

# TE OGH 2019/10/15 10ObS137/19y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.10.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Fichtenau und Dr. Grohmann sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Martin Lotz (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Werner Pletzenauer (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\*, Deutschland, vertreten durch Dr. H. Burmann, Dr. P. Wallnöfer, Dr. R. Bacher Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Tiroler Gebietskrankenkasse, 6020 Innsbruck, Klara-Pölt-Weg 2, vertreten durch Altenweisl Wallnöfer Watschinger Zimmermann Rechtsanwälte GmbH in Innsbruck, wegen Kinderbetreuungsgeld, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. April 2017, GZ 25 Rs 52/16g-20, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 10. November 2015, GZ 76 Cgs 25/15p-13, teilweise abgeändert wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Das Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof wird fortgesetzt.

II. Der außerordentlichen Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 1.995,70 EUR (darin enthalten 332,62 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger lebt mit seiner Frau und den beiden gemeinsamen Töchtern in Deutschland. Dort ist er seit 1992 als Angestellter beschäftigt. Seine Frau ist seit 1. 7. 1996 in Tirol beschäftigt. Nach der Geburt ihrer ersten Tochter am 14. 6. 2011 war sie bis 31. 1. 2013 in Karenz. Nach Geburt ihrer zweiten Tochter am 29. 8. 2013 vereinbarte sie mit ihrem österreichischen Dienstgeber eine weitere Karenz bis 28. 5. 2015. Ab Ende des Mutterschutzes bezog sie deutsches Elterngeld sowie deutsches Betreuungsgeld. Die beklagte Tiroler Gebietskrankenkasse wurde rechtskräftig zur Zahlung einer (weiteren) Ausgleichszahlung auf das österreichische einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld für die zweite Tochter verpflichtet (10 ObS 74/17f).

Der Kläger nahm vom 25. 2. 2013 bis 28. 2. 2013 unbezahlten Urlaub (regulär bis 1. 3. 2013) in Anspruch. In den Monaten Mai, Juni und Juli 2013 erzielte er ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 3.504,55 EUR. Zur Betreuung der zweiten Tochter war er von 29. 6. 2014 bis 28. 8. 2014 in Elternzeit (Karenz) und erhielt in Deutschland Elterngeld von 3.600 EUR.

Der Kläger begehrt in seiner Säumnisklage eine Ausgleichszahlung zum österreichischen einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld in Höhe von 66 EUR täglich für den Zeitraum seiner Elternzeit von 29. 6. 2014 bis 28. 8. 2014.

