



Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Nowotny als Vorsitzenden, die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Mag. Schober sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Antonia Oberwalder (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Gerald Fida (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei E*, Slowakei, vertreten durch Mag. Franjo Schruiff, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Österreichische Gesundheitskasse, 1030 Wien, Haidingergasse 1, vertreten durch Dr. Anton Ehm, Dr. Simone Metz, Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Kinderbetreuungsgeld, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. August 2023, GZ 7 Rs 28/23y-51, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 16. November 2022, GZ 8 Cgs 33/21g-45, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben.
Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach
Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind
weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

[1] Gegenstand des Verfahrens ist in erster Linie die Frage, ob das von der Klägerin bezogene tschechische Elterngeld („rodičovský příspěvek“) in Österreich zum Ruhen des Anspruchs auf Kinderbetreuungsgeld führt.

[2] Die Klägerin lebt mit ihrem Ehegatten und der am 22. Juni 2017 geborenen gemeinsamen Tochter D* in der Slowakischen Republik (künftig kurz: Slowakei). Ab 1. November 2011 war die Klägerin in der Tschechischen Republik (in der Folge: Tschechien) unselbständig beschäftigt. Das Dienstverhältnis ist seit 8. September 2014 karenziert.

[3] Aufgrund ihres Antrags vom 13. Dezember 2017 bezog die Klägerin im Zeitraum von November 2017 bis Juni 2018 Kinderbetreuungsgeld in der Slowakei von insgesamt 1.714,60 EUR. Aufgrund eines Antrags vom 12. Februar 2018 bezog sie bis 30. Juni 2018 zudem in Tschechien Elterngeld im Maximalbetrag von umgerechnet 8.602 EUR.

[4] Der Ehegatte der Klägerin war bis 30. Juni 2018 in der Slowakei erwerbstätig. Seit 1. Juli 2018 ist er in Österreich unselbständig beschäftigt und bezog für D* auch (eine Ausgleichszahlung zur) Familienbeihilfe.

[5] Mit dem am 5. März 2019 bei der beklagten Österreichischen Gesundheitskasse eingelangten Antrag begehrte die Klägerin für D* pauschales

Kinderbetreuungsgeld als Konto ab 1. Juli 2018 in der Variante 851 Tage für die höchstmögliche Bezugsdauer, also bis 20. Oktober 2019.

[6] Mit Bescheid vom 3. Juli 2020 wies die Beklagte den Antrag ab.

[7] Mit ihrer Klage beehrte die damals unvertretene Klägerin, ihr das „*beantragte Kinderbetreuungsgeld*“ zu gewähren; qualifiziert vertreten ging sie in der Folge von einem „*beantragten Zeitraum von 4. September 2018 bis 20. Oktober 2020*“ aus. Bis 30. Juni 2018 sei nach der VO (EG) 883/2004 für die Gewährung von Familienleistungen die Slowakei vorrangig und Tschechien nachrangig zuständig gewesen; seit 1. Juli 2018 sei aufgrund der Beschäftigung ihres Gatten in Österreich weiterhin die Slowakei vorrangig und Österreich nachrangig zuständig. Sie habe zwar bis 30. Juni 2018 Elterngeld in Tschechien und „Elternbeihilfe“ in der Slowakei bezogen. Das tschechische Elterngeld, das auch die slowakische „Elternbeihilfe“ enthalte, sei aber mangels zeitlicher Kongruenz nicht auf das österreichische Kinderbetreuungsgeld anzurechnen.

[8] Die Beklagte wandte ein, die Klägerin habe mit dem tschechischen Elterngeld bereits eine „*kinderbetreuungsgeldähnliche*“ Leistung in Höhe von 8.602 EUR bezogen. Da dieser Betrag den möglichen Leistungsanspruch in Österreich von 5.986,36 EUR (14,53 EUR mal 412 Tage) übersteige, führe das zur vorrangigen Zuständigkeit Tschechiens und zum Ruhen des Kinderbetreuungsgeldanspruchs gemäß § 6 Abs 3 KBGG.

[9] Das Erstgericht sprach der Klägerin pauschales Kinderbetreuungsgeld für die Zeit von 1. Juli 2018 bis 20. Oktober 2019 (477 Tage) in Höhe von 14,53 EUR täglich (insgesamt 6.930,81 EUR) zu.

[10] Das Berufungsgericht wies die Klage dagegen ab. Unstrittig sei, dass die Klägerin Grenzgängerin und Österreich nach Art 68 Abs 1 lit b sublit i VO (EG) 883/2004 subsidiär leistungszuständig sei. Da die Klägerin keine stichhaltigen Gründe angeführt habe, weshalb das tschechische Elterngeld keine mit dem Kinderbetreuungsgeld vergleichbare Leistung sein solle, habe sie diesen Umstand schlüssig zugestanden. Darauf aufbauend sei zumindest diese Leistung gemäß § 6 Abs 3 KBGG auf das österreichische Kinderbetreuungsgeld anzurechnen. Das führe dazu, dass Österreich keinen Unterschiedsbetrag mehr leisten müsse, weil das tschechische Elterngeld (von insgesamt 8.602 EUR) den hypothetischen Kinderbetreuungsgeldanspruch auch dann übersteige, wenn man von einem Bezugsbeginn ab 1. Juli 2018 (statt 4. September 2018 [vgl § 4 Abs 2 KBGG]) und damit einem Gesamtbetrag von 6.930,81 EUR ausgehe.

[11] Die Revision ließ das Berufungsgericht zu, weil in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs noch nicht eindeutig geklärt sei, ob bei der Berechnung der Ausgleichszahlung nach § 6 Abs 3 KBGG bzw des Unterschiedsbetrags iSd Art 68 Abs 2 VO (EG) 883/2004 von dem nach § 3 Abs 1 KBGG maximal möglichen oder dem konkret zustehenden Kinderbetreuungsgeld auszugehen sei.

[12] In ihrer Revision begehrt die Klägerin, der Klage stattzugeben.

[13] Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

[14] Die Revision ist zulässig und im Sinn des im Abänderungsbegehren enthaltenen Antrags auf Aufhebung (vgl RS0041774 [T1]) auch berechtigt.

[15] 1.1. Im Revisionsverfahren ist nicht strittig, dass für die Klägerin der persönliche Anwendungsbereich der

VO (EG) 883/2004 eröffnet ist. Ob diese tatsächlich auf deren Art 1 lit f gestützt werden kann, ist angesichts des Umstands, dass das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin in Tschechien karenziert war, zwar fraglich, weil die Eigenschaft als Grenzgänger ein Pendeln zwischen dem Wohnsitz- und dem Beschäftigungsmitgliedstaat voraussetzt. Eine weitere Auseinandersetzung damit ist aber nicht erforderlich, weil die Anwendung der Verordnung schon aufgrund der Eigenschaft der Klägerin als Familienangehörige ihres in Österreich beschäftigten Gatten zu bejahen ist (Art 1 lit i iVm Art 2 VO [EG] 883/2004).

[16] 1.2. Ebenso wenig wenden sich die Parteien gegen die Beurteilung der Vorinstanzen, dass das Kinderbetreuungsgeld eine zu koordinierende Familienleistung iSd Art 1 lit z und Art 3 Abs 1 lit j VO (EG) 883/2004 sowie der DVO (EG) 987/2009 ist (RS0122905 [T3]; 10 ObS 117/22m Rz 15 ua) und § 2 Abs 1 Z 4 KBGG im Anwendungsbereich der Verordnung durch deren Koordinierungsregeln überlagert wird (vgl Art 7 VO [EG] 883/2004; 10 ObS 45/19v [ErwGr 1.2.]; 10 ObS 41/19f [ErwGr 2.2.] ua).

[17] 1.3. Die Klägerin bezweifelt auch nicht, dass die Antikumulierungsbestimmungen der VO (EG) 883/2004 nur bei einem Zusammentreffen von vergleichbaren (gleichartigen) Leistungen aus zwei Staaten anzuwenden sind (RS0122907 [T3]; 10 ObS 136/19a [ErwGr 4.2.] ua). Entsprechend diesen unionsrechtlichen Vorgaben ruht auch nach § 6 Abs 3 KBGG der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld nur, wenn ein Anspruch auf vergleichbare ausländische Familienleistungen besteht, in der Höhe der ausländischen Leistung (RS0125752 [insb T3]; 10 ObS 55/23k Rz 21 und 22; 10 ObS 101/22h Rz 35 ua). In

diesem Sinn vergleichbar sind Leistungen dann, wenn sie sich in Funktion und Struktur (Zweck, Berechnungsgrundlage, Voraussetzungen für ihre Gewährung) im Wesentlichen entsprechen (RS0122907; 10 ObS 55/23w Rz 17 ua). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob die ausländische Leistung mit dem Kinderbetreuungsgeld vergleichbar ist und daher bei Berechnung des geschuldeten Unterschiedsbetrags berücksichtigt werden darf (EuGH, C-398/18, *Bocero Torrico* [Rn 37] und C-347/12, *Wiering* [Rn 62]; 10 ObS 147/21x Rz 15; 10 ObS 1/20z [ErwGr 2.] ua).

[18] 2. In der Revision wendet sich die Klägerin vielmehr gegen die vom Berufungsgericht angenommene Vergleichbarkeit des (tschechischen) Elterngeldes mit dem Kinderbetreuungsgeld, die sie weder zugestanden habe, noch vorliege.

[19] Damit ist sie im Recht.

[20] 2.1. Gegenstand eines prozessualen Geständnisses iSd §§ 266, 267 ZPO können nur Tatsachenbehauptungen, nicht aber Rechtsausführungen, Wertungen oder das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen sein (RS0111277 [T4, T6]). Außerstreitstellungen, die nicht Tatsachen, sondern nur die rechtliche Qualifikation eines Sachverhalts betreffen, sind daher unwirksam (RS0111277; RS0039938 [T1]).

[21] 2.2. Ein solcher Fall liegt hier vor, weil die Beurteilung, ob Familienleistungen vergleichbar sind oder nicht, Ergebnis einer Auslegung vor allem der ausländischen gesetzlichen Bestimmungen über die betreffende Leistung und damit eine rein rechtliche Beurteilung ist (vgl RS0040031; *Neumayr* in KBB⁷ § 3 IPRG Rz 1; *Verschraegen* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 3 IPRG Rz 2 ua). Als solche kann sie ebenso wie die darauf aufbauende Beurteilung

der vor- oder nachrangigen Leistungszuständigkeit nach Art 68 VO (EG) 883/2004 (vgl dazu 10 ObS 12/23x Rz 10) kein Gegenstand eines prozessualen Anerkenntnisses sein.

[22] 2.3. Wenn sich das Berufungsgericht dazu auf die Entscheidung 10 ObS 117/22m beruft, wurde dort die Vergleichbarkeit des tschechischen Elterngeldes zwar als unstrittig angesehen (Rz 15). Anders als hier beruhte das aber nicht auf einem von den Tatsacheninstanzen angenommenen Zugeständnis iSd §§ 266, 267 ZPO, sondern darauf, dass dort die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, wonach die Leistungen vergleichbar seien, im Berufungsverfahren nicht bekämpft wurde (vgl 10 ObS 117/22m Rz 16). Die Prüfung dieser selbständigen Rechtsfrage war dem Obersten Gerichtshof daher entzogen (vgl RS0043573 [T33, T43]), weshalb der allgemeine Grundsatz gilt, wonach das fremde Recht von Amts wegen zu ermitteln (§ 4 Abs 1 IPRG) und anzuwenden ist (§ 3 IPRG).

[23] 3. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor. Mangels Ermittlung der tschechischen Rechtslage lässt sich aber nicht beurteilen, ob das tschechische Elterngeld eine mit dem österreichischen Kinderbetreuungsgeld vergleichbare Leistung ist. Aus demselben Grund lässt sich derzeit auch nicht klären, ob das allenfalls (auch) auf das von der Klägerin bezogene slowakische Kinderbetreuungsgeld (offensichtlich gemeint: „príspevok na starostlivosť o dieťa“) zutrifft. Die Vorinstanzen haben alles das mit den Parteien auch nicht erörtert. Diese Fragen sind für die abschließende Beurteilung relevant, weil § 6 Abs 3 KBGG bzw Art 68 Abs 2 VO (EG) 883/2004 auch dann zur Anwendung gelangen kann, wenn gleichartige Familienleistungen verschiedener Mitgliedstaaten, die im selben Anspruchszeitraum beansprucht werden könnten, in sich gar nicht oder nur zum Teil

überschneidenden Zeiträumen bezogen werden (10 ObS 117/22m Rz 24).

[24] Derzeit lässt sich somit noch nicht beantworten, ob und hinsichtlich welcher der bezogenen Familienleistungen eine Anwendung der Antikumulierungsregel des § 6 Abs 3 KBGG überhaupt in Betracht kommt. Das stellt einen Verfahrensmangel besonderer Art dar, der die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen zur amtswegigen Ermittlung des ausländischen Rechts bedingt (10 ObS 50/23k Rz 24; RS0116580; RS0040045).

[25] 4. Im fortgesetzten Verfahren wird daher mit den Parteien zu erörtern und anschließend durch Ermittlung des ausländischen Rechts zu klären sein, ob das tschechische Elterngeld („rodičovský příspěvek“) und das slowakische Kinderbetreuungsgeld („príspevok na starostlivosť o dieťa“) mit dem österreichischen Kinderbetreuungsgeld vergleichbar sind. Mit der Frage, wie eine etwaige Ausgleichszahlung (der Unterschiedsbetrag) nach § 6 Abs 3 KBGG bzw Art 68 Abs 2 VO (EG) 883/2004 zu berechnen ist, werden sich die Vorinstanzen hingegen erst zu befassen haben, wenn feststeht, dass im dargestellten Sinn vergleichbare Familienleistungen zusammentreffen.

[26] 5. Schon jetzt ist klarzustellen:

[27] 5.1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach die Anspruchsvoraussetzung des § 2 Abs 1 Z 2 iVm Abs 6 KBGG mangels eines vergleichbaren Meldesystems in der Slowakei unangewendet zu bleiben habe (vgl RS0132841), wird im Revisionsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen. Diese Frage ist daher abschließend erledigt.

[28] 5.2. Die Klägerin bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, Österreich sei im Fall der Gleichartigkeit des tschechischen Elterngeldes mit dem österreichischen

Kinderbetreuungsgeld in Bezug auf diese ausländische Leistung (offensichtlich gemeint: mangels Wohnsitzes des Kindes in Österreich oder Tschechien nach Art 68 Abs 1 lit b sublit i zweite Variante VO [EG] 883/2004) nachrangig leistungszuständig – womit eine Anrechnung nach § 6 Abs 3 KBGG offen stünde (RS0125752; vgl 10 ObS 101/22h Rz 39 aE) – nicht. Sie geht in der Revision auch selbst davon aus, dass Tschechien der primär leistungszuständige Mitgliedstaat ist. Auch das ist dem weiteren Verfahren somit zugrunde zu legen.

[29] 5.3. In Bezug auf das slowakische Kinderbetreuungsgeld könnte die Slowakei aufgrund der Beschäftigung des Gatten der Klägerin und des Wohnsitzes der Familie in der Slowakei nach Art 68 Abs 1 lit b sublit i erste Variante VO (EG) 883/2004 nur bis zum 30. Juni 2018 vorrangig leistungszuständig gewesen sein. Ab 1. Juli 2018 scheidet die von der Klägerin in erster Instanz angenommene vorrangige Zuständigkeit der Slowakei dagegen aus, weil diese seither nur noch Wohnsitzmitgliedstaat ist.

[30] 5.4. Die Ansicht der Beklagten, im gegenteiligen Fall, wenn also keine vergleichbaren Leistungen vorlägen, spiele die Familienbetrachtungsweise keine Rolle, weshalb die Klägerin aus der Erwerbstätigkeit ihres Gatten in Österreich keine Ansprüche ableiten könne, trifft nicht zu:

[31] Unter dieser Prämisse wäre der Anspruch der Klägerin zwar ausschließlich aufgrund der Regelungen über die Exportpflicht zu prüfen (10 ObS 12/23x Rz 16; 10 ObS 133/22i Rz 11 ua). Die Beklagte übersieht aber, dass sich Art 60 Abs 1 Satz 2 DVO (EG) 987/2009 nicht nur auf Art 68 sondern auch auf Art 67 VO (EG) 883/2004 bezieht. Dazu entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass sich auch der Ehegatte eines

Arbeitnehmers, der in einem Mitgliedstaat arbeitet, aber mit seiner Familie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, auf Art 67 VO (EG) 883/2004 berufen kann (EuGH C-32/18, *Moser* [Rn 37 f]; zur VO (EWG) 1408/71: C-333/00, *Maaheimo* [Rn 32 f]; C-245/94 und C-312/94, *Hoever und Zachow* [Rn 37 f]). Die Fiktion des Art 60 Abs 1 Satz 2 DVO (EG) 987/2009 führt dabei dazu, dass der Anspruch auf Familienleistungen – bei Vorliegen der nationalen Anspruchsvoraussetzungen – auch einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist (EuGH C-32/18, *Moser* [Rn 44]; EuGH C-378/14, *Trapkowski* [Rn 41]). Auch wenn Österreich nicht ihr Wohnsitzmitgliedstaat ist, kann die Klägerin daher einen aus der Beschäftigung ihres Gatten in Österreich abgeleiteten Anspruch auf Familienleistungen nach österreichischem Recht geltend machen (vgl 10 ObS 12/23x Rz 25; 10 ObS 173/19t [ErwGr 2.4.]).

[32] 5.5. Soweit die Beklagte zur Vergleichbarkeit des bezogenen slowakischen Kinderbetreuungsgeldes („príspevok na starostlivosť o dieťa“) noch auf die Entscheidung 10 ObS 101/22h verweist, ist das schon deshalb nicht stichhältig, weil dort die Vergleichbarkeit des slowakischen Elterngeldes („rodičovský príspevok“) beurteilt wurde.

[33] 6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO iVm § 2 Abs 1 ASGG.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 16. April 2024
Dr. Nowotny
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: