Prof. Dr. Constanze Janda,
SRH Hochschule Heidelberg

Der Export von Leistungen der Verhinderungspflege nach § 39 SGB XI

Prof. Dr. Constanze Janda

Seit mehreren Jahren widmet sich die Deutsch-Griechische Versammlung (DGV) dem Erfahrungsaustausch und der Kooperation zwischen deutschen und griechischen Kommunen und Regionen. In diesem Zusammenhang sind zahlreiche Projekte angestoßen worden, die auch darauf abzielen, die Auswirkungen der Währungs- und Bankenkrise auf zivilgesellschaftlicher Ebene auszugleichen.

I. Einleitung

Eine der im Vorspann erwähnten Initiativen soll es Pflegebedürftigen und Pflegenden ermöglichen, gemeinsam eine Auszeit vom belastenden Pflegealltag zu nehmen. Dazu ist eine Kooperation mit der Insel Rhodos angestoßen worden. Solche Projekte[1] dienen nicht nur der Stärkung der zivilgesellschaftlichen Bindungen, sondern setzen auch wichtige wirtschaftliche Impulse für die Region. Aus Sicht der Pflegebedürftigen ist das Schicksal ihrer Rechtsansprüche aus der sozialen Pflegeversicherung zu klären, wenn sie an einem solchen Programm teilnehmen.

II. Voraussetzungen der Gewährung von Verhinderungspflege

Dass mit der häuslichen Pflege erhebliche physische und psychische Belastungen einhergehen[2] hat der Gesetzgeber bereits bei Erlass des SGB XI erkannt und dem Erholungsbedürfnis der Pflegenden Rechnung getragen[3]. Gemäß § 39 SGB XI übernimmt die Pflegekasse die Kosten einer Ersatzpflegekraft für bis zu sechs Wochen pro Jahr, wenn die Pflegeperson wegen Urlaubs, Krankheit oder aus anderen Gründen an der Ausübung der Pflege gehindert ist. Diese so genannte Verhinderungspflege soll vermeiden, dass die Qualität der Betreuung des Pflegebedürftigen während der „Auszeit" beeinträchtigt wird. Die Gewährung der Verhinderungspflege setzt voraus, dass die Pflegeperson den Pflegebedürftigen seit mindestens sechs Monaten in seiner häuslichen Umgebung betreut hat, § 34 Abs. 1 S. 2 SGB XI. § 39 SGB XI soll die Verhinderungspflege nicht generell und aus beliebigem Anlass ermöglichen. Erforderlich ist daher ein tatsächliches Erholungsbedürfnis. Die in der Norm angesprochenen „anderen Gründe" müssen also erheblich und dem Bedürfnis nach Erholungsurlaub oder dem Eintritt einer Erkrankung vergleichbar sein[4].

Diese Situation muss zudem kausal zur Unmöglichkeit der Pflege durch die Pflegeperson führen. Offensichtlich ist dies im Fall der Erkrankung oder eines getrennten Urlaubs von Pflegendem und Gepflegten[5]. Die Unmöglichkeit kann aber auch eintreten, wenn sich beide gleichzeitig am gleichen Ort aufhalten, wenn und solange die Pflegeperson während dieser Zeit im Interesse der eigenen Regeneration keine Pflegeleistungen erbringt. Die bloße Anwesenheit der Pflegeperson in der Nähe des Pflegebedürftigen und die daraus resultierende faktische Möglichkeit, die Pflegeaufgaben selbst auszuführen, stehen also der Verhinderungspflege nicht per se entgegen[6].

Sinn und Zweck der Ersatzpflege ist der Ausgleich der besonderen Belastungen aus der häuslichen Pflege. Dementsprechend wird sie nur erbracht, wenn der Leistungsberechtigte Pflegegeld nach § 37 SGB XI bezieht[7]. Wird hingegen die Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI durch gewerblich tätige Pflegedienste erbracht, kommt eine Verhinderung der Pflegeperson wegen Urlaubs oder Erkrankung nicht in Betracht, ist doch in diesen Fällen der Träger des Pflegedienstes gehalten, die Be-

1 Dazu ausführlich Schumacher in Devetzi/Janda, Freiheit – Gerechtigkeit – Sozial(es) Recht (2015), S. 593.

2 Zu geschlechts- und migrationsspezifischen Implikationen der häuslichen Pflege vgl. Janda, Ethik & Gesellschaft (Stand: 2/2013), abrufbar unter http://www.ethik-und-gesellschaft.de/mm/EuG-2-2013_Janda.pdf.

3 BT-Drucks. 12/5262, S. 113.

4 Udsching in Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 5; Diepenbruck in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 39 Rn. 6.

5 Behrend in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2014, § 39, Rn. 18 fordert explizit einen Aufenthalt an getrennten Orten. Auch der Entscheidung des BSG, SozR 3-3300 § 39 Nr. 3 lag ein Sachverhalt zugrunde, in der Gepflegter und Pflegender gleichzeitig, aber an verschiedenen Orten im Urlaub waren.

6 So auch Diepenbruck in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 39 Rn. 7; ohne Einschränkungen auch Hußmann, FPR 2012, 44, 45.

7 LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2828/06; LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2963/06; Padé in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2014, § 34 Rn. 25; Behrend in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2014, § 39 Rn. 7.

treuung und Pflege durch geeignete Vertretungsregeln sicherzustellen[8].

Ob die Ersatzpflege in der häuslichen Umgebung oder in einer Einrichtung, durch Familienangehörige oder qualifizierte Kräfte angeboten wird, ist irrelevant[9]. Es ist aber konkret darzulegen, durch wen die Verhinderungspflege ausgeübt wird, da der Umfang der Leistungspflicht der Pflegekasse davon abhängt, ob die Ersatzpflegeperson im bis zu zweiten Grad mit dem Pflegebedürftigen verwandt oder verschwägert ist und mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt oder nicht, § 39 Abs. 1 S. 3 SGB XI[10].

