

# TE OGH 2002/3/19 10ObS422/01h

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.03.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bauer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Fellinger und Dr. Neumayr sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Thomas Keppert und Mag. Johannes Zahrl (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Kurt H\*\*\*\*\*\*, Pensionist, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gernot Kusatz, Rechtsanwalt in Wels, gegen die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 84-86, vor dem Obersten Gerichtshof nicht vertreten, wegen Feststellung von Versicherungszeiten, infolge Revision und Rekurses der klagenden Partei gegen das Teilurteil und den Beschluss des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 9. Oktober 2001, GZ 12 Rs 256/01f-70, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. April 2001, GZ 25 Cgs 195/93a-63, zum Teil bestätigt, abgeändert und aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

## Spruch

Der Revision und dem Rekurs wird nicht Folge gegeben. Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten. Die Kosten seiner Revision hat der Kläger selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Im zweiten Rechtsgang ist allein noch strittig das Begehr des Klägers auf Feststellung von 96 weiteren Versicherungsmonaten als Ersatzzeiten für Zeiten der Kindererziehung zum Stichtag 1. 7. 1993. Das Berufungsgericht wies dieses Begehr des Klägers mit Teilurteil im Umfang der Anerkennung von 24 Versicherungsmonaten ab und hob das Ersturteil im übrigen Umfang (betreffend weitere 72 Versicherungsmonate im Zeitraum Februar und März 1970 sowie von Dezember 1970 bis September 1976) auf und verwies die Sozialrechtssache insoweit zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

## Rechtliche Beurteilung

Die vom Kläger gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittel sind nicht berechtigt.

1. Zur Revision:

Die gerügte Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor § 510 Abs 3 ZPO). Vermag das Berufungsgericht den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes nicht zu folgen, dann hat es nach § 488 ZPO vorzugehen und sich durch Wiederholung und allenfalls auch Ergänzung der in erster Instanz aufgenommenen, seiner Ansicht nach unrichtig gewürdigten Beweise die Grundlage für eine eigene Entscheidung zu verschaffen (RIS-Justiz RS0042081). Nach den Ausführungen des Berufungsgerichtes in seiner Entscheidung bestanden Bedenken gegen die Richtigkeit der vom

