

# TE OGH 2001/1/30 10ObS101/00a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.01.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bauer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johann Meisterhofer und MR Mag. Gerhard Puschner (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Kurt D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Klaus Estl, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch Dr. Paul Bachmann ua, Rechtsanwälte in Wien, wegen Erwerbsunfähigkeitspension, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 18. Jänner 2000, GZ 12 Rs 311/99p-34, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 14. September 1999, GZ 11 Cgs 13/96k-30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Sozialrechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der am 3. 8. 1941 geborene Kläger erlernte den Beruf eines Malers und Anstreichers, besuchte die Meisterschule und war ab 1962 im Malereibetrieb seiner Mutter als Geschäftsführer tätig. Ab 1964 führte er den Betrieb selbständig. Im Malereibetrieb waren zeitweise bis zu 20, zuletzt jedoch nur mehr 6 bis 8 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Jahr 1964 eröffnete die Ehegattin des Klägers eine Fremdenpension, die vom Kläger fortgeführt wurde. Dabei war neben dem Kläger nur eine Reinigungskraft beschäftigt. Der Umsatz der Fremdenpension belief sich auf 10 % des Gesamtumsatzes beider Unternehmen. Unstrittig ist, dass der Kläger jede dieser beiden selbständigen Erwerbstätigkeiten durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat. Im Jahr 1993 gab der Kläger den Malereibetrieb aus gesundheitlichen Gründen auf. Die Fremdenpension wurde hingegen vom Kläger bis zuletzt geführt. Am 10. 3. 1995 beantragte der Kläger die Zuerkennung einer Erwerbsunfähigkeitspension. Mit Bescheid vom 6. 11. 1995 lehnte die beklagte Partei diesen Antrag ab.

Der Kläger ist auf Grund der vom Erstgericht im Detail festgestellten gesundheitlichen Leiden, deren Schwerpunkt im Wirbelsäulenbereich liegt, nur mehr in der Lage, leichte Arbeiten zu verrichten. Das Heben und Tragen von Lasten ist ihm nur bis zu einem Gewicht von 6 bis 7 kg zumutbar. Der Kläger muss Arbeiten in Nässe, Kälte und Zugluft, an exponierten, absturzgefährdeten Stellen wie Leitern und Gerüsten, Überkopparbeiten, Treppensteigen, häufiges

Bücken, Vorbücken und Beugen des Körpers, Vorneigen sowie ein Überstrecken oder Zwangshaltungen der Wirbelsäule vermeiden.

Die Tätigkeit des Pensionsinhabers bringt es mit sich, dass den Gästen die Koffer getragen werden müssen, wenn kein Personal hierfür zur Verfügung steht. Dabei ist auch Treppensteigen erforderlich. Die Koffer haben (häufig) ein höheres Gewicht als 6 bis 7 kg. Die Umsatzerlöse des Klägers gingen in der Fremdenpension (mit ca 20 Betten/AS 71) von 1993 auf 1995 von S 849.000 auf S 747.000 zurück. Im Jahr 1995 wurde ein Verlust von S 26.000 erwirtschaftet. Im günstigsten Fall könnte bei einer Einnahmensteigerung ein Gewinn von S 100.000 bis S 150.000 erreicht werden. Ein Einnahmenrückgang würde dagegen den Gewinn im Ausmaß der Rezession aufzehren, da überwiegend Fixkosten anfallen.

Das Erstgericht verpflichtete die beklagte Partei auch im zweiten Rechtsgang, dem Kläger ab 1. 4. 1995 eine Erwerbsunfähigkeitspension im gesetzlichen Ausmaß zu bezahlen und wies das "darüberhinausgehende Klagebegehren" (gemeint für den Zeitraum vom 10. 3. 1995 bis 31. 3. 1995 [im Hinblick auf den Stichtag 1. 4. 1995]) ab. Gleichzeitig wurde der beklagten Partei aufgetragen, dem Kläger eine vorläufige Zahlung von S 3.000 (monatlich) zu leisten. Unter Zugrundelegung der getroffenen, eingangs auszugsweise wiedergegebenen Feststellungen vertrat es - erkennbar auf den Malereibetrieb des Klägers abstellend - die Rechtsauffassung, dass die persönliche Mitarbeit des Klägers notwendig gewesen sei. Eine Umorganisation sei ihm aus wirtschaftlichen Erwägungen nicht möglich. Eine Verweisung(smöglichkeit) auf "artspezifische" selbständige Tätigkeiten sei auch nicht gegeben.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei in ausführlicher Auseinandersetzung mit dem Malereibetrieb des Klägers nicht Folge. Zum Pensionsbetrieb des Klägers führte es aus, dass Invalidität nach § 255 ASVG, wenn der Versicherte überwiegend mehrere Lehrberufe oder angelernte Berufe gleichzeitig oder nacheinander ausgeübt habe, nur dann gegeben sei, wenn die Arbeitsfähigkeit in jedem dieser Berufe in dem nach § 255 Abs 1 ASVG erforderlichen Maß herabgesunken sei. Auch im Rahmen des § 133 Abs 2 GSVG sei die Verweisung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, die nur Teilbereiche der bisher ausgeübten umfasse, zulässig, wenn nur für diesen Teilbereich die Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich gewesen seien, die der Versicherte bisher benötigt habe. Die Führung der Fremdenpension sei neben dem Malereibetrieb für die Eingrenzung des Verweisungsfeldes nicht relevant. Im Hinblick auf die inhaltliche Nähe der Bestimmungen über den Berufsschutz nach dem ASVG könne für die Prüfung der Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG auf die entsprechenden Bestimmungen des ASVG zurückgegriffen werden. Eine Verweisung eines gemäß § 255 Abs 1 ASVG qualifizierten Versicherten auf Teiltätigkeiten sei aber nur insoweit möglich, als dadurch der Berufsschutz nicht verloren gehe. In diesem Sinne sei die nicht durch eine besondere Berufsausbildung qualifizierte Führung einer Fremdenpension für die Beurteilung des Verweisungsfeldes nicht maßgeblich, sondern nur die qualifizierte Tätigkeit eines Malermeisters. Der Kläger könne auch die abstrakten Anforderungen an den Malerberuf nicht mehr erfüllen. Eine Umorganisation des Malereibetriebs durch Einstellung einer Ersatzkraft jedenfalls mit Meisterbrief würde zu einer unzumutbaren Reduktion des Einkommens auf weniger als die Hälfte des früheren Durchschnittseinkommens führen. Die persönliche Mitarbeit des Klägers sei zur Aufrechterhaltung dieses Betriebs im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung notwendig gewesen. Eine Verweisung auf den Betrieb eines Malereibedarfsgeschäfts scheide wegen damit verbundener unzumutbarer Hebe- und Trageleistungen aus. Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei in ausführlicher Auseinandersetzung mit dem Malereibetrieb des Klägers nicht Folge. Zum Pensionsbetrieb des Klägers führte es aus, dass Invalidität nach Paragraph 255, ASVG, wenn der Versicherte überwiegend mehrere Lehrberufe oder angelernte Berufe gleichzeitig oder nacheinander ausgeübt habe, nur dann gegeben sei, wenn die Arbeitsfähigkeit in jedem dieser Berufe in dem nach Paragraph 255, Absatz eins, ASVG erforderlichen Maß herabgesunken sei. Auch im Rahmen des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG sei die Verweisung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, die nur Teilbereiche der bisher ausgeübten umfasse, zulässig, wenn nur für diesen Teilbereich die Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich gewesen seien, die der Versicherte bisher benötigt habe. Die Führung der Fremdenpension sei neben dem Malereibetrieb für die Eingrenzung des Verweisungsfeldes nicht relevant. Im Hinblick auf die inhaltliche Nähe der Bestimmungen über den Berufsschutz nach dem ASVG könne für die Prüfung der Voraussetzungen des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG auf die entsprechenden Bestimmungen des ASVG zurückgegriffen werden. Eine Verweisung eines gemäß Paragraph 255, Absatz eins, ASVG qualifizierten Versicherten auf Teiltätigkeiten sei aber nur insoweit möglich, als dadurch der Berufsschutz nicht verloren gehe. In diesem Sinne sei die nicht durch eine besondere Berufsausbildung qualifizierte Führung einer Fremdenpension für die Beurteilung des Verweisungsfeldes nicht

maßgeblich, sondern nur die qualifizierte Tätigkeit eines Malermeisters. Der Kläger könne auch die abstrakten Anforderungen an den Malerberuf nicht mehr erfüllen. Eine Umorganisation des Malereibetriebs durch Einstellung einer Ersatzkraft jedenfalls mit Meisterbrief würde zu einer unzumutbaren Reduktion des Einkommens auf weniger als die Hälfte des früheren Durchschnittseinkommens führen. Die persönliche Mitarbeit des Klägers sei zur Aufrechterhaltung dieses Betriebs im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung notwendig gewesen. Eine Verweisung auf den Betrieb eines Malereibedarfsgeschäfts scheide wegen damit verbundener unzumutbarer Hebe- und Trageleistungen aus.

Dagegen richtet sich die Revision der beklagten Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

Da der Kläger das 50. Lebensjahr bereits vollendet hat, ist die Berechtigung seines Anspruches mit Stichtag 1. 4. 1995 auf der Grundlage des § 133 Abs 2 GSVG idF der 19. GSVG-Novelle (BGBl 1993/336) zu prüfen. Als erwerbsunfähig gilt danach auch der Versicherte, der das 50. Lebensjahr vollendet hat und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte dauernd 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. Der Gesetzgeber verfolgte mit der Novellierung dieser Bestimmung die Absicht, dass ab dem 50. Lebensjahr für Kleingewerbetreibende zur Beurteilung der dauernden 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. Ein Tätigkeitsschutz sollte allerdings zwischen dem 50. und dem 55. Lebensjahr weiterhin nicht bestehen (RV 933 BlgNR 18. GP 25; Teschner/Widlar, GSVG, 370/10i). Ein Versicherter, der krankheitsbedingt dauernd außerstande ist, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat, hatte nach der am Stichtag maßgeblichen Rechtslage nach Vollendung des 55. Lebensjahres Anspruch auf vorzeitige Alterspension wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit nach § 131c GSVG. Letzterer Anspruch ist jedoch nicht Gegenstand des angefochtenen Bescheides und des vorliegenden Verfahrens (vgl SSV-NF 9/31; RIS-Justiz RS0107534). Die beklagte Partei verwies hiezu jedoch in ihrer Revision darauf, dass sie einen Anspruch des Klägers auf vorzeitige Alterspension wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit nach § 131c GSVG ab 1. 10. 1999 anerkannt habe und entsprechende Vorschussleistungen erbringe. Strittig sei daher nur mehr der Zeitraum 1. 4. 1995 bis 30. 9. 1999. Da der Kläger das 50. Lebensjahr bereits vollendet hat, ist die Berechtigung seines Anspruches mit Stichtag 1. 4. 1995 auf der Grundlage des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG in der Fassung der 19. GSVG-Novelle (BGBl 1993/336) zu prüfen. Als erwerbsunfähig gilt danach auch der Versicherte, der das 50. Lebensjahr vollendet hat und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte dauernd 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. Der Gesetzgeber verfolgte mit der Novellierung dieser Bestimmung die Absicht, dass ab dem 50. Lebensjahr für Kleingewerbetreibende zur Beurteilung der dauernden 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. Ein Tätigkeitsschutz sollte allerdings zwischen dem 50. und dem 55. Lebensjahr weiterhin nicht bestehen (RV 933 BlgNR 18. GP 25; Teschner/Widlar, GSVG, 370/10i). Ein Versicherter, der krankheitsbedingt dauernd außerstande ist, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat, hatte nach der am Stichtag maßgeblichen Rechtslage nach Vollendung des 55. Lebensjahres Anspruch auf vorzeitige Alterspension wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit nach Paragraph 131 c, GSVG. Letzterer Anspruch ist jedoch nicht Gegenstand des angefochtenen Bescheides und des vorliegenden Verfahrens vergleiche SSV-NF 9/31; RIS-Justiz RS0107534). Die beklagte Partei verwies hiezu jedoch in ihrer Revision darauf, dass sie einen Anspruch des Klägers auf vorzeitige Alterspension wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit nach

Paragraph 131 c, GSVG ab 1. 10. 1999 anerkannt habe und entsprechende Vorschussleistungen erbringe. Strittig sei daher nur mehr der Zeitraum 1. 4. 1995 bis 30. 9. 1999.

Die Revisionswerberin bezieht sich in ihren Ausführungen primär auf den Malereibetrieb des Klägers und argumentiert, dass dieser so umorganisiert werden könne, dass er weiterhin im strittigen Zeitraum wirtschaftlich lebensfähig gewesen wäre und der Kläger im Rahmen seines Leistungskalküls weiter darin hätte mitwirken können. Zur Fremdenpension des Klägers bemerkt sie, dass diese ohnehin nur nebenbei geführt worden sei und eine Notwendigkeit des Klägers zur Mitarbeit "wohl kaum" in beiden Betrieben bestanden haben könne. Dem ist Folgendes entgegen zu halten:

Der durch die 19. GSVG-Novelle geänderte § 133 Abs 2 GSVG lehnt sich an die Bestimmungen des ASVG über den Berufsschutz an. Richtig wies schon das Berufungsgericht darauf hin, dass für die Prüfung der Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG auf die entsprechenden Bestimmungen des ASVG zurückgegriffen werden kann. Gemäß § 255 Abs 1 ASVG gilt ein Versicherter, der überwiegend in erlernten oder angelernten Berufen tätig war, als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist. Ausgangspunkt für die Prüfung der Verweisbarkeit sind in diesen Fällen der oder die erlernten (angelernten) Berufe, wobei der Versicherte auch auf Teiltätigkeiten seines Berufes verwiesen werden darf, sofern dadurch der Berufsschutz nicht verloren geht (SSV-NF 3/29, 3/119 ua). Übt der Versicherte überwiegend mehrere Lehrberufe oder angelernte Berufe (gleichzeitig oder nacheinander) aus, so ist Invalidität nur dann gegeben, wenn die Arbeitsfähigkeit in jedem dieser Berufe in dem im § 255 Abs 1 ASVG bezeichneten Maß herabgesunken ist (SSV-NF 5/65, 6/19, 9/22 ua). Der durch die 19. GSVG-Novelle geänderte Paragraph 133, Absatz 2, GSVG lehnt sich an die Bestimmungen des ASVG über den Berufsschutz an. Richtig wies schon das Berufungsgericht darauf hin, dass für die Prüfung der Voraussetzungen des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG auf die entsprechenden Bestimmungen des ASVG zurückgegriffen werden kann. Gemäß Paragraph 255, Absatz eins, ASVG gilt ein Versicherter, der überwiegend in erlernten oder angelernten Berufen tätig war, als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist. Ausgangspunkt für die Prüfung der Verweisbarkeit sind in diesen Fällen der oder die erlernten (angelernten) Berufe, wobei der Versicherte auch auf Teiltätigkeiten seines Berufes verwiesen werden darf, sofern dadurch der Berufsschutz nicht verloren geht (SSV-NF 3/29, 3/119 ua). Übt der Versicherte überwiegend mehrere Lehrberufe oder angelernte Berufe (gleichzeitig oder nacheinander) aus, so ist Invalidität nur dann gegeben, wenn die Arbeitsfähigkeit in jedem dieser Berufe in dem im Paragraph 255, Absatz eins, ASVG bezeichneten Maß herabgesunken ist (SSV-NF 5/65, 6/19, 9/22 ua).

Die vorstehenden Grundsätze bei Ausübung mehrerer unselbständiger Berufe können jedoch nur zum Teil auf den Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitspension übertragen werden. Gemäß § 133 Abs 2 GSVG wird das Verweisungsfeld durch die selbständigen Erwerbstätigkeiten gebildet, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern, wie die vom Versicherten zuletzt durch mindestens 60 Monate ausgeübt. Die Verweisungstätigkeit muss 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 sind, die der Versicherte bisher benötigte. Dabei kommt der Frage, welche wirtschaftliche Bedeutung ein bestimmter Tätigkeitszweig für den Versicherten im Rahmen des von ihm bisher geführten Betriebes hatte, keine entscheidende Bedeutung zu. Das Gesetz stellt nicht auf die konkret ausgeübten selbständigen Tätigkeiten und die bisherige Betriebsstruktur ab (dies sind Umstände, die im Falle des § 131c GSVG von Bedeutung wären), sondern nur auf die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die durch 60 Monate ausgeübte selbständige Tätigkeit erforderlich waren. Dem Versicherten soll bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG nicht zugemutet werden, sich völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen (SSV-NF 9/22). Die vorstehenden Grundsätze bei Ausübung mehrerer unselbständiger Berufe können jedoch nur zum Teil auf den Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitspension übertragen werden. Gemäß Paragraph 133, Absatz 2, GSVG wird das Verweisungsfeld durch die selbständigen Erwerbstätigkeiten gebildet, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern, wie die vom Versicherten zuletzt durch mindestens 60 Monate ausgeübt. Die

Verweisungstätigkeit muss 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 sind, die der Versicherte bisher benötigte. Dabei kommt der Frage, welche wirtschaftliche Bedeutung ein bestimmter Tätigkeitszweig für den Versicherten im Rahmen des von ihm bisher geführten Betriebes hatte, keine entscheidende Bedeutung zu. Das Gesetz stellt nicht auf die konkret ausgeübten selbständigen Tätigkeiten und die bisherige Betriebsstruktur ab (dies sind Umstände, die im Falle des Paragraph 131 c, GSVG von Bedeutung wären), sondern nur auf die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die durch 60 Monate ausgeübte selbständige Tätigkeit erforderlich waren. Dem Versicherten soll bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG nicht zugemutet werden, sich völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen (SSV-NF 9/22).

Der Kläger übte zwei wirtschaftlich eigenständige Unternehmen durch mindestens 60 Kalendermonate aus, nämlich einen Malereibetrieb und eine Fremdenpension. Den Malereibetrieb stellte er allerdings schon im Jahr 1993 aus gesundheitlichen Gründen ein. Im Hinblick auf den letzten Satzteil des § 133 Abs 2 GSVG kommt es bei der Prüfung der Verweisungsmöglichkeiten auf die Tätigkeit an, die zuletzt (durch mindestens 60 Kalendermonate) ausgeübt wurde (SSV-NF 4/93, 9/22). Dies war im Fall des Klägers der Betrieb der Fremdenpension. Eine Tätigkeit, die nicht zuletzt ausgeübt wurde, ist daher außer Betracht zu lassen, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine andere bis zu einem späteren Zeitpunkt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde. Auf die Überlegungen der Revisionswerberin und der Vorinstanzen zu dem bereits früher eingestellten Malereibetrieb, während die Fremdenpension vom Kläger noch bis zuletzt weiter betrieben wurde, kommt es daher nach dieser ausdrücklichen Regelung nicht an. Nur wenn zwei (oder mehrere) selbständige Erwerbstätigkeiten bis zuletzt ausgeübt wurden, gilt der Versicherte solange nicht als erwerbsunfähig im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG, als er wenigstens eine dieser selbständigen Erwerbstätigkeiten noch weiter ausüben kann (vgl 10 ObS 47/99f; RIS-Justiz RS0084536). Insoweit besteht daher ein Unterschied zur Regelung des § 255 Abs 1 ASVG. Während nämlich diese Regelung im Falle einer Tätigkeit in mehreren erlernten (angelernten) Berufen darauf abstellt, dass die Arbeitsfähigkeit nicht nur im zuletzt ausgeübten, sondern in jedem dieser Berufe in einem bestimmten Maß herabgesunken ist (SSV-NF 6/19 ua), stellt § 133 Abs 2 GSVG bei mehreren Erwerbstätigkeiten auf jene ab, die zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde. Die Regelung des ASVG geht von der Vorstellung aus, dass ein Versicherter, würde man zu Unrecht der Meinung folgen, dass er nur in dem erlernten oder angelernten Beruf Berufsschutz genieße, den er während der letzten 15 Jahre überwiegend ausgeübt habe, hinsichtlich keines Berufes geschützt wäre, wenn er während dieses Zeitraumes zwar in mehr als der Hälfte der Beitragsmonate insgesamt überwiegend zwei oder mehrere erlernte oder angelernte Berufe ausgeübt hat, keinen von ihnen aber überwiegend (SSV-NF 6/19 ua). Dem gegenüber stellt § 133 Abs 2 GSVG bei mehreren Erwerbstätigkeiten nicht auf ein Überwiegen, sondern auf die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit ab, sofern sie durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde. Der Kläger übte zwei wirtschaftlich eigenständige Unternehmen durch mindestens 60 Kalendermonate aus, nämlich einen Malereibetrieb und eine Fremdenpension. Den Malereibetrieb stellte er allerdings schon im Jahr 1993 aus gesundheitlichen Gründen ein. Im Hinblick auf den letzten Satzteil des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG kommt es bei der Prüfung der Verweisungsmöglichkeiten auf die Tätigkeit an, die zuletzt (durch mindestens 60 Kalendermonate) ausgeübt wurde (SSV-NF 4/93, 9/22). Dies war im Fall des Klägers der Betrieb der Fremdenpension. Eine Tätigkeit, die nicht zuletzt ausgeübt wurde, ist daher außer Betracht zu lassen, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine andere bis zu einem späteren Zeitpunkt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde. Auf die Überlegungen der Revisionswerberin und der Vorinstanzen zu dem bereits früher eingestellten Malereibetrieb, während die Fremdenpension vom Kläger noch bis zuletzt weiter betrieben wurde, kommt es daher nach dieser ausdrücklichen Regelung nicht an. Nur wenn zwei (oder mehrere) selbständige Erwerbstätigkeiten bis zuletzt ausgeübt wurden, gilt der Versicherte solange nicht als erwerbsunfähig im Sinne des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG, als er wenigstens eine dieser selbständigen Erwerbstätigkeiten noch weiter ausüben kann (vergleiche 10 ObS 47/99f; RIS-Justiz RS0084536). Insoweit besteht daher ein Unterschied zur Regelung des Paragraph 255, Absatz eins, ASVG. Während nämlich diese Regelung im Falle einer Tätigkeit in mehreren erlernten (angelernten) Berufen darauf abstellt, dass die Arbeitsfähigkeit nicht nur im zuletzt ausgeübten, sondern in jedem dieser Berufe in einem bestimmten Maß herabgesunken ist (SSV-NF 6/19 ua), stellt Paragraph 133, Absatz 2, GSVG bei mehreren Erwerbstätigkeiten auf jene ab, die zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde. Die Regelung des ASVG geht von der Vorstellung aus, dass ein Versicherter, würde man zu Unrecht der Meinung folgen,

dass er nur in dem erlernten oder angelernten Beruf Berufsschutz genieße, den er während der letzten 15 Jahre überwiegend ausgeübt habe, hinsichtlich keines Berufes geschützt wäre, wenn er während dieses Zeitraumes zwar in mehr als der Hälfte der Beitragsmonate insgesamt überwiegend zwei oder mehrere erlernte oder angelernte Berufe ausgeübt hat, keinen von ihnen aber überwiegend (SSV-NF 6/19 ua). Dem gegenüber stellt Paragraph 133, Absatz 2, GSVG bei mehreren Erwerbstätigkeiten nicht auf ein Überwiegen, sondern auf die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit ab, sofern sie durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde.

Die gemäß § 133 Abs 2 GSVG als Vergleichsmaßstab dienende Erwerbstätigkeit, die der Versicherte als letzte durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat, muss nicht überhaupt die letzte Erwerbstätigkeit vor dem Stichtag gewesen sein und es ist nicht erforderlich, dass sie in 60 aufeinander folgenden Kalendermonaten ausgeübt wurde. Dieses Problem stellt sich hier aber ohnehin nicht, weil die vom Kläger zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit auch durch 60, überdies auch aufeinander folgende Kalendermonate ausgeübt wurde (vgl. Barnas in ZAS 1998, 72 [78]). War ein Versicherter vor einer in Summe 60 Kalendermonate nicht erreichenden Tätigkeit mindestens 60 Kalendermonate in einer anderen Erwerbstätigkeit selbständig tätig, dann ist bei Prüfung der Erwerbsunfähigkeit nach § 133 Abs 2 GSVG auf diese Tätigkeit zurückzugreifen (Teschner/Widlar, GSVG, 370/101 und 370/10m; SSV-NF 4/93). Die gemäß Paragraph 133, Absatz 2, GSVG als Vergleichsmaßstab dienende Erwerbstätigkeit, die der Versicherte als letzte durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat, muss nicht überhaupt die letzte Erwerbstätigkeit vor dem Stichtag gewesen sein und es ist nicht erforderlich, dass sie in 60 aufeinander folgenden Kalendermonaten ausgeübt wurde. Dieses Problem stellt sich hier aber ohnehin nicht, weil die vom Kläger zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit auch durch 60, überdies auch aufeinander folgende Kalendermonate ausgeübt wurde (vergleiche Barnas in ZAS 1998, 72 [78]). War ein Versicherter vor einer in Summe 60 Kalendermonate nicht erreichenden Tätigkeit mindestens 60 Kalendermonate in einer anderen Erwerbstätigkeit selbständig tätig, dann ist bei Prüfung der Erwerbsunfähigkeit nach Paragraph 133, Absatz 2, GSVG auf diese Tätigkeit zurückzugreifen (Teschner/Widlar, GSVG, 370/101 und 370/10m; SSV-NF 4/93).

Auch in den Fällen der Berufsunfähigkeit gemäß § 273 ASVG wird auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit abgestellt. Während es dort jedoch darauf ankommt, dass die zuletzt ausgeübte Angestelltentätigkeit nicht bloß vorübergehend ausgeübt wurde (RIS-Justiz RS0083709, RS0084509, RS0084904, RS0084943, RS0084954, RS0106498), was vom erkennenden Senat beispielsweise bei einer Tätigkeit im Ausmaß von 23 (RS0084509/T4) oder 37 Monaten (RS0084904/T5) verneint wurde, stellt sich dieses Problem bei der Erwerbsunfähigkeitspension gemäß § 133 Abs 2 GSVG nicht, weil hier von vornherein darauf abgestellt wird, dass nur jene Tätigkeit relevant ist, die durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde. Auch in den Fällen der Berufsunfähigkeit gemäß Paragraph 273, ASVG wird auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit abgestellt. Während es dort jedoch darauf ankommt, dass die zuletzt ausgeübte Angestelltentätigkeit nicht bloß vorübergehend ausgeübt wurde (RIS-Justiz RS0083709, RS0084509, RS0084904, RS0084943, RS0084954, RS0106498), was vom erkennenden Senat beispielsweise bei einer Tätigkeit im Ausmaß von 23 (RS0084509/T4) oder 37 Monaten (RS0084904/T5) verneint wurde, stellt sich dieses Problem bei der Erwerbsunfähigkeitspension gemäß Paragraph 133, Absatz 2, GSVG nicht, weil hier von vornherein darauf abgestellt wird, dass nur jene Tätigkeit relevant ist, die durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt wurde.

Bei der Ausübung mehrerer selbständiger Erwerbstätigkeiten kommt es nicht auf die (unterschiedliche) wirtschaftliche Bedeutung an, sofern nur auch die weniger wirtschaftlich bedeutende tatsächlich ausgeübt wurde (SSV-NF 11/45). Auf Überlegungen des Berufungsgerichtes zur unterschiedlichen Qualifikation mehrerer ausgeübter Erwerbstätigkeiten kommt es jedenfalls bei der vorliegenden Konstellation nicht an. Insbesondere gibt es keine gesetzliche Grundlage, nicht auf die zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit abzustellen, wenn auch allenfalls früher eine andere, möglicherweise höher qualifizierte selbständige Tätigkeit ausgeübt wurde. Es stellt sich hier auch nicht das Problem der Verweisung auf Teiltätigkeiten.

§ 133 Abs 2 GSVG stellt weiters darauf ab, dass die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war. Darunter ist die ausführende Mitarbeit zu verstehen, die notwendig war, um wirtschaftlich gesehen den vom Versicherten zuletzt geführten Betrieb rentabel aufrecht zu erhalten (SSV-NF 4/159, 5/114; ARD 5026/16/99; RIS-Justiz RS0085905). Erwerbsunfähigkeit gemäß § 133 Abs 2 GSVG liegt bei Zutreffen der sonstigen Voraussetzungen nur dann vor, wenn der Betrieb ohne die Mitarbeit des Versicherten nicht lebensfähig war (SSV-NF 3/116, 10/87 ua). Der Gesetzgeber wollte durch Normierung des Erfordernisses der persönlichen Mitarbeit des Betriebsinhabers die kleineren Selbständigen schützen, die bei Ausfall ihrer Arbeitskraft ihre einzige Einkommensquelle verlieren (RV 933 BlgNR 18. GP 25; Teschner/Widlar, GSVG, 370/10i). Paragraph 133, Absatz 2, GSVG

stellt weiters darauf ab, dass die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war. Darunter ist die ausführende Mitarbeit zu verstehen, die notwendig war, um wirtschaftlich gesehen den vom Versicherten zuletzt geführten Betrieb rentabel aufrecht zu erhalten (SSV-NF 4/159, 5/114; ARD 5026/16/99; RIS-Justiz RS0085905). Erwerbsunfähigkeit gemäß Paragraph 133, Absatz 2, GSVG liegt bei Zutreffen der sonstigen Voraussetzungen nur dann vor, wenn der Betrieb ohne die Mitarbeit des Versicherten nicht lebensfähig war (SSV-NF 3/116, 10/87 ua). Der Gesetzgeber wollte durch Normierung des Erfordernisses der persönlichen Mitarbeit des Betriebsinhabers die kleineren Selbständigen schützen, die bei Ausfall ihrer Arbeitskraft ihre einzige Einkommensquelle verlieren (RV 933 BlgNR 18. GP 25; Teschner/Widlar, GSVG, 370/10i).

Wie der Senat bereits wiederholt ausgesprochen hat (SSV-NF 3/116, 5/55, 8/114), ist die Zahl der Arbeitnehmer zwar ein Kriterium dafür, ob die persönliche Mitarbeit des Geschäftsinhabers erforderlich ist, doch nicht das einzige. Steht hier aber fest, dass die Fremdenpension vom Kläger allein mit einer Reinigungskraft betrieben wurde, dann kann im Hinblick auf die von den Vorinstanzen festgestellte wirtschaftliche Situation dieses Betriebes kein Zweifel bestehen, dass die persönliche Mitarbeit des Klägers notwendig war, zumal auch die einzige Überlegung der Revisionswerberin zur Fremdenpension, dass "wohl kaum" eine Notwendigkeit der Mitarbeit des Klägers bestanden habe, weil er sich tagsüber um seine Haupttätigkeit im Malereibetrieb kümmern habe müssen, nicht greift. Abgesehen davon, dass der Malereibetrieb bereits 1993 eingestellt wurde, sodass sich der Kläger ab diesem Zeitpunkt nur mehr der Fremdenpension widmen konnte, unterstreicht gerade die von der Revisionswerberin geäußerte Vermutung die Notwendigkeit der persönlichen Mitarbeit des Klägers auch für die Zeit, als er noch beide selbständigen Erwerbstätigkeiten nebeneinander ausübte, weil eine Fremdenpension bekanntermaßen nicht von einer Reinigungskraft allein betrieben werden kann. Für die Vermutung, dass der Kläger tagsüber keine Zeit für die Fremdenpension gehabt habe, gibt es zwar keine Grundlage in den Feststellungen; sie steht aber der Annahme der Notwendigkeit der persönlichen Mitarbeit nicht entgegen, weil diese nicht auf eine bestimmte Tageszeit beschränkt ist. Vom Berufsschutz des Klägers nach § 133 Abs 2 GSVG ist daher auszugehen. Wie der Senat bereits wiederholt ausgesprochen hat (SSV-NF 3/116, 5/55, 8/114), ist die Zahl der Arbeitnehmer zwar ein Kriterium dafür, ob die persönliche Mitarbeit des Geschäftsinhabers erforderlich ist, doch nicht das einzige. Steht hier aber fest, dass die Fremdenpension vom Kläger allein mit einer Reinigungskraft betrieben wurde, dann kann im Hinblick auf die von den Vorinstanzen festgestellte wirtschaftliche Situation dieses Betriebes kein Zweifel bestehen, dass die persönliche Mitarbeit des Klägers notwendig war, zumal auch die einzige Überlegung der Revisionswerberin zur Fremdenpension, dass "wohl kaum" eine Notwendigkeit der Mitarbeit des Klägers bestanden habe, weil er sich tagsüber um seine Haupttätigkeit im Malereibetrieb kümmern habe müssen, nicht greift. Abgesehen davon, dass der Malereibetrieb bereits 1993 eingestellt wurde, sodass sich der Kläger ab diesem Zeitpunkt nur mehr der Fremdenpension widmen konnte, unterstreicht gerade die von der Revisionswerberin geäußerte Vermutung die Notwendigkeit der persönlichen Mitarbeit des Klägers auch für die Zeit, als er noch beide selbständigen Erwerbstätigkeiten nebeneinander ausübte, weil eine Fremdenpension bekanntermaßen nicht von einer Reinigungskraft allein betrieben werden kann. Für die Vermutung, dass der Kläger tagsüber keine Zeit für die Fremdenpension gehabt habe, gibt es zwar keine Grundlage in den Feststellungen; sie steht aber der Annahme der Notwendigkeit der persönlichen Mitarbeit nicht entgegen, weil diese nicht auf eine bestimmte Tageszeit beschränkt ist. Vom Berufsschutz des Klägers nach Paragraph 133, Absatz 2, GSVG ist daher auszugehen.

Die Feststellungen reichen jedoch nicht aus, um die Verweisung ausgehend von der Tätigkeit der Führung einer Fremdenpension endgültig zu beantworten, weil sich das Erstgericht fast ausschließlich auf den Malereibetrieb des Klägers konzentrierte. Es kommt dabei, wie bereits ausgeführt, nicht auf den konkreten Betrieb, sondern auf einen branchentypischen Betrieb an. Es geht um die Situation in solchen Betrieben schlechthin (10 ObS 153/99v). Das Gesetz stellt bezüglich der Prüfung der Möglichkeit der Weiterführung einer selbständigen Tätigkeit eben nicht auf die bisherige Betriebsstruktur ab, sondern nur auf die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die durch 60 Monate ausgeübte selbständige Tätigkeit erforderlich waren. Dem Versicherten soll bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG nicht zugemutet werden, völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen (SSV-NF 9/22 ua; RIS-Justiz RS0086448). Dass in einer branchentypischen Fremdenpension generell keine Hilfskräfte für den Koffertransport zur Verfügung stehen, ergibt sich aus dem Verfahren nicht; dies kann auch nicht ohne weiteres als notorisch unterstellt werden. Es wird daher im fortgesetzten Verfahren im einzelnen zu klären sein, welche für den Kläger kalkülüberschreitenden Tätigkeiten in einer branchentypischen Fremdenpension anfallen, jedoch ohnehin üblicherweise von Hilfskräften verrichtet werden. Zum angeblichen Ausschluss des Klägers

vom Treppensteigen fällt auch noch auf, dass diese Einschränkung grundsätzlich vom orthopädischen Sachverständigen stammt, der aber nur das "Arbeiten auf Treppen" ausschloss (AS 31). Der neurologische Sachverständige deponierte diesbezüglich selbst keine Einschränkungen des Klägers (AS 55); erst in seinem zusammenfassenden Gutachten findet sich eine Einschränkung hinsichtlich des Treppensteigens (AS 57), die aber nicht näher begründet und erörtert wurde. Diese Einschränkung wird daher ebenfalls noch präziser zu klären und im Falle der Bejahung in ihren Auswirkungen auf die Führung eines branchentypischen Fremdenpensionsbetriebs zu prüfen sein. Die Feststellungen reichen jedoch nicht aus, um die Verweisung ausgehend von der Tätigkeit der Führung einer Fremdenpension endgültig zu beantworten, weil sich das Erstgericht fast ausschließlich auf den Malereibetrieb des Klägers konzentrierte. Es kommt dabei, wie bereits ausgeführt, nicht auf den konkreten Betrieb, sondern auf einen branchentypischen Betrieb an. Es geht um die Situation in solchen Betrieben schlechthin (10 ObS 153/99v). Das Gesetz stellt bezüglich der Prüfung der Möglichkeit der Weiterführung einer selbständigen Tätigkeit eben nicht auf die bisherige Betriebsstruktur ab, sondern nur auf die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die durch 60 Monate ausgeübte selbständige Tätigkeit erforderlich waren. Dem Versicherten soll bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Paragraph 133, Absatz 2, GSVG nicht zugemutet werden, völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen (SSV-NF 9/22 ua; RIS-Justiz RS0086448). Dass in einer branchentypischen Fremdenpension generell keine Hilfskräfte für den Koffertransport zur Verfügung stehen, ergibt sich aus dem Verfahren nicht; dies kann auch nicht ohne weiteres als notorisch unterstellt werden. Es wird daher im fortgesetzten Verfahren im einzelnen zu klären sein, welche für den Kläger kalkülüberschreitenden Tätigkeiten in einer branchentypischen Fremdenpension anfallen, jedoch ohnehin üblicherweise von Hilfskräften verrichtet werden. Zum angeblichen Ausschluss des Klägers vom Treppensteigen fällt auch noch auf, dass diese Einschränkung grundsätzlich vom orthopädischen Sachverständigen stammt, der aber nur das "Arbeiten auf Treppen" ausschloss (AS 31). Der neurologische Sachverständige deponierte diesbezüglich selbst keine Einschränkungen des Klägers (AS 55); erst in seinem zusammenfassenden Gutachten findet sich eine Einschränkung hinsichtlich des Treppensteigens (AS 57), die aber nicht näher begründet und erörtert wurde. Diese Einschränkung wird daher ebenfalls noch präziser zu klären und im Falle der Bejahung in ihren Auswirkungen auf die Führung eines branchentypischen Fremdenpensionsbetriebs zu prüfen sein.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E61127 10C01010

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:010OBS00101.00A.0130.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010130\_OGH0002\_010OBS00101\_00A0000\_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)