



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden, den Hofrat Mag. Ziegelbauer und die Hofrätin Dr. Faber sowie die fachkundigen Laienrichter Helmut Purker (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Herbert Böhm (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei B*, Slowakei, vertreten durch Dr. Reinhard Rosskopf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 84–86, vertreten durch Dr. Eva-Maria Bachmann-Lang und Dr. Christian Bachmann, Rechtsanwälte in Wien, wegen Kinderbetreuungsgeld, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Jänner 2021, GZ 9 Rs 102/20s-20, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 19. Oktober 2020, GZ 37 Cgs 168/19w-13 abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Erstgerichts wird wieder hergestellt.

Die beklagte Partei ist schuldig der klagenden Partei einen Kostenbeitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von 304,84 EUR (darin enthalten 50,81 EUR USt) sowie einen Kostenbeitrag zu den Kosten des Revisionsverfahrens in Höhe von 209,39 EUR (darin enthalten 34,90 EUR USt) binnen 14 Tagen zu leisten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

- [1] Gegenstand des Verfahrens ist die Beurteilung der (unstrittig subsidiären) Leistungszuständigkeit Österreichs nach der VO (EG) 883/2004 für die Erbringung von pauschalem Kinderbetreuungsgeld als Konto in Form einer Ausgleichszahlung für den Zeitraum von 27. 10. 2018 bis 29. 8. 2020 an die in der Slowakei wohnhafte Klägerin aus Anlass der Geburt ihres zweiten Kindes O* am 31. 8. 2018.
- [2] Entscheidend ist die Beurteilung der Frage, ob der Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018, während dessen die Klägerin Kinderbetreuungsgeld für ihr älteres Kind T* bezog und ihre selbständige Tätigkeit nicht ausübte, jedoch auf eigenen Antrag in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG pflichtversichert war, für die kollisionsrechtliche Beurteilung als Erwerbstätigkeit oder gleichgestellte Situation zu qualifizieren ist.
- [3] Die Klägerin lebt in der Slowakei. Sie hat seit 2008 eine österreichische Gewerbeberechtigung als Personenbetreuerin und war von 1. 1. 2008 bis 31. 10. 2016 in Österreich als Personenbetreuerin tatsächlich tätig und gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG pflichtversichert.
- [4] Am 14. 12. 2016 gebar sie ihr erstes Kind, T*. Sie bezog von 1. 11. 2016 bis 8. 2. 2017 Wochengeld und war während dieses Zeitraums gemäß § 4 Abs 1 Z 10 GSVG von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung ausgenommen. Anschließend bezog sie von 9. 2. 2017 bis 5. 7. 2018 Kinderbetreuungsgeld in der Variante „20+4“ in Form einer Ausgleichszahlung. Am 3. 1. 2017 beantragte sie die Ausnahme von der Pflichtversicherung wegen geringer Einkünfte und Umsätze während des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld für die Dauer

des Bezugs. Sie war aufgrund dieses Antrags von 9. 2. 2017 bis 30. 6. 2018 gemäß § 4 Abs 1 Z 7 GSVG von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung ausgenommen.

[5] Während des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld für ihr erstes Kind wurde die Klägerin erneut schwanger. Sie gebar am 31. 8. 2018 ihr zweites Kind, O*.

[6] Um aus Anlass der bevorstehenden Geburt ihres zweiten Kindes einen Anspruch auf Wochengeld zu haben, beantragte sie mit Schreiben vom 22. 6. 2018 die Löschung der Ausnahme von der Pflichtversicherung für den Zeitraum ab 1. 7. 2018. Eine tatsächliche Ausübung des Gewerbes ab dem 1. 7. 2018 plante sie wegen der fortgeschrittenen Schwangerschaft jedoch nicht.

[7] Sie bezog in der Folge von 6. 7. 2018 bis 26. 10. 2018 Wochengeld. Danach beantragte sie das pauschale Kinderbetreuungsgeld als Konto für 730 Tage ab dem 27. 10. 2018 bis zum 29. 8. 2020 aus Anlass der Geburt ihres zweiten Kindes. Mit Antrag vom 20. 9. 2018 beantragte sie neuerlich die Ausnahme von der Pflichtversicherung wegen geringer Einkünfte und Umsätze während des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld für die gesamte Bezugsdauer. In weiterer Folge zeigte sie den Nichtbetrieb des Gewerbes ab 27. 10. 2018 an.

