

# TE OGH 1997/6/4 10ObS63/94

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.06.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Kropfitsch als Vorsitzenden, den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer als weitere Richter und die fachkundigen Laienrichter Dr.Peter Scheuch (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Helmut Stöcklmayer (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Prof.Christine S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Wolfgang Berger und andere Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, vertreten durch Dr.Hans Pernkopf, Rechtsanwalt in Wien, wegen Ruhens der Alterspension und Rückforderung infolge Rekursen beider Parteien gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23.Dezember 1993, GZ 32 Rs 51/93-19, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 23.Juli 1991, GZ 16 Cgs 35/91-8, aufgehoben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Der Rekurs der Klägerin wegen Nichtigkeit wird verworfen römisch eins. Der Rekurs der Klägerin wegen Nichtigkeit wird verworfen.

II. Dem Rekurs der Beklagten wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschuß wird aufgehoben und in der Sache selbst erkannt: römisch II. Dem Rekurs der Beklagten wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschuß wird aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

Das Urteil des Erstgerichtes wird mit der Maßgabe wiederhergestellt, daß es zu lauten hat:

"1. Die Klägerin ist nicht zum Rückersatz eines wegen Ruhens der Alterspension ab 1.1.1989 entstandenen Überbezuges von 7.758,40 S an die Beklagte verpflichtet.

2. Das Mehrbegehren, daß die Alterspension der Klägerin ab dem 1.1.1989 nicht ruhe und die Klägerin nicht zum Rückersatz eines weiteren Überbezuges von 44.912,80 S an die Beklagte verpflichtet sei, wird abgewiesen.

3. Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten binnen vierzehn Tagen den Überbezug an Alterspension von 44.912,80 S rückzuersetzen."

Die Beklagte hat der Klägerin binnen vierzehn Tagen die einschließlich 1.611,52 S USt und 80 S weiterer Barauslagen mit 9.749,12 S bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz, die einschließlich 251,50 S USt mit 1.509,10 S bestimmten halben Kosten des Berufungsverfahrens und die einschließlich 301,92 S USt mit 1.811,52 S bestimmten halben Kosten ihrer Rekursbeantwortung ON 22 zu ersetzen.

Die Klägerin hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung ON 15, ihres Rekurses und ihres Antrages vom 5.7.1996 selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Mit Bescheid vom 22.1.1991 sprach die Beklagte aus, daß von der monatlichen Bruttopenzion der Klägerin von 13.710 S ab 1.1.1989 3.879,20 S wegen eines Erwerbseinkommens ruhten (§ 94 ASVG) und forderte den Überbezug von 52.679,20 S wegen Verletzung der Meldepflicht (§ 40 ASVG) in monatlichen Teilbeträgen von 1.000 S zurück § 107 ASVG), die von der monatlichen Leistung abgezogen würden. Mit Bescheid vom 22.1.1991 sprach die Beklagte aus, daß von der monatlichen Bruttopenzion der Klägerin von 13.710 S ab 1.1.1989 3.879,20 S wegen eines Erwerbseinkommens ruhten (Paragraph 94, ASVG) und forderte den Überbezug von 52.679,20 S wegen Verletzung der Meldepflicht (Paragraph 40, ASVG) in monatlichen Teilbeträgen von 1.000 S zurück (Paragraph 107, ASVG), die von der monatlichen Leistung abgezogen würden.

Die rechtzeitige Klage richtet sich auf Feststellung, daß die Pension seit 1.1.1989 nicht ruhe, und auf Verurteilung der Beklagten, von der Rückforderung des Überbezuges von 52.679,20 S Abstand zu nehmen. Die Klägerin behauptete, im fraglichen Zeitraum kein zum Ruhen der Pension führendes Einkommen gehabt zu haben, weil sie weder unselbständig noch selbständig erwerbstätig gewesen sei. Es seien ihr lediglich Einkünfte aus von ihr schon vor der Zuerkennung der Pension verfaßten Büchern zugeflossen, teils habe es sich um Einnahmen aus der Veräußerung von Urheberrechten gehandelt. Der Abschluß von Verlagsverträgen bzw die aus solchen zufließenden Entgelte für die Überlassung von Urheberrechten stellten keine Erwerbstätigkeit iSd Ruhensbestimmungen des ASVG dar. Insbesondere beim Verfassen von Büchern bestehe kein Zusammenhang mit dem Arbeitsmarkt und daher auch kein sachlicher Grund, die Ruhensbestimmung in diesem Sinne zu interpretieren. Bei einem Verlagsvertrag sei nicht der Verfasser sondern der Verlag Werkunternehmer. Daher sei das der Klägerin überlassene Entgelt kein Werklohn, sondern eine pauschale Abgeltung für die Überlassung der Urheberrechte. Diese könne einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht gleichgehalten werden, sondern sei den Einkünften aus Kapitalvermögen vergleichbar, die ebensowenig zum Ruhen der Pension führten wie zB Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klagebegehren und die Verpflichtung der Klägerin zum Rükersatz des Überbezuges. Die Klagebehauptungen fänden (abgesehen von den ohnedies von der Ruhensprüfung ausgenommenen Einkünften für die Werke "Dokumentation 1938 bis 1945" und "Döbling") in ihren Unterlagen keine Entsprechung. Lt SSV 18/71 brächten auch Tantiemen für eine gleichzeitig ausgeübte Erwerbstätigkeit den Grundbetrag zum Ruhen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren, "vom Ruhen der Pension der Klägerin seit 1.1.1989 und von der Rückforderung des Überbezuges von 44.912,80 S Abstand zu nehmen", ab (Abs 1 des Spruches), verurteilte die Beklagte, von der Rückforderung eines Überbezuges von 7.758,40 S Abstand zu nehmen (Abs 2 des Spruches) und verurteilte die Klägerin, der Beklagten den Überbezug von 44.912,80 S (Rückstand ab März 1989) binnen 14 Tagen zu zahlen (Abs 3 des Spruches). Das Erstgericht wies das Klagebegehren, "vom Ruhen der Pension der Klägerin seit 1.1.1989 und von der Rückforderung des Überbezuges von 44.912,80 S Abstand zu nehmen", ab (Absatz eins, des Spruches), verurteilte die Beklagte, von der Rückforderung eines Überbezuges von 7.758,40 S Abstand zu nehmen (Absatz 2, des Spruches) und verurteilte die Klägerin, der Beklagten den Überbezug von 44.912,80 S (Rückstand ab März 1989) binnen 14 Tagen zu zahlen (Absatz 3, des Spruches).

Das Erstgericht ging im wesentlichen von folgenden Feststellungen aus:

Die Klägerin bezieht (von der Beklagten) seit 1.3. 1985 eine Alterspension. Deren monatliches Bruttoausmaß betrug ab 1.1.1989

13.710 S, ab 1.1.1990 14.121,30 S und ab 1.7.1990 14.262,50 S. Am 27.2.1989 teilte die Klägerin der Beklagten schriftlich mit, daß ihr voraussichtliches Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Jahre 1989 monatlich 2.400 S betragen werde. Sie werde jede Änderung in der Höhe des durchschnittlichen Bruttoeinkommens melden und nehme zur Kenntnis, daß allfällige Überzahlungen an Pensionsbeträgen, die durch die nachträgliche Nachweisführung entstünden, auf später fällig werdende Pensionsbeträge aufgerechnet würden. Am 16.1.1991 übersandte die Klägerin der Beklagten einen Einkommensteuerbescheid für das Jahr 1989 sowie eine Aufstellung der in diesem Jahr vereinnahmten Honorare für ihre schriftstellerischen Tätigkeiten:

1. Honorar Redaktion "Bundespolizei" Juni 1989 S 500,-

|  |             |
|--|-------------|
| 2. Honorar Redaktion "Leben in Wien" Juli und                      |             |
| November 1989 je 1.500 S   | S 3.000,-   |
| 3. Honorar Redaktion "Wien Aktuell" 20 x                           |             |
| 1.300 S  | S 26.000,-  |
| 4. Honorar "Dokumentation 1938 bis 1945"                           |             |
| Verlag Jugend und Volk   | S 2.786,20  |
| 5. Honorar Compress Verlag "Wiedersehen im alten Wien", erschienen |             |
| 1988, Zahlung Februar 1989   | S 45.198,-  |
| 6. Honorar Compress Verlag "Währing",                              | erschienen  |
| 1989, Zahlung November 1989  | S 66.960,-  |
| 7. Honorar Compress Verlag "Döbling"                               | S 32.184,80 |
| insgesamt  | S 176.629,- |

Pos 1 betrifft einen Artikel, der im Jahre 1988 erschienen war und im Jahre 1989 neu aufgelegt wurde. Für die in Pos 2 genannte Pensionistenzeitung verwendete die Klägerin manche ihrer schon vor ihrer Pensionierung geschriebenen Artikel in gekürzter Form. "Wien Aktuell" (Pos 3) ist die Zeitung für die Pensionisten und Angestellten der Stadt Wien, für die die Klägerin Beiträge verfaßte. Die Pos 4 ist nicht klagegegenständlich. Für das in Pos 5 genannte Buch verwendete die Klägerin zum Teil alte Artikel. Die Pos 6 betrifft ein Buch. Die Pos 7 ist nicht klagegegenständlich. Laut Einkommensteuerbescheid für 1989 wies die Klägerin Einkünfte aus selbständiger Arbeit von 127.001 S auf. Unter Abzug der Pos 4 und 7 errechnete die Beklagte aber nur 92.030 S oder 7.669,20 S monatlich. Diesen Betrag legte sie der Ruhensprüfung zugrunde.

Bei der rechtlichen Beurteilung berücksichtigte das Erstgericht nur die Pos 1 bis 3 sowie 5 und 6 und nahm daher Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Jahre 1989 von monatlich 7.669,20 S an. Da im genannten Jahr eine Freigrenze von 3.790 S gegolten habe, ruhe die Pension mit 3.879,20 S. Die Rückforderung des 52.679,20 S an sich richtig errechneten Überbezuges setze eine Meldepflichtverletzung voraus. Der Klägerin hätte im Februar 1989 klar sein müssen, daß der von ihr ursprünglich mitgeteilte Betrag von 2.400 S an Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erheblich überschritten werde. Daß im Februar 1989 der Freibetrag von 3.790 S noch nicht ganz erreicht worden wäre, vermöge daran nichts zu ändern, da die Klägerin gleichzeitig an mehreren Werken gearbeitet habe und jedenfalls mit weiteren Eingängen habe rechnen können. Eine Rückforderung sei jedoch erst ab März 1989 möglich, weil die Klägerin bis etwa Mitte Februar keine Kenntnis davon gehabt habe, daß sie einen höheren Betrag als die von ihr angegebenen 2.400 S monatlich erhalten werde.

Gegen die sie beschwerenden Teile des erstgerichtlichen Urteils erhoben beide Parteien Berufung. Die Klägerin beantragte, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern; die Beklagte beantragte, es iS einer gänzlichen Klageabweisung und durch Verpflichtung der Klägerin zum Rückersatz des Überbezuges von 52.679,20 S abzuändern oder es allenfalls aufzuheben.

Die Klägerin machte nur unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache geltend. Ihre Einkünfte ließen sich in zwei Gruppen einteilen: in Honorare für redaktionelle Tätigkeit (P 1 bis 3) und in Honorare aus Verlagsverträgen (P 5 und 6). Diese dürften aus den schon in der Klage genannten Gründen nicht für das Ruhens herangezogen werden, jene in der Gesamthöhe von 29.500 S hingegen schon. Da sie jedoch die Ruhensgrenze nicht erreichten, seien der Ausspruch des Ruhens und die Verpflichtung zur Rückzahlung des Überbezuges verfehlt.

Die Beklagte begehrte die zusätzliche Feststellung, die Klägerin sei schon vor dem 1.1.1989 schriftstellerisch tätig gewesen und habe schon seit einigen Jahren aus selbständiger schriftstellerischer bzw journalistischer Tätigkeit ein regelmäßiges Erwerbseinkommen erzielt. In der Rechtsrüge meinte die Beklagte, die Klägerin hätte wegen dieser mehrjährigen Tätigkeit für das Jahr 1989 mit einem den Freibetrag übersteigenden monatlichen Einkommen rechnen müssen, sodaß die Rückforderungsvoraussetzungen auch für die Monate Jänner und Februar 1989 erfüllt seien. Es sei auch anzunehmen, daß zur schriftstellerischen Tätigkeit der Klägerin, die sich insbesondere mit der Geschichte Wiens und ihrer Bezirke beschäftigte, über Monate hinausgehende Vorbereitungen und Erhebungen notwendig seien. Die

Vorbereitungen für im Jahre 1989 erschienene aufwendigere Publikationen, zB das Buch "Währing", müßten wohl schon im Jahre 1988 begonnen haben. Eine Abgrenzung von Arbeitszeiträumen für Einzelpublikationen sei nur schwer möglich.

Das Berufungsgericht gab zunächst mit Beschuß ON 13 der Berufung der Klägerin Folge, hob das erstgerichtliche Urteil auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Die Beklagte wurde mit ihrer Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.

Der Oberste Gerichtshof hob diese (erste) Entscheidung des Berufungsgerichtes aus Anlaß des Rekurses der Beklagten mit Beschuß vom 30.3.1993, 10 Ob S 147/92-18, als nichtig auf und verwies die Sache zur neuerlichen Entscheidung über die Berufungen der Parteien an das Berufungsgericht zurück.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschuß gab das Berufungsgericht beiden Berufungen Folge, hob das erstgerichtliche Urteil auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Es sprach aus, daß der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Nach der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichtes umfasse der in § 94 Abs 1 ASVG gebrauchte Ausdruck "Erwerbseinkommen", wie sich aus Abs 3 legit ergebe, (Einkommen aus) selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten. Der Begriff des selbständigen Erwerbseinkommens in Abs 3 lit b dieser Gesetzesstelle müsse jedoch teleologisch auf solche Tätigkeiten reduziert werden, die sozialversicherungsrechtlich eine Versicherungspflicht begründen. Durch Vergleich mit § 292 Abs 3 ASVG ergebe sich, daß der Begriff Erwerbseinkommen jedenfalls enger sei als der des steuerpflichtigen Einkommens, also nicht alle Einkommensarten des § 2 EStG darunter fielen, und zwar jedenfalls nicht die Einkommen aus Kapitalvermögen sowie Vermietung und Verpachtung. Durch die Ruhensbestimmungen sollten Erwerbstätigkeiten eines Pensionsbeziehers zur Entlastung des Arbeitsmarktes unterbunden werden. Ein Zusammentreffen mit einem Erwerbseinkommen sei auch wegen der hohen Bundesmittel zur Finanzierung der Pensionsversicherung aus Gründen des Versicherungsprinzips unerwünscht. Diese Zielsetzungen legten nahe, daß Erwerbseinkommen iSd § 94 ASVG nur ein solches sei, das eine Versicherungspflicht begründe, denn nur in solchen Fällen könnte es in der Folge zum Zusammentreffen zweier Pensionsansprüche kommen. Die Ausübung einer schriftstellerischen Tätigkeit begründe weder nach dem GSVG noch nach dem FSVG eine Pflichtversicherung. Sofern eine solche Tätigkeit iS des § 22 Z 1 lit a EStG außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 4 Abs 2 ASVG ausgeübt werde, unterliege sie keiner Sozialversicherungspflicht. Es sei daher folgerichtig, Einkünfte aus einer solchen Tätigkeit, losgelöst von der "Gleichzeitigkeit" nicht als solche aus selbständiger Erwerbstätigkeit iSd § 94 Abs 3 lit b ASGG anzusehen. Die Autorenhonorare seien vielmehr den Einkünften aus Verpachtung und Vermietung bzw aus Kapitaleinkünften rechtsähnlich, weil es um die Verwertung eines selbstgeschaffenen Urheberrechtes gehe. Bis zum 1.1.1989 seien Einkünfte aus der Verwertung nebenberuflich geschaffener Urheberrechte durch den Hälfteuersatz des § 38 Abs 4 EStG steuerlich begünstigt gewesen. Auch wenn diese Begünstigung aus fiskalischen Gründen aufgehoben worden sei, zeige sich doch, daß auch die Finanzverwaltung innerhalb der selbständigen Tätigkeit differenziert habe. Bei den Einkünften der Klägerin sei daher zu unterscheiden, ob sie ihr für eine redaktionelle Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zugeflossen seien und ein Ruhen bewirken könnten, oder ob es sich um andere Einkünfte handle. Deshalb seien ergänzende Feststellungen erforderlich. Hinsichtlich der Rückzahlungspflicht sei der Klägerin anzulasten, daß sie in ihrer Erklärung vom 27.2.1989 ihr zu erwartendes Einkommen erheblich unterschätzt habe. In dem Zeitpunkt, in dem sich ihre Prognose als unrichtig herausgestellt habe, wäre sie zu einer entsprechenden Meldung verpflichtet gewesen, zumal sie auf die Meldepflicht ausdrücklich hingewiesen worden sei. Nach der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichtes umfasse der in Paragraph 94, Absatz eins, ASVG gebrauchte Ausdruck "Erwerbseinkommen", wie sich aus Absatz 3, legit ergebe, (Einkommen aus) selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten. Der Begriff des selbständigen Erwerbseinkommens in Absatz 3, Litera b, dieser Gesetzesstelle müsse jedoch teleologisch auf solche Tätigkeiten reduziert werden, die sozialversicherungsrechtlich eine Versicherungspflicht begründen. Durch Vergleich mit Paragraph 292, Absatz 3, ASVG ergebe sich, daß der Begriff Erwerbseinkommen jedenfalls enger sei als der des steuerpflichtigen Einkommens, also nicht alle Einkommensarten des Paragraph 2, EStG darunter fielen, und zwar jedenfalls nicht die Einkommen aus Kapitalvermögen sowie Vermietung und Verpachtung. Durch die Ruhensbestimmungen sollten Erwerbstätigkeiten eines Pensionsbeziehers zur Entlastung des Arbeitsmarktes unterbunden werden. Ein Zusammentreffen mit einem Erwerbseinkommen sei auch wegen der hohen Bundesmittel zur Finanzierung der Pensionsversicherung aus Gründen des Versicherungsprinzips unerwünscht. Diese Zielsetzungen legten nahe, daß Erwerbseinkommen iSd Paragraph 94,

ASVG nur ein solches sei, das eine Versicherungspflicht begründe, denn nur in solchen Fällen könnte es in der Folge zum Zusammentreffen zweier Pensionsansprüche kommen. Die Ausübung einer schriftstellerischen Tätigkeit begründe weder nach dem GSVG noch nach dem FSVG eine Pflichtversicherung. Sofern eine solche Tätigkeit iS des Paragraph 22, Ziffer eins, Litera a, EStG außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses iSd Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ausgeübt werde, unterliege sie keiner Sozialversicherungspflicht. Es sei daher folgerichtig, Einkünfte aus einer solchen Tätigkeit, losgelöst von der "Gleichzeitigkeit" nicht als solche aus selbstständiger Erwerbstätigkeit iSd Paragraph 94, Absatz 3, Litera b, ASGG anzusehen. Die Autorenhonorare seien vielmehr den Einkünften aus Verpachtung und Vermietung bzw aus Kapitaleinkünften rechtsähnlich, weil es um die Verwertung eines selbstgeschaffenen Urheberrechtes gehe. Bis zum 1.1.1989 seien Einkünfte aus der Verwertung nebenberuflich geschaffener Urheberrechte durch den Hälftesteuersatz des Paragraph 38, Absatz 4, EStG steuerlich begünstigt gewesen. Auch wenn diese Begünstigung aus fiskalischen Gründen aufgehoben worden sei, zeige sich doch, daß auch die Finanzverwaltung innerhalb der selbständigen Tätigkeit differenziert habe. Bei den Einkünften der Klägerin sei daher zu unterscheiden, ob sie ihr für eine redaktionelle Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zugeflossen seien und ein Ruhen bewirken könnten, oder ob es sich um andere Einkünfte handle. Deshalb seien ergänzende Feststellungen erforderlich. Hinsichtlich der Rückzahlungspflicht sei der Klägerin anzulasten, daß sie in ihrer Erklärung vom 27.2.1989 ihr zu erwartendes Einkommen erheblich unterschätzt habe. In dem Zeitpunkt, in dem sich ihre Prognose als unrichtig herausgestellt habe, wäre sie zu einer entsprechenden Meldung verpflichtet gewesen, zumal sie auf die Meldepflicht ausdrücklich hingewiesen worden sei.

Gegen den Aufhebungsbeschuß des Berufungsgerichtes erhoben beide Parteien Rekurs. Die Klägerin beantragt, den Beschuß insoweit als nichtig aufzuheben, als auch der Berufung der Beklagten Folge gegeben wurde. Die Beklagte macht unrichtige rechtliche Beurteilung geltend und beantragt, den angefochtenen Beschuß aufzuheben und in der Sache selbst iS einer Klagebeantwortung zu entscheiden und der Klägerin die Rückzahlung des Überbezuges von 52.679,20 S aufzuerlegen. Allenfalls mögen die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverwiesen werden.