III. Ruhen des Leistungsanspruchs bei Auslandsaufenthalten

Initiativen wie der „Pflegeurlaub Rhodos" können Auswirkungen auf die Leistungspflicht der Pflegekassen im Rahmen der Verhinderungspflege haben. Gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 SGB XI kommt der Anspruch auf Leistungen der sozialen Pflegeversicherung zum Ruhen, wenn sich der Versicherte im Ausland aufhält.

Das Exportverbot erfährt einige Ausnahmen. So ist nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 SGB XI der Export des Pflegegeldes[11] für bis zu sechs Wochen im Jahr möglich. Die Pflegesachleistung i.S.v. § 36 SGB XI wird nur dann exportiert, wenn eine Pflegekraft[12] die pflegebedürftige Person begleitet, § 34 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 SGB XI. Zudem regelt § 34 Abs. 1a SGB XI explizit, dass das Ruhen des Anspruchs auf Pflegegeld in den Fällen nicht eintritt, in denen sich der Versicherte in einem EU-Mitgliedstaat aufhält. In diesen Fällen ist das Pflegegeld – aber nur dieses! – über sechs Wochen hinaus zu exportieren. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der Export der Pflegesachleistung auch innerhalb der Europäischen Union begrenzt ist.

Die Konstellation der beschränkt exportfähigen Pflegesachleistung ist beim „Pflegeurlaub Rhodos" indes nicht erfüllt. Zwar werden die Gepflegten während ihres Aufenthalts in Griechenland durch deutsche Fachkräfte begleitet und auf diese Weise auch die Einhaltung der inländischen Standards in der Pflege sichergestellt. Ansatzpunkt des Projekts ist jedoch nicht der Export der Pflegesachleistung, sondern eine Auszeit von der selbst organisierten, durch Familienangehörige wahrgenommenen häuslichen Pflege. Es gibt also gerade keine „Pflegekraft, die ansonsten die Pflegesachleistung erbringt" (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 SGB XI).

Die Auswirkungen eines Auslandsaufenthalts auf die Gewährung der Verhinderungspflege sind unklar. Der Wortlaut des § 39 SGB XI nennt zwar keinen Ort, an dem die Verhinderungspflege zu erbringen sei. Dass diese aber grundsätzlich einen Inlandsaufenthalt der pflegebedürftigen Person voraussetzt, wird aus § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI sowie im Wege eines Umkehrschlusses aus § 34 Abs. 1a SGB XI gefolgert.[13]

IV. Exportgebot nach europäischem koordinierenden Sozialrecht?

Diese Regelung ist offenkundig der innereuropäischen Mobilität pflegebedürftiger Menschen abträglich. Sie könnte daher durch das europäische koordinierende Sozialrecht überformt werden, welches in der VO (EG) 883/2004[14] seine Ausprägung gefunden hat.

1. Systematik der Sozialrechtskoordinierung von Pflegeleistungen

Die VO (EG) 883/2004 enthält keine gesonderten Bestimmungen zu Pflegeleistungen. Vielmehr werden diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH als Leistungen bei Krankheit qualifiziert: Pflegeleistungen ergänzten die Leistungen der Krankenversicherung, seien organisatorisch mit dieser verknüpft und bezweckten schließlich, den Gesundheitszustand und die Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen zu verbessern[15]. Ihr koordinierungsrechtliches Schicksal ist Gegenstand der Art. 17 ff. VO (EG) 883/2004.

Zwar hat der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass die Leistungen der Pflegeversicherung trotz ihrer strukturellen Ähnlichkeit zu den Leistungen bei Krankheit im Einzelfall Merkmale aufweisen können, die eine Koordinierung nach Maßgabe der für Leistungen bei Alter und Invalidität geltenden Regeln nahelegen. Dies hat der EuGH für die Regelungen zur freiwilligen Weiterversicherung in der Pflegeversicherung nach § 26 SGB XI angenommen[16]. Anders als das Pflegegeld oder die Ersatzpflege haben diese aber nichts mit der Behandlung oder Betreuung des Gesundheitszustands zu tun. Es bleibt also dabei, dass sich die Koordi-

8 Hußmann, FPR 2012, 44, 45; Diepenbruck in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 39 Rn. 4; Udsching in Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 4; Leitherer in KassKomm, SGB XI (Stand: 89. Erg.-Lfg. März 2016), § 39 Rn. 9; LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2828/06); LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2963/06; BSG, SozR 3-2500 § 56 Nr. 2.

9 BSG, SozR 3-3300 § 39 Nr. 3; BSG v. 17. 6. 1999 – B 3 P 1/98 R; LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2828/06; LSG Baden-Württemberg, v. 18. 7. 2014 – L 4 P 5119/11; Behrend in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2014, § 39 Rn. 22 f.; Udsching in Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 6; Leitherer in KassKomm, SGB XI (Stand: 89. Erg.-Lfg. März 2016), § 39 Rn. 15.

10 Ist die Ersatzpflegeperson mit dem Pflegebedürftigen verwandt oder verschwägert, kann für die Verhinderungspflege ein geringerer Geldbetrag in Ansatz gebracht werden, der der Höhe des Pflegegeldes entspricht, § 39 Abs. 2 SGB I.

11 Dies gilt sowohl für das Pflegegeld nach § 37 SGB XI als auch für das anteilige Pflegegeld nach § 38 SGB XI.

12 Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dies nur für die Begleitung durch die gewohnte Pflegekraft. In der Praxis wird der Leistungsexport aber auch dann bewilligt, wenn der Pflegebedürftige durch eine andere bei einem anerkannten Pflegedienst beschäftigte Pflegekraft begleitet wird, Baumeister in BeckOK-SGB XI (Stand: 1.12.2015), § 34 Rn. 8; Udsching in Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 34 Rn. 4.