Erstgericht getroffenen negativen Feststellung, wonach nicht festgestellt werden konnte, ob der Kläger oder seine damalige Gattin im maßgeblichen Zeitraum Karenzurlaubsgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz aus Anlass der Geburt der beiden ehelichen Kinder Kurt, geboren am 20. 1. 1970, und Helmut, geboren am 11. 9. 1972, bezogen hat. Nachdem in der mündlichen Berufungsverhandlung von den Parteien außer Streit gestellt worden war, dass der Kläger nie Karenzgeld bezogen hat, traf das Berufungsgericht nach Verlesung des von ihm beigeschafften Pensionsaktes der Mutter, Kunigunde H\*\*\*\*\*\*, abweichend vom Erstgericht die Feststellung, dass nach der Geburt des Kindes Kurt H\*\*\*\*\* nur dessen Mutter Kunigunde H\*\*\*\*\* Karenzgeld bezogen hat, und zwar vom 21. 3. bis 13. 11. 1970, während nach der Geburt des Kindes Helmut H\*\*\*\*\* im maßgeblichen Zeitraum von keinem Elternteil Karenzgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz bezogen wurde. Es ist dem Revisionswerber zwar einzuräumen, dass dem Protokoll über die Berufungsverhandlung vom 9. 10. 2001 ein Beschluss auf Beweiswiederholung, ein Beweisbeschluss oder ein Hinweis auf die vom Berufungsgericht für bedenklich erachtete Feststellung nicht zu entnehmen ist, eine Beweisdurchführung ohne Beweisbeschluss muss jedoch nach ständiger Rechtsprechung im Sinn des § 196 Abs 1 ZPO gerügt werden, wenn dieser Vorgang im Rechtsmittelverfahren als Mängelhaftigkeit geltend gemacht werden soll (MGA, ZPO15 ENr 3 zu § 196 mwN ua; RIS-Justiz RS0042996, RS0040331, RS0037194). Eine solche Rüge eines Verfahrensmangels im Sinn des § 196 ZPO liegt hier nicht vor. Wenn das Berufungsgericht erwägt, von den Feststellungen des Erstgerichtes abzuweichen, darf es nach § 488 Abs 4 ZPO nur dann von der neuerlichen Aufnahme eines in erster Instanz unmittelbar aufgenommenen Beweises Abstand nehmen und sich mit der Verlesung der Protokolle hierüber begnügen, wenn es vorher den Parteien bekannt gegeben hat, dass es gegen die Würdigung dieses Beweises durch das Erstgericht Bedenken habe und ihnen Gelegenheit gegeben hat, die neuerliche Aufnahme dieses Beweises durch das Berufungsgericht zu beantragen. Zweck dieser erst durch die WGN 1989 BGBI 343 eingeführten Bestimmung ist es, die Parteien davor zu schützen, dass für sie überraschend die Entscheidungsgrundlage verändert wird (vgl RZ 1991/20, 1993/91 uva). Ein Anwendungsfall des § 488 Abs 4 ZPO liegt hier jedoch nicht vor, weil das Berufungsgericht kein Protokoll über die Aufnahme eines in erster Instanz unmittelbar aufgenommenen Beweises verlesen hat. Die vom Revisionswerber gerügte Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt somit nicht vor. Die gerügte Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Vermag das Berufungsgericht den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes nicht zu folgen, dann hat es nach Paragraph 488, ZPO vorzugehen und sich durch Wiederholung und allenfalls auch Ergänzung der in erster Instanz aufgenommenen, seiner Ansicht nach unrichtig gewürdigten Beweise die Grundlage für eine eigene Entscheidung zu verschaffen (RIS-Justiz RS0042081). Nach den Ausführungen des Berufungsgerichtes in seiner Entscheidung bestanden Bedenken gegen die Richtigkeit der vom Erstgericht getroffenen negativen Feststellung, wonach nicht festgestellt werden konnte, ob der Kläger oder seine damalige Gattin im maßgeblichen Zeitraum Karenzurlaubsgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz aus Anlass der Geburt der beiden ehelichen Kinder Kurt, geboren am 20. 1. 1970, und Helmut, geboren am 11. 9. 1972, bezogen hat. Nachdem in der mündlichen Berufungsverhandlung von den Parteien außer Streit gestellt worden war, dass der Kläger nie Karenzgeld bezogen hat, traf das Berufungsgericht nach Verlesung des von ihm beigeschafften Pensionsaktes der Mutter, Kunigunde H\*\*\*\*\*\*, abweichend vom Erstgericht die Feststellung, dass nach der Geburt des Kindes Kurt H\*\*\*\*\* nur dessen Mutter Kunigunde H\*\*\*\*\* Karenzgeld bezogen hat, und zwar vom 21. 3. bis 13. 11. 1970, während nach der Geburt des Kindes Helmut H\*\*\*\*\* im maßgeblichen Zeitraum von keinem Elternteil Karenzgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz bezogen wurde. Es ist dem Revisionswerber zwar einzuräumen, dass dem Protokoll über die Berufungsverhandlung vom 9. 10. 2001 ein Beschluss auf Beweiswiederholung, ein Beweisbeschluss oder ein Hinweis auf die vom Berufungsgericht für bedenklich erachtete Feststellung nicht zu entnehmen ist, eine Beweisdurchführung ohne Beweisbeschluss muss jedoch nach ständiger Rechtsprechung im Sinn des Paragraph 196, Absatz eins, ZPO gerügt werden, wenn dieser Vorgang im Rechtsmittelverfahren als Mängelhaftigkeit geltend gemacht werden soll (MGA, ZPO15 ENr 3 zu Paragraph 196, mwN ua; RIS-Justiz RS0042996, RS0040331, RS0037194). Eine solche Rüge eines Verfahrensmangels im Sinn des Paragraph 196, ZPO liegt hier nicht vor. Wenn das Berufungsgericht erwägt, von den Feststellungen des Erstgerichtes abzuweichen, darf es nach Paragraph 488, Absatz 4, ZPO nur dann von der neuerlichen Aufnahme eines in erster Instanz unmittelbar aufgenommenen Beweises Abstand nehmen und sich mit der Verlesung der Protokolle hierüber begnügen, wenn es vorher den Parteien bekannt gegeben hat, dass es gegen die Würdigung dieses Beweises durch das Erstgericht Bedenken habe und ihnen Gelegenheit gegeben hat, die neuerliche Aufnahme dieses Beweises durch das Berufungsgericht zu beantragen. Zweck dieser erst durch die WGN 1989 BGBI 343 eingeführten Bestimmung ist es,

die Parteien davor zu schützen, dass für sie überraschend die Entscheidungsgrundlage verändert wird vergleiche RZ 1991/20, 1993/91 uva). Ein Anwendungsfall des Paragraph 488, Absatz 4, ZPO liegt hier jedoch nicht vor, weil das Berufungsgericht kein Protokoll über die Aufnahme eines in erster Instanz unmittelbar aufgenommenen Beweises verlesen hat. Die vom Revisionswerber gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt somit nicht vor.

Die dem vom Berufungsgericht gefällten Teilurteil zugrundeliegende rechtliche Beurteilung der Sache, wonach das Begehr des Klägers im Umfang von 24 Versicherungsmonaten jedenfalls nicht zu Recht besteht, ist zutreffend (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass im Hinblick auf die Bestimmung des § 116a Abs 3 GSVG für den am 20. 1. 1970 geborenen Sohn Kurt - bei maximaler Fristerstreckung bis zur Geburt des zweiten Sohnes des Klägers am 11. 9. 1972 - höchstens 32 Kalendermonate (von Februar 1970 bis September 1972) als Ersatzmonate für Zeiten der Kindererziehung festgestellt werden können, sodass das darüber hinausgehende Mehrbegehr des Klägers auf Feststellung von weiteren 16 Ersatzmonaten für die Erziehung seines Sohnes Kurt jedenfalls nicht berechtigt ist. Die Richtigkeit dieser Rechtsansicht des Berufungsgerichtes wird auch in den Revisionsausführungen nicht mehr in Zweifel gezogen. Die dem vom Berufungsgericht gefällten Teilurteil zugrundeliegende rechtliche Beurteilung der Sache, wonach das Begehr des Klägers im Umfang von 24 Versicherungsmonaten jedenfalls nicht zu Recht besteht, ist zutreffend (Paragraph 510, Absatz 3, zweiter Satz ZPO). Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 116 a, Absatz 3, GSVG für den am 20. 1. 1970 geborenen Sohn Kurt - bei maximaler Fristerstreckung bis zur Geburt des zweiten Sohnes des Klägers am 11. 9. 1972 - höchstens 32 Kalendermonate (von Februar 1970 bis September 1972) als Ersatzmonate für Zeiten der Kindererziehung festgestellt werden können, sodass das darüber hinausgehende Mehrbegehr des Klägers auf Feststellung von weiteren 16 Ersatzmonaten für die Erziehung seines Sohnes Kurt jedenfalls nicht berechtigt ist. Die Richtigkeit dieser Rechtsansicht des Berufungsgerichtes wird auch in den Revisionsausführungen nicht mehr in Zweifel gezogen.

Den Ausführungen des Revisionswerbers ist noch folgendes entgegenzuhalten:

Nach § 116a Abs 4 GSVG in der rückwirkend mit 1. 7. 1993 in Kraft getretenen (vgl§ 260 Abs 1 Z 2 GSVG) Fassung der 20. GSVG-Nov, BGBI 1994/21, besteht ein Anspruch auf Berücksichtigung von Ersatzzeiten für Kindererziehung für ein und dasselbe Kind in den jeweiligen Zeiträumen nur für die Person, die das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Für die Zuordnung zum jeweiligen Elternteil gelten die Absätze 5, 6 und 7. Nach Paragraph 116 a, Absatz 4, GSVG in der rückwirkend mit 1. 7. 1993 in Kraft getretenen vergleiche Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer 2, GSVG) Fassung der 20. GSVG-Nov, BGBI 1994/21, besteht ein Anspruch auf Berücksichtigung von Ersatzzeiten für Kindererziehung für ein und dasselbe Kind in den jeweiligen Zeiträumen nur für die Person, die das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Für die Zuordnung zum jeweiligen Elternteil gelten die Absätze 5, 6 und 7.

Für den Elternteil, der im maßgeblichen Zeitraum Karenzurlaubsgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz bezogen hat (Z 1), oder der im maßgeblichen Zeitraum nicht der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterlag, während der andere Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert war (Z 2), besteht gemäß Abs 5 der zuletzt zitierten Gesetzesstelle die Vermutung, dass er das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Hinsichtlich der in Z 2 genannten Personen kann der Elternteil, der im maßgeblichen Zeitraum der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterlegen ist, diese Vermutung widerlegen. Waren beide Elternteile in der Pensionsversicherung pflichtversichert oder lag bei keinem der Elternteile eine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung bzw ein Karenzurlaubsgeldbezug vor oder bezogen beide Elternteile Karenzurlaubsgeld (Karenzurlaubsgeld bei Teilzeitbeschäftigung), besteht gemäß Abs 6 der zitierten Gesetzesstelle die Vermutung, dass die weibliche Versicherte das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Der männliche Versicherte kann diese Vermutung widerlegen. Für den Elternteil, der im maßgeblichen Zeitraum Karenzurlaubsgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz bezogen hat (Ziffer eins,), oder der im maßgeblichen Zeitraum nicht der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterlag, während der andere Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert war (Ziffer 2,), besteht gemäß Absatz 5, der zuletzt zitierten Gesetzesstelle die Vermutung, dass er das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Hinsichtlich der in Ziffer 2, genannten Personen kann der Elternteil, der im maßgeblichen Zeitraum der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterlegen ist, diese Vermutung widerlegen. Waren beide Elternteile in der Pensionsversicherung pflichtversichert oder lag bei keinem der Elternteile eine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung bzw ein Karenzurlaubsgeldbezug

vor oder bezogen beide Elternteile Karenzurlaubsgeld (Karenzurlaubsgeld bei Teilzeitbeschäftigung), besteht gemäß Absatz 6, der zitierten Gesetzesstelle die Vermutung, dass die weibliche Versicherte das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Der männliche Versicherte kann diese Vermutung widerlegen.

