

# TE OGH 2008/6/10 10ObS40/08t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.06.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Fellingner und Dr. Hoch sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martin Gleitsmann und Dr. Peter Zeitler (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Anna T\*\*\*\*\*, vertreten durch Janezic & Schmidt-Brandstätter Rechtsanwälte OEG in Graz, gegen die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch Bachmann & Bachmann, Rechtsanwälte in Wien, wegen Erwerbsunfähigkeitspension, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 16. Jänner 2008, GZ 8 Rs 4/08g-18, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 24. September 2007, GZ 49 Cgs 125/07g-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten des Revisionsverfahrens selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die am 14. 1. 1954 geborene, zum Stichtag (1. 12. 2006) 52-jährige Klägerin hat eine qualifizierte Berufsausbildung als Malerin und Anstreicherin sowie auch als Lackiererin erworben und die Meisterprüfung abgelegt. Von 1972 bis 1978 war sie mit Unterbrechungen als Bürokraft, Malergesellin und Malermeisterin tätig, seither ist sie selbständige Unternehmerin. Sie besitzt bzw. besaß folgende Gewerbeberechtigungen:

Ab 1. 1. 1989: Maler und Anstreicher;

ab 1. 1. 1989: Lackierer;

von 1. 1. 1989 - 24. 11. 2004: Handelsgewerbe, Kleinhandel mit Farben und Lacken.

Von 1989 bis zu der am 31. 12. 2005 erfolgten Verpachtung der Lackiererei führte sie einen Betrieb, der sich bis zuletzt mit Maler- und Anstreicherarbeiten, bis einschließlich 2005 auch mit Lackiererarbeiten und bis November 2004 auch mit Handel von Farben befasste (womit sie jedoch weniger als 10 % ihres Gesamtumsatzes erwirtschaftete).

In der Lackiererei waren von 2001 bis 2003 fünf, im Jahr 2004 drei und im Jahr 2005 zwei Mitarbeiter, darunter auch Lehrlinge beschäftigt.

In der Malerei und Anstreicherei beschäftigte die Klägerin in den Jahren 2001 und 2002 vier, in den Jahren 2003 und 2004 drei Mitarbeiter. Im Jahr 2001 bildete sie zwei und in der Folge einen Lehrling aus. Ab dem Jahr 2005 beschäftigte sie jeweils zwei Mitarbeiter.

Mit den gesamten Bürotätigkeiten war eine halbtagsbeschäftigte Bürokraft befasst.

Für sämtliche Tätigkeiten erstellte die Klägerin nur eine Gewinn- und Verlustrechnung, wobei sie die Umsatzerlöse aus der Lackiererei bzw der Malerei und Anstreicherei jeweils gesondert auswies. Bis auf das Jahr 2005, in dem sich die Erlöse aus der Malerei und Anstreicherei bzw der Lackiererei (beide am gleichen Standort) etwa die Waage hielten, lagen in den Jahren zuvor (2001 bis 2004) die Erlöse aus den Lackier- immer über jenen aus den Malerarbeiten. Im Jahr 2005 erwirtschaftete die Klägerin Verluste.

Die persönliche Mitarbeit der Klägerin lag im Durchschnitt bei 12 Stunden Arbeit täglich. Sie nahm Lackierarbeiten und Farbmischtätigkeiten vor. Nach der Verpachtung der Lackiererei zum 31. 12. 2005 „unternahm die Klägerin den Versuch“, im Maler- und Anstreicherbetrieb weiterhin tätig zu sein, was ihr aus gesundheitlichen Gründen jedoch nicht möglich war. Sie beschränkte sich daher auf Büroarbeiten bzw Tätigkeiten eines Betriebsleiters, wie sie üblicherweise in mittelgroßen und größeren Betrieben ausgeübt werden. Dies waren jedoch keine berufstypischen Arbeiten, weil bei der konkreten Betriebsgröße der Betriebsleiter persönlich auch manuell regelmäßig mitarbeiten muss.

Ausgehend von dem der Klägerin verbleibenden Leistungskalkül kann sie die Berufsaufgaben einer Malermeisterin (kleiner Betrieb mit vier Mitarbeitern) nicht mehr ohne Gefährdung ihrer Gesundheit ausüben. Die Erwerbstätigkeit einer Lackierermeisterin (kleiner Betrieb mit vier Mitarbeitern) könnte sie hingegen ohne Gefährdung ihrer Gesundheit weiterhin ausüben. Unter Bedachtnahme auf die Dispositionsmöglichkeit der Betriebsleiterin im eigenen Betrieb ist ein an sich gelegentlich vorkommendes Heben oder Tragen von Lasten über zehn Kilogramm delegierbar, ohne dass dadurch der Betriebsablauf maßgeblich beeinträchtigt werden würde.

Selbständige Verweisungstätigkeiten, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern, kommen für die Klägerin nicht in Betracht. Auch eine Spezialisierung innerhalb der bisher ausgeführten Tätigkeiten auf Teilbereiche kommt infolge des eingeschränkten Leistungskalküls und der vorhandenen Qualifikation nicht in Frage.

Mit Bescheid vom 26. 3. 2007 lehnte die beklagte Partei den Antrag der Klägerin vom 13. 11. 2006 auf Zuerkennung einer Erwerbsunfähigkeitspension ab.

Das Erstgericht wies das dagegen erhobene, auf Zuerkennung der Erwerbsunfähigkeitspension ab 1. 12. 2006 gerichtete Klagebegehren ab. Die Klägerin habe ein aus mehreren Unternehmenszweigen bestehendes Unternehmen geführt, für das verschiedene Ausübungsberechtigungen erforderlich gewesen seien. Die persönliche Arbeitsleistung der Klägerin sei zur Aufrechterhaltung ihres „Maler- und Lackierbetriebes“ notwendig gewesen. Sie könne die erforderliche manuelle Mitarbeit für die Ausübung des Maler- und Anstreichergewerbes zwar nicht mehr erbringen, sei aber noch in der Lage, ohne Gefährdung ihrer Gesundheit die Berufsaufgaben einer Lackierermeisterin (kleiner Betrieb mit 4 Mitarbeitern) weiterhin auszuüben. Im Gleichklang mit den Versicherungsfällen der Invalidität und der Berufsunfähigkeit nach dem ASVG könne auch der Versicherungsfall der Erwerbsunfähigkeit (nach dem GSVG) nicht bloß durch die Aufgabe der zuletzt ausgeübten Erwerbstätigkeit aus anderen als gesundheitlichen Gründen herbeigeführt werden.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Der Entscheidung 10 ObS 101/00a, auf die sich die Klägerin berufe, liege ein Fall zugrunde, bei dem der Versicherte zwei eigenständige, von einander völlig unabhängige Unternehmen geführt habe, wovon er eines (Malereibetrieb) zwei Jahre vor dem Stichtag aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben habe, während er das andere (Fremdenpension) bis zuletzt mehr als 60 Monate hindurch weitergeführt habe. Dieser Sachverhalt sei mit dem Vorliegenden nicht vergleichbar, weil die Klägerin an einem Standort zwei zumindest verwandte selbständige Tätigkeiten ausgeübt und nur eine gemeinsame Gewinn- und Verlustrechnung erstellt habe. Es sei daher von einem einheitlichen Unternehmen auszugehen, das für die Prüfung der Frage maßgeblich sei, ob Erwerbsunfähigkeit vorliege. Da die Klägerin im Rahmen dieses Unternehmens mit Ausnahme der letzten elf Monate vor dem Stichtag als selbständige Lackierermeisterin tätig gewesen sei und ihr diese Aufgaben ohne Gefährdung ihrer Gesundheit nach wie vor zumutbar seien, habe das Erstgericht das Vorliegen der Erwerbsunfähigkeit der Klägerin zutreffend verneint. Die Revision sei zulässig, weil zur Frage, ob von zwei wirtschaftlich eigenständigen Unternehmen oder einem Gesamtunternehmen auszugehen sei,

wenn an einem Standort zwei selbständige Tätigkeiten mit unterschiedlichen Gewerbeberechtigungen ausgeübt werden, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt.

Die Revisionswerberin macht geltend, die Beurteilung des Berufungsgerichts widerspreche der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Unter Zugrundelegung der Entscheidung 10 ObS 101/00a, die klarstelle, dass nur die zuletzt (durch 60 Kalendermonate) ausgeübte selbständige Tätigkeit der Prüfung der Verweisungsmöglichkeiten zugrunde gelegt werden dürfe, hätte die begehrte Erwerbsunfähigkeitspension zugesprochen werden müssen. Da die Klägerin die Tätigkeit in der Lackiererei fast ein Jahr vor dem Stichtag eingestellt und den Betrieb verpachtet habe, hätte die Erwerbsunfähigkeit nicht anhand dieser - „nicht bis zuletzt“ ausgeübten - Tätigkeit geprüft werden dürfen und wäre daher nur dann zu verneinen gewesen, wenn das Betreiben einer Lackiererei eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern würde wie ein Malerbetrieb. Insoweit sei die Klägerin nach den Feststellungen aber nicht verweisbar.

Dem hält die Revisionsbeantwortung entgegen, der Klägerin falle nach der - von der beklagten Partei nicht geteilten - Auffassung, dass nicht von einer Tätigkeit in einem Gesamtunternehmen, sondern von zwei unterschiedlichen Betrieben auszugehen sei, mit der selbständigen Erwerbstätigkeit als Malerin und Anstreicherin nicht unter Berufsschutz nach § 133 Abs 2 GSVG, weil sie eine persönliche Arbeitsleistung in Form einer „manuellen Mitarbeit“ im Maler- und Anstreicherbetrieb nicht erbracht habe. Ein solcher komme ihr nur für die zuletzt durch 60 Monate ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit als Lackiererin zu, die sie jedoch ohne Überschreitung ihres Leistungskalküls weiter ausüben könne. Außerdem sei die selbständige Erwerbstätigkeit als Maler und Anstreicher ein Verweisungsberuf für eine selbständige Erwerbstätigkeit als Lackierer. Dem hält die Revisionsbeantwortung entgegen, der Klägerin falle nach der - von der beklagten Partei nicht geteilten - Auffassung, dass nicht von einer Tätigkeit in einem Gesamtunternehmen, sondern von zwei unterschiedlichen Betrieben auszugehen sei, mit der selbständigen Erwerbstätigkeit als Malerin und Anstreicherin nicht unter Berufsschutz nach Paragraph 133, Absatz 2, GSVG, weil sie eine persönliche Arbeitsleistung in Form einer „manuellen Mitarbeit“ im Maler- und Anstreicherbetrieb nicht erbracht habe. Ein solcher komme ihr nur für die zuletzt durch 60 Monate ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit als Lackiererin zu, die sie jedoch ohne Überschreitung ihres Leistungskalküls weiter ausüben könne. Außerdem sei die selbständige Erwerbstätigkeit als Maler und Anstreicher ein Verweisungsberuf für eine selbständige Erwerbstätigkeit als Lackierer.

Dazu wurde Folgendes erwogen:

Es ist nicht strittig, dass die Prüfung der Erwerbsunfähigkeit der Klägerin nach § 133 Abs 2 GSVG zu erfolgen hat. Als erwerbsunfähig gilt demnach ein Versicherter, der das 50. Lebensjahr vollendet hat (lit a) und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebs notwendig war (lit b), wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erfordert, die der Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat. Es ist nicht strittig, dass die Prüfung der Erwerbsunfähigkeit der Klägerin nach Paragraph 133, Absatz 2, GSVG zu erfolgen hat. Als erwerbsunfähig gilt demnach ein Versicherter, der das 50. Lebensjahr vollendet hat (Litera a,) und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebs notwendig war (Litera b,), wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erfordert, die der Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat.

Unter der Notwendigkeit der persönlichen Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebs ist die ausführende Mitarbeit zu verstehen, die notwendig ist, um wirtschaftlich gesehen den vom Versicherten zuletzt geführten Betrieb rentabel aufrechtzuerhalten. Das Erfordernis der persönlichen Mitarbeit im Sinne des § 133 Abs 2 lit b GSVG ist daher

entgegen der Rechtsansicht der beklagten Partei nicht auf die manuelle Tätigkeit beschränkt, sondern ist auch dann erfüllt, wenn eine rein dispositive (= nichtmanuelle) Tätigkeit des Versicherten zur Aufrechterhaltung des Betriebs erforderlich war und der Betrieb ohne diese Mitarbeit des Versicherten nicht wirtschaftlich vertretbar zu führen wäre (vgl. Barnas, Die „notwendige persönliche Arbeitsleistung“ als Berufsschutzkriterium in der Pensionsversicherung der Selbständigen, ZAS 1998, 72 ff [74 ff]; Urbanek, Die Erwerbsunfähigkeit bei Selbständigen, ZAS 2003, 203 ff [206 f] jeweils mwN; 10 ObS 2275/96y = SSV-NF 10/87 ua). Im Fall der Klägerin ist daher - entgegen den Ausführungen in der Revisionsbeantwortung - davon auszugehen, dass die persönliche manuelle und nichtmanuelle Arbeitsleistung der Klägerin zur Aufrechterhaltung ihres (Klein-)Betriebs im Sinn des § 133 Abs 2 lit b GSVG notwendig war. Unter der Notwendigkeit der persönlichen Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebs ist die ausführende Mitarbeit zu verstehen, die notwendig ist, um wirtschaftlich gesehen den vom Versicherten zuletzt geführten Betrieb rentabel aufrechtzuerhalten. Das Erfordernis der persönlichen Mitarbeit im Sinne des Paragraph 133, Absatz 2, Litera b, GSVG ist daher entgegen der Rechtsansicht der beklagten Partei nicht auf die manuelle Tätigkeit beschränkt, sondern ist auch dann erfüllt, wenn eine rein dispositive (= nichtmanuelle) Tätigkeit des Versicherten zur Aufrechterhaltung des Betriebs erforderlich war und der Betrieb ohne diese Mitarbeit des Versicherten nicht wirtschaftlich vertretbar zu führen wäre (vergleiche Barnas, Die „notwendige persönliche Arbeitsleistung“ als Berufsschutzkriterium in der Pensionsversicherung der Selbständigen, ZAS 1998, 72 ff [74 ff]; Urbanek, Die Erwerbsunfähigkeit bei Selbständigen, ZAS 2003, 203 ff [206 f] jeweils mwN; 10 ObS 2275/96y = SSV-NF 10/87 ua). Im Fall der Klägerin ist daher - entgegen den Ausführungen in der Revisionsbeantwortung - davon auszugehen, dass die persönliche manuelle und nichtmanuelle Arbeitsleistung der Klägerin zur Aufrechterhaltung ihres (Klein-)Betriebs im Sinn des Paragraph 133, Absatz 2, Litera b, GSVG notwendig war.

Es ist somit weiters die Frage zu prüfen, ob die Klägerin infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erfordert, die die Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat. Dabei liegt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs keine Erwerbsunfähigkeit im Sinn des § 133 Abs 2 GSVG vor, wenn ein Versicherter im Wesentlichen in der Lage ist, die vor dem Stichtag als letzte nicht nur vorübergehend, wenngleich in einer geringeren Dauer als 60 Monate tatsächlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit fortzusetzen bzw weiterhin auszuüben. Dies hat mit Fragen des Berufsschutzes und der Verweisbarkeit noch nichts zu tun, da auch der Versicherungsfall der Erwerbsunfähigkeit (§ 112 Abs 1 Z 2 GSVG) nicht bloß durch die Aufgabe der zuletzt ausgeübten Erwerbstätigkeit aus anderen als gesundheitlichen Gründen herbeigeführt werden kann (10 ObS 252/99b = SSV-NF 13/121 mwN). In gleicher Weise hat der Oberste Gerichtshof für den Fall, dass ein in der Pensionsversicherung nach dem GSVG Versicherter zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate zwei (oder mehr) selbständige Erwerbstätigkeiten in einem Betrieb oder in mehreren Betrieben ausgeübt hat, bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Versicherte solange nicht als erwerbsunfähig im Sinn des § 133 Abs 2 GSVG gilt, als er wenigstens eine dieser selbständigen Erwerbstätigkeiten noch weiter ausüben kann (vgl 10 ObS 47/99f = SSV-NF 13/35 mwN ua). Auch wenn man im Sinne des Prozessstandpunkts der Klägerin davon ausgeht, dass diese soeben zitierte Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar ist, weil sie ihre selbständige Erwerbstätigkeit im Bereich der Lackiererei, welche sie nach den Feststellungen der Vorinstanzen ohne Gefährdung ihrer Gesundheit weiterhin ausüben könnte, bereits mit Jahresende 2005 im Zuge der Verpachtung der Lackiererei aufgegeben und daher diese Erwerbstätigkeit nicht mehr „zuletzt“ ausgeübt hat (vgl in diesem Sinne auch die von der Klägerin zitierte Entscheidung 10 ObS 101/00a), ist dadurch für den Rechtsstandpunkt der Klägerin im Ergebnis nichts gewonnen. Der Zweck der Regelung des § 133 Abs 2 GSVG liegt darin, dass ab dem 50. Lebensjahr für Kleingewerbetreibende zur Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit nur mehr eine qualifizierte Verweisung zulässig sein soll, so wie das auch bei erlernten oder angelernten Berufen unselbständig Erwerbstätiger schon vor dem 50. Lebensjahr der Fall ist (vgl § 255 Abs 1 und 2 ASVG). Ein Tätigkeitsschutz soll allerdings nicht gewährt werden (10 ObS 23/06i = SSV-NF 20/17 mwN; RIS-JustizRS0086434 [T1], RS0086348 [T1]). Für eine Verweisung kommen daher alle selbständigen Tätigkeiten in Betracht, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit erfordern. Dem Versicherten soll also bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG nicht zugemutet werden, völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die Verweisungstätigkeit muss aber keineswegs der bisher ausgeübten Tätigkeit in allen Punkten entsprechen und es ist wie im Fall des § 255 Abs 1 ASVG auch die Verweisung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, die nur Teilbereiche der

bisher ausgeübten umfasst, zulässig, wenn nur für diesen Teilbereich die Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich waren, die der Versicherte bisher benötigte (10 ObS 23/06i = SSV-NF 20/17 mwN). Es ist somit weiters die Frage zu prüfen, ob die Klägerin infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erfordert, die die Versicherte zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat. Dabei liegt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs keine Erwerbsunfähigkeit im Sinn des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG vor, wenn ein Versicherter im Wesentlichen in der Lage ist, die vor dem Stichtag als letzte nicht nur vorübergehend, wenngleich in einer geringeren Dauer als 60 Monate tatsächlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit fortzusetzen bzw weiterhin auszuüben. Dies hat mit Fragen des Berufsschutzes und der Verweisbarkeit noch nichts zu tun, da auch der Versicherungsfall der Erwerbsunfähigkeit (Paragraph 112, Absatz eins, Ziffer 2, GSVG) nicht bloß durch die Aufgabe der zuletzt ausgeübten Erwerbstätigkeit aus anderen als gesundheitlichen Gründen herbeigeführt werden kann (10 ObS 252/99b = SSV-NF 13/121 mwN). In gleicher Weise hat der Oberste Gerichtshof für den Fall, dass ein in der Pensionsversicherung nach dem GSVG Versicherter zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate zwei (oder mehr) selbständige Erwerbstätigkeiten in einem Betrieb oder in mehreren Betrieben ausgeübt hat, bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Versicherte solange nicht als erwerbsunfähig im Sinn des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG gilt, als er wenigstens eine dieser selbständigen Erwerbstätigkeiten noch weiter ausüben kann vergleiche 10 ObS 47/99f = SSV-NF 13/35 mwN ua). Auch wenn man im Sinne des Prozessstandpunkts der Klägerin davon ausgeht, dass diese soeben zitierte Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar ist, weil sie ihre selbständige Erwerbstätigkeit im Bereich der Lackiererei, welche sie nach den Feststellungen der Vorinstanzen ohne Gefährdung ihrer Gesundheit weiterhin ausüben könnte, bereits mit Jahresende 2005 im Zuge der Verpachtung der Lackiererei aufgegeben und daher diese Erwerbstätigkeit nicht mehr „zuletzt“ ausgeübt hat vergleiche in diesem Sinne auch die von der Klägerin zitierte Entscheidung 10 ObS 101/00a), ist dadurch für den Rechtsstandpunkt der Klägerin im Ergebnis nichts gewonnen. Der Zweck der Regelung des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG liegt darin, dass ab dem 50. Lebensjahr für Kleingewerbetreibende zur Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit nur mehr eine qualifizierte Verweisung zulässig sein soll, so wie das auch bei erlernten oder angelernten Berufen unselbständig Erwerbstätiger schon vor dem 50. Lebensjahr der Fall ist vergleiche Paragraph 255, Absatz eins und 2 ASVG). Ein Tätigkeitsschutz soll allerdings nicht gewährt werden (10 ObS 23/06i = SSV-NF 20/17 mwN; RIS-JustizRS0086434 [T1], RS0086348 [T1]). Für eine Verweisung kommen daher alle selbständigen Tätigkeiten in Betracht, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit erfordern. Dem Versicherten soll also bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG nicht zugemutet werden, völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die Verweisungstätigkeit muss aber keineswegs der bisher ausgeübten Tätigkeit in allen Punkten entsprechen und es ist wie im Fall des Paragraph 255, Absatz eins, ASVG auch die Verweisung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, die nur Teilbereiche der bisher ausgeübten umfasst, zulässig, wenn nur für diesen Teilbereich die Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich waren, die der Versicherte bisher benötigte (10 ObS 23/06i = SSV-NF 20/17 mwN).

Bei der Prüfung der Frage, ob auf der Grundlage der zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeiten eine entsprechend qualifizierte Verweisung möglich ist, spielen daher alle Teilerwerbstätigkeiten, ungeachtet ihrer wirtschaftlichen Bedeutung im gesamten unternehmerischen Geschehen, eine entscheidende Rolle. Als Verweisungsberuf kann unter Umständen auch eine ökonomisch untergeordnete Teiltätigkeit, die innerhalb der erwähnten Mindestdauer tatsächlich ausgeübt wurde, in Betracht kommen, sofern die Leistungsfähigkeit des Versicherten hierfür ausreicht und im Hinblick auf die Situation des Marktes ein Unternehmen dieser Art im Bundesgebiet erfolgreich geführt werden kann (Barnas aaO ZAS 1998, 79; 10 ObS 293/94 = SSV-NF 9/22).

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin aufgrund entsprechender Gewerbeberechtigungen neben der zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit als Maler und Anstreicher innerhalb dieses für die Feststellung möglicher Verweisungsberufe relevanten Zeitraums über längere Zeit auch eine Lackiererei betrieben, sodass davon ausgegangen werden kann, dass sie über die für die Verrichtung der damit zusammenhängenden Arbeiten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen kommt daher auch eine Verweisung der Klägerin auf die von ihr im maßgebenden Zeitraum (auch) tatsächlich bereits ausgeübte Tätigkeit als selbständige Lackierermeisterin (mit 2 bis 5 Mitarbeitern) in Betracht. Da die Klägerin diese selbständige Erwerbstätigkeit ohne Gefährdung ihrer Gesundheit weiterhin ausüben kann und sie auch

nicht bestreitet, dass im Hinblick auf die Situation des Marktes ein Unternehmen dieser Art im Bundesgebiet wirtschaftlich erfolgreich geführt werden kann, haben die Vorinstanzen das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit im Sinn des § 133 Abs 2 GSVG zutreffend verneint. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin aufgrund entsprechender Gewerbeberechtigungen neben der zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit als Maler und Anstreicher innerhalb dieses für die Feststellung möglicher Verweisungsberufe relevanten Zeitraums über längere Zeit auch eine Lackiererei betrieben, sodass davon ausgegangen werden kann, dass sie über die für die Verrichtung der damit zusammenhängenden Arbeiten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen kommt daher auch eine Verweisung der Klägerin auf die von ihr im maßgebenden Zeitraum (auch) tatsächlich bereits ausgeübte Tätigkeit als selbständige Lackierermeisterin (mit 2 bis 5 Mitarbeitern) in Betracht. Da die Klägerin diese selbständige Erwerbstätigkeit ohne Gefährdung ihrer Gesundheit weiterhin ausüben kann und sie auch nicht bestreitet, dass im Hinblick auf die Situation des Marktes ein Unternehmen dieser Art im Bundesgebiet wirtschaftlich erfolgreich geführt werden kann, haben die Vorinstanzen das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit im Sinn des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG zutreffend verneint.

Der Revision musste daher ein Erfolg versagt bleiben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG. Berücksichtigungswürdige Einkommens- und Vermögensverhältnisse, welche einen ausnahmsweisen Kostenzuspruch nach dieser Gesetzesstelle an die Klägerin rechtfertigen könnten, wurden nicht geltend gemacht und sind auch aus der Aktenlage nicht ersichtlich. Der Revision musste daher ein Erfolg versagt bleiben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, ASGG. Berücksichtigungswürdige Einkommens- und Vermögensverhältnisse, welche einen ausnahmsweisen Kostenzuspruch nach dieser Gesetzesstelle an die Klägerin rechtfertigen könnten, wurden nicht geltend gemacht und sind auch aus der Aktenlage nicht ersichtlich.

#### **Anmerkung**

E8794210ObS40.08t

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ARD 5914/8/2008 = ZAS-Judikatur 2009/41 = DRdA 2009,53 = RdW 2009/184S 227 - RdW 2009,227 = SSV-NF 22/40XPUBL END

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

ECLI:AT:OGH0002:2008:010OBS00040.08T.0610.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.01.2010

**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)