[8] Das Kinderbetreuungsgeld für O* wurde der Klägerin für den Zeitraum von 27. 10. 2018 bis 30. 6. 2019 in Form einer Ausgleichszahlung in Höhe von insgesamt 1.190,54 EUR (4,82 EUR täglich) ausgezahlt.

[9] Mit dem angefochtenen Bescheid vom 21. 10. 2019 widerrief die Beklagte die Zuerkennung des pauschalen Kinderbetreuungsgeldes für das Kind O* mangels Zuständigkeit Österreichs und verpflichtete die Klägerin zum

Ersatz des ausgezahlten Kinderbetreuungsgeldes von 1.190,54 EUR.

[10] Gegen diesen Bescheid richtet sich die von der Klägerin erhobene Klage. Sie bringt vor, es liege eine unmittelbare Abfolge von Zeiten der Unterbrechung ihrer zuvor über 182 Tage andauernden Erwerbstätigkeit durch mutterschutz- und karenzähnliche Situationen vor, aus der sich die Zuständigkeit Österreichs zur Leistung der Ausgleichszahlung zum Kinderbetreuungsgeld ergebe.

[11] Die Beklagte brachte vor, mit 1. 7. 2018 sei ein Wechsel der internationalen Zuständigkeit eingetreten, weil die Klägerin zwar wieder in der Kranken- und Pensionsversicherung pflichtversichert gewesen sei, ihre Erwerbstätigkeit aber tatsächlich nicht wieder aufgenommen habe.

[12] Das Erstgericht verpflichtete die Klägerin zur Rückzahlung des für das Kind O* bezogenen Kinderbetreuungsgeldes von 1.194,54 EUR und wies das Begehren auf Feststellung, die Klägerin sei nicht zum Rückersatz verpflichtet, ab. Die Leistungszuständigkeit Österreichs habe geendet, weil mit der Meldung des Betriebs des Gewerbes keine gemäß § 24 Abs 2 KBGG einer Karenz nach dem MSchG oder dem VKG gleichgestellte Situation mehr vorgelegen sei.

[13] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge und sprach aus, der Anspruch der Klägerin auf Kinderbetreuungsgeld als Konto für 730 Tage in Form einer Ausgleichszahlung von 4,82 EUR täglich für das Kind O* für den Zeitraum von 27. 10. 2018 bis 29. 8. 2020 bestehe zu Recht und der von der Beklagten erhobene Rückersatzanspruch bestehe nicht zu Recht. Es ließ die Revision nicht zu, weil sich seine Entscheidung im Rahmen

der höchstgerichtlichen Rechtsprechung halte.

[14] Rechtlich erörterte es, die Erfüllung des Erwerbstätigkeitserfordernisses vor dem ersten Wochengeldbezug sei unstrittig. Danach sei durch die unmittelbare Aufeinanderfolge von Zeiten des Wochengeldbezugs und der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit zur Kindererziehung aus Anlass der Geburt des ersten, dann aus Anlass der Geburt des zweiten Kindes eine Gleichstellungskette iSd § 24 Abs 2 KBGG vorgelegen.

[15] Während GSVG-Versicherte bis 30. 6. 2013 für die Dauer des Wochengeldbezugs zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet gewesen seien, hätten sie seit dem 1. 7. 2013 die Möglichkeit der Ausnahme von der Kranken- und Pensionsversicherung unter Einbeziehung in eine Teilversicherung in der Pensionsversicherung sowie Aufrechterhaltung des Krankenversicherungsschutzes gemäß § 82 Abs 7 GSVG. Dass die Klägerin von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, sondern die Löschung der Ausnahme von der Pflichtversicherung für den Zeitraum ab dem 1. 7. 2018 beantragt habe, schade nicht. Ausschlaggebend sei, dass sich durch die aufrecht erhaltene Pflichtversicherung nichts am Wochengeldbezug der Klägerin geändert habe. Dieser löse gemäß Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 die Fiktion einer aufrechten Beschäftigung aus. Dadurch, dass die Klägerin wegen der fortgeschrittenen Schwangerschaft eine tatsächliche Ausübung ihres Gewerbes ab dem 1. 7. 2018 nicht geplant habe, sei auch das nationale Gleichstellungserfordernis der vorübergehenden Unterbrechung der Erwerbstätigkeit zum Zweck der Kindererziehung in der karenzähnlichen Situation einer Selbständigen im Sinn einer Gleichstellungskette erfüllt. Auf

