

# 1

**Erleidet ein nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG als Mitglied der Wirtschaftskammer Versicherter bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die außerhalb des Umfangs seiner Gewerbeberechtigung liegt, einen Unfall, dann ist zu prüfen, ob die zum Unfall führende Tätigkeit die Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG („neuer Selbständiger“) und damit einen Versicherungsschutz nach § 8 Abs 1 Z 3 lit a ASVG begründete.**

**Ist das Bestehen einer Pflichtversicherung strittig, ist das sozialgerichtliche Verfahren gemäß § 74 Abs 1 ASGG zu unterbrechen und die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens beim zuständigen Träger anzuregen.**

OGH 23. 1. 2018, 10 Obs 82/17g (OLG Linz 11 Rs 17/17z; LG Steyr 24 Cgs 235/15 b).

Der Kläger kippte am 5. 10. 2015 mit seinem Mini-Bagger bei Planierarbeiten über eine Böschungskante. Er sprang noch aus dem Bagger, wurde jedoch in weiterer Folge von der Baggerschaukel getroffen und derart schwer verletzt, dass sein rechtes Bein im Bereich des Oberschenkels amputiert werden musste. Der Kläger wurde am 16. 12. 2015 aus dem Spital entlassen. Die unfallbedingte Heilbehandlung endete am 1. 4. 2016. Für den Zeitraum vom 6. 12. 2015 bis 1. 4. 2016 betrug die medizinische Minderung der Erwerbsfähigkeit 100%. Ab 2. 4. 2016 liegt medizinisch eine vorläufige Minderung der Erwerbsfähigkeit von 70% vor. Nach sechs bis zwölf Monaten ab Ende der unfallbedingten Heilbehandlung (1. 4. 2016) ist mit hoher Wahrscheinlichkeit eine medizinische Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50% zu erwarten. Die Folgen des Unfalls sind noch nicht endgültig abschätzbar.

Der Kläger betreibt mit Gewinnabsicht das nicht protokollierte Einzelunternehmen „P“. Zum Unfallzeitpunkt hatte er eine am 5. 11. 2005 erteilte Gewerbeberechtigung für das „Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten, beschränkt auf die Ausführung von Innen- und Außenputz- sowie Vollwärmeschutz-Arbeiten“. Der Kläger verfügte zu keinem Zeitpunkt über eine umfassendere Gewerbeberechtigung in Bezug auf das Baumeistergewerbe.

Bereits seit dem Jahr 1997 ist der Kläger selbständig tätig (Baugeräteverleih). Über eine Website bot der Kläger neben Verputz- und Sanierungsarbeiten sowie thermischen Sanierungen unter anderem folgende Leistungen an:

- „- Tiefbau
- Maurer und Maurerarbeiten
- Stiegenbau/Gewendelt/Gerade
- Gewölbepbau/Kreuzrippen/Tonnen/Kappen/Spitzgewölbe
- Brückenbau
- Straßen und Wegebau

- Erdbau
- Hangsanierung
- Abbrucharbeiten/Rückbau/Recycling (. . .)“

Der Kläger verrichtete seit seiner Selbständigkeit Arbeiten, die er auf seiner Homepage auch anbot. Mit dem Mini-Bagger führt der Kläger seit ca 15 Jahren Erdarbeiten aus.

Aufgrund des angebotenen Leistungsspektrums stellte ein Ehepaar an den Kläger mit E-Mail vom 19. 8. 2015 folgende Anfrage, welche auch an andere Bauunternehmen erging:

„Betreff: Stützmauer sanieren – Angebot

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir haben bei unserem Haus eine ca 60 Jahre alte Steinmauer an der Grundgrenze zu unserem Nachbarn. Wie wir nun gesehen haben, hat die Mauer in den letzten Monaten einige Risse bekommen. Auch Ausbauchungen sind zu sehen und ein Teil der Mauer kippt leicht nach vorne. Können Sie so eine Mauer sanieren bzw haben Sie eine Idee bzw Möglichkeit wie wir diese entfernen und den Niveauunterschied ausgleichen können?

