

TE OGH 2020/11/24 100bS129/20y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.11.2020

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 Dr. Martin Gleitsmann (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Werner Pletzenauer (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei A*****, gegen die beklagte Partei Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau, 1080 Wien, Josefstädter Straße 80, vertreten durch Dr. Hans Houska, Rechtsanwalt in Wien, wegen Rückforderung von Kinderbetreuungsgeld (Streitwert 2.710,23 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 8. Juli 2020, GZ 12 Rs 45/20d-8, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 19. November 2019, GZ 18 Cgs 150/19w-5, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Polizeibeamter. Sein Dienstgeber gewährte ihm über einen Rahmenzeitraum von 1. 4. 2016 bis 31. 3. 2018 ein Sabbatical. Die Zeit von 1. 4. bis 1. 10. 2017 wurde als Freistellungsphase konsumiert. Der Kläger war im gesamten Rahmenzeitraum bei der beklagten Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau sozialversichert. Er erhielt in diesem Zeitraum ein Grundentgelt im Ausmaß von 75 % (Durchschnittsbezug), womit er den Zeitraum von 1. 4. bis 1. 10. 2017 „eingearbeitet“ hat.

Nach Geburt der gemeinsamen Tochter im März 2018 beantragte die Lebensgefährtin des Klägers die einkommensabhängige Variante des Kinderbetreuungsgeldes „12+2“. Der Kläger erhielt für den Zeitraum von 11. 3. bis 10. 5. 2019 ein tägliches Kinderbetreuungsgeld von 44,43 EUR, insgesamt 2.710,23 EUR. Die Tatsache des Sabbatical war der Beklagten bereits vor der Antragstellung bekannt.

Mit Bescheid vom 1. 8. 2019 widerrief die Beklagte die Zuerkennung des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes und verpflichtete den Kläger zur Rückzahlung von 2.710,23 EUR, weil er in den letzten 182 Tagen vor der Geburt nicht durchgehend eine Erwerbstätigkeit ausgeübt habe.

Der Kläger begehrt in seiner Klage die Feststellung, dass der Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des Kinderbetreuungsgeldes nicht zu Recht bestehe. Ein Sabbatical sei nicht als Unterbrechung des Dienstverhältnisses zu werten.

Die Beklagte hielt an ihrem im Bescheid vertretenen Rechtsstandpunkt fest.

Das Erstgericht gab der Klage statt. Es qualifizierte das Sabbatical als Erwerbstätigkeit iSd § 24 Abs 1 Z 2 und Abs 2 KBGG.

Das Berufungsgericht teilte diese Rechtsansicht. Die tatsächliche Ausübung einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit erfordere ein aufrechtes Dienstverhältnis und eine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pensionsversicherung, nicht aber die Erbringung einer körperlichen oder geistigen Arbeitsleistung innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit am vereinbarten Ort. Der Kläger habe bei seinem Sabbatical eineinhalb Jahre auf 25 % seines Entgelts trotz voller Arbeitsleistung verzichtet und sich damit ein Zeitguthaben für die Freistellung in der Dauer von einem halben Jahr erarbeitet. Dies sei so zu sehen wie die Konsumation von Zeitausgleich.

Die Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, ob die Konsumation der Freistellungsphase bei einem Sabbatical als tatsächliche Ausübung einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit zu qualifizieren sei.

Rechtliche Beurteilung

Die – nicht beantwortete – Revision der Beklagten ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1.1 Das Kinderbetreuungsgeld als Ersatz des Erwerbseinkommens (einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld) wurde mit der Novelle zum KBGG BGBl I 2009/116 geschaffen. § 24 KBGG lautet in der Fassung dieser Novelle auszugsweise wie folgt:

„§ 24 (1) Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld nach diesem Abschnitt hat ein Elternteil (Adoptivelternteil, Pflegeelternteil) für sein Kind (Adoptivkind, Pflegekind), sofern

1. ...

2. dieser Elternteil in den letzten sechs Kalendermonaten unmittelbar vor der Geburt des Kindes, für das Kinderbetreuungsgeld bezogen werden soll, durchgehend erwerbstätig gemäß Abs. 2 war, wobei sich Unterbrechungen von insgesamt nicht mehr als 14 Kalendertagen nicht anspruchsschädigend auswirken und

3. ...