Die Beklagte bestreitet ihre Verpflichtung zu einer Ausgleichszahlung. Der Kläger erfülle die nationalen Voraussetzungen für einen Anspruch nicht, weil er in dem Zeitraum von sechs Monaten vor der Geburt der zweiten Tochter nicht durchgehend eine sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit oder eine gleichgestellte Tätigkeit ausgeübt habe. Im Bezugszeitraum vom 29. 8. 2014 bis 28. 10. 2014 sei die Mindestbezugsdauer von zwei Monaten nach § 5 Abs 4 KBGG aF nicht erfüllt. Die Frau des Klägers habe ihre Bezugsdauer ausgeschöpft und keinen Anspruch auf Kinderbetreuungsleistungen mehr. Die Verordnung (EG) Nr 883/2004 koordine nur, wenn mehrere Ansprüche in verschiedenen Staaten bestünden. Es fehle das grenzüberschreitende Element im Sinne dieser Verordnung.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es verneinte einen Anknüpfungspunkt zur Verordnung 883/2004 und verwies auf den Wohnort, den Lebensmittelpunkt und die Beschäftigung des Vaters in Deutschland.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers teilweise Folge und verpflichtete die Beklagte zu einer Ausgleichszahlung zum einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld von 29,86 EUR täglich für den Zeitraum 29. 6. 2014 bis 28. 8. 2014. Das Mehrbegehren wies es unbekämpft ab. Es nahm aufgrund der Beschäftigung der Mutter in Österreich einen grenzüberschreitenden Sachverhalt als Voraussetzung für die Anwendung der VO 883/2004 an. Österreich sei als nach den Prioritätsregeln der VO 883/2004 nachrangig zuständiger Staat zur Leistung einer Ausgleichszahlung auf das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld an den Kläger verpflichtet. Nach der in Art 60 Abs 1 der Durchführungsverordnung 987/2009 ausdrücklich verankerten Familienbetrachtungsweise sei irrelevant, welcher Elternteil in welchem Staat die Familienleistungen beanspruche. Für die Ermittlung des Höchstbetrags an einkommensabhängigem Kinderbetreuungsgeld (66 EUR täglich) sei auf das in Deutschland erzielte durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Klägers abzustellen. Der unbezahlte Urlaub des Vaters vom 25. 2. 2013 bis 28. 2. 2013 sei keine anspruchsschädliche, sondern eine geringfügige Unterbrechung der Erwerbstätigkeit. Damit erfülle der Vater das Erfordernis einer durchgehenden Erwerbstätigkeit in den letzten sechs Monaten vor Geburt der zweiten Tochter. Der Bezugszeitraum vom 29. 6. 2014 bis einschließlich 28. 8. 2014 unterschreite die in § 5 Abs 4 KBGG aF normierte Mindestblockzeit von zwei Monaten nicht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision der Beklagten, die der Kläger nach Freistellung durch den Obersten Gerichtshof beantwortete, ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1.1 Mit Beschluss vom 20. 12. 2017, AZ 10 ObS 74/17f, hat der Oberste Gerichtshof aus Anlass der außerordentlichen Revision dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1. Ist Art 60 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit (Verordnung Nr 883/2004) dahin auszulegen, dass ein nachrangig zuständiger Mitgliedstaat (Österreich) einem Elternteil mit Wohnsitz und Beschäftigung in einem nach Art 68 Absatz 1 lit b sub lit i der VO Nr 883/2004 vorrangig zuständigen Mitgliedsstaat (Deutschland) den Unterschiedsbetrag zwischen dem im vorrangig zuständigen Mitgliedstaat geleisteten Elterngeld und dem einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld des anderen Mitgliedsstaats als Familienleistung zu zahlen hat, wenn beide Eltern mit den gemeinsamen Kindern im vorrangig zuständigen Mitgliedstaat wohnen und nur der andere Elternteil im nachrangig zuständigen Mitgliedstaat als Grenzgänger beschäftigt ist?

Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird:

2. Bemisst sich das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld nach dem im Beschäftigungsstaat (Deutschland) tatsächlich erzielten Einkommen oder nach dem im nachrangig zuständigen Mitgliedstaat (Österreich) aus einer vergleichbaren Erwerbstätigkeit hypothetisch zu erzielenden Einkommen?“

Das Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof wurde bis zum Einlangen der Vorabentscheidung ausgesetzt.

1.2 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Urteil vom 18. 9. 2019, C-32/18, Moser, wie folgt zu Recht erkannt:

„1. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass die in dieser Vorschrift für die Bestimmung des Umfangs des Anspruchs einer Person auf Familienleistungen vorgesehene Verpflichtung zur Berücksichtigung 'der gesamten Familie in einer Weise ..., als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen', sowohl für den Fall gilt, dass die Leistungen nach demgemäß Art. 68 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit als vorrangig bestimmten Rechtsvorschriften gewährt werden, als auch für jenen Fall, dass die Leistungen nach einer oder mehreren anderen Rechtsvorschriften geschuldet werden.

2. Art. 68 der Verordnung Nr. 883/2004 ist dahin auszulegen, dass die Höhe des Unterschiedsbetrags, der einem Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften eines gemäß dieser Bestimmung nachrangig zuständigen Mitgliedstaats zusteht, nach dem von diesem Arbeitnehmer in seinem Beschäftigungsstaat tatsächlich erzielten Einkommen zu bemessen ist.“

1.3 Damit ist im fortzusetzenden Revisionsverfahren klargestellt, dass 1. Österreich als nachrangig zuständiger Mitgliedstaat dem Vater mit Wohnsitz und Beschäftigung in dem nach Art 68 Abs 1 lit b sublit i der VO 883/2004 vorrangig zuständigen Mitgliedstaat Deutschland den Unterschiedsbetrag zwischen dem in Deutschland geleisteten Elterngeld und dem österreichischen einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld zu zahlen hat (unter der Voraussetzung, dass der Vater die im Anschluss behandelten nationalen Voraussetzungen für den Bezug erfüllt) und 2. für die Ermittlung des Unterschiedsbetrags das tatsächlich im Beschäftigungsstaat erzielte und nicht das fiktiv in Österreich erzielbare Einkommen des anspruchsberechtigten Vaters maßgeblich ist.

2.1 § 5 Abs 4 KBGG in der hier anzuwendenden Fassung vor dem Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbGBGBl I 2016/53) bestimmte (iVm § 24d Abs 1 KBGG für das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld), dass das Kinderbetreuungsgeld grundsätzlich jeweils nur in Blöcken von mindestens zwei Monaten beansprucht werden konnte.

2.2 Nach Meinung der Beklagten erfüllt der Kläger im Bezugszeitraum vom 29. 6. 2014 bis 28. 8. 2014 diese Mindestbezugsdauer nicht.

2.3 Der Oberste Gerichtshof hat die von der Beklagten gewünschte Berechnung dieser Frist nach § 902 Abs 2 ABGB bereits abgelehnt (10 ObS 148/14h, SSV-NF 29/59 mwN; 10 ObS 74/17f). Nach § 3 Abs 5 KBGG idF FamZeitbG kann Kinderbetreuungsgeld nur in einzelnen Bezugsteilen von mindestens 61 Tagen bezogen werden. Diese Bestimmung ist auf Geburten nach dem 28. 2. 2017 abzuwenden (§ 50 Abs 14 KBGG idFBGBl I 2016/53). Die Kinder der Klägerin wurden 2011 und 2013 geboren. Die im Schrifttum vertretene Meinung, der Gesetzgeber habe in § 3 Abs 5 KBGG nF rückwirkend auch für die alte – hier anzuwendende – Rechtslage klargestellt, dass er unter zwei Monaten auch tatsächlich zwei Monate im Sinn der Berechnung des § 902 Abs 2 ABGB verstehe, teilte der Oberste Gerichtshof nicht (10 ObS 74/17f mwN).

3.1 Der Vater erfüllt nach Auffassung der Beklagten das Erfordernis einer durchgehenden Erwerbstätigkeit in den letzten sechs Monaten vor der Geburt des Kindes (§ 24 Abs 2 KBGG) deshalb nicht, weil er vom 25. 2. bis 28. 2. 2013 unbezahlten Urlaub in Anspruch nahm. Eine unschädliche „Unterbrechung“ liege nicht vor, weil nur etwas unterbrochen werden könne, was bereits begonnen habe (10 ObS 5/14d).

3.2 § 24 Abs 2 KBGG idFBGBl I 2011/139 definierte den Begriff der Erwerbstätigkeit als tatsächliche Ausübung einer in Österreich sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit. Die Einschränkung auf Österreich ist unionsrechtswidrig (10 ObS 148/14h, RIS-Justiz RS0130428) und damit unbeachtlich.

3.3 Nach den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 340 BlgNr 24. GP 16) zur KBGG-NovelleBGBl I 2011/116, mit der das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld eingeführt wurde, sollte jenen Eltern, die vor der Geburt über ein relativ hohes Erwerbseinkommen verfügt haben, die Möglichkeit gegeben werden, trotz kurzzeitigen Rückzugs aus dem Erwerbsleben den bisherigen Lebensstandard aufrecht zu erhalten. Das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld steht daher nur vor der Geburt tatsächlich erwerbstätigen Eltern offen. Die Erwerbstätigkeit muss durchgehend in den letzten sechs Monaten vor Geburt tatsächlich ausgeübt werden. Geringfügige Unterbrechungen (das sind solche bis zu 14 Tagen) sind zulässig. Keine Unterbrechung der tatsächlichen Ausübung der Erwerbstätigkeit stellen Zeiten des Erholungsurlaubs oder der Krankheit dar, unter der Voraussetzung, dass die Sozialversicherungspflicht aus der

Erwerbstätigkeit aufrecht bleibt, wie es etwa bei arbeitsrechtlicher Entgeltfortzahlung der Fall ist (10 ObS 180/13p; RS0129310 [T1]).

