten gefeiert werden⁶. Diese angeworbenen Arbeitnehmer haben über viele Jahre ihre Pflichtbeiträge zur Pflegeversicherung entrichtet und sollen nun im Alter –so auch die Argumentation des Klägers- leer ausgehen. Für ihn war dies besonders unglücklich, weil er anscheinend zunächst gar nicht wieder dauerhaft in Portugal bleiben wollte, sondern bei einem Besuch in seiner Heimat überraschend so schwer pflegebedürftig wurde, dass eine Rückkehr nach Deutschland mangels Transportfähigkeit nicht in Betracht kam.

Das Gericht beschäftigte sich zunächst mit der Möglichkeit der freiwilligen Weiterversicherung,⁷ da die Versicherungspflicht grundsätzlich nur bei Beschäftigung oder Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt im Inland besteht⁸. Die freiwillige Weiterversicherung ist zwar eine Möglichkeit, das Versicherungsverhältnis weiterzuführen, wenn das Pflichtversicherungsverhältnis wegen eines Wegzugs ins Ausland endet. Allerdings ist diese freiwillige Versicherung für Migranten nicht zielführend. Denn die Leistungen ruhen, solange der Versicherte sich im Ausland aufhält⁹. Das Pflegegeld¹⁰ oder das anteilige Pflegegeld¹¹ ist nur für einen vorübergehenden Aufenthalt von bis zu sechs Wochen im Kalenderjahr weiter zu gewähren. Bei einem dauerhaften Wegzug von Migrantinnen und Migranten nutzt die freiwillige Versicherung nichts, weil sie zwar Beiträge entrichten müssten, aber nicht in den Genuss von Leistungen kämen. Die frei-

6 Das Anwerbeabkommen mit Portugal wurde am 17.3.1964 geschlossen.

7 § 26 SGB XI.

8 § 1 Abs. 2 S. 1 SGB XI iVbm. § 5 SGB V, § 3 SGB IV, § 30 SGB I.

9 § 34 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

10 § 37 SGB XI.

11 § 38 SGB XI.

willige Weiterversicherung ist auch nicht für diesen Personenkreis der dauerhaften Migration gedacht, sondern für Personen, die vorübergehend, etwa wegen Studiums oder Erwerbstätigkeit, ins Ausland gehen und die Vorversicherungszeit von mindestens 2 Jahren innerhalb der letzten 10 Jahre vor Antragstellung¹² erfüllen wollen.

Unabhängig von der Sinnhaftigkeit der freiwilligen Versicherung im Einzelfall musste der EuGH zunächst das Konkurrenzverhältnis von Pflichtversicherung und freiwilliger Versicherung lösen. Es gilt das Prinzip der Einheitlichkeit der Versicherung¹³, wonach der Versicherte nur dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegt und eine Pflichtversicherung einer freiwilligen Versicherung vorgeht. Besteht im Zuzugsland, hier Portugal, eine Pflichtversicherung, gilt für Migrantinnen und Migranten allein das dortige Recht. In Portugal ist das Risiko der Krankheit nicht durch eine gesetzliche Krankenversicherung abgedeckt; die Gesundheitsversorgung wird durch einen steuerfinanzierten nationalen Gesundheitsdienst (Serviço Nacional da Saúde) gewährleistet.¹⁴ Dieser ist aber funktional einer Pflichtversicherung gleichgestellt, so dass er als Pflichtsystem einer freiwilligen Weiterversicherung vorgehen würde. Konsequenterweise käme dann portugiesisches Recht zur Anwendung mit der Maßgabe, dass der Kläger auf die Leistungen des portugiesischen Gesundheitsdienstes verwiesen wäre, welcher besondere Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nicht vorsieht. Eine freiwillige Weiterversicherung in Deutschland nach § 26 Abs. 2 SGB XI wäre somit ohnehin ausgeschlossen.

Dieses, für den Kläger nachteilige Ergebnis konnte oder wollte der EuGH nicht beibehalten. Obwohl er im Urteil *Chamier-Glisczynski*¹⁵ zu dem Schluss gelangt war, dass ein Wegzug zu einem Rechtsverlust bei den Ansprüchen gegen die Pflegeversicherung führen kann, griff er das Argument auf, dass der Kläger jahrelang Beiträge entrichtet und zweifelsfrei einen Leistungsanspruch nach deutschem Recht erworben hatte. Diesen konnte aber nach seinem Wegzug wegen der europarechtlichen Qualifikation der Pflegeversicherung als Risiko bei Krankheit nicht mehr weiter realisieren. Der EuGH führte im weiteren aus, dass diese Möglichkeit einer Verschlechterung des Wanderarbeitnehmers dann nicht in Betracht

12 § 33 Abs. 2 S. 1, 2 SGB XI.

13 Art. 15 Abs. 1, Art. 13 VO 1408/71; Art. 11 Abs. 1, Art. 14 VO 883/2004.

14 Decreto-Lei 11/93, de 15 de Janeiro, zuletzt geändert durch Lei 82-B/2014 de 31 de Dezembro.

15 Vgl. Fn. 4.

komme, wenn Leistungen aberkannt würden, die allein nach dem Recht eines Mitgliedstaates gewährt werden. Zudem dürften Wanderarbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden als Arbeitnehmer, die ihr ganzes Erwerbsleben im zuständigen Mitgliedstaat zurückgelegt haben.

Die Richter gelangten daher zu einer differenzierenden Lösung. Sie bleiben bei ihrer grundsätzlichen Auffassung, dass die Pflegebedürftigkeit dem Risiko der Krankheit zuzuordnen sei¹⁶. Allerdings setzt die Konkurrenz von Pflichtversicherung und freiwilliger Weiterversicherung eine Kongruenz der Leistungen voraus. Diese ist nach Auffassung des Gerichts teilweise nicht gegeben. Der portugiesische nationale Gesundheitsdienst deckt, wie auch das SGB V, die Leistungen bei Krankheit im *eigentlichen* Sinne ab. Der EuGH hielt es nicht für mit dem Zweck des Art. 48 AEUV vereinbar, wenn der Kläger sämtliche beitragsfinanzierten Leistungen verlieren würde, nur weil er Anspruch auf Leistungen bei Krankheit im *eigentlichen* Sinne hat.

Das Gericht definiert aber nicht, was eine Krankheit im *eigentlichen* Sinne sein soll. Aus der Diktion des Urteils ergibt sich jedoch, dass es sich um ein kurzfristiges Risiko handelt. Hingegen sind Leistungen bei Pflegebedürftigkeit grundsätzlich nicht auf eine kurzfristige Zahlung, sondern auf Dauer angelegt. Diese fallen aber in den Leistungsbereich der deutschen Pflegeversicherung. Angesichts dieses unterschiedlichen Sicherungsziels sah der EuGH unterschiedliche Anwendungsbereiche zwischen deutschem und portugiesischem Recht als gegeben an und hielt eine freiwillige Weiterversicherung nach deutschem Recht neben einer Einbindung in den portugiesischen nationalen Gesundheitsdienst für zulässig. Er legte Art. 27 VO 1408/71 im Hinblick auf Geldleistungen, die die Pflegebedürftigkeit betreffen, so aus, dass ein Anspruch auf Leistungen bei Krankheit im eigentlichen Sinne nicht zum Verlust des Anspruchs auf Geldleistungen führen, wenn die Anspruchsvoraussetzungen allein nach dem Recht eines Mitgliedstaates, hier Deutschland, erfüllt sind. Auf die Notwendigkeit einer Antragstellung bei einer freiwilligen Weiterversicherung und eines eventuell fehlenden Antrags ging das Gericht geflissentlich gar nicht ein¹⁷, ebenso wenig auf Fragen einer möglichen Verfristung des Antrags.

16 So inzwischen Art. 34 VO 883/2004.

17 Ein Antrag nach § 26 Abs. 2 SGB XI könnte aber von den deutschen Behörden durch Umdeutung des Antrags auf Weitergewährung der Leistungen bejaht werden. Selbstverständlich müsste der Kläger dann die angefallenen Beiträge nachrichten.

III. Die Absicherung der Pflegebedürftigkeit in Portugal

Portugal hat keine eigenständige Pflegeversicherung.¹⁸ Gleichwohl ist selbstverständlich auch in Portugal das Risiko der Pflegebedürftigkeit ein gesellschaftlich drängendes Problem geworden und sozialpolitisch nicht unbeachtet geblieben¹⁹. Auf der Ebene der Dienstleistungen wurde das Netz professioneller Dienste ausgebaut²⁰, bei den Geldleistungen ist die Alters- bzw. Invaliditätsrente involviert. Der Gerichtshof hatte sich deshalb mit dem portugiesischen Rentenrecht auseinander zu setzen, da nach den europarechtlichen Vorschriften Portugal zuständig ist, weil der Kläger von dort eine, wenn auch kleine Altersrente aus seiner Erwerbstätigkeit vor der Migration nach Deutschland bezog.

Er hat den Kläger nicht allein auf die portugiesischen Leistungen verwiesen, macht aber selbst keine Ausführungen zum portugiesischen materiellen Sozialrecht, sondern überlässt die Recherche dem vorliegenden BSG. Der EuGH dürfte zumindest geahnt haben, dass die portugiesischen Leistungen wohl unter den Leistungen nach dem SGB XI liegen, denn er hat ergänzend ausgeführt, dass bei einer Differenz der Unterschiedsbetrag vom zuständigen Staat, hier also Deutschland, gezahlt werden muss.

Praktische Schwierigkeiten, wie von der deutschen und britischen Regierung angeführt, ließ der Gerichtshof nicht gelten. Im Zeitalter des Datenaustausches dürften sie handhabbar sein, zumal die Pflicht zur Zahlung des jeweiligen Differenzbetrages seit vielen Jahren bei den Familienleis-

18 *Joëll/Dufour-Kippelen/Samitca*, The Long-Term Care System for the Elderly in Portugal, ANCIEN, ENEPRI Resarch Report No. 84, June 2010; Ministerio do Trabalho e da Solidaridade Social, A dependência: o apoio informal, a rede de serviços e equipamentos e os cuidados continuados integrados, 1^a ed., Outubro 2009; *Gonçalves Leite*, Gestão da qualidade de vida e da dependência em idosos institucionalizados nas organizações do terceiro setor, Vila Real 2011; Governo do Portugal; Secretário do Estado Adjunto do Ministro da Saúde, Cuidados Continuados Integrados em Portugal Continental, Abril 2014.

19 Vgl. zur Entwicklung *Vergho*, Soziale Sicherheit in Portugal und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen, Baden-Baden 2010.

20 Durch Decreto-lei N.º 256-A/2007 wurde PARES (Programa de alargamento da rede de equipamentos sociais – Programm zum Ausbau des Netzes sozialer Einrichtungen) eingeführt. Daneben sollten SADs (Serviço Apoio Domiciliário – Häuslicher Unterstützungsdienst) und ADIs (Apoio Domiciliário Integrado – Integrierter häuslicher Unterstützungsdienst) ausgebaut werden. Obschon das PARES-Programm internationalen, insbesondere europäischen Vorgaben entsprach, musste es 2011 gekürzt werden, was zu einem Anstieg der Wartelisten führte.

tungen existiert. Problematisch kann eventuell eine mögliche unterschiedliche Einstufung in die verschiedenen Grade der Pflegebedürftigkeit sein, da diese im portugiesischen und deutschen Recht anders definiert werden. Das BSG blieb es erspart Recherchen zum portugiesischen Recht durchführen, denn der Kläger ist kurz nach der für ihn positiven Entscheidung des EuGH seiner schweren Krankheit erlegen und seine Rechtsnachfolger haben das Verfahren nicht weitergeführt. Wegen des fehlenden Endurteils ist der Fall trotz seiner erheblichen Besserstellung für Migranten in Deutschland kaum bekannt geworden. Nach Auskunft der Sozialverbände beeinflusst dies die Praxis erheblich, da angeblich viele Pflegekassen die Vorgaben des EuGH nicht umsetzen. Entsprechende Ansprüche von MigrantInnen werden zunächst als unbegründet abgeschmettert. Erst im Klageverfahren wird der Anspruch zugestanden, weshalb es keine Urteile der unteren Instanzen und damit auch keine Nachweise in den Fachzeitschriften gibt. Sollte diese Vorgehensweise angesichts der hohen Zahl von älteren rückkehrenden Migranten tatsächlich zutreffen, würde dies eklatant gegen den Grundsatz einer gesetzmäßigen Verwaltung verstoßen.

1. Geldleistungen

a) Rentenbeziehende

Während das deutsche Rentenrecht familien- oder situationsbezogene Zuschläge abgeschafft hat, berücksichtigt das portugiesische Rentenrecht die individuelle Situation des Versicherten.²¹ Zum einen gibt es für einen unterhaltsberechtigten Ehegatten (*cônjuge a cargo*) einen Zuschlag von 36,95 EUR monatlich, zum anderen wird bei Pflegebedürftigkeit ein Zuschlag zur Rente (*complemento por dependência*)²² gewährt, wenn die Hilfe einer anderen Person (*assistência de outrem*) benötigt wird.

Die Pflegebedürftigkeit wird festgestellt im Hinblick auf Fähigkeit des Betroffenen selbständig die notwendigen Dinge des alltäglichen Lebens auszuführen, wie etwa Haushaltsführung, Mobilität und persönliche Hy-

21 Zum portugiesischen System der sozialen Sicherheit Reinhard, Soziale Sicherheit in Portugal, Soziale Sicherheit 1991, 22 – 25 ; *ders.*, Portugal: Das schnelle Altern eines jungen Wohlfahrtsstaats, ZIAS 1994, 229 - 239.

22 Decreto-Lei 265/99, de 14 de Julho 1999 da complemento por dependência; Portaria n.º 764/99, de 27 de Agosto.

giene. Die Begutachtung erfolgt durch MitarbeiterInnen der Segurança Social.

Der 1. Grad (1º grau) wird Personen zuerkannt, die nicht selbst die unverzichtbaren Tätigkeiten zur Befriedigung der Grundbedürfnisse des täglichen Lebens verrichten können: Tätigkeiten mit Bezug zur Ernährung oder der Fortbewegung oder der persönlichen Hygiene.

Der 2. Grad (2º grau) wird Personen zuerkannt, denen der 1. Grad zugesprochen wurde und die zusätzlich bettlägerig sind oder die unter schwerer Demenz leiden.

Der prozentuale Zuschlag richtet sich nach der Höhe der Sozialrente (Pensão Social), einer Grundrente, die an alle Personen gezahlt wird, die nicht über ein bestimmtes Einkommen verfügen. Steigt die Sozialrente, steigt auch der Zuschlag. Der Prozentsatz selbst ist zum einen abhängig vom zuerkannten Grad, zum anderen vom System, welches die Alters- bzw. Invaliditätsrente zahlt:

	Allgemeines System (Regime Geral)		Sondersystem der Landwirtschaft, Nichtbeitragsbezogenes System und gleichgestellte Systeme	
1. Grad	50%	101,68 EUR	45%	91,51 EUR
2. Grad	90%	183,02 EUR	85%	172,85 EUR

Die Zuschläge wurden seit 1.1.2010 wegen der Finanzkrise kaum erhöht²³, werden aber 14mal jährlich (Sonderzahlung im Juli und Dezember) ausgekehrt. Sie werden aufgrund der Sparmaßnahmen für den 1. Grad nur dann gezahlt, wenn die Höhe der Rente nicht mehr als 600 EUR beträgt.

23 Maßgebliche Größe ist der Indexante dos Apoios Sociais (IAS), der wegen der Finanzkrise seit 1.1.2009 bei 419,22 EUR lag und 2017 erstmals auf 421,32 € erhöht wurde.

b) Invaliditätsrente bei besonderen Erkrankungen²⁴

Personen, die dauerhaft erwerbsunfähig sein und bei denen ein schneller Verlust der persönlichen Autonomie aufgrund einer Erkrankung²⁵ zu erwarten ist, erhalten eine höhere Invaliditätsrente²⁶.

c) Geldleistungen für informelle Pflege

Für Kinder und Erwachsene, die keine Rente beziehen, aber der Hilfe einer anderen Person bedürfen, kann ein *Subsídio por assistência de 3ª pessoa*²⁷ von 101,68 EUR gezahlt werden. Entscheidend ist die Situation der pflegenden Person. Diese muss mindestens 12 Monate versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sein. Die zu pflegende Person darf kein Einkommen über 406,70 EUR beziehen. War die Pflegeperson nicht versicherungspflichtig beschäftigt, darf das Einkommen der zu pflegenden Person 168,53 EUR und das Familieneinkommen 631,98 EUR nicht übersteigen. Bei Unterbringung in einer zugelassenen Einrichtung entfällt der Zuschlag.

d) Koordinationsrechtliche Bewertung

Mit seiner Entscheidung hat der EuGH die Situation der Rückkehrer erheblich verbessert. In der Tat ist es für die Betroffenen schwer nachvollziehbar, weshalb sie aus einem System, in das sie jahrelang Pflichtbeiträge in erheblicher Höhe eingezahlt haben, keine Leistungen im Heimatland beziehen können – und das in einer persönlichen Situation, die durch die Pflegebedürftigkeit ohnehin schon schwer genug ist. Da nun die erste Generation der „Gastarbeiter“ in ein Alter kommt, in dem die Pflegebedürft-

24 Lei n° 90/2009 de 31 de Agosto aprova o regime especial de protecção na invalidez.

25 Familiäre Amyloid-Polyneuropathie (FAP), Machado Joseph-Krankheit, HIV, Multiple Sklerose, Krebserkrankungen, Amyotrophe Lateralsklerose (ALS), Parkinson, Alzheimer, seltene Krankheiten oder sonstige Krankheiten mit schnellem Autonomieverlust.

26 Der Multiplikator beträgt 3% (statt 2%) der Berechnungsgrundlage je Versicherungsjahr.

27 Decreto-lei 133-B/97, de 30 de Maio, Decreto-lei 133-C/97, de 30 de Maio.

tigkeit wahrscheinlicher wird, kommen auf die deutsche Pflegeversicherung Mehrausgaben zu. Es handelt sich allerdings nicht um zusätzliche Ausgaben im *eigentlichen* Sinne, um die Terminologie des EuGH aufzugreifen. Denn nach der bisherigen Rechtslage haben die Rückkehrer den deutschen Pflegekassen Ausgaben erspart, die bei einer Beibehaltung des Wohnsitzes im Inland zweifelsfrei angefallen wären. Die größte Gruppe der Migrantinnen und Migranten kann sich aber auf dieses Urteil nicht berufen²⁸. Ebenso bleiben pflegebedürftige Personen außen vor, die keine Rente beziehen.

Mit der Differenzierung zwischen „eigentlicher“ Krankheit und „uneigentlicher?“ Krankheit, also Pflegebedürftigkeit vollführte der EuGH einen dogmatischen Eiertanz, weil er auf den Katalog der in der Verordnung 1408/71 aufgeführten Risiken beschränkt war. Die Aufspaltung des Risikos der Krankheit war allein dem Umstand geschuldet, dass das Koordinationsrecht der gesellschaftlichen Entwicklung hinterherhinkte und die Pflegebedürftigkeit nicht eigenständig regelte. Aber auch in der Nachfolgeregelung Art. 34 VO 883/2004 ist das Risiko der Pflegebedürftigkeit koordinationsrechtlich (bislang) nur unzulänglich kodifiziert.

2. Dienst- und Sachleistungen

Pflegebedürftige benötigen nicht nur Geld- sondern vor allem Dienst- und Sachleistungen. Neben dem Zuschlag bei Renten besteht aber noch eine Reihe von Unterstützungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit²⁹. Leistungserbringer sind meist staatliche Institutionen, aber auch NGOs, karitative Einrichtungen und zugelassene private Träger.³⁰ Der Nutzer hat grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen den zugelassenen Anbietern. Eine Mindestversicherungszeit oder ein Mindestalter ist nicht erforderlich. Behinderte Kinder und Erwachsene erhalten aber erst dann Leistungen, wenn sie die Unterstützung einer dritten Person für mindestens 6 Stunden benötigen.

28 BSG 25.2.2015, B 3 P 6/13 R zum Wegzug in die Türkei.

29 http://www.seg-social.pt/documents/10152/27234/apoios_sociais_adultos_deficiencia.

30 Decreto-lei 101/2006, de 6 de Junho, Cria a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados.

a) Unterstützung zuhause (apoio domiciliário)

Sie dient der täglichen Unterstützung, den persönlichen Bedürfnissen, der Reinigung, Bereitstellung von Mahlzeiten, Begleitung bei Arztbesuchen usw. Sie wird ohne zeitliche Begrenzung gewährt.

b) Pflegefamilien (famílias de acolhimento).

Vorübergehende oder dauerhafte Integration älterer Personen oder behinderter Erwachsener entweder in Vollzeit oder in Teilzeit (maximal 3 Personen) in Pflegefamilien, die dafür sorgen, dass die Grundbedürfnisse, einschließlich medizinischer Versorgung gesichert sind.

c) Teilstationäre Pflege

- *Centro de noite* für ältere isoliert lebende Menschen, die während der Nacht (18-8 Uhr) Unterstützung benötigen;
- *Centro de dia* für ältere Menschen für mindestens 8 Stunden tagsüber;
- *Unidades de dia e de promoção da autonomia* für 8 Stunden täglich zur Förderung der Autonomie;
- *Centro de actividades ocupacionais* für erheblich behinderte Personen;
- *Forum sócio-ocupacional* zur Beschäftigung von Personen mit geringen geistigen Einschränkungen;
- *Centro de acolhimento temporário* für die vorübergehende Aufnahme behinderter Kinder und Jugendlicher bis 18 Jahre;

Grundsätzlich besteht keine zeitliche Begrenzung außer bei Tageszentren und Zentren für die Förderung der Autonomie, wo es auf den Erfolg der Maßnahme ankommt. Vorübergehende Auffangzentren können maximal 6 Monate in Anspruch genommen werden.

d) Unterbringung in Einrichtungen

- *Estruturas residenciais para pessoas idosas* sind für ältere pflegebedürftige oder von Pflegebedürftigkeit bedrohte Menschen;
- *Estruturas residenciais para pessoas com deficiência* richten sich an über 16jährige mit dauerhaften oder vorübergehenden Behinderungen;

- Der *Lar de infância e juventude* dient dem dauerhaften Aufenthalt bis zum 18. Lebensjahr;
- Die *Unidade de vida apoiada* nimmt Personen mit dauerhaften geistigen Beeinträchtigungen auf;
- Die *Unidade de vida protegida* ist gedacht für Erwachsene, die an erheblichen psychologischen Problemen leiden;
- Die *Unidade de vida autónoma* soll Erwachsene mit erheblichen psychologischen Problemen, die noch über ein gewisses Maß an Autonomie verfügen, unterstützen;
- Die *Unidades de convalescença* gewähren medizinische Rehabilitationspflege nach Krankenhausaufenthalt;
- Die *Unidade de média duração e reabilitação* bietet in Zusammenarbeit mit dem Krankenhaus für medizinische Rehabilitationspflege und soziale/psychologische Unterstützung;
- Die *Unidade de longa duração e manutenção* ist für soziale Unterstützung und Versorgungsbehandlung von Personen mit chronischen Pathologien eingerichtet;
- In *Unidades de cuidados paliativos* werden im Krankenhaus ernsthaft erkrankte Personen aufgenommen.

Die Dauer ist grundsätzlich nicht beschränkt, außer bei den vier letztgenannten Einrichtungen, bei denen der Zustand der Nutzer entscheidend ist. Bei den mittelfristigen Rehabilitationszentren ist die Höchstaufenthaltsdauer auf drei Monate begrenzt.

e) Sonstige Sachleistungen

- a) Das *Sistema de Atribuição de Produtos de Apoio*³¹ umfasst die freie Zuerkennung Hilfsmitteln für Behinderte oder vorübergehend behinderte Menschen.
- b) Die *Intervenção Precoce* soll behinderten Kindern bis zu 6 Jahren oder einer ernsthaften Verzögerung der geistigen Reife helfen.

31 http://www.seg-social.pt/documents/10152/14429740/Sistema_Atribuicao_Produtos_Apoio_SAPA.

f) Kostenbeteiligung

Bezieherinnen und Bezieher der Sozialrente und der Mindestsicherung haben keinen Kostenbeitrag zu leisten. Im Sozialversicherungssystem und beim Nationalen Gesundheitsdienst variiert die Eigenleistung in Abhängigkeit vom Familieneinkommen und dem Grad der Pflegebedürftigkeit.

IV. Schlussbemerkungen

In näherer Zukunft wird man angesichts des demographischen Wandels nicht umhinkommen, die Pflegebedürftigkeit koordinationsrechtlich ausführlicher zu regeln. Im Grundsatz wird immer eine enge Verbindung zum Risiko der Krankheit bestehen bleiben, weshalb es Sinn macht für Sachleistungen auf den Wohnsitzstaat abzustellen. Hingegen haben Geldleistungen eine gewisse Nähe zur Invaliditätsrente. Daher erscheint es angebracht, diesen Teil den rentenrechtlichen Bestimmungen zuzuordnen. In einer Änderung oder Ergänzung der Verordnung sollte daher stärker zwischen Sach- und Geldleistungen differenziert werden. Ein revidierter Art. 34 VO 883/2004 sollte die Rechtsprechung des EuGH koordinationsrechtlich umsetzen³². Mit der Differenzmethode hat das Gericht verhindert, dass Migrantinnen und Migranten übermäßig privilegiert werden, indem sie Anspruch auf die volle Leistung nach dem Rentenrecht ihres Heimatstaates und nach deutschem Pflegeversicherungsrecht haben. Die Differenzmethode ist, wie die Familienleistungen zeigen, rechtlich problemlos zu lösen. Ungewöhnlich ist nur, dass zwischen zwei völlig unterschiedlichen Versicherungszweigen verrechnet werden müsste.

32 Inzwischen liegt ein Vorschlag der Kommission zur Einführung eines eignen Kapitels 1a „Leistungen bei Pflegbedürftigkeit“ vor (Art. 35a-35c) VO 883/2004, vom 13.12.2016 (COM 2016) 815 final, vgl. dazu Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege e.V. vom 29.5.2017, www.bagfw.de/veroeffentlichungen/stellungnahmenpositionen.