(2) Unter Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes versteht man die tatsächliche Ausübung einer in Österreich sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit. Als der Ausübung einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt gelten Zeiten der vorübergehenden Unterbrechung dieser Erwerbstätigkeit während eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz 1979 (MSchG), BGBl. Nr. 221, oder gleichartigen anderen österreichischen Rechtsvorschriften sowie Zeiten der vorübergehenden Unterbrechung dieser Erwerbstätigkeit zum Zwecke der Kindererziehung während Inanspruchnahme einer Karenz nach dem MSchG oder Väter-Karenz-Gesetz (VKG), BGBl. Nr. 651/1989, oder gleichartigen anderen österreichischen Rechtsvorschriften, bis maximal zum Ablauf des zweiten Lebensjahres eines Kindes.“

1.2 Zum Erwerbstätigkeitserfordernis führten die Gesetzesmaterialien aus (ErläutRV 340 BlgNR 24. GP 16):

„Zusätzlich steht das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld nur vor der Geburt tatsächlich erwerbstätigen Eltern offen. Dabei muss es sich um eine in Österreich sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit handeln. Die Erwerbstätigkeit muss durchgehend in den letzten sechs Monaten vor Geburt tatsächlich ausgeübt werden. Sehr geringfügige Unterbrechungen (das sind solche von bis zu 14 Tagen) sind zulässig, um Härtefälle zu vermeiden. Keine Unterbrechung der tatsächlichen Ausübung der Erwerbstätigkeit stellen Zeiten des Erholungsurlaubes oder der Krankheit dar (unter der Voraussetzung, dass die Sozialversicherungspflicht aus der Erwerbstätigkeit aufrecht bleibt, wie es etwa bei arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung der Fall ist)“.

1.3 Mit der Novelle des KBGG BGBl I 2011/139 wurde in § 24 Abs 2 Satz 2 KBGG der Ausdruck „dieser Erwerbstätigkeit“ jeweils durch die Wortfolge „dieser zuvor mindestens sechs Monate andauernden Erwerbstätigkeit“ ersetzt. Nach den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1522 BlgNR 24. GP 4) sollte durch diese Ergänzung eine Missbrauchsbekämpfung durch Verhinderung von (kurzfristiger) Scheinerwerbstätigkeit in Österreich erfolgen (10 ObS 117/14z, SSV-NF 29/13).

1.4 Mit dem FamZeitbG BGBl I 2016/53 wurde der Zeitraum von sechs Monaten in § 24 Abs 1 Z 2 und Abs 2 KBGG in einen Zeitraum von 182 Tagen geändert. In § 24 Abs 2 Satz 1 KBGG wurde nach dem Wort 'sozialversicherungspflichtigen' der in Klammern gesetzte Ausdruck „kranken- und pensionsversicherungspflichtigen“

eingefügt. In den Gesetzesmaterialien findet sich (auszugsweise) folgender Passus zu diesen Bestimmungen (ErläutRV 1110 BlgNR 25. GP 10):

„Es wird eine Legaldefinition für den Begriff „Sozialversicherungspflicht“ im Sinne dieses Gesetzes festgelegt. Das Erwerbstätigkeitserfordernis ist somit unter anderem nur dann erfüllt, wenn eine gesetzliche Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung vorlag. Es reicht daher eine geringfügige Beschäftigung mit Unfallversicherungspflicht nicht aus, ... In diesem Zeitraum von 182 Tagen muss tatsächlich (also eine faktisch an den Tag gelegte) Arbeit bzw Erwerbstätigkeit ausgeübt worden sein oder eine dieser Tätigkeit gleichgestellte Zeit vorliegen.“

2.1 Bei der Auslegung des Begriffs „tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ stellen Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0128183) und Lehre (Sonntag in Sonntag/Schober/Konezny, KBGG3 § 24 Rz 10 ff; Burger-Ehrnhofer, Kinderbetreuungsgeldgesetz und Familienzeitbonusgesetz3 § 24 KBGG Rz 3 ff; Holzmann-Windhofer in Holzmann-Windhofer/Weissenböck KBGG2 142, 282 ff) darauf ab, ob eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, die der Pflichtversicherung (auch) in der Kranken- und Pensionsversicherung unterliegt.

2.2 Diese Voraussetzung ist während der Ableistung des Präsenzdienstes nicht erfüllt (10 ObS 57/12y, SSV-NF 26/59; 10 ObS 38/19i (SSV-NF 33/43 zu § 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG). In den Fällen einer Urlaubersatzleistung (10 ObS 164/17s, SSV-NF 32/27) oder des Bezugs einer Kündigungsentschädigung (10 ObS 32/19g SSV-NF 33/25) wurde die Ausübung einer „tatsächlichen“ Erwerbstätigkeit verneint, weil das – zunächst vorliegende – Dienstverhältnis bereits beendet war. Während des Bezugs von Krankengeld nach Erschöpfung der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungspflicht liegt auch während eines aufrechten Dienstverhältnisses keine „tatsächliche“ Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Sinn des § 24 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Satz 1 KBGG mehr vor (10 ObS 5/14d SSV-NF 28/8; RS0129362 [T1]). Dasselbe gilt in einem Fall, in dem die Pflichtversicherung infolge Konsumierung eines unbezahlten Urlaubs wegfällt (10 ObS 25/18a SSV-NF 32/25).

3.1 Die Beklagte versteht den Begriff der „tatsächlichen“ Ausübung einer sozialversicherungs-pflichtigen Erwerbstätigkeit im Sinn einer Erbringung der Arbeitsleistung am vereinbarten Arbeitsort und zur vereinbarten Arbeitszeit.

3.2 Der Oberste Gerichtshof hat diese Auslegung erst jüngst in der Entscheidung10 ObS 99/20m zu der – mit§ 24 Abs 1 Z 2 KBGG inhaltsgleichen – Anspruchsvoraussetzung des § 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG eindeutig abgelehnt: „Dass der Begriff tatsächlich in § 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG nicht eine konkrete Ausübung einer Arbeitsleistung innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit und am vereinbarten Arbeitsort meint, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass Zeiten des Erholungsurlaubs und der Krankheit – unter der Voraussetzung, dass die Kranken- und Pensionsversicherungspflicht aus der Erwerbstätigkeit aufrecht bleibt – nach dem Willen des Gesetzgebers keine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit im Beobachtungszeitraum darstellen. Die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht wird in der Änderung des § 24 Abs 2 Satz 2 KBGG durch das BGBl I 2011/139 deutlich: Mit der Betonung, dass eine Erwerbstätigkeit im Beobachtungszeitraum tatsächlich ausgeübt werden soll, wollte der Gesetzgeber vor allem zum Ausdruck bringen, Missbrauch durch die Ausübung einer bloßen Scheinerwerbstätigkeit in Österreich zu verhindern. Genau diese Absicht des Gesetzgebers drückt sich auch in den von der Revisionswerberin für ihren Standpunkt in Anspruch genommenen Formulierungen aus, dass die Erwerbstätigkeit tatsächlich (also Tag für Tag) und durchgehend ausgeübt und faktisch an den Tag gelegt werden muss. Eine darüber hinausgehende Bedeutung in dem von der Revisionswerberin gemeinten Sinn, dass nur eine physische Arbeitstätigkeit im Rahmen des Arbeitsvertrags den Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG erfüllen könnte, kommt dem Begriff tatsächlich in dieser Bestimmung aus den dargelegten Gründen nicht zu ...“ (zum Fall eines 14 Tage übersteigenden Sonderurlaubs, während dessen das Dienstverhältnis einschließlich Sozialversicherung aufrecht blieb und Gehalt bezogen wurde).

4.1 Die in 10 ObS 99/20m dargelegten Kriterien zur „tatsächlichen Ausübung der Erwerbstätigkeit“ gelten auch für den hier zu beurteilenden Fall eines „Sabbatical“, das der Kläger als Polizeibeamter in Anspruch nahm:

4.2 Nach § 78e Abs 1 BDG 1979 kann ein Beamter auf Antrag für einen Zeitraum von mindestens sechs und höchstens zwölf Monaten gegen anteilige Bezugskürzung innerhalb einer Rahmenzeit von zwei bis fünf vollen Jahren vom Dienst freigestellt werden („Sabbatical“). Nach § 78e Abs 3 letzter Satz BDG 1979 darf der Beamte während der Freistellung nicht zur Dienstleistung herangezogen werden. Während der übrigen Rahmenzeit (Dienstleistungszeit) hat er entsprechend demjenigen Beschäftigungsausmaß, das für ihn ohne Sabbatical gelten würde, Dienst zu leisten (§ 78e

Abs 4 BDG 1979). Für die Dauer der Rahmenzeit nach § 78e BDG 1979 gebührt dem Beamten der Monatsbezug in dem Ausmaß, das 1. seiner besoldungsrechtlichen Stellung und 2. dem Anteil der Dienstleistungszeit an der gesamten Rahmenzeit entspricht (§ 12g Abs 1 Gehaltsgesetz 1956).

4.3 Der Rahmenzeitraum dauerte hier von 1. 4. 2016 bis 31. 3. 2018. Von 1. 4. bis 1. 10. 2017 war der Kläger ohne Dienstverpflichtung freigestellt. Im gesamten Rahmenzeitraum erhielt er ein Grundgehalt von 75 %. Im 182-tägigen Beobachtungszeitraum vor Geburt des Kindes (10. 9. 2017 bis 10. 3. 2018) war er 21 Tage lang freigestellt. Dienstverhältnis, Pflichtversicherung und – auf den gesamten Rahmenzeitraum umgerechneter – Gehaltsanspruch blieben aufrecht.

4.4 Damit sind jene Kriterien erfüllt, die der Oberste Gerichtshof als entscheidend für die tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit ansieht. Der Kläger war zwar in der Freistellungsphase nach § 78e Abs 3 letzter Satz BDG 1979 zwingend von der Verpflichtung zur Dienstleistung befreit, er hatte aber in dieser Zeit den Anspruch auf denselben Grundgehalt wie im gesamten Rahmenzeitraum. Auch im Krankheits- oder Unglücksfall erbringt ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht wie zuvor „Tag für Tag.“ Ungeachtet dessen hat er nach § 2 Abs 1 Satz 1 EFZG Anspruch auf das volle Entgelt im Ausmaß von – abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses – mindestens sechs bis maximal zwölf Wochen. Durch jeweils weitere vier Wochen besteht ein Anspruch auf das halbe Entgelt (§ 2 Abs 1 Satz 2 EFZG). Die Phase der Entgeltfortzahlung ist unabhängig von ihrer Dauer unbestritten als Ausübung einer tatsächlichen Erwerbstätigkeit anzusehen. Dasselbe gilt für die Dauer des Erholungsurlaubs.

4.5 Mit der Forderung, dass eine Erwerbstätigkeit im Beobachtungszeitraum „tatsächlich“ ausgeübt werden soll, wollte der Gesetzgeber Missbrauch durch die Ausübung einer bloßen Scheinerwerbstätigkeit verhindern (ErläutRV 1522 BlgNR 24. GP 4). Diesen Intentionen widerspricht es nicht, wenn ein Beamter während einer sechs bis höchstens zwölf Monate dauernden Phase der Dienstfreistellung faktisch keine Dienstleistung erbringen darf und dafür während des gesamten Rahmenzeitraums von zwei bis maximal fünf Jahren auf einen Teil seines Grundgehalts verzichtet.

4.6 Eine gleichheitswidrige Privilegierung von Beamten durch die Gewährung eines Sabbatical liegt nicht vor: Abgesehen davon, dass es nicht auf eine „physische“ Ausübung der Erwerbstätigkeit ankommt, begründet § 78e BDG 1979 keinen unbedingten Anspruch eines Beamten. Die Dienstbehörde kann auf Antrag eine Freistellung gewähren, wenn 1. keine wichtigen dienstrechtlichen Gründe entgegenstehen und 2. der Beamte seit mindestens fünf Jahren im Bundesdienst steht (§ 78e Abs 1 BDG 1979). Sie darf nach § 78e Abs 2 Satz 2 BDG 1979 jedoch keine Vereinbarung eingehen, wenn für die Dauer der Freistellung voraussichtlich keine ausreichende Vertretung besteht. Das Recht, einen Dienstnehmer über das Ausmaß des gesetzlichen Erholungsurlaubs gegen Fortzahlung des Entgelts vom Dienst freizustellen, steht auch anderen Dienstgebern grundsätzlich offen (vgl 10 Obs 99/20m).

5. Ergebnis: Die Phase der Dienstfreistellung nach § 78e BDG 1979 („Sabbatical“) ist als tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Sinn des § 24 Abs 1 Z 1 und Abs 2 KBGG anzusehen.

Der Revision ist daher nicht Folge zu geben.

Textnummer

E130277

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2020:010OBS00129.20Y.1124.000

Im RIS seit

13.01.2021

Zuletzt aktualisiert am

22.06.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at