Im Falle der Abs 5 und 6 ist die Widerlegung der Vermutung bis spätestens zu dem Zeitpunkt zulässig, zu dem der Pensionsantrag eines der beiden Elternteile bescheidmäßig erledigt ist (Abs 7). Kindererziehungsmonate werden somit in den jeweiligen Zeiträumen von dem Elternteil erworben, der das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Der Anspruch besteht daher jeweils nur für eine Person. Zur praktischen Durchführung enthält die Regelung (unwiderlegbare und) widerlegbare Zuordnungsvermutungen, die sich darauf gründen, dass in der Praxis die weibliche Versicherte in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die Erziehung des Kindes übernommen hat. Die Möglichkeit der Widerlegung dieser Vermutung scheint im Hinblick auf das sich wechselnde Rollenverhalten der Geschlechter und auf das verfassungsrechtlich gebotene Gleichheitsgebot notwendig (vgl EB zur RV 1379 BlgNR XVIII. GP, 20 zur gleichlautenden Bestimmung des § 227aI. Falle der Absatz 5 und 6 ist die Widerlegung der Vermutung bis spätestens zu dem Zeitpunkt zulässig, zu dem der Pensionsantrag eines der beiden Elternteile bescheidmäßig erledigt ist (Absatz 7.)). Kindererziehungsmonate werden somit in den jeweiligen Zeiträumen von dem Elternteil erworben, der das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Der Anspruch besteht daher jeweils nur für eine Person. Zur praktischen Durchführung enthält die Regelung (unwiderlegbare und) widerlegbare Zuordnungsvermutungen, die sich darauf gründen, dass in der Praxis die weibliche Versicherte in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die Erziehung des Kindes übernommen hat. Die Möglichkeit der Widerlegung dieser Vermutung scheint im Hinblick auf das sich wechselnde Rollenverhalten der Geschlechter und auf das verfassungsrechtlich gebotene Gleichheitsgebot notwendig vergleiche EB zur RV 1379 BlgNR römisch XVIII. GP, 20 zur gleichlautenden Bestimmung des Paragraph 227 a, ASVG).

Der Gesetzgeber knüpfte dabei in erster Linie an den Bezug von Karenzurlaubsgeld an. Bezug ein Elternteil Karenzurlaubsgeld, Sondernotstandshilfe oder eine Leistung nach dem Betriebshilfegesetz, gilt die unwiderlegbare Vermutung, dass dieser Elternteil im maßgeblichen Zeitraum das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat.

Liegt keine dieser Leistungen vor und war im maßgeblichen Zeitraum nur ein Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert, besteht die Vermutung, dass der andere Elternteil das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Der im maßgeblichen Zeitraum in der Pensionsversicherung pflichtversicherte Elternteil kann diese Vermutung widerlegen. Der Beweis für die Widerlegung der Vermutung wird allerdings nicht leicht zu erbringen sein, sondern nur dann, wenn gravierende Gründe dafür vorliegen, dass der in der Pensionsversicherung pflichtversicherte Elternteil das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat und nicht der in der Pensionsversicherung nicht pflichtversicherte Elternteil. Dies kann zB zutreffen bei Spitalspflege, schwerer Krankheit, Gefängnisaufenthalt, Auslandsaufenthalt oder Aufgabe der Hausgemeinschaft mit dem Kind.

Waren beide Elternteile oder war kein Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert, bzw bezog kein Elternteil oder bezogen wegen Teilzeitbeschäftigung beide Elternteile Karenzurlaubsgeld, besteht die Vermutung, dass die Mutter ihr Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat, sodass ihr die Kindererziehungsmonate zuzuordnen sind. Der Vater kann diese Vermutung widerlegen und - falls ihm die Widerlegung gelingt - die Kindererziehungsmonate für sich lukrieren. Wurde das Kind in den ersten vier Lebensjahren einige Zeit hindurch überwiegend vom Vater und einige Zeit hindurch überwiegend von der Mutter erzogen, ist die Kindererziehungszeit zwischen den Eltern aufzuteilen und jedem Elternteil die Zeit zuzuordnen, in der er sein Kind überwiegend erzogen hat (Marek, Berücksichtigung der Kindererziehungszeiten in der Pensionsversicherung, DRdA 1995, 227 ff [230 f]; Radner, BSVG3 Anm 12 ff zur gleichlautenden Bestimmung des § 107a BSVG ua). Diese Regelung mit den darin enthaltenen Zuordnungskriterien, die der Einfachheit und Klarheit der Vollziehung dienen sollen, erscheint im Sinne einer zulässigen Durchschnittsbetrachtung durchaus sachgerecht (vgl Rebhahn, Pensionsalter zwischen Gleichheitssatz und Emanzipation, DRdA 1991, 337 ff [343]). Waren beide Elternteile oder war kein Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert, bzw bezog kein Elternteil oder bezogen wegen Teilzeitbeschäftigung beide Elternteile Karenzurlaubsgeld, besteht die Vermutung, dass die Mutter ihr Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat, sodass ihr die Kindererziehungsmonate zuzuordnen sind. Der Vater kann diese Vermutung widerlegen und - falls ihm die Widerlegung gelingt - die Kindererziehungsmonate für sich lukrieren. Wurde das Kind in den ersten vier Lebensjahren einige Zeit hindurch überwiegend vom Vater und einige Zeit hindurch überwiegend von der Mutter erzogen, ist die Kindererziehungszeit zwischen den Eltern aufzuteilen und jedem Elternteil die Zeit zuzuordnen, in der er sein Kind

