

## **ALLGEMEINER TEIL**

Im NAG wurde bislang – einigermaßen konsistent – definiert, dass der Aufenthalt von Fremden nicht „zur finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft“ führen dürfe, wobei darunter Leistungen aus der Sozialhilfe verstanden wurden.

Mit der vorgeschlagenen Novelle wird diese Systematik durchbrochen und werden Transfer- bzw. Versicherungsleistungen einbezogen, die eben keine Leistung einer Gebietskörperschaft unter dem Titel der Sozialhilfe sind. Die Konsequenzen sind einerseits ein massiver Eingriff in das Familienleben von Pensionsempfängern, die etwa nach langjährigem beruflichen Auslandsaufenthalt mit einem Ehepartner, der nicht österreichischer Staatsbürger ist, in ihre Heimat zurückkehren wollen, andererseits werden Mütter von Kleinkindern dahingehend benachteiligt, als diese in der Zeit, die sie ihre Kleinstkinder erziehen wollen, das dafür eingeräumte Kinderbetreuungsgeld – das der Systematik nach der Einkommensersatz für diese Zeit sein soll – als Einkommen ins Treffen führen können. Wenn damit die Familienzusammenführung verzögert wird, findet auch die Integration, v.a. das Erlernen der deutschen Sprache, später statt, womit das richtig erkannte Problem gerade des frühkindlichen Spracherwerbs verschärft anstatt gelöst würde.

Das Modell, nichtösterreichische EU-Bürger am Bezug der Ausgleichszulage hindern zu wollen, ist wie im Detail unten ausgeführt nicht mit dem Recht der Europäischen Union in Einklang zu bringen. Wenn der Sonderfall des Zuzugs und der Inanspruchnahme der Ausgleichszulage von Pensionsempfängern aus anderen Unionsstaaten, die keinerlei Versicherungszeiten in Österreich erworben haben, nach dem Pensionsantritt, beschränkt werden soll, wäre eine Regelung in anderen Materien erforderlich, die entweder darin bestehen kann, dass die Ausgleichszulage durch die Mindestsicherung ersetzt würde (= reine „Sozialleistung“) oder in einem anderen Modell des Erwerbs der Anwartschaft auf Ausgleichszulage, etwa durch ein System des Erwerbs einer höheren Bewertung von Einzahlungen in die Pensionsversicherung in einem bestimmten Zeitraum. Die Forderung nach 180 Versicherungsmonaten für den Erwerb eines Pensionsanspruchs könnte dabei herangezogen werden.

Es sei allerdings dahingestellt, ob eine generelle Regelung überhaupt erforderlich und nicht die Einzelfallprüfung zur Verhinderung von Missbrauch ausreichend und zielführender ist.

## **BESONDERER TEIL**

### Zu Z. 1 (§ 11 Abs. 5)

Mit der vorgeschlagenen Regelung werden zum einen Ausgleichszulagenbezieher als Zusammenführende dauerhaft in ihrem Recht auf Familienleben beschnitten, wenn diese keine Eigenpension aufweisen, die den Ausgleichszulagensatz für Ehepaare übersteigt. Dabei werden genauso Ankerpersonen getroffen, die ihre Eigenpension z.B. ausschließlich durch Versicherungszeiten aufgrund Erwerbstätigkeit in Österreich erworben haben wie auch z.B. Auslandsösterreicher, die im Ruhestand mit einem Ehepartner nach Österreich zurückkehren möchten.

Die Ausgleichszulage ist aber keine Sozialleistung; es wäre zu kurz gegriffen, aus der gemischten Pensionsfinanzierung (Beitragsleistungen und Bundeszuschuss) den alleinigen Schluss zu ziehen, es wäre eine „gemischte“ Leistung, auch wenn das der Notifikation zum Anhang X zur Verordnung(EG) 883/2004 gefolgert werden könnte. Die Ausgleichszulage zur Sicherung der Existenzgrundlage mag nicht vollständig aus den Versicherungsbeiträgen bedeckt sein – wie die reguläre Pensionsleistung aufgrund der Alterspyramide auch nicht – und ist dennoch im Kern eine Leistung der selbstverwalteten Sozialversicherungsträger und nur subsidiär einer Gebietskörperschaft als Fürsorgeträger.

