

zu einer unterschiedlichen Beurteilung hinsichtlich der Dienstnehmereigenschaft führen. Pauschale Aussagen lassen sich nur schwer treffen und die Fülle der dazu ergangenen Judikatur vermag lediglich auf den ersten Blick eine Hilfe zu sein.⁴⁴

1.4. Fitnesstrainer – Alles eine Frage der Kondition(en)⁴⁵

Annette A arbeitet seit mehreren Jahren als Fitnesstrainerin in dem gut frequentierten Fitnessclub „BeFit“ im Herzen von Wien. Ihre Aufgabe ist es, Besucher des Fitnesscenters zu betreuen und zu beraten, Kundenwünsche entgegenzunehmen und gelegentlich auch kleinere administrative Aufgaben im Backoffice zu übernehmen. In ihrem mit dem Fitnesscenter abgeschlossenen Vertrag, der die Überschrift „Vereinbarung über die Tätigkeit als Fitnesstrainerin“ enthält, findet sich der Punkt „*Vertretungsregel*“. A habe demnach „*jederzeit das Recht, sich durch geeignete Personen vertreten zu lassen*“. Davon hat A allerdings – ebenso wenig wie ihre Kollegen – noch nie Gebrauch gemacht. Ihre Arbeitszeiten werden monatlich im Voraus mit der Clubleitung festgelegt, haben sich im Laufe der Zeit aber relativ fix eingependelt. Im Club trägt A ein T-Shirt oder eine Trainingsjacke mit dem Logo des Fitnesscenters und der Aufschrift „Trainerin“, um so für die Kunden sofort als solche erkennbar zu sein. Es ist zu jeder Zeit ein Clubleiter oder dessen Vertretung anwesend, der A auch spontan kleinere Aufgaben zuweisen kann.

Ist A eine DN iSd § 4 Abs 2 ASVG?

Lösung

Im Folgenden ist zu prüfen, ob A eine DN iSd § 4 Abs 2 ASVG ist und somit nach § 4 Abs 1 Z 1 ASVG der Vollversicherung nach diesem Gesetz unterliegt. DN ist, wer **Dienstleistungen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt** erbringt. Im Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte, die gegen eine Entgeltlichkeit des konkreten Vertragsverhältnisses sprechen würden, daher bedarf diese Voraussetzung keiner weiteren Prüfung.

Es bleibt also zu untersuchen, ob A **in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit** für „BeFit“ tätig wird.

Dabei wird darauf abgestellt, ob As **Bestimmungsfreiheit** hinsichtlich Faktoren wie Arbeitsort, Arbeitszeit, arbeitsbezogenes Verhalten weitestgehend **ausgeschaltet** ist und sie insofern den **Weisungen** ihres DG **unterworfen** ist.

In der Spruchpraxis des VwGH ist es für die Beurteilung der Frage, ob Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden, zentral, ob **persönliche**

44 Hierzu darf nochmal Pfalz, Zur Abgrenzung des Dienstnehmerbegriffs, in Resch (Hrsg), Atypische Beschäftigungsformen (2017) empfohlen werden.

45 Angelehnt an VwGH 15.7.2013, 2013/08/0124 DRdA 2014, 67.

Arbeitspflicht besteht.⁴⁶ Müssen die versprochenen Dienste persönlich erbracht werden, liegt ein DV vor – gibt es keine derartige Verpflichtung, spricht das gegen eine Dienstnehmereigenschaft.⁴⁷ Persönliche Arbeitspflicht liegt dann nicht vor, wenn übernommene Dienste sanktionslos abgelehnt werden können oder eine **generelle Vertretungsmöglichkeit** vorgesehen ist, die auch wirklich gelebt wird. Weitere Merkmale, die für das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit sprechen, sind die **Weisungsunterworfenheit** der DN hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten sowie die **Kontrollmöglichkeiten** durch den DG.

Die Prüfung, ob jemand in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen tätig wird, folgt keinem starren Konzept. Vielmehr muss das **Gesamtbild** betrachtet und schlussendlich beurteilt werden, ob die ausgeübte Erwerbstätigkeit eher typisch für einen DN oder für einen selbstständigen Unternehmer ist.⁴⁸ Überwiegen die Elemente, die für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sprechen, ist die Dienstnehmereigenschaft zu bejahen.

Der VwGH definiert **wirtschaftliche Abhängigkeit** iSd § 4 Abs 2 ASVG als das „*Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel*“, welche bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit ist.⁴⁹ Wird somit eine Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit erbracht, ist auch wirtschaftliche Abhängigkeit gegeben – dementsprechend wird diesem Kriterium bei der Prüfung keine intensive Auseinandersetzung gewidmet.⁵⁰ Achtung! Die wirtschaftliche Abhängigkeit darf vor allem **nicht** als „**Lohnabhängigkeit**“ verstanden werden – es geht nicht darum, ob jemand auf das Entgelt aus dem Dienstverhältnis angewiesen ist, um damit seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.

Unterzieht man den Sachverhalt einer Gesamtbetrachtung, ergibt sich folgendes Bild: In As Vertrag findet sich zwar eine Klausel, die ein vermeintliches Vertretungsrecht enthält, allerdings hat A davon noch nie Gebrauch gemacht. Dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise iSd § 539a ASVG folgend, vermag eine solche **Scheinvereinbarung** nicht das Entstehen eines DV zu verhindern, wenn die sonstigen Voraussetzungen dafür vorliegen. Da sich A eben gerade nicht vertreten lässt und sie auch keine Dienste „einfach so“ ablehnen kann, ohne

46 Der VwGH spricht von der persönlichen Arbeitspflicht als „Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit“, vgl VwGH 28.9.2018, Ra 2015/08/0080.

47 Mosler, Der SV-Komm § 4 ASVG Rz 109 ff (Stand 1.7.2020, rdb.at).

48 Mosler, Der SV-Komm § 4 ASVG Rz 87 ff (Stand 1.7.2020, rdb.at).

49 VwGH 15.7.2013, 2013/08/0124 DRdA 2014, 67; Mosler, Der SV-Komm § 4 ASVG Rz 123 ff (Stand 1.7.2020, rdb.at) mwN.

50 Ausführlich zur wirtschaftlichen Abhängigkeit Naderhirn, Die Neuformulierung des Dienstnehmerbegriffes des ASVG durch das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 1997 (2000) 34 ff; Tomandl, Sozialrecht⁷ (2019) Rz 55.

die Anpassung der Beitragsgrundlage im GSVG und BSVG bereits von Amts wegen. Im Falle einer Überschreitung der Höchstbeitragsgrundlage werden die Beiträge nicht über diese hinaus gezahlt, was für die Versicherten von Vorteil ist.⁸⁴

1.8. Formalversicherung

Anna A hat sich ihren Traum erfüllt und endlich im Jahre 2022 ein kleines Café in Klagenfurt am Wörthersee eröffnet. A beschäftigt in ihrem Lokal eine Konditorin, zwei Kellner und eine Reinigungskraft. Ihr Ehemann, Bruno B, war von Anfang an von As Idee begeistert und unterstützt seine Ehefrau seither tatkräftig: Fällt ein Kellner aus, springt er ein oder hilft beim Dekorieren des Cafés sowie überall sonst, wo A Hilfe braucht. Das alles selbstverständlich unentgeltlich, immerhin will B die A, auf deren Rechnung und Betriebsrisiko das Café geführt wird, bei ihrem Traum bestmöglich unterstützen. Da B sie so häufig – wenngleich in unregelmäßigen Abständen – im Café unterstützt, meldet A ihren Ehemann bei der ÖGK an und führt Beiträge für ihn ab; so wie bei allen anderen Mitarbeitern eben auch, denkt sie sich. Für die Höhe der Beiträge orientiert sie sich an den Beträgen, die auch für ihre sonstigen DN anfallen. Im Herbst 2023 wird B krank und muss ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen – dies geschieht durch eine sog „Kassenärztin“. B geht keiner anderen Beschäftigung nach.

Welche rechtlichen Probleme ergeben sich im vorliegenden Sachverhalt? War B berechtigt, die Leistungen in Anspruch zu nehmen?⁸⁵

Lösung

A ist **DG iSd § 35 ASVG** von der Konditorin, den Kellnern und der Reinigungskraft. Nach der Legaldefinition in dieser Bestimmung ist DG derjenige, auf dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, in dem die DN in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.⁸⁶ Als DG treffen A somit diverse Pflichten, wovon besonders die **Meldepflichten** (vgl va §§ 33 f ASVG) und die **beitragsrechtlichen Verpflichtungen** (§§ 55 ff, insb § 58 Abs 2 ASVG, vgl Fall 1.1.) im konkreten Fall relevant sind. Die genannten Mitarbeitenden sind gegen Entgelt in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig und somit DN iSd § 4 Abs 2 ASVG. Sie unterliegen der Vollversicherung, A wird ihren Pflichten gerecht, indem sie als Beitragsschuldnerin auch die Dienstnehmerbeiträge abführt.

84 Die Ausführungen hier betreffen die Beitragspflicht in der KV. Für die PV vgl § 35a GSVG.

85 Stabentheiner/T. Maier in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 100 Rz 1 ff (Stand 1.7.2021, rdb.at); OGH 28.3.2001, 9 ObA 25/01v DRdA 2002/30 (Dellinger); Steiger, Familienhafte Mitarbeit – wann sind Familienmitglieder anzumelden? taxlex 2015, 124; Zehetner, ASVG¹² § 4 Rz 58; vgl Merkblatt zur familienhaften Mitarbeit in Betrieben <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/load?contentid=10008.728189&version=1575548866> (abgerufen am 17.4.2024).

86 Ausführlich zum Dienstgeberbegriff nach § 35 ASVG Julcher, Der SV-Komm § 35 ASVG (Stand 1.7.2020, rdb.at).

Lösung

Bei Hs Kuraufenthalt handelt es sich um eine ausschließlich **freiwillige Leistung** des Krankenversicherungsträgers, auf den dementsprechend kein Rechtsanspruch besteht (§ 121 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 ASVG). Wird der Antrag auf Kuraufenthalt jedoch abgelehnt, kann die Ausübung dieser (gesetzlich eingeräumten) Ermessensentscheidung des Krankenversicherungsträgers gerichtlich überprüft werden.

Dieser Kuraufenthalt ist von jenem, welcher durch den Unfallversicherungsträger aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit gewährt wird, zu unterscheiden. Der Gesetzgeber spricht hier nämlich von Maßnahmen des Krankenversicherungsträgers zur **Festigung der Gesundheit** gem § 155 ASVG. In concreto handelt es sich um einen Fall des § 155 Abs 2 Z 2 lit b ASVG, und zwar die Unterbringung in einer Kuranstalt zur Verhinderung der Verschlimmerung einer bestehenden Krankheit. H hat dabei gem § 155 Abs 3 iVm § 154a Abs 7 ASVG eine Zuzahlung, deren Höhe sich nach ihrer Pension richtet, pro Verpflegstag bei Antritt des Kuraufenthalts im Voraus an den Krankenversicherungsträger zu leisten (vgl § 155 Abs 3 ASVG).

2.3. „Familienbande“

Mitversicherung in der Krankenversicherung

Gem § 123 Abs 1 ASVG besteht unter bestimmten Voraussetzungen **Anspruch auf Sachleistungen der KV** auch für **Angehörige**. Sie müssen ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben und dürfen nicht anderweitig krankenversichert sein. Abs 2 definiert, wer als Angehöriger gilt.

Alois A ist aufgrund seiner Erwerbstätigkeit nach ASVG vollversichert. Er ist mit Anna A verheiratet, diese lebt jedoch von ihm getrennt in einem eigenen Haushalt und ist Hausfrau. Alois A lebt seit sechs Jahren in Linz in Lebensgemeinschaft mit Edna E, die ebenfalls Hausfrau ist, diese hat ein Kind, Lisa E, im Alter von 21 Jahren, welches bei Alois A und Edna E lebt. Lisa E studiert allerdings an der Universität Wien Rechtswissenschaften, ist daneben nicht berufstätig und idR nur an jedem zweiten Wochenende zu Hause. Gemeinsam haben Alois A und Edna E eine gemeinsame Tochter, Alexandra E, 2 Jahre alt. Der gemeinsame Sohn von Anna und Alois A, Leopold A, 15 Jahre und Schüler, lebt bei Anna A.

Können die genannten Personen bei Alois A mitversichert sein?

Lösung

Anna A ist Hausfrau, ist also nicht selbst krankenversichert. Als **Ehegattin** gilt sie als Angehörige iSd § 123 Abs 2 Z 1 ASVG. Ein gemeinsamer Haushalt mit Alois A ist nicht erforderlich, lediglich eine aufrechte Ehe. Sie ist daher als Angehörige in der KV anspruchsberechtigt.

lung nach § 133 Abs 3 ASVG zugeordnet werden. Der Anspruch von E kann jedoch auf § 154 ASVG bzw die Satzung gestützt werden und sind die Kosten nach Maßgabe dessen vom Krankenversicherungsträger zu ersetzen. Für den Fall der Nichtabdeckung dieser Entstellung wäre die Arbeitsfähigkeit von E, besonders im Hinblick auf ihren Beruf als Elementarpädagogin, wesentlich beeinträchtigt. Die Abdeckcreme ist geeignet, die durch die Feuermale bedingte körperliche Beeinträchtigung zumindest zu mildern und die uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit von E in ihrem Beruf sicherzustellen.

2.14. Pflegelifter – Hilfsmittel¹³⁹

Dietmar D ist 91 Jahre alt und leidet an einer Demenzerkrankung. Seine Mobilität ist durch starke Abnützung der Gelenke beeinträchtigt. Er ist nicht mehr in der Lage, selbstständig zu stehen. Seine Muskeln sind verkürzt. Sein behandelnder Arzt verordnet ohne Zusammenhang mit einer Krankenbehandlung einen Pflegelifter. Dabei handelt es sich um eine Konstruktion mit Tragegurten, mit deren Hilfe D in eine aufrechte Körperposition gebracht werden kann. Dadurch wird für das Pflegepersonal das Wechseln der Kleidung und die Körperpflege vereinfacht. Weiters wird durch den Pflegelifter eine voranschreitende Muskulaturverkürzung verhindert und der Kreislauf aktiviert, was die Gefahr von Thrombosen verringert. Durch die Erhöhung der Mobilität von D werden seine sozialen Kontakte gestärkt, was zu einer Verringerung der durch die Demenzerkrankung hervorgerufenen Begleiterscheinungen führt. D begeht die Übernahme der Kosten für diesen Pflegelifter. Zu Recht?

Lösung

Bei D liegt ein **körperliches Gebrechen** vor, welches seine Gesundheit erheblich beeinträchtigt. Der Pflegelifter ist geeignet, bei ihm die Funktion unzulänglicher Körperteile zu übernehmen und die mit dem bei ihm bestehenden Gebrechen verbundene körperliche Beeinträchtigung zu mildern. Der Umstand, dass das **Hilfsmittel zugleich eine Erleichterung der Pflege bewirkt, schließt die Hilfsmittelleignung nicht aus**. Es hat nämlich naturgemäß jedes Hilfsmittel, welches eine körperliche Behinderung ausgleicht, idR auch die Wirkung einer Pflegeerleichterung. D hat daher Anspruch auf Zuschüsse nach Maßgabe des § 154 ASVG bzw der Satzung.

2.15. Alkoholisierung – Anstaltpflege¹⁴⁰

Anstaltpflege

Gem § 144 Abs 1 ASVG ist Pflege in der allgemeinen Gebührenklasse einer Krankenanstalt, die über Landesgesundheitsfonds finanziert wird, zu gewähren, wenn und so lange es die Krankheit erfordert (vgl näher § 144 Abs 1 ASVG).

139 OGH 12.4.2012, 10 ObS 26/12i.

140 OGH 27.1.2009, 10 ObS 99/08v, DRDA 2010/45, 482 (M. Binder) = ZAS 2010/15, 87 (Firlei).

3. Unfallversicherung

Die UV trifft ua Vorsorge für die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (§ 172 Abs 1 ASVG). Mit der UV wird aber nicht nur dem präventiven Gedanken Rechnung getragen; die UV wird – sofern ein Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit vorliegt – auch leistungspflichtig ua in Form von Erste-Hilfe-Leistung bei Arbeitsunfällen sowie Unfallheilbehandlung, Rehabilitation von Versehrten und Entschädigung nach Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten. Wichtig ist, dass in der UV das sog „**Alles-oder-nichts-Prinzip**“ gilt, das bedeutet, dass die UV entweder leistungspflichtig wird oder eben nicht; eine halbe Kostenübernahme der Unfallheilbehandlung gibt es bspw nicht. Deswegen ist es umso wichtiger, feststellen zu können, ob ein Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit vorliegt.

Va bei der Beurteilung, ob es sich bei einem Unfall um einen Arbeitsunfall handelt oder nicht, ergeben sich in der Praxis sehr diffizile Abgrenzungsfragen. Um solchen Abgrenzungsproblemen Herr zu werden, wird die sog **Theorie der wesentlichen Bedingung** herangezogen.

Die Theorie der wesentlichen Bedingung ist von der Adäquanztheorie zu unterscheiden; die Adäquanztheorie dient va im zivilrechtlichen Schadenersatzrecht dazu, die Haftung des Schädigers für ganz atypische, unvorhersehbare Schäden auszuschließen. Das sollte jedoch bei der UV gerade nicht der Fall sein. Die Beurteilung eines Arbeitsunfalls nach der Äquivalenztheorie (*conditio sine qua non*) – *hätte man nicht gearbeitet, wäre der Unfall nicht passiert* – greift zu kurz; damit wäre jeder Unfall, der sich im **örtlichen und zeitlichen Zusammenhang** mit dem Dienstverhältnis ereignet, ein Arbeitsunfall.²⁴⁰ Das Gesetz verlangt zusätzlich aber ausdrücklich einen **ursächlichen Zusammenhang** zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Eintritt des Unfalls. Hier kommt die Theorie der wesentlichen Bedingung ins Spiel: Nicht jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfiele, ist als ursächlich anzusehen, sondern nur diejenige Bedingung, die im Verhältnis zu anderen nach der Auffassung des praktischen Lebens wegen ihrer besonderen Beziehung zum Erfolg an dessen Eintritt wesentlich mitgewirkt hat.²⁴¹ Die Theorie der wesentlichen Bedingung dient va dazu, eruieren zu können, ob die versicherte Beschäftigung wesentliche Ursache für den Eintritt des Unfalls war, oder ob sich der Unfall aufgrund anderer, sog **Gelegenheitsursachen** ereignet hat. Letztere Unfälle sollen vom Versicherungsschutz ausgenommen werden.²⁴²

Wenn mehrere Bedingungen gleichwertig oder annähernd gleichwertig zum Erfolg beigetragen haben, so ist jede von ihnen Ursache im Rechtssinn. Kommt da-

240 Auer-Mayer/Pfeil, Sozialrecht¹³ 77.

241 Vgl OGH 27.1.1988, 9 ObS 32/87 SSV-NF 2/7 RS0084290.

242 Brodil in Köck, Homeoffice § 175 ASVG (Stand 1.6.2021, rdb.at) Rz 17 ff.

Abs 1 ASVG erfasst den DN in seiner Rolle als abhängig Beschäftigten und daher alle Risiken, denen er sich bei der versicherten Beschäftigung ausgesetzt sieht. Entscheidend ist, dass die unfallverursachende Handlung mit dem die Versicherungspflicht auslösenden Dienstverhältnis in einem inneren Zusammenhang steht.²⁴⁹

In casu liegt unstrittig ein Arbeitsunfall vor, da sich der Unfall unmittelbar bei der Verrichtung der Erwerbstätigkeit (ursächlich) in der Tischlerei (örtlich) und während der Arbeitszeit (zeitlich) ereignet hat.

Wichtig

Der hier dargestellte Sachverhalt ist ein Paradebeispiel eines unstrittigen Arbeitsunfalls. In der Praxis sind die Fälle zT jedoch nicht so klar.

Wer hat einen Unfall zu melden?

§ 363 Abs 1 ASVG sieht eine besondere **Meldepflicht** des DG im Falle eines Arbeitsunfalls vor. Bei Arbeitsunfällen, die eine (voraussichtlich) länger als 3 Tage andauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, ist binnen 5 Tagen durch den DG eine Meldung an den zuständigen Unfallversicherungsträger (idR die AUVA), mittels eines aktuellen Formulars²⁵⁰ zu erstatten. Gem § 98 Abs 1 ASchG sind AG überdies verpflichtet, dem Arbeitsinspektorat tödliche und schwere Arbeitsunfälle unverzüglich zu melden, sofern nicht eine Meldung an die Sicherheitsbehörden (idR Polizei) erfolgt. Der Begriff des „schweren Arbeitsunfalls“ nach § 98 Abs 1 ASchG ist jenem der „schweren Körperverletzung“ des § 84 Abs 1 StGB²⁵¹ gleichzusetzen.²⁵²

Im Unfallversicherungsrecht liegt die allgemeine Beweislast beim Versicherten. Damit aber Härten eines unzumutbaren Beweisnotstandes für den Versicherten vermieden werden, wie sie besonders bei Ansprüchen aus Arbeitsunfällen auftreten, muss die Regel des **Anscheinsbeweises** angewendet werden. Man erleichtert damit den Versicherten den Beweis der notwendigen Zusammenhänge etwas. Dabei stützt man sich darauf, dass ein bestimmter Geschehensverlauf typisch und es daher wahrscheinlich ist, dass im konkreten Einzelfall auch dieser typische Geschehensverlauf und kein atypischer gegeben ist. Ist die konkrete Möglichkeit eines anderen Verlaufs zumindest gleich wahrscheinlich, dann ist dem Versicherten der Beweis nicht gelungen.²⁵³ Wenn es erwiesen ist, dass ein Arbeitsunfall vor-

249 Vgl OGH 21.12.1993, 10 ObS 245/93, SZ 66/185.

250 Novak, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (72. Lfg 2021) § 363 ASVG Rz 7.

251 Wenn die Tat eine länger als 24 Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit zur Folge hatte oder die Verletzung oder Gesundheitsschädigung an sich schwer ist.

252 Vgl Ruf/Radauer, Arbeitsunfall – Arbeitgeberpflichten (Stand 23.7.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

253 Vgl zum Anscheinsbeweis ausführlich Albert, Der Anscheinsbeweis im Sozialgerichtsverfahren, DRDA 2000, 488; mwN Müller, Der SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 51 ff (Stand 1.10.2023, rdb.at); Födermayr, Strukturfragen der österreichischen gesetzlichen Unfallversicherung – Zustand nach Covid-19, DRDA 2023, 190 (192); RIS-Justiz RS0110571, zul OGH 17.1.2023, 10 ObS 108/22p.

4.39. Relevanz der Einkommensverhältnisse⁴³⁴

Benno B war zuletzt als Leiter der Abteilung Vertrieb gebrauchter Nutzfahrzeuge in die Beschäftigungsgruppe 5 des anwendbaren KollV eingestuft. Diese Tätigkeit kann er aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben. Der Pensionsversicherungsträger lehnt seinen Antrag auf Berufsunfähigkeitspension mit der Begründung ab, er könne noch Tätigkeiten aus der Beschäftigungsgruppe 4 dieses KollV verrichten (Verkaufstätigkeiten mit selbstständiger Preisdisposition). Dagegen wendet sich B mit dem Argument, er habe als Abteilungsleiter ein überdurchschnittliches jährliches Bruttoeinkommen von 120.000 € ins Verdienen gebracht, bei einer Verweisung auf Tätigkeiten der Beschäftigungsgruppe 4 habe er eine unzumutbare Einkommenseinbuße auf weniger als die Hälfte des bisherigen Einkommens zu erwarten. Ist dieser Einwand von B berechtigt?

Lösung

Das Abstellen auf eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten impliziert, dass für die Beurteilung möglicher Verweisungsberufe keineswegs eine gleiche Ausbildung und gleiche Kenntnisse und Fähigkeiten maßgeblich sind. Die Verweisung von Angestellten auf Tätigkeiten der **nächst-niedrigen Beschäftigungs- oder Verwendungsgruppe eines KollV** ist idR mit **keinem unzumutbaren sozialen Abstieg** verbunden, auch wenn es sich dabei um Arbeiten mit weniger Eigenverantwortung handelt. Auch gewisse **Einbußen an Entlohnung und sozialem Prestige** muss ein Versicherter hinnehmen. Die Frage der Zumutbarkeit einer Lohneinbuße hat auch im Rahmen des Berufsschutzes nach § 273 Abs 1 ASVG grds abstrakt zu erfolgen. Dies bedeutet, dass nicht vom individuellen früheren Verdienst von B bei seinem konkreten AG, sondern vom Durchschnittsverdienst gleichartig Beschäftigter auf dem Arbeitsmarkt auszugehen ist. Der Anspruch auf Berufsunfähigkeitspension besteht daher nicht.

4.40. Dekorateur als Telefonist?⁴³⁵

Ludwig L hat eine Fachschule für bildnerische Gestaltung, Fachrichtung dekorative Gestaltung, abgeschlossen und arbeitet bereits seit 30 Jahren in einem Möbelhaus als Dekorateur. Er leitet eine Gruppe von insgesamt 4 Dekorateuren. Aufgrund diverser körperlicher Einschränkungen kann er seinen Beruf als Dekorateur nicht mehr ausüben. Er beantragt die Berufsunfähigkeitspension. Diese wird jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass L (nur) noch als Telefonist tätig werden könne, was auch den Tatsachen entspricht. Ist diese Begründung zutreffend?

434 OGH 22.10.2013, 10 ObS 124/13b.

435 OGH 5.10.1999, 10 ObS 209/99d.

4. Pensionsversicherung

pension, wenn der Zuverdienst die Geringfügigkeitsgrenze nur bis zu einem bestimmten Ausmaß überschreitet.⁴⁹⁰

Hinweis

Es besteht grds keine gesetzliche Verpflichtung für Beschäftigte, bei Erreichen des Regelalters in Alterspension zu gehen. Im Gegenteil: Es gibt einen sog **Aufschubbonus** bei späterem Pensionsantritt (für Näheres vgl § 261c ASVG und § 5 Abs 4 APG).

4.55. Pension reicht kaum zum Überleben

Friderike F, alleinstehend, hat über 30 Jahre lang gearbeitet, steht nun kurz vor ihrer Pensionierung und befürchtet, dass ihre Pension sehr niedrig ist und sie gerade einmal ihre Fixkosten damit decken kann. Sie hat gehört, dass es in Österreich eine Mindestpension gibt, und fragt sich, ob sie diese erhält.

Lösung

In Österreich gibt es **keine Mindestpension**. Wenn jedoch eine sehr niedrige Pension bezogen wird und der soziale Bedarf besteht, steht Pensionisten – nach einer Überprüfung durch den Pensionsversicherungsträger – eine sog **Ausgleichszulage** gem § 292 ASVG **zusätzlich zur Pension** zu. Diese Ausgleichszulage wird oft als „Mindestpension“ bezeichnet und damit soll ein bestimmtes Mindesteinkommen von Pensionisten sichergestellt werden.⁴⁹¹ Das bedeutet, dass die Ausgleichszulage Pensionisten dann gebührt, wenn sie mit ihrer Pension und ihrem sonstigen Einkommen nicht den Richtsatz, also das sog **garantierte Mindesteinkommen** erreichen. Die Ausgleichszulage beruht nicht auf dem Versicherungsprinzip, sondern weist Merkmale der Sozialhilfe auf; Voraussetzung ist jedoch, dass ein Pensionsanspruch besteht. Jeder Pensionsantrag wird bei der zuständigen Pensionsversicherungsanstalt auch als Antrag auf Ausgleichszulage gewertet und überprüft (vgl § 296 Abs 2 ASVG).⁴⁹²

Wenn Fs Nettoeinkommen nicht das garantierte Mindesteinkommen erreicht, dann gebührt ihr grds eine Ausgleichszulage. Nettoeinkommen ist die Summe sämtlicher Einkünfte in Geld oder Geldeswert nach Ausgleich mit Verlusten, ver-

490 In den Materialien (IA 3743/A 27. GP 6 f) findet sich hierzu folgende Begründung: „Im Zusammenhang mit dem Wegfall der vorzeitigen Pensionsleistung nach § 9 APG ist immer wieder festzustellen, dass bei Bezug von Sonderzahlungen Personen, die neben dem Pensionsbezug eine geringfügige Erwerbstätigkeit ausüben, ungewollt die Geringfügigkeitsgrenze nach § 5 Abs. 2 ASVG (Wert 2023: 500,91 €) überschreiten, wodurch die Pensionsleistung für jenen Zeitraum wegfällt, in dem dieses Erwerbseinkommen bezogen wird. Nunmehr soll den Rechtsfolgen dieser (meist geringen) Überschreitungen der Geringfügigkeitsgrenze durch eine dahingehende Regelung begegnet werden, dass die Pensionsleistung in diesen Fällen nicht wegfällt, wenn und solange die Überschreitungsbeträge im Kalenderjahr (in Summe) 40% der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze (das sind 200,36 € im Jahr 2023) nicht überschreiten.“

491 Vgl Haslinger, Einführung in das Sozialrecht² 75.

492 Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁹ 177; Auer-Mayer/Pfeil, Sozialrecht¹³ 121.

so wäre ein Nachsichtsgrund gegeben. Im konkreten Fall hat H jedoch die Erwerbstätigkeit aus eigenem Antrieb und aufgrund seines Wunsches, mehr Zeit für die Familie zu haben, eingestellt, es ist daher eine **Sperrfrist von 4 Wochen** zu verhängen.

5.3. Arbeitslosengeld trotz Studium? – Objektive Verfügbarkeit gem § 7 Abs 3 AlVG (Vermittelbarkeit in rechtlicher und faktischer Hinsicht)

Das Unternehmen, in dem Emilia E seit 10 Jahren tätig war, wird aufgrund der Pensionierung des Inhabers geschlossen und E meldet sich daraufhin arbeitslos. Da sie durch den Verlust der Arbeit sehr viel Zeit hat und ihre Chancen am Arbeitsmarkt erhöhen möchte, beginnt sie mit dem Vollzeitstudium Wirtschaftswissenschaften. Für den Fall, dass sie eine Arbeit bekommt, würde sie das Studium nur noch nebenbei fortsetzen.

Ist das eine gute Idee im Hinblick auf ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld?

Lösung

Gem § 12 Abs 3 lit f AlVG ist bei Absolvierung eines **Studiums**⁵¹⁸ die Voraussetzung der Arbeitslosigkeit ausgeschlossen.⁵¹⁹ Dies gilt jedoch gem Abs 4 leg cit dann nicht, wenn **bei erstmaliger Inanspruchnahme** von Arbeitslosengeld die „**große“ Anwartschaft** (also in den letzten 24 Kalendermonaten für zumindest 52 Wochen arbeitslosenversicherungspflichtig in Österreich beschäftigt) nach § 14 Abs 1 Satz 1 AlVG erfüllt ist. Bei **wiederholter Inanspruchnahme** während derselben Ausbildung⁵²⁰ ist die Erfüllung der „**kurzen“ Anwartschaft** (§ 14 Abs 2 AlVG, wenn der Arbeitslose in den letzten 12 Monaten vor Geltendmachung des Anspruchs insgesamt 28 Wochen im Inland arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war) ausreichend. Da E in den letzten 10 Jahren Vollzeit beschäftigt war, erfüllt sie jedenfalls die „**große“ Anwartschaft** und ist diese Ausnahmebestimmung für sie gültig. Die Voraussetzung der Arbeitslosigkeit ist daher erfüllt.

Unabhängig davon ist jedoch auch die **Verfügbarkeit** nach § 7 Abs 3 AlVG zu prüfen.⁵²¹ Um diese Voraussetzung zu erfüllen muss E jederzeit eine ihr vermittelte Arbeit aufnehmen können. Hierbei ist auf den üblicherweise bestehenden Lehrplan nach den jeweiligen Ausbildungsvorschriften abzustellen und nicht auf den konkreten Besuch der Lehrveranstaltungen durch E.⁵²² Bei der Prüfung ist

518 Es kommt hier nach der Rsp nunmehr nicht auf die Immatrikulation, sondern auf die Zulassung zum Studium an, vgl VwGH 29.1.2014, 2012/08/0265.

519 Kritisiert wird diese Bestimmung insb von Zechner, AlVG (20. Lfg 2022) zu § 7 Rz 176; Pfeil in Pfeil § 12 Rz 42 kritisiert ebenso die strenge Auslegung der Judikatur dazu.

520 Vgl VwGH 19.1.2022, Ra 2020/08/0174.

521 Vgl ua VwGH 24.2.2016, Ra 2015/08/0209; 18.1.2012, 2010/08/0092.

522 Vgl ua VwGH 15.2.2006, 2004/08/0062; 16.3.1999, 97/08/0011.