überwiegend erzogen hat (Marek, Berücksichtigung der Kindererziehungszeiten in der Pensionsversicherung, DRdA 1995, 227 ff [230 f]; Radner, BSVG3 Anmerkung 12 ff zur gleichlautenden Bestimmung des Paragraph 107 a, BSVG ua). Diese Regelung mit den darin enthaltenen Zuordnungskriterien, die der Einfachheit und Klarheit der Vollziehung dienen sollen, erscheint im Sinne einer zulässigen Durchschnittsbetrachtung durchaus sachgerecht vergleiche Rebhahn, Pensionsalter zwischen Gleichheitssatz und Emanzipation, DRdA 1991, 337 ff [343]).

Zutreffend ist daher das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass während des Karenzgeldbezuges der Mutter im festgestellten Zeitraum vom 21. 3. 1970 bis 13. 11. 1970 die vom Kläger nicht widerlegbare Vermutung gilt, dass die Mutter in diesem Zeitraum ihren Sohn Kurt tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 119 Z 2 GSVG idF 19. GSVG-Nov, BGBl 1993/336, wonach der erste volle Kalendermonat nach der Erfüllung der Voraussetzungen des § 116a als Versicherungsmonat gilt und der letzte Versicherungsmonat der Kalendermonat ist, in dem die Voraussetzungen gemäß § 116a wegfallen, ergibt sich daher, dass im Hinblick auf den festgestellten Karenzgeldbezug der Mutter für insgesamt 8 Kalendermonate (April bis einschließlich November 1970) die vom Kläger nicht zu widerlegende Vermutung der tatsächlichen und überwiegenden Kindererziehung durch die Mutter besteht, sodass auch für diesen Zeitraum das Begehren des Klägers jedenfalls nicht berechtigt ist. Zutreffend ist daher das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass während des Karenzgeldbezuges der Mutter im festgestellten Zeitraum vom 21. 3. 1970 bis 13. 11. 1970 die vom Kläger nicht widerlegbare Vermutung gilt, dass die Mutter in diesem Zeitraum ihren Sohn Kurt tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Unter Berücksichtigung der Bestimmung des Paragraph 119, Ziffer 2, GSVG in der Fassung 19. GSVG-Nov, BGBl 1993/336, wonach der erste volle Kalendermonat nach der Erfüllung der Voraussetzungen des Paragraph 116 a, als Versicherungsmonat gilt und der letzte Versicherungsmonat der Kalendermonat ist, in dem die Voraussetzungen gemäß Paragraph 116 a, wegfallen, ergibt sich daher, dass im Hinblick auf den festgestellten Karenzgeldbezug der Mutter für insgesamt 8 Kalendermonate (April bis einschließlich November 1970) die vom Kläger nicht zu widerlegende Vermutung der tatsächlichen und überwiegenden Kindererziehung durch die Mutter besteht, sodass auch für diesen Zeitraum das Begehren des Klägers jedenfalls nicht berechtigt ist.

Das Berufungsgericht hat daher zu Recht mit Teilurteil das Begehren des Klägers im Umfang der Anerkennung von insgesamt 24 Versicherungsmonaten abgewiesen, sodass der gegen diese Entscheidung erhobenen Revision ein Erfolg versagt bleiben musste. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG. Das Berufungsgericht hat daher zu Recht mit Teilurteil das Begehren des Klägers im Umfang der Anerkennung von insgesamt 24 Versicherungsmonaten abgewiesen, sodass der gegen diese Entscheidung erhobenen Revision ein Erfolg versagt bleiben musste. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, ASGG.

## 2. Zum Rekurs:

Ausgehend von der bereits dargelegten Rechtslage steht nach den erwähnten Zuordnungsregeln jedenfalls fest, dass der Kläger während der in Frage kommenden Zeiten der Kindererziehung in der Pensionsversicherung durchgehend pflichtversichert war. War während der maßgeblichen Zeit ein Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert, der andere Elternteil jedoch nicht, besteht die Vermutung, dass der nicht pflichtversicherte Elternteil das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat und es sind die Kindererziehungszeiten diesem Elternteil zuzuordnen. Waren hingegen beide Eltern pflichtversichert, dann wird die Zeit grundsätzlich der Frau zugerechnet. In diesen beiden erwähnten Fällen kann jedoch der Elternteil, dem die Zeit nicht zugerechnet wird, beweisen, dass er das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Diese Möglichkeit steht nach zutreffender Rechtsansicht des Berufungsgerichtes auch dem Kläger noch offen, da über die auch von der Mutter beanspruchten Zeiten der Kindererziehung noch nicht bescheidmäßig abgesprochen wurde. Die Bestimmung des § 116a Abs 7 GSVG, wonach im Falle der Abs 5 und 6 die Widerlegung der Vermutung nur bis spätestens zu dem Zeitpunkt zulässig ist, zu dem der Pensionsantrag einer der beiden Elternteile bescheidmäßig erledigt ist, ist nach Ansicht des erkennenden Senates wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs desjenigen - am Pensionsverfahren nicht beteiligten - Elternteiles, dessen Pensionsantrag nicht als erster erledigt wird, verfassungsrechtlich bedenklich (vgl dazu den Gesetzesprüfungsantrag vom 19. 3. 2002, 10 ObS 235/01h). Diese Bestimmung hat im vorliegenden Fall jedoch keine Anwendung zu finden, weil über die auch von der Mutter beanspruchten Zeiten der Kindererziehung noch nicht bescheidmäßig abgesprochen wurde. Soweit demgegenüber der Kläger meint, die Möglichkeit der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nach § 116a Abs 5 und Abs 6 GSVG wäre präkludiert, ist sein Vorbringen im Lichte seines

eigenen Prozessstandpunktes nicht recht verständlich, da die gesetzliche Vermutung nach den dargelegten Kriterien bisher dafür spricht, dass die Mutter die Kinder auch in dem noch strittigen Zeitraum tatsächlich und überwiegend erzogen hat und es daher am Kläger liegen wird, den (zulässigen) Gegenbeweis zu erbringen. Ausgehend von der bereits dargelegten Rechtslage steht nach den erwähnten Zuordnungsregeln jedenfalls fest, dass der Kläger während der in Frage kommenden Zeiten der Kindererziehung in der Pensionsversicherung durchgehend pflichtversichert war. War während der maßgeblichen Zeit ein Elternteil in der Pensionsversicherung pflichtversichert, der andere Elternteil jedoch nicht, besteht die Vermutung, dass der nicht pflichtversicherte Elternteil das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat und es sind die Kindererziehungszeiten diesem Elternteil zuzuordnen. Waren hingegen beide Eltern pflichtversichert, dann wird die Zeit grundsätzlich der Frau zugerechnet. In diesen beiden erwähnten Fällen kann jedoch der Elternteil, dem die Zeit nicht zugerechnet wird, beweisen, dass er das Kind tatsächlich und überwiegend erzogen hat. Diese Möglichkeit steht nach zutreffender Rechtsansicht des Berufungsgerichtes auch dem Kläger noch offen, da über die auch von der Mutter beanspruchten Zeiten der Kindererziehung noch nicht bescheidmäßig abgesprochen wurde. Die Bestimmung des Paragraph 116 a, Absatz 7, GSVG, wonach im Falle der Absatz 5 und 6 die Widerlegung der Vermutung nur bis spätestens zu dem Zeitpunkt zulässig ist, zu dem der Pensionsantrag einer der beiden Elternteile bescheidmäßig erledigt ist, ist nach Ansicht des erkennenden Senates wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs desjenigen - am Pensionsverfahren nicht beteiligten - Elternteiles, dessen Pensionsantrag nicht als erster erledigt wird, verfassungsrechtlich bedenklich vergleiche dazu den Gesetzesprüfungsantrag vom 19. 3. 2002, 10 ObS 235/01h). Diese Bestimmung hat im vorliegenden Fall jedoch keine Anwendung zu finden, weil über die auch von der Mutter beanspruchten Zeiten der Kindererziehung noch nicht bescheidmäßig abgesprochen wurde. Soweit demgegenüber der Kläger meint, die Möglichkeit der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nach Paragraph 116 a, Absatz 5 und Absatz 6, GSVG wäre präkludiert, ist sein Vorbringen im Lichte seines eigenen Prozessstandpunktes nicht recht verständlich, da die gesetzliche Vermutung nach den dargelegten Kriterien bisher dafür spricht, dass die Mutter die Kinder auch in dem noch strittigen Zeitraum tatsächlich und überwiegend erzogen hat und es daher am Kläger liegen wird, den (zulässigen) Gegenbeweis zu erbringen.

Wenn aber das Berufungsgericht ausgehend von einer dem Aufhebungsbeschluss zugrundeliegenden richtigen Rechtsansicht der Auffassung ist, dass der Sachverhalt in der von ihm dargestellten Richtung noch nicht genügend geklärt ist, kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht überprüfen, ob die aufgetragene Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (Kodek in Rechberger, ZPO2 Rz 5 zu § 519 mwN ua). Für eine nach den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs gebotene verfahrensrechtliche Beteiligung eines Elternteils im Verfahren über die Anrechnung von Kindererziehungszeiten auf den Pensionsanspruch des anderen Elternteils fehlt nach Ansicht des erkennenden Senates derzeit eine verfahrensrechtliche Grundlage. Dieser Umstand hat, wie bereits erwähnt, den erkennenden Senat veranlasst, beim Verfassungsgerichtshof die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 116a Abs 7 GSVG zu beantragen. Wenn aber das Berufungsgericht ausgehend von einer dem Aufhebungsbeschluss zugrundeliegenden richtigen Rechtsansicht der Auffassung ist, dass der Sachverhalt in der von ihm dargestellten Richtung noch nicht genügend geklärt ist, kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht überprüfen, ob die aufgetragene Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (Kodek in Rechberger, ZPO2 Rz 5 zu Paragraph 519, mwN ua). Für eine nach den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs gebotene verfahrensrechtliche Beteiligung eines Elternteils im Verfahren über die Anrechnung von Kindererziehungszeiten auf den Pensionsanspruch des anderen Elternteils fehlt nach Ansicht des erkennenden Senates derzeit eine verfahrensrechtliche Grundlage. Dieser Umstand hat, wie bereits erwähnt, den erkennenden Senat veranlasst, beim Verfassungsgerichtshof die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des Paragraph 116 a, Absatz 7, GSVG zu beantragen.

Damit erweist sich auch der Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss des Berufungsgerichtes als zutreffend. Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Damit erweist sich auch der Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss des Berufungsgerichtes als zutreffend. Der Kostenvorbehalt stützt sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

### **Anmerkung**

E65246 10ObS422.01h

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:010OBS00422.01H.0319.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20020319\_OGH0002\_010OBS00422\_01H0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)