

# TE OGH 1998/1/13 10ObS304/97x

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.01.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Ehmayr und Dr.Danzl als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Dir.Mag.Dr.Gerhard Fuchs (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Dr.Anton Wladar (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Konrad Adolf B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Walter Strigl und Dr.Gerhard Horak, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 1020 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, im Revisionsverfahren nicht vertreten, wegen S 133.288,50 sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26.Mai 1997, GZ 10 Rs 31/97w-16, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 25.Juni 1996, GZ 24 Cgs 119/95f-12, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Antrag der klagenden Partei auf Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes wird zurückgewiesen.

Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben.

Der Kläger hat die Kosten seines Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist der Sohn des am 3.12.1986 verstorbenen Alois und der am 23.11.1991 verstorbenen Maria B\*\*\*\*\*. Mit Beschuß des Abhandlungsgerichtes vom 9.12.1994 wurde ihm der Nachlaß seiner verstorbenen Mutter zur Gänze eingeantwortet.

Nach ihrem verstorbenen Mann hatte die beklagte Partei zunächst der Witwe mit Bescheid vom 26.1.1987 eine Witwenpension in Höhe von S 817,80 monatlich zuerkannt. Überdies hatte diese seit 1.1.1987 Anspruch auf eine weitere Witwenpension aus einer italienischen Sozialversicherung in Höhe von anfänglich Lire 532.530,-- (Blatt 299 a des Pensionsaktes). Mit Bescheid der beklagten Partei vom 1.4.1987 wurde Maria B\*\*\*\* ab 1.1.1987 eine Ausgleichszulage zur österreichischen Pension gewährt.

Mit Bescheid vom 23.4.1990 stellte die beklagte Partei fest, daß der Genannten ab 1.1.1987 zur Pension keine Ausgleichszulage gebühre und eine Überzahlung von S 196.343,20 entstanden sei, welche zurückzuzahlen sei. Ihrem hiegegen mit Klage erhobenen Begehren auf Feststellung, daß sie nicht verpflichtet sei, diesen Betrag zurückzuzahlen, wurde im Verfahren 31 Cgs 155/90 des Landesgerichtes Klagenfurt rechtskräftig stattgegeben (zuletzt vom Obersten Gerichtshof bestätigt mit Urteil vom 25.6.1991, 10 ObS 127/91 = SSV-NF 5/70).

Im Juni 1990 überwies der italienische Sozialversicherungsträger an die beklagte Partei im Sinne des Art 38 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik über Soziale Sicherheit, BGBl 1983/307 (im folgenden kurz: Abkommen), eine Rentennachzahlung von S 133.288,50 (= Lire 13,893.730,--). Die beklagte Partei erließ daraufhin am 18.10. und 19.12.1991 gleichlautende Bescheide, womit die Aufrechnung dieses Überweisungsbetrages zur teilweisen Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990 festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage ausgesprochen wurde. In der gegen beide Bescheide geführten Sozialrechtssache 31 Cgs 10/92 des Landesgerichtes Klagenfurt (in welchem als Klägerin die Verlassenschaft nach Maria B\*\*\*\*\* auftrat) sprach der Oberste Gerichtshof mit Beschluß vom 28.10.1993, 10 ObS 195/93 (SSV-NF 7/105 = EvBl 1994/88), aus, daß die Bescheide nicht wirksam zugestellt wurden, hob aus Anlaß der Revision die Urteile der Vorinstanzen und das von diesen geführte Verfahren als nichtig auf und wies die Klage zurück. Im Juni 1990 überwies der italienische Sozialversicherungsträger an die beklagte Partei im Sinne des Artikel 38, des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik über Soziale Sicherheit, BGBl 1983/307 (im folgenden kurz: Abkommen), eine Rentennachzahlung von S 133.288,50 (= Lire 13,893.730,--). Die beklagte Partei erließ daraufhin am 18.10. und 19.12.1991 gleichlautende Bescheide, womit die Aufrechnung dieses Überweisungsbetrages zur teilweisen Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990 festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage ausgesprochen wurde. In der gegen beide Bescheide geführten Sozialrechtssache 31 Cgs 10/92 des Landesgerichtes Klagenfurt (in welchem als Klägerin die Verlassenschaft nach Maria B\*\*\*\*\* auftrat) sprach der Oberste Gerichtshof mit Beschluß vom 28.10.1993, 10 ObS 195/93 (SSV-NF 7/105 = EvBl 1994/88), aus, daß die Bescheide nicht wirksam zugestellt wurden, hob aus Anlaß der Revision die Urteile der Vorinstanzen und das von diesen geführte Verfahren als nichtig auf und wies die Klage zurück.

Die beklagte Partei erließ daraufhin einen neuerlichen (inhaltlich gleichlautenden) Bescheid vom 28.6.1994, worauf in dem dagegen wiederum angestrengten gerichtlichen Verfahren aufgrund eines neuerlichen Zustellfehlers Ruhen des Verfahrens vereinbart wurde. Mit dem letzten (und nunmehr verfahrensgegenständlichen sowie an den jetzigen Kläger zu Handen seines Vertreters gerichteten) Bescheid vom 12.5.1995 hielt die beklagte Partei zunächst fest, daß der Kläger aufgrund der Einantwortungsurkunde des Bezirksgerichtes Villach als Erbe berechtigt sei, das durch den Tod der Pensionsberechtigten unterbrochene Verfahren fortzusetzen, und sprach im übrigen erneut die Einbehaltung der überwiesenen italienischen Rentennachzahlung von S 133.288,50 zur teilweisen Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990 festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage aus.

Mit seiner gegen diesen zuletzt genannten Bescheid gerichteten Klage stellte der Kläger das Begehren, den angefochtenen Bescheid "in seinem Abs 1 [betreffend Heranziehung der italienischen Rentennachzahlung zur teilweisen Abdeckung der Überzahlung an Ausgleichszulage] aufzuheben" und die beklagte Partei überdies schuldig zu erkennen, dem Kläger den Betrag von S 133.288,50 samt 4 % Zinsen seit 23.4.1990 sowie die Prozeßkosten zu bezahlen. Mit seiner gegen diesen zuletzt genannten Bescheid gerichteten Klage stellte der Kläger das Begehren, den angefochtenen Bescheid "in seinem Absatz eins, [betreffend Heranziehung der italienischen Rentennachzahlung zur teilweisen Abdeckung der Überzahlung an Ausgleichszulage] aufzuheben" und die beklagte Partei überdies schuldig zu erkennen, dem Kläger den Betrag von S 133.288,50 samt 4 % Zinsen seit 23.4.1990 sowie die Prozeßkosten zu bezahlen.

In ihrer Klagebeantwortung stellte die beklagte Partei neben dem Antrag auf Abweisung des Klagebegehrens auch den Antrag festzustellen, daß die beklagte Partei zu Einbehalt und Verrechnung der italienischen Leistungsnachzahlung im genannten Betrag berechtigt sei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei S 133.288,50 samt 4 % Zinsen seit 23.4.1990 zu bezahlen, ab und stellte überdies spruchmäßig fest, daß die beklagte Partei berechtigt ist, diese ihr überwiesene italienische Rentennachzahlung zur teilweisen Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990 festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage heranzuziehen und einzubehalten. Es urteilte den eingangs (zusammengefaßt) wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich dahin, daß das Recht der beklagten Partei auf Einbehaltung (wie sich aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 10 ObS 195/93 = SSV-NF 7/105 ergebe) nach Art 38 des Abkommens zu beurteilen sei; da die Entziehung dieses Übergusses, die Überweisung der italienischen Rentennachzahlung und die Einbehaltung derselben zur Aufrechnung vor dem Inkrafttreten des Beitrittes Österreichs zum EWR am 1.1.1994 erfolgt seien, kämen die Verordnungen (EWG) 1408/71 und 574/72 noch nicht zur Anwendung. Das Erstgericht wies das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei S 133.288,50 samt 4 % Zinsen seit 23.4.1990 zu bezahlen, ab und stellte überdies spruchmäßig fest, daß die beklagte