13 Vgl. nur Baumeister in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 34 Rn. 10a.

14 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2007 L 204, S. 30 ff.

15 EuGH, Slg. 1998, I-843 (Molenaar); EuGH, Slg. 2004, I-6483 (Gaumain-Cerri und Barth); EuGH, Slg. 2009, I-6095 (Chamier-Glisczinski); EuGH, Slg. 2011, I-5737 (da Silva Martins); EuGH, ZESAR 2012, 491, 496 (Kommission / Deutschland). So auch EuGH, Slg. 2001, I-1901 (Jauch) sowie EuGH, Slg. 2006, I-1771 (Hosse) zum österreichischen Pflegegeld; EuGH, Slg. 2007, I-8695 (Kommission / EP und Rat) zur finnischen Behindertenbeihilfe.

16 EuGH, Slg. 2011, I-5737 (da Silva Martins).

nierung der Verhinderungspflege nach den für die Leistungen bei Krankheit geltenden Regelungen richten muss.

Ob der Export einer Leistung bei Krankheit in Betracht kommt, richtet sich nach deren Rechtscharakter. Während Geldleistungen nach Art. 21 VO (EG) 883/2004 regelmäßig unbeschränkt exportiert werden können,[17] gilt dies für Sachleistungen gemäß Art. 17 VO (EG) 883/2004 nur, soweit diese im Leistungskatalog des Aufenthaltsstaates vorgesehen sind.

2. Export von Sachleistungen der Pflegeversicherung

Diese so genannte Sachleistungsaushilfe am Aufenthaltsort erfolgt auf Kosten des zuständigen Trägers, wird aber vom Träger des Aufenthaltsortes nach den für diesen geltenden Regeln erbracht. Sieht das Recht des Aufenthaltsstaats – im Gegensatz zum Recht des zuständigen Staates – keine kongruenten Sachleistungen vor, können diese auch nicht erbracht werden[18]. Das Prinzip der Sachleistungshilfe stößt folglich an seine Grenzen, wenn das Sozialrecht des zuständigen Staats und das des Aufenthaltsstaats nicht deckungsgleich sind[19].

Im Falle vorübergehender Aufenthalte in anderen Mitgliedstaaten ist die Sachleistungsaushilfe gemäß Art. 19 VO (EG) 883/2004 auf medizinisch (bzw. in der Pflegeversicherung auf pflegerisch) notwendige Leistungen beschränkt. Art. 25 Abs. 4 VO (EG) 987/2009 sieht zwar die Möglichkeit der Kostenerstattung bei vorübergehenden Auslandsaufenthalten vor, sofern der Versicherte aufgrund der Inanspruchnahme notwendiger Leistungen eigene Auslagen hatte. Die Regelung bezieht sich jedoch ausschließlich auf akute Fälle und trifft damit nicht auf die dem Pflegeurlaub zugrundeliegende Konstellation zu.

Verhinderungspflege ist somit nur nach Maßgabe des Rechts des Aufenthaltsstaats zu leisten. Das griechische Recht sieht jedoch keine entsprechenden Leistungen vor. Es existiert kein gesonderter Sozialversicherungszweig, der sich dem Risiko der Pflegebedürftigkeit widmet; vielmehr werden Leistungen über das System der Alterssicherung sowie der Sozialhilfe gewährt. Die Erstattung der Kosten einer Ersatzpflegekraft ist dem griechischen Recht gänzlich unbekannt.

3. Rechtscharakter der Leistungen der Verhinderungspflege

Ein Leistungsexport im Rahmen des „Pflegeurlaubs" hängt also entscheidend davon ab, dass es sich bei der Verhinderungspflege um eine Geld-, nicht aber um eine Sachleistung handelt. Dies war in der Rechtsprechung umstritten. Ausweislich des Wortlauts des § 39 SGB XI übernimmt die Pflegekasse die Kosten einer notwendigen Ersatzpflegekraft. Die Regelung ist somit als Kostenerstattungsanspruch ausgestaltet[20], was allein aber noch keine Rückschlüsse auf den Rechtscharakter der Leistung zulässt.

a) Geld- oder Sachleistung

Der EuGH orientiert sich bei der Abgrenzung weniger an der Art der Leistung als an deren Zweck. Danach kommt es für die Eigenschaft als Sachleistung nicht zwingend darauf an, dass diese als Dienstleistung oder in natura erbracht wird. Ausgangspunkt ist die Legaldefinition in Art. 1 lit. va) VO (EG) 883/2004, wonach Sachleistungen darauf gerichtet sind, „die ärztliche Behandlung und die diese Behandlung ergänzenden Produkte und Dienstleistungen zu erbringen bzw. zur Verfügung zu stellen oder direkt zu bezahlen oder die diesbezüglichen Kosten zu erstatten." Auch die Gewährung finanzieller Mittel kann daher als Sachleistung bei Krankheit zu qualifizieren sein, wenn diese unmittelbar darauf gerichtet ist, notwendige medizinische Leistungen sicherzustellen[21]. Eine Geldleistung verfolgt demgegenüber das Ziel des Einkommensersatzes. Sie wird typischerweise periodisch erbracht, und zwar als fester Betrag unabhängig vom Nachweis tatsächlicher Aufwendungen[22]. Übertragen auf die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung ist demnach von einer Sachleistung auszugehen, wenn diese der Sicherstellung der Pflege und Versorgung als solcher dient, unabhängig davon ob sie in Form von Geld gewährt wird[23]. Um eine Geldleistung handelt es sich demnach beim Pflegegeld nach § 37 SGB XI, da es wiederkehrend und als Pauschale gewährt wird, über deren Verwendung der Versicherte selbst bestimmen kann[24]. Auch die Rentenbeiträge, die gemäß § 44 Abs. 1 SGB XI für die Pflegeperson abgeführt werden, hat der EuGH als Geldleistung eingestuft. Zur Begründung hat er auf deren strikte Akzessorietät Bezug genommen: Die Zahlung der Rentenbeiträge zugunsten der Pflegeperson sei so eng mit der Gewährung von Pflegegeld verknüpft, dass diese zwingend ebenfalls als Geldleistung einzustufen sei, weil sie das Pflegegeld „unmittelbar für eine seiner möglichen Verwendungen vervollständigt, nämlich die Inanspruchnahme der von einem Dritten geleisteten häuslichen Pflege".[25]

Die Verhinderungspflege nach § 39 SGB XI ist jedoch gerade nicht als wiederkehrende Leistung konzipiert. Sie wird

17 Ablehnend für einen assoziationsrechtlichen Fall, da das Assoziierungsabkommen EU-Türkei gerade keine der VO (EG) 883/2004 entsprechende Exportpflicht vorsieht BSG, SozR 4-3300 § 34 Nr. 2, dazu Padé, jurisPR-SozR 23/2015 Anm. 5.

18 EuGH, Slg. 2009, I-6095 (Chamier-Glisczinski); kritisch Bassen, NZS 2010, 479, 482 sowie bereits Lenze, ZESAR 2008, 371, 373.

19 Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 17 VO (EG) 883/2004 Rn. 18; Janda in jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, Art. 22 VO (EG) 883/2004 Rn. 36.

20 Diepenbruck in BeckOK-SGB XI (Stand: 1.12.2015), § 39 Rn. 2; Leitherer in KassKomm, SGB XI (Stand: 89. Erg.-Lfg. März 2016), § 39 Rn. 18.

21 EuGH, Slg. 2006, I-5341 (Acereda Herrera); Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 17 VO (EG) 883/2004 Rn. 4; Windisch-Graetz, Europäisches Krankenversicherungsrecht (2003), S. 168; Janda in jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, Art. 22 VO (EG) 883/2004 Rn. 31; Udsching in Devetzi/Janda, Freiheit – Gerechtigkeit – Sozial(es) Recht (2015), S. 672.

22 EuGH, Slg. 1966, 583 (Waassen-Göbbels); EuGH, Slg. 1998, I-843 (Molenaar).

23 EuGH, Slg. 1998, I-843 (Molenaar); Slg. 2004, I-6483 (Gaumain-Cerri und Barth); Slg. 2009, I-6095 (Chamier-Glisczinski); EuGH, ZESAR 2012, 491, 496 (Kommission/Deutschland).

24 EuGH, Slg. 1998, I-843 (Molenaar); EuGH, Slg. 2004, I-6483 (Gaumain-Cerri und Barth); LSG Baden-Württemberg v. 11.5.2007 – L 4 P 2828/06; GKV-Spitzenverband/Verbände der Pflegekassen auf Bundesebene, Gemeinsames Rundschreiben zu Leistungen der Pflegeversicherung bei Auslandsaufenthalt vom 17.4.2013, Anlage 5, Punkt 1.2 (6); LSG Baden-Württemberg v. 11.5.2007 – L 4 P 2963/06; LSG Baden-Württemberg v. 18.7.2014 – L 4 P 5119/11. Kritisch Eichenhofer, NZA 1998, 742, 743: Das Pflegegeld diene der Deckung eines konkreten Pflegebedarfs und werde zudem nur gezahlt, wenn auch tatsächlich Pflegeleistungen erbracht würden.

25 EuGH, Slg. 2004, I-6483 (Gaumain-Cerri und Barth); dazu Udsching in Devetzi/Janda, Freiheit – Gerechtigkeit – Sozial(es) Recht (2015), S. 674 f.

weder für einen festen Zeitraum noch für eine bestimmte, im Voraus feststehende Dauer gewährt[26], sondern ermöglicht durch die Gewährung von Kostenerstattung die Inanspruchnahme von Pflegeleistungen[27]. Abgesehen von der gesetzlich bestimmten Höchstleistung ist auch der Betrag, der für die Kosten einer Ersatzpflegekraft erstattet wird, nicht vorab pauschaliert. Daraus wird gefolgert, dass es sich bei der Verhinderungspflege nicht um eine der Exportpflicht unterliegende Geldleistung handeln könne[28].

b) Verhinderungspflege als Surrogat für das Pflegegeld?

Zu bedenken ist jedoch, dass die Verhinderungspflege der Entlastung pflegender Angehöriger dient: Sie zielt darauf ab, das bisherige Betreuungsniveau weitgehend aufrecht zu erhalten[29] und steht damit in engem Bezug und in Kontinuität zur Pflegegeldgewährung. Die Übernahme der Kosten für eine Ersatzpflegekraft könnte sich damit als Surrogat für das nach § 37 SGB XI zu gewährende Pflegegeld erweisen[30].

In der Rechtsprechung wird dazu vertreten, dass die Verhinderungspflege über die nach § 14 Abs. 4 SGB XI in der häuslichen Pflege zu erbringenden Leistungen hinausgehe. Gegen die Qualifikation als Surrogat für das Pflegegeld spreche zudem, dass für die Gewährung der Ersatzpflege eigene Anspruchsvoraussetzungen gälten, die mit denen des § 37 SGB XI nicht deckungsgleich sind. Dies betreffe namentlich die sechsmonatige Wartezeit[31]. Zudem differenziere die Leistungshöhe im Rahmen von § 39 SGB XI nicht nach der Pflegestufe, sondern richte sich nach den tatsächlichen Aufwendungen, und sei überdies zeitlich und betragsmäßig begrenzt[32]. § 37 Abs. 2 S. 2 SGB XI verpflichtet zudem die Pflegekasse zur Weiterleistung des hälftigen Pflegegeldes während der Verhinderungspflege. Es handele sich daher nicht um eine dem Pflegegeld entsprechende Ersatzleistung[33].

Das BSG hat diese Einwände jedoch nicht geteilt und die Verhinderungspflege jüngst als Surrogat des Pflegegeldes qualifiziert[34]. Das nach § 34 SGB XI exportfähige Pflegegeld umfasse das Verhinderungspflegegeld. Die Leistung sei ihrer Funktion und ihrem Zweck nach so ausgestaltet, dass sie an die Stelle des Pflegegeldes trete, dieses also vorübergehend ersetze. Zudem stellt das BSG darauf ab, dass sich die Höhe des Verhinderungspflegegeldes am Pflegegeld orientiere und damit letztlich von der Pflegestufe abhängig sei. Zumindest wenn die Verhinderungspflege durch Verwandte des Pflegebedürftigen in nichtgewerbsmäßiger Weise durchgeführt wird, bildet der nach § 37 SGB XI zu leistende Betrag des Pflegegeldes für selbst beschaffte Pflegehilfen die Obergrenze des Ersatzpflegegeldes, § 39 Abs. 3 Satz 1 SGB XI[35]. Zusätzliche Aufwendungen im Rahmen der Verhinderungspflege, wie etwa für Fahrtkosten oder Unterkunft, seien eine Nebenleistung, damit ebenfalls Surrogat des Pflegegeldes und folglich exportpflichtig[36].

c) Zwischenergebnis

Zwar treffen die der BSG-Entscheidung zugrunde liegenden Annahmen nicht auf sämtliche Fälle der Verhinderungspflege zu. Wird diese durch professionelle Pflegekräfte durchgeführt, ergibt sich die Leistungshöhe aus § 39 Abs. 1 Satz 3 SGB XI, der gerade keinen Bezug auf die Pflegestufe und das Pflegegeld nimmt, sondern einen maximalen Erstattungsbetrag pauschal festlegt[37]. Ob das BSG in einer anderen Konstellation – im entschiedenen Fall wurde der Pflegebedürftige durch seinen Großvater betreut – zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass die Verhinderungspflege als Sachleistung zu bewerten wäre[38], ist jedoch kaum anzunehmen. Denn Funktion und Zweck beider Durchführungswege der Verhinderungspflege sind identisch: In jedem Fall ersetzt sie vorübergehend die übliche selbst organisierte Pflege durch Angehörige und andere nahestehende Personen. Die Rechtslage dürfte damit geklärt sein, sodass das koordinierende Sozialrecht den Export der Verhinderungspflege als Geldleistungssurrogat gebietet.

V. Exportgebot kraft Primärrechts

Über das koordinierende Sozialrecht hinaus können sich sozialrechtliche Leistungsansprüche auch unmittelbar aus dem Primärrecht ergeben[39]. In der Rechtsprechung der Sozialgerichte wird insofern auf Art. 20 AEUV rekurriert und eine Verletzung der Unionsbürgerfreizügigkeit bejaht, wenn der Versicherte alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt und die Erbringung der Leistung allein am fehlenden Inlandsaufenthalt scheitert[40]. Nach Auffassung des EuGH sind solche Einbußen als Folge der

26 Abgesehen von der sechswöchigen gesetzlichen Höchstdauer aus § 39 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

27 Padé in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2014, § 34 Rn. 25.

28 GKV-Spitzenverband/Verbände der Pflegekassen auf Bundesebene, Gemeinsames Rundschreiben zu Leistungen der Pflegeversicherung bei Auslandsaufenthalt vom 17. 4. 2013, Anlage 5, Punkt 1.2 (6); LSG Nordrhein-Westfalen, NZS 2014, 467, 468.

29 LSG Nordrhein-Westfalen, NZS 2014, 467, 469.

30 LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2828/06; LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2963/06. Aufgegeben durch LSG Baden-Württemberg v. 18. 7. 2014 – L 4 P 5119/11.

31 LSG Nordrhein-Westfalen, NZS 2014, 467, 469; so neuerdings auch LSG Baden-Württemberg v. 18. 7. 2014 – L 4 P 5119/11; zustimmend Langer, RdLH 2014, 175, 175 f.

32 LSG Baden-Württemberg v. 18. 7. 2014 – L 4 P 5119/11.

33 LSG Nordrhein-Westfalen, NZS 2014, 467, 469; Langer, RdLH 2014, 175, 175.

34 BSG v. 20. 4. 2016 – B 3 P 4/14 R.

35 Zu diesem Zusammenhang zwischen Ersatzpflege und Pflegestufe vgl. auch BT-Drucks. 18/1798, S. 27.

36 BSG v. 20. 4. 2016 – B 3 P 4/14 R.

37 Diepenbruck in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 39 SGB XI, Rn. 10; Udsching in Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 39 SGB XI, Rn. 9; Behrend in jurisPK-SGB XI, 2014, § 39 Rn. 31.

38 Die Urteilsgründe für die Entscheidung des BSG v. 20. 4. 2016 – B 3 P 4/14 R lagen bei Manuskripterstellung noch nicht vor.

39 Janda in jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, Art. 22 VO (EG) 883/2004 Rn. 73 ff.; Osterholz/Mettig, ZESAR 2012, 499, 499.

40 So das BSG, SozR 4-3300 § 23 Nr. 5 zur Versagung der Leistungen zur häuslichen Pflege im Rahmen eines privatrechtlichen Pflegeversicherungsvertrag nach Wohnsitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat. LSG Baden-Württemberg v. 11. 5. 2007 – L 4 P 2828/06 zur Versagung der Verhinderungspflege bei Aufenthalt in Spanien. Kritisch Baumeister in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 34 Rn. 10b, da damit der eindeutige Wortlaut der Koordinierungsverordnung umgangen wird.

unterschiedlichen Systeme sozialer Sicherheit hinzunehmen[41]. Es besteht keine Garantie, dass der Wechsel des Aufenthaltsorts sozialrechtlich stets positiv oder neutral ausfällt[42]. Indes ist die Unionsbürgerfreizügigkeit nach ganz h.M. subsidiär zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Verträge[43], sodass vorrangig deren Verletzung durch die Ruhensvorschriften des SGB XI zu prüfen ist.

