

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

YVES BOT

vom 13. Januar 2011¹

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 9 Abs. 1, 15 und 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern².

Weiterversicherung möglich ist, obwohl der Betroffene nun Pflichtmitglied im portugiesischen System der sozialen Sicherheit ist, aber aufgrund dieser Mitgliedschaft in Portugal nicht gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit abgesichert ist. Außerdem soll sich der Gerichtshof erneut zu der Frage der Exportierbarkeit eines solchen Pflegegelds in einen anderen Mitgliedstaat als denjenigen, in dem der Betroffene versichert ist, äußern.

2. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem portugiesischen Staatsangehörigen Herrn da Silva Martins und der Bank Betriebskrankenkasse — Pflegekasse (im Folgenden: Bank BKK) wegen deren Weigerung, die Mitgliedschaft von Herrn da Silva Martins in der Pflegeversicherung in Form einer freiwilligen Weiterversicherung fortbestehen zu lassen und Herrn da Silva Martins seit seiner endgültigen Rückkehr nach Portugal das entsprechende Pflegegeld zu zahlen.

4. In den vorliegenden Schlussanträgen werde ich darlegen, dass sich Herr da Silva Martins meines Erachtens nach den in den Art. 9 Abs. 1 und 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 niedergelegten Grundsätzen in der deutschen Pflegeversicherung freiwillig weiterversichern kann, auch wenn er gleichzeitig Pflichtmitglied in dem portugiesischen System der sozialen Sicherheit ist, da in diesem System keine Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit besteht. Außerdem muss Herr da Silva Martins meines Erachtens nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 5. März 1998, Molenaar³, und gemäß Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 aufgrund seiner freiwilligen Weiterversicherung in der deutschen Pflegeversicherung

3. Der Gerichtshof wird darum ersucht, sich zu der Frage zu äußern, ob eine solche

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 149, S. 2, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 (ABl. L 187, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71).

3 — C-160/96, Slg. 1998, I-843.

weiterhin das Pflegegeld erhalten können, für das er seit dem 1. Januar 1995 Beiträge gezahlt hat.

I — Unionsrecht

A — Die Betreuung pflegebedürftiger älterer Menschen

5. Die Fortschritte im Gesundheitswesen und im sozialen Bereich und der allgemeine Anstieg der Lebenserwartung haben zur Folge, dass immer mehr ältere Menschen nach und nach ihre Unabhängigkeit verlieren und bei elementaren Verrichtungen des alltäglichen Lebens (Aufstehen, Gehen, Ankleiden, Körperpflege, Ernährung, Waschen oder Behandlung von Krankheiten) auf fremde Hilfe angewiesen sind. Bisher wurden pflegebedürftige Menschen im Allgemeinen von den Angehörigen betreut, ohne dass dies besonders geregelt gewesen wäre.

6. Die Verordnung Nr. 1408/71 enthält keine Vorschriften speziell zur Koordinierung der Leistungen zur Absicherung des Risikos der

Pflegebedürftigkeit. 1971 war die Betreuung pflegebedürftiger Menschen nämlich noch kein Thema, und das Risiko der Pflegebedürftigkeit war damals meines Wissens in keinem System der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten abgesichert. Da die Änderung der Verordnung Nr. 1408/71 der Einstimmigkeit im Rat bedarf, ist in ihr nicht ausdrücklich berücksichtigt worden, dass in bestimmten Mitgliedstaaten diese neuartigen Sozialleistungen eingeführt worden sind, die den klassischen Zweigen der sozialen Sicherheit, wie sie in der Verordnung behandelt sind, nicht entsprechen. Angesichts dieser Lücke hat das Europäische Parlament die Befürchtung geäußert, dass diese Leistungen in der Praxis nicht in den Wohnsitzstaat des Arbeitnehmers exportierbar seien⁴. Ebenso hat die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung „Modernisierung des Sozialschutzes in der Europäischen Union“ vom 12. März 1997⁵ darauf hingewiesen, dass das Koordinierungssystem der Verordnung Nr. 1408/71 Gefahr laufe, „bald überholt zu sein und den Anschluss an verschiedene Entwicklungen zu verlieren“; die neuen Leistungsarten, mit denen beispielsweise der zunehmenden Alterung der Bevölkerung und dem daraus resultierenden langfristigen Betreuungsbedarf Rechnung getragen werde, passten nicht ohne Weiteres in das Konzept der Verordnung, das sich an den klassischen Sozialversicherungszweigen orientiere⁶.

4 — Vgl. „Les travailleurs frontaliers dans l'Union européenne“, Mai 1997, im Internet abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/default_fr.htm.

5 — Mitteilung im Internet abrufbar unter: http://ec.europa.eu/employment_social/social_protection/docs/com102_de.pdf.

6 — Punkt 2.5. Mangels spezieller Vorschriften haben bestimmte Mitgliedstaaten versucht, diese Lücken durch Abkommen zu schließen, in denen Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Leistungen bei Pflegebedürftigkeit festgelegt worden sind. Vgl. u. a. Abkommen zwischen der Regierung der Französischen Republik und der Regierung des Großherzogtums Luxemburg über die soziale Sicherheit, das am 1. September 2008 in Kraft getreten ist. Zwei Bestimmungen betreffen die Pflegeversicherung; in der einen ist die Anerkennung der Pflegebedürftigkeit geregelt, wobei eine geeignete Zusammenarbeit zwischen den Organisationen und Einrichtungen organisiert wird (Art. 6); in der anderen werden Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Leistungen bei Pflegebedürftigkeit festgelegt (Art. 7).

7. Auf mehrere Vorabentscheidungsersuchen hin, die die Exportierbarkeit von Pflegegeld — des deutschen in der Rechtssache Molenaar und des österreichischen in der Rechtssache Jauch⁷ — betrafen, hat der Gerichtshof den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 auf Leistungen zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit ausgedehnt, indem er diese als Leistungen bei Krankheit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a dieser Verordnung eingestuft hat. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass solche Leistungen „im Wesentlichen eine Ergänzung der Leistungen der Krankenversicherung [bezwecken], mit der sie auch organisatorisch verknüpft sind, um den Gesundheitszustand und die Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen zu verbessern“⁸.

8. Erst mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁹ am 1. Mai 2010 ist diese Frage nun schließlich durch spezielle Vorschriften geregelt; diese spiegeln nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs wider, sondern die ganze Besonderheit der Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit. Da diese Verordnung im vorliegenden Fall aber nicht anwendbar ist, ist die Vorlagefrage allein anhand der Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 zu prüfen.

7 — Urteil vom 8. März 2001 (C-215/99, Slg. 2001, I-1901).

8 — Vgl. Urteile Molenaar (Randnrn. 24 und 25) und Jauch (Randnr. 28). Diese Rechtsprechung ist jüngst durch das Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2009, von Chamier-Gliszcinski (C-208/07, Slg. 2009, I-6095, Randnr. 40), bestätigt worden.