Partei berechtigt ist, diese ihr überwiesene italienische Rentennachzahlung zur teilweisen Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990 festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage heranzuziehen und einzubehalten. Es urteilte den eingangs (zusammengefaßt) wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich dahin, daß das Recht der beklagten Partei auf Einbehaltung (wie sich aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 10 ObS 195/93 = SSV-NF 7/105 ergebe) nach Artikel 38, des Abkommens zu beurteilen sei; da die Entziehung dieses Übergusses, die Überweisung der italienischen Rentennachzahlung und die Einbehaltung derselben zur Aufrechnung vor dem Inkrafttreten des Beitrittes Österreichs zum EWR am 1.1.1994 erfolgt seien, kämen die Verordnungen (EWG) 1408/71 und 574/72 noch nicht zur Anwendung.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in der Hauptsache und änderte es bloß im Kostenpunkt teilweise ab. Die Entscheidung stehe in Übereinstimmung mit der Vorentscheidung SSV-NF 5/70. Der mit Bescheid der beklagten Partei vom 23.4.1990 festgestellte Überbezug an Ausgleichszulage stelle einen die gebührende Leistung übersteigenden Betrag im Sinne des Art 38 zweiter Satz des Abkommens dar, nämlich die rechnerische Differenz zwischen dem Richtsatz und der Pension zuzüglich eines aus den übrigen Einkünften des Pensionsberechtigten (nämlich deren Witwenpension aus Italien) erwachsenden Nettoeinkommens (§ 292 Abs 1 ASVG). Daß die beklagte Partei die Ausgleichszulage nicht zunächst als Vorschuß gewährt habe, habe nur die Konsequenz, daß sie nicht zur Aufrechnung gemäß § 103 Abs 1 Z 3 ASVG mit den zu erbringenden Geldleistungen berechtigt sei. Mangels Streitfalles zwischen den beiden Sozialversicherungsträgern (aus Italien und Österreich) sei es auch irrelevant, daß die beklagte Partei kein Ersuchen um Einbehalt der Nachzahlung an den italienischen Träger im Sinne des Art 38 des Abkommens gestellt habe. Da es sowohl bei der Aufrechnung als auch bei der Einbehaltung einer Nachzahlung nicht um die Pflicht des Empfängers zum Rückersatz einer diesem schon erbrachten Leistung des österreichischen Versicherungsträgers, sondern um das Recht dieses Versicherungsträgers, die Auszahlung einer anderen Leistung (nämlich der italienischen Nachzahlung) zu verweigern, gehe, sei es auch bedeutungslos, daß im Vorverfahren (SSV-NF 7/105) der Rückforderungsanspruch der beklagten Partei rechtskräftig abgewiesen wurde, weil es sich im gegenständlichen Verfahren eben nicht um die Rückforderung, sondern um Einbehalt und Aufrechnung handle, sodaß auch die Verjährungsbestimmung des § 107 Abs 2 lit b ASVG nicht zum Tragen komme. Auch auf eine behauptete Gutgläubigkeit der Maria B\*\*\*\*\* komme es nicht an, weil diese nur für den hier nicht maßgeblichen Fall der Rückforderung gemäß § 107 ASVG Bedeutung habe. Weder ein Aufrechnungsverbot noch ein Aufrechnungshindernis lägen vor. Auch Art 111/2 der EWG - Durchführungsverordnung Nr 574/72 sehe das Recht des Trägers eines Mitgliedstaates vor, vom Träger eines anderen Mitgliedstaates einen Einbehalt von zuviel bezahlten Beträgen zu fordern. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in der Hauptsache und änderte es bloß im Kostenpunkt teilweise ab. Die Entscheidung stehe in Übereinstimmung mit der Vorentscheidung SSV-NF 5/70. Der mit Bescheid der beklagten Partei vom 23.4.1990 festgestellte Überbezug an Ausgleichszulage stelle einen die gebührende Leistung übersteigenden Betrag im Sinne des Artikel 38, zweiter Satz des Abkommens dar, nämlich die rechnerische Differenz zwischen dem Richtsatz und der Pension zuzüglich eines aus den übrigen Einkünften des Pensionsberechtigten (nämlich deren Witwenpension aus Italien) erwachsenden Nettoeinkommens (Paragraph 292, Absatz eins, ASVG). Daß die beklagte Partei die Ausgleichszulage nicht zunächst als Vorschuß gewährt habe, habe nur die Konsequenz, daß sie nicht zur Aufrechnung gemäß Paragraph 103, Absatz eins, Ziffer 3, ASVG mit den zu erbringenden Geldleistungen berechtigt sei. Mangels Streitfalles zwischen den beiden Sozialversicherungsträgern (aus Italien und Österreich) sei es auch irrelevant, daß die beklagte Partei kein Ersuchen um Einbehalt der Nachzahlung an den italienischen Träger im Sinne des Artikel 38, des Abkommens gestellt habe. Da es sowohl bei der Aufrechnung als auch bei der Einbehaltung einer Nachzahlung nicht um die Pflicht des Empfängers zum Rückersatz einer diesem schon erbrachten Leistung des österreichischen Versicherungsträgers, sondern um das Recht dieses Versicherungsträgers, die Auszahlung einer anderen Leistung (nämlich der italienischen Nachzahlung) zu verweigern, gehe, sei es auch bedeutungslos, daß im Vorverfahren (SSV-NF 7/105) der Rückforderungsanspruch der beklagten Partei rechtskräftig abgewiesen wurde, weil es sich im gegenständlichen Verfahren eben nicht um die Rückforderung, sondern um Einbehalt und Aufrechnung handle, sodaß auch die Verjährungsbestimmung des Paragraph 107, Absatz 2, Litera b, ASVG nicht zum Tragen komme. Auch auf eine behauptete Gutgläubigkeit der Maria B\*\*\*\*\* komme es nicht an, weil diese nur für den hier nicht maßgeblichen Fall der Rückforderung gemäß Paragraph 107, ASVG Bedeutung habe. Weder ein Aufrechnungsverbot noch ein Aufrechnungshindernis lägen vor. Auch Artikel 111 /, 2, der EWG - Durchführungsverordnung Nr 574/72 sehe das Recht des Trägers eines Mitgliedstaates vor, vom Träger eines anderen Mitgliedstaates einen Einbehalt von zuviel bezahlten Beträgen zu fordern.

Da noch keine Rechtsprechung zu Art 111 dieser EWG-Verordnung vorliege, sei eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gegeben, welche den Ausspruch über die Zulässigkeit der ordentlichen Revision rechtfertige. Da noch keine Rechtsprechung zu Artikel 111, dieser EWG-Verordnung vorliege, sei eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gegeben, welche den Ausspruch über die Zulässigkeit der ordentlichen Revision rechtfertige.

Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Revisionsgründe der Mangelhaftigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte Revision der klagenden Partei, in welcher die Abänderung der bekämpften Entscheidung im Sinne einer Klagsstattgebung beantragt wird. Des weiteren wird auch die Entscheidung des Berufungsgerichtes im Kostenpunkt angefochten. Schließlich wird der Antrag gestellt, gemäß Art 177 Abs 3 EGV beim Europäischen Gerichtshof eine Vorabentscheidung durch Beantwortung im einzelnen formulierter Rechtsfragen zu beantragen, sowie angeregt, beim Verfassungsgerichtshof "die Prüfung der hier in Frage kommenden einfach gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des ASVG auf Verfassungskonformität in Richtung Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatzes und gemäß Art 89 (2) und (4), Art 140 (1) B-VG die Prüfung des Art 38 des Abkommens in Richtung Verletzung von europarechtlichen Bestimmungen, insb. Art 111 EWG-DVO Nr 574/92 [richtig: 574/72]" zu beantragen. Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Revisionsgründe der Mangelhaftigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte Revision der klagenden Partei, in welcher die Abänderung der bekämpften Entscheidung im Sinne einer Klagsstattgebung beantragt wird. Des weiteren wird auch die Entscheidung des Berufungsgerichtes im Kostenpunkt angefochten. Schließlich wird der Antrag gestellt, gemäß Artikel 177, Absatz 3, EGV beim Europäischen Gerichtshof eine Vorabentscheidung durch Beantwortung im einzelnen formulierter Rechtsfragen zu beantragen, sowie angeregt, beim Verfassungsgerichtshof "die Prüfung der hier in Frage kommenden einfach gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des ASVG auf Verfassungskonformität in Richtung Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatzes und gemäß Artikel 89, (2) und (4), Artikel 140, (1) B-VG die Prüfung des Artikel 38, des Abkommens in Richtung Verletzung von europarechtlichen Bestimmungen, insb. Artikel 111, EWG-DVO Nr 574/92 [richtig: 574/72]" zu beantragen.