1. Verhältnis zwischen Koordinierungsverordnung und Grundfreiheiten

Nach Auffassung des EuGH sind die Regelungen der Koordinierungsverordnung nicht abschließend, sondern werden durch die Grundfreiheiten überformt. Für gesetzlich Versicherte hat der Gerichtshof aus der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV einen Anspruch auf Beschaffung von Hilfsmitteln, aber auch von ambulanten wie stationären Behandlungsleistungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse hergeleitet[44], und zwar unabhängig davon, dass es den Mitgliedstaaten unbenommen ist, ihre Systeme sozialer Sicherheit in eigener Kompetenz auszugestalten[45]. Anders als im Rahmen der Sachleistungsaushilfe ist in diesem Kontext nicht das am Aufenthaltsort geltende Recht, sondern allein das Recht des zuständigen Staats maßgeblich[46]. Diese Rechtsprechung wurde zum Genehmigungserfordernis im Falle der gezielten Inanspruchnahme von Leistungen der Gesundheitsversorgung („entgeltliche medizinische Leistungen"[47]) in anderen Mitgliedstaaten nach Art. 20 VO (EG) 883/2004 entwickelt. Sie gilt auch für die Inanspruchnahme von Leistungen der sozialen Pflegeversicherung[48].

2. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV

Fraglich ist jedoch, ob der sachliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist, wenn in Deutschland versicherte Pflegebedürftige im Ausland durch eine aus Deutschland entsandte Ersatzpflegekraft betreut werden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH erfordert die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten stets einen grenzüberschreitenden Bezug. Für Art. 56 AEUV setzt dies grundsätzlich voraus, dass sich Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat begeben, um dort Dienstleistungen eines im Aufenthaltsstaat ansässigen Dienstleisters in Anspruch zu nehmen[49]. Dies legt der Wortlaut der Regelung nahe, der darauf abstellt, dass Leistungserbringer und Leistungsempfänger in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind.

Der EuGH will die in Art. 56 AEUV geschützte Grundfreiheit aber so verstanden wissen, dass sie allen Einschränkungen entgegensteht, die Unionsbürger an der Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen als im Staat ihrer Niederlassung hindern. Dies gilt unabhängig davon, in welchem Staat der Empfänger der Dienstleistung ansässig ist. Nur wenn „alle wesentlichen Elemente der fraglichen Betätigung nicht über die Grenze dieses Mitgliedstaats hinausweisen"[50], liege ein reiner Inlandssachverhalt vor, der nicht am Unionsrecht zu messen sei[51]. Die Dienstleistungsfreiheit schützt folglich auch solche Dienstverträge, bei denen die Vertragspartner in ein und demselben Mitgliedstaat ansässig sind und lediglich der „Dienstleistungsaustausch" in einem anderen Mitgliedstaat stattfindet[52]. Diese trifft die dem „Pflegeurlaub Rhodos" zugrunde liegende Konstellation.

Gegen diese erweiternde Lesart des EuGH ist vorgebracht worden, dass der reine Dienstleistungsaustausch im EU-Ausland nur dann an Art. 56 AEUV zu würdigen sei, wenn Regelungen des Staates angegriffen werden, in dem die Dienstleistung erbracht wird, denn anderenfalls sei die Abgrenzung zu reinen Inlandssachverhalten kaum zu leisten[53]. Im „Pflegeurlaub" scheitert die Kostenübernahme für die Ersatzpflegekraft indes nicht an den Vorgaben des griechischen Sozialrechts[54], sondern an den Ruhensvorschriften des § 34 SGB XI. Allerdings überzeugt die Argumentation nicht, ist die Abgrenzung zu reinen Inlandsfällen wegen des klar erkennbaren grenzüberschreitenden Aspekts doch eindeutig möglich: Pflegebedürftiger und Pflegedienst werden nicht in ihrem gemeinsamen Wohn- bzw. Sitzstaat, sondern einem anderen Mitgliedstaat tätig. Ein reiner Inlandsfall läge demgegenüber nur vor, wenn beide im gleichen Staat ansässig sind und die Dienstleistung auch in dessen Territorium erbracht bzw. in Anspruch genommen wird.

41 EuGH, Slg. 2002, I-2829 (Hervein); EuGH, Slg. 2006, I-2369 (Piatkowski); EuGH, Slg. 2004, I-4981 (Weigel); EuGH, Slg. 2007, I-3505 (Alevizos); EuGH, Slg. 2009, I-6095 (Chamier-Glisczinski); Huster, NZS 1999, 10, 11; Baumeister in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 34 Rn. 10b; kritisch Bassen, NZS 2010, 479, 481 f. sowie Padé, jurisPR-SozR 22/2009, Anm. 1.

42 EuGH, Slg. 2011, I-5737 (da Silva Martins).

43 Kluth in Calliess/Ruffert, EGV/AEUV , 4. Aufl. 2011, Art. 21 AEUV, Rn. 16; Magiera in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 21 AEUV, Rn. 6, jeweils m. w. N.

44 St. Rspr. seit EuGH, Slg. 1998, I-1831 (Decker); EuGH, Slg. 1998, I-1931 (Kohll); EuGH, Slg. 2001, 5363 (Vanbraekel); EuGH, Slg. 2001, I-5473 (Smits und Peerbooms); EuGH, Slg. 2003, I-4509 (Müller-Fauré und van Riet); EuGH, Slg. 2003, I-12403 (Inizan); EuGH, Slg. 2006, I-4325 (Watts).

45 EuGH, Slg. 1984, 523 (Duphar); EuGH, Slg. 1980, 1445 (Coonan); EuGH, Slg. 1991, I-4501 (Paraschi); EuGH, Slg. 1997, I-3395 (Sodemare); EuGH, Slg. 1997, I-511 (Stöber und Piosa Pereira).

46 Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 19 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 5; Janda in jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, Art. 22 VO (EG) 883/2004 Rn. 77; Becker, NJW 2003, 2272, 2274 f.; Bieback, ZESAR 2006, 241, 242; Janda, ZESAR 2010, 465. 467.

47 EuGH, Slg. 2001, I-5473 (Smits und Peerbooms); EuGH, ZESAR 2012, 491 (Kommission/Deutschland).

48 Janda in jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, Art. 22 VO (EG) 883/2004, Rn. 80.1.

49 Vgl. nur EuGH, Slg. 1984, 377 (Luisi und Carbone); EuGH, Slg. 1998, I-1931 (Kohll); EuGH, Slg. 1998, I-7637 (Bickel und Franz); EuGH, Slg. 2003, I-4509 (Müller-Fauré).

50 EuGH, Slg. 1980, 833 (Debauve) zur Ausstrahlung von Werbespots im Kabelfernsehen.

51 EuGH, Slg. 1991, I-659 (Kommission/Frankreich); EuGH, Slg. 1991, I-709 (Kommission/Italien); EuGH, Slg. 1991, I-727 (Kommission/Griechenland) zur Inanspruchnahme der Dienstleistungen von Fremdenführern.

52 Randelzhofer/Fortshoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (2016), Art. 57 AEUV, Rn. 57; Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV, Rn. 38.

53 Randelzhofer/Fortshoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (2016), Art. 57 AEUV, Rn. 56.

54 Allenfalls am Fehlen eines der deutschen sozialen Pflegeversicherung vergleichbaren Leistungszweigs im griechischen Sozialrecht. Solche Unterschiede sind aber wegen der alleinigen Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme sozialer Sicherheit hinzunehmen.

3. Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit?

Die Vorschriften des § 34 SGB XI zum Ruhen der Leistungsansprüche bei Auslandsaufenthalten sind geeignet, die Dienstleistungsfreiheit zu behindern, weil sich Pflegebedürftige im Einzelfall gegen die Teilnahme am „Pflegeurlaub Rhodos" entscheiden, wenn sie dadurch ihrer Ansprüche gegen die Pflegekasse verlustig gehen.

Einschränkungen der Grundfreiheiten bzw. speziell der Dienstleistungsfreiheit sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH jedoch nur im Interesse der Allgemeinheit zulässig[55]. Da es sich bei der Dienstleistungsfreiheit um einen fundamentalen Grundsatz des Primärrechts handelt, sind Rechtfertigungsmöglichkeiten eng auszulegen. Bislang sind lediglich die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des betroffenen Sozialleistungssystems, die Vermeidung der Vorhaltung von Überkapazitäten oder aber die Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen Versorgung als Legitimation für eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitswesen anerkannt worden[56].

Dass das finanzielle Gleichgewicht der sozialen Pflegeversicherung im Falle des Exports der Verhinderungspflege gefährdet würde, erschließt sich nicht. § 39 SGB XI sieht verschiedene anspruchsbeschränkende Tatbestandsvoraussetzungen – namentlich die sechsmonatige Wartezeit – vor, sodass Mitnahmeeffekte durch „Trittbrettfahrer" ausgeschlossen sind. Überdies sind die Leistungen der Verhinderungspflege zeitlich wie betragsmäßig beschränkt. Ob die Leistung im In- oder Ausland in Anspruch genommen würde, ändert daran nichts[57]. Auch das Argument der Qualitätssicherung verfängt nicht, gerade weil die Pflege während des Urlaubsaufenthalts aus Deutschland heraus von inländischen Pflegediensten organisiert und auch durchgeführt wird. Dies geschieht ausdrücklich mit dem Ziel, eine qualitativ gleichwertige Pflege sicherzustellen. Auch die Bedarfsplanung ist nicht tangiert, ist der Pflegeurlaub doch auf die Fälle häuslicher Pflege beschränkt und weist keinerlei Bezug zur voll- oder teilstationären Pflege auf.

Die in § 34 SGB XI verankerte Ruhensanordnung für die Verhinderungspflege verletzt folglich in der spezifischen Konstellation des Pflegeurlaubs die Dienstleistungsfreiheit sowohl der Pflegebedürftigen als auch der die Betreuung und Versorgung durchführenden Pflegedienste.

VI. Zulässige Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG?

Sieht man den Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV für den Pflegeurlaub nicht als eröffnet an, lässt sich die Unzulässigkeit der Ruhensanordnung für die Verhinderungspflege mit der Verfassung, namentlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen. Nach der vom BVerfG entwickelten „neuen Formel" ist nicht jede Ungleichbehandlung unzulässig. Deren Zulässigkeit erfordert jedoch Unterschiede von solch erheblichem Gewicht, dass eine Ungleichbehandlung sachlich geboten ist[58].

Der Exportausschluss für die Verhinderungspflege ist folglich insbesondere daran zu messen, dass § 34 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 SGB XI den Export der Pflegesachleistung für bis zu sechs Wochen ermöglicht, wenn der Pflegebedürftige bei seinem Auslandsaufenthalt durch seine angestammte oder eine andere bei einem zugelassenen Pflegedienst beschäftigte Pflegekraft begleitet wird. Beide Leistungsarten sind als Sachleistungen zu qualifizieren. Es müssten somit so erhebliche Unterschiede bestehen, dass im Fall der Pflegesachleistung der Export möglich, bei der Verhinderungspflege dagegen ausgeschlossen sein muss. Insofern wird regelmäßig auf das Bedürfnis der Kontrolle von Umfang und Qualität der durch die Ersatzpflegekraft erbrachten Pflegeleistungen Bezug genommen. Es bestehe kaum die Möglichkeit, eine im Ausland agierende Pflegeperson zu überwachen[59]. In dieser Pauschalität trifft diese Aussage jedoch nicht zu. Wird der Pflegebedürftige bei seinem Aufenthalt von einer in Deutschland ansässigen und üblicherweise dort tätigen Pflegekraft begleitet, unterscheidet sich die Situation nicht von der sechswöchigen Erbringung der Pflegesachleistung im Ausland. Der einzige Unterschied zwischen dem Export der Pflegesachleistung und der Verhinderungspflege im Pflegeurlaub liegt darin, dass der Pflegebedürftige in letzterem Fall üblicherweise durch Angehörige häuslich gepflegt wird, die Betreuung durch ausgebildete Pflegekräfte also eine Ausnahme während des Urlaubsaufenthalts bildet. Daran unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Ist eine dem inländischen Pflegestandard genügende Pflege gewährleistet, kann es auf den Ort der Pflege nicht mehr ankommen[60].

VII. Fazit

Die Ruhensanordnung des § 34 SGB XI bedarf der Überarbeitung. Die Kosten einer Ersatzpflegekraft bei Verhinderung der Pflegeperson sind zumindest dann zu übernehmen, wenn die Verhinderungspflege durch einen im Inland ansässigen Pflegedienst nach inländischen Standards im Ausland durchgeführt wird. Diese Lösung trägt verschiedenen Aspekten Rechnung. Zum einen wird der Export dem Interesse behinderter Menschen an (grenzüberschreitender) Mobilität gerecht, welches gerade nicht nur besteht, wenn die Pflege üblicherweise durch

55 EuGH, Slg. 1986, 3755 (Kommission / Deutschland).

56 Bassen, NZS 2010, 479, 482; Osterholz/Mettig, ZESAR 2012, 499, 500; Janda in jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, Art. 22 VO (EG) 883/2004 Rn. 76.

57 Ähnlich Osterholz / Mettig, ZESAR 2012, 499, 500 für den Export der Pflegesachleistung.

58 Ständige Rspr., BVerfGE 55, 72, 88; BVerfGE 88, 87, 96; BVerfGE 112, 368, 401; BVerfGE 116, 229, 238.

59 LSG Baden-Württemberg v. 18.7.2014 – L 4 P 5119/11. So auch LSG Nordrhein-Westfalen, NZS 2014, 467, 469; Padé in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 1. Aufl. 2014, § 34 Rn. 25.

60 LSG Baden-Württemberg v. 11.5.2007 – L 4 P 2828/06; LSG Baden-Württemberg v. 11.5.2007 – L 4 P 2963/06. Das Gericht hatte zwar im Rahmen des Art. 21 AEUV so argumentiert, dies lässt sich aber ohne Weiteres auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz übertragen.

ambulante Pflegedienste erbracht wird. Zum anderen soll die Ersatzpflege stationäre Pflege vermeiden[61]. Programme wie der Pflegeurlaub ermöglichen Pflegenden und Gepflegten einen gemeinsamen Urlaub; sie sind daher auch für die familiäre Bindung und das persönliche Verhältnis zwischen diesen wichtig und erhalten dem Pflegebedürftigen die gewohnten persönlichen Kontakte anstelle der vorübergehenden Betreuung in der stationären Kurzzeitpflege.

61 Diepenbruck in BeckOK-SGB XI (Stand: 1. 12. 2015), § 39 Rn. 5; Behrend in Schlegel / Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2014, § 39 Rn. 15; Hußmann, FPR 2012, 44 45.

Prof. Dr. Kristina Koldinská, Prag

Recht auf Bildung – Segregation oder Inklusion von Kindern sozial ausgegrenzter Familien?

Prof. Dr. Kristina Koldinská

Der Aufsatz widmet sich der Frage der Diskriminierung von Roma-Kindern aus einer rechtlichen Perspektive. Die Rechtsprechung von EGMR und EuGH wird analysiert und es wird unterstrichen, dass die Ausgliederung von Roma-Kindern aus dem generellen Schulsystem großen Schaden für die gesamte Gesellschaft bedeutet. Die Tschechische Republik, als ein Land mit einem ganz hohen Anteil der Roma in der Gesellschaft, wird als ein Beispielland für eine detailierte Analyse der Gesetzgebung und Sozialpolitik genommen.

I. Einleitung

Bildung fördert die gesunde Entwicklung des Einzelnen, Bildung hilft dem Erwachsenen, einen Beruf und Arbeit zu finden, wodurch die Gefahr sozialer Pathologien, wie Kriminalität (und heute auch Terrorismus und bewaffnete Konflikte) verringert wird, Bildung ist eines der Instrumente, mit denen soziale Exklusion bekämpft werden kann[1]. Im Laufe des 20. Jahrhunderts wurde das Recht auf Zugang zur Bildung als ein Menschenrecht anerkannt, dessen Schutz durch zahlreiche völkerrechtliche Konventionen[2], das Unionsrecht[3] und diverse Monitoring-Organe und Gerichte garantiert und überwacht wird. Der Begriff „Recht auf Bildung" umfasst im Allgemeinen die Schulpflicht, die für alle Kinder, einschließlich der behinderten und chronisch kranken Kinder, gilt[4].

Das Recht auf Bildung war lange Zeit für Roma-Kinder nicht vollständig gesichert, wofür besonders die Länder Mitteleuropas stark kritisiert und vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gebracht wurden. Neun Jahre nach der berühmten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) in dem Verfahren *D.H. / Tschechische Republik*[5] (im Folgenden: Urteil D.H.) und im Zusammenhang mit dem Beginn des Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission gegen

1 Ähnlich Beiter, The Protection of the Right to Education by International Law (2006), S. 26–28.

2 Art. 13 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Art. 28 und 29 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, Art. 5 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.

3 Art. 2 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), Art. 14 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

4 Mikola, Social Human Rights of Europe (2010), S. 615.

5 EGMR, Urt. v. 13. 11. 2007, Nr. 57325/00 (D.H. u. a. / Tschechische Republik).