3.4 Der Oberste Gerichtshof hat zudem mehrfach ausgesprochen, dass das Nichtbestehen einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit am Ende des sechsmonatigen Beobachtungszeitraums eine anspruchsschädliche Unterbrechung darstellt und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Anspruchsvoraussetzung im Sinn des § 24 Abs 2 KBGG in diesen Zeiträumen erfüllt ist (10 ObS 92/15z, RS0129363 [T2]; 10 ObS 110/15x; 10 ObS 155/15i). Die Meinung der jeweiligen Krankenversicherungsträger, eine unschädliche Unterbrechung könne nicht vorliegen, wenn die tatsächliche Ausübung der sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit im Sechsmonatszeitraum beendet oder nicht wiederaufgenommen wurde, lehnte er ausdrücklich ab. Bei dieser Betrachtungsweise müsste nämlich einem Elternteil das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld auch dann versagt werden, wenn eine Unterbrechung erstmals am letzten Tag des Sechsmonatszeitraums der durchgehenden Erwerbstätigkeit eintritt. Dieses Auslegungsergebnis würde nicht nur der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, Härtefälle zu vermeiden, sondern auch zu einer sachlich ungerechtfertigten Benachteiligung jener Anspruchsberechtigten führen, die nicht während, sondern am Ende des sechsmonatigen Beobachtungszeitraums ihre sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit – etwa in Folge einer Erkrankung ohne Entgeltfortzahlungsanspruch – im Rahmen des § 24 KBGG unterbrechen müssen. Damit relativierte der Oberste Gerichtshof in jüngeren Entscheidungen die Aussage in 10 ObS 5/14d, dass nur etwas unterbrochen werden könne, was bereits begonnen habe.

3.5 Der erkennende Senat hält eine Differenzierung danach, ob ein kurzfristiger, 14 Tage nicht übersteigender Zeitraum, in dem keine sozialversicherungsrechtliche Erwerbstätigkeit oder eine dieser gleichgestellte Tätigkeit ausgeübt wird, am Beginn, während oder am Ende des sechsmonatigen Beobachtungszeitraums liegt, für nicht sachgerecht. Auch in den Fällen, in denen die Erwerbstätigkeit kurz vor Ende des Beobachtungszeitraums eingestellt und danach nicht wieder aufgenommen wird oder werden kann, würde keine Unterbrechung im Sinn einer (in 10 ObS 5/14d vertretenen) restriktiven Interpretation nach dem Wortlaut vorliegen, weil der Begriff Unterbrechung die Fortsetzung einer Frist nach Wegfall des Unterbrechungstatbestands voraussetzt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte die mindestens sechsmonatige durchgehende andauernde Erwerbstätigkeit einen Missbrauch durch Aufnahme von (kurzfristiger) Scheinerwerbstätigkeit in Österreich verhindern (10 ObS 5/14d). Diese Gefahr des Missbrauchs besteht nicht, wenn Personen vor Beginn des Beobachtungszeitraums ihre Erwerbstätigkeit bereits (in manchen Fällen wie der Kläger seit Jahren) tatsächlich ausgeübt haben und sie vor dem ersten Tag der Sechsmonatsfrist einstellen (mussten).

4. Das Nettoeinkommen des Vaters betrug nach den Feststellungen der Vorinstanzen durchschnittlich 3.504,55 EUR monatlich. Bei dieser Einkommenshöhe steht nach § 24a Abs 1 Z 3 iVm Abs 2 KBGG das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld im Ausmaß des Maximalbetrags von 66 EUR täglich zu. Danach bemisst sich die Differenz zum deutschen Elterngeld.

5. Der Revision ist aus diesen Erwägungen der Erfolg zu versagen.

6. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten des Vorabentscheidungsverfahrens gründet sich auf § 77 Abs 1 Z 2 lit a iVm § 77 Abs 2 ASGG. Bemessungsgrundlage ist nach § 77 Abs 2 ASGG ein Betrag von 3.600 EUR. Die Voraussetzung für einen Streitgenossenzuschlag iSd § 15 RATG liegt nicht vor. Das von der Ehefrau des Klägers eingeleitete Verfahren wurde rechtskräftig beendet, das Vorabentscheidungsverfahren betraf nur den Kläger. Der verzeichnete Zuschlag ist nicht zuzusprechen. Die Vorlage des Kostenverzeichnisses und der Antrag auf Bestimmung der Kosten sind nach TP 1 zu honorieren.

#### **Textnummer**

E126735

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:010OBS00137.19Y.1015.000

#### **Im RIS seit**

04.12.2019

#### **Zuletzt aktualisiert am**

21.05.2021

**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)