

**Der persönliche Geltungsbereich des Beschlusses Nr 3/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei umfasst nur Arbeitnehmer und deren Familienangehörige, nicht aber auch Selbständige und deren Familienangehörige.**

**Eine türkische Asylwerberin, die selbst nicht Arbeitnehmerin ist, hat keinen Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld, wenn ihr Ehegatte in Österreich selbständig erwerbstätig und nach dem GSVG versichert ist.**

OGH 15. 7. 2014, 10 ObS 64/14f (OLG Linz 11 Rs 25/14 x; LG Salzburg 11 Cgs 85/13 a).

Die Klägerin ist türkische Staatsangehörige. Sie reiste am Jänner 2004 nach Österreich ein und stellte am 28. 1. 2004 für sich und ihre zwei Söhne einen Asylantrag. Dieses Asylverfahren wurde mit 9. 2. 2010 für die Klägerin negativ rechtskräftig abgeschlossen. Bis dahin hielt sie sich rechtmäßig in Österreich auf.

Am 16. 10. 2008 brachte die Klägerin ihren dritten Sohn zur Welt. Sie beantragte im Februar 2009 für diesen Kinderbetreuungsgeld.

Der Vater des Kindes und Ehemann der Klägerin war im Zeitraum Oktober 2008 bis Juni 2010 selbständig als Unternehmer in Österreich tätig. Er erzielte Einkommen und führte in dieser Zeit auch regelmäßig Beiträge an die beklagte Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ab.

Im Februar 2011 erhielten die Klägerin, ihr Ehemann und ihre drei Söhne eine Niederlassungsbewilligung nach § 44 NAG.

Mit Schreiben vom 3. 4. 2013 wies die Klägerin der beklagten Partei den Bezug der Familienbeihilfe von Oktober 2008 bis Februar 2010 für ihren jüngsten Sohn nach.

Die beklagte Partei lehnte mit Bescheid vom 10. 5. 2013 den Antrag der Klägerin vom 24. 2. 2009 auf Zuerkennung von Kinderbetreuungsgeld für die Zeit vom 16. 10. 2008 bis 15. 6. 2010 ab.

Das Erstgericht gab der dagegen erhobenen Klage auf Gewährung des Kinderbetreuungsgeldes im gesetzlichen Ausmaß vom 16. 10. 2008 bis 9. 2. 2010 statt und wies das darüber hinausgehende Mehrbegehren – unbekämpft – ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen. Rechtlich führte es aus, die Klägerin sei aufgrund des Beschlusses des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf die türkischen Arbeitnehmer und deren Familienangehörige vom 19. 9. 1980 („ARB Nr 3/80“) zum Bezug von Kinderbetreuungsgeld berechtigt. Sie falle als Familienangehörige in den persönlichen Geltungsbereich dieses Beschlusses, weil ihr Ehemann von Oktober

2008 bis März 2010 in Österreich selbständiger Unternehmer gewesen sei. Sie habe sich aber im Bundesgebiet rechtmäßig nur bis zur rechtskräftigen negativen Entscheidung ihres Asylverfahrens aufgehalten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs reiche es zur Anwendung des Art 3 des ARB Nr 3/80 aus, wenn entweder der Vater oder die Mutter in Österreich infolge unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit oder Arbeitslosigkeit in das System der sozialen Sicherheit integriert (gewesen) seien.

Das Berufungsgericht sprach aus, die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil zu den zu lösenden Rechtsfragen höchstgerichtliche Rechtsprechung bestehe.

Der Oberste Gerichtshof gab der außerordentlichen Revision der beklagten Partei Folge und wies das Klagebegehren zur Gänze ab.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei ist aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig; sie ist auch berechtigt.

1. Zunächst ist als unstrittig festzuhalten, dass der Ehemann der Klägerin türkischer Staatsbürger ist.

2. Voraussetzung für den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld ist neben dem Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 2 Abs 1 KBGG) nach § 2 Abs 1 Z 5 KBGG in der hier für den Anspruchszeitraum maßgebenden Fassung des BGBl I 2006/168 (§ 49 Abs 11 KBGG; 10 ObS 53/08 d SSV-NF 22/44 = SZ 2008/92) ua auch, dass sich der Elternteil und das Kind nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben, es sei denn, es handelt sich um österreichische Staatsbürger (lit a) oder Personen, denen Asyl nach dem AsylG 2005 gewährt wurde (lit b) oder Personen, denen der Status der subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde und die keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind (lit c).

3. Die Klägerin und ihr Sohn haben sich im entscheidungsrelevanten Zeitraum nicht rechtmäßig nach §§ 8 und 9 NAG im Bundesgebiet aufgehalten, sie waren in diesem Zeitraum weder Asylberechtigte noch subsidiär Schutzberechtigte nach dem AsylG 2005. Da sie nicht österreichische Staatsbürger waren, hätte die Klägerin den geltend gemachten Anspruch nur, wenn sie und ihr Sohn österreichischen Staatsbürgern gleichzustellen wären. Dies hängt davon ab, ob sie in den Anwendungsbereich des ARB Nr 3/80 fallen, dessen Art 3 Abs 1 bestimmt, dass Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt,

die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staats haben. Art 3 Abs 1 des ARB Nr 3/80 kommt nämlich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unmittelbare Wirkung zu, sodass sich die Bürger, für die er gilt, vor den Gerichten der Mitgliedstaaten darauf berufen können (EuGH C 262/96, *Sürül*, Slg 1999, I 2685 Rn 62–74; OGH 10 Obs 168/09t SSV-NF 24/27 = SZ 2010/45).

4. Nach dem mit „persönlicher Geltungsbereich“ überschriebenen Art 2 des ARB Nr 3/80 gilt dieser Beschluss

„für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind;

für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen;

für Hinterbliebene dieser Arbeitnehmer.“

Für die Anwendung des ARB Nr 3/80 bedeutet der Ausdruck „Arbeitnehmer“ nach dessen Art 1 lit b „jede Person,

1. die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V Punkt A. Belgien, Absatz 1 zur Verordnung (EWG) Nr. 1408/71;

2. die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die dieser Beschluss anzuwenden ist,

wenn diese Person aufgrund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann, oder

wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für die Arbeitnehmer errichteten Systems aufgrund einer Pflichtversicherung oder freiwilligen Weiterversicherung gegen ein anderes im Anhang näher bezeichnetes Risiko im Rahmen eines Systems für Arbeitnehmer versichert ist;“ (Dieser Anhang enthält für Österreich keine Präzisierung des Arbeitnehmerbegriffs.)

5. Der Wortlaut dieser Definition des Ausdrucks „Arbeitnehmer“ stimmt mit jener des Begriffs „Arbeitnehmer“ in der Stammfassung der VO (EWG) 1408/71, ABl 1971 L 149, mit dem Unterschied überein, dass der letzte Halbsatz im ersten Halbsatz „und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V“ lautet. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des ARB Nr 3/80, der bis heute unverändert blieb, waren „Selbständige“ nicht in den Anwendungsbereich der VO (EWG) 1408/71 einbezogen. Die Einbeziehung geschah erst mit der VO (EWG) 1390/81 des Rates vom