die beruflichen Absichten der Mutter nach Ablauf der Karenzzeit komme es nicht an.

[16] Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des Ersturteils beantragt.

[17] Sie vertritt zusammengefasst, die Gleichstellungskette sei ab dem 1. 7. 2018 unterbrochen. Zum einen werde durch die bloße Meldung einer der Pflichtversicherung unterliegenden Tätigkeit – ab dem 1. 7. 2018 – dem Erfordernis der tatsächlichen Ausübung einer in Österreich sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit gemäß § 24 Abs 2 KBGG nicht Genüge getan. Zum anderen sei ab dem 1. 7. 2018 – trotz des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld nach dem ersten Kind der Klägerin – auch keine karenzähnliche Situation einer Selbständigen mehr vorgelegen, weil die Klägerin wieder in die Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG einbezogen worden sei und die bloß faktische Nichtausübung ihrer Berufstätigkeit keine karenzähnliche Situation aufgrund „gleichartiger anderer österreichischer Rechtsvorschriften“ iSd § 24 Abs 2 KBGG sei.

[18] Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die außerordentliche Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

[19] Die Revision der Beklagten ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof zur Frage, ob die Begründung der Kranken- und Pensionsversicherungspflicht einer Gewerbetreibenden nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG durch Widerruf der zuvor bestehenden Ausnahme nach § 4 Abs 1 Z 7 GSVG die karenzähnliche Situation einer Selbständigen iSd § 24

Abs 2 KBGG beendet, wenn diese ihre selbständige Tätigkeit gleichzeitig nicht wieder aufnimmt, noch nicht Stellung genommen hat. Sie ist auch berechtigt.

[20] 1.1. Aufgrund des Umstands, dass die in der Slowakei wohnhafte Klägerin Leistungen aus dem österreichischen System der sozialen Sicherheit beansprucht, liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, der den persönlichen Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 eröffnet. Auch der sachliche Geltungsbereich der Verordnung ist eröffnet, weil das österreichische Kinderbetreuungsgeld eine zu koordinierende Familienleistung iSd Art 1 lit z und Art 3 Abs 1 lit j der VO ist (RIS-Justiz RS0122905 [T3]).

[21] 1.2. Art 67 VO (EG) 883/2004 sieht den Export von Familienleistungen vor. Zuständig für die Erbringung und damit auch für den Export von Familienleistungen ist jener Mitgliedstaat, dessen Rechtsvorschriften gemäß Art 11 ff der VO anwendbar sind (10 ObS 148/14h SSV-NF 29/59 = DRdA 2016/29, 259 [Rief]; 10 ObS 135/16z SSV-NF 31/15 = DRdA 2018/11, 124 [Kunz]; 10 ObS 96/17s DRdA 2018/54, 516 [Rief]; 10 ObS 103/18x SSV-NF 33/18). (Nur) für den Fall, dass für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Ansprüche auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind, sieht Art 68 Abs 1 VO (EG) 883/2004 Prioritätsregeln vor. Die Bestimmung legt somit – um Doppelleistungen zu vermeiden – für den Fall der Kumulierung von Anspruchsberechtigungen fest, welche Staaten vorrangig zuständig sind (10 ObS 148/14h SSV-NF 29/59; 10 ObS 103/18x SSV-NF 33/18 ua). Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags

ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag zu leisten (Art 68 Abs 2 VO (EG) 883/2004).

[22] 2.1. Da die Klägerin Ansprüche auf Familienleistungen (als Ausgleichszahlung) gegen den österreichischen Sozialversicherungsträger geltend macht, ist zu prüfen, ob Österreich nach Art 11 VO (EG) 883/2004 dafür leistungszuständig ist.