Beispielsweise sei aus der parlamentarischen Debatte zur Beschlussfassung des ASVG vom 9.9.1955 zitiert (79. Sitzung des NR, VII. GP, Stenographische Protokolle, S. 3621ff):

Soweit nun die Regierungsvorlage bemüht ist, dem in der Nachkriegszeit durch das Alimentationsprinzip verdrängten **Versicherungsprinzip wieder zum Durchbruch zu verhelfen**, ist dies zu begrüßen. [...]. Ebenso ist es gedanklich richtig, wenn die durch die Beiträge nicht bedeckten Mindestrenten entfallen und in der Vorlage an ihre Stelle Ausgleichszulagen getreten sind, die letzten Endes von den Fürsorgeträgern zu tragen sind.

...

Wichtig und zu betonen ist, daß in der gehobenen Fürsorge die **Sozialrentner und die Kleinrentner auch insoweit besser gestellt** sind als die anderen, und ebenso die Kriegsbeschädigten, als nach den Reichsgrundsätzen über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge diesen Leuten, die dank ihrer besonderen Leistungen eben in der gehobenen Fürsorge sind, gewisse Dinge erspart bleiben, die sonst für die Fürsorge charakteristisch sind, daß **nämlich ein kleines Vermögen** oder ein Hausgrundstück, das sie besitzen, **nicht erst verbraucht oder verwertet werden muß**, bevor sie in den Genuß dieser gehobenen Fürsorge kommen.

bzw. wird in der Folge auch von Contrarednern der Opposition herausgearbeitet (Abg. Elser):

*Die Riskengemeinschaft ist und war auch das Grundelement von Sozialversicherungen, die ihr Leistungsrecht seinerzeit nach strengen Versicherungsgrundsätzen aufgebaut haben. Aber gerade das Wesen und der Sinn der Riskengemeinschaft verpflichten doch jede Sozialversicherung, Mindestleistungen zu gewähren - in der Pension beispielsweise durch Einführung einer Mindestrente, welche durch ihre absolute Höhe das physische Existenzminimum sichert*

...

*Die Mindestrente im ASVG. ist nun gefallen. Sie betrug nach dem bisherigen Leistungsrecht 441 S. Man begründet dies mit dem **Versicherungsprinzip, das angeblich einer entsprechenden Mindestrente entgegensteht**. Diese Auffassung ist grundfalsch. Die herangezogenen Versicherungsgrundsätze fußen doch auf der Riskengemeinschaft. Zweck und Sinn der nach Möglichkeit ein entsprechendes soziales sozialen Riskengemeinschaft ist ja die Gewährung von Versicherungsleistungen auch an Versicherte, welche das Unglück haben, entweder sehr niedrig entlohnt zu sein, wie die Landarbeiter, die Hausgehilfinnen oder andere, oder die infolge Ausscheidens aus dem Arbeitsleben nur kurze anrechenbare Versicherungszeiten aufweisen. **Diesen Menschen ebenfalls eine ausreichende Mindestversicherungsleistung zu gewähren, ist doch der Sinn einer Riskengemeinschaft.***

Ebenso verfehlt ist das Betrachten des Kinderbetreuungsgeldes als „Sozialleistung“. Dies ist vielmehr eine Transferleistung, die überwiegend aus dem FLAF bezahlt wird und einen Transfer zwischen Kindererziehenden und (kinderlosen?) Erwerbstätigen herstellen soll. Es ist darauf hinzuweisen, dass vor Schaffung des erwerbsunabhängigen Kinderbetreuungsgeldes das „Karenzgeld“ bzw. „Karenzurlaubsgeld“ seit 1960 im AIVG (BGBl. 241/1960 vom 28.11.1960) geregelt war, was den Karenzgeldbezug im Anschluss an Erwerbstätigkeit auch als Versicherungsleistung erscheinen ließ, zu dem die damalige Berichterstatter resümierten (45. Sitzung des NR, IX. GP, Stenographische Protokolle, S. 1764ff):

*Das Karenzurlaubsgeld aus der Arbeitslosenversicherung wird erst den **familienpolitischen Charakter** und Zweck dieser Einrichtung zeigen und erfüllen.*

...