Einige Eckdaten:

Länge der Mauer ca 21 m

Höhe der Mauer ca 125 cm

Die verwendeten Steine stammen von einem alten Abbruchhaus. Die Mauer hat wahrscheinlich kein bzw Fundament.

Ich habe einige Fotos angefügt, bei denen ersichtlich ist, dass die Mauer in sehr steilem, unzulänglichem Gelände liegt. (. . .)“

Der Kläger besichtigte die Mauer Anfang September 2015. Er bezifferte die Kosten für die gewünschten Arbeiten mit ungefähr 6.000,- EUR. Der Kläger erstellte keinen schriftlichen Kostenvoranschlag. Die Ehegatten erteilten dem Kläger mündlich den Auftrag für die Arbeiten an der Mauer.

Am 26. 9. 2015 begann der Kläger mit den Abbrucharbeiten. Er entfernte ca 150 t an Material und verlegte zusätzlich ein Drainagerohr quer zum Hang, er errichtete auch einen Sickerschacht. Nach Beendigung dieser Arbeiten schrägte der Kläger mit dem Mini-Bagger den Hang ab und begann das Gelände mit frischem Humus zu planieren. Die Planierarbeiten waren teilweise in Hanglage zu verrichten. Anlässlich dieser Planierarbeiten erlitt der Kläger am 5. 10. 2015 den oben beschriebenen Unfall.

Der Mini-Bagger stürzte den Hang hinunter und prallte an dessen Ende gegen eine Holzhütte, die er beschädigte. Der Schaden an der Holzhütte wurde von der Betriebshaftpflichtversicherung des Klägers gedeckt.

Für die von ihm erbrachten Leistungen legte der Kläger auch Rechnung an seine Auftraggeber über 7.425,- EUR (inkl 20% USt).

Mit **Bescheid** vom 25. 11. 2015 lehnte die beklagte Allgemeine Unfallversicherungsanstalt die Anerkennung des Unfalls des Klägers als Arbeitsunfall ab, weil die von ihm durchgeführten Arbeiten in keinem Zusammenhang mit seiner aufrechten Gewerbeberechtigung stünden.

Mit seiner gegen diesen Bescheid erhobenen Klage begehrte der **Kläger** die Feststellung, dass es sich bei dem Unfall vom 5. 10. 2015 um einen Arbeitsunfall gemäß § 175 ASVG handle, sodass die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger die sich hieraus ergebenden gesetzlichen Leistungen zu gewähren. Bei den vom Kläger verrichteten Planierarbeiten handle es sich um Nebenleistungen eines Bauunternehmers, der Unfall habe sich im örtlichen, zeitlichen

und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignet. Gemäß § 175 Abs 6 ASVG schliesse selbst ein verbotswidriges und damit rechtswidriges Handeln die Annahme eines Arbeitsunfalls nicht aus. Die vom Kläger verrichteten Arbeiten dienten unmittelbar der Aufrechterhaltung, Förderung und Abwicklung von dessen selbständiger Existenz. Maßgeblich für die Frage, ob ein Versicherungsschutz zu gewähren sei, sei – unabhängig vom Vorliegen einer Gewerbeberechtigung für diesen Bereich – alleine das Verhalten des Klägers in Ausübung der Erwerbstätigkeit.

Die **Beklagte** wandte dagegen ein, dass der Kläger lediglich über eine Gewerbeberechtigung mit Einschränkungen für das Baumeistergewerbe verfüge. Diese umfasse nicht die Sanierung einer Gartenstützmauer. Da die Sanierung Kern des dem Kläger erteilten Auftrags gewesen sei, liege auch nicht die Ausübung eines Nebenrechts aus der Gewerbeberechtigung des Klägers vor. Der Kläger sei zu den ihm in Auftrag gegebenen Sanierungsarbeiten mangels entsprechender Gewerbeberechtigung nicht befugt gewesen, weshalb kein Versicherungsschutz aus der gesetzlichen Unfallversicherung bestehe.

Das **Erstgericht** sprach aus, dass der Anspruch des Klägers auf Versehrtenrente von 5. 1. 2016 bis 1. 4. 2016 mit 100 vH der Vollrente und auf vorläufige Versehrtenrente ab 2. 4. 2016 mit 70 vH der Vollrente jeweils samt Zusatzrente in Höhe von 50 vH der Versehrtenrente dem Grunde nach zu Recht bestehe. Es trug der Beklagten auf, dem Kläger eine vorläufige Leistung von 250,- EUR monatlich ab 5. 1. 2016 bis zur Erlassung des die Höhe der Leistung festsetzenden Bescheids zu zahlen.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass der Kläger zum Unfallzeitpunkt „neuer“ Selbständiger gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG gewesen und daher gemäß § 8 Abs 1 Z 3 lit a ASVG unfallversichert gewesen sei. Der Kläger sei selbständig und nachhaltig mit Gewinnerzielungsabsicht unternehmerisch tätig gewesen. Die von ihm erzielten Einkünfte seien steuerrechtlich als solche aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 EStG 1988 zu werten, dafür komme es auf das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung nicht an. Die Arbeiten des Klägers an der Sanierung der Mauer hätten der Aufrechterhaltung seiner Existenz gedient, sodass Unfallversicherungsschutz bestehe.

Das **Berufungsgericht** gab der von der Beklagten erhobenen Berufung nicht Folge und ließ die Revision nicht zu. Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass der Kläger durch die Ausübung seiner selbständigen betrieblichen Tätigkeit gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG in der Kranken- und Pensionsversicherung nach diesem

Bundesgesetz versichert gewesen sei. Die Beklagte habe nicht einmal behauptet, dass die von ihm verdienten Entgelte die Mindestbeitragsgrenze des § 25 Abs 4 GSVG nicht erreichten; die diesbezüglich erstmals im Berufungsverfahren erhobene Behauptung verstoße gegen das Neuerungsverbot. Schon aus der im Verfahren vorgelegten Rechnung für die vom Kläger geleisteten Arbeiten ergebe sich, dass dieser von der Kleinstunternehmerregelung des § 4 Abs 1 Z 7 GSVG keinen Gebrauch gemacht habe. Der Unfallversicherungsschutz des Klägers sei daher zu bejahen, auf das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung komme es nicht an.

Der von der Beklagten angerufene Oberste Gerichtshof unterbrach das Revisionsverfahren gemäß § 74 Abs 1 ASGG, bis über die Vorfrage der Versicherungspflicht des Klägers in der Kranken- und Pensionsversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG zum Unfallzeitpunkt am 5. 10. 2015 als Hauptfrage im Verfahren in Verwaltungssachen einschließlich eines allenfalls anhängig gewordenen Verwaltungsgerichtshofverfahrens rechtskräftig entschieden worden ist. Er regte bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft die Einleitung des Verfahrens in Verwaltungssachen an und sprach aus, dass das Revisionsverfahren nach rechtskräftiger Entscheidung über die Vorfrage von Amts wegen wieder aufgenommen werde.

### **Aus der Begründung:**

1. Gemäß der nach § 194 GSVG auch für den Bereich dieses Bundesgesetzes anzuwendenden Bestimmung des § 355 Z 1 ASVG gehört ua die Feststellung der Versicherungspflicht zu den Verwaltungssachen. Gemäß § 74 Abs 1 ASGG ist auch in einer Rechtsstreitigkeit gemäß § 65 Abs 1 Z 1 ASGG, wie sie hier vorliegt, dann, wenn ua die Versicherungspflicht (§ 355 Z 1 ASVG) als Vorfrage strittig ist, das Verfahren zu unterbrechen, bis über diese Vorfrage als Hauptfrage im Verfahren in Verwaltungssachen rechtskräftig entschieden worden ist, dies einschließlich eines allenfalls anhängig gewordenen Verwaltungsgerichtshofverfahrens. Ist im Zeitpunkt der Unterbrechung des Verfahrens noch kein Verfahren in Verwaltungssachen anhängig, so hat das Gericht die Einleitung des Verfahrens beim zuständigen Versicherungsträger anzuregen. Eine solche Unterbrechung ist auch vom Rechtsmittelgericht anzuordnen (10 ObS 180/08 f SSV-NF 23/16 mwN).

2. Entscheidend für den Versicherungsschutz ist bei selbständig Erwerbstätigen, ob ein Arbeitsunfall im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit einem Verhalten steht, das sich als Ausübung der die Versicherung begründenden Erwerbstätigkeit darstellt (10 ObS 108/08 t SSV-NF 22/59; 10 ObS 178/12 t

SSV-NF 27/6; RIS-Justiz RS0084368). Im vorliegenden Fall ist nicht zweifelhaft, dass der Kläger zum Unfallzeitpunkt subjektiv und objektiv einer Erwerbstätigkeit nachging. Bei Selbständigen regeln berufsrechtliche Bestimmungen die Erwerbstätigkeit, daneben bleibt ein weiter Bereich, der auf freiem Willensentschluss des Unternehmers beruht. Als Ausübung der Erwerbstätigkeit werden alle jene Tätigkeiten angesehen, die unmittelbar der Aufrechterhaltung, Förderung und Abwicklung der selbständigen Existenz dienen (10 ObS 3/12g SSV-NF 26/7 ua). Die nähere Ausgestaltung seiner Erwerbstätigkeit muss dem Selbständigen selbst überlassen bleiben (*Tomandl in Tomandl, SV-System* [13. ErgLfg], 2.3.2.3.1.2. [280]).

3.1 Der Unfallversicherungsschutz der in der Unfallversicherung teilversicherten selbständig Erwerbstätigen wird nach § 8 Abs 1 Z 3 lit a erster Gedankenstrich ASVG durch die Mitgliedschaft zu einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft erworben. Er erstreckt sich daher auf Tätigkeiten, die in einem inneren Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb stehen, der die Grundlage der Kammermitgliedschaft bildet (9 ObS 8, 9/87 SSV-NF 1/14, RIS-Justiz RS0083633). Die unbefugte Gewerbeausübung oder andere Tätigkeiten eines Gewerbetreibenden, die von der Gewerbeberechtigung nicht umfasst sind, bleiben daher ungeschützt (10 ObS 2111/96f SSV-NF 10/52; 10 ObS 3/12g SSV-NF 26/7; 10 ObS 178/12t SSV-NF 27/6; RIS-Justiz RS0083617; *Tomandl in Tomandl, SV-System* [25. ErgLfg], 2.3.2.3.1.2. [281]).

3.2 Die Beklagte weist daher in ihrer Revision zutreffend darauf hin, dass die mit der Erteilung der Gewerbeberechtigung erworbene Kammermitgliedschaft nicht generell für alle gewerblichen Tätigkeiten einen Unfallversicherungsschutz begründet. Eine von seiner Gewerbeberechtigung umfasste Tätigkeit übte der Kläger im Unfallzeitpunkt nach den Feststellungen nicht aus. Auf seine – im Verfahren nicht näher präzierte (vgl § 32 GewO 1994) – Behauptung, die von ihm im Unfallzeitpunkt ausgeübten Tätigkeiten seien als Nebenleistungen eines Bauunternehmers von seiner Gewerbeberechtigung mitumfasst gewesen, kommt der Kläger in seiner Revisionsbeantwortung nicht zurück, sondern hält auch dort an seinem bereits im Verfahren erster Instanz eingenommenen Standpunkt fest, dass im vorliegenden Fall Unfallversicherungsschutz unabhängig von einer allfälligen Gewerbeberechtigung vorliege.

4.1 Die Beurteilung des vom Kläger in diesem Verfahren geltend gemachten Anspruchs hängt entscheidend von der – strittigen – Vorfrage ab, ob für ihn zum Unfallzeitpunkt infolge seiner festgestellten betrieblichen Tätigkeit Versicherungspflicht gemäß § 2

Abs 1 Z 4 GSVG bestand. Ob der Kläger für die von ihm im Unfallzeitpunkt ausgeübte Erwerbstätigkeit eine Gewerbeberechtigung benötigt hätte, kann nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht beurteilt werden. Darauf kommt es allerdings nicht an. Denn nach der Rechtsprechung kann selbst der ohne Gewerbebeschein selbständig erwerbstätige „Schwarzarbeiter“ als sogenannter „neuer Selbständiger“ iSd § 2 Abs 1 Z 4 GSVG nach § 8 Abs 1 Z 3 lit a zweiter Gedankenstrich ASVG unfallversichert sein (10 ObS 11/12h SSV-NF 26/9 = RIS-Justiz RS0127648; VwGH 2005/08/0082; R. Müller in SV-Komm [162. Lfg] § 176 Rz 132).

4.2 Die Pflichtversicherung als „neuer“ Selbständiger hängt nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG vom Vorliegen einer selbständigen betrieblichen Erwerbstätigkeit ab, aus der Einkünfte iSd § 22 Z 1–3 und 5 und (oder) § 23 EStG 1988 erzielt werden, wenn aufgrund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits die Pflichtversicherung nach dem GSVG oder einem anderen Bundesgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungszweig(en) eingetreten ist. Die Pflichtversicherung als „neuer“ Selbständiger ist daher weitgehend subsidiär sowohl gegenüber einer Pflichtversicherung nach dem ASVG als auch gegenüber einer bereits eingetretenen Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG (vgl die Fallbeispiele bei *Teschner*; GSVG [79. ErgLfg] § 2 Anm 15 a).

4.3 Gemäß § 2 Abs 1 Z 4 Satz 2 GSVG ist, solange ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid oder ein sonstiger maßgeblicher Einkommensnachweis nicht vorliegt, die Pflichtversicherung nur dann festzustellen, wenn der Versicherte erklärt, dass seine Einkünfte aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterliegenden Tätigkeiten im Kalenderjahr die in Betracht kommende Versicherungsgrenze (§ 4 Abs 1 Z 5 oder Z 6 GSVG) übersteigen werden. In allen anderen Fällen ist gemäß § 2 Abs 1 Z 4 Satz 3 GSVG der Eintritt der Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des rechtskräftigen Einkommensteuerbescheids (nach Maßgabe des jeweiligen steuerlichen Ergebnisses der Erwerbstätigkeit, VwGH 2003/08/0160), aus dem die Versicherungsgrenzen übersteigende Einkünfte der im § 2 Abs 1 Z 4 GSVG genannten Art hervorgehen (VwGH 2011/08/0351; VwGH 2013/08/0082), im Nachhinein festzustellen. Die Unfallversicherung der nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG pflichtversicherten Personen knüpft an den Beginn der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG an (§ 10 Abs 2 Satz 1 GSVG; *Neumann* in SV-Komm [84. Lfg] § 2 GSVG Rz 74; ErläutRV 937 BlgNR 24. GP 4).

4.4 Voraussetzung für eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG ist, dass eine betriebliche Tätigkeit aufgenommen wurde und diese im zu beurteilenden Zeitraum (noch) vorliegt (VwGH