Die beklagte Partei hat keine Revisionsbeantwortung erstattet.

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, jedoch nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Vorauszuschicken ist, daß eine Anfechtung der Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz im Kostenpunkt ausgeschlossen ist; dies gilt auch in Sozialrechtssachen (SSV-NF 5/37, 8/115; 10 ObS 2397/96i, 10 ObS 2421/96v). Insoweit ist die Revision daher jedenfalls unzulässig.

Den Parteien eines Zivilrechtsstreites kommt, wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach (SZ 68/89, WBI 1996, 32, ecolex 1996, 39, 10 ObS 294/97a) ausgesprochen hat, kein selbständiges Antragsrecht betreffend die Befassung des Europäischen Gerichtshofes mit einem Vorabentscheidungsersuchen nach Art 177 EGV zu; ein dennoch gestellter Antrag ist daher zurückzuweisen. Vielmehr hat das Gericht erforderlichenfalls allein und von Amts wegen darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen für die Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes vorliegen. Damit liegt aber auch nicht die als weiterer Revisionsgrund geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsgerichtes vor, weil dieses nicht bereits seinerseits eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes beantragt hat. Den Parteien eines Zivilrechtsstreites kommt, wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach (SZ 68/89, WBI 1996, 32, ecolex 1996, 39, 10 ObS 294/97a) ausgesprochen hat, kein selbständiges Antragsrecht betreffend die Befassung des Europäischen Gerichtshofes mit einem Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 177, EGV zu; ein dennoch gestellter Antrag ist daher zurückzuweisen. Vielmehr hat das Gericht erforderlichenfalls allein und von Amts wegen darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen für die Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes vorliegen. Damit liegt aber auch nicht die als weiterer Revisionsgrund geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsgerichtes vor, weil dieses nicht bereits seinerseits eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes beantragt hat.

Soweit im Revisionsschriftsatz an mehreren Stellen ausdrücklich auf "nähere Argumentationen" in der vormaligen Berufung verwiesen wird, muß derartiges nach ständiger Rechtsprechung wirkungslos bleiben, wobei ein solcher Mangel auch nicht verbesserungsfähig ist (EvBl 1985/153, 10 ObS 2303/96s, 10 ObS 2323/96g, RdM 1997/12).

Nach (zusammengefaßter) Auffassung des Revisionswerbers sei zufolge des erst am 15.5.1995 ordnungsgemäß zugestellten verfahrensgegenständlichen Bescheides der beklagten Partei vom 12.5.1995, zu welchem Zeitpunkt

Österreich bereits Mitglied der Europäischen Union geworden war, das Gemeinschaftsrecht der Verordnungen Nr 1408/71 und 574/72 anzuwenden, und nicht (so das Berufungsgericht) auf den davorliegenden Zeitpunkt des "Einbehaltens" (im Ergebnis gleichgesetzt mit Kompensation) durch den italienischen bzw österreichischen Versicherungsträger abzustellen. Da es sich bei der österreichischen Ausgleichszulage um eine (ihrem Charakter nach) Fürsorgeleistung handle, habe der dritte Absatz des Art 111 der zweitgenannten Verordnung zur Anwendung zu kommen. Vor dem Bescheid vom 12.5.1995 sei durch die beklagte Partei keine Kompensationserklärung erfolgt; die früheren Rückzahlungsbegehren der beklagten Partei seien mangels Rechtsgrundlage insbesondere im § 107 ASVG für nicht berechtigt erkannt worden. Nach EU-Recht (Art 111 Abs 1 der Durchführungsverordnung) sei aber eine Einbehaltung und Kompensation nicht möglich, weil die Ausgleichszulage keine Leistung bei Invalidität, Alter oder Tod sei, die "Neufeststellung" einer solchen Leistung nicht eine solche der beklagten Partei, sondern des italienischen Trägers gewesen sei und die Einbehaltung nur durch den Träger des anderen Mitgliedstaates (also Italien) erfolgen dürfe, wenn dieser gegenüber dem Leistungsempfänger nur zu "entsprechenden" Leistungen verpflichtet sei; schließlich könne auch Art 111 Abs 2 dieser Durchführungsverordnung nicht angewendet werden, weil die beklagte Partei nur "unter den Bedingungen und in den Grenzen, die in den von ihr anzuwendenden Rechtsvorschriften" (also den österreichischen) vorgesehen seien, den Einbehalt vom Träger des anderen Mitgliedstaates verlangen könne, was aber hier nicht möglich sei, weil der Oberste Gerichtshof in der Vorentscheidung SSV-NF 5/70 ausdrücklich erkannt habe, daß die Voraussetzungen für eine Rückforderung nach § 107 ASVG nicht erfüllt seien; schließlich sei auch Art 111 Abs 3 der Verordnung nicht anzuwenden, weil die beklagte Partei zwar "Fürsorgeleistungen" (nämlich die Ausgleichszulage) an Maria B\*\*\*\*\* gewährt habe, aber einen darauf gestützten Einbehalt vom Träger des anderen Mitgliedstaates nur "im Falle eines gesetzlich zulässigen Regreßanspruches" verlangen könne, was aber wiederum mangels Vorliegens der Rückforderungsvoraussetzungen nach § 107 ASVG ausscheide. In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht auch von Amts wegen die italienische Rechtslage prüfen und entsprechend anwenden müssen (was auch als Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens nochmals wiederholt wird). Nach (zusammengefaßter) Auffassung des Revisionswerbers sei zufolge des erst am 15.5.1995 ordnungsgemäß zugestellten verfahrensgegenständlichen Bescheides der beklagten Partei vom 12.5.1995, zu welchem Zeitpunkt Österreich bereits Mitglied der Europäischen Union geworden war, das Gemeinschaftsrecht der Verordnungen Nr 1408/71 und 574/72 anzuwenden, und nicht (so das Berufungsgericht) auf den davorliegenden Zeitpunkt des "Einbehaltens" (im Ergebnis gleichgesetzt mit Kompensation) durch den italienischen bzw österreichischen Versicherungsträger abzustellen. Da es sich bei der österreichischen Ausgleichszulage um eine (ihrem Charakter nach) Fürsorgeleistung handle, habe der dritte Absatz des Artikel 111, der zweitgenannten Verordnung zur Anwendung zu kommen. Vor dem Bescheid vom 12.5.1995 sei durch die beklagte Partei keine Kompensationserklärung erfolgt; die früheren Rückzahlungsbegehren der beklagten Partei seien mangels Rechtsgrundlage insbesondere im Paragraph 107, ASVG für nicht berechtigt erkannt worden. Nach EU-Recht (Artikel 111, Absatz eins, der Durchführungsverordnung) sei aber eine Einbehaltung und Kompensation nicht möglich, weil die Ausgleichszulage keine Leistung bei Invalidität, Alter oder Tod sei, die "Neufeststellung" einer solchen Leistung nicht eine solche der beklagten Partei, sondern des italienischen Trägers gewesen sei und die Einbehaltung nur durch den Träger des anderen Mitgliedstaates (also Italien) erfolgen dürfe, wenn dieser gegenüber dem Leistungsempfänger nur zu "entsprechenden" Leistungen verpflichtet sei; schließlich könne auch Artikel 111, Absatz 2, dieser Durchführungsverordnung nicht angewendet werden, weil die beklagte Partei nur "unter den Bedingungen und in den Grenzen, die in den von ihr anzuwendenden Rechtsvorschriften" (also den österreichischen) vorgesehen seien, den Einbehalt vom Träger des anderen Mitgliedstaates verlangen könne, was aber hier nicht möglich sei, weil der Oberste Gerichtshof in der Vorentscheidung SSV-NF 5/70 ausdrücklich erkannt habe, daß die Voraussetzungen für eine Rückforderung nach Paragraph 107, ASVG nicht erfüllt seien; schließlich sei auch Artikel 111, Absatz 3, der Verordnung nicht anzuwenden, weil die beklagte Partei zwar "Fürsorgeleistungen" (nämlich die Ausgleichszulage) an Maria B\*\*\*\*\* gewährt habe, aber einen darauf gestützten Einbehalt vom Träger des anderen Mitgliedstaates nur "im Falle eines gesetzlich zulässigen Regreßanspruches" verlangen könne, was aber wiederum mangels Vorliegens der Rückforderungsvoraussetzungen nach Paragraph 107, ASVG ausscheide. In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht auch von Amts wegen die italienische Rechtslage prüfen und entsprechend anwenden müssen (was auch als Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens nochmals wiederholt wird).

Des weiteren könne der Art 38 des Abkommens auch nicht so extensiv interpretiert werden, daß er auch für Fürsorgeleistungen oder Ausgleichszulage - Zahlungen anwendbar sei, was sich auch aus dem gleichzeitig

veröffentlichten Schlußprotokoll hiezu ergebe, wodurch die ansonsten geltende Bestimmung des § 295 ASVG, wonach dessen Bestimmungen über die Pensionen aus der Pensionsversicherung auch auf die Ausgleichszulage anzuwenden seien, derogiert und außer Kraft gesetzt worden sei. Des weiteren könne der Artikel 38, des Abkommens auch nicht so extensiv interpretiert werden, daß er auch für Fürsorgeleistungen oder Ausgleichszulage - Zahlungen anwendbar sei, was sich auch aus dem gleichzeitig veröffentlichten Schlußprotokoll hiezu ergebe, wodurch die ansonsten geltende Bestimmung des Paragraph 295, ASVG, wonach dessen Bestimmungen über die Pensionen aus der Pensionsversicherung auch auf die Ausgleichszulage anzuwenden seien, derogiert und außer Kraft gesetzt worden sei.

Auch seien die Unterschiede in den Sozialversicherungsabkommen Österreichs mit der BRD und Italien wesentlich. Hierbei sei insbesondere folgendes hervorzuheben: Während im ersten Auszahlungen von Nachzahlungen im Wege des zuständigen Versicherungsträgers des Wohnortes (des Versicherten) vorgesehen seien (SSV-NF 2/82), hätten die zuständigen Versicherungsträger Pensionen bei Alter, Invalidität oder Tod nach letzterem Abkommen direkt an die Anspruchsberechtigten zu zahlen (SSV-NF 5/70). Da die Ausgleichszulage nach ihrer rechtlichen Konstruktion ein Bestandteil der Pension sei, sei Art 9 des Durchführungsabkommens zwischen Österreich und Italien (betreffend die Direktzahlung an den Anspruchsberechtigten) auch auf die Zahlung der Ausgleichszulage anzuwenden. Art 38 des Abkommens selbst regle lediglich die Einbehaltung, nicht die Aufrechnung; diese werde weder im Haupt- noch im Durchführungsabkommen geregelt. Eine innerstaatliche Regelung, welche eine solche für zulässig erkläre, liege nicht vor. § 103 Abs 1 Z 2 ASVG erlaube der beklagten Partei nur die Aufrechnung mit zu Unrecht erbrachten, vom Anspruchsberechtigten rückuerstattenden Leistungen, wobei jedoch der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung SSV-NF 5/70 ausdrücklich ausgesprochen habe, daß Maria B\*\*\*\*\* den verfahrensgegenständlichen Betrag eben gerade nicht zurückzuerstatten habe; wenn aber dieser Rückforderungsanspruch nicht bestehe, sei die Rückforderung auch keine "richtige Forderung", sodaß der Grundsatz zu beachten sei, daß zwischen einer richtigen und nicht richtigen Forderung eine Kompensation nicht stattfinde (§ 1439 ABGB). Im übrigen seien Einbehaltung und Aufrechnung zwei verschiedene Rechte. Wenn aber nach inländischem Recht die von der klagenden Partei allenfalls zu Unrecht erbrachte Leistung vom Anspruchsberechtigten nicht zurückzuerstatten sei, könne diese weder durch Art 38 des Abkommens noch durch Art 111 der EWG-Durchführungsverordnung Nr 574/72 zu einer nach innerstaatlichen Gesetzen zulässigen Aufrechnung führen. Wenn überdies feststehe, daß nicht rückerstattet werden müsse, könne folgerichtig auch nicht späterhin kompensiert werden. Es widerspreche dem verfassungsgesetzlichen Gleichheitsgrundsatz, wenn eine gutgläubig bezogene und gutgläubig verbrauchte Geldleistung aus der Sozialversicherung (hier: die Ausgleichszulage) durch Kompensation dem Anspruchsberechtigten vorenthalten und verweigert werde. Wenn staatsvertraglich zwischen Italien und Österreich vereinbart worden sei, daß der zuständige Träger die Pension (bzw eine Nachzahlung) direkt an den Anspruchsberechtigten zu zahlen habe, habe der italienische Träger das Nachzahlungsguthaben der bei ihm Versicherten Maria B\*\*\*\*\* gar nicht an den österreichischen Träger (= beklagte Partei) überweisen dürfen; wenn dies dennoch geschehen sei, sei dieser Betrag der beklagten Partei vereinbarungswidrig und daher rechtswidrig zugekommen, wobei dieser Sachverhalt einem vertraglichen Ausschluß der Aufrechnung gleichkomme. Auch seien die Unterschiede in den Sozialversicherungsabkommen Österreichs mit der BRD und Italien wesentlich. Hierbei sei insbesondere folgendes hervorzuheben: Während im ersten Auszahlungen von Nachzahlungen im Wege des zuständigen Versicherungsträgers des Wohnortes (des Versicherten) vorgesehen seien (SSV-NF 2/82), hätten die zuständigen Versicherungsträger Pensionen bei Alter, Invalidität oder Tod nach letzterem Abkommen direkt an die Anspruchsberechtigten zu zahlen (SSV-NF 5/70). Da die Ausgleichszulage nach ihrer rechtlichen Konstruktion ein Bestandteil der Pension sei, sei Artikel 9, des Durchführungsabkommens zwischen Österreich und Italien (betreffend die Direktzahlung an den Anspruchsberechtigten) auch auf die Zahlung der Ausgleichszulage anzuwenden. Artikel 38, des Abkommens selbst regle lediglich die Einbehaltung, nicht die Aufrechnung; diese werde weder im Haupt- noch im Durchführungsabkommen geregelt. Eine innerstaatliche Regelung, welche eine solche für zulässig erkläre, liege nicht vor. Paragraph 103, Absatz eins, Ziffer 2, ASVG erlaube der beklagten Partei nur die Aufrechnung mit zu Unrecht erbrachten, vom Anspruchsberechtigten rückuerstattenden Leistungen, wobei jedoch der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung SSV-NF 5/70 ausdrücklich ausgesprochen habe, daß Maria B\*\*\*\*\* den verfahrensgegenständlichen Betrag eben gerade nicht zurückzuerstatten habe; wenn aber dieser Rückforderungsanspruch nicht bestehe, sei die Rückforderung auch keine "richtige Forderung", sodaß der Grundsatz zu beachten sei, daß zwischen einer richtigen und nicht richtigen Forderung eine Kompensation nicht stattfinde (Paragraph 1439, ABGB). Im übrigen seien Einbehaltung und Aufrechnung zwei verschiedene Rechte. Wenn aber nach inländischem Recht die von der klagenden Partei allenfalls zu Unrecht erbrachte Leistung vom Anspruchsberechtigten nicht zurückzuerstatten sei, könne diese

weder durch Artikel 38, des Abkommens noch durch Artikel 111, der EWG-Durchführungsverordnung Nr 574/72 zu einer nach innerstaatlichen Gesetzen zulässigen Aufrechnung führen. Wenn überdies feststehe, daß nicht rückerstattet werden müsse, könne folgerichtig auch nicht späterhin kompensiert werden. Es widerspreche dem verfassungsgesetzlichen Gleichheitsgrundsatz, wenn eine gutgläubig bezogene und gutgläubig verbrauchte Geldleistung aus der Sozialversicherung (hier: die Ausgleichszulage) durch Kompensation dem Anspruchsberechtigten vorenthalten und verweigert werde. Wenn staatsvertraglich zwischen Italien und Österreich vereinbart worden sei, daß der zuständige Träger die Pension (bzw eine Nachzahlung) direkt an den Anspruchsberechtigten zu zahlen habe, habe der italienische Träger das Nachzahlungsguthaben der bei ihm Versicherten Maria B\*\*\*\*\* gar nicht an den österreichischen Träger (= beklagte Partei) überweisen dürfen; wenn dies dennoch geschehen sei, sei dieser Betrag der beklagten Partei vereinbarungswidrig und daher rechtswidrig zugekommen, wobei dieser Sachverhalt einem vertraglichen Ausschluß der Aufrechnung gleichkomme.

Schließlich sei auch auf die Verjährungsbestimmung des § 107 Abs 2 lit b ASVG Bedacht zu nehmen, wonach das Recht auf Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen binnen drei Jahren nach dem Zeitpunkt, in dem dem Versicherungsträger bekanntgeworden sei, daß die Leistung zu Unrecht erbracht wurde, verjährt sei; dieser Zeitpunkt sei im April 1991 gewesen, während die erste ordnungsgemäß zugestellte Bescheidausfertigung vom Mai 1995 stamme. Damit sei aber auch das Aufrechnungsrecht verjährt; in eventu hätte nach § 103 Abs 2 ASVG die Aufrechnung nur bis zur Hälfte der Geldleistung, also bis zum halben Klagsbetrag, erfolgen dürfen. Eine Aufrechnung sei aber dem Kläger gegenüber auch aus der Bestimmung des § 107 Abs 5 ASVG nicht möglich, weil der Kläger keine zum Bezug noch nicht erbrachter Leistungen berechtigte Person im Sinne des Abs 1 dieser Gesetzesstelle sei. Es stelle auch eine Verletzung von Verfahrensvorschriften dar, wenn die Unterinstanzen (ohne die Berechnung geprüft zu haben) davon ausgegangen seien, daß "österreichische Eigenpension + italienische Witwenpension im ganzen Zeitraum [1987 bis 1990] stets höher als der jeweilige Richtwert im Sinne der §§ 292 ff ASVG war". Letztlich werden vom Revisionswerber auch noch breite Ausführungen zum geltend gemachten Zinsenanspruch gemacht. Schließlich sei auch auf die Verjährungsbestimmung des Paragraph 107, Absatz 2, Litera b, ASVG Bedacht zu nehmen, wonach das Recht auf Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen binnen drei Jahren nach dem Zeitpunkt, in dem dem Versicherungsträger bekanntgeworden sei, daß die Leistung zu Unrecht erbracht wurde, verjährt sei; dieser Zeitpunkt sei im April 1991 gewesen, während die erste ordnungsgemäß zugestellte Bescheidausfertigung vom Mai 1995 stamme. Damit sei aber auch das Aufrechnungsrecht verjährt; in eventu hätte nach Paragraph 103, Absatz 2, ASVG die Aufrechnung nur bis zur Hälfte der Geldleistung, also bis zum halben Klagsbetrag, erfolgen dürfen. Eine Aufrechnung sei aber dem Kläger gegenüber auch aus der Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 5, ASVG nicht möglich, weil der Kläger keine zum Bezug noch nicht erbrachter Leistungen berechtigte Person im Sinne des Absatz eins, dieser Gesetzesstelle sei. Es stelle auch eine Verletzung von Verfahrensvorschriften dar, wenn die Unterinstanzen (ohne die Berechnung geprüft zu haben) davon ausgegangen seien, daß "österreichische Eigenpension + italienische Witwenpension im ganzen Zeitraum [1987 bis 1990] stets höher als der jeweilige Richtwert im Sinne der Paragraphen 292, ff ASVG war". Letztlich werden vom Revisionswerber auch noch breite Ausführungen zum geltend gemachten Zinsenanspruch gemacht.

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof - insgesamt - folgendes erwogen:

Die geltend gemachten "Mangelhaftigkeiten des Verfahrens und Verletzung von Verfahrensvorschriften" liegen nicht vor, was gemäß § 510 Abs 3 dritter Satz ZPO keiner weitergehenden Begründung bedarf. Soweit hierin die Nichtbeachtung von für die Fallbeurteilung maßgeblichem EU-Recht moniert wird, handelt es sich ausschließlich um eine Frage der rechtlichen Beurteilung der Sache, welche sohin auch der Rechtsrüge zuzuordnen ist. Hiezu wird im Nachfolgenden ohnedies, soweit erforderlich, durch den Obersten Gerichtshof Stellung zu nehmen sein. Die geltend gemachten "Mangelhaftigkeiten des Verfahrens und Verletzung von Verfahrensvorschriften" liegen nicht vor, was gemäß Paragraph 510, Absatz 3, dritter Satz ZPO keiner weitergehenden Begründung bedarf. Soweit hierin die Nichtbeachtung von für die Fallbeurteilung maßgeblichem EU-Recht moniert wird, handelt es sich ausschließlich um eine Frage der rechtlichen Beurteilung der Sache, welche sohin auch der Rechtsrüge zuzuordnen ist. Hiezu wird im Nachfolgenden ohnedies, soweit erforderlich, durch den Obersten Gerichtshof Stellung zu nehmen sein.

Vorauszuschicken ist zunächst, daß Gegenstand des mit Urteil des Obersten Gerichtshof vom 25.6.1991, SSV-NF 5/70, rechtskräftig abgeschlossenen Vorverfahrens 31 Cgs 155/90 lediglich die Prüfung der Voraussetzungen für die von der beklagten Partei im damaligen Verfahren geltend gemachte Rückforderung gegen Maria B\*\*\*\*\* als Empfängerin einer

Übergenußleistung war, welche weder nach § 107 ASVG (daß deren Voraussetzungen nicht vorlagen, hat die beklagte Partei im damaligen Revisionsverfahren selbst zugestanden) noch nach Art 38 des Abkommens bejaht wurden. Nicht Gegenstand dieses Vorverfahrens (dies schon in Ermangelung eines darauf lautenden und in der Folge durch Bekämpfung in die sukzessive Zuständigkeit der Gerichte fallenden Bescheides) war hingegen die im jetzigen Verfahren gegenständliche Frage der Aufrechnung bzw Einbehaltung der italienischen Rentennachzahlung zur teilweisen Abdeckung der inländischen Ausgleichszulagenüberzahlung. Aus der Rechtskraft der dem damaligen Prozeßstandpunkt (im Sinne einer Klagsstattgebung) folgenden Entscheidungen aller drei Instanzen ist daher vorweg für den jetzigen Standpunkt des Klägers nichts abzuleiten. Vorauszuschicken ist zunächst, daß Gegenstand des mit Urteil des Obersten Gerichtshof vom 25.6.1991, SSV-NF 5/70, rechtskräftig abgeschlossenen Vorverfahrens 31 Cgs 155/90 lediglich die Prüfung der Voraussetzungen für die von der beklagten Partei im damaligen Verfahren geltend gemachte Rückforderung gegen Maria B\*\*\*\*\* als Empfängerin einer Übergenußleistung war, welche weder nach Paragraph 107, ASVG (daß deren Voraussetzungen nicht vorlagen, hat die beklagte Partei im damaligen Revisionsverfahren selbst zugestanden) noch nach Artikel 38, des Abkommens bejaht wurden. Nicht Gegenstand dieses Vorverfahrens (dies schon in Ermangelung eines darauf lautenden und in der Folge durch Bekämpfung in die sukzessive Zuständigkeit der Gerichte fallenden Bescheides) war hingegen die im jetzigen Verfahren gegenständliche Frage der Aufrechnung bzw Einbehaltung der italienischen Rentennachzahlung zur teilweisen Abdeckung der inländischen Ausgleichszulagenüberzahlung. Aus der Rechtskraft der dem damaligen Prozeßstandpunkt (im Sinne einer Klagsstattgebung) folgenden Entscheidungen aller drei Instanzen ist daher vorweg für den jetzigen Standpunkt des Klägers nichts abzuleiten.

Im Hinblick auf das maßgebliche Bescheidzustellungsdatum 15.5.1995 stellt sich zunächst die Frage des anzuwendenden Rechts (EU - zwischenstaatliche Abkommen - innerstaatliches Recht). Bereits durch den Beitritt Österreichs zum EWR und mit Inkrafttreten des EWR-BVG BGBl 1993/115 am 1.1.1994 wurden nämlich die schon mehrfach zitierten EWG-Verordnungen Nr 1408/71 vom 14.6.1971 und Nr 474/72 vom 2.3.1972 für Österreich wirksam. Das bilaterale Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik samt Durchführungsabkommen und Schlußprotokoll, BGBl 1983/307 und 308 wurde durch diese Verordnungen jedoch keineswegs formell aufgehoben (vgl Art 6 der Verordnung Nr 1408/71), sondern werden solche (frühere) Abkommen nur insofern verdrängt, als sie einerseits EU-Bürger betreffen und andererseits nicht ua günstigere Regelungen ausnahmweise vorgehen bzw vom Gemeinschaftsrecht (überhaupt) nicht geregelte Punkte solcher Abkommen gleichfalls grundsätzlich unberührt bleiben (Resch, Nationale Sozialversicherungsabkommen und EG-Verordnungen zur Sozialen Sicherheit, NZS 1996, 603 [604]; derselbe, Europäisches Sozialrecht - erste oberstgerichtliche Entscheidungen, RdW 1997, 461 [462]; EuGH 9.11.1995 Slg 1995 I 3813 = DRDA 1996, 335 [mit Anm ebenfalls von Resch samt weiteren Nachweisen]). Abkommen und Verordnungen sind demgemäß zueinander in Beziehung zu setzen und somit durchaus auch einer inhaltlichen Prüfung nebeneinander zugänglich. Im Hinblick auf das maßgebliche Bescheidzustellungsdatum 15.5.1995 stellt sich zunächst die Frage des anzuwendenden Rechts (EU - zwischenstaatliche Abkommen - innerstaatliches Recht). Bereits durch den Beitritt Österreichs zum EWR und mit Inkrafttreten des EWR-BVG BGBl 1993/115 am 1.1.1994 wurden nämlich die schon mehrfach zitierten EWG-Verordnungen Nr 1408/71 vom 14.6.1971 und Nr 474/72 vom 2.3.1972 für Österreich wirksam. Das bilaterale Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik samt Durchführungsabkommen und Schlußprotokoll, BGBl 1983/307 und 308 wurde durch diese Verordnungen jedoch keineswegs formell aufgehoben vergleiche Artikel 6, der Verordnung Nr 1408/71), sondern werden solche (frühere) Abkommen nur insofern verdrängt, als sie einerseits EU-Bürger betreffen und andererseits nicht ua günstigere Regelungen ausnahmweise vorgehen bzw vom Gemeinschaftsrecht (überhaupt) nicht geregelte Punkte solcher Abkommen gleichfalls grundsätzlich unberührt bleiben (Resch, Nationale Sozialversicherungsabkommen und EG-Verordnungen zur Sozialen Sicherheit, NZS 1996, 603 [604]; derselbe, Europäisches Sozialrecht - erste oberstgerichtliche Entscheidungen, RdW 1997, 461 [462]; EuGH 9.11.1995 Slg 1995 römisch eins 3813 = DRDA 1996, 335 [mit Anmerkung ebenfalls von Resch samt weiteren Nachweisen]). Abkommen und Verordnungen sind demgemäß zueinander in Beziehung zu setzen und somit durchaus auch einer inhaltlichen Prüfung nebeneinander zugänglich.

Bei Aufrechnung auf eine Geldleistung ist nach § 367 Abs 2 ASVG ein Bescheid zu erlassen, der durch Klage bei Gericht bekämpft werden kann (SSV-NF 3/66). Da die Zustellung dieses maßgeblichen Bescheides erst am 15.5.1995 erfolgte (SSV-NF 7/105), ist damit die Rechtslage für dieses Rechtsinstitut zu diesem Zeitpunkt - trotz Verwirklichung wesentlicher Sachverhaltselemente bereits Jahre zuvor (die Überweisung der italienischen Pensionsnachzahlung

betrifft den Zeitraum Jänner 1987 bis Jänner 1990; die Einbehaltung durch die beklagte Partei erfolgte bereits im April 1990) - maßgeblich und der Beurteilung zugrundezulegen. Nur wenn auch die bescheidmäßig erfolgte Aufrechnungserklärung der beklagten Partei vor dem Inkrafttreten des EWR-BVG BGBI 1993/115 am 1.1.1994 gelegen wäre, wäre eine Bedachtnahme auf die mit diesem Datum für Österreich wirksam gewordenen EWG-Verordnungen 1408/71 vom 14.6.1971 und 574/72 vom 2.3.1972 mangels zeitlichen Geltungsbereiches von vornehmerein nicht anwendbar (9 ObS 163/95; RdW 1997, 418). Bei Aufrechnung auf eine Geldleistung ist nach Paragraph 367, Absatz 2, ASVG ein Bescheid zu erlassen, der durch Klage bei Gericht bekämpft werden kann (SSV-NF 3/66). Da die Zustellung dieses maßgeblichen Bescheides erst am 15.5.1995 erfolgte (SSV-NF 7/105), ist damit die Rechtslage für dieses Rechtsinstitut zu diesem Zeitpunkt - trotz Verwirklichung wesentlicher Sachverhaltselemente bereits Jahre zuvor (die Überweisung der italienischen Pensionsnachzahlung betrifft den Zeitraum Jänner 1987 bis Jänner 1990; die Einbehaltung durch die beklagte Partei erfolgte bereits im April 1990) - maßgeblich und der Beurteilung zugrundezulegen. Nur wenn auch die bescheidmäßig erfolgte Aufrechnungserklärung der beklagten Partei vor dem Inkrafttreten des EWR-BVG BGBI 1993/115 am 1.1.1994 gelegen wäre, wäre eine Bedachtnahme auf die mit diesem Datum für Österreich wirksam gewordenen EWG-Verordnungen 1408/71 vom 14.6.1971 und 574/72 vom 2.3.1972 mangels zeitlichen Geltungsbereiches von vornehmerein nicht anwendbar (9 ObS 163/95; RdW 1997, 418).

Maßgebliche EWR- bzw nunmehr EU-rechtliche Norm für Rückforderungsansprüche des "Trägers eines Mitgliedsstaats" betreffend nicht geschuldete Zahlungen ist hiebei Art 111 der (Durchführungs-)Verordnung (EWG) 574/72 vom 21.3.1972 (abgedruckt auch in Oetker/Preis, EAS, Band Rechtsvorschriften, Abschnitt A 2030). Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut: Maßgebliche EWR- bzw nunmehr EU-rechtliche Norm für Rückforderungsansprüche des "Trägers eines Mitgliedsstaats" betreffend nicht geschuldete Zahlungen ist hiebei Artikel 111, der (Durchführungs-)Verordnung (EWG) 574/72 vom 21.3.1972 (abgedruckt auch in Oetker/Preis, EAS, Band Rechtsvorschriften, Abschnitt A 2030). Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"(1) Hat der Träger eines Mitgliedsstaats bei der Feststellung oder Neufeststellung von Leistungen bei Invalidität, Alter oder Tod (Renten) in Anwendung des Titels III Kapitel 3 der Verordnung einem Leistungsempfänger einen höheren Betrag gezahlt als den, auf den dieser Anspruch hat, so kann dieser Träger vom Träger jedes anderen Mitgliedsstaats, der gegenüber dem Leistungsempfänger zu entsprechenden Leistungen verpflichtet ist, verlangen, den zuviel gezahlten Betrag von den nachzuzahlenden Beträgen einzubehalten, die er dem Leistungsempfänger zahlt. Dieser letztgenannte Träger überweist den einbehaltenen Betrag dem forderungsberechtigten Träger. Sowie der zuviel gezahlte Betrag nicht von den nachzuzahlenden Beträgen einbehalten werden kann, ist Abs 2 anzuwenden." (1) Hat der Träger eines Mitgliedsstaats bei der Feststellung oder Neufeststellung von Leistungen bei Invalidität, Alter oder Tod (Renten) in Anwendung des Titels römisch III Kapitel 3 der Verordnung einem Leistungsempfänger einen höheren Betrag gezahlt als den, auf den dieser Anspruch hat, so kann dieser Träger vom Träger jedes anderen Mitgliedsstaats, der gegenüber dem Leistungsempfänger zu entsprechenden Leistungen verpflichtet ist, verlangen, den zuviel gezahlten Betrag von den nachzuzahlenden Beträgen einzubehalten, die er dem Leistungsempfänger zahlt. Dieser letztgenannte Träger überweist den einbehaltenen Betrag dem forderungsberechtigten Träger. Sowie der zuviel gezahlte Betrag nicht von den nachzuzahlenden Beträgen einbehalten werden kann, ist Absatz 2, anzuwenden.

(2) Hat der Träger eines Mitgliedsstaats einem Leistungsempfänger einen höheren Betrag gezahlt als den, auf den dieser Anspruch hat, so kann dieser Träger unter den Bedingungen und in den Grenzen, die in den von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften vorgesehen sind, vom Träger jedes anderen Mitgliedsstaats, der gegenüber dem Leistungsempfänger zu Leistungen verpflichtet ist, verlangen, den zuviel gezahlten Betrag von den Beträgen einzubehalten, die er dem Leistungsempfänger zahlt. Dieser letztgenannte Träger behält den entsprechenden Betrag unter den Bedingungen und in den Grenzen ein, die nach den von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften für einen solchen Ausgleich vorgesehen sind, als ob es sich um von ihm selbst zuviel gezahlte Beträge handele; er überweist den einbehaltenen Betrag dem forderungsberechtigten Träger.

(3) Hat eine Person, für die die Verordnung gilt, während eines Zeitraums, in dem sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats Anspruch auf Leistungen hatte, im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats Fürsorgeleistungen erhalten, so kann die Stelle, die sie gewährt hat, im Fall eines gesetzlich zulässigen Regressanspruchs auf die der genannten Person geschuldeten Leistungen vom Träger jedes anderen Mitgliedsstaats, der gegenüber dieser Person zu Leistungen verpflichtet ist, verlangen, den für Fürsorgeleistungen verauslagten Betrag von den Beträgen einzubehalten, die dieser Träger der genannten Person zahlt.

Hat ein Familienangehöriger einer Person, für die die Verordnung gilt, während eines Zeitraums, in dem diese Person für den betreffenden Familienangehörigen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats Anspruch auf Leistungen hatte, im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats Fürsorgeleistungen erhalten, so kann die Stelle, die sie gewährt hat, im Fall eines gesetzlich zulässigen Regressanspruchs auf die der betreffenden Person für die betreffenden Familienangehörigen geschuldeten Leistungen vom Staat jedes anderen Mitgliedsstaats, der gegenüber dieser Person zu solchen Leistungen verpflichtet ist, verlangen, den für Fürsorgeleistungen verauslagten Betrag von den Beträgen einzubehalten, die dieser Träger der genannten Person für den betreffenden Familienangehörigen zahlt.

Der leistungspflichtige Träger behält den entsprechenden Betrag unter den Bedingungen und in den Grenzen ein, die nach den von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften für einen solchen Ausgleich vorgesehen sind; er überweist den einbehaltenden Betrag der forderungsberechtigten Stelle."

Maßgebliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu dieser Norm existiert derzeit, soweit überblickbar, noch nicht (vgl Oetker/Preis, EAS, Band Rechtsvorschriften - Verordnungen, bei Art 111 leg cit). Maßgebliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu dieser Norm existiert derzeit, soweit überblickbar, noch nicht vergleiche Oetker/Preis, EAS, Band Rechtsvorschriften - Verordnungen, bei Artikel 111, leg cit).

Soweit Art 111 der Verordnung Nr 1408/71 normiert, daß der Träger, der die relevante "Vorleistung" erbracht hat (hier also Österreich), von dem Träger, der aufgrund der späteren Entscheidungen Nachzahlungen zu erbringen hat (hier: Italien), verlangen kann, daß der entsprechende Betrag einzubehalten ist, wird nur eine gegenseitige Verpflichtung der Versicherungsträger der Mitgliedsstaaten im Interesse der gegenseitigen Wahrung der Interessen normiert. Wird ein Ersuchen in diesem Sinne gestellt, so ist der nachzahlungspflichtige Träger zum Einbehalt und zur Überweisung an den forderungsberechtigten Träger verpflichtet. Diese Bestimmung betrifft - wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - somit nur das Rechtsverhältnis zwischen den Sozialversicherungsträgern zweier Vertragsstaaten; sie legt klar, daß kein Träger verpflichtet ist, Nachzahlungen von Amts wegen an den Träger des anderen Vertragsstaates zu überweisen und daß auch keinem Träger eine solche Nachzahlung vom Träger des Vertragsstaates gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann. Soweit Artikel 111, der Verordnung Nr 1408/71 normiert, daß der Träger, der die relevante "Vorleistung" erbracht hat (hier also Österreich), von dem Träger, der aufgrund der späteren Entscheidungen Nachzahlungen zu erbringen hat (hier: Italien), verlangen kann, daß der entsprechende Betrag einzubehalten ist, wird nur eine gegenseitige Verpflichtung der Versicherungsträger der Mitgliedsstaaten im Interesse der gegenseitigen Wahrung der Interessen normiert. Wird ein Ersuchen in diesem Sinne gestellt, so ist der nachzahlungspflichtige Träger zum Einbehalt und zur Überweisung an den forderungsberechtigten Träger verpflichtet. Diese Bestimmung betrifft - wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - somit nur das Rechtsverhältnis zwischen den Sozialversicherungsträgern zweier Vertragsstaaten; sie legt klar, daß kein Träger verpflichtet ist, Nachzahlungen von Amts wegen an den Träger des anderen Vertragsstaates zu überweisen und daß auch keinem Träger eine solche Nachzahlung vom Träger des Vertragsstaates gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann.

Für den vorliegenden Fall kann aus dieser Bestimmung jedoch aus folgender Überlegung nichts für die Lösung der anstehenden Rechtsfragen abgeleitet werden: Der Träger eines anderen Mitgliedsstaates ist nämlich nur bei entsprechendem "Verlangen" zur Einbehaltung und Überweisung verpflichtet; behält er jedoch die Nachzahlung ein und überweist er den Betrag an den forderungsberechtigten Träger ohne dessen Verlangen, so wird dadurch dessen Aufrechnungsmöglichkeit nach Maßgabe der innerstaatlichen Rechtsvorschriften in keiner Weise berührt. Dazu kommt, daß die bezeichnete Verordnung in Österreich ja erst nach Anfall der italienischen Nachzahlung und deren Überweisung an den österreichischen Träger in Kraft trat, sodaß die Bestimmungen über das "Verlangen" damals noch gar nicht anwendbar waren.

Im Unterschied zum zwischenstaatlichen Abkommen mit Italien - worauf noch später einzugehen sein wird - enthält die Verordnung Nr 1408/71 keine Bestimmung über die Aufrechnung. Die Zulässigkeit derselben in Österreich ist daher jedenfalls nach innerstaatlichem Recht (und nicht nach EU-Recht) zu beurteilen.

§ 296 Abs 4 ASVG enthält hiebei eine zur Hintanhaltung einer Bereicherung des betroffenen Pensionisten geschaffene Sondernorm für eine Aufrechnungsmöglichkeit des Versicherungsträgers im Falle des Überbezuges einer Ausgleichszulage. Wie der Senat bereits in der Entscheidung SSV-NF 8/109 ausgesprochen hat, läßt diese Bestimmung schon nach ihrem Wortlaut nicht nur die Aufrechnung gegen Pensionsnachzahlungen nach dem ASVG, sondern gegen Nachzahlungen aus jedem Pensionssystem zu, was somit - vorliegendenfalls - auch für die aus der Republik Italien

zugekommenen Pensionsnachzahlungen grundsätzlich gelten muß. Als lex specialis verdrängt daher der § 296 Abs 4 ASVG die allgemeine Aufrechnungsnorm des § 103 ASVG, auf den jedoch der Revisionswerber in seinem Rechtsmittel immer wieder Bezug nimmt. Auch aus der von ihm (eventualiter) reklamierten Anwendung der Bestimmung des § 103 Abs 2 ASVG (Aufrechnung nur bis zur Hälfte der zu erbringenden Geldleistung) ist für ihn nichts gewonnen. Diese regelt nämlich nur die Aufrechnung mit künftig fällig werdender Zahlung, um dem Betroffenen eine Mindestversorgung zu sichern. Da es sich hier nicht um die Aufrechnung gegen eine weiterlaufende Leistung handelt, ist der Hinweis der Revision auf diese Bestimmung verfehlt. Paragraph 296, Absatz 4, ASVG enthält hiebei eine zur Hintanhaltung einer Bereicherung des betroffenen Pensionisten geschaffene Sondernorm für eine Aufrechnungsmöglichkeit des Versicherungsträgers im Falle des Überbezuges einer Ausgleichszulage. Wie der Senat bereits in der Entscheidung SSV-NF 8/109 ausgesprochen hat, lässt diese Bestimmung schon nach ihrem Wortlaut nicht nur die Aufrechnung gegen Pensionsnachzahlungen nach dem ASVG, sondern gegen Nachzahlungen aus jedem Pensionssystem zu, was somit - vorliegendenfalls - auch für die aus der Republik Italien zugekommenen Pensionsnachzahlungen grundsätzlich gelten muß. Als lex specialis verdrängt daher der Paragraph 296, Absatz 4, ASVG die allgemeine Aufrechnungsnorm des Paragraph 103, ASVG, auf den jedoch der Revisionswerber in seinem Rechtsmittel immer wieder Bezug nimmt. Auch aus der von ihm (eventualiter) reklamierten Anwendung der Bestimmung des Paragraph 103, Absatz 2, ASVG (Aufrechnung nur bis zur Hälfte der zu erbringenden Geldleistung) ist für ihn nichts gewonnen. Diese regelt nämlich nur die Aufrechnung mit künftig fällig werdender Zahlung, um dem Betroffenen eine Mindestversorgung zu sichern. Da es sich hier nicht um die Aufrechnung gegen eine weiterlaufende Leistung handelt, ist der Hinweis der Revision auf diese Bestimmung verfehlt.

Wie sich aus dem (im Rahmen der sukzessiven Zuständigkeitskompetenz der Gerichte zur Prüfung nunmehr auch des Obersten Gerichtshof maßgeblichen) Bescheid der beklagten Partei vom 12.5.1995 ergibt, stützt diese ihren Anspruch zur Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990, welcher Gegenstand der Entscheidung SSV-NF 5/70 war, festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage auf Art 38 des Abkommens. Diese Bestimmung lautet: Wie sich aus dem (im Rahmen der sukzessiven Zuständigkeitskompetenz der Gerichte zur Prüfung nunmehr auch des Obersten Gerichtshof maßgeblichen) Bescheid der beklagten Partei vom 12.5.1995 ergibt, stützt diese ihren Anspruch zur Abdeckung der mit Bescheid vom 23.4.1990, welcher Gegenstand der Entscheidung SSV-NF 5/70 war, festgestellten Überzahlung an Ausgleichszulage auf Artikel 38, des Abkommens. Diese Bestimmung lautet:

"Hat ein Träger eines Vertragsstaates einen Vorschuß auf eine Leistung gezahlt, so hat der Träger des anderen Vertragsstaates die auf denselben Zeitraum entfallende Nachzahlung einer entsprechenden Leistung, auf die nach den Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates Anspruch besteht, auf Ersuchen und zugunsten des erstgenannten Trägers einzubehalten. Hat der Träger des einen Vertragsstaates für eine Zeit, für die der Träger des anderen Vertragsstaates nachträglich eine entsprechende Leistung zu erbringen hat, eine höhere als die gebührende Leistung gezahlt, so gilt der diese Leistung übersteigende Betrag bis zur Höhe des nachzuzahlenden Betrages als Vorschuß im Sinn des ersten Satzes".

Daß auf diese Bestimmung der Anspruch auf Rückersatz an Ausgleichszulage nicht gestützt werden kann, hat der Senat bereits in seiner Vorentscheidung SSV-NF 5/70 ausgesprochen. Soweit der Revisionswerber in diesem Zusammenhang auf Punkt 3 des Schlußprotokolls der beiden Vertragsstaaten zum Abkommen verweist, wonach sich Art 5 Abs 1 des Abkommens nicht auf die Ausgleichszulage nach den österreichischen Rechtsvorschriften bezieht, betrifft diese Abkommensbestimmung - wie schon das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - lediglich die Nichtzahlung einer derartigen (österreichischen) Leistung unabhängig vom Aufenthaltsland des Berechtigten im Gebiet auch des anderen (hier: italienischen) Vertragsstaates (auch nach § 292 Abs 1 ASVG ist der Bezug der Ausgleichszulage an den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland geknüpft). Ein darüber hinausgehender Vorbehalt, daß die (österreichische) Ausgleichszulage gleichsam schlechthin von der Anwendung des Abkommens ausgenommen sei, ist weder diesem Schlußprotokoll noch dem Haupt- und Durchführungsabkommen zu entnehmen. Es hat daher auch bei der Grundsatzregel des § 295 ASVG zu verbleiben, wonach die Anwendung der Bestimmungen des ASVG über die Pensionen auch auf die Ausgleichszulage anzuwenden sind; selbiges ergibt sich auch aus Art 1 Abs 1 Z 8 des Abkommens, wo der in Art 38 verwendete Begriff (Geld-)Leistung als Pension oder Rente "einschließlich aller ihrer Teile aus öffentlichen Mitteln, aller Zuschläge, Anpassungsbeträge, Zulagen" etc verstanden und definiert wird. Insoweit ist damit aber auch der Überbezug der Mutter des Klägers an Ausgleichszulage in den Jahren 1987 bis 1990 durchaus dem

Begriff des "Vorschusses" im Sinne des Art 38 des Abkommens zu unterstellen, wird doch darunter - nach dessen zweiten, bereits wörtlich wiedergegebenen Satz - schlechthin die Erbringung einer höheren als tatsächlich gebührenden (Geld-)Leis

**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)