*Mit dieser Leistung übernimmt die Arbeitslosenversicherung eine neue familienpolitische Funktion, die nur deshalb dem System der Arbeitslosenversicherung zugeordnet werden kann, weil sie einen teilweise bestehenden Zustand nunmehr in sozialere Form bringt*

und begründeten dies folgendermaßen:

*Aus diesen Gründen sind wir als Volksvertreter verpflichtet, familienpolitische Maßnahmen zu treffen.*

...

*Es ist nun so, daß die **Mittel aus dem Familienlastenausgleichs- und dem Kinderbeihilfenfonds, ergänzt um finanzielle Mittel aus dem Arbeitslosenversicherungsfonds**, zusammen ein Gesamtprogramm im Sinne familienpolitischer Maßnahmen ab 1961 in Etappen bis 1964 ergeben, das fühlbare Erleichterungen für alle Familien in unserem Lande bringt.*

Der einzige Effekt einer Nichtanrechnung des Kinderbetreuungsgeldes wäre die Verzögerung des Familiennachzugs, bis eine Mutter wieder am Erwerbsleben teilnehmen kann – befinden sich Mutter und Kinder im Ausland, erfolgt bloß der Einstieg in Integrationsmaßnahmen (Spracherwerb) später und werden jüngste Errungenschaften zur Verbesserung des frühkindlichen Spracherwerbs unterlaufen: Ein „Desintegrationskonzept“ sozusagen!

Das „Einsparungspotenzial“ wird dabei wohl rettungslos überschätzt. Budgetwirksam wären. angenommene 2-3 Jahre Kinderbetreuungsgeld, die „erspart“ würden, durch die Integrationsnachteile werden aufwendigere Ausbildungsmaßnahmen diesen „Gewinn“ aber rasch wieder vernichten bzw. wird es zu einem Negativsaldo kommen, weil später gesetzte Maßnahmen weniger effektiv sind.

#### Zu Z. 1 (§ 11 Abs. 5)

Mit den vorgeschlagenen Text wird der nach dem Recht der Europäischen Union mehr als bedenkliche Gesetzestext weiter verschärft.

Es wurde bei den EB zur RV 330 XXIV. GP zum § 51 ausgeführt:

*„Konkretisierend legen nun erneut auch die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Auslegung und Umsetzung der Freizügigkeitsrichtlinie vom 03. Juli 2009 (COM (2009) 313 final) klar, dass zur Beurteilung der Frage, ob ausreichende Existenzmittel zur Verfügung stehen, primär darauf abzustellen ist, ob der EWR-Bürger (und die Familienangehörigen, die ihre Rechte auf Aufenthalt von diesem ableiten), die nationalen Kriterien für den Bezug von Sozialhilfe erfüllen würde.*

*EWR-Bürger verfügen demnach nur dann über ausreichende finanzielle Mittel, wenn das Ausmaß dieser Mittel höher ist, als der Grenzwert, unter welchem Sozialhilfe gewährt wird. Die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel müssen dabei nicht periodisch sein und können auch in der Form von akkumuliertem Kapital vorhanden sein. Für die durchzuführende „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ bezüglich der Feststellung der erforderlichen finanziellen Mittel sind als maßgebliche Kriterien „Dauer, persönliche Situation und Summe“ vorgesehen.“*

Daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber bei der Regelung sich von der Mitteilung der Kommission vom 02.07.2009 an das Europäische Parlament und den Rat über Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (KOM (2009) 313 endgültig), leiten ließ. In dieser Mitteilung hielt die Kommission der Europäischen Union auch unter Punkt 2.3.1. fest:

„Der Begriff ‚**ausreichende Existenzmittel**‘ muss im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie, d. h. die Erleichterung der Freizügigkeit, ausgelegt werden, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.

(...)

Bei der Prüfung, ob eine Person, deren Existenzmittel nicht länger als ausreichend angesehen werden können und der Mittel zur Sicherung des Mindestlebensunterhalts gewährt wurden, die **Sozialhilfeleistungen** des Aufnahmemitgliedstaats **unangemessen in Anspruch nimmt**, müssen die Behörden der Mitgliedstaaten das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten. Hierzu können die Mitgliedstaaten beispielsweise eine Punkte-Skala als Indikator entwickeln. In Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/38/EG sind **drei Prüfkategorien** vorgesehen:

### **(1) Dauer**

- Wie lange werden die Leistungen schon gewährt?
- Prognose: Ist damit zu rechnen, dass der EU-Bürger in nächster Zeit keine Sozialhilfeleistungen mehr benötigen wird?
- Wie lange hält sich der EU-Bürger bereits im Aufnahmemitgliedstaat auf?

### **(2) Persönliche Situation**

- Inwieweit sind der EU-Bürger und seine Familienangehörigen in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats integriert?
- Gibt es andere Aspekte wie Alter, Gesundheitszustand, familiäre und wirtschaftliche Situation, denen Rechnung zu tragen ist?

### **(3) Höhe der Sozialhilfe**

- Wie hoch ist der Betrag der insgesamt gewährten Sozialhilfe?
- Hat der EU-Bürger Sozialhilfeleistungen in der Vergangenheit bereits in hohem Maß in Anspruch genommen?
- Hat der EU-Bürger in der Vergangenheit Sozialversicherungsbeiträge im Aufnahmemitgliedstaat gezahlt?

Solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen, dürfen sie nicht allein deshalb ausgewiesen werden, weil sie Sozialhilfe erhalten.

Für die Beurteilung, ob eine Person Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch nimmt, sind nur die Mittel relevant, die zur Sicherung des Existenzminimums gewährt werden.“

Daraus geht eindeutig hervor, dass die Inanspruchnahme von Sozialleistungen per se nicht zum Negieren eines Aufenthaltsrechts führen kann, sondern lediglich dann, wenn dies als „unangemessen“ eingestuft werden kann.

Der EuGH hat bereits in seinem Urteil vom 20. September 2001 [Rs. C-184/99 Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193] festgehalten:

„44. Artikel 4 der Richtlinie 93/96 bestimmt zwar, dass das Aufenthaltsrecht besteht, solange die Berechtigten die Bedingungen des Artikels 1 der Richtlinie erfüllen. Aus der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie ergibt sich aber, dass die Aufenthaltsberechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht über Gebühr belasten dürfen. Die Richtlinie 93/96 erkennt somit, übrigens ebenso wie die Richtlinien 90/364 und 90/365, eine bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten an, insbesondere wenn die Schwierigkeiten, auf die der Aufenthaltsberechtigte stößt, nur vorübergehender Natur sind.“

Dieser Ansatz findet sich auch im Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, wieder.

Da jedoch § 51 Abs. 1 Z. 2 NAG dies nicht Rechnung trägt, leidet unter Unionsrechtswidrigkeit. Diese mangelnde Konformität der geltenden Rechtslage verstärkt sich nunmehr mit dem Vorschlag.

Der EuGH hat hinsichtlich der Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. L 251, S. 12) bereits in seinem Urteil vom 04. März 2010 [Rs. C-578/08 (Chakroun), Rndnr. 46] wie folgt entschieden:

*„45 Wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ist der Begriff „Sozialhilfeleistungen des ... Mitgliedstaats“ ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der nicht anhand von Begriffen des nationalen Rechts ausgelegt werden kann. In Anbetracht insbesondere der Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bei der Handhabung der Sozialhilfe ist dieser Begriff dahin zu verstehen, dass damit eine Sozialhilfe gemeint ist, die von öffentlichen Behörden auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene gewährt wird.*

*46 Art. 7 Abs. 1 Buchst. c Satz 1 der Richtlinie stellt dem Begriff „feste und regelmäßige Einkünfte, die ... für seinen Lebensunterhalt ... ausreichen“ den Begriff „Sozialhilfe“ gegenüber. Diese Gegenüberstellung zeigt, dass mit dem Begriff „Sozialhilfe“ in der Richtlinie eine Hilfe gemeint ist, die von den öffentlichen Behörden auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene gewährt wird und die ein Einzelner, in diesem Fall der Zusammenführende, in Anspruch nimmt, wenn er nicht über feste und regelmäßige Einkünfte zur Bestreitung seines Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie verfügt und deshalb Gefahr läuft, während seines Aufenthalts die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen zu müssen (vgl. entsprechend Urteil vom 11. Dezember 2007, Eind, C-291/05, Slg. 2007, I-10719, Randnr. 29).“*

Zieht man die Definition des EuGH als Kriterium heran, so muss festgestellt werden, dass die Berücksichtigung der Ausgleichszulage im Rahmen des unionsrechtlichen Sozialvorbehaltes den Vorgaben des Unionsgesetzgebers widerspricht.

Somit gelangt man nach Wortinterpretation, als auch nach obiger teleologischer Interpretation zum selben Ergebnis. Auch eine historische Interpretation des Sozialvorbehaltes (vgl. dazu *Rosemarie Höfler*, Unionsbürgerfreiheit – Ansprüche der Unionsbürger auf allgemeine Freizügigkeit und Gleichheit unter besonderer Berücksichtigung sozialer Rechte, Dunker&Humbolt, Berlin 2009) vermag nicht zu einem anderen Ergebnis zu führen.

Den Materialien der Regierungsvorlage ist zu entnehmen, dass mit dieser Bestimmung das Ziel des europäischen Aufenthaltsrechtes verfolgt wird, zu vermeiden, dass dieser Personenkreis übermäßig das Budget des jeweiligen Aufenthaltstaates belastet, unabhängig von der nationalen Systematik sämtlicher sozialer Hilfeleistungen. Dieses Ziel ist widerspricht jedoch den Grundgedanken der Solidarität der Angehörigen von Mitgliedstaaten, welcher vom EuGH in seinem Urteil Grzelczyk (a.a.O.) geäußert wurde.

Wenn die Intention des österreichischen Gesetzgebers es sein sollte, die Missbrauchsfälle (sog. Sozialleistungstourismus) zu verhindern, so gibt die historische Interpretation des Unionsrechts und Rechtsprechung des EuGH ausreichende Instrumentarien, diese Intention umzusetzen.

Schon die Regelung des Art. 7 Abs. 1 lit. a RL 2004/38/EG trägt der Befürchtung der Mitgliedstaaten vor der unangemessenen Inanspruchnahme ihrer sozialen Leistungsnetze Rechnung. Daher besteht die Intention, welche auch dem 2004 zugrundeliegenden Vertrag

von Nizza innewohnt, dass die Vorschriften, die die Ausübung der Freizügigkeitsrechte erleichtern sollen, sich nicht auf solche der sozialen Sicherheit beziehen dürfen. Dieser Schrankenvorbehalt muss jedoch iSd der Unionsbürgerrechtstatus ausgelegt werden, sodass Missbrauchsfälle die Entstehung der unionsrechtlichen Ansprüche auslösen können [vgl. EuGH in Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161 sowie in Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), Slg. 2003, I-13187, Rndnr 36].

Aus diesem Grund wäre unionsrechtlich geboten, statt einer pauschalierte Regelung Einzel-fallprüfungsmechanismen vorzusehen, mit welchen der unstatthafte Bezug von Sozialleistungen sowie allenfalls einer als Sozialleistung definierten Ausgleichszulage als Hinderungsgrund der Inanspruchnahme von Niederlassungsfreiheit identifiziert werden könnte.

Es wird dabei allerdings geboten sein, das Konzept der Ausgleichszulage im Sinn der Ausführungen des allgemeinen Teils umzugestalten.

Der Vollständigkeit halber ist auch hier darauf hinzuweisen, dass die zuletzt kolportierten Zahlen nicht zwischen als Altersrente zuziehenden und aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen, aber in Österreich verbliebenen Unionsbürgern (mit nationalem Pensionsanspruch) differenzieren – letzterer Gruppe kann keinesfalls „Sozialmissbrauch“ unterstellt werden.