

Mag. Ingeborg Beck (PVA):

AUSGLEICHSZULAGE – im Spannungsfeld zwischen Sozialhilfe- und Versichertenleistung

1. Einleitung

Die Ausgleichszulage wurde zur Abschaffung von Mindestrenten mit dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) eingeführt. Die enge Anbindung an eine Pensionsleistung aus der gesetzlichen Sozialversicherung einerseits und die starke Zentrierung auf den fürsorgerechtlichen Charakter andererseits wurde trotz vieler Novellen zum ASVG bis heute aufrecht erhalten. Eine wesentliche Änderung bewirkte vor allem die 29. Novelle zum ASVG infolge des Abgehens vom Gesamteinkommen des Pensionsberechtigten alleine¹. Durch die Einbeziehung des Ehegatten und das Abstellen auf die **Einkommensverhältnisse der Wirtschaftsgemeinschaft**, in der der betroffene Pensionsberechtigte lebt, sollten die vorhandenen Mittel stärker als bisher dorthin gelenkt werden, wo die **Hilfe der Allgemeinheit tatsächlich sozial indiziert** ist. Damit wurde in die Leistungsermittlung für einen konkret betroffenen Versicherten zugleich eine sozialhilfeähnliche Betrachtungsweise in die Rechtsnormen für die Pensionsversicherung eingebracht. Dennoch sollte auch der Verfahrensökonomie vor den Pensionsversicherungsträgern auf Grund der hohen Anzahl von Ausgleichszulagenbeziehern erhöhtes Augenmerk zukommen. So soll durch klare Richtlinien der rechtlich relevante Sachverhalt in dem vor einem Sozialversicherungsträger geltenden verkürzten Ermittlungsverfahren feststellbar sein².

Auch in der Literatur und Judikatur wurden die rechtlichen Abgrenzungsprobleme im Hinblick darauf, ob es sich bei der **Ausgleichszulage** um eine **Sozialhilfeleistung** oder eine **Versicherungsleistung** handelt, wiederholt einer Prüfung unterzogen³. Danach kommt wenig befriedigend aber doch sehr deutlich zum Ausdruck, die Ausgleichszulage ist sowohl das Eine wie das Andere. Der sozialhilfeähnliche Charakter der Ausgleichszulage wurde diesbezüglich auch durch den EuGH bestätigt. Auf Grund der Sicherung eines Existenzminimums und der damit

¹ Vgl. vor allem die Erläuterungen zur 29. Novelle, im Hinblick auf die Schaffung des Familienrichtsatzes zur gerechteren Verteilung der aufzuwendenden Mittel (BGBl. Nr. 31/1973; Art. IV Z 39 – 404 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des NR XIII GP).

² Gem. § 357 Abs. 1 ASVG ist das ASVG im Verfahren vor einem Sozialversicherungsträger nur sehr eingeschränkt anwendbar – vor allem bezüglich des Ermittlungsverfahrens.

³ Vgl. u.a. Binder, Probleme der pensionsversicherungsrechtlichen Ausgleichszulage, ZAS 1981, 89; Resch, Rechtsfragen der Ausgleichszulage, RdA 2000, 370.

zwangsläufig einhergehenden engen Anknüpfung an einen bestimmten wirtschaftlichen und sozialen Lebensstandard im Wohnsitzstaat wurde die Exportverpflichtung der Ausgleichszulage als beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne der VO 883/2004 bzw. zuvor 1408/71⁴ im Einklang mit der Wohnsitzanbindung im nationalen Recht verneint⁵.

Damit liegt aber zugleich auf der Hand, dass die nach wie vor bestehenden rechtlich sehr komplexen Abgrenzungsfragen beim Pensionsversicherungsträger bzw. in weiterer Folge bei den Gerichten verbleiben. Durch den wachsenden Einfluss des Gemeinschaftsrechtes und der damit einhergehenden Mobilität der Unionsbürger wird diese Abgrenzungsproblematik zunehmend verstärkt. Zudem wird durch die neue VO 883/2004 im Lichte der Verhältnismäßigkeit nunmehr ausdrücklich festgeschrieben, dass der Grundsatz der Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen, die in einem Mitgliedstaat eingetreten sind, zu keinen sachlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen führen soll⁶. Damit wird das Problem der sozialen Gleichstellung zur Verhinderung einer übermäßigen finanziellen Belastung des Aufnahmemitgliedstaates vor allem im Bereich des Sozialhilferechtes bzw. auch bei sozialhilfeähnlichen Leistungen verstärkt⁷.

Der gegenständliche Beitrag beschäftigt sich somit vorwiegend mit den praktischen Auswirkungen der Ausgleichszulage für Bezieher einer inländischen Pension bzw. einer ausländischen (mitgliedstaatlichen) Rentenleistung. Zur Vollständigkeit darf erwähnt werden, dass auf Grund der vielfältigen tatsächlichen Sachverhaltskonstellationen nur einzelne Problemfelder aufgegriffen werden können und vor allem dem Gemeinschaftsrecht auch hier eine besondere Beachtung eingeräumt werden soll.

2. Feststellung der Ausgleichszulage

2.1. Gesetzliche Grundlage im nationalen Recht

Gem. § 292 Abs. 1 ASVG hat ein Pensionsberechtigter Anspruch auf eine Ausgleichszulage zu seiner Pension, wenn diese zuzüglich eines aus übrigen Einkünften des Pensionsberechtigten erwachsenden Nettoeinkommens nicht die Höhe des für ihn geltenden Richtsatzes erreicht, solange er seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

⁴ Verordnung (EWR) 1408/71 sowie nunmehr die neue Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 166 vom 30.4.2004 idF der Verordnung (EG) Nr. 988/2009 ABI L 284 vom 30.10.2009.

⁵ Vgl. EuGH Rechtssache Skalka, C-160/02.

⁶ Vgl. 12. Erwägungsgrund sowie Art. 5 VO (EG) 883/2004.

2.2. Berücksichtigung der Brutto- oder Nettopension

Bei der Ermittlung des Anspruches auf Ausgleichszulage ist nicht auf die Nettopension, sondern auf die **Bruttopension des Pensionsberechtigten** abzustellen, da andernfalls die Krankenversicherungsbeiträge faktisch vom Bund finanziert werden. Eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Berücksichtigung einer weiteren Pensionsleistung eines Versicherten wurde nicht getroffen. Kommt bei Feststellung der Ausgleichszulage der Familienrichtsatz zur Anwendung, bestehen dagegen entsprechende gesetzliche Regelungen. Auch wurde in den Erläuterungen ausdrücklich klar gestellt, dass das gesamte Nettoeinkommen sohin auch die **Nettopension des Ehegatten** diesbezüglich heranzuziehen ist⁸.

Diese Bestimmung, hat offensichtlich in der Praxis der Pensionsversicherungsträger dazu geführt, dass die Pension des Pensionsberechtigten dahingehend eine einschränkende Interpretation gefunden hat, als darunter nur die Pension, zu der die Ausgleichszulage geleistet wird, als „*die Pension*“ im Sinne des § 292 Abs. 1 ASVG verstanden wird⁹. Eine weitere Pensionsleistung meist in Form der Hinterbliebenenversorgung oder einer ausländischen Rente, wird dagegen netto herangezogen. Gestützt wird diese Interpretation auf einen Erlass des BMfsV¹⁰.

2.3. Unsachliche Auswirkungen der Anknüpfung an eine bestimmte Pension, wenn ein Pensionsbezieher mehrere Pensions- oder Rentenbezüge hat

Die Einbeziehung der Ausgleichszulage in die Berechnungsbasis für den Krankenversicherungsbeitrag erfolgte im Zuge der Anhebung der Richtsätze ebenfalls mit der 29. Novelle zum ASVG. Damit sollte sichergestellt werden, dass sämtliche Bezieher einer Pension aus der gesetzlichen Pensionsversicherung in gleicher Weise zur Finanzierung ihrer Krankenversicherung herangezogen werden¹¹. So wird auch bislang in § 73 Abs. 1 ASVG normiert, dass von jeder auszuzahlenden Pension, wozu explizit auch die Kinderzuschüsse und die Ausgleichszulage zu zählen sind, ein bestimmter Krankenversicherungsbeitrag¹² einzubehalten ist. Auch die „Bedarfsorientierte Mindestsicherung“ nimmt auf den um den

⁷ Vgl. Beck, Unionsbürgerschaft und Ausgleichszulage, SoSi 2010, 262 mwN.

⁸ Vgl. Erläuterungen zur 29. Novelle zu § 292 Abs. 1 bis 3 – 404 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des NR XIII GP.

⁹ Vgl. Teschner/Widlar/Pöltner, ASVG-Kommentar, § 292 – Seite 1418 letzter Absatz (Stand 111. Erg.-Lfg.).

¹⁰ Der Erlass des BMfsV. vom 24.7.1979, Zl. 23.242/1-5/79 hatte aber im Einklang mit den Erläuterungen zur 29. Novelle vielmehr zum Inhalt, dass **die Pension des Ehegatten** auch dann **netto zu berücksichtigen ist**, wenn dieser nicht im gemeinsamen Haushalt lebt.

¹¹ Vgl. Erläuterungen zur 29. Novelle va Art. I Z 44 lit a und c – 404 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des NR XIII GP.

¹² Derzeit werden 5,1 % inklusive dem Ergänzungsbeitrag durch den Pensionsversicherungsträger einbehalten (§ 73 Abs. 1 Z 1 und Abs. 1a ASVG).

Krankenversicherungsbeitrag verminderten Ausgleichszulagenrichtsatz hinreichend Bedacht¹³.

Bezieht ein alleinstehender Versicherter mehrere Pensionsleistungen, so gilt für ihn zweifelsohne der Einzelrichtsatz. Wird dabei nur **eine Pension brutto**, die **andere netto** herangezogen, so tritt diesbezüglich die vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewollte teilweise Finanzierung der Krankenversicherung über die Ausgleichszulage ein. Zugleich ist **keine sachliche Rechtfertigung** ersichtlich, warum jemand, der nur eine Pensionsleistung bezieht, den Krankenversicherungsbeitrag selbst zu tragen hat, während jemand mit mehreren Pensionsleistungen und den gleichen Lebenshaltungskosten und Leistungsumfang teilweise die Finanzierung seiner Krankenversicherung über die Ausgleichszulage erhält.

Der für die Berechnung der Ausgleichszulage geltende Richtsatz ist de facto vom Familien- bzw. Personenstand abhängig. Dies führt dazu, dass ausschließlich auf Grund des Familien- bzw. Personenstandes

- der Einzelrichtsatz zur Anwendung gelangt – unabhängig davon, ob eine Eigen- oder Hinterbliebenenpension oder mehrere Pensionen gebühren bzw.
- der Familienrichtsatz zur Anwendung gelangt – unabhängig davon, ob nur ein Ehegatte oder beide Ehegatten über eine Pensionsleistung oder mehrere Pensionsleistungen verfügen.

Bei Ableben des Ehegatten gebührt dem hinterbliebenen Gatten selbst bei mehreren Leistungen ebenfalls wiederum der Einzelrichtsatz. Damit hätte nach der geübten Praxis die Ehegattin, die nur die Hinterbliebenenleistung erhält, ihre Krankenversicherung selbst zur Gänze zu tragen. Die Gattin, die auch über eine geringe Eigenpension verfügt, erhält für die weitere Pensionsleistung die Krankenversicherung dagegen zu Lasten der Ausgleichszulage¹⁴.

¹³ Vgl. Art. 10 zu Art. 15a B-VG über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung – 677 der Beilagen XXIV. GP sowie die Einbeziehung in die Krankenversicherung – BGBl II 262/2010.

¹⁴ Zu welcher Pensionsleistung die Ausgleichszulage gebührt, wird gem. § 293 Abs. 3 und 4 ASVG normiert.

Bei Gewährung der Ausgleichszulage zu einer **Eigenpension von EUR 100,00 brutto** und einer **Witwenpension von EUR 632,25 brutto** (EUR 600,00 netto) beträgt die **Ausgleichszulage EUR 83,99 brutto** (Stand 2010). Der Krankenversicherungsbeitrag für die Eigenpension samt Ausgleichszulage beträgt **EUR 9,38** (5,1 % von EUR 100 Bei Gewährung der Ausgleichszulage zur **Eigenpension** resultiert daraus ein Krankenversicherungsbeitrag von **EUR 9,38** (5,1 % von EUR 100,00 Eigenpension und EUR 83,99 Ausgleichszulage). Da für die Berechnung der Ausgleichszulage die Witwenpension netto anzusetzen ist, erhöht der Krankenversicherungsbeitrag für diese Leistung die gebührende Ausgleichszulage um EUR 32,25 (5,1 % von 632,25).

Gewährt der Pensionsversicherungsträger die Ausgleichszulage jedoch zur höheren **Hinterbliebenenpension**, so beträgt der **Krankenversicherungsbeitrag** bereits **EUR 35,14** (5,1 % von EUR 632,25 und EUR 56,84 Ausgleichszulage).

Würde die Pension **alle Leistungen aus der gesetzlichen Pensionsversicherung eines Pensionsberechtigten** erfassen, so würde der **Krankenversicherungsbeitrag EUR 39,98** (5,1 %

Die bestehende Problematik wird nunmehr auch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht neu belebt. So wird offensichtlich das In-Krafttreten der neuen VO 883/2004¹⁵ zum Anlass genommen, durch die darin ausdrücklich festgeschriebene Gleichstellung auch die ausländischen Pensions- und Rentenleistungen in der Krankenversicherung entsprechend zu berücksichtigen¹⁶. Dadurch soll das wenig befriedigende Ergebnis beseitigt werden, dass Pensionisten mit niedrigem Inlands- und hohem Auslandsbezug den vollen Krankenversicherungsschutz (einschließlich Angehörigenschutz) um nur wenige Euro monatlich erhalten, während Pensionisten mit ausschließlichem Inlandsbezug für denselben Schutzzumfang wesentlich höhere Beiträge zu entrichten haben¹⁷.

Beziehen Pensionisten mit einer geringen inländischen Pensionsleistung und einer Ausgleichszulage auch eine ausländische Rentenleistung, so wäre auch hier die bestehende Praxis bezüglich des Heranziehens nur einer Pension oder Rente mit dem Bruttobetrag neu zu überdenken. Andernfalls führt der Bezug der Ausgleichszulage zur österreichischen Pension immer zu einer Nettoberücksichtigung der ausländischen Rentenleistung. Damit wird die **Finanzierung des Krankenversicherungsbeitrages** für die **ausländische Rentenleistung** - trotz ausdrücklich angestrebter Gleichstellung der Pensionsbezieher - wiederum auf den Bund abgewälzt. Eine sachliche Rechtfertigung, warum bei gleicher sozialer Bedürftigkeit und gleichem Schutzzumfang dennoch ein unterschiedlicher Beitrag zur Krankenversicherung zu leisten ist, ist jedenfalls auch hier nicht ersichtlich¹⁸.

Trifft man im Hinblick auf den jeweiligen **Versicherten** eine klare Abgrenzung bezüglich **Leistungen aus der gesetzlichen Sozialversicherung** (welche sodann auch alle ausländischen Pensions- und Rentenleistungen umfassen) und dem sonstigen Nettoeinkommen ergibt dies stets die gleiche Höhe der Ausgleichszulage als Differenz zum jeweiligen Ausgleichszulagenrichtsatz.

von EUR 732,25 und EUR 51,74 Ausgleichszulage) betragen. Dieses Ergebnis steht zugleich mit der vorgesehenen bedarfsorientierten Mindestsicherung mit derzeit EUR 744,01 netto im Einklang (Einzelrichtsatz abzüglich des einzubehaltenden Krankenversicherungsbeitrages).

¹⁵ Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 166 vom 30.4.2004 idF der Verordnung (EG) Nr. 988/2009 ABI L 284 vom 30.10.2009.

¹⁶ Löst der Bezug von Leistungen der sozialen Sicherheit bestimmte Rechtswirkungen aus, so gilt dies auch für gleichartige Leistungen aus einem Mitgliedstaat - Art. 5 lit a (EG) VO 883/2004.

¹⁷ Vgl. Erläuterungen zum Entwurf 2. Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2010 – § 73a – ASVG.

¹⁸ Die Pension sollte daher auch hier alle Pensions- und Rentenleistungen im Sinne der gebotenen Gleichstellung erfassen, die einem Pensionsberechtigten aus der gesetzlichen Pensionsversicherung zufließen. Damit wird auch der soziale Widerspruch zu § 293 Abs. 3 letzter Satz ASVG hinfällig, wonach die Ausgleichszulage grundsätzlich zur höheren Pension zu gewähren ist.

Da der **Ehegatte als weitere Person** umfasst wird, sollte sodann die Berücksichtigung von dessen **Nettoeinkommen** weder ein rechtliches noch ein tatsächliches Problem darstellen. Auch allfällige spätere Änderungen im Sachverhalt bzw. im Einkommen können auf diese Weise problemlos den betroffenen Personen zugeordnet und abgegrenzt werden¹⁹.

3. Ausgleichszulage neben Versichertenleistung als Einkommenssicherung

3.1. Versichertenleistung und Ausgleichszulage zur Existenzsicherung des Versicherten selbst

Der Großteil der Menschen ist zur Existenzsicherung auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen. Die gesetzliche Sozialversicherung trifft u.a. Vorsorge dafür, dass bei **Ausscheiden auf Grund eines sozialversicherungsrechtlich geschützten Risikos aus dem Erwerbsleben** der Versicherte einen **Anspruch auf eine Pensionsleistung** aus eigener Pensionsversicherung erwirbt, sofern er einen gewissen Bezug zur Sozialversicherung aufweist²⁰.

Bemerkenswert ist, dass die sozialversicherungsrechtliche Anknüpfung bloß ein Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze erfordert. Versicherte, die keinen besonderen Schutz auf Grund eines erlernten oder angelernten Berufes bzw. einer bestimmten Tätigkeit genießen, sind daher auch bei eingeschränktem Gesundheitszustand solange auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verweisbar, als sie noch die gesetzliche Lohnhälfte erwerben können²¹. Dabei spielen Bedürftigkeitskriterien keine Rolle, obwohl die **Geringfügigkeitsgrenze und das soziale Existenzminimum erheblich differieren**²². Erst wenn der Versicherte einen **Pensionsanspruch** erworben hat, tritt aus sozialen Gründen das **Mindesteinkommen in Form der Ausgleichszulage** hinzu.

Im Gegensatz zur Sozialhilfe ist der Versicherte aber nicht verhalten, vorhandenes Vermögen zu verwerten. Erst wenn er sein Vermögen aktiviert und dadurch Einkünfte in Geld oder Geldeswert tatsächlich erzielt, stellt dies eine Vermögensvermehrung dar, die bei der Feststellung der Ausgleichszulage als

¹⁹ Da nur zur Pension des Versicherten die Ausgleichszulage gebührt, ist der Ehegatte unabhängig davon, ob er eine Beschäftigung ausübt oder nicht bzw. später selbst eine Pension bezieht, immer in Form einer Nettobetrachtung einzubeziehen.

²⁰ Vgl. §§ 222 Abs. 1, 235 f ASVG - Leistungen der Pensionsversicherung bei Alter, geminderter Arbeitsfähigkeit und Tod, wobei die erforderliche Intensität durch Rahmenzeiträume und die Wartezeitregelungen festgelegt wird.

²¹ Vgl. § 255 Abs. 3 ASVG sowie OGH vom 12.9.2006, 10 ObS 109/06m.

²² Für das Jahr 2010 beträgt die Geringfügigkeitsgrenze EUR 366,33 monatlich, während der Einzelrichtsatz bereits auf EUR 783,99 angestiegen ist – vgl. §§ 5 Abs. 2, 293 Abs. 1 lit a sub lit bb ASVG.

Einkommen zu berücksichtigen ist²³. Ein wesentlicher Unterschied zur Sozialhilfe liegt weiters darin, dass der Versicherte auch nicht zur Anspannung seiner (verbleibenden) Arbeitskraft verpflichtet ist.

Da der Versicherte jedoch nur dann einen Pensionsanspruch erwirbt, wenn er auf Grund eines sozialversicherungsrechtlich geschützten Risikos aus dem Erwerbsleben ausscheidet, stellt dies m.E. auch eine hinreichende sachliche Rechtfertigung zu den Abweichungen im Bereich der Ausgleichszulage gegenüber dem Sozialhilferecht dar.

Die Abgrenzung der Ausgleichszulage von der Versichertenleistung hat dennoch hohe rechtliche Bedeutung. So ist eine Leistung auf Grund von Versicherungszeiten und Beitragszahlungen unabhängig von jeder Bedürftigkeitsprüfung und grundsätzlich auch unabhängig vom Wohnsitz im Inland. Diese Abgrenzung darf auch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht somit keinesfalls vernachlässigt werden. Umso bedenklicher ist, wenn der VfGH daher eine Pensionsanpassung, die für Pensionen unterhalb des Ausgleichszulagenrichtsatzes eine deutlich geringere Pensionserhöhung vorsieht, mit einer überdurchschnittlichen Erhöhung der Ausgleichszulagen rechtfertigt²⁴. Damit umgeht er die **Grundrechtsbindung des Gesetzgebers** und die daraus resultierende Verpflichtung zur **Einhaltung der festgelegten Ordnungsprinzipien im sozialversicherungsrechtlichen Leistungsrecht**. Eine fast um die Hälfte geringere Pensionsanpassung der niedrigsten Pensionen kann keinesfalls mit einer sozial gestaffelten Pensionserhöhung begründet werden, die umso höher ausfallen sollte, je niedriger die Pension sei²⁵. Auch die **Berücksichtigung ausländischer Renten- und Pensionsleistungen** wäre auf Grund der vom EuGH bereits zur VO 1408/71 judizierten Gleichstellung²⁶ möglich gewesen, sodass diesbezüglich keine Besserstellung von nicht gebietsansässigen Versicherten erfolgt wäre²⁷.

Eine exakte Abgrenzung zwischen Versichertenleistung und Ausgleichszulage hätte somit gezeigt, dass die gegebene Ungleichbehandlung der Versicherten bei der Pensionsanpassung für das Jahr 2008 nicht durch das Ausgleichszulagenrecht mit

²³ Vgl. OGH vom 16.3.2004, 10 ObS 160/03g (Zinserträge aus veranlagtem Schmerzensgeld).

²⁴ Vgl. VfGH vom 24.9.2009, G 165/08.

²⁵ Vgl. Erläuterungen zu Art. 4 der 68. Novelle zum ASVG - § 634 Abs. 10 (BGBl. I 101/2007).

²⁶ Vgl. insbesondere EuGH Rechtssache Klöppel C-507/06 (Bezug von Kinderbetreuungsgeld); Rechtssache Öztürk C-373/02 (Arbeitslosigkeit im Mitgliedstaat); Rechtssache Kauer C-28/00 (Kindererziehungszeiten); Rechtssache Jauch C-215/99 (Pflegegeld); Rechtssache Moscato C-481/93 (Eintritt der Arbeitsunfähigkeit), etc.

²⁷ Hinsichtlich der normierten Berücksichtigung von mehreren Pensionen wurden iSv § 634 Abs. 11 iVm Abs. 10 ASVG offensichtlich auch die mitgliedstaatlichen Rentenleistungen in die Pensionsanpassung nicht entsprechend einbezogen – vgl. OGH 17.3.2009, 10 ObS 10/09g.

gänzlich anderen rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen hätte beseitigt werden können²⁸.

3.2. Ausgleichszulage zur Existenzsicherung von Familienangehörigen

3.2.1. Gesellschaftlicher Wandel

Bereits Binder²⁹ hat auf Grund der 29. Novelle zum ASVG eine bessere Angleichung der **Ausgleichszulage** zum Sozialhilferecht befürwortet und eine **verstärkte Bedürftigkeitsprüfung** gefordert. Berücksichtigt man die gesellschaftspolitische Weiterentwicklung und die damit einhergehenden rechtlichen Änderungen der letzten Jahrzehnte vor allem im Hinterbliebenenrecht³⁰, so verwundert es zusehends, dass **Familienangehörige** ohne Berücksichtigung von Alter oder geminderter Arbeitsfähigkeit die Vorteile der Ausgleichszulage de facto uneingeschränkt beanspruchen können³¹.

Zunehmend treten jene Familien in den Hintergrund, in denen nur ein Ehegatte planmäßig einer Erwerbstätigkeit nachgeht³². Gesellschaftspolitisch wurden daher vielfach Regelungen getroffen, die ein vorübergehendes Ausscheiden aus einer zuvor bestehenden Erwerbstätigkeit aus sozial motivierten Gründen entsprechend absichern und sozialversicherungsrechtliche Nachteile zumindest teilweise ausgleichen sollen³³.

Wird ein **Versicherter pensioniert**, so ist im Ausgleichszulagenrecht ohne Berücksichtigung der konkreten Lebenssituation seines **Ehegatten**, oftmals ein weiter **Gestaltungsspielraum für ein soziales Mindesteinkommen eröffnet**. Damit werden nicht nur die Grauzonen des Sozialmissbrauchs erreicht, sondern auch Fragen einer sachlichen Rechtfertigung aufgeworfen, warum Familienangehörige von

²⁸ Vgl. Tomandl, Rechtsverweigerung durch den VfGH – dargestellt am Beispiel Pensionsanpassung, ZAS 2010/13; sowie EuGH, Rechtssache Gielen, C-440/08 (Gleichstellungsoption im Steuerrecht nicht ausreichend); Rechtssache Hoeckx, C-249/83 (Einstufung einer Leistung hängt von den grundlegenden Merkmalen ab).

²⁹ Vgl. Binder, Probleme der pensionsversicherungsrechtlichen Ausgleichszulage, ZAS 1981, 89 (Punkt VI).

³⁰ So die Spreizung der Hinterbliebenenleistung zwischen Null und 60 % zur Verhinderung einer Überversorgung und besseren Anpassung an die mit dem Gedanken der Bedarfsorientierung zusammenhängende ursprüngliche Unterhaltersatzfunktion - § 264 ASVG idF SRÄG 1993 – BGBl 335/1993 sowie SRÄG 2000 – BGBl I 92/2000.

³¹ Auch einer jungen Witwe gebührt grundsätzlich die Ausgleichszulage zur Hinterbliebenenpension uneingeschränkt. Dies gilt selbst dann, wenn sie für keine Kinder zu sorgen hat und bislang stets erwerbstätig war. Hat die Ehe mindestens 10 Jahre gedauert hat, gebührt der Leistungsanspruch diesbezüglich unbefristet – vgl. § 258 Abs. 2 Z 1 ASVG.

³² Dagegen stellt noch die Änderung durch die 29. Novelle zum ASVG vorwiegend auf die bessere Versorgung für jene Ehepaare ab, die zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes allein auf die Pension und Ausgleichszulage eines Eheteiles angewiesen sind - vgl. Erläuterungen zu § 293 Abs. 1 und 2 - 404 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des NR XIII GP.

pensionierten Ehegatten eine bessere Grundsicherung erhalten als Familienangehörige von nicht pensionierten Ehegatten.

Anhand konkreter Fallkonstellationen soll die Problematik mit ihren praktischen Auswirkungen dargestellt werden. Zugleich werden Lösungsansätze für eine gesetzeskonforme Vermeidung dieser Ergebnisse aufgezeigt.

3.2.2. Pensionierung des Versicherten führt zur Einstellung der Beschäftigung des Ehegatten

- Beide Ehegatten sind im Niedriglohnbereich berufstätig, teilweise auch arbeitslos, ein Ehegatte (Versicherter) erwirbt einen Anspruch auf Invaliditätspension, daraufhin beendet der andere Ehegatte seine Erwerbstätigkeit.

In Österreich ist das durchschnittliche Pensionsalter für Bezieher einer Leistung aus der geminderten Arbeitsfähigkeit relativ niedrig³⁴. Durch den Anspruch auf eine Pension erwirbt der Versicherte zugleich einen Anspruch auf Ausgleichszulage und somit eine soziale Mindestsicherung, die auch dessen Familienangehörige einschließt. Da das **Einkommen des Ehegatten** hinsichtlich des gebührenden **Familienrichtsatzes zur Gänze zu berücksichtigen** ist, entfällt somit für den Ehegatten gerade bei geringem Einkommen sehr leicht jede Motivation für die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigkeit³⁵. Oftmals ist in diesen Fällen der Ehegatte bereits über einen längeren Zeitraum arbeitslos und bezieht Notstandshilfe. Die Aufgabe der Erwerbstätigkeit des Ehegatten führt bei solchen Konstellationen und der Anwendung des Familienrichtsatzes im Regelfall zu keiner Verminderung des Familieneinkommens.

Nach den derzeitigen rechtlichen Regelungen kann dieses Ergebnis nur so hintan gehalten werden, als der Pensionsversicherungsträger in der Aufgabe der Erwerbstätigkeit erfolgreich einen Rechtsmissbrauch einwenden kann. Dabei müssen die unlauteren Motive für die Aufgabe der Erwerbstätigkeit die lauterer Motive eindeutig überwiegen und damit so augenscheinlich in den Vordergrund treten, dass für die beeinträchtigten Interessen des Trägers der Ausgleichszulage ein krasses und zu missbilligendes Missverhältnis besteht³⁶. Zeigt daher der

³³ Vgl. z.B. § 8 Abs. 1 Z 2 ASVG (Wochengeld, Arbeitslosengeld, etc.), §§ 18a und 18 b ASVG (Selbstversicherung für Zeiten der Pflege eines behinderten Kindes bzw. eines nahen Angehörigen).

³⁴ Nur 50 % der Pensionisten, die aus den Versicherungsfällen der geminderten Erwerbsfähigkeit eine Pension beziehen, sind älter als 55 Jahre – Jahresbericht 2009 der PVA, Seite 174.

³⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand für die Erhaltung der Erwerbstätigkeit wie z.B. Fahrtkosten im unselbständigen Sektor keine Berücksichtigung findet – vgl. OGH vom 27.11.2007, 10 ObS 140/07x.

³⁶ Vgl. OGH vom 18.2.2005, 10 ObS 190/04w; OGH vom 27.5.2003, 10 ObS 429/02i.

Beschäftigungsverlauf des Ehegatten, dass dieser durch Anspannung seiner Arbeitskraft laufend zum tatsächlichen Familieneinkommen beigetragen hat³⁷ und die **Aufgabe der Beschäftigung in einem zeitlichen Konnex zum Anspruch auf (höhere) Ausgleichszulage** steht, ist das als **unlauteres Motiv zu Lasten des Trägers der Ausgleichszulage** zu sehen. Der Verzicht auf das Entgelt aus der aufgegebenen Beschäftigung wäre damit unbeachtlich und bei der Ausgleichszulage dieses Entgelt fiktiv zu berücksichtigen.

Ein derartiger Vergleich der konkreten Lebenssituation vor und nach dem Eintritt der Pensionierung eines Ehegatten hebt zugleich den subsidiären wie auch sozialhilfe-ähnlichen Charakter der Ausgleichszulage hervor³⁸.

3.2.3. Einstellung der Beschäftigung des Ehegatten wegen Pflege des Versicherten

- Beide Ehegatten sind im Niedriglohnsektor berufstätig, teilweise auch arbeitslos, ein Ehegatte (Versicherter) hat bereits einen Anspruch auf Invaliditätspension, wozu nunmehr auch der Bezug von Pflegegeld tritt. In weiterer Folge beendet der andere Ehegatte seine Erwerbstätigkeit, um den Versicherten zu pflegen.

Der Bezug von Pflegegeld ist gegenüber dem Versicherten jedenfalls einkommensneutral. Damit ist diesbezüglich auch am Bezug von Ausgleichszulage nichts einzuwenden. Hinsichtlich der Absicherung der Familienangehörigen soll auch nicht auf Grund der Beistandspflicht des Ehegatten fingiert werden, dass das Pflegegeld an den im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten abgetreten wird³⁹. Somit hat das **Pflegegeld ohne Hinzutreten weiterer Motive keinen Einfluss auf die Ausgleichszulage**.

Beendet nun aber der Ehegatte seine bislang ausgeübte Erwerbstätigkeit, um den pflegebedürftigen Ehegatten zu pflegen, so stellt das Pflegegeld beim pflegenden Ehegatten keine Leistung dar, die wegen des besonderen körperlichen Zustandes gewährt wird. Vielmehr hat das Pflegegeld für die Pflegeperson Entgeltcharakter⁴⁰. Zugleich ist darauf Bedacht zu nehmen, dass das Pflegegeld auf Grund seiner

³⁷ Einem Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit ist diesbezüglich auch der Bezug von Kranken- oder Arbeitslosengeld gleichzusetzen.

³⁸ Vgl. insbesondere den Wandel in der Judikatur zur Unterhaltsspirale, sodass auf Grund der Subsidiarität der Ausgleichszulage zuerst die Unterhaltsfestsetzung zu erfolgen hat und danach die Höhe der Ausgleichszulage zu bestimmen ist – OGH vom 3.10.2008, 3 Ob 160/08p.

³⁹ Vgl. Erlass des BMfAuS vom 23.8.1995, Zl. 23.240/1-2/95.

⁴⁰ Vgl. Erlass des BMfAuS vom 17.4.1992, Zl. 23.240/2-6/91, wonach das Pflegegeld als Einkommen der Pflegeperson zu betrachten ist, welches auf die Ausgleichszulage in Anrechnung zu bringen ist, und zwar unabhängig davon, ob die Pflegeperson der im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegatte ist oder nicht.

Pauschalbetrachtung die Pflegeaufwendungen nur teilweise abdecken kann und die häusliche Pflege durch nahe Angehörige auch eine besondere sozialversicherungsrechtliche Förderung zumindest ab der Pflegestufe 3 erfährt⁴¹.

Eine sachliche und zugleich soziale Lösung muss daher berücksichtigen, dass die Zuerkennung von Pflegegeldleistungen wie auch Ausgleichszulagen vor einem Pensionsversicherungsträger in einem Massenverfahren abzuführen sind⁴². Dem Pflegebedürftigen soll es nach den Intentionen des Gesetzgebers anheim gestellt sein, für welche Pflegeleistungen er das Pflegegeld zweckentsprechend verwendet. Dennoch muss auch hinreichend einbezogen werden, dass **bei entsprechenden Angaben** der Versicherten die Erbringung von **Pflegeleistungen durch den Ehegatten nicht unberücksichtigt bleiben darf**⁴³.

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Pflegegeld als einkommensneutrale Leistung für den Versicherten und der Berücksichtigung als Einkommen für den pflegenden Ehegatten wäre m.E. daher so zu lösen, dass auch ein sozial motivierter Verzicht⁴⁴ des Ehegatten auf eine Beschäftigung insofern unbeachtlich ist, als der Entfall des Entgelts mit dem Pflegegeld ausgeglichen werden kann. Dabei ist im Sinne der Pauschalabgeltung hinsichtlich der konkreten Pflegeleistung eine abstrakte Betrachtungsweise geboten⁴⁵.

3.2.4. Einkommenssicherung für Familienangehörige, die Unionsbürger bzw. Drittstaatsangehörige sind

⁴¹ Vgl. §§ 17 und 18b iVm § 77 Abs. 6 und 8 ASVG, wonach bei Pflege eines nahen Angehörigen mit zumindest Pflegestufe 3 die Beiträge zur Weiter- bzw. Selbstversicherung der Pflegeperson zur Gänze vom Bund getragen werden.

⁴² Im Jahre 2009 werden von der Pensionsversicherungsanstalt insgesamt 97.519 Anträge auf Pflegegeld und 174.096 Bezieher einer Ausgleichszulage ausgewiesen - Jahresbericht 2009, Seite 151 und 166.

⁴³ Vgl. OGH vom 18.12.2007, 10 ObS 121/07b (Unterhaltsbemessung unter Berücksichtigung von Pflegeleistungen).

⁴⁴ Auf Grund der bestehenden gesetzlichen Regelungen muss zumindest Pflegegeld der Stufe 3 bezogen werden.

⁴⁵ Z.B.: Versicherter bezieht eine Invaliditätspension von EUR 700,00 und Pflegegeld der Stufe 2 bis August 2010 bzw. ab September 2010 Pflegegeld der Stufe 4. Die Ehegattin bezieht Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 400,00. Mit 30.6.2010 endet der Arbeitslosengeldbezug, da die Ehegattin wegen Pflege des Ehegatten (Versicherten) aus dem Erwerbsleben ausscheidet. Zugleich wird ein Erhöhungsantrag auf Ausgleichszulage gestellt.

Da erst ab **Pflegestufe 3** eine **sozialrechtliche Relevanz** besteht, wäre ab 1.7.2010 dennoch das **fiktive Arbeitslosengeld** in Höhe von EUR 400,00 **anzurechnen**, obwohl der Ehegatte tatsächlich nur Pflegegeld in Höhe von EUR 284,20 (Stufe 2) bezogen hat. Ab 1.9.2010 beträgt das Pflegegeld des Gatten zwar EUR 664,30 (Stufe 4), dennoch ist wiederum nur das fiktive Arbeitslosengeld von EUR 400,00 auf die Ausgleichszulage anzurechnen. Somit hat der „Verzicht“ auf das Arbeitslosengeld bzw. die weitere Erwerbstätigkeit **unabhängig von der Höhe des konkreten Pflegegeldes die gleichen Auswirkungen**. Damit entfallen die Erhebungen im Einzelfall, wie auch der **Pauschalbetrachtung und grundsätzlichen (Nicht) Berücksichtigung des Pflegegeldes im Familienverband** hinreichend Rechnung getragen wird.

- Ein rumänischer Staatsbürger ist seit einigen Jahren in Österreich erwerbstätig und wohnhaft. Seine Eltern, die ausschließlich in Rumänien eine Beschäftigung ausgeübt haben, verfügen über eine rumänische Rentenleistung von monatlich EUR 250,00 (EUR 150,00 Vater und EUR 100,00 Mutter). Die Mutter besitzt die russische Staatsangehörigkeit. Der Sohn meldet die Eltern bei sich in Österreich an. Der Vater beantragt zugleich eine Ausgleichszulage für sich und seine Ehegattin. Das Aufenthaltsrecht der Eltern wird mittels Anmeldebescheinigung auf sonstige Angelegenheiten (§§ 51 Z 2, 52 Z 4 oder 5 NAG)⁴⁶ gestützt.

Die **Unionsbürgerschaft** verleiht jedem Staatsbürger eines Mitgliedstaates ein **Aufenthaltsrecht**, welches zumindest für die ersten fünf Jahre bestimmten **Beschränkungen und Bedingungen unterworfen** ist. Eine **Ausnahme** hiervon besteht zu Gunsten der Förderung der Mobilität der **Arbeitnehmer**⁴⁷, indem jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten im Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstigen Arbeitsbedingungen untersagt ist. Die Gleichbehandlung muss sich tatsächlich und rechtlich auf alles erstrecken, was mit der **eigentlichen Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis** im Zusammenhang steht und erfasst insbesondere auch das Recht, seine Familie nachkommen zu lassen, sowie die Bedingungen für die Integration der Familie im Aufnahmeland⁴⁸.

Hat ein Unionsbürger somit eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt hergestellt, genießt er die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie ein Inländer⁴⁹.

Ein rumänischer Staatsbürger, der seit Jahren in Österreich erwerbstätig ist, hat somit einen hinreichenden Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht⁵⁰ und besitzt zudem

⁴⁶ Spezielles Formblatt der NAG-Behörden – „Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/-innen“ – woraus in dieser Konstellation nicht erkennbar ist, ob ein Unionsbürger einen rechtmäßigen Aufenthalt in eigener Person begründet oder ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend macht.

⁴⁷ Arbeitnehmer ist jeder, der eine Tätigkeit ausübt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält, sofern deren Umgang nicht so gering ist, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt – vgl. Geringfügigkeitsgrenze gem. § 5 Abs. 2 ASVG bzw. EuGH Rechtssache Collins, C-138/02.

⁴⁸ Vgl. VO 1612/68 – Abl. L 257 vom 19.10.1968 iVm Art. 38 der RL 2004/38/EG – Abl. L 158 vom 30.4.2004 sowie Beck, Unionsbürgerschaft und Ausgleichszulage, SoSi 2010/262.

⁴⁹ Vgl. das Fehlen von Bedingungen und Beschränkungen im nationalen Recht gem. § 51 Abs. 1 Z 1 NAG sowie EuGH Rechtssache Vatsouras – Koupantantz, C-22/08 und C-23/08.

⁵⁰ Personen, die durch die Verwirklichung eines grenzüberschreitenden Sachverhalts im Sinne von Art. 18 und 39ff EG bzw. nunmehr Art. 21 und 45ff AEUV in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen (AEUV - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; Abl. C 83 vom 30.3.2010).

Arbeitnehmerfreizügigkeit. Dieses Recht umfasst auch seine Familienangehörigen⁵¹. Mit Ausnahme von Ehegatten, eingetragenen Partnern und Kindern unter 21 Jahren sind für Familienangehörige ebenfalls bestimmte Bedingungen und Beschränkungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht vorgesehen⁵². So muss für Eltern, Kinder über 21 Jahren und sonstige Angehörige bereits im Herkunftsland tatsächlich Unterhalt geleistet worden sein⁵³. Nicht maßgebend ist, ob ein rechtlicher Unterhaltsanspruch nach den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften im Herkunftsstaat besteht. Hinsichtlich der Höhe des Unterhalts wird kein bestimmtes Ausmaß gefordert, dennoch wird der tatsächlich geleistete Betrag ein solches Ausmaß erreichen müssen, dass nicht bloß von einem Taschengeld ausgegangen werden kann⁵⁴.

Die **Staatsbürgerschaft eines Familienangehörigen** ist im Hinblick auf den zusammenführenden Unionsbürger **belanglos**, da der Familienangehörige kein originäres Aufenthaltsrecht hat, sondern nur **mittelbarer Nutznießer der Freizügigkeit** und Gleichbehandlung ist⁵⁵. Somit kann der Familienangehörige auch nur solche Rechte geltend machen, die auch der Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, im Mitgliedstaat selbst inne hat.

Ist daher der zusammenführende **Unionsbürger Arbeitnehmer**, kann er seine **Eltern bei** hinreichender **tatsächlicher Unterhaltsleistung** unabhängig von der Staatsangehörigkeit als seine **Familienangehörigen** nach Österreich holen. Der rechtmäßige Aufenthalt ist keinen weiteren Bedingungen und Beschränkungen unterworfen. Somit kann je nach nationalem Recht und tatsächlichem Einkommen des in Österreich erwerbstätigen Unionsbürgers von diesem auch eine soziale Unterstützung für seine Eltern im Inland rechtmäßig in Anspruch genommen werden⁵⁶.

⁵¹ Der Kreis der Familienangehörigen geht diesbezüglich erheblich über die Kernfamilie (Ehegatte, eingetragener Partner bzw. unversorgte Kinder unter 21 Jahre) hinaus – vgl. § 52 Abs. 1 NAG.

⁵² Vgl. Art. 2 Z 2 RL 2004/38/EG – die im Gegensatz zum nationalen Recht enger gehalten ist und Lebenspartner, etc. nicht umfasst (vgl. § 52 Abs. 1 Z 4 und 5 NAG).

⁵³ Gem. § 52 Abs. 2 Z 5 NAG ist ein urkundlicher Nachweis über die familiäre Beziehung und die tatsächliche Unterhaltsgewährung erforderlich – vgl. auch EuGH Rechtssache Lebon, C-316/85.

⁵⁴ Vgl. z.B. § 324 Abs. 3 ASVG wonach bei Heimunterbringung eines Versicherten, diesem das Existenzminimum faktisch gewährt wird, ihm aber zur Befriedigung der höchstpersönlichen Bedürfnisse ein Taschengeld von 20 % zumindest vom Einzelrichtsatz verbleibt. Obwohl kein Überwiegen gefordert ist und soweit überblickbar auch noch keine Judikatur hierzu existiert, wird der tatsächliche Betrag ein solches Ausmaß erfordern, dass der Empfänger davon auch tatsächlich ein bescheidenes Auskommen im Herkunftsstaat bewerkstelligen kann.

⁵⁵ Vgl. EuGH Rechtssache Lebon, C-316/85 sowie Rechtssache Eind, C-291/05 bzw. Mattern – Cikotic, C-10/05.

⁵⁶ Vgl. § 5 Abs 2 Z 2 und §§ 6 ff Gesetz zur „Bedarfsorientierten Mindestsicherung“ in Wien (WMG) – LGBl. 38/2010 - Der Unionsbürger ist jedoch verpflichtet, zur Abwendung und Beseitigung der Notlage für sich und seine Familienangehörigen seine Arbeitskraft und sein Vermögen entsprechend anzuspinnen.

- Variante 1 zum Fallbeispiel:

Der rumänische Unionsbürger (Sohn) ist auf Grund von Invalidität aus dem Erwerbsleben ausgeschieden und bezieht eine Invaliditätspension aus der österreichischen Pensionsversicherung.

Die österreichische Rechtslage sieht im Bereich des Ausgleichszulagenrechtes nur eine **Richtsaterhöhung für Kinder** im Sinne von § 252 ASVG vor. Für **Eltern** als Familienangehörige **fehlt eine solche Regelung zur Gänze**. Die Zuerkennung einer Ausgleichszulage an die Eltern bzw. einen Elternteil auf Grund der Gleichstellung der mitgliedstaatlichen Rentenleistung scheidet insofern aus, weil Familienangehörige eben nur vom Unionsbürger abgeleitete Rechte besitzen.

Zur besseren Nachvollziehbarkeit soll diese Problematik insofern verdeutlicht werden, als die Vernachlässigung bloß abgeleiteter Rechte für Familienangehörige eine unmittelbare Gleichstellung mit einem Inländer bewirken würde. Im Hinblick darauf, dass für Familienangehörige die Staatsangehörigkeit belanglos ist, würde damit wiederum eine weitergehende Begünstigung geschaffen, als dies einem Unionsbürger über das gesetzliche normierte Aufenthaltsrecht selbst unter besonderer Berücksichtigung der Mobilität der Arbeitnehmer zugestanden wird. Damit käme es entgegen den Intentionen des Gemeinschaftsrechtes zu einer völlig unsachlichen Bevorzugung von mitgliedstaatlichen Rentenempfängern, da diese auf Grund der fehlenden tatsächlichen Anknüpfung an den inländischen Arbeitsmarkt weder eine wie immer geartete Beitragsleistung noch eine Integration in die Gesellschaft zu bewerkstelligen hätten.

Kann der im Inland wohnhafte Unionsbürger und Versicherte keine Richtsaterhöhung für seine Eltern erhalten, muss er sich wiederum an die Sozialhilfe wenden, wenn der entsprechende Unterhaltsbedarf für ihn und seine Eltern nicht hinreichend befriedigt werden kann⁵⁷. Auf Grund eines **abgeleiteten Anspruchs** kann daher **keinesfalls ein eigener Anspruch auf Ausgleichszulage**

⁵⁷ Zumindest nach dem WMG ist kein Ausschluss eines Pensionsbeziehers von der „Bedarfsorientierten Mindestsicherung“ iVm Familienangehörigen ersichtlich. Eine ähnliche Konstellation besteht derzeit auch gem. § 324 Abs. 3 ASVG, wenn auf Grund der Heimunterbringung des pensionsberechtigten und unterhaltspflichtigen Ehegatten (Versicherter) vom Familienrichtsatz auf Einzelrichtsatz umzustellen ist. Hat der andere Ehegatte keine eigene Pension, können ihm unter Berücksichtigung des 20 %-igen Taschengeldanteiles für den Versicherten nur 80 % vom Einzelrichtsatz verbleiben – vgl. OGH vom 16.9.2003, 10 ObS 201/03m). Die Differenz muss zwangsläufig über den Sozialhilfeträger ausgeglichen werden.

vor der sozialen Gleichstellung des Familienangehörigen im Inland geltend gemacht werden⁵⁸.

- Variante 2 zum Fallbeispiel:

Die Eltern haben keinen Unterhalt im Herkunftsland bezogen.

Oftmals tritt in der Praxis der Sachverhalt in der Form auf, dass den Eltern im Herkunftsstaat kein Unterhalt geleistet wurde. Damit können die Eltern aber nicht den rechtlichen Status eines Familienangehörigen geltend machen und müssen den rechtmäßigen Aufenthalt im Inland originär, d.h. in eigener Person begründen.

Auf Grund der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft kommt für die Eltern somit nur ein „privater Aufenthalt“ im Sinne von § 51 Abs. 1 Z 2 NAG in Betracht. Da nur der Vater Unionsbürger ist, kann nur er originär den rechtmäßigen Aufenthalt nach den günstigen Zugangsbestimmungen geltend machen, sodass seine Ehegattin als Drittstaatsangehörige wiederum nur ein von ihm abgeleitetes Recht als Ehegattin eines Unionsbürgers geltend machen kann⁵⁹.

Der Vater braucht sodann zur **Begründung des rechtmäßigen Aufenthalts einen hinreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel** für sich und seine Ehegattin als Familienangehörige⁶⁰. Die fehlenden Existenzmittel können **subsidiär** durch eine **Haftungserklärung** Dritter ersetzt werden und müssen im Anlassfall somit ein Einkommen in Höhe des Familienrichtsatzes erreichen. Auf Grund der geringen mitgliedstaatlichen Rentenleistung im Herkunftsstaat wird somit im Regelfall der Sohn eine solche Haftungserklärung für seine Eltern abgeben.

Im Bereich des Leistungsrechtes der Pensionsversicherungsträger bedeutet dies, dass **trotz Gleichstellung der mitgliedstaatlichen Rentenleistung** solange **kein rechtlicher Anspruch auf eine Ausgleichszulage** gegeben ist, als der Vater kein

⁵⁸ Vgl. insbesondere EuGH Rechtssache Eind, C-291/05, wonach das Recht auf Familienzusammenführung nicht dem Familienangehörigen ein originäres Freizügigkeitsrecht einräumt, sondern vielmehr der Mobilität des Wanderarbeitnehmers dient.

⁵⁹ Könnte die Mutter auf Grund des fehlenden Unterhalts vom Sohn nicht als Ehegattin eines Unionsbürgers ihr Aufenthaltsrecht geltend machen, so würde sie den strengen nationalen Zuzugsbestimmungen unterliegen. Diesbezüglich müsste sie auch zwingend den Antrag aus dem Ausland stellen, da ihr auch kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht zukommen würde – vgl. §§ 41ff iVm § 11 NAG sowie VfGH 16.12.2009, G 244/09 bzw. auch EuGH, Rechtssache Deutschland, C-540/2003 – selbst Mitglieder einer Familie haben kein subjektives Recht auf Aufnahme im Hoheitsgebiet eines Staates.

⁶⁰ Während der Krankenversicherungsschutz wie auch die Existenzmittel bei einem Arbeitnehmer auf Grund des Einsatzes seiner Arbeitskraft als vorhanden gelten, müssen diese bei einem „privaten Aufenthalt“ entsprechend nachgewiesen werden. Somit soll v.a. der Aufnahmemitgliedstaat vor einer übermäßigen finanziellen Belastung zumindest für den ersten Aufenthalt von Unionsbürgern geschützt werden.

Daueraufenthaltsrecht im Inland erworben hat. Die Haftungserklärung entfaltet daher solange eine rechtliche Wirkung als **keine soziale Gleichstellung im Inland** besteht. Bei einem allfälligen Antrag auf Ausgleichszulage wird der Pensionsversicherungsträger im Regelfall eine ablehnende Entscheidung über die Ausgleichszulage zu treffen haben⁶¹. Eine Ausnahme besteht diesbezüglich nur in jenen Fällen, in denen nach Begründung eines rechtmäßigen Aufenthalts durch eine unvorhersehbare und unverschuldete Notlage die Tragfähigkeit der Haftungserklärung (vorübergehend) nicht mehr gegeben ist⁶².

Noch deutlicher wird der Unterschied im Hinblick auf einen rechtlichen Anspruch auf Ausgleichszulage, wenn auf Grund geringer mitgliedstaatlicher Rentenleistung die **ausreichenden Existenzmittel** des Unionsbürgers durch ein entsprechendes **Kapitalvermögens** ersetzt werden⁶³. So werden in der Praxis oftmals höhere Kapitalwerte erzielt, wenn zum Beispiel Haus und Grund im Herkunftsstaat veräußert werden, um im Mitgliedstaat einen neuen Wohnsitz zu begründen. Auch hier kommt der Unterschied im Hinblick auf die fehlende soziale Gleichstellung mit einem Inländer sehr deutlich zum Ausdruck. So muss ein inländischer Pensionsbezieher bzw. ein mitgliedstaatlicher Rentenempfänger bei sozialer Gleichstellung bezüglich seines Anspruches auf Ausgleichszulage sein Vermögen nicht heranziehen⁶⁴. Würde man diesen Unterschied auch bei einem Unionsbürger ohne soziale Gleichstellung vernachlässigen, der sehr wohl die festgeschriebenen Bedingungen und Beschränkungen zu erfüllen hat, wäre diese Regelung im Hinblick auf

⁶¹ Grundsätzlich wird nach einem rechtmäßigen und ununterbrochenen fünfjährigen Aufenthalt im Inland das Daueraufenthaltsrecht erlangt, womit zugleich die soziale Gleichstellung mit einem Inländer erworben wird. Damit besteht sodann auch auf Grund der Gleichstellung der mitgliedstaatlichen Rentenleistung ein rechtmäßiger Anspruch auf Ausgleichszulage. Damit wird die Ausnahmebestimmung zu Gunsten von Arbeitnehmern deutlich, die unverzüglich die soziale Gleichstellung aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit erhalten. Eine Person mit bloß „privaten Aufenthalt“ muss diese Gleichstellung durch eine hinreichend lange Aufenthaltsdauer im Inland erst erwerben. Vgl. auch EuGH Rechtssache Collins, C-138/02 – wonach dies selbst für Arbeitssuchende gilt, solange sie noch keine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates bewerkstelligen konnten.

⁶² Die Tragfähigkeit der Haftungserklärung muss zum Zeitpunkt der Abgabe gegeben sein. Damit kann bei ansonsten unverändertem Sachverhalt kein Anspruch auf Ausgleichszulage entstehen. Treten danach unverschuldete Probleme auf, so wird bei bereits rechtmäßigem Aufenthalt eines Unionsbürgers auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit eine gewisse Solidarität der Angehörigen dieses Staates gefordert – vgl. EuGH Rechtssache Grzelczyk, C-184/99 bzw. Baumbast, C-413/99.

⁶³ Auch durch vorhandene Sparbücher können ausreichende Unterhaltsmittel im Sinne von festen und regelmäßigen Einkünften nachgewiesen werden - vgl. VwGH vom 22.9.2009, 2008/22/0659 bzw. 6.8.2009, 2008/33/0391.

⁶⁴ Diese Unterscheidung kommt auch beim VwGH sehr deutlich zum Ausdruck, da bei sozialer Gleichstellung (Arbeitnehmer, der ein eigenen Pensionsanspruch zu Lasten der österreichischen Pensionsversicherung erworben hat, verliert seine Arbeitnehmerfreizügigkeit eben nicht) zu Unrecht der rechtliche Anspruch auf Ausgleichszulage abgesprochen wurde. Ist der rechtliche Anspruch gegeben, ist sogar unerheblich, ob die Ausgleichszulage tatsächlich beansprucht wird – vgl. VwGH 28.10.2009, 2007/01/0295. Diese Rechtsansicht wird auch vom OGH uneingeschränkt judiziert – vgl. OGH 23.11.1994, 10 ObS 176/94; 31.1.1995, 10 ObS 8/95 bzw. zuletzt 21.6.2006, 10 Ob 124/06w.

mitgliedstaatliche Rentenempfänger völlig obsolet – ja geradezu absurd. Während die NAG-Behörden auf die **gesetzlich normierten Bedingungen und Beschränkungen Bedacht zu nehmen** hätten, würden die Pensionsversicherungsträger ohne jede Beitragsleistung im Inland unter Anknüpfung an eine mitgliedstaatliche Rentenleistung uneingeschränkt einen rechtlichen Anspruch auf Ausgleichszulage einräumen⁶⁵.

Zur Vollständigkeit darf angemerkt werden, dass nach der Rechtsprechung des EuGH dem Aufenthaltstitel als solchen nur deklaratorische Wirkung zukommt⁶⁶. Wird von NAG-Behörden daher ein rechtmäßiger Aufenthalt sowohl auf § 51 NAG wie auch auf § 52 NAG gestützt, so muss der Sozialversicherungsträger schon auf Grund der erheblichen rechtlichen Unterschiede und Auswirkungen eine entsprechende Abklärung mit der zuständigen NAG-Behörde herbeiführen⁶⁷.

- Variante 3 zum Fallbeispiel:

Der rumänische Unionsbürger (Versicherter) übt ein paar Monate eine Erwerbstätigkeit in Österreich aus. Er möchte in Österreich bleiben und holt seine Ehegattin nach Österreich, die bereit eine rumänische Invaliditätspension bezieht, jedoch Drittstaatsangehörige ist. Die Ehegattin stellt zur Existenzsicherung einen Antrag auf Ausgleichszulage. Der Versicherte beendet in der Folge ohne ersichtlichen Grund seine Erwerbstätigkeit.

Diese Sachverhaltskonstellation zeigt besonders deutlich, welche rechtliche Bedeutung die jeweilige Freizügigkeit auch im Hinblick auf das Aufenthaltsrecht und allenfalls davon abgeleitete Rechte vor allem für Drittstaatsangehörige haben kann⁶⁸.

Nach den bestehenden gesetzlichen Regelungen verliert der Unionsbürger seine Arbeitnehmerfreizügigkeit, wenn er freiwillig aus dem Erwerbsleben ausscheidet⁶⁹ und sich der Arbeitsmarktverwaltung nicht mehr zur Verfügung stellt. Da der

⁶⁵ Diesbezüglich würde man den Sozialbetrug geradezu fördern, da im Extremfall ein einziges Sparbuch ausreichen würde, um beliebig oft für Unionsbürger und ihre (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen einen rechtmäßigen Aufenthalt im Inland herzustellen. Die Existenzsicherung für den ersten Aufenthalt im Inland würde sodann (contra legem) uneingeschränkt zu Lasten des Trägers der Ausgleichszulage geben.

⁶⁶ Vgl. EuGH Rechtssache Roux, C-363/89 wonach der rechtmäßige Aufenthalt nur an Voraussetzungen geknüpft werden darf, die das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich festlegt.

⁶⁷ Vgl. § 459f ASVG – eingeführt mit dem 4. SRÄG 2009, BGBl I 147/2009.

⁶⁸ Die Anerkennung der Ehegattin als Drittstaatsangehörige ist unabhängig davon, wann oder wo die Ehe geschlossen wurde bzw. wie die Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist – vgl. Rechtssache Sahin, C-551/07.

⁶⁹ Vgl. § 51 Abs. 2 und 3 NAG, wonach nur bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und Arbeitswilligkeit, der Status der Arbeitnehmerfreizügigkeit erhalten bleibt, sowie EuGH Rechtssache Collins, C-138/02 wie auch Rechtssache Antonissen, C-292/89, wonach selbst bei Arbeitswilligkeit der Aufenthalt zur Stellensuche zeitlich begrenzt werden kann.

Unionsbürger verpflichtet ist, jede Änderung hinsichtlich seines Aufenthaltsrechtes unverzüglich der zuständigen NAG-Behörde anzuzeigen, kann er nach Beendigung der Erwerbstätigkeit sein Aufenthaltsrecht in weiterer Folge nur mehr auf einen privaten Aufenthalt stützen. Da das Aufenthaltsrecht auch für einen Unionsbürger nicht unbeschränkt ist, muss er bei Wegfall der Ausnahmebestimmungen wiederum ausreichende Existenzmittel für sich und seine Familienangehörigen nachweisen können. Da weder eine unverschuldete noch unvorhersehbare Notlage nach Begründung des rechtmäßigen Aufenthalts eingetreten ist, kann er bei **fehlender Arbeitswilligkeit auch bei zuvor rechtmäßigem Aufenthalt im Inland keine Sozialhilfe** beanspruchen.

Die Vernachlässigung der sozialen Gleichstellung wie auch der unterschiedlichen Freizügigkeitsrechte könnte im Extremfall dazu führen, dass die erforderlichen Existenzmittel nunmehr auf die allfällige Ausgleichszulage der Ehegattin gestützt würden. Die Ehegattin, die selbst keine Unionsbürgerin ist, in Österreich keine Arbeitnehmerfreizügigkeit besessen hat und auch die erforderlichen Existenzmittel für sich und den Versicherten nicht nachweisen kann, würde somit einem Versicherten ein rechtmäßiges Aufenthaltsrecht verschaffen, obwohl dieser gerade seine Arbeitnehmerfreizügigkeit verloren hat und somit sein Aufenthaltsrecht wegen fehlender Existenzmittel beendet werden könnte⁷⁰. Der Aufnahmemitgliedstaat, der zum Schutz einer unangemessenen finanziellen Belastung im Sozialhilfebereich nicht den ersten Aufenthalt im Inland zu tragen hat, würde damit aber vor dem Erwerb eines Daueraufenthaltsrechtes bereits zu Lasten des Trägers der österreichischen Ausgleichszulage diesen Aufenthalt finanzieren⁷¹. Die gesetzlichen Regelungen im nationalen Recht wie auch im Gemeinschaftsrecht bezüglich der Bedingungen und Beschränkungen wären damit völlig sinnlos.

Bei korrekter rechtlicher Abgrenzung kann der Unionsbürger nur jene Rechte vermitteln, die er selbst besitzt⁷². Besteht somit zum Zeitpunkt der Begründung des Aufenthaltsrechtes der Ehegattin Arbeitnehmerfreizügigkeit, so kann die Ehegattin unabhängig von der Staatsbürgerschaft ohne weitere Bedingungen und Beschränkungen einen rechtmäßigen Aufenthalt im Inland begründen. Ändert sich danach das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers, so schlägt diese Änderung auch auf die Ehegattin durch. Steht der Unionsbürger somit der Arbeitsmarktverwaltung nicht mehr zur Verfügung, so muss er die normierten Bedingungen und

⁷⁰ Der Aufnahmemitgliedstaat ist berechtigt unter Einhaltung der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen das Aufenthaltsrecht zu beenden - vgl. EuGH Rechtssache Grzelczyk, C-184/99.

⁷¹ Vgl. Art. 7, 16 und 24 RL 2004/38/EG sowie die vollinhaltlich Umsetzung im NAG mit FrÄG 2009 – BGBl I 122/2009.

Beschränkungen für einen privaten Aufenthalt für sich und seine Familienangehörigen erfüllen. Die Ehegattin kann als Drittstaatsangehörige nur ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht beanspruchen. Damit kann aber auch der mitgliedstaatliche Rentenanspruch keinen rechtlichen Anspruch auf eine Ausgleichszulage bewirken und keine wie immer gearteten Auswirkungen auf das rechtmäßige Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers bewirken.

3.2.5. Einkommenssicherung für Familienangehörige, die als Drittstaatsangehörige nicht dem Gemeinschaftsrecht unterliegen

- Ein immer in Österreich ansässiger Pensionsbezieher mit Ausgleichszulage hat im Urlaub eine Drittstaatsangehörige geheiratet. Er möchte mit ihr in Österreich leben und beantragt die Erhöhung der Ausgleichszulage (Familienrichtsatz).

Ein **Österreicher** verwirklicht nur dann einen Freizügigkeitssachverhalt, wenn er eines seiner Rechte gem. Art 21 und 45 ff AEUV (vormals Art 18 und 39 ff EG) außerhalb Österreichs im EU-/EWR⁷³-Raum oder der Schweiz ausgeübt hat. Ist dies nicht der Fall, so unterliegt auch sein Familienangehöriger⁷⁴ den wesentlich strengeren Zuzugsbestimmungen von § 47 NAG. Zugleich müssen die allgemeinen Voraussetzungen des § 11 NAG erfüllt sein, wie auch der Antrag aus dem Ausland zu stellen und das Verfahren über einen rechtmäßigen Zuzug im Ausland abzuwarten ist.

Die sachliche Rechtfertigung für den wesentlich strengeren Zuzug liegt darin, dass jemand der **keinen Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht** hat, **nicht des Schutzes und der besonderen Förderung des Gemeinschaftsrechtes bedarf**. Rein innerstaatliche Sachverhalte kann daher der nationale Gesetzgeber nach seinen eigenen Vorstellungen im Hinblick auf die Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens und die Vermeidung von Missbrauchsfällen regeln⁷⁵.

Der Antrag auf Erhöhung der Ausgleichszulage wäre daher rechtlich gar nicht zulässig, da die Ehegattin als drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Österreichers ohne Freizügigkeitssachverhalt das Verfahren auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Ausland abzuwarten hat und somit weder ein rechtmäßiger

⁷² Vgl. EuGH Rechtssache Kaba, C-356/98 und C-466/00 hinsichtlich der Einschränkung des unbefristeten Aufenthaltsrechtes für Ehegatten.

⁷³ EWR-Staaten, die nicht zugleich der EU angehören (Island, Lichtenstein und Norwegen).

⁷⁴ Familienangehörige sind hier nur die Kernfamilie (vgl. § 2 Abs. 1 Z 9 NAG - Ehegatte, eingetragene Partner und minderjähriges lediges Kind) – vgl. auch RL 2003/86/EG (ABl vom 3.10.2003, L 251/12).

⁷⁵ Vgl. VfGH vom 16.12.2009, G 244/09.

Aufenthalt noch ein rechtlicher Anspruch diesbezüglich geltend gemacht werden kann⁷⁶.

4. Zusammenfassung

Die Ausgleichszulage hängt vom Bestehen eines Pensionsanspruches ab und stellt damit eine akzessorische Leistung dar, die zur Versichertenleistung hinzu tritt⁷⁷. Damit wird auf Grund von Versicherungsleistungen eine Anwartschaft auf ein bestimmtes soziales Existenzminimum insofern begründet, als der Versicherte auf Grund eines sozialversicherungsrechtlich geschützten Risikos aus dem Erwerbsleben ausscheidet.

Obwohl die Ausgleichszulage zweifellos Fürsorgecharakter hat, unterscheidet sie sich dennoch erheblich von einer üblichen Sozialhilfeleistung, indem keine Verpflichtung zur Anspannung von vorhandenem Vermögen bzw. einer allenfalls verbleibenden Arbeitsfähigkeit besteht.

Soll das österreichische Sozialsystem nicht übermäßig hohen finanziellen Belastungen ausgesetzt werden, muss vor allem in der Vollziehung das Prinzip der Subsidiarität der Ausgleichszulage sowie Sinn und Zweck einer sozial motivierten Existenzsicherung mehr als bisher beachtet werden⁷⁸. Neben einer exakten rechtlichen Prüfung im Einzelfall erscheint somit ein umfassendes Fachwissen im Gemeinschaftsrecht sowie ein Überblick über die Rechtsprechung des EuGH⁷⁹ unerlässlich. Andernfalls wird nicht bloß Sozialmissbrauch gefördert, sondern sogar eine Rechtsanwendung contra legem in Kauf genommen.

⁷⁶ Vgl. § 21 Abs. 1 NAG.

⁷⁷ Vgl. § 292 Abs. 1 ASVG sowie VfGH vom 28.10.2009, 2007/01/0295.

⁷⁸ Besonders deutlich OGH vom 3.10.2008, 3 Ob 160/08p wonach auch ein bereits bestehender Anspruch auf Ausgleichszulage nicht dazu führen kann, dass ein Unterhaltspflichtiger über eine Erhöhung der Ausgleichszulage der geschiedenen Ehegattin eine Unterhaltsherabsetzung erwirken kann.

⁷⁹ Wird z.B. die Abgrenzung von bloßer Unionsbürger- zur Arbeitnehmerfreizügigkeit vernachlässigt, kann ein rechtlicher Anspruch auf Ausgleichszulage de facto nicht wirklich beurteilt werden – vgl. Erlass des BM.I vom 8.6.2010, BMI-FW1710/0046-III/4/2010, der diese Abgrenzung offensichtlich voraussetzt.