



Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Nowotny als Vorsitzenden, die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Mag. Schober sowie die fachkundigen Laienrichter Helmut Purker (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Gerhard Vodera (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei G\*, vertreten durch die Korn & Gärtner Rechtsanwälte OG in Salzburg, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, vertreten durch Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Berufsunfähigkeitspension, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 5. April 2023, GZ 12 Rs 24/23w-34, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 13. Jänner 2023, GZ 20 Cgs 156/22x-28, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### B e g r ü n d u n g :

- [1] Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Frage, ob durch Tätigkeiten im Rahmen eines freien Dienstvertrags Berufsschutz „als Angestellte/r“ iSd § 273 Abs 1 ASVG erworben werden kann.
- [2] Die Klägerin hat den ersten Studienabschnitt des Lehramtsstudiums für Bildnerische Erziehung an höheren Schulen abgeschlossen und mehrere Lehrgänge im Bereich der Kinder- und Behindertenbetreuung sowie (Sozial-)Pädagogik absolviert. In den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag war sie als sozialpädagogische (Einzel-)Betreuerin tätig und hat dabei in der PV-Pflichtversicherung der Angestellten insgesamt 142 Beitragsmonate erworben. Ihre Tätigkeit übte sie zunächst 16 Monate lang in einem Angestelltenverhältnis und dann 113 in einem freien Dienstverhältnis aus. In den letzten 13 Monaten war sie wieder in einem Angestelltenverhältnis tätig und in der Verwendungsgruppe 7 des Kollektivvertrags der Sozialwirtschaft Österreichs (SWÖ-KV) eingestuft.
- [3] Aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen ist die Klägerin nicht mehr in der Lage, ihren Beruf als Sozialpädagogin weiter auszuüben. Sie ist auch nicht mehr für Tätigkeiten der Verwendungsgruppen 6 oder 5, sondern nur noch für Tätigkeiten der Verwendungsgruppe 4 des SWÖ-KV, wie etwa als Bürokraft, Rezeptionistin, Kontierungskraft oder Lern- und Freizeitbetreuerin, einsetzbar.
- [4] Mit Bescheid vom 15. Juli 2022 wies die beklagte Pensionsversicherungsanstalt den Antrag der Klägerin auf Zuerkennung der Berufsunfähigkeitspension ab.
- [5] Mit ihrer dagegen erhobenen Klage begehrt die Klägerin (erkennbar), ihr die Berufsunfähigkeitspension im gesetzlichen Ausmaß zu gewähren. Hilfsweise begehrt sie, das

Vorliegen vorübergehender Berufsunfähigkeit sowie ihren Anspruch auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation und auf Rehabilitationsgeld aus der Krankenversicherung, eventualiter die Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit von Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation festzustellen. Sie brachte vor, dass es für das Erlangen des Berufsschutzes ausschließlich auf den Inhalt der Tätigkeit und nicht darauf ankomme, in welcher Rechtsform diese ausgeübt werde. Das zeige schon § 4 Abs 4 ASVG, der freie Dienstnehmer den Dienstnehmern gleichstelle.

[6] Die Beklagte hielt dem entgegen, die Klägerin sei überwiegend als freie Dienstnehmerin und daher nicht als Angestellte iSd § 273 Abs 1 ASVG tätig gewesen, weshalb sie keinen Berufsschutz genieße. Eine analoge Anwendung des § 273 Abs 1 ASVG auf freie Dienstnehmer scheidet mangels einer (planwidrigen) Lücke aus.

[7] Das Erstgericht wies die Klage ab.

[8] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin, mit der sie nur mehr die Gewährung von Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation und den Zuspruch von Rehabilitationsgeld anstrebte, Folge, hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Auch wenn sich aus § 4 Abs 4 ASVG nicht ergebe, worauf sich die Gleichstellung von freien Dienstnehmern mit Dienstnehmern beziehe, sprächen mehr Argumente dafür, solche Tätigkeiten bei der Prüfung des Berufsschutzes zu berücksichtigen: Neben dem Umstand, dass § 255 Abs 1 ASVG von „Tätigkeiten“ in einem erlernten (angelernten) Beruf spreche, sollte mit § 4 Abs 4 ASVG gerade der „Flucht aus der Sozialversicherung“ entgegengewirkt werden, was für eine umfassende und nicht

bloß eine beitragsrechtliche Gleichstellung spreche. Zudem nehme das ASVG eine ausdrückliche Zuordnung freier Dienstnehmer zur Pensionsversicherung der Arbeiter oder der Angestellten nicht vor. Dies könne nur in der Existenz des § 14 Abs 1 Z 1 zweiter Halbsatz ASVG begründet sein. Der Gesetzgeber habe freie Dienstnehmer den Dienstnehmern als derart ähnlich angesehen, dass er eine spezielle Regelung als entbehrlich erachtet habe. Auch das lege eine gleiche Behandlung im Leistungsrecht nahe. Für die Auffassung der Beklagten spreche nur, dass eine Tätigkeit als freier Dienstnehmer mit Freiheiten (zB Arbeitszeit) verbunden sei, die in einem „echten“ Dienstverhältnis ein besonderes Entgegenkommen des Dienstgebers erforderten, was einem Berufsschutz an sich entgegenstehe. Insgesamt würden die für die Berücksichtigung von Tätigkeiten im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses sprechenden Argumente aber überwiegen. Obwohl die Klägerin somit Berufsschutz iSd § 273 Abs 1 ASVG genieße, sei die Sache nicht entscheidungsreif, weil noch nicht geklärt sei, ob berufliche Rehabilitationsmaßnahmen möglich und zumutbar seien. Zudem habe die Klägerin nicht konkret dargelegt, welche der von ihr begehrten Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation in Betracht kämen.

[9] Den Rekurs ließ das Berufungsgericht zu, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den Fragen vorliege, ob Tätigkeiten, die in Pflichtversicherungsmonaten aufgrund von freien Dienstverhältnissen erbracht wurden, im Zusammenhang mit § 273 Abs 1 (bzw § 255 Abs 2) ASVG zu berücksichtigen seien und gegebenenfalls welche Auswirkungen dies auf die in Betracht kommenden Verweisungstätigkeiten habe.

[10] Dagegen richtet sich der Rekurs der Beklagten, mit dem sie die Wiederherstellung des Ersturteils anstrebt.

[11] Die Klägerin beantragt, den Rekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

[12] Der Rekurs ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Er ist aber nicht berechtigt.

[13] 1. Die Beklagte zieht nicht in Zweifel, dass die Klägerin stets dieselbe Erwerbstätigkeit (Sozialpädagogin) in unterschiedlichen Rechtsformen (freier Dienstvertrag; Dienstvertrag) ausgeübt hat. Sie stellt auch nicht in Frage, dass es sich dabei inhaltlich um eine Angestelltentätigkeit handelte (vgl RS0027992), die der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung der Angestellten unterlag (§ 14 Abs 1 Z 1 ASVG), und der Anspruch der Klägerin daher nach § 273 ASVG zu beurteilen ist. Darauf aufbauend ist unstrittig, dass die Klägerin dann Berufsschutz genießt, wenn sie während der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit als Angestellte (oder nach § 255 Abs 1 ASVG) ausgeübt hat (§ 273 Abs 1 ASVG).

[14] Die Beklagte vertritt im Rekurs jedoch weiterhin den Standpunkt, dass die Klägerin diese Voraussetzung nicht erfülle, weil sie überwiegend als freie Dienstnehmerin tätig gewesen sei. Die in § 273 Abs 1 ASVG geforderte Tätigkeit „*als Angestellte/r*“ liege nach § 1 Abs 1 und § 2 Abs 1 AngG nämlich nur bei Personen vor, die „*angestellt sind*“, was auf freie Dienstnehmer nicht zutrefte. Diese Ansicht werde auch durch § 4 Abs 4 ASVG gestützt, der keinen eigenständigen Regelungsinhalt mehr hätte, wenn für freie Dienstnehmer nicht nur das Beitrags- sondern auch das Leistungsrecht der Dienstnehmer (§ 4 Abs 2 ASVG) gälte. Eine generelle

Gleichstellung von Tätigkeiten iSd § 4 Abs 4 ASVG mit Angestelltentätigkeiten sei vom Gesetz nicht intendiert.

[15] 2. Dem ist nicht zu folgen, weil der Begriff des Angestellten nicht allein aus § 273 Abs 1 ASVG gewonnen werden kann.

[16] 2.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung 10 ObS 330/88 darauf verwiesen, dass mit Blick auf § 14 Abs 1 Z 1 und 2 ASVG der Angestelltenbegriff im Sozialversicherungsrecht tätigkeitsbezogen ist, sich also nicht nach der Bezeichnung der Tätigkeit oder der Vereinbarung der Parteien des Beschäftigungsverhältnisses richtet (RS0083738; RS0083723; so auch *Felten* in *Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm § 14 ASVG Rz 3; *Sonntag* in *Sonntag*, ASVG<sup>14</sup> § 14 Rz 1; vgl RS0084342 und RS0083709). Demgemäß prüft der Oberste Gerichtshof ausschließlich anhand des Inhalts der verrichteten Tätigkeit, welchem Versicherungszweig sie zuzuordnen ist (RS0084342 [T4, T6]; RS0083723 [T2]) und ob nach den insofern relevanten Bestimmungen Berufsschutz besteht (10 ObS 199/21v; 10 ObS 182/21v ua). Voraussetzung für den Berufsschutz als Angestellter ist somit nur, dass Tätigkeiten iSd § 1 Abs 1 AngG verrichtet wurden (RS0084837 [T4]; *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil* § 273 ASVG Rz 2; *Sonntag* in *Sonntag* § 273 Rz 1 ua).

[17] 2.2. Wenn die Beklagte daher selbst davon ausgeht, dass die von der Klägerin im Beobachtungszeitraum ausgeübte Tätigkeit als Sozialpädagogin nach § 14 Abs 1 Z 1 ASVG durchgehend der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung der Angestellten unterlegen sei, folgt daraus zwingend, dass dabei Beitragsmonate „als Angestellte“ erworben wurden, die bei der Prüfung des Berufsschutzes gemäß § 273 Abs 1 ASVG zu berücksichtigen sind (so auch

*Bergauer/Urbanek*, Pensionsrechtliche Fragen bei flexiblen Arbeitsverhältnissen, ZAS 2004, 105 [Bsp 2]).

[18] 3. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin die Tätigkeit überwiegend im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs 4 ASVG ausgeübt hat.

[19] 3.1. Wie schon vom Berufungsgericht ausgeführt, hat der Gesetzgeber mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996 (BGBl 1996/201) durch die Bestimmung des § 4 Abs 4 ASVG erstmals auch freie Dienstnehmer in die Sozialversicherung einbezogen. Mit Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 1997 (BGBl I 1997/139) erhielt § 4 Abs 4 ASVG im Kern seinen heutigen Inhalt. Ziel der Regelung war es, die zunehmende „Flucht aus der Sozialversicherung“ durch neue Vertragsformen, mit denen die meist schwächeren Dienstnehmer zu ihren Lasten in sozialversicherungsfreie Beschäftigungsverhältnisse gedrängt werden, zu unterbinden und freie Dienstnehmer in die solidarische Beitrags- und Leistungsgemeinschaft einzubeziehen (vgl ErläutRV 72 BlgNR 20. GP 251 ff sowie ErläutRV 886 BlgNR 20. GP 76 f und 101 f).

[20] 3.2. Wenn § 4 Abs 4 ASVG daher „*im Sinn dieses Bundesgesetzes*“ die dort definierten „dienstnehmerähnlichen“ freien Dienstnehmer den Dienstnehmern gleichstellt, lässt sich daraus keine bloß partielle, auf das Versicherungsverhältnis bzw das Beitragsrecht beschränkte Gleichstellung ableiten. Dagegen spricht neben dem klaren Wortlaut der Bestimmung, die eine Gleichstellung im Sinn des ASVG anordnet, ohne zwischen Beitragsrecht und Leistungsrecht zu unterscheiden, auch ihr erklärtes Ziel, die sozialversicherungsfreie Beschäftigung dienstnehmerähnlicher Personen zurückzudrängen und für ihre soziale Absicherung zu sorgen.