[23] 2.2. Nach Art 11 Abs 3 lit a VO (EG) 883/2004 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats, dies unabhängig davon, wo sie ihren Wohnsitz hat. Geht die Person keiner Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit nach und sind die Spezialbestimmungen der lit b bis d nicht erfüllt, sind gemäß Art 11 Abs 3 lit e VO (EG) 883/2004 die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats anwendbar.

[24] 3.1. Der Begriff der „selbständigen Erwerbstätigkeit“ iSd VO (EG) 883/2004 wird in deren Art 1 lit b definiert. Selbständige Erwerbstätigkeit ist demnach jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder in dem die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt. Damit verweist Art 1 lit b VO (EG) 883/2004 auf das Sozialrecht des betreffenden Mitgliedstaats (vgl entsprechend zum Begriff der Beschäftigung: 10 ObS 117/14z SSV-NF 29/13 = EvBl 2016/4, 32 [Niksova] = DRdA 2016/3, 37 [Kunz] = ZAS 2016/5, 33 [Petric]; 10 ObS 81/20i DRdA 2021/24, 250 [Juhasz]).

[25] 3.2. Gleichzeitig fingiert Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 unter bestimmten Umständen eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit: Demnach

wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 soll kurzfristige Zuständigkeitsänderungen bei vorübergehender Einstellung der Erwerbstätigkeit und kurzfristigem Bezug von Geldleistungen der sozialen Sicherheit, wie etwa Krankengeld oder Lohnfortzahlung, verhindern. In derartigen Fällen wird für die Bestimmung der Zuständigkeit davon ausgegangen, dass die Tätigkeit während des Bezugs der Leistung der sozialen Sicherheit weiter ausgeübt wird (10 ObS 103/18x SSV-NF 33/18; *Pörtl in Spiegel*, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, Art 11 VO (EG) 883/2004 Rz 7).

[26] 3.3. Neben diesen gesetzlichen Vorgaben enthält der Beschluss Nr F1 der Verwaltungskommission vom 12. 6. 2009 zur Auslegung des Art 68 der VO (EG) 883/2004 eine weitere Begriffsbestimmung. Demnach ist der Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter anderem ein unbezahlter Urlaub zum Zwecke der Kindererziehung gleichgestellt, solange ein solcher Urlaub nach nationalem Recht einer Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist.

[27] Das Verhältnis der Definitionen in Art 1 lit b, Art 11 Abs 2 und dem Beschluss Nr F1 der Verwaltungskommission ist zwar nicht abschließend geklärt, sodass offen ist, ob die Begriffsbestimmung, die im Beschluss Nr F1 vorgenommen wurde, nur für Art 68 VO (Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen) relevant ist, oder ob sie auch für die Bestimmung des anwendbaren Rechts (Art 11 Abs 2 VO [EG] 883/2004) heranzuziehen ist (vgl 10 ObS 117/14z SSV-NF 29/13; *Felten in Spiegel*, Art 68 VO [EG] 883/2004

Rz 6). Das Verhältnis der Beschäftigungsdefinitionen bzw der Definitionen der selbständigen Erwerbstätigkeit kann aber auch im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, weil sowohl die Begriffsdefinition des Art 1 lit b VO (EG) 883/2004 als auch jene im Beschluss Nr F1 der Verwaltungskommission auf das Sozialrecht des Mitgliedstaats verweisen (10 ObS 117/14z SSV-NF 29/13).

[28] 3.4. Eine Definition des Begriffs „Beschäftigung“ iSd Art 1 lit a VO (EG) 883/2004 ist für den Bereich des pauschalen und des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes in § 24 Abs 2 KBGG festgelegt (RS0130043), wobei diese Definition gleichzeitig der Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen von einkommensabhängigem Kinderbetreuungsgeld dient.

[29] 3.5. Gemäß § 24 Abs 2 KBGG (idF BGBl I 2016/53) versteht man unter Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes *„die tatsächliche Ausübung einer in Österreich sozialversicherungspflichtigen (kranken- und pensionsversicherungspflichtigen) Erwerbstätigkeit. Als der Ausübung einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt gelten Zeiten der vorübergehenden Unterbrechung dieser zuvor mindestens 182 Kalendertage andauernden Erwerbstätigkeit während eines Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz 1979 (MSchG), BGBl. Nr. 221, oder gleichartigen anderen österreichischen Rechtsvorschriften, sowie Zeiten der vorübergehenden Unterbrechung dieser zuvor mindestens 182 Kalendertage andauernden Erwerbstätigkeit zum Zwecke der Kindererziehung während Inanspruchnahme einer Karenz nach dem MSchG oder Väter-Karenzgesetz (VKG), BGBl. Nr. 651/1989, oder gleichartigen anderen österreichischen Rechtsvorschriften,*

bis maximal zum Ablauf des zweiten Lebensjahres eines Kindes.“

[30] 4.1. Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen einer 182 Tage dauernden Erwerbstätigkeit iSd § 24 Abs 2 KBGG vor Beginn des ersten Gleichstellungszeitraums nicht strittig. Unstrittig ist auch die Qualifikation der Zeiten des Wochengeldbezugs der Klägerin aus Anlass der Geburt ihres ersten Kindes T* – vom 1. 11. 2016 bis zum 8. 2. 2017 – und die Zeit der Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit bei gleichzeitigem Kinderbetreuungsgeldbezug und Ausnahme von der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 7 GSVG als der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleichgestellte Zeiten iSd § 24 Abs 2 KBGG.

[31] Strittig ist hingegen die Qualifikation des Zeitraums vom 1. 7. 2018 bis zum 5. 7. 2018, für den die Klägerin die Inanspruchnahme der Ausnahme von der Kranken- und Pensionsversicherung nach § 4 Abs 1 Z 7 GSVG widerrufen hat.

[32] 4.2. Auf die Klägerin als selbständig Erwerbstätige kommen die Bestimmungen des MSchG, auf die § 24 Abs 2 KBGG verweist, nicht zur Anwendung. Es entspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, dass auch selbständig Erwerbstätige, die sich in einer mutterschutz- oder karenzähnlichen Situation befinden, in den Genuss der Gleichstellungsregelung des § 24 Abs 2 Satz 2 KBGG gelangen können (vgl 10 ObS 44/19x SSV-NF 33/62 mwN).

[33] § 24 Abs 2 KBGG verlangt für das Vorliegen einer karenzähnlichen Situation einer Selbständigen die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit zum Zweck der Kindererziehung nach (dem MSchG oder dem VKG) vergleichbaren anderen österreichischen Rechtsvorschriften.

[34] 4.3. Die Gesetzesmaterialien zum Bundesgesetz

BGBI I 2009/116, mit dem das Kinderbetreuungsgeld als Ersatz des Erwerbseinkommens geschaffen wurde, halten dazu auszugsweise fest (ErläutRV 340 BlgNR 24. GP 16):

„Zeiten des Beschäftigungsverbotes nach MSchG (Mutterschutz) werden Zeiten der tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt. Ebenso fallen darunter Beschäftigungsverbote nach anderen gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften, (zB LAG), dazu gehören aber auch Zeiten der dem Beschäftigungsverbot vergleichbaren Situation etwa einer Landwirtin, Selbständigen oder Gewerbetreibenden mit nach GSVG oder BSVG für diese Zeiten gewährter Betriebshilfe bzw. gewährtem Wochengeld. [...]

Weiters gelten Zeiträume, in denen die Erwerbstätigkeit unterbrochen wurde, um sich der Kindererziehung zu widmen, als der tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt, sofern es sich um Zeiten der gesetzlichen Karenz nach dem MSchG oder VKG handelt (aufrechtes, ruhendes Dienstverhältnis). Darunter fällt auch eine der einer Karenz nach MSchG und VKG nachgebildeten Karenz nach anderen gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften, (zB LAG), dazu gehören aber auch Zeiten der einer solchen Karenz vergleichbaren Situation, etwa die einer Selbständigen oder Gewerbetreibenden, die ihr Gewerbe anlässlich der Geburt eines Kindes zum Zwecke der Kindererziehung ruhend meldet (nicht jedoch abmeldet).“

[35] 4.4. Nach *Holzmann-Windhofer* (in *Holzmann-Windhofer/Weissenböck*, KBGG [2017] 155) wird bei Selbständigen, Gewerbetreibenden und Landwirtinnen auf eine karenzähnliche Situation des Unterbrechens (Ruhens) der aufrechten Tätigkeit aufgrund der persönlichen Kleinkinderziehung und -betreuung ab Ende des

Wochengeldbezugs nach der Geburt des Kindes abgestellt. Bei Gewerbetreibenden dürfe das Gewerbe dazu lediglich ruhend gemeldet, nicht abgemeldet werden.

[36] *Burger-Ehrnhofer* verweist lediglich auf die Stellungnahme in den Materialien, wonach die Gleichstellung auch für Selbständige oder Gewerbetreibende gelte, die ihr Gewerbe anlässlich der Geburt eines Kindes zum Zweck der Kindererziehung ruhend meldeten; die in diesem Zusammenhang angestellten unionsrechtlichen Erwägungen betreffen andere Fallgruppen als hier vorliegend (*Burger-Ehrnhofer*, KBGG und FamZeitBG³ [2017] § 24 KBGG Rz 6, 17; § 2 KBGG Rz 50).

[37] 4.5. Der Oberste Gerichtshof hat zu 10 ObS 44/19x im Fall einer selbständig freiberuflich tätigen Zahnärztin klargestellt, dass es nach § 24 Abs 2 KBGG bei selbständig Erwerbstätigen wesentlich darauf ankomme, dass sie ihre Erwerbstätigkeit „nach gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften“ lediglich vorübergehend unterbrechen. Bei einer selbständig tätigen Zahnärztin wird diese Möglichkeit von § 44 ZÄG eröffnet.

[38] 4.6. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass nach § 24 Abs 2 Satz 2 KBGG nicht auf das bloß faktische Unterbleiben der Erwerbstätigkeit, sondern auf die Inanspruchnahme einer Karenz nach dem MSchG oder dem VKG oder gleichartigen anderen Rechtsvorschriften abzustellen ist. Erforderlich ist daher die Inanspruchnahme einer rechtlichen Regelung, wobei die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit den von der Rechtsordnung für die jeweilige Ausgestaltung der Erwerbstätigkeit zur Verfügung gestellten Regeln entsprechen muss. Für Dienstnehmerinnen ist dies die Inanspruchnahme einer Karenz nach dem MSchG, für Väter, deren Arbeitsverhältnisse unter das VKG fallen, die

Inanspruchnahme einer Karenz nach diesem Gesetz. Für freiberufliche Zahnärztinnen und Zahnärzte kommt nur § 44 ZÄG in Betracht, der die Anzeige der Berufsunterbrechung gegenüber der Österreichischen Zahnärztekammer verlangt (vgl 10 ObS 44/19x SSV-NF 33/62).

[39] 4.7. Dass die Klägerin im Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 faktisch keine Erwerbstätigkeit ausübte, reicht daher für sich allein nicht aus, um diesen Zeitraum als eine der Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation im Sinn des § 24 Abs 2 KBGG zu qualifizieren.

[40] 4.8. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin, die über eine Gewerbeberechtigung nach § 159 GewO 1994 (Personenbetreuung) verfügte, nicht vorgebracht, für die Dauer des Bezugs des Kinderbetreuungsgeldes nach ihrem ersten Kind das Ruhen der Gewerbeausübung angezeigt zu haben (vgl § 93 Abs 1 GewO), was die Ausnahme von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 1 GSVG nach sich zöge. Dafür ergeben sich auch keine Hinweise aus dem Akt. Sie hat aber die Ausnahme von der Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 Z 7 GSVG – wegen geringer Einkünfte während der Dauer eines Kinderbetreuungsgeldbezugs – beantragt.

[41] Dass durch die Ausnahme von der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 7 GSVG auf Antrag der Klägerin, in Verbindung mit dem Umstand des tatsächlichen Unterbleibens ihrer Erwerbsausübung, eine der Inanspruchnahme einer Karenz nach dem MSchG entsprechende, auf „vergleichbaren anderen österreichischen Rechtsvorschriften“ beruhende Situation einer Selbständigen eintrat, wird von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Die „gleichartige andere österreichische Rechtsvorschrift“, aus deren

Inanspruchnahme die Klägerin ihre karenzartige Situation ableitete, ist daher im vorliegenden Fall ausschließlich § 4 Abs 1 Z 7 GSVG.

[42] 4.9. Indem die Klägerin gegenüber der Beklagten in der Folge „die Löschung der Ausnahme von der Pflichtversicherung“ ab dem 1. 7. 2018 beantragte, beendete sie die Inanspruchnahme jener Rechtsvorschrift, aus der sie selbst die Gleichstellung ihrer Situation zu einer Karenz nach dem MSchG ableitete, nämlich der auf Antrag zu gewährenden Ausnahme von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 7 GSVG.

[43] Eine sonstige „gleichartige andere österreichische Rechtsvorschrift“, die für den Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 im Fall der Klägerin zur Anwendung gekommen wäre und eine Grundlage dafür bilden könnte, ihre Situation in diesem Zeitraum einer Karenz nach dem MSchG gleichzuhalten, wurde im Verfahren nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

[44] 4.10. Der Bezug des pauschalen Kinderbetreuungsgeldes für ihr erstes Kind T* vermag für sich allein keine der Karenz nach dem MSchG vergleichbare Situation einer Selbständigen zu begründen, weil der Bezug des von der Klägerin in Anspruch genommenen pauschalen Kinderbetreuungsgeldes nicht mit einer Unterbrechung der Erwerbstätigkeit einhergehen muss. Die Regelung der Zuverdienstgrenze des § 2 Abs 1 Z 3 KBGG in Verbindung mit dem höheren individuellen Grenzbetrag des § 8b KBGG gestattet vielmehr – bei Einhaltung der Zuverdienstgrenze – eine Berufstätigkeit auch neben dem Bezug von Kinderbetreuungsgeld.

[45] Damit ist – wie das Erstgericht bereits zutreffend

erkannte – der Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 nicht gemäß § 24 Abs 2 Satz 2 KBGG als „karenzähnliche Situation einer Selbständigen“, die der Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Sinn des KBGG gleichgestellt wäre, zu qualifizieren.

[46] 4.11. Der Vollständigkeit halber ist klarzustellen, dass der in § 24 Abs 1 Z 2 KBGG normierte Toleranzzeitraum von 14 Kalendertagen – entgegen dem Vorbringen der Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung – nur für die Anspruchsvoraussetzungen des Kinderbetreuungsgeldes als Ersatz des Erwerbseinkommens gilt. Für die Prüfung des Vorliegens einer ununterbrochenen Abfolge gleichgestellter Situationen („Gleichstellungskette“) sind hingegen die Beschäftigungsdefinition des § 24 Abs 2 KBGG und die Bestimmung des Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 heranzuziehen. Nach diesen Bestimmungen ist für sämtliche Zeiträume der Unterbrechung der tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu prüfen, ob sie der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt sind.

[47] 4.12. Auch die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen zu § 82 Abs 7 GSVG können zu keiner anderen Beurteilung des Zeitraums von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 führen. § 82 Abs 7 GSVG betrifft den Zeitraum ab dem Eintritt des Versicherungsfalls der Mutterschaft – das ist gemäß § 80 Z 3 GSVG der Beginn der achten Woche vor der voraussichtlichen Entbindung – und setzt die Ruhendmeldung oder Anzeige der Unterbrechung der selbständigen Tätigkeit durch Eintritt der Ausnahme nach § 4 Abs 1 Z 1 oder Z 10 GSVG voraus. Für den hier zu beurteilenden Zeitraum fehlt aber bereits die letztgenannte Voraussetzung der Ruhendmeldung oder Anzeige der Unterbrechung der selbständigen Tätigkeit. Die Klägerin hat die Ausnahme von der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 7 GSVG für den

Zeitraum ab dem 1. 7. 2018 vielmehr ausdrücklich widerrufen.

[48] 4.13. Der Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 ist auch nicht als Erwerbstätigkeit im Sinn der Fiktion des Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 zu qualifizieren. Diese Bestimmung stellt einen Kernbereich des unionsrechtlichen Begriffs der Beschäftigung dar. Beim Bezug von Leistungen, die unter Art 11 Abs 2 der VO (EG) 883/2004 zu subsumieren sind, ist daher unabhängig von der nationalen Systematik von der Ausübung einer Beschäftigung auszugehen (10 ObS 117/14z SSV-NF 29/13; 10 ObS 103/18x SSV-NF 33/18 ua; RS0130045 [T3]; *Spiegel* in *Spiegel*, Art 1 VO [EG] 883/2004 Rz 4). Wesentlich ist nach Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004, ob eine Person „aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit“ eine Geldleistung bezieht (vgl 10 ObS 51/17y SSV-NF 31/48). Aus diesem Grund sind etwa Zeiten des Krankengeldbezugs für die kollisionsrechtliche Beurteilung gemäß Art 11 der VO (EG) 883/2004 – abweichend von der Beurteilung nach § 24 Abs 2 KBGG – als Beschäftigung iSd Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 zu qualifizieren (10 ObS 103/18x SSV-NF 33/18).

[49] 4.14. Die Klägerin bezog im Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 pauschales Kinderbetreuungsgeld in der Variante „20+4“. Der Bezug von pauschalem Kinderbetreuungsgeld ist aber nicht als fortgesetzte Ausübung einer Beschäftigung gemäß Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 zu qualifizieren, weil es sich beim pauschalen Kinderbetreuungsgeld um eine Leistung für alle Einwohner handelt, die nicht aufgrund oder infolge einer Erwerbstätigkeit gebührt (*Pörtl* in *Spiegel*, Art 11 VO [EG] 883/2004 Rz 9; 10 ObS 117/14z SSV-NF 29/13).

[50] 4.15. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass der Zeitraum von 1. 7. 2018 bis 5. 7. 2018 weder nach § 24 Abs 2 KBGG noch nach Art 11 Abs 2 VO (EG) 883/2004 einer Erwerbstätigkeit gleichzuhalten ist. Dieser Zeitraum gilt daher kollisionsrechtlich nicht als Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

[51] 4.16. Dass die bloße Meldung einer der Pflichtversicherung unterliegenden Tätigkeit, wie die Klägerin sie für den Zeitraum ab 1. 7. 2018 vornahm, im vorliegenden Fall, in dem die Klägerin die tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht einmal beabsichtigte, nicht als tatsächliche Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit gewertet werden kann, führte bereits das Erstgericht zutreffend aus.

[52] 5.1. Damit liegt keine lückenlose Aneinanderreihung von mutterschutzähnlichen und karenzähnlichen Zeiten einer Selbständigen vor der Geburt des zweiten Kindes der Klägerin vor. Auf die Qualifikation der Zeitdauer von 6. 7. 2018 bis 26. 10. 2018, während der die Klägerin Wochengeld bezog, kommt es daher nicht mehr an.

[53] 5.2. Mangels einer auf die 182 Tage währenden Beschäftigung iSd § 24 Abs 2 KBGG folgenden ununterbrochenen Kette von Zeiten, die einer Beschäftigung gleichgestellt sind, besteht für den Bezug von Kinderbetreuungsgeld aus Anlass der Geburt des zweiten Kindes der Klägerin keine kollisionsrechtliche Zuständigkeit Österreichs als Mitgliedstaat der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit gemäß Art 11 Abs 3 lit a iVm Art 67, 68 VO (EG) 883/2004.

[54] Es ist daher das Urteil des Erstgerichts einschließlich der Kostenentscheidung wieder herzustellen.

6. Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 lit a ASGG. Trotz gänzlichen Unterliegens der Klägerin entspricht es der Billigkeit, ihr im Hinblick auf die rechtlichen Schwierigkeiten des Falls und die sich aus dem Akt ergebenden Einkommensverhältnisse die Hälfte der Kosten der Berufungsschrift und der Revisionsbeantwortung zuzusprechen (RS0085871; 10 ObS 150/17g).

Oberster Gerichtshof
Wien, am 25. Jänner 2022
Dr. Neumayr
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: