

# TE OGH 2004/7/28 7Rs104/04x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.07.2004

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Hellwagner (Vorsitzender), den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Sonntag und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Stürzenbecher-Vouk sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Wolfgang Binder (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Erich Gruber (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei \*\*\*\*\*, geboren 26.1.1934, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Friedrich J. Reif-Breitwieser, Rechtsanwalt in Wien, als Verfahrenshelfer, wider die beklagte Partei \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, wegen Ausgleichszulage, infolge der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 12.1.2004, 23 Cgs 187/02m-26, gemäß den §§ 2 ASGG, 492 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt. Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Hellwagner (Vorsitzender), den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Sonntag und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Stürzenbecher-Vouk sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Wolfgang Binder (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Erich Gruber (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei \*\*\*\*\*, geboren 26.1.1934, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Friedrich J. Reif-Breitwieser, Rechtsanwalt in Wien, als Verfahrenshelfer, wider die beklagte Partei \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, wegen Ausgleichszulage, infolge der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 12.1.2004, 23 Cgs 187/02m-26, gemäß den Paragraphen 2, ASGG, 492 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die Klägerin hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels selbst zu tragen.

Die Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

## Text

Mit Bescheid der Rechtsvorgängerin der beklagten Partei vom 10.9.2002 wurde die zur Alterspension der Klägerin gewährte Ausgleichszulage ab 1.4.1995 neu festgestellt und der bis 31.8.2001 entstandene Überbezug von insgesamt EUR 9.107,34 rückgefordert. Weiters wurde erkannt, dass über den weiteren Anspruch auf Ausgleichszulage ab 1.1.2002 gesondert entschieden werde. Der Klägerin wurde aufgetragen, den genannten Überbezug binnen vier Wochen nach Rechtskraft des Bescheides an die Rechtsvorgängerin der beklagten Partei zurückzuzahlen. In der den Bescheid angeschlossenen Abrechnung wurde ausgesprochen, dass die Nachzahlung an Ausgleichszulage für die Zeit 1.4.1995 bis 31.12.2001 EUR 1.898,98 betrage, welcher Betrag mit dem Überbezug von EUR 9.107,34 verrechnet werde. Der restliche Überbezug von EUR 7.208,36 werde in Raten zu je EUR 90,- vorläufig von der ab 1.9.2002 gebührenden

Pension in Abzug gebracht (Beil./A).

Die Klägerin begehrte die Feststellung, dass der genannte Überbezug nicht zurückgefördert werde und kein wie immer gearterter Rückforderungsanspruch der beklagten Partei gegen die Klägerin aus dem Titel der Ausgleichszulage bestehende und die Klägerin zu keinen Rückzahlungen gegenüber der beklagten Partei verpflichtet sei. Das Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Republik Polen über Soziale Sicherheit sei erst im Jahr 2000 zustande gekommen. Bei Stellung ihres Pensionsantrages in Österreich sei sie befragt worden, ob sie Zeiten in Polen erworben habe. Dies habe sie bejaht, es sei ihr jedoch gesagt worden, dass es keine Anrechnung gebe und dies daher völlig irrelevant sei. Die Klägerin habe daher völlig gutgläubig und nichtsahnend 1995 in Polen einen Antrag gestellt und dort die Pension auch ausbezahlt erhalten. Sie sei nicht ausreichend von der beklagten Partei aufgeklärt worden, dass ein zukünftiger Pensionsbezug in Polen zu einer Kürzung der Ausgleichszulage führen werde. Selbst wenn ein Verstoß gegen Meldevorschriften vorwerfbar sein sollte, sei jedenfalls von einem gutgläubigen Verbrauch der Ausgleichszulage auszugehen.

Die beklagte Partei beantragte Klagsabweisung und brachte vor. Es sei lediglich relevant, dass der Klägerin eine polnische Rente ausbezahlt worden sei und dass die Klägerin dies der beklagten Partei nicht gemeldet habe. Es sei jedoch mit dem Pensionszuerkennungsbescheid vom 26.4.1995, mit welchem auch über den Anspruch auf Ausgleichszulage abgesprochen worden sei, eine Broschüre und ein Informationsblatt zugestellt worden. Auf die Meldevorschriften sei außerdem auf Seite 3 des Bescheides Bezug genommen worden.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht das Klagebegehren, die beklagte Partei möge von der Rückforderung eines Ausgleichszulagenbetrages von EUR 9.107,34 für den Zeitraum 1.4.1995 bis 31.8.2001 Abstand nehmen, abgewiesen. Es legte seiner Entscheidung nachstehende wesentliche Feststellungen zugrunde:

Die Klägerin hat am 20.3.1995 bei der beklagten Partei einen Antrag auf Alterspension gestellt. Zum damaligen Zeitpunkt bekam sie bereits eine polnische Pension. Die Klägerin hat bei Antragstellung der Angestellten der beklagten Partei gesagt, dass sie in Polen 25 Jahre gearbeitet habe und daher die volle Pension möchte. Der Klägerin war also bewusst, dass die Höhe der Pension von den Versicherungszeiten abhängt. Sie sagte aber nicht, dass sie bereits eine polnische Pension beziehe. Die Angestellte der beklagten Partei wies die Klägerin darauf hin, dass für die Höhe der österreichischen Pension mangels eines Abkommens polnische Zeiten nicht berücksichtigt werden könnten. Es ist anzunehmen, dass sie aber die Klägerin gefragt hat, ob sie vielleicht aufgrund der 25 Jahre in Polen bereits eine Pension bekommt.

Der Anspruch der Klägerin auf Alterspension wurde mit Bescheid vom 26.4.1995 ab 1.4.1995 anerkannt. In diesem Bescheid wurde auch ausgesprochen, dass zur Pension eine Ausgleichszulage gebühre. Bestandteil dieses Bescheides ist eine Rechtsbelehrung. In dieser wird darauf hingewiesen, dass die Pensionistin verpflichtet sei, spätestens innerhalb von zwei Wochen jede für die Pensionszahlung, den Pensionsanspruch oder die Höhe der Pension maßgebende Änderung zu melden, dass mitzuteilen wären jede Zuerkennung, Neubemessung oder der Wegfall einer Pension bzw. Rente von einer anderen Stelle bzw. jede Änderung des Nettoeinkommens und der Umstände, die eine Änderung des Richtsatzes bedingen. Weiters wird darauf hingewiesen, dass ein durch die Nichtbeachtung der Meldevorschrift entstandener Überbezug rückzuerstatten ist.

Im Juli 1998 wurde die Klägerin aufgefordert, den übermittelten Fragebogen auszufüllen und zurückzusenden, da ihr Anspruch auf Ausgleichszulage regelmäßig zu überprüfen ist (Stück 35 des Pensionsaktes). Auf der zweiten Seite dieses Bogens findet sich unter Punkt 3.) die Frage, ob Pensions- oder Rentenansprüche von einem anderen Versicherungsträger, darunter auch eine ausländische Versicherungsanstalt, gewährt werden. Die Klägerin hat bei dieser Frage das "Nein" angekreuzt.

Im September 2001 fand eine neuerliche Überprüfung des Anspruches auf Ausgleichszulage statt und wurde der Klägerin neuerlich der Fragebogen übermittelt. In diesem Fragebogen gab die Klägerin sodann an, dass sie seit 1994 eine polnische Pension beziehe. Im Rahmen der Beweiswürdigung stellte das Erstgericht weiters fest, dass die Klägerin den Bezug der polnischen Pension bewusst verschwiegen habe, obwohl sie danach gefragt worden sei. Die Klägerin habe auch beim Ausfüllen des Fragebogens Stück 35 des Pensionsaktes im Juli 1998 bewusst falsche Angaben gemacht.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahingehend, dass der Klägerin spätestens mit Zustellung des Bescheides vom 26.4.1995 und der darin enthaltenen Belehrung über die Meldepflichten bekannt

gewesen sei oder hätte jedenfalls bekannt sein müssen, dass sie verpflichtet sei, ihre polnische Pension zu melden. Dies habe die Klägerin über Jahre hindurch nicht getan und noch 1998 einen entsprechenden Fragebogen falsch ausgefüllt. Die Klägerin habe die Meldevorschriften nicht beachtet und könne somit auch kein gutgläubiger Verbrauch der bezogenen Ausgleichszulage vorliegen. Die Klägerin sei daher zum Rückersatz des entstandenen Überbezuges verpflichtet, der der Höhe nach außer Streit stehe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei hat sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt. Die Berufung ist nicht berechtigt.

Im Rahmen der ausschließlich erhobenen Rechtsrüge führt die Klägerin zusammengefasst aus, sie habe alle Angaben bei Antragstellung auf Pension und bei Ausfüllen des Fragebogens im Jahr 1998 im Hinblick auf die ihr von der beklagten Partei zukommenden Auskünfte getätigt und könne ihr diesbezüglich kein Verschulden angelastet werden. Die Klägerin habe die bezogenen Beträge über die Jahre hinweg gutgläubig empfangen und auch verbraucht. Auf die Gutgläubigkeit sei zu schließen, da die Klägerin bei der Antragstellung die Pensionsjahre in Polen keineswegs verschwiegen habe.

Diese Berufungsausführungen gehen nicht von den Feststellungen des Erstgerichtes aus, wonach die Klägerin sowohl bei Antragstellung auf Pension im Jahr 1995 als auch bei Ausfüllen des Fragebogens im Jahr 1998 den Bezug der polnischen Pension bewusst verschwiegen habe. Die Rechtsrüge ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Im übrigen ist der Einwand des gutgläubigen Verbrauchs nicht zielführend, weil die Grundsätze des Judikates 33 neu (SZ 11/86) im Zusammenhang mit der in mehreren Sozialversicherungsgesetzen ausdrücklich gegebenen Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen keine Anwendung finden können. Hat ein Leistungsempfänger einen im Gesetz vorgesehenen Rückforderungstatbestand verwirklicht, kann er sich nicht mehr auf Gutgläubigkeit berufen (10 ObS 278/99a mwN). Mangels einer gesetzmäßigen Ausführung der Rechtsrüge hat es auch keine Konsequenzen, dass sich die beklagte Partei im erstinstanzlichen Verfahren auf den Rückforderungstatbestand der Tätigung bewusst unwahrer Angaben bzw. der bewussten Verschweigung maßgebender Tatsachen durch die Klägerin nicht berufen hat, sondern nur auf die Verletzung von Meldevorschriften:

Wird das Begehr auf Rückersatz einer zu Unrecht empfangenen Versicherungsleistung vom Versicherungsträger ausdrücklich auf einen bestimmten Rückforderungstatbestand gestützt, so hat sich das Sozialgericht auf diesen zu beschränken (SSV-NF 6/143). Eine Verletzung von Meldevorschriften kann entgegen der Ansicht des Erstgerichtes im vorliegenden Fall aus folgenden Überlegungen nicht vorliegen:

§ 40 Abs. 1 ASVG verpflichtet die Zahlungsempfänger, jede Änderung in den für den Fortbestand der Bezugsberechtigung maßgebenden Verhältnissen sowie die Änderung ihres Wohnsitzes bzw. des Wohnsitzes des Anspruchsberechtigten binnen zwei Wochen dem zuständigen Versicherungsträger anzuzeigen. Gemäß § 298 Abs. 1 ASVG ist der Pensionsberechtigte, der eine Ausgleichszulage bezieht, verpflichtet, jede Änderung des Nettoeinkommens oder der Umstände, die eine Änderung des Richtsatzes bedingen, dem Träger der Pensionsversicherung gemäß § 40 anzuzeigen. Paragraph 40, Absatz eins, ASVG verpflichtet die Zahlungsempfänger, jede Änderung in den für den Fortbestand der Bezugsberechtigung maßgebenden Verhältnissen sowie die Änderung ihres Wohnsitzes bzw. des Wohnsitzes des Anspruchsberechtigten binnen zwei Wochen dem zuständigen Versicherungsträger anzuzeigen. Gemäß Paragraph 298, Absatz eins, ASVG ist der Pensionsberechtigte, der eine Ausgleichszulage bezieht, verpflichtet, jede Änderung des Nettoeinkommens oder der Umstände, die eine Änderung des Richtsatzes bedingen, dem Träger der Pensionsversicherung gemäß Paragraph 40, anzuzeigen.

Bei den bewusst unwahren Angaben bzw. den verschwiegenen Tatsachen handelt es sich stets um Umstände, die im Entscheidungszeitpunkt vorhanden waren, aber von der entscheidenden Instanz nicht aufgegriffen wurden. Ein Rückforderungsbescheid aufgrund dieser Rückforderungstatbestände greift damit in die Rechtskraft des Zuerkennungsbescheides ein. Hat der Zahlungs- bzw. Leistungsempfänger den Bezug der Leistung durch Verletzung von Meldevorschriften veranlasst, ist ein Konflikt mit den Rechtskraftwirkungen des Gewährungsbescheides in der Regel nicht gegeben. Die Meldevorschriften verpflichten den Zahlungsempfänger, jede Änderung in den für den Fortbestand der Bezugsberechtigung maßgebenden Verhältnissen dem Versicherungsträger anzuzeigen. Der

Rückforderungstatbestand unterstellt, dass bei einer Änderung der Verhältnisse auch die rechtskräftig zuerkannte Leistung eine Veränderung erfährt. Die Unrechtmäßigkeit ergibt sich daher aus Umständen, die nach dem Gewährungsbescheid bzw. dem Gewährungsurteil eingetreten sind (vgl. Schrammel, ZAS 1990, 75 f). Bei den bewusst unwahren Angaben bzw. den verschwiegenen Tatsachen handelt es sich stets um Umstände, die im Entscheidungszeitpunkt vorhanden waren, aber von der entscheidenden Instanz nicht aufgegriffen wurden. Ein Rückforderungsbescheid aufgrund dieser Rückforderungstatbestände greift damit in die Rechtskraft des Zuerkennungsbescheides ein. Hat der Zahlungs- bzw. Leistungsempfänger den Bezug der Leistung durch Verletzung von Meldevorschriften veranlasst, ist ein Konflikt mit den Rechtskraftwirkungen des Gewährungsbescheides in der Regel nicht gegeben. Die Meldevorschriften verpflichten den Zahlungsempfänger, jede Änderung in den für den Fortbestand der Bezugsberechtigung maßgebenden Verhältnissen dem Versicherungsträger anzuzeigen. Der Rückforderungstatbestand unterstellt, dass bei einer Änderung der Verhältnisse auch die rechtskräftig zuerkannte Leistung eine Veränderung erfährt. Die Unrechtmäßigkeit ergibt sich daher aus Umständen, die nach dem Gewährungsbescheid bzw. dem Gewährungsurteil eingetreten sind vergleiche Schrammel, ZAS 1990, 75 f).

Nach den Feststellungen hat die Klägerin bei der Antragstellung auf Alterspension im Jahr 1995 und beim Ausfüllen des Fragebogens im Jahr 1998 maßgebende Tatsachen bewusst verschwiegen. Hingegen war sie zu einer Meldung lediglich der mehrfach geänderten Höhe der polnischen Pension (vgl. Stück 100 des Pensionsaktes) nicht verpflichtet. Es ist nämlich nicht gerechtfertigt, vom Pensionsberechtigten die monatliche Meldung zu verlangen, wenn bei der Feststellung der Ausgleichszulage Einkünfte zu berücksichtigen sind, die regelmäßig in unterschiedlicher Höhe zufließen. Solche Einkünfte sind im Zusammenhang mit der Meldepflicht so wie gleichartige Einkünfte aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu behandeln, wobei der Pensionist allerdings verpflichtet ist, dem Versicherungsträger zu melden, dass seine Einkünfte Schwankungen unterliegen, um diesem Gelegenheit zu geben, die Leistungen zunächst als Vorschüsse zu erbringen. Diese Ausführungen gelten insbesondere für den Bezug einer ausländischen Pension (SSV-NF 5/4). Nach den Feststellungen hat die Klägerin bei der Antragstellung auf Alterspension im Jahr 1995 und beim Ausfüllen des Fragebogens im Jahr 1998 maßgebende Tatsachen bewusst verschwiegen. Hingegen war sie zu einer Meldung lediglich der mehrfach geänderten Höhe der polnischen Pension vergleiche Stück 100 des Pensionsaktes) nicht verpflichtet. Es ist nämlich nicht gerechtfertigt, vom Pensionsberechtigten die monatliche Meldung zu verlangen, wenn bei der Feststellung der Ausgleichszulage Einkünfte zu berücksichtigen sind, die regelmäßig in unterschiedlicher Höhe zufließen. Solche Einkünfte sind im Zusammenhang mit der Meldepflicht so wie gleichartige Einkünfte aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu behandeln, wobei der Pensionist allerdings verpflichtet ist, dem Versicherungsträger zu melden, dass seine Einkünfte Schwankungen unterliegen, um diesem Gelegenheit zu geben, die Leistungen zunächst als Vorschüsse zu erbringen. Diese Ausführungen gelten insbesondere für den Bezug einer ausländischen Pension (SSV-NF 5/4).

Zum Fehlen eines Rückzahlungsauftrages an die Klägerin:

Wird in einer Rechtsstreitigkeit nach § 65 Abs. 1 Z 2 oder über die Kostenersatzpflicht des Versicherten nach § 65 Abs. 1 Z 5 die Klage abgewiesen, weil eine Rückersatz- oder Kostenersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Rück(Kosten)ersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Hierbei ist die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers nach Billigkeit zu bestimmen; insoweit kann das Gericht die Zahlung auch in Raten anordnen (§ 89 Abs. 4 ASGG). Einen derartigen Rückzahlungsauftrag hat das Erstgericht zu Unrecht unterlassen. Fraglich ist, ob das Berufungsgericht das Fehlen dieses Rückzahlungsauftrages von Amts wegen aufgreifen darf: Wird in einer Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, oder über die Kostenersatzpflicht des Versicherten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 5, die Klage abgewiesen, weil eine Rückersatz- oder Kostenersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Rück(Kosten)ersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Hierbei ist die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers nach Billigkeit zu bestimmen; insoweit kann das Gericht die Zahlung auch in Raten anordnen (Paragraph 89, Absatz 4, ASGG). Einen derartigen Rückzahlungsauftrag hat das Erstgericht zu Unrecht unterlassen. Fraglich ist, ob das Berufungsgericht das Fehlen dieses Rückzahlungsauftrages von Amts wegen aufgreifen darf:

Wenn das Gericht keine Leistungsbefehl in das Urteil aufnimmt, obwohl ein Anlassfall vorliegt, kann der Sozialversicherungsträger diese Mängel wahlweise durch Rechtsmittel (§ 496 Abs. 1 Z 1 ZPO analog) oder mit Urteilsergänzungsantrag gemäß § 423 Abs. 1 ZPO bekämpfen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 419 ZPO ist

allenfalls auch die Berichtigung des Urteils möglich (Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 537 mwN). Für die Frage, ob das Rechtsmittelgericht einen zu Unrecht nicht in das erstinstanzliche Urteil aufgenommenen Leistungsbefehl auch von Amts wegen nachholen kann, gelten laut Fink ähnliche Erwägungen wie vor der ASGG-Novelle 1994 für die Unterlassung eines Zahlungsauftrages im Sinne des § 89 Abs. 2 ASGG. Die Pflicht zur amtsweigen Erlassung eines Leistungsbefehles treffe nicht nur die erste Instanz, sondern gemäß § 2 Abs. 1 ASGG iVm § 463 ZPO auch die Rechtsmittelgerichte. Auch das Verschlechterungsverbot stehe einer amtsweigen Aufnahme nicht entgegen, weil die Unterlassung des Erstgerichtes dem Versicherten keine verfahrensrechtliche irgendwie geschützte Position zu verschaffen vermöge. Der Ausspruch gemäß § 89 Abs. 4 Satz 1 ASGG sei daher vom Rechtsmittelgericht auch dann von Amts wegen nachzutragen, wenn nur der Versicherte ein Rechtsmittel erhoben habe (vgl. in diesem Sinn auch zur Rechtslage vor der ASGG-Novelle 1994 zu § 89 Abs. 2 ASGG Klicka in seiner Glosse zu ZAS 1992/10). Wenn das Gericht keine Leistungsbefehl in das Urteil aufnimmt, obwohl ein Anlassfall vorliegt, kann der Sozialversicherungsträger diese Mangel wahlweise durch Rechtsmittel (Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO analog) oder mit Urteilsergänzungsantrag gemäß Paragraph 423, Absatz eins, ZPO bekämpfen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 419, ZPO ist allenfalls auch die Berichtigung des Urteils möglich (Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 537 mwN). Für die Frage, ob das Rechtsmittelgericht einen zu Unrecht nicht in das erstinstanzliche Urteil aufgenommenen Leistungsbefehl auch von Amts wegen nachholen kann, gelten laut Fink ähnliche Erwägungen wie vor der ASGG-Novelle 1994 für die Unterlassung eines Zahlungsauftrages im Sinne des Paragraph 89, Absatz 2, ASGG. Die Pflicht zur amtsweigen Erlassung eines Leistungsbefehles treffe nicht nur die erste Instanz, sondern gemäß Paragraph 2, Absatz eins, ASGG in Verbindung mit Paragraph 463, ZPO auch die Rechtsmittelgerichte. Auch das Verschlechterungsverbot stehe einer amtsweigen Aufnahme nicht entgegen, weil die Unterlassung des Erstgerichtes dem Versicherten keine verfahrensrechtliche irgendwie geschützte Position zu verschaffen vermöge. Der Ausspruch gemäß Paragraph 89, Absatz 4, Satz 1 ASGG sei daher vom Rechtsmittelgericht auch dann von Amts wegen nachzutragen, wenn nur der Versicherte ein Rechtsmittel erhoben habe vergleiche in diesem Sinn auch zur Rechtslage vor der ASGG-Novelle 1994 zu Paragraph 89, Absatz 2, ASGG Klicka in seiner Glosse zu ZAS 1992/10).

Fink (aaO, 538) geht dann noch auf die Frage ein, wie der Sozialversicherungsträger vorzugehen habe, wenn das Gericht das klägerische Feststellungsbegehren abweise, aber keinen Leistungsbefehl an den Versicherten erlasse und dieser Mangel im gerichtlichen Verfahren nicht behoben werde. Obwohl die Verfahrensgesetze so auszulegen seien, dass ein "Zurückpendeln" der Kompetenz in der betreffenden Rechtssache an den Sozialversicherungsträger außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle tunlichst zu unterbleiben habe, werde man in der erörterten Konstellation nicht umhin können, dem Sozialversicherungsträger nach Rechtskraft des Urteils (und allenfalls Ablehnung einer Berichtigung dieses Urteils gemäß § 419 ZPO) die Befugnis einzuräumen, dem Versicherten die Zahlungspflicht wiederum bescheidmäßig aufzuerlegen. Soweit der neue Bescheid inhaltlich dem entspreche, was gemäß § 89 Abs. 4 Satz 1 ASGG bereits das Gerichtsurteil hätte festsetzen müssen, sei eine neuerliche Bescheidklage nicht zulässig. Diesen Ausführungen von Fink ist - mit Ausnahme des Aufzeigens der Möglichkeit einer Mängelberufung, eines Urteilsergänzungsantrages und eines Berichtigungsantrages - nicht zu folgen. Fink (aaO, 538) geht dann noch auf die Frage ein, wie der Sozialversicherungsträger vorzugehen habe, wenn das Gericht das klägerische Feststellungsbegehren abweise, aber keinen Leistungsbefehl an den Versicherten erlasse und dieser Mangel im gerichtlichen Verfahren nicht behoben werde. Obwohl die Verfahrensgesetze so auszulegen seien, dass ein "Zurückpendeln" der Kompetenz in der betreffenden Rechtssache an den Sozialversicherungsträger außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle tunlichst zu unterbleiben habe, werde man in der erörterten Konstellation nicht umhin können, dem Sozialversicherungsträger nach Rechtskraft des Urteils (und allenfalls Ablehnung einer Berichtigung dieses Urteils gemäß Paragraph 419, ZPO) die Befugnis einzuräumen, dem Versicherten die Zahlungspflicht wiederum bescheidmäßig aufzuerlegen. Soweit der neue Bescheid inhaltlich dem entspreche, was gemäß Paragraph 89, Absatz 4, Satz 1 ASGG bereits das Gerichtsurteil hätte festsetzen müssen, sei eine neuerliche Bescheidklage nicht zulässig. Diesen Ausführungen von Fink ist - mit Ausnahme des Aufzeigens der Möglichkeit einer Mängelberufung, eines Urteilsergänzungsantrages und eines Berichtigungsantrages - nicht zu folgen.

Nach den Entscheidungen des OGH zu § 89 Abs. 2 ASGG vor der ASGG-Novelle 1994, SSV-NF 4/4 und ZAS 1992/10 darf das Berufungsgericht nicht erstmals von Amts wegen eine vorläufige Zahlung gemäß § 89 Abs. 2 ASGG auftragen, wenn nur der beklagte Sozialversicherungsträger Berufung erhoben hat. Ein anderes Ergebnis würde ein Abgehen vom Grundprinzip des Verschlechterungsverbotes im Zivilprozess bedeuten. Die Unterlassung des Ausspruches über

die Festsetzung einer vorläufigen Zahlung durch das Erstgericht kann nach dieser Judikatur vom Berufungsgericht nur dann wahrgenommen werden, wenn dieser Verstoß von der klagenden Partei in einem Rechtsmittel geltend gemacht wird. Es handelt sich dabei um einen Verfahrensmangel (§ 496 Abs. 1 Z 1 ZPO), der nur über Rüge durch die verletzte Partei aufgegriffen werden kann. Nach den Entscheidungen des OGH zu Paragraph 89, Absatz 2, ASGG vor der ASGG-Novelle 1994, SSV-NF 4/4 und ZAS 1992/10 darf das Berufungsgericht nicht erstmals von Amts wegen eine vorläufige Zahlung gemäß Paragraph 89, Absatz 2, ASGG auftragen, wenn nur der beklagte Sozialversicherungsträger Berufung erhoben hat. Ein anderes Ergebnis würde ein Abgehen vom Grundprinzip des Verschlechterungsverbotes im Zivilprozess bedeuten. Die Unterlassung des Ausspruches über die Festsetzung einer vorläufigen Zahlung durch das Erstgericht kann nach dieser Judikatur vom Berufungsgericht nur dann wahrgenommen werden, wenn dieser Verstoß von der klagenden Partei in einem Rechtsmittel geltend gemacht wird. Es handelt sich dabei um einen Verfahrensmangel (Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO), der nur über Rüge durch die verletzte Partei aufgegriffen werden kann.

Diese Überlegungen sind auch auf die vorliegende Fragestellung des Fehlens eines Rückzahlungsauftrages im Ersturteil nach § 89 Abs. 4 ASGG zu übertragen. Der Gesetzgeber hat mit der ASGG-Novelle 1994 auf die zitierte Judikatur reagiert und § 89 Abs. 2 ASGG dahingehend abgeändert, dass bei Fehlen eines solchen Auftrages das Urteil jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen zu ergänzen ist. Eine entsprechende Änderung des § 89 Abs. 4 ASGG erfolgte hingegen nicht. Hat das Erstgericht in seinem Urteil über die Frage der Aufrechnung eines Überbezuges überhaupt nicht entschieden und wird diese Unterlassung von der beklagten Partei im Berufungsverfahren nicht gerügt, so ist es dem Berufungsgericht verwehrt, diese Entscheidung nachzutragen (10 ObS 228/90). Was für einen Teil des Klagebegehrens gilt, muss im Wege eines Größenschlusses um so mehr für den Rückzahlungsauftrag nach § 89 Abs. 4 ASGG gelten. Diese Überlegungen sind auch auf die vorliegende Fragestellung des Fehlens eines Rückzahlungsauftrages im Ersturteil nach Paragraph 89, Absatz 4, ASGG zu übertragen. Der Gesetzgeber hat mit der ASGG-Novelle 1994 auf die zitierte Judikatur reagiert und Paragraph 89, Absatz 2, ASGG dahingehend abgeändert, dass bei Fehlen eines solchen Auftrages das Urteil jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen zu ergänzen ist. Eine entsprechende Änderung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG erfolgte hingegen nicht. Hat das Erstgericht in seinem Urteil über die Frage der Aufrechnung eines Überbezuges überhaupt nicht entschieden und wird diese Unterlassung von der beklagten Partei im Berufungsverfahren nicht gerügt, so ist es dem Berufungsgericht verwehrt, diese Entscheidung nachzutragen (10 ObS 228/90). Was für einen Teil des Klagebegehrens gilt, muss im Wege eines Größenschlusses um so mehr für den Rückzahlungsauftrag nach Paragraph 89, Absatz 4, ASGG gelten.

Entgegen Fink kommt es nach Ansicht des Berufungsgerichtes bei Nichtbehebung des vorliegenden Mangels eines Rückzahlungsauftrages nicht zu einem "Zurückpendeln" der Kompetenz an den Versicherungsträger. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen müssen die Verfahrensgesetze nämlich so ausgelegt werden, dass nach Übergang der Kompetenz in einer bestimmten Angelegenheit auf das (Schieds)Gericht der Sozialversicherungsträger insoweit nicht mehr befasst wird (SSV 19/32).

Der beklagten Partei steht es jedoch offen, beim Erstgericht einen Berichtigungsantrag gemäß§ 419 ZPO zu stellen. Der beklagten Partei steht es jedoch offen, beim Erstgericht einen Berichtigungsantrag gemäß Paragraph 419, ZPO zu stellen.

Trägt das Sozialgericht dem Kläger den Rückersatz einer zu Unrecht empfangenen Versicherungsleistung auf, so hat es von Amts wegen sowohl die Leistungsfrist als auch die Frage zu prüfen, ob dem Kläger Ratenzahlung gewährt wird (SSV-NF 6/143).

Zu den maßgeblichen persönlichen Verhältnissen der Klägerin, die gemäß§ 89 Abs. 4 ASGG zu berücksichtigen sind, liegen zwar keine Vernehmungsergebnisse der Klägerin vor. Die relevanten Daten ergeben sich jedoch aus dem von der Klägerin ausgefüllten Fragebogen Stück 36 im Pensionsakt sowie dem Bescheid Beil./A samt Mitteilung vom 6.3.2002. Zu den maßgeblichen persönlichen Verhältnissen der Klägerin, die gemäß Paragraph 89, Absatz 4, ASGG zu berücksichtigen sind, liegen zwar keine Vernehmungsergebnisse der Klägerin vor. Die relevanten Daten ergeben sich jedoch aus dem von der Klägerin ausgefüllten Fragebogen Stück 36 im Pensionsakt sowie dem Bescheid Beil./A samt Mitteilung vom 6.3.2002.

Im Falle eines derartigen Berichtigungsantrages der beklagten Partei wird das Erstgericht nur über die Zahl und Höhe allfälliger Raten zur Aufnahme in den Rückzahlungsauftrag zu entscheiden haben, nicht jedoch über die Zulässigkeit

und Höhe der Aufrechnung mit den laufenden Pensionsleistungen, da die Frage der Aufrechnung vom Klagebegehrten nicht erfasst ist.

Der insgesamt unberechtigten Berufung war daher nicht Folge zu geben. Ein Kostenzuspruch an die Klägerin gemäß § 77 Abs. 1 Z 2 lit. b ASGG kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin durch einen Verfahrenshelfer vertreten ist (SSV-NF 1/19 u.a.). Der insgesamt unberechtigten Berufung war daher nicht Folge zu geben. Ein Kostenzuspruch an die Klägerin gemäß Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, ASGG kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin durch einen Verfahrenshelfer vertreten ist (SSV-NF 1/19 u.a.).

Die Revision war gemäß den §§ 2 ASGG, 502 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen, weil eine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge nicht vorliegt. Die Revision war gemäß den Paragraphen 2, ASGG, 502 Absatz eins, ZPO nicht zuzulassen, weil eine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge nicht vorliegt.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

**Anmerkung**

EW00500 7Rs104.04x-1

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2004:0070RS00104.04X.0728.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20040728\_OLG0009\_0070RS00104\_04X0000\_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)