2013/08/0035 mwH). Wurde für vergangene Zeiträume eine Versicherungserklärung nicht im Vorhinein abgegeben, so besteht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die Versicherungspflicht nur nach Maßgabe nachträglich vorgelegter rechtskräftiger Einkommensteuerbescheide; sie ist nach deren Vorliegen jeweils rückwirkend festzustellen (VwGH 2003/08/0126; *Neumann* in SV-Komm [84. Lfg] § 2 GSVG Rz 65). Für die Frage der Versicherungspflicht kommt es dabei auch auf die Herkunft der Einkünfte eines Unternehmens an: Stammen diese aus einer Tätigkeit des Unternehmens, die im Rahmen einer – wenn auch ruhend gestellten – Gewerbeberechtigung ausgeübt wurde, begründen sie die Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 1 (oder Z 2) GSVG. Stammen sie aus unbefugter Gewerbeausübung, begründen sie die Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (VwGH 2008/08/0134; VwGH 2010/08/0145; VwGH 2011/08/0339). Nach den bisherigen Verfahrensergebnissen steht nicht fest, ob der Kläger eine Versicherungserklärung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG abgegeben hat. Auch ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid liegt in diesem Verfahren bislang nicht vor. Letztlich kann dies hier zunächst dahingestellt bleiben:

4.5 Die Frage, ob der Kläger im Unfallzeitpunkt gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG in der Kranken- und Pensionsversicherung pflichtversichert war und daher auch eine Unfallversicherung bestand, ist nicht von den (ordentlichen) Gerichten zu entscheiden, weil sie zu den Verwaltungssachen gehört (vgl §§ 194, 194 a GSVG), über die der zuständige Versicherungsträger (§ 194 GSVG iVm § 409 ASVG) mit Bescheid zu entscheiden hat (vgl 10 ObS 132/99f SSV-NF 13/96 mwN). Da es im Anlassfall zunächst um diese strittige Vorfrage geht, ist das Verfahren daher nach § 74 Abs 1 ASGG zu unterbrechen. Weil derzeit ein solches Verfahren nach der Aktenlage nicht anhängig ist, hat der Oberste Gerichtshof die Einleitung des Verfahrens bei der für diese Frage zuständigen Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft anzuregen. Nach rechtskräftiger Entscheidung der Vorfrage ist das unterbrochene Revisionsverfahren von Amts wegen aufzunehmen (10 ObS 173/12g SSV-NF 27/4).

## 2

**Folgeprovisionen, die ein Außendienstmitarbeiter eines Versicherungsunternehmens während seines Krankenstands für Verträge erhält, die er vor dem Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit vermittelt hat, gelten bereits mit Abschluss des Versicherungsvertrags als verdient und sind daher in dem Monat, für den sie ausgezahlt wer-**



**den, nicht als Arbeitsverdienst iSd § 125 Abs 1 ASVG anzusehen. Entsprechend sind sie nicht in die Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Anspruchs auf Krankengeld und Rehabilitationsgeld einzurechnen.**

OGH 23. 1. 2018, 10 ObS 123/17 m (OLG Graz 7 Rs 9/17y; LGZ Graz 42 Cgs 70/16f).

Der Kläger steht in einem aufrechten Dienstverhältnis als Angestellter im Außendienst eines Versicherungsunternehmens. Auf sein Dienstverhältnis ist nach seinem insofern unstrittigen Vorbringen der Kollektivvertrag für Angestellte von Versicherungsunternehmen/Außendienst (KVA) anzuwenden. Sein Einkommen besteht aus einem Fixum und aus Provisionen. Der Kläger war ab 15. 12. 2014 arbeitsunfähig infolge Krankheit und befand sich im Krankenstand. Aufgrund seiner vorübergehend geminderten Arbeitsunfähigkeit hat der Kläger seit 1. 1. 2016 Anspruch auf Rehabilitationsgeld. Strittig ist im Verfahren, ob die dem Kläger für Jänner 2015 gezahlten Folgeprovisionen von 3.973,45 EUR bei der Berechnung des Rehabilitationsgelds zu berücksichtigen sind (Standpunkt des Klägers) oder nicht (Standpunkt der Beklagten). Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass der Monat Jänner 2015 der für die Berechnung des Rehabilitationsgelds relevante Beitragszeitraum ist, der dem Ende des vollen Entgeltanspruchs (am 8. 2. 2015) voranging (§ 143 a Abs 2, § 125 Abs 1 ASVG).

Der Kläger bezog für Jänner 2015 ein Fixum von 239,21 EUR, weiters Krankheits-Äquivalente von 1.487,16 EUR und von 387,18 EUR (gesamt: 2.113,55 EUR). Die Krankheits-Äquivalente sollten jene Abschlussprovisionen ersetzen, die der Kläger krankheitsbedingt im Jänner 2015 nicht erwerben konnte.

Folgeprovisionen erhielt der Kläger – unabhängig von seinem Krankenstand bzw seiner Arbeitsunfähigkeit – auf 120 Monate aufgeteilt weitergezahlt. Der Betrag von 3.973,45 EUR, welcher dem Kläger im Februar 2015 für die Periode Jänner 2015 gezahlt wurde, betrifft Folgeprovisionen.

Mit **Bescheid** vom 2. 6. 2016 hob die beklagte Steiermärkische Gebietskrankenkasse einen vorangegangenen Bescheid über die Zuerkennung von Rehabilitationsgeld vom 10. 5. 2016 auf und sprach dem Kläger Rehabilitationsgeld ab 1. 1. 2016 in Höhe von täglich 44,59 EUR netto zu. Ein darüber hinausgehender Anspruch sei nicht gegeben. Die Beklagte ging dabei von den oben genannten Bezügen des Klägers für Jänner 2015 (Fixum und Krankheits-Äquivalente) in Höhe von gesamt 2.113,55 EUR als Arbeitsverdienst aus. Die Folgeprovisionen von 3.973,45 EUR seien bei der Berechnung des Rehabilitationsgelds nicht zu berücksichtigen, weil diese für bereits vor dem Jänner 2015 erbrachte Leistungen gehörten.

Mit seiner Klage begehrt der **Kläger** die Zuerkennung eines Rehabilitationsgelds im gesetzlichen Ausmaß. Er bestritt nicht die Berechnung der Beklagten, jedoch seien auch die für Jänner 2015 gezahlten Folgeprovisionen von 3.973,45 EUR für die Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen. Daran ändere der Umstand nichts, dass diese während des Bezugs von Kranken- bzw Rehabilitations-



geld weitergezahlt würden. Der Kläger beziehe nur ein geringes Fixum; blieben die Folgeprovisionen als wesentlicher Gehaltsbestandteil unberücksichtigt, wäre der Kläger gegenüber einem Versicherungsaußendienstmitarbeiter mit einem hohen Fixum im Bezugszeitraum benachteiligt.

Die **Beklagte** wandte dagegen ein, dass der Kläger Folgeprovisionen ungeachtet des Kranken- bzw Rehabilitationsgelds ungekürzt weiter beziehen könne, sodass diese nicht bei der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen seien.

Das **Erstgericht** sprach aus, dass der Kläger aus Anlass seiner vorübergehend geminderten Arbeitsfähigkeit ab 1. 1. 2016 Anspruch auf Rehabilitationsgeld in Höhe von 44,59 EUR täglich habe. Ein darüber hinausgehender Anspruch bestehe nicht. Für die Berechnung des Krankengelds – und damit des Rehabilitationsgelds – sei das für einen bestimmten Monat und nicht das in diesem Monat erzielte Entgelt maßgeblich. Der Kläger habe im Jänner 2015 infolge seiner Erkrankung keine Versicherungsverträge mehr abgeschlossen. Die für die zuvor abgeschlossenen Versicherungsverträge verdienten Folgeprovisionen seien für die Berechnung des Krankengelds nicht maßgeblich.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Können ein Außendienstmitarbeiter infolge seiner Krankheit keine Verträge mehr abschließen, stelle § 4 Abs 2 KVA sicher, dass der dadurch bewirkte Entfall von Abschlussprovisionen durch ein entsprechendes Äquivalent ausgeglichen werde. Folgeprovisionen führten seit der 51. Novelle zum ASVG nicht mehr zum Ruhen des Krankengeldanspruchs. Zwar nicht aus dem Wortlaut des § 125 Abs 1 ASVG, jedoch aus dem Zweck des Krankengelds, das die Aufgabe habe, den durch die Arbeitsunfähigkeit erlittenen Entgeltverlust abzudecken, ergebe sich, dass Folgeprovisionen nicht bei der Bemessung des Krankengelds zu berücksichtigen seien. Denn diese könnten neben dem Krankengeld ungeschmälert weiter bezogen werden, sodass insofern kein Entgeltverlust eintrete. Die gegenteilige Auffassung würde zu einer massiven Benachteiligung jener Versicherten führen, die nur ein fixes Gehalt beziehen, das zur Gänze weg falle. Dass ein mehrjähriger Bezug von Rehabilitationsgeld zur Folge habe, dass sich die Höhe von Folgeprovisionen verringere, sei zwar richtig; das Krankengeld habe nach der Rechtsprechung jedoch nicht die Aufgabe, alle durch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit entstehenden Entgeltverluste auszugleichen.

Die Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage fehle, ob Folgeprovisionen in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des Krankengelds einzubeziehen seien.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision des Klägers nicht Folge.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Der Revisionswerber führt zusammengefasst aus, dass die 51. ASVG-Novelle nichts daran geändert habe, dass die dem Kläger für Jänner 2015 gezahlten Folgeprovisionen in die Bemessungsgrundlage für das Krankengeld und damit das Rehabilitationsgeld einzurechnen seien. Daran ändere der Umstand, dass Folgeprovisionen seither nicht mehr zum Ruhen des Krankengelds führen, nichts. Folgeprovisionen verringerten sich bei längeren Krankenzuständen, sodass der Kläger bei der Bemessung des Krankengelds gegenüber einem Versicherten mit einem hohen Fixgehalt benachteiligt würde. Auch bei Folgeprovisionen, die gesetzlich nicht definiert seien, handle es sich nur um zeitverzögert gezahlte Abschlussprovisionen. Es komme nicht darauf an, ob ein Entgelt „für“ oder „in“ einem bestimmten Monat gezahlt werde.

Dazu ist auszuführen:

1.1 Gemäß § 143 a Abs 2 Satz 1 erster Halbsatz ASVG in der ab 1. 1. 2015 anwendbaren Fassung der 84. Novelle zum ASVG, BGBl I 2015/2 (SVAG), gebührt das Rehabilitationsgeld im Ausmaß des Krankengelds nach § 141 Abs 1 ASVG und ab dem 43. Tag im Ausmaß des erhöhten Krankengelds nach § 141 Abs 2 ASVG, das aus der letzten eine Versicherung nach dem ASVG oder nach dem B-KUVG begründende(n) Erwerbstätigkeit gebührt hätte, wobei bei Vorliegen von unmittelbar vorangehenden Zeiten des Krankengeldanspruchs die nach § 141 Abs 2 ASVG ermittelten Tage anzurechnen sind. Jedenfalls gebührt es jedoch in der Höhe des Richtsatzes für alleinstehende Pensionsberechtigte aus eigener Pension nach § 293 Abs 1 lit a sublit bb ASVG.

1.2 Nach § 141 ASVG wird als gesetzliche Mindestleistung das Krankengeld im Ausmaß von 50 vH der Bemessungsgrundlage für den Kalendertag gewährt (Abs 1). Ab dem 43. Tag einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Erkrankung erhöht es sich auf 60 vH der Bemessungsgrundlage für den Kalendertag (Abs 2).

1.3 Die Bemessungsgrundlage für das Krankengeld regelt § 125 ASVG. Gemäß § 125 Abs 1 erster Halbsatz ASVG ist Bemessungsgrundlage für das Krankengeld der für die Beitragsermittlung heranzuziehende und auf einen Kalendertag entfallende Arbeitsverdienst, der dem/der Versicherten in jenem Beitragszeitraum (§ 44 Abs 2 ASVG) gebührte, der dem Ende des vollen Entgeltanspruchs voranging. Dieser Beitragszeitraum ist im vorliegenden Fall unstrittig der Jänner 2015.