

# TE OGH 2000/5/23 10ObS373/99x

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.05.2000

## 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. Ehmayer und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Hübner und Dr. Franz Zörner (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Karl S\*\*\*\*\*, im Revisionsverfahren nicht vertreten, wider die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch Dr. Paul Bachmann u.a., Rechtsanwälte in Wien, wegen vorzeitiger Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 12. Oktober 1999, GZ 11 Rs 212/99x-14, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 30. Juni 1999, GZ 16 Cgs 12/99g-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Die Sozialrechtssache wird zur Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

## Text

Begründung:

Die beklagte Partei lehnte mit Bescheid vom 15. 1. 1999 den Antrag des am 23. 6. 1939 geborenen Klägers vom 28. 1. 1998 auf Zuerkennung einer vorzeitigen Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit gemäß § 131c GSVG ab. Der Kläger sei noch im Stande, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Monate ausgeübt habe. Die beklagte Partei lehnte mit Bescheid vom 15. 1. 1999 den Antrag des am 23. 6. 1939 geborenen Klägers vom 28. 1. 1998 auf Zuerkennung einer vorzeitigen Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit gemäß Paragraph 131 c, GSVG ab. Der Kläger sei noch im Stande, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Monate ausgeübt habe.

In der dagegen eingebrachten Klage auf Gewährung der vorzeitigen Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit ab 1. 2. 1998 macht der Kläger geltend, dass er von 1978 bis 1997 ein Tennisbuffet geführt habe. Das Buffet habe täglich von 8.00 bis 24.00 Uhr geöffnet gehabt. Bis 16.00 Uhr habe er den Buffetbetrieb jeweils nur in den Pausen seiner

Tennislehrertätigkeit geführt. Beim Buffetbetrieb seien Hebe- und Trageleistungen bis 20 kg angefallen. Die Tätigkeit sei ausschließlich im Gehen und Stehen zu verrichten gewesen. Er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, diese Tätigkeit weiter zu verrichten.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass die Erwerbsfähigkeit des Klägers nicht so weit gemindert sei, dass er nicht mehr im Stande sei, seine zuletzt ausgeübte selbständige Tätigkeit der Führung eines Buffetbetriebes auszuüben.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und verpflichtete die beklagte Partei bis zur Erlassung des die Höhe der Pension festsetzenden Bescheides zu einer vorläufigen monatlichen Zahlung von S 8.000. Dabei ging es von folgenden Feststellungen aus:

Der Kläger war von 1973 bis 1993 als Fitnesstrainer und Tennislehrer tätig. Seit 1978 führte der Kläger überdies ein sogenanntes Tennisbuffet, einen dem Tennisplatz angeschlossenen Buffetbetrieb. Ende Oktober 1997 legte er seine Gewerbeberechtigung zurück.

Das Tennisbuffet war täglich von 8.00 bis 24.00 Uhr geöffnet. Der Kläger arbeitete in den letzten fünf Jahren in der Zeit von 8.00 bis 16.00 Uhr etwa 20 bis 25 Stunden pro Woche als Tennislehrer. In den jeweiligen Pausen zwischen den Lehreinheiten zur vollen Stunde betrieb er das Tennisbuffet. Ab jeweils etwa 16.00 Uhr war der Kläger ausschließlich im Tennisbuffet tätig, in dem man Würstel, belegte Brote und sämtliche Getränke in Flaschen kaufen konnte. Der Kläger hatte im Buffet sowohl die Verkaufs- als auch die Serviertätigkeit an den Tischen über. Im Buffetbetrieb fielen auch Tätigkeiten an, bei denen der Kläger Gewichte bis zu 20 kg zu heben und zu tragen hatte. Die Arbeit war ausschließlich im Gehen und Stehen zu verrichten. Der Kläger hatte eine teilzeitbeschäftigte Mitarbeiterin (20 Wochenstunden).

Das Schwergewicht der vom Erstgericht im Detail festgestellten gesundheitlichen Leiden des Klägers liegt im Bereich der Wirbelsäule und der Gelenke. Der Kläger ist auf Grund seiner Leidenszustände nur mehr in der Lage, unter den üblichen Bedingungen eines Arbeitsverhältnisses leichte und mittelschwere Arbeiten im Gehen, Stehen oder Sitzen zu verrichten. Leichte Arbeiten können vollschichtig, mittelschwere Arbeiten nur bis maximal drittelzeitig, verteilt in kürzeren Phasen über den gesamten Arbeitstag, geleistet werden. Arbeiten im Sitzen kann der Kläger ohne zeitliche Einschränkung, Arbeiten im Gehen und Stehen in etwa jeweils zu 50 % des Arbeitstages verrichten.

Auszuschließen sind Arbeiten, welche mit ständigem Gehen und Stehen verbunden sind, Arbeiten in knieender und hockender Körperhaltung, Arbeiten auf Leitern und Gerüsten, Arbeiten mit dem rechten Arm ständig über Kopfhöhe, Arbeiten unter häufiger Extremhaltung der Wirbelsäule sowie unter extremen Witterungsverhältnissen, welche mit häufiger Durchnässung und Kälteexposition verbunden sind.

Der gegenwärtige Gesundheitszustand besteht seit der Antragstellung.

Rechtlich sei gemäß § 131c Abs 1 Z 3 GSVG zu prüfen, ob der Kläger noch im Stande sei, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Monate ausgeübt habe. Da der Kläger auf Grund seiner Einschränkungen nicht mehr als die Hälfte des Tages gehen und stehen könne, sei er von der Tätigkeit des Gastwirtes ausgeschlossen und könne daher das Tennisbuffet nicht mehr betreiben. Der Kläger könne jene Arbeiten, die er nicht mehr verrichten könne, auch nicht in ausreichendem Maße delegieren. Da er sohin die zuletzt ausgeübte Tätigkeit nicht mehr verrichten könne, liege Erwerbsunfähigkeit gemäß § 131c Abs 1 Z 3 GSVG vor. Rechtlich sei gemäß Paragraph 131 c, Absatz eins, Ziffer 3, GSVG zu prüfen, ob der Kläger noch im Stande sei, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Monate ausgeübt habe. Da der Kläger auf Grund seiner Einschränkungen nicht mehr als die Hälfte des Tages gehen und stehen könne, sei er von der Tätigkeit des Gastwirtes ausgeschlossen und könne daher das Tennisbuffet nicht mehr betreiben. Der Kläger könne jene Arbeiten, die er nicht mehr verrichten könne, auch nicht in ausreichendem Maße delegieren. Da er sohin die zuletzt ausgeübte Tätigkeit nicht mehr verrichten könne, liege Erwerbsunfähigkeit gemäß Paragraph 131 c, Absatz eins, Ziffer 3, GSVG vor.

Das Berufungsgericht gab der von der beklagten Partei erhobenen Berufung nicht Folge. Es trat der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes bei. Nach dem festgestellten Sachverhalt komme eine ausreichende Delegierbarkeit der kalkülüberschreitenden Tätigkeiten nicht in Betracht. Beim Kläger sei ständiges Gehen und Stehen, welches mit seiner bisherigen Tätigkeit verbunden gewesen sei, ausgeschlossen. Durch die mit 20 Wochenstunden teilzeitbeschäftigte

Mitarbeiterin sei während der restlichen, noch dazu überwiegenden Öffnungs- und Arbeitszeiten keine Abhilfe zu finden. Eine Umorganisation durch Einstellung einer weiteren Arbeitskraft erscheine im Hinblick auf den Umfang des Buffetbetriebes - der Kläger habe in einem Vorprozess von einem Jahresumsatz von etwa S 200.000 gesprochen - unzumutbar.

Dagegen richtet sich die Revision der beklagten Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger hat keine Revisionsbeantwortung erstattet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist im Sinne des gestellten Aufhebungsantrages berechtigt.

Anspruch auf vorzeitige Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit hat gemäß § 131c GSVG der Versicherte nach Vollendung des 57. Lebensjahres, wenn er Anspruch auf vorzeitige Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit hat gemäß Paragraph 131 c, GSVG der Versicherte nach Vollendung des 57. Lebensjahres, wenn er

1. die Wartezeit erfüllt hat,

2. innerhalb der letzten 180 Kalendermonate vor dem Stichtag 72 Beitragsmonate der Pflichtversicherung nachweist und

3. infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außer Stande ist, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat, sofern dieser regelwidrige körperliche oder geistige Zustand bereits seit mindestens 20 Wochen andauert.

Strittig ist im vorliegenden Fall die dritte Voraussetzung; hiezu ist folgendes zu erwägen:

In der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätige unterscheiden sich von unselbständig beschäftigten Personen grundsätzlich darin, dass sie ihr Unternehmen selbständig und eigenverantwortlich leiten, dessen Aufgaben planen und durchführen und deshalb auch ihren Betrieb selbständig organisieren können. Deshalb kann ein solcher Erwerbstätiger, der das 57. Lebensjahr vollendet hat, erst dann als erwerbsunfähig gelten, wenn er außer Stande ist, jener selbständigen Erwerbstätigkeit auch unter Berücksichtigung insbesondere wirtschaftlich zumutbarer Organisationsmaßnahmen nachzugehen. Ein selbständig Erwerbstätiger, der Arbeitnehmer beschäftigt, kann anders als ein unselbständig Erwerbstätiger, der die Gestaltung seiner Tätigkeit kaum beeinflussen kann, zumeist Arbeiten - insbesondere solche, die Anforderungen an die physische Leistungsfähigkeit stellen und die er vor Absinken seiner Arbeitsfähigkeit selbst verrichten konnte - weitgehend an Arbeitnehmer delegieren und hat damit die Möglichkeit, unter Vermeidung solcher Arbeiten, die seine Leistungsfähigkeit überschreiten, trotz gesundheitsbedingter Einschränkungen seine selbständige Erwerbstätigkeit weiter auszuüben. Entscheidend ist daher letztlich nicht, wie auch das Berufungsgericht zutreffend