Der Oberste Gerichtshof stellte mit Beschuß vom 4.10.1994, 10 Ob S 63/94-24, fest, daß das bei ihm als Rekursgericht anhängige Verfahren seit 1.5.1994 unterbrochen ist, weil der im Rekursverfahren unter Berufung auf die ihm erteilte Bevollmächtigung für die Beklagte eingeschrittene Rechtsanwalt auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft verzichtet hatte und damit unfähig geworden war, die Vertretung der Beklagten fortzuführen.

Da die Beklagte einen anderen Rechtsanwalt bestellt hat und von diesem seine Bestellung unter gleichzeitiger Aufnahme des Verfahrens angezeigt worden ist, ist nunmehr über die zulässigen Rekurse zu entscheiden.

Nur der Rekurs der Beklagten ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Nach dem in der für die Beurteilung der hier vorliegenden Frage maßgeblichen Zeit in Geltung gestandenen, mit Erk des VfGH 15.12.1990 G 33, 34/89 als verfassungswidrig aufgehobenen § 94 Abs 1 ASVG ruhten unbeschadet des Abs 2 40 vH der Pension, wenn der Versicherte neben dem Pensionsanspruch aus der Pensionsversicherung ... noch Erwerbseinkommen (Abs 3 und 4) aus einer gleichzeitig ausgeübten Erwerbstätigkeit erzielte, sofern dadurch die im Gesetz bestimmten Grenzbeträge überstiegen wurden. Als Erwerbseinkommen in diesem Sinne galt gemäß dem bezogenen Abs 3 bei einer gleichzeitig ausgeübten unselbständigen Erwerbstätigkeit das aus dieser Tätigkeit erzielte Entgelt, bei einer gleichzeitig ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit der auf den Kalendermonat entfallende Teil der nachgewiesenen Einkünfte aus dieser Erwerbstätigkeit. Als Erwerbseinkommen galten nach dieser Bestimmung auch die in § 23 Abs 2 BezügeG bezeichneten Bezüge. Nach dem in der für die Beurteilung der hier vorliegenden Frage maßgeblichen Zeit in Geltung gestandenen, mit Erk des VfGH 15.12.1990 G 33, 34/89 als verfassungswidrig aufgehobenen Paragraph 94, Absatz eins, ASVG ruhten unbeschadet des Absatz 2, 40 vH der Pension, wenn der Versicherte neben dem Pensionsanspruch aus der Pensionsversicherung ... noch Erwerbseinkommen (Absatz 3 und 4) aus einer gleichzeitig ausgeübten Erwerbstätigkeit erzielte, sofern dadurch die im Gesetz bestimmten Grenzbeträge überstiegen wurden. Als Erwerbseinkommen in diesem Sinne galt gemäß dem bezogenen Absatz 3, bei einer gleichzeitig ausgeübten unselbständigen Erwerbstätigkeit das aus dieser Tätigkeit erzielte Entgelt, bei einer gleichzeitig

ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit der auf den Kalendermonat entfallende Teil der nachgewiesenen Einkünfte aus dieser Erwerbstätigkeit. Als Erwerbseinkommen galten nach dieser Bestimmung auch die in Paragraph 23, Absatz 2, BezügeG bezeichneten Bezüge.

§ 94 ASVG wurde erst mit Erkenntnis des VfGH 15.12.1990, G 33, 34/89 mit Ablauf des 31.3.1991 als verfassungswidrig aufgehoben. Gleichzeitig wurde festgestellt, daß § 94 ASVG idF von der 31. bis zur 48. ASVGNov verfassungswidrig war. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH kann ein bereits aufgehobenes oder als verfassungswidrig festgestelltes Gesetz nicht neuerlich Gegenstand eines entsprechenden Aufhebungs- oder Feststellungsverfahrens sein, sodaß die genannte Bestimmung im vorliegenden Fall noch anzuwenden ist, weil Art 140 Abs 7 B-VG ausdrücklich vorsieht, daß auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlaßfalles das Gesetz weiterhin anzuwenden ist, sofern der VfGH nicht anderes ausgesprochen hat (SSV-NF 6/143). Paragraph 94, ASVG wurde erst mit Erkenntnis des VfGH 15.12.1990, G 33, 34/89 mit Ablauf des 31.3.1991 als verfassungswidrig aufgehoben. Gleichzeitig wurde festgestellt, daß Paragraph 94, ASVG in der Fassung von der 31. bis zur 48. ASVGNov verfassungswidrig war. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH kann ein bereits aufgehobenes oder als verfassungswidrig festgestelltes Gesetz nicht neuerlich Gegenstand eines entsprechenden Aufhebungs- oder Feststellungsverfahrens sein, sodaß die genannte Bestimmung im vorliegenden Fall noch anzuwenden ist, weil Artikel 140, Absatz 7, B-VG ausdrücklich vorsieht, daß auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlaßfalles das Gesetz weiterhin anzuwenden ist, sofern der VfGH nicht anderes ausgesprochen hat (SSV-NF 6/143).

Wie sich aus dem bereits dargestellten Berufungsvorbringen der Klägerin ergibt, hat diese die Rechtsansicht des Erstgerichtes, bei den Honorarpositionen 1 bis 3 in der Gesamthöhe von 29.500 S handle es sich um Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Jahre 1989, nicht bekämpft, ja sogar ausdrücklich als richtig bezeichnet, weshalb das Berungsgericht dies nicht mehr zu prüfen hatte.

Zu prüfen war jedoch, ob es sich bei den Honorarpositionen 5 und 6 um solche Einkünfte handelt:

Das Gesetz ordnete in § 94 Abs 1 ASVG das Ruhen nur für Fälle an, in denen der Pensionist ein Einkommen aus einer gleichzeitig ausgeübten Erwerbstätigkeit bezog. Auch aus Abs 3 dieser Bestimmung ergibt sich deutlich, daß nur Einkünfte erfaßt werden sollten, die als Entgelt für eine Tätigkeit gewährt wurden, die der Erzielung eines Erwerbes diente. Der Begriff "Erwerbseinkommen" wird als Überbegriff für Einkünfte verwendet, bei denen ein Tätigkeitserwerb vorausgesetzt wird, wie bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit aus Gewerbebetrieb oder nichtselbständiger Arbeit. Im Gegensatz dazu steht ein Einkommen aus Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung oder aus sonstigen Einkünften. Einkünfte aus diesen Einkommensquellen lösten das Ruhen der Pension nicht aus. Den Ruhensbestimmungen lagen nämlich nicht zuletzt auch arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen zugrunde. Mit dem Argument des damals ungünstigen Arbeitsmarktes wurden ab 1984 die Ruhengrenzbeträge für Direktpensionen herabgesetzt. Diese Maßnahme wurde in erster Linie mit der damaligen allgemeinen Situationen auf dem Arbeitsmarkt begründet. Zur Sicherstellung der Finanzierung der Arbeitslosenversicherung müßten von den Erwerbstätigen und deren Dienstgebern steigende Beitragsleistungen erbracht werden. Es sei sozialpolitisch nicht vertretbar, daß Versicherte, die das Pensionsalter erreicht und die erforderlichen Versicherungszeiten erworben haben, neben ihrem Arbeitseinkommen auch die Pension ungeschmälert in Anspruch nehmen können, während andere infolge Arbeitslosigkeit aus dem Arbeitsprozeß unfreiwillig ausscheiden müssen. Aus diesem Grund scheine es zumutbar, das Erwerbseinkommen eines Pensionsberechtigten stärker zu berücksichtigen, zumal die von ihm entrichteten Pensionsversicherungsbeiträge nicht die ausschließliche Basis für die von ihm bezogene Pension darstellen (MGA ASVG 50. ErgLfg 554). Neben der Ersparnis, die sich durch die zufolge des Ruhens herabgesetzte Pensionsleistung ergab, wurde mit der Regelung offenbar auch das Ziel verfolgt, Pensionisten durch die wegen des teilweisen Ruhens der Pension geringere Attraktivität einer Erwerbstätigkeit zum Ausscheiden aus dem Arbeitsleben zu veranlassen, um so Arbeitsplätze für andere Personen zu gewinnen. Die arbeitsmarktpolitischen Argumente fallen jedoch bei Einkünften aus Kapitalvermögen weg. Dies mag der Grund gewesen sein, warum von Beginn an Ruhensbestimmungen hinsichtlich solcher Einkünfte nicht vorgesehen wurden. Das Gesetz ordnete in Paragraph 94, Absatz eins, ASVG das Ruhen nur für Fälle an, in denen der Pensionist ein Einkommen aus einer gleichzeitig ausgeübten Erwerbstätigkeit bezog. Auch aus Absatz 3, dieser Bestimmung ergibt sich deutlich, daß nur Einkünfte erfaßt werden sollten, die als Entgelt für eine Tätigkeit gewährt wurden, die der Erzielung eines Erwerbes diente. Der Begriff "Erwerbseinkommen" wird als Überbegriff für Einkünfte verwendet, bei denen ein Tätigkeitserwerb vorausgesetzt wird, wie bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit aus Gewerbebetrieb oder

nichtselbständiger Arbeit. Im Gegensatz dazu steht ein Einkommen aus Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung oder aus sonstigen Einkünften. Einkünfte aus diesen Einkommensquellen lösten das Ruhen der Pension nicht aus. Den Ruhensbestimmungen lagen nämlich nicht zuletzt auch arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen zugrunde. Mit dem Argument des damals ungünstigen Arbeitsmarktes wurden ab 1984 die Ruhengrenzbeträge für Direktpensionen herabgesetzt. Diese Maßnahme wurde in erster Linie mit der damaligen allgemeinen Situationen auf dem Arbeitsmarkt begründet. Zur Sicherstellung der Finanzierung der Arbeitslosenversicherung müßten von den Erwerbstägigen und deren Dienstgebern steigende Beitragsleistungen erbracht werden. Es sei sozialpolitisch nicht vertretbar, daß Versicherte, die das Pensionsalter erreicht und die erforderlichen Versicherungszeiten erworben haben, neben ihrem Arbeitseinkommen auch die Pension ungeschmälert in Anspruch nehmen können, während andere infolge Arbeitslosigkeit aus dem Arbeitsprozeß unfreiwillig ausscheiden müssen. Aus diesem Grund scheine es zumutbar, daß Erwerbseinkommen eines Pensionsberechtigten stärker zu berücksichtigen, zumal die von ihm entrichteten Pensionsversicherungsbeiträge nicht die ausschließliche Basis für die von ihm bezogene Pension darstellen (MGA ASVG 50. ErgLfg 554). Neben der Ersparnis, die sich durch die zufolge des Ruhens herabgesetzte Pensionsleistung ergab, wurde mit der Regelung offenbar auch das Ziel verfolgt, Pensionisten durch die wegen des teilweisen Ruhens der Pension geringere Attraktivität einer Erwerbstätigkeit zum Ausscheiden aus dem Arbeitsleben zu veranlassen, um so Arbeitsplätze für andere Personen zu gewinnen. Die arbeitsmarktpolitischen Argumente fallen jedoch bei Einkünften aus Kapitalvermögen weg. Dies mag der Grund gewesen sein, warum von Beginn an Ruhensbestimmungen hinsichtlich solcher Einkünfte nicht vorgesehen wurden.

Aus diesen Erwägungen hat der erkennende Senat in der Entscheidung 21.12.1993, 10 Ob S 313/92 SSV-NF 7/125 ausgesprochen, daß die Tätigkeit eines Mehrheitsaktionärs als Aufsichtsrat dieser Aktiengesellschaft keine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit iSd seinerzeitigen § 94 ASVG war, sondern eine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Erzielung von Einkünften aus Vermögen. Aus diesen Erwägungen hat der erkennende Senat in der Entscheidung 21.12.1993, 10 Ob S 313/92 SSV-NF 7/125 ausgesprochen, daß die Tätigkeit eines Mehrheitsaktionärs als Aufsichtsrat dieser Aktiengesellschaft keine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit iSd seinerzeitigen Paragraph 94, ASVG war, sondern eine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Erzielung von Einkünften aus Vermögen.

Nach § 22 Z 1 lit a EStG sind Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit als Einkünfte aus selbständiger Arbeit iSd § 2 Abs 3 Z 2 leg cit anzusehen. Auch wenn es sich dabei um eine steuerrechtliche Bestimmung handelt, kann sie auch für die Auslegung des Begriffes "Erwerbseinkommen aus einer ... Erwerbstätigkeit" im früheren § 94 ASVG herangezogen werden. Auch bei der Tätigkeit eines Schriftstellers handelt es sich um eine selbständige Erwerbstätigkeit, wenn sie die Schaffung von Einkünften in Geld oder sonstigen Gütern bezweckt. Deshalb sind Einkünfte aus einer solchen Tätigkeit als Erwerbseinkommen aus selbständiger Tätigkeit anzusehen (sa Oberlandesgericht Wien als damals letzte Instanz in Sozialrechtssachen in seiner Entscheidung 19.6.1978 SSV 18/71). Es wäre nicht gerechtfertigt, Einkünfte des Schöpfers eines Werkes der Literatur oder Kunst aus dessen Verwertung in steuerrechtlicher, aber auch sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht anders zu behandeln als Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit, die andere Werke schafft. Der wesentliche Unterschied zwischen den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung oder Kapital einerseits und den Einkünften des Schöpfers eines Werkes der Literatur oder Kunst anderseits liegt eben darin, daß es sich bei diesen um Einkünfte für eine Tätigkeit handelt, während bei jenen Einkünften aus zur Verfügung gestellten Sachen erzielt werden. Daß das in einem Verlagsvertrag vereinbarte Entgelt nicht in einem einmaligen festen Betrag bestehen muß, sondern sich zB auch nach der Anzahl der verkauften Exemplare richten kann, ändert nichts daran, daß es sich dabei um Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit, nämlich der Schaffung eines Werkes, handelt. Nach Paragraph 22, Ziffer eins, Litera a, EStG sind Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit als Einkünfte aus selbständiger Arbeit iSd Paragraph 2, Absatz 3, Ziffer 2, leg cit anzusehen. Auch wenn es sich dabei um eine steuerrechtliche Bestimmung handelt, kann sie auch für die Auslegung des Begriffes "Erwerbseinkommen aus einer ... Erwerbstätigkeit" im früheren Paragraph 94, ASVG herangezogen werden. Auch bei der Tätigkeit eines Schriftstellers handelt es sich um eine selbständige Erwerbstätigkeit, wenn sie die Schaffung von Einkünften in Geld oder sonstigen Gütern bezweckt. Deshalb sind Einkünfte aus einer solchen Tätigkeit als Erwerbseinkommen aus selbständiger Tätigkeit anzusehen (sa Oberlandesgericht Wien als damals letzte Instanz in Sozialrechtssachen in seiner Entscheidung 19.6.1978 SSV 18/71). Es wäre nicht gerechtfertigt, Einkünfte des Schöpfers eines Werkes der Literatur oder Kunst aus dessen Verwertung in steuerrechtlicher, aber auch sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht anders zu behandeln als Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit, die andere Werke schafft. Der wesentliche Unterschied zwischen den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung oder Kapital einerseits und den Einkünften des Schöpfers eines Werkes der Literatur

oder Kunst anderseits liegt eben darin, daß es sich bei diesen um Einkünfte für eine Tätigkeit handelt, während bei jenen Einkünften aus zur Verfügung gestellten Sachen erzielt werden. Daß das in einem Verlagsvertrag vereinbarte Entgelt nicht in einem einmaligen festen Betrag bestehen muß, sondern sich zB auch nach der Anzahl der verkauften Exemplare richten kann, ändert nichts daran, daß es sich dabei um Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit, nämlich der Schaffung eines Werkes, handelt.

Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes mußte es sich bei der gleichzeitig ausgeübten Erwerbstätigkeit iSd § 94 ASVG nicht um eine der Pflichtversicherung unterliegende Tätigkeit handeln. Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes mußte es sich bei der gleichzeitig ausgeübten Erwerbstätigkeit iSd Paragraph 94, ASVG nicht um eine der Pflichtversicherung unterliegende Tätigkeit handeln.

Eine solche Einschränkung läßt sich - wie die Beklagte in ihrem Rekurs zutreffend ausführt - weder dem Wortlaut des aufgehobenen § 94 ASVG noch dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des zit Gesetzes in der zur Zeit der Geltung der genannten Gesetzesstelle gültigen Fassung entnehmen. Dies zeigt vor allem ein Vergleich mit § 253 ASVG aF, nach dem eine Pflichtversicherung am Stichtag anspruchsvernichtend wirkte. Der Anspruch auf Alterspension war nämlich nach der zit Fassung dieser Gesetzesstelle an die besondere Voraussetzung geknüpft, daß der (die) Versicherte am Stichtag weder in der Pensionsversicherung nach dem ASVG noch nach dem GSVG noch nach dem BSVG pflichtversichert war. Hingegen war der Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer nach § 253 b Abs 1 ASVG ua an die besondere Voraussetzung geknüpft, daß der (die) Versicherte am Stichtag weder selbständig noch unselbständig erwerbstätig war, wobei eine Erwerbstätigkeit, auf Grund derer ein Erwerbseinkommen bezogen wurde, das das nach § 5 Abs 2 lit c ASVG jeweils in Betracht kommende Monatseinkommen nicht überstieg, unberücksichtigt blieb. Die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer fiel nach § 253 b Abs 2 ASVG mit dem Tag weg, an dem der (die) Versicherte eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit aufnahm, auf Grund derer er ein Erwerbseinkommen in der Mindesthöhe des § 5 Abs 2 lit c ASVG bezog. Daher bewirkte die Aufnahme jeder Erwerbstätigkeit, auf Grund der ein die Geringfügigkeitsgrenze übersteigendes Erwerbseinkommen bezogen wurde, den Wegfall einer vorzeitigen Alterspension, bei dem es sich wegen des möglichen Wiederauflebens der Pension um eine Art gänzliches Ruhen handelt (SSV-NF 2/4 mwN). Eine solche Einschränkung läßt sich - wie die Beklagte in ihrem Rekurs zutreffend ausführt - weder dem Wortlaut des aufgehobenen Paragraph 94, ASVG noch dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des zit Gesetzes in der zur Zeit der Geltung der genannten Gesetzesstelle gültigen Fassung entnehmen. Dies zeigt vor allem ein Vergleich mit Paragraph 253, ASVG aF, nach dem eine Pflichtversicherung am Stichtag anspruchsvernichtend wirkte. Der Anspruch auf Alterspension war nämlich nach der zit Fassung dieser Gesetzesstelle an die besondere Voraussetzung geknüpft, daß der (die) Versicherte am Stichtag weder in der Pensionsversicherung nach dem ASVG noch nach dem GSVG noch nach dem BSVG pflichtversichert war. Hingegen war der Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer nach Paragraph 253, b Absatz eins, ASVG ua an die besondere Voraussetzung geknüpft, daß der (die) Versicherte am Stichtag weder selbständig noch unselbständig erwerbstätig war, wobei eine Erwerbstätigkeit, auf Grund derer ein Erwerbseinkommen bezogen wurde, das das nach Paragraph 5, Absatz 2, Litera c, ASVG jeweils in Betracht kommende Monatseinkommen nicht überstieg, unberücksichtigt blieb. Die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer fiel nach Paragraph 253, b Absatz 2, ASVG mit dem Tag weg, an dem der (die) Versicherte eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit aufnahm, auf Grund derer er ein Erwerbseinkommen in der Mindesthöhe des Paragraph 5, Absatz 2, Litera c, ASVG bezog. Daher bewirkte die Aufnahme jeder Erwerbstätigkeit, auf Grund der ein die Geringfügigkeitsgrenze übersteigendes Erwerbseinkommen bezogen wurde, den Wegfall einer vorzeitigen Alterspension, bei dem es sich wegen des möglichen Wiederauflebens der Pension um eine Art gänzliches Ruhen handelt (SSV-NF 2/4 mwN).

In der Entscheidung SSV-NF 3/1 führte der erkennende Senat ua aus, eine selbständige Erwerbstätigkeit iSd § 253 b Abs 1 lit d ASVG liege jedenfalls dann vor, wenn der versicherte nach dem GSVG oder BSVG in der Pensionsversicherung pflichtversichert sei. Dies ergebe sich daraus, daß auch nach § 253 Abs 1 ASVG der Anspruch auf die gewöhnliche Alterspension nicht bestehe, wenn der (die) Versicherte in der Pensionsversicherung nach den angeführten Gesetzen pflichtversichert ist. Die in § 253 b Abs 1 lit d leg cit für den Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer festgelegten Voraussetzungen seien einerseits weiter, weil darunter auch eine selbständige Erwerbstätigkeit fallen könne, die nicht zur Pflichtversicherung nach dem GSVG oder BSVG führt, und anderseits enger, weil die Erwerbstätigkeit unberücksichtigt bleibt, wenn das daraus erzielte Einkommen unter einem

bestimmten Betrag bleibt. In der Entscheidung SSV-NF 3/1 führte der erkennende Senat ua aus, eine selbständige Erwerbstätigkeit iSd Paragraph 253, b Absatz eins, Litera d, ASVG liege jedenfalls dann vor, wenn der versicherte nach dem GSVG oder BSVG in der Pensionsversicherung pflichtversichert sei. Dies ergebe sich daraus, daß auch nach Paragraph 253, Absatz eins, ASVG der Anspruch auf die gewöhnliche Alterspension nicht bestehe, wenn der (die) Versicherte in der Pensionsversicherung nach den angeführten Gesetzen pflichtversichert ist. Die in Paragraph 253, b Absatz eins, Litera d, leg cit für den Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer festgelegten Voraussetzungen seien einerseits weiter, weil darunter auch eine selbständige Erwerbstätigkeit fallen könne, die nicht zur Pflichtversicherung nach dem GSVG oder BSVG führt, und anderseits enger, weil die Erwerbstätigkeit unberücksichtigt bleibt, wenn das daraus erzielte Einkommen unter einem bestimmten Betrag bleibt.

In der zu § 1 Z 2 SUG ergangenen Entscheidung SSV-NF 7/60 hat der erkennende Senat ausgeführt, daß Aufwandschädigungen von nö Gemeindemandataren jedenfalls dann kein Einkommen aus einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit iSd § 12 AIVG darstellen und daher dem Anspruch auf Sonderunterstützung nach der zit Gesetzesstelle nicht entgegenstehen, wenn sie höchstens 30 vH des Amtsbezuges des Bürgermeisters betragen. Unter selbständiger Erwerbstätigkeit iSd § 12 Abs 3 lit b AIVG sei der Inbegriff der in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit verrichteten Arbeitsleistungen zu verstehen, die die Schaffung von Einkünften in Geld oder sonstigen Gütern bezwecken. Mit einer Beschäftigung iSd § 12 Abs 1 AIVG sei daher eine Erwerbstätigkeit gemeint. Die Stadtratsfunktion des damaligen Klägers sei nicht als selbständige oder sonstige unselbständige Erwerbstätigkeit zu werten, weil sie ihrem durch die nö Gemeindeordnung 1973 vorgezeichneten Typus nach nicht die Schaffung von Einkünften in Geld- oder Güterform bezwecke. Ob dies bei einem Bürgermeister oder bei Mandataren und obersten Organwaltern des Bundes und der Länder, die ihre Ämter praktisch als Beruf ausüben und dafür auch entsprechend entschädigt werden, anders sei, konnte dahingestellt bleiben. Daß der Gesetzgeber Bezüge nach Abschnitt I des Bezügegesetzes sowie Bezüge von obersten Organen der Vollziehung, Bürgermeistern und Mitgliedern des Stadtsenates von Städten mit eigenem Statut oder Mitgliedern von Organen der Gesetzgebung nach vergleichbaren landesgesetzlichen Regelungen - abgesehen von § 25 Abs 1 Z 34 EStG 1988(danach sind ua Bezüge nach dem BezügeG Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit) - grundsätzlich nicht als Einkommen aus einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit werte, ergebe sich ua aus § 253a Abs 2 und § 253b Abs 2 ASVG. Seit der Neufassung dieser Gesetzesstellen durch die 39. ASVGNov fielen die vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit und bei langer Versicherungsdauer nämlich mit dem Tag weg, an dem der (die) Versicherte eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, auf Grund deren ein Erwerbseinkommen bezogen wird, daß das nach § 5 Abs 2 lit c ASVG jeweils in Betracht kommende Monatseinkommen übersteigt. Durch die 44. ASVGNov sei dem ersten Satz des § 253a Abs 2 und § 253b Abs 2 ASVG folgender Satz eingefügt worden: "Als Erwerbseinkommen auf Grund einer Erwerbstätigkeit gelten auch die im § 23 Abs 2 des Bezügegesetzes bezeichneten Bezüge." Hätten solche Bezüge nach Auffassung des Novellengesetzgebers ohnedies ein Erwerbseinkommen auf Grund einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit dargestellt, so hätte es der Novellierung nicht bedurft, die jedoch nach den Erl der RV ausdrücklich für erforderlich gehalten worden sei. In der zu Paragraph eins, Ziffer 2, SUG ergangenen Entscheidung SSV-NF 7/60 hat der erkennende Senat ausgeführt, daß Aufwandschädigungen von nö Gemeindemandataren jedenfalls dann kein Einkommen aus einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit iSd Paragraph 12, AIVG darstellen und daher dem Anspruch auf Sonderunterstützung nach der zit Gesetzesstelle nicht entgegenstehen, wenn sie höchstens 30 vH des Amtsbezuges des Bürgermeisters betragen. Unter selbständiger Erwerbstätigkeit iSd Paragraph 12, Absatz 3, Litera b, AIVG sei der Inbegriff der in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit verrichteten Arbeitsleistungen zu verstehen, die die Schaffung von Einkünften in Geld oder sonstigen Gütern bezwecken. Mit einer Beschäftigung iSd Paragraph 12, Absatz eins, AIVG sei daher eine Erwerbstätigkeit gemeint. Die Stadtratsfunktion des damaligen Klägers sei nicht als selbständige oder sonstige unselbständige Erwerbstätigkeit zu werten, weil sie ihrem durch die nö Gemeindeordnung 1973 vorgezeichneten Typus nach nicht die Schaffung von Einkünften in Geld- oder Güterform bezwecke. Ob dies bei einem Bürgermeister oder bei Mandataren und obersten Organwaltern des Bundes und der Länder, die ihre Ämter praktisch als Beruf ausüben und dafür auch entsprechend entschädigt werden, anders sei, konnte dahingestellt bleiben. Daß der Gesetzgeber Bezüge nach Abschnitt römisch eins des Bezügegesetzes sowie Bezüge von obersten Organen der Vollziehung, Bürgermeistern und Mitgliedern des Stadtsenates von Städten mit eigenem Statut oder Mitgliedern von Organen der Gesetzgebung nach vergleichbaren landesgesetzlichen Regelungen - abgesehen von Paragraph 25, Absatz eins, Ziffer 34, EStG 1988 (danach sind ua Bezüge nach dem BezügeG Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit) - grundsätzlich nicht als Einkommen aus einer

unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit werte, ergebe sich ua aus Paragraph 253 a, Absatz 2 und Paragraph 253 b, Absatz 2, ASVG. Seit der Neufassung dieser Gesetzesstellen durch die 39. ASVGNov fielen die vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit und bei langer Versicherungsdauer nämlich mit dem Tag weg, an dem der (die) Versicherte eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, auf Grund deren ein Erwerbseinkommen bezogen wird, daß das nach Paragraph 5, Absatz 2, Litera c, ASVG jeweils in Betracht kommende Monatseinkommen übersteigt. Durch die 44. ASVGNov sei dem ersten Satz des Paragraph 253 a, Absatz 2 und Paragraph 253 b, Absatz 2, ASVG folgender Satz eingefügt worden: "Als Erwerbseinkommen auf Grund einer Erwerbstätigkeit gelten auch die im Paragraph 23, Absatz 2, des Bezügegesetzes bezeichneten Bezüge." Hätten solche Bezüge nach Auffassung des Novellengesetzgebers ohnedies ein Erwerbseinkommen auf Grund einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit dargestellt, so hätte es der Novellierung nicht bedurft, die jedoch nach den Erl der RV ausdrücklich für erforderlich gehalten worden sei.

Wie bereits dargestellt sind nach § 22 Z 1 lit a EStG Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit als Einkünfte aus selbständiger Arbeit iSd § 2 Abs 3 Z 2 leg cit anzusehen. Die Meinung des Berufungsgerichtes, daß Autorenhonorare den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bzw aus Kapitalvermögen rechtsähnlich seien, weil es sich um die Verwertung eines selbst geschaffenen Urheberrechtes handle, findet im Steuerrecht nur insoweit eine Stütze, als Einkünfte aus der Überlassung von Rechten auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder aus der Gestaltung der Verwertung von Rechten nach § 28 Abs 1 Z 3 EStG Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind, soweit sie nicht zu den Einkünften iSd § 2 Abs 3 Z 1 bis 5 leg cit gehören. Wie bereits dargestellt sind nach Paragraph 22, Ziffer eins, Litera a, EStG Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit als Einkünfte aus selbständiger Arbeit iSd Paragraph 2, Absatz 3, Ziffer 2, leg cit anzusehen. Die Meinung des Berufungsgerichtes, daß Autorenhonorare den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bzw aus Kapitalvermögen rechtsähnlich seien, weil es sich um die Verwertung eines selbst geschaffenen Urheberrechtes handle, findet im Steuerrecht nur insoweit eine Stütze, als Einkünfte aus der Überlassung von Rechten auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder aus der Gestaltung der Verwertung von Rechten nach Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 3, EStG Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind, soweit sie nicht zu den Einkünften iSd Paragraph 2, Absatz 3, Ziffer eins bis 5 leg cit gehören.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich aber auch, daß Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit Erwerbseinkommen iSd aufgehobenen § 94 ASVG waren. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich aber auch, daß Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit Erwerbseinkommen iSd aufgehobenen Paragraph 94, ASVG waren.

Da die Klägerin neben der Alterspension im Jahre 1989 noch Erwerbseinkommen aus einer gleichzeitig - das heißt während des Bezuges der Alterspension - ausgeübten, selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte, ruhte ihre Alterspension seit 1.1.1989 nach § 94 ASVG. Da das Ruhen erst später festgestellt wurde, hat die Beklagte der Klägerin die Alterspension ab 1.1.1989 in voller Höhe ausgezahlt und damit zu Unrecht Geldleistungen erbracht. Da die Klägerin neben der Alterspension im Jahre 1989 noch Erwerbseinkommen aus einer gleichzeitig - das heißt während des Bezuges der Alterspension - ausgeübten, selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte, ruhte ihre Alterspension seit 1.1.1989 nach Paragraph 94, ASVG. Da das Ruhen erst später festgestellt wurde, hat die Beklagte der Klägerin die Alterspension ab 1.1.1989 in voller Höhe ausgezahlt und damit zu Unrecht Geldleistungen erbracht.

Der beklagte Versicherungsträger kann die zu Unrecht erbrachten Geldleistungen nach§ 107 Abs 1 ASVG zurückfordern, wenn die klagende Zahlungsempfängerin den Bezug ua durch zumindest leicht fahrlässige Verletzung der Meldevorschriften (§ 40) herbeigeführt hat. Der beklagte Versicherungsträger kann die zu Unrecht erbrachten Geldleistungen nach Paragraph 107, Absatz eins, ASVG zurückfordern, wenn die klagende Zahlungsempfängerin den Bezug ua durch zumindest leicht fahrlässige Verletzung der Meldevorschriften (Paragraph 40,) herbeigeführt hat.

Diese Voraussetzung wurde vom Erstgericht hinsichtlich eines ab 1.3.1989 entstandenen Übergenusse von 44.912,80 S zutreffend angenommen und von der Klägerin in der Berufung nicht bekämpft.

Entgegen der von der Beklagten in der Berufung vertretenen Rechtsansicht war die Klägerin von der Auszahlung des Honorars von 45.198 S im Februar 1989 nicht zur Anzeige der Höhe ihres Erwerbseinkommens verpflichtet. Daß die Klägerin seit dem Beginn der Alterspension eine Erwerbstätigkeit ausübte, war der Beklagten, wie sich zB aus der von der Beklagten im Vorakt 16 Cgs 72/89 des Erstgerichtes erstatteten Klagebeantwortung ergibt, mindestens seit Februar 1987 bekannt.

Damit ist die Streitsache, wie im Rekurs der Beklagten richtig erkannt, zur Entscheidung reif. Über diesen Rekurs kann

der Oberste Gerichtshof daher durch Urteil in der Sache selbst erkennen (§ 519 Abs 2 letzter Satz ZPO). Diese Sachentscheidung besteht mangels Berechtigung beider Berufungen in der Bestätigung des erstgerichtlichen Urteils mit der aus dem Spruch ersichtlichen, auf die E SSV-NF 5/2 und 4 gestützten Maßgabe. Damit ist die Streitsache, wie im Rekurs der Beklagten richtig erkannt, zur Entscheidung reif. Über diesen Rekurs kann der Oberste Gerichtshof daher durch Urteil in der Sache selbst erkennen (Paragraph 519, Absatz 2, letzter Satz ZPO). Diese Sachentscheidung besteht mangels Berechtigung beider Berufungen in der Bestätigung des erstgerichtlichen Urteils mit der aus dem Spruch ersichtlichen, auf die E SSV-NF 5/2 und 4 gestützten Maßgabe.

Der Rekurs der Klägerin ist in dem nur Nichtigkeit geltend gemacht wird, nicht berechtigt. Daß das Berufungsgericht in seinem Aufhebungsbeschuß beiden Berufungen Folge gegeben hat, macht diesen Spruch nicht mit sich selbst in Widerspruch stehend und damit nichtig, weil das Berufungsgericht beide Berufungen mangels angenommener Spruchreife für berechtigt erachtete.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 ASGG, und zwar bezüglich der Kosten der Klägerin in erster Instanz und der Kosten ihrer Rekursbeantwortung ON 22 auf lit a, hinsichtlich der übrigen Kosten der Klägerin auf lit b. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG, und zwar bezüglich der Kosten der Klägerin in erster Instanz und der Kosten ihrer Rekursbeantwortung ON 22 auf Litera a,, hinsichtlich der übrigen Kosten der Klägerin auf Litera b,

#### **Anmerkung**

E46323 10CA0634

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1997:010OBS00063.94.0604.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19970604\_OGH0002\_010OBS00063\_9400000\_000

**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)