9 — Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166, S. 1, berichtigt in ABl. L 200, S. 1) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (ABl. L 284, S. 43) geänderten Fassung.

B — *Die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71*

9. Die Verordnung Nr. 1408/71 ist gemäß Art. 42 EG erlassen worden, wonach der Rat „die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen [beschließt]; zu diesem Zweck führt er insbesondere ein System ein, welches aus- und einwandernden Arbeitnehmern ... Folgendes sichert: die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen“.

10. Mit der Verordnung Nr. 1408/71 soll nach ihren Erwägungsgründen 2 und 4 die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen in der Europäischen Union gewährleistet werden, und zwar unter Berücksichtigung der Eigenheiten der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit. Wie sich aus ihren Erwägungsgründen 5, 6 und 10 ergibt, stellt die Verordnung Nr. 1408/71 zu diesem Zweck den Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und Selbständigen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten auf und zielt darauf ab, die Gleichbehandlung aller im Gebiet eines Mitgliedstaats erwerbstätigen Arbeitnehmer und Selbständigen bestmöglich zu gewährleisten und Nachteile für diejenigen von ihnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit wahrnehmen, abzuwenden. Nach dem achten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1408/71 soll nach deren Bestimmungen für die Betroffenen grundsätzlich jeweils das System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedstaats gelten, so dass eine Kumulierung anzuwendender innerstaatlicher

Rechtsvorschriften und die sich daraus möglicherweise ergebenden Komplikationen vermieden werden.

11. Titel I (Art. 1 bis 12) der Verordnung Nr. 1408/71 enthält die allgemeinen Vorschriften.

12. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 gilt diese „für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind“. Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass Herr da Silva Martins in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt, da der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, dass unter den Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 dieser Verordnung auch Arbeitnehmer im Ruhestand fallen¹⁰.

13. Nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 gilt diese für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft betreffen. Im vorliegenden Fall ist auch unstrittig, dass es sich bei den im Rahmen der deutschen Pflegeversicherung gewährten Leistungen um „Leistungen bei Krankheit“ im Sinne dieser Bestimmung handelt, genauer gesagt um „Geldleistungen“ im

Sinne von u. a. Art. 28 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung¹¹.

14. Zur Zulassung zur freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung ist in Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt:

„Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, durch welche die freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung davon abhängig gemacht wird, dass der Berechtigte im Gebiet dieses Staates wohnt, gelten nicht für Personen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, wenn für diese Personen zu irgendeiner Zeit ihrer früheren Laufbahn als Arbeitnehmer oder Selbständige die Rechtsvorschriften des ersten Staates gegolten haben.“

15. Nach Art. 12 dieser Verordnung kann ein Anspruch auf mehrere Leistungen gleicher Art aus derselben Pflichtversicherungszeit weder erworben noch aufrechterhalten werden, vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen, die im Ausgangsverfahren nicht einschlägig sind.

16. In Titel II der Verordnung Nr. 1408/71 ist dann geregelt, welche Rechtsvorschriften auf die Arbeitnehmer, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, anwendbar sind. Diese Regelungen finden sich in den Art. 13 bis 17 der Verordnung.

10 — Urteil vom 5. März 1998, Kulzer (C-194/96, Slg. 1998, I-895, Randnrn. 24 und 26 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

11 — Urteil Molenaar (Randnr. 36), bestätigt in den Urteilen Jauch und von Chamier-Glisczynski.

17. Nach Art. 13 Abs. 1 dieser Verordnung unterliegen Personen, für die sie gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Personen, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht weiterhin unterliegen, unterliegen nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. f den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnen.

Weiterversicherung bei zwei oder mehr Systemen, so kann der Versicherte nur der freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung angehören, für die er sich entschieden hat.

...“

18. In Art. 15 („Freiwillige Versicherung und freiwillige Weiterversicherung“) der Verordnung Nr. 1408/71 ist bestimmt:

19. Die besonderen Vorschriften für die Leistungen bei Krankheit, zu denen die Leistungen zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit gehören, sind in Titel III (Art. 18 bis 36) der Verordnung Nr. 1408/71 enthalten.

„(1) Artikel 13 bis 14d gelten nicht für die freiwillige Versicherung und die freiwillige Weiterversicherung, es sei denn, es gibt in einem Mitgliedstaat für einen der in Artikel 4 genannten Zweige nur ein System freiwilliger Versicherung.

20. Die Koordinierungsregeln für die Leistungen bei Krankheit der Rentner, die nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zum Bezug von Renten berechtigt sind, finden sich in den Art. 27 und 28 dieser Verordnung. Diese Vorschriften enthalten eine Kollisionsnorm, anhand deren sich z. B. bei Beziehern einer doppelten Rente der für die Gewährung der Leistungen zuständige Träger und die anwendbaren Rechtsvorschriften bestimmen lassen.

(2) Führt die Anwendung der Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten zu

— einem Zusammentreffen einer Pflichtversicherung und einer freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung bei einem oder mehreren Systemen, so unterliegt der Versicherte ausschließlich der Pflichtversicherung;

21. Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 betrifft den Fall, dass im Wohnsitzmitgliedstaat ein Anspruch auf Leistungen besteht. Die Bestimmung lautet:

— einem Zusammentreffen der freiwilligen Versicherung oder freiwilligen

„Ein Rentner, der nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, darunter den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet er wohnt, zum Bezug von Renten berechtigt ist und

— gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Artikel 18 und Anhang VI — nach den Rechtsvorschriften dieses letztgenannten Mitgliedstaats Anspruch auf Leistungen hat, sowie seine Familienangehörigen erhalten diese Leistungen vom Träger des Wohnortes und zu dessen Lasten, als ob der Rentner nach den Rechtsvorschriften nur dieses Mitgliedstaats zum Bezug einer Rente berechtigt wäre.“

b) die Geldleistungen gewährt gegebenenfalls der gemäß Absatz 2 bestimmte zuständige Träger nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften. Im Einvernehmen zwischen dem zuständigen Träger und dem Träger des Wohnorts können die Leistungen jedoch vom Träger des Wohnorts nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates für Rechnung des zuständigen Trägers gewährt werden.“

22. Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 betrifft den Fall, dass im Wohnsitzmitgliedstaat ein Anspruch auf Geldleistungen nicht besteht. In dieser Bestimmung heißt es:

„Ein Rentner, der nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zum Bezug einer Rente oder nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten zum Bezug von Renten berechtigt ist und keinen Anspruch auf Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats hat, in dessen Gebiet er wohnt, erhält dennoch diese Leistungen für sich und seine Familienangehörigen, sofern — gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Artikel 18 und Anhang VI — nach den Rechtsvorschriften des Staates, aufgrund deren die Rente geschuldet wird, oder zumindest eines der Mitgliedstaaten, nach deren Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, Anspruch auf Leistungen bestünde, wenn er im Gebiet des betreffenden Staates wohnte. Diese Leistungen werden wie folgt gewährt:

...

II — Nationales Recht

A — *Pflegegeld*

23. Die Pflegeversicherung wurde in Deutschland mit Wirkung vom 1. Januar 1995 durch das Pflegeversicherungsgesetz eingeführt, das das Elfte Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) bildet.

24. Sie soll die Kosten decken, die durch die Pflegebedürftigkeit der Versicherten, d. h. durch das dauerhafte Bedürfnis verursacht werden, sich in großem Umfang der Hilfe Dritter zu bedienen, um die Verrichtungen

des täglichen Lebens (u. a. Körperpflege, Ernährung, Mobilität, Führung des Haushalts) zu erledigen. Diese Versicherung sieht für pflegebedürftige Personen verschiedene Leistungsarten vor, u. a. „Pflegesachleistungen“ nach § 36 SGB XI, die der Kläger vor seinem Aufenthalt in Portugal erhalten konnte, und ein „Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen“ (im Folgenden: Pflegegeld) nach § 37 SGB XI¹², das Herrn da Silva Martins ab dem 1. Januar 2002 gezahlt wurde.

25. Mit dem Pflegegeld erhalten Pflegebedürftige einen monatlichen Geldbetrag für die Pflege, wenn sie sich selbst in eigener Verantwortung die von ihnen benötigten Pflege- und Versorgungsleistungen beschaffen. Diesen Geldbetrag kann der Anspruchsberechtigte frei und daher auch für die Bezahlung von Leistungen verwenden, die die Pflegeversicherung nicht absichert oder die von Dienstleistern erbracht werden, die keine zugelassenen Pflegedienste sind.

26. Die Pflegebedürftigkeit wird vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung beurteilt, der anhand von vier Indikatoren (Körperpflege, Ernährung, Mobilität, hauswirtschaftliche Versorgung) drei Pflegestufen gebildet hat. Die Höhe des Pflegegelds richtet sich nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit.

Zum im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt betrug das Pflegegeld für die Pflegestufe I, d. h. für Personen, die bei der Körperpflege, der Ernährung oder der Mobilität mindestens einmal täglich der Hilfe bedürfen, 205 Euro.

27. Sämtliche Personen, die in der Krankenversicherung pflichtversichert oder freiwillig versichert sind, haben Beiträge zur Pflegeversicherung zu entrichten¹³. Wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ist der Anspruch auf Pflegegeld von der Erfüllung einer Mindestversicherungszeit abhängig, die früher fünf Jahre betrug und nun zwei Jahre beträgt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, richtet sich die Höhe der Geldleistung nicht nach der Versicherungszeit.

B — Voraussetzungen der freiwilligen Weiterversicherung

28. § 26 SGB XI, dessen Wortlaut in den schriftlichen Erklärungen der deutschen Regierung wiedergegeben ist, sieht vor:

12 — Es gibt weitere Leistungsarten, z. B. die „Kombinationsleistung“ gemäß § 38 SGB XI und die „vollstationäre Pflege“ gemäß § 43 SGB XI.

13 — Dieser Beitrag, der am 1. Januar 2010 1,95 % betrug, wird jeweils zur Hälfte vom Versicherten und vom Arbeitgeber getragen.

„(1) Personen, die aus der Versicherungspflicht nach § 20 oder § 21 ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden mindestens zwölf Monate versichert waren, können sich auf Antrag in der sozialen Pflegeversicherung weiterversichern, sofern für sie keine Versicherungspflicht nach § 23 Abs. 1 eintritt. Der Antrag ist ... innerhalb von drei Monaten nach Beendigung der Mitgliedschaft ... bei der zuständigen Pflegekasse zu stellen.

(2) Personen, die wegen der Verlegung ihres Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes ins Ausland aus der Versicherungspflicht ausscheiden, können sich auf Antrag weiterversichern. ...“

C — Voraussetzungen des Fortbestehens des Anspruchs auf die Zahlung der Geldleistung

29. Nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI¹⁴ ruht der Anspruch auf Leistungen,

— solange sich der Versicherte im Ausland aufhält; bei vorübergehendem Auslandsaufenthalt von bis zu sechs Wochen im

Kalenderjahr ist das Pflegegeld nach § 37 SGB XI oder anteiliges Pflegegeld nach dessen § 38 weiterzugewähren;

— soweit Versicherte Entschädigungsleistungen wegen Pflegebedürftigkeit unmittelbar nach § 35 des Bundesversorgungsgesetzes oder nach den Gesetzen, die eine entsprechende Anwendung des Bundesversorgungsgesetzes vorsehen, aus der gesetzlichen Unfallversicherung oder aus öffentlichen Kassen aufgrund gesetzlich geregelter Unfallversorgung oder Unfallfürsorge erhalten. Dies gilt auch, wenn vergleichbare Leistungen aus dem Ausland oder von einer zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Einrichtung bezogen werden.

III — Sachverhalt

30. Herr da Silva Martins, der heute 75 Jahre alt ist, war in Portugal berufstätig, bevor er sich in Deutschland niederließ und dort arbeitete. Entsprechend zahlte er Beiträge zur Pflegeversicherung seit Einführung dieser Versicherung am 1. Januar 1995.

¹⁴ — Art. 1 § 34 des Gesetzes vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014) in seiner ab 1. Oktober 2009 geltenden Fassung.

31. Seit September 1996 bezieht Herr da Silva Martins eine Altersrente in Höhe von etwa 700 Euro. Als Bezieher einer solchen Rente war er in der Krankenversicherung der Rentner pflichtpflegeversichert¹⁵. Seit Mai 2000 bezieht Herr da Silva Martins ferner von den portugiesischen Behörden eine Altersrente in Höhe von etwa 150 Euro.

32. Die Bank BKK gewährte Herrn da Silva Martins ab August 2001 Pflegesachleistungen der Pflegestufe I. Aufgrund eines zunächst als vorübergehend bezeichneten Aufenthalts in Portugal ab Dezember 2001 bewilligte sie ihm dann für die Zeit ab dem 1. Januar 2002 Pflegegeld in Höhe von 205 Euro, das sie bis zum 31. Dezember 2002 zahlte.

33. Als die Bank BKK erfuhr, dass sich Herr da Silva Martins zum 31. Juli 2002 endgültig aus Deutschland abgemeldet hatte, stellte sie mit Bescheid vom 5. Februar 2003 das Ende seiner Mitgliedschaft in der Pflegeversicherung zum 31. Juli 2002 fest und forderte ihn mit Bescheid vom 12. Februar 2003 auf, das für die Monate August bis Dezember 2002 gezahlte Pflegegeld in Höhe von 1 025 Euro zurückzuzahlen. Mit Bescheid vom 4. Februar

2004 wies sie den von Herrn da Silva Martins eingelegten Widerspruch als unbegründet zurück.

34. Das Sozialgericht Frankfurt am Main gab der gegen diese Entscheidung erhobenen Klage statt. Es hob die angefochtenen Bescheide auf und stellte fest, dass Herr da Silva Martins freiwillig weiterversichertes Mitglied der Bank BKK sei und diese ihm deshalb auch ab dem 1. Januar 2003 Pflegegeld weiterzubewilligen habe. Die von der Bank BKK eingelegte Berufung wies das Hessische Landessozialgericht, soweit die Rückforderung des Pflegegelds betroffen war, mit Urteil vom 13. September 2007 zurück. Im Übrigen änderte dieses Gericht aber das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main ab und wies die Klage von Herrn da Silva Martins mit der Begründung ab, dass eine freiwillige Weiterversicherung nach § 26 Abs. 1 SGB XI ausscheide, weil der hierfür erforderliche Antrag nicht fristgerecht gestellt worden sei.

35. Herr da Silva Martins legte dann beim Bundessozialgericht Revision ein; er rügt eine Verletzung der Art. 18 EG, 39 EG und 42 EG und einen Verstoß gegen die Art. 19, 27 und 28 der Verordnung Nr. 1408/71. Er macht geltend, es müsse möglich sein, Leistungen der Pflegeversicherung in einen anderen Mitgliedstaat zu exportieren, und zwar insbesondere dann, wenn der Versicherungsschutz

¹⁵ — Das vorlegende Gericht verweist auf § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 SGB XI in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V.

durch eigene Beiträge finanziert worden sei und im Heimatland, also in Portugal, keine vergleichbaren Leistungen gewährt würden.

Art. 15 Abs. 2, entgegen. Überdies ruhe der Anspruch auf Pflegegeld gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, solange sich der Berechtigte dauerhaft im Ausland aufhalte.

IV — Vorlagefrage

36. Gegenstand der Revision sind die freiwillige Weiterversicherung von Herrn da Silva Martins in der deutschen Pflegeversicherung ab dem 1. August 2002 und die Gewährung von Pflegegeld ab dem 1. Januar 2003¹⁶.

37. Das vorlegende Gericht führt nämlich aus, dass Herr da Silva Martins nach § 26 SGB XI einen Anspruch auf freiwillige Weiterversicherung in der deutschen Pflegeversicherung über den 31. Juli 2002 hinaus haben müsste, obwohl er wegen seiner endgültigen Abmeldung aus Deutschland aus der Versicherungspflicht in der deutschen Krankenversicherung ausgeschieden sei. Einer solchen Weiterversicherung stünden aber offenbar die Kollisionsnormen der Verordnung Nr. 1408/71, insbesondere deren

38. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts hängt die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits deshalb von der Auslegung der Art. 39 EG und 42 EG sowie der Art. 27 und/oder 28 der Verordnung Nr. 1408/71 ab.

39. Für den Fall, dass im vorliegenden Fall Art. 28 der Verordnung Nr. 1408/71 einschlägig sein sollte, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob diese Bestimmung dann nicht dahin auszulegen ist, dass der Kläger nach ihr in Portugal das deutsche Pflegegeld erhalten kann. Im portugiesischen Sozialversicherungssystem sei nämlich kein Pflegegeld vorgesehen. Außerdem habe Herr da Silva Martins durch die von ihm seit 1995 geleisteten Beiträge einen Anspruch auf das deutsche Pflegegeld erworben. Schließlich dürfe ein solcher Anspruch nach den Urteilen Molenaar und Jauch nicht nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats davon abhängig gemacht werden, dass der Pflegebedürftige in dessen Hoheitsgebiet wohne.

16 — Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts ist der Ausschluss des Klägers aus der Pflichtpflegeversicherung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 und Art. 13 Abs. 2 Buchst. f der Verordnung Nr. 1408/71 nicht zu beanstanden, da Herr da Silva Martins seinen Wohnsitz endgültig nach Portugal verlegt hat.

40. Falls im vorliegenden Fall hingegen Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 anwendbar sein sollte, würde dies nach Auffassung des vorlegenden Gerichts voraussetzen, es

für ausreichend zu erachten, dass der Kläger in Portugal generell Leistungen aus der Kategorie der Krankenversicherung erhält. Das vorliegende Gericht möchte also wissen, ob diese Bestimmung, wie die Bank BKK geltend macht, dahin auszulegen ist, dass sie Herrn da Silva Martins die Gewährung von deutschem Pflegegeld verwehrt, so dass dieser nur Leistungen nach den portugiesischen Rechtsvorschriften verlangen kann. Das vorliegende Gericht vertritt die Auffassung, dass eine solche Betrachtung nicht verhältnismäßig sei, weil sie zum Verlust von Rechten eines Wanderarbeitnehmers führe, die dieser durch eigene Beiträge finanziert habe, wodurch der Zweck von Art. 42 EG verfehlt werde. Außerdem würde sie eine Ungleichbehandlung eines Einfachrentners, der das deutsche Pflegegeld exportieren könne, und eines Doppelrentners wie Herrn da Silva Martins einführen.

41. Das Bundessozialgericht hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist es mit den Regelungen des primären und/oder sekundären Rechts der Europäischen Gemeinschaft zur Freizügigkeit und sozialen Sicherheit von Wanderarbeitnehmern (insbesondere den Art. 39 EG und 42 EG sowie den Art. 27 und 28 der Verordnung Nr. 1408/71) vereinbar, dass ein ehemaliger Arbeitnehmer, der Renten sowohl des ehemaligen Beschäftigungsstaats als auch des Heimatstaats bezieht und im ehemaligen Beschäftigungsstaat einen Anspruch auf Pflegegeld wegen Pflegebedürftigkeit erworben hat, nach der Rückkehr in seinen Heimatstaat den Anspruch auf Pflegegeld verliert?

42. Schriftliche und mündliche Erklärungen haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die tschechische, die deutsche und die portugiesische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Europäische Kommission abgegeben.

V — Würdigung

43. Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist der Fortbestand eines von einem ehemaligen Wanderarbeitnehmer aufgrund seiner Pflichtmitgliedschaft in der deutschen Pflegeversicherung erworbenen Anspruchs auf Pflegegeld.

44. Es geht im Wesentlichen darum, ob die Art. 39 EG und 42 EG, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betreffen, sowie die Art. 27 und 28 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen sind, dass sie dem Fortbestand dieses Anspruchs im Rahmen einer freiwilligen Weiterversicherung in der deutschen Pflegeversicherung entgegenstehen, da der Betroffene, der seinen Wohnsitz nach Portugal verlegt hat und von diesem Staat eine Altersrente bezieht, nun Pflichtmitglied im portugiesischen System der sozialen Sicherheit ist.

45. Die Antwort auf diese Frage hängt zunächst davon ab, ob das portugiesische

System der sozialen Sicherheit für Fälle der Pflegebedürftigkeit wie denjenigen von Herrn da Silva Martins tatsächlich einen Schutz vorsieht.

46. Nach einigen Angaben, die gegenüber dem Gerichtshof gemacht worden sind, können in Portugal Rentner, Berufsunfähige oder Kriegsversehrte, die pflegebedürftig sind, einen sich nach dem Grad ihrer Pflegebedürftigkeit richtenden Zuschlag zu ihrer Rente erhalten. Eine Prüfung der portugiesischen Rechtsvorschriften ergibt in der Tat, dass mit dem Decreto-Lei (Gesetzesdekret) Nr. 265/99¹⁷ mit Wirkung ab dem 1. August 1999 ein „complemento por dependência“ (Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit) eingeführt worden ist. Nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 des Decreto-Lei Nr. 265/99 handelt es sich bei diesem Zuschlag um eine Geldleistung, die pflegebedürftigen Beziehern einer Alters-, Berufsunfähigkeits- oder Kriegsversehrtenrente gewährt werden kann.

47. Die Pflegebedürftigkeit wird von einem Ärzteausschuss beurteilt, der im Rahmen des Systems der Sozialversicherung zur

Überprüfung von Behinderungen zusammentritt. Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a des Decreto-Lei Nr. 265/99 richtet sich die Höhe des Zuschlags wegen Pflegebedürftigkeit danach, welcher der beiden Stufen der Pflegebedürftigkeit der Betroffene zuzuordnen ist, und stellt einen Prozentsatz des gesetzlich festgelegten Betrags der Sozialrente des beitragsunabhängigen Systems dar. Die erste Stufe gilt für Personen, die bei den unbedingt notwendigen Verrichtungen des täglichen Lebens auf fremde Hilfe angewiesen sind. Der Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit beträgt 50 % der Sozialrente. Der zweiten Stufe werden Personen zugeordnet, die pflegebedürftig im Sinne der ersten Stufe sind und darüber hinaus bettlägerig sind oder unter einer schweren Demenz leiden. Der Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit beträgt dann 90 % der Sozialrente. Der Zuschlag wird monatlich gezahlt, und gemäß Art. 8 des Decreto-Lei Nr. 265/99 zahlen die zuständigen Stellen im Juli und im Dezember einen zusätzlichen Betrag. Die Gewährung dieses Zuschlags setzt offenbar weder eine Mindestversicherungszeit noch ein bestimmtes Alter voraus¹⁸.

17 — Decreto-Lei vom 14. Juli 1999 (*Diário da República I*, Serie A, Nr. 162 vom 14. Juli 1999, S. 4397) in der durch das Decreto-Lei Nr. 309-A/2000 vom 30. November 2000 (*Diário da República I*, Serie A, Nr. 277 vom 30. November 2000, S. 6906-2) geänderten Fassung (im Folgenden: Decreto-Lei Nr. 265/99). Vgl. Internetseiten der portugiesischen Sozialversicherung (Segurança social) (<http://www2.seg-social.pt/>), insbesondere den Bereich über den Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit, und Internetseiten des Missoc (Europäische Kommission — Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit), des Systems der EU zur gegenseitigen Information über den sozialen Schutz, das detaillierte und aktualisierte Informationen über die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit liefert.

18 — Die beitragsunabhängige Sozialrente wurde zum 1. Januar 2010 auf 189,52 Euro festgesetzt. Der Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit für eine Person der ersten Stufe der Pflegebedürftigkeit müsste nach meinen Berechnungen demnach 94,77 Euro betragen und der für eine Person der zweiten Stufe der Pflegebedürftigkeit 170,58 Euro. Die beitragsunabhängige Sozialrente wurde für das Jahr 2003 gemäß den Art. 14 und 20 der Portaria Nr. 1514/2002 des Arbeits- und Sozialministers vom 28. Oktober 2002 auf 143,80 Euro festgesetzt. Vgl. Internetseite <http://www.isp.pt/winlib/cgi/winlibimg.exe?key=&doc=12704&img=1246>. Wenn ich nicht irre, betrug der Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit am 1. Januar 2003 also 71,90 Euro für eine Person auf der ersten und 129,42 Euro für eine Person auf der zweiten Stufe der Pflegebedürftigkeit.

48. Das vorlegende Gericht führt in seiner Vorlageentscheidung allerdings aus, dass Herr da Silva Martins in Portugal kein Pflegegeld erhalte. Eine solche Leistung sei im portugiesischen Sozialversicherungssystem nicht vorgesehen; Hilfeleistungen für Pflegebedürftige würden, wenn überhaupt, nur als Sachleistung im Rahmen sozialer Aktionen oder der Krankenversicherung (stationäre Unterbringung) erbracht. Die portugiesische Regierung nimmt in ihren schriftlichen Erklärungen nicht auf die genannten Vorschriften Bezug. Sie weist darauf hin, dass es in Portugal keine besonderen Leistungen zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit gebe, weder Geldleistungen noch Sachleistungen, was sie in Beantwortung einer vom Gerichtshof in der mündlichen Verhandlung gestellten Frage bestätigt hat.

49. Mithin sind wir über die Art und die Tragweite der Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit in Portugal im Ungewissen. Auch wissen wir nicht, ob Herr da Silva Martins nach den portugiesischen Rechtsvorschriften für solche Leistungen in Betracht kommt. Schließlich geht aus den Akten nicht hervor, dass der Betroffene beim portugiesischen System der sozialen Sicherheit einen Zuschlag wegen Pflegebedürftigkeit beantragt hätte oder ihm Sachleistungen gewährt würden, wie sie das vorlegende Gericht umrissen hat.

50. Da allein das nationale Gericht für die Beurteilung des Sachverhalts des

Ausgangsverfahrens zuständig ist¹⁹, gehe ich unter diesen Umständen bei der Prüfung der Vorlagefrage wie das Bundessozialgericht und die portugiesische Regierung davon aus, dass Herr da Silva Martins im Rahmen des portugiesischen Systems der sozialen Sicherheit derzeit nicht gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit abgesichert ist.

51. Auf der Grundlage dieser Annahme lässt sich zunächst bestimmen, welcher Mitgliedstaat — die Bundesrepublik Deutschland oder die Portugiesische Republik — grundsätzlich für die Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit von Herrn da Silva Martins zuständig ist.

52. Hierfür sind, worauf das vorlegende Gericht zu Recht hinweist, die Koordinationsregeln der Art. 27 und 28 der Verordnung Nr. 1408/71 maßgeblich. Diese Bestimmungen betreffen speziell den Fall, dass jemand Altersrenten nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten bezieht. Anhand dieser Bestimmungen lässt sich ermitteln, welcher dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung der Leistungen bei Krankheit zuständig ist.

53. Entgegen der Auffassung der Bank BKK sowie der tschechischen und der deutschen Regierung halte ich im vorliegenden

¹⁹ — Urteil des Gerichtshofs vom 3. Juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, Slg. 2010, I-4785, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Fall insoweit die Regeln des Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 für maßgeblich.

54. Nach den vorliegenden Informationen ist Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 im vorliegenden Fall meines Erachtens nämlich nicht anwendbar. Diese Bestimmung betrifft ausdrücklich den Fall, dass ein Rentner, dem nach den Rechtsvorschriften von zwei Mitgliedstaaten, darunter den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet er wohnt, eine Rente gewährt wird, nach den Rechtsvorschriften dieses letztgenannten Mitgliedstaats Anspruch auf Leistungen bei Krankheit hat. Zwar hat Herr da Silva Martins in der Tat in Portugal insoweit einen „Anspruch auf Leistungen bei Krankheit“, als er gegen die klassischen Risiken des Zweigs der Krankenversicherung abgesichert ist; nach den vorliegenden Informationen ist er aber nicht gegen das besondere Risiko der Pflegebedürftigkeit abgesichert, da eine solche Absicherung in diesem System offenbar nicht vorgesehen ist. Mithin kann meines Erachtens schwerlich angenommen werden, dass der Betroffene im Sinne von Art. 27 der Verordnung Nr. 1408/71 im Wohnsitzmitgliedstaat Anspruch auf die in Rede stehende Leistung hätte.

55. Hingegen betrifft Art. 28 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung den Fall, dass im Wohnsitzstaat kein Anspruch auf Leistungen besteht. Nach dieser Bestimmung erhält ein Rentner, der nach den Rechtsvorschriften

von zwei oder mehr Mitgliedstaaten zum Bezug von Renten berechtigt ist, wenn er in einem Mitgliedstaat wohnt, in dem er keinen Anspruch auf Leistungen hat, dennoch Geldleistungen, die von einem der zur Zahlung seiner Rente verpflichteten Mitgliedstaaten gewährt werden, sofern nach den Rechtsvorschriften eines dieser Staaten Anspruch auf Leistungen bestünde. Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass Herr da Silva Martins die Voraussetzungen, die nach den deutschen Rechtsvorschriften erfüllt sein müssen, um Pflegegeld zu erhalten, erfüllt, da die Bank BKK ihm diese Leistung seit Dezember 2001 gewährt. Insoweit hat Herr da Silva Martins nach den Koordinationsregeln des Art. 28 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung meines Erachtens somit grundsätzlich einen Anspruch auf Gewährung dieser Geldleistung in Portugal, da er in diesem Staat keine solchen Leistungen erhält.

56. Nachdem dies grundsätzlich feststeht, ist nunmehr zu prüfen, ob Herr da Silva Martins durch die Kollisionsnormen des Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71, wie das vorlegende Gericht meint, dennoch daran gehindert ist, sich freiwillig in der deutschen Pflegeversicherung weiterzuversichern, weil er Pflichtmitglied des portugiesischen Systems der sozialen Sicherheit ist²⁰.

20 — Der Vorlageentscheidung lässt sich entnehmen, dass § 26 SGB XI Personen, die ihre berufliche Tätigkeit in Deutschland völlig aufgegeben haben und in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, die Möglichkeit bietet, sich freiwillig in den Zweigen weiterzuversichern, in denen sie aus der Versicherungspflicht ausgeschlossen sind.

57. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall, und zwar in Anbetracht der in Art. 9 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 dieser Verordnung niedergelegten Grundsätze.

58. Zwar bezweckt die Verordnung Nr. 1408/71 nach ihrem achten Erwägungsgrund, dass die Betroffenen grundsätzlich dem System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedstaats unterliegen, um eine Kumulierung anzuwendender innerstaatlicher Rechtsvorschriften und insbesondere die sich daraus möglicherweise ergebenden Komplikationen zu vermeiden. Dieser Grundsatz kommt in Art. 13 Abs. 1 der Verordnung zum Ausdruck, wonach eine Person, für die die Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegt²¹.

59. Die Verordnung Nr. 1408/71 sieht aber in den Art. 9 Abs. 1 und 15 Abs. 1 für die Zulassung zur freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung eine Ausnahme vor.

60. Art. 9 („Zulassung zur freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung“) der Verordnung Nr. 1408/71 gehört zu Titel I. Dieser trägt die Überschrift „Allgemeine Vorschriften“. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Fall anwendbar, da sie alle Versicherungsarten erfasst, die ein Element der Freiwilligkeit aufweisen²², was bei der

freiwilligen Weiterversicherung gemäß § 26 Abs. 2 SGB XI der Fall ist.

61. Nach Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 gelten Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, durch welche die freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung davon abhängig gemacht wird, dass der Berechtigte im Gebiet dieses Staates wohnt, nicht für Personen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen und für die zu irgendeiner Zeit ihrer früheren Laufbahn als Arbeitnehmer oder Selbständige die Rechtsvorschriften des ersten Staates gegolten haben. Danach müsste meines Erachtens also ein Arbeitnehmer wie Herr da Silva Martins, für den während seiner beruflichen Tätigkeit die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegolten haben, Anspruch auf Zulassung zur freiwilligen Weiterversicherung in diesem Staat haben, obwohl für ihn derzeit die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gelten.

62. Dieser Grundsatz wird meines Erachtens durch die Bestimmungen von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 bestätigt. Diese Vorschrift gehört zu Titel II („Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften“). Sie trägt die Überschrift „Freiwillige Versicherung und freiwillige Weiterversicherung“.

63. Nach dieser Bestimmung „[gilt] Artikel 13 [in dem der Grundsatz aufgestellt wird, dass ein Arbeitnehmer den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegt]

21 — Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 20. Mai 2008, Bosmann (C-352/06, Slg. 2008, I-3827, Randnr. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung).

22 — Urteil des Gerichtshofs vom 18. Mai 1989, Hartmann Troiani (368/87, Slg. 1989, 1333, Randnr. 12 und die dort angeführte Rechtsprechung).

... nicht für die freiwillige Versicherung und die freiwillige Weiterversicherung“, mit einer Ausnahme, die meines Erachtens im Ausgangsverfahren nicht einschlägig ist. Aus Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 ergibt sich meines Erachtens, dass ein Arbeitnehmer, auch wenn er nach den Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit seines Beschäftigungs- oder Wohnsitzstaats pflichtversichert ist, im Hinblick auf die freiwillige Versicherung oder Weiterversicherung den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterliegen kann.

Risiko doppelt Beiträge bei zwei verschiedenen Systemen der sozialen Sicherheit, einer Pflichtversicherung und einer freiwilligen Versicherung, zu zahlen, und somit Leistungen gleicher Art gleichzeitig in Anspruch nehmen kann. Wenn sich im vorliegenden Fall aber herausstellen sollte, dass Herr da Silva Martins im Rahmen seiner Pflichtmitgliedschaft in der portugiesischen Sozialversicherung nicht gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit abgesichert ist, können solche Schwierigkeiten nicht auftreten. Durch seine freiwillige Mitgliedschaft in der deutschen Pflegeversicherung wird ihm für ein Risiko, gegen das er während des gleichen Zeitraums in Portugal nicht abgesichert ist, lediglich ein zusätzlicher Vorteil gewährt.

64. Zwar stellt das vorlegende Gericht in seiner Vorlageentscheidung auf Art. 15 Abs. 2 dieser Verordnung ab. Nach dieser Bestimmung unterliegt der Versicherte, wenn die Anwendung der Rechtsvorschriften von zwei Mitgliedstaaten zu einem Zusammentreffen einer Pflichtversicherung und einer freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung führt, ausschließlich der Pflichtversicherung. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts könnte diese Bestimmung demnach möglicherweise der freiwilligen Weiterversicherung des Betroffenen in der deutschen Pflegeversicherung entgegenstehen.

66. Meines Erachtens kann sich Herr da Silva Martins also nach den in Art. 9 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 niedergelegten Grundsätzen unter den Umständen des Ausgangsverfahrens freiwillig in der deutschen Pflegeversicherung weiterversichern, obwohl er während des gleichen Zeitraums im Rahmen des portugiesischen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist.

65. Ich teile diese Bedenken nicht, da Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 meines Erachtens im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. In Anbetracht des achten Erwägungsgrundes und von Art. 12 dieser Verordnung soll mit dieser Bestimmung meines Erachtens nämlich verhindert werden, dass jemand verpflichtet ist, für ein und dasselbe

67. Aufgrund dieser Mitgliedschaft, für die der Mindestbeitrag 2010 16,61 Euro beträgt²³, müsste der Betroffene somit Pflegegeld erhalten. Das vorlegende Gericht fragt sich jedoch,

23 — Nach den Angaben der deutschen Regierung in Randnr. 13 ihrer schriftlichen Erklärungen.

ob eine solche Geldleistung nach Portugal exportierbar ist, da sie nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI nicht gewährt wird, solange sich der Berechtigte dauerhaft im Ausland aufhält.

Auslegung von Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 zu sehen²⁴.

68. Die deutsche Regierung vertritt nämlich die Auffassung, dass Herr da Silva Martins diese Geldleistung, auch wenn er formal die Voraussetzungen einer freiwilligen Weiterversicherung gemäß § 26 Abs. 2 SGB XI erfülle, in Portugal nicht erhalten könne. Diese Bestimmung ermögliche lediglich die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in dem System der sozialen Sicherheit, so dass es Personen, die sich vorübergehend im Ausland aufhielten, ermöglicht werde, die gemäß § 33 Abs. 2 SGB XI erforderliche Vorversicherungszeit zu erfüllen. Außerdem hat die deutsche Regierung in Beantwortung einer ihr vom Gerichtshof in der mündlichen Verhandlung gestellten Frage ausgeführt, dass die Anwendbarkeit von § 26 Abs. 2 SGB XI durch das Territorialitätsprinzip beschränkt sei; diese Leistungen könnten nur in der Bundesrepublik Deutschland gewährt werden. Die deutsche Regierung hat dabei auf § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI verwiesen, in dem ausdrücklich bestimmt sei, dass der Anspruch auf Leistungen ruhe, solange sich der Versicherte im Ausland aufhalte.

70. Die Rechtssache, in der dieses Urteil ergangen ist, betraf die Situation der Eheleute Molenaar, die in Deutschland erwerbstätig waren, aber in Frankreich wohnten. Beide waren bei der Krankenversicherung in Deutschland freiwillig versichert und wurden wie Herr da Silva Martins ab dem 1. Januar 1995 der deutschen Pflegeversicherung angeschlossen. Die zuständige Krankenkasse teilte ihnen jedoch mit, dass sie, solange sie sich in Frankreich aufhielten, keinen Anspruch auf Leistungen der Pflegeversicherung geltend machen könnten, und zwar gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI.

71. In seinem Urteil hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine solche Bestimmung, die die Zahlung von Geldleistungen der Pflegeversicherung in den Mitgliedstaat, in dem der Wanderarbeitnehmer wohnt, verbietet, bei Rentnern, die unter die Rechtsvorschriften eines anderen als des Mitgliedstaats fallen, in dem sie wohnen, gegen Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 verstößt.

72. Wie bereits ausgeführt, erhält nach dieser Bestimmung jemand, der eine Altersrente bezieht, zu deren Bezug er nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedstaaten berechtigt ist, und die nach den

69. Diese Bestimmung ist aber im Licht des Urteils Molenaar und der vom Gerichtshof in diesem Zusammenhang vorgenommenen

²⁴ — Randnrn. 39 und 44.

Rechtsvorschriften eines dieser Staaten erforderlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Geldleistungen erfüllt, diese Leistungen in dem Mitgliedstaat, in dem er wohnt, auch wenn die Rechtsvorschriften dieses Staates eine solche Leistung nicht vorsehen. In diesem Fall werden die Geldleistungen von dem Träger des zuständigen Staates nach dessen Rechtsvorschriften gezahlt. Diese Leistungen können auch vom Träger des Wohnorts für Rechnung und nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates gewährt werden.

74. Nach alledem kann sich Herr da Silva Martins meines Erachtens also gemäß den Art. 9 Abs. 1 und 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 freiwillig in der deutschen Pflegeversicherung weiterversichern und das von dieser Versicherung gemäß Art. 28 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung gewährte Pflegegeld erhalten.

75. Dieses Ergebnis ist meines Erachtens im Hinblick auf die vom Unionsgesetzgeber in diesem Bereich verfolgten Ziele geboten.

73. Nach dem Urteil Molenaar kann die Zahlung des deutschen Pflegegelds also nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Versicherte im Hoheitsgebiet des Staates wohnt, in dem er versichert ist. Das Pflegegeld muss in den Wohnsitzmitgliedstaat des Empfängers exportierbar sein. Da Herr da Silva Martins das Pflegegeld gemäß § 37 SGB XI seit dem 1. Januar 2002 erhält, steht folglich nichts dem entgegen, dass er eine solche Geldleistung nach seiner endgültigen Rückkehr nach Portugal weiter erhalten kann. Insoweit dürfte eine solche Exportierbarkeit keine besonderen praktischen Schwierigkeiten bereiten, da die deutschen Stellen die Zahlung einer solchen Geldleistung während des vorübergehenden Aufenthalts des Klägers in Portugal vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002 bewilligt haben.

76. Die Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 sind im Licht der Ziele auszulegen, die mit den Art. 39 EG und 42 EG verfolgt werden. Nach ständiger Rechtsprechung darf die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit durch Wanderarbeitnehmer nicht dazu führen, dass diese im Vergleich zu den Personen, die nur in einem Mitgliedstaat tätig sind, benachteiligt werden²⁵. Mit der Verordnung Nr. 1408/71 sollen somit Nachteile für diejenigen Wanderarbeitnehmer abgewendet werden, die ihre Tätigkeit über das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats hinaus ausdehnen, und die Wahrung erworbener Ansprüche und Vorteile sowie

25 — Urteil des Gerichtshofs vom 1. Oktober 2009, Leyman (C-3/08, Slg. 2009, I-9085, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

der Anwartschaften gewährleistet werden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bedeutet dies, dass die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit nicht einfach dazu führen darf, dass Beitragsleistungen entrichtet werden, denen kein Anspruch auf Gegenleistungen gegenübersteht²⁶. Wanderarbeitnehmer dürfen also weder geringere Leistungen der sozialen Sicherheit erhalten, als ihnen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zustehen, noch dürfen ihnen diese Leistungen ganz vorenthalten werden, insbesondere wenn diese Vorteile die Gegenleistung für die von ihnen gezahlten Beiträge darstellen²⁷.

77. Bei pflegebedürftigen älteren Menschen kommt der Verfolgung dieser Ziele meines Erachtens eine ganz besondere Bedeutung zu. Wie nun in Art. 25 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert ist, haben ältere Menschen nämlich ein Recht auf ein würdiges und unabhängiges Leben. Die Achtung dieser Unabhängigkeit muss sich bei älteren Menschen, die auf fremde Hilfe angewiesen sind, meines Erachtens darin zeigen, dass sie in der Gestaltung ihres Lebens und

ihrer Betreuung so frei wie möglich sind²⁸. Wenn viele ältere Menschen sich dafür entscheiden, in ihren Herkunftsmitgliedstaat zurückzukehren, um in der Nähe ihrer Angehörigen zu sein und von diesen unterstützt zu werden, dürfen sie am Wechsel ihres Wohnsitzes über ihre Behinderung und in manchen Fällen die Ungewissheit ihrer Lage hinaus nicht auch noch durch den Verlust von Rechten gehindert werden, die sie zu Zeiten ihrer Erwerbstätigkeit rechtmäßig erworben haben.

78. In Anbetracht dieser Ziele kann meines Erachtens nicht der Auffassung gefolgt werden, dass sich Herr da Silva Martins weder in der deutschen Pflegeversicherung weiterversichern noch in Portugal Pflegegeld erhalten könne.

79. Zum einen würde dies bedeuten, dass der Betroffene Beiträge gezahlt hätte, denen kein Anspruch auf Gegenleistungen gegenübersteht. Herr da Silva Martins hat nämlich ab dem 1. Januar 1995 Beiträge zur deutschen Pflegeversicherung gezahlt, so dass ihm ab

26 — Vgl. hierzu Urteil des Gerichtshofs vom 14. Oktober 2010, Schwemmer (C-16/09, Slg. 2010, I-9717), in dem der Gerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die „unionsrechtlichen Vorschriften zur Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit insbesondere in Anbetracht der mit ihnen verfolgten Ziele — vorbehaltlich ausdrücklich vorgesehener, diesen Zielen entsprechender Ausnahmen — so anzuwenden sind, dass sie dem Wandererwerbstätigen ... nicht Leistungen aberkennen, die allein nach dem Recht eines Mitgliedstaats gewährt werden“ (Randnr. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 14. Oktober 2010, van Delft u. a. (C-345/09, Slg. 2010, I-9879, Randnr. 101 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 — Vgl. Urteil Bosmann (Randnr. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

28 — Vgl. hierzu Kessler, F., „Les normes du Conseil de l'Europe et la législation française sur la dépendance“, *Le vieillissement comme processus*, Sonderveröffentlichung, *Revue française des Affaires sociales*, Oktober 1997, S. 215, 222.

August 2001 wegen seiner Pflegebedürftigkeit erste Leistungen gewährt werden konnten (in Form von Sachleistungen); der Anspruch auf Leistungen war ursprünglich von der Erfüllung einer Vorversicherungszeit von mindestens fünf Jahren abhängig.

vergleichbare Entschädigung in Portugal, so dass er ohne eine unerlässliche Absicherung dastünde.

80. Zum anderen würde dies Herrn da Silva Martins gegenüber einem Arbeitnehmer benachteiligen, der ebenfalls pflegebedürftig ist, aber nicht von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Nach der Vorlageentscheidung bleibt eine Person, die ihre gesamte berufliche Laufbahn in Deutschland zurückgelegt hat und nur eine deutsche Altersrente bezieht, in der deutschen Pflegeversicherung pflichtversichert und erhält das entsprechende Pflegegeld, auch wenn sie das Hoheitsgebiet verlassen hat²⁹. Das vorlegende Gericht führt weiter aus, diese Person werde so behandelt, als wohnte sie noch im Hoheitsgebiet. Da Herr da Silva Martins aber eine wenn auch noch so geringfügige berufliche Tätigkeit in Portugal ausgeübt hat, hätte er weder Anspruch auf diese Leistung noch auf eine

81. Ganz klar könnten solche Folgen ihn möglicherweise veranlassen, wenn nicht sogar zwingen, in Deutschland zu bleiben, was eine Behinderung seiner Freizügigkeit darstellen würde, die seine Abhängigkeit noch ein wenig verstärken würde.

82. Nach alledem sind die Art. 39 EG und 42 EG sowie die Art. 9 Abs. 1 und 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 meines Erachtens dahin auszulegen, dass sich ein ehemaliger Wanderarbeitnehmer, der in seinem Wohnsitzmitgliedstaat Pflichtmitglied des Systems der sozialen Sicherheit ist, wenn durch diese Mitgliedschaft das Risiko der Pflegebedürftigkeit nicht abgesichert ist, gleichzeitig freiwillig in der von seinem Beschäftigungsmitgliedstaat bereitgestellten Pflegeversicherung weiterversichern kann. Nach dem Urteil Molenaar ist dem Betroffenen das ihm aufgrund dieser freiwilligen Weiterversicherung zustehende Pflegegeld gemäß Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 in seinem Wohnsitzmitgliedstaat zu gewähren.

29 — Diese Situation entspricht im Wesentlichen derjenigen der Rechtssache, in der das Urteil Jauch ergangen ist. Herr Jauch, ein deutscher Staatsangehöriger, der immer in Deutschland gewohnt hat, hatte seine gesamte berufliche Laufbahn in Österreich zurückgelegt. Er bezog somit von den österreichischen Behörden eine Pension und keine deutsche Rente. In diesem Urteil hat der Gerichtshof festgestellt, dass Herrn Jauch als Pflegebedürftigem das österreichische Pflegegeld in Deutschland gewährt werden müsse.

VI — Ergebnis

83. Aufgrund der vorhergehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Bundessozialgericht vorgelegte Frage wie folgt zu antworten:

Die Art. 39 EG und 42 EG sowie die Art. 9 Abs. 1 und 15 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass sich ein ehemaliger Wanderarbeitnehmer, der in seinem Wohnsitzmitgliedstaat Pflichtmitglied des Systems der sozialen Sicherheit ist, wenn durch diese Mitgliedschaft das Risiko der Pflegebedürftigkeit nicht abgesichert ist, gleichzeitig freiwillig in der von seinem Beschäftigungsmitgliedstaat bereitgestellten Pflegeversicherung weiterversichern kann.

Nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 5. März 1998, Molenaar (C-160/96), ist dem Betroffenen das ihm aufgrund dieser freiwilligen Weiterversicherung zustehende Pflegegeld gemäß Art. 28 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 1408/71 in der durch die Verordnung Nr. 1386/2001 geänderten Fassung in seinem Wohnsitzmitgliedstaat zu gewähren.