[21] 3.3. Demgemäß entspricht es nicht nur der Lehre, dass freie Dienstnehmer infolge § 4 Abs 4 ASVG – abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen wie etwa § 10 Abs 1a oder § 125 Abs 1 ASVG – im Beitrags- und Leistungsrecht wie „echte“ Dienstnehmer (§ 4 Abs 2 ASVG) behandelt werden (vgl *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* § 4 ASVG Rz 178; *Tomandl*, Sozialversicherung 2000, 45 und 51; *Bergauer/Urbanek*, ZAS 2004, 105 [111]; *Mosler*, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487 [488 und 498]; *Schmid*, Vertragstypen im Sozial- und Arbeitsrecht, SozSi 1999, 304 ua). Auch der Oberste Gerichtshof hat obiter bereits darauf verwiesen, dass Tätigkeiten aufgrund freier Dienstverträge sowohl im Rahmen des § 255 Abs 4 ASVG (10 ObS 4/05v) als auch bei Beurteilung des Berufsschutzes herangezogen werden können (10 ObS 233/03t). Auch der Verwaltungsgerichtshof leitet aus der vergleichbaren Regelung des § 1 Abs 8 AIVG, mit dem die durch § 4 Abs 4 ASVG in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung erfolgte Gleichstellung freier Dienstnehmer auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung vorgenommen wurde (BGBl I 2007/104; ErläutRV 298 BlgNR 23. GP 5 f), ab, dass auf diese alle für die Dienstnehmer geltenden Regeln des Leistungsrechts anzuwenden sind (VwGH Ro 2016/08/0005).

[22] 3.4. Warum § 4 Abs 4 ASVG durch die Gleichstellung im Leistungsrecht jeder eigenständige Anwendungsbereich genommen würde, legt die Beklagte nicht stichhältig dar. Denn seine primäre Funktion, Beschäftigte, die sich weder nach dem äußeren Erscheinungsbild ihrer Tätigkeit noch ihrer Schutzwürdigkeit von einem („echten“) Dienstnehmer unterscheiden, in die Pflichtversicherung nach



dem ASVG einzubinden (ErläutRV 886 BlgNR 20. GP 101), wird dadurch nicht berührt.

[23] 3.5. Wenn das Berufungsgericht daher davon ausgeht, § 4 Abs 4 ASVG ordne die umfassende Gleichstellung freier Dienstnehmer an, was auch das Leistungsrecht erfasse, entspricht das der Rechtslage.

[24] 4. Daraus folgt, dass es für die Beurteilung des Berufsschutzes auf die vertragliche Grundlage von Tätigkeiten, die die Pflichtversicherung nach dem ASVG begründen, nicht ankommt. Maßgeblich ist nur, ob die jeweilige Tätigkeit (inhaltlich) eine qualifizierte Tätigkeit iSd § 273 Abs 1 oder § 255 Abs 1 ASVG ist. Es wirkt sich daher auch im Anlassfall nicht auf den Berufsschutz der Klägerin aus, dass sie dieselbe Angestelltentätigkeit teilweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses und teilweise als freie Dienstnehmerin ausgeübt hat. Da durch die Änderung der Rechtsform die Zugehörigkeit zur Pensionsversicherung der Angestellten nicht tangiert wurde (sondern sich nur aus dem zweiten statt aus dem ersten Halbsatz des § 14 Abs 1 Z 1 ASVG ergab), war sie auch durchgehend „*als Angestellte*“ iSd § 273 Abs 1 ASVG tätig. Dass ihr unter dieser Prämisse Berufsschutz zukommt, bestreitet die Beklagte nicht.

[25] 5. Die auf dem Berufsschutz sowie der – im Rekurs nicht bestrittenen – Annahme einer Berufsunfähigkeit von zumindest sechs Monaten Dauer aufbauende Ansicht des Berufungsgerichts, der Anspruch auf Rehabilitationsgeld setze vor allem das Vorliegen der Voraussetzungen des § 271 Abs 1 Z 2 bis 4 ASVG voraus, ist nicht zu beanstanden (§ 273b ASVG). Ob die dazu angeordnete Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist, kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, daher nicht prüfen (RS0042179).

- [26] 6. Der Rekurs erweist sich daher als unberechtigt.
- [27] Der Kostenvorbehalt beruht auf §§ 50, 52 ZPO  
iVm § 2 ASGG.

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 19. Dezember 2023  
Dr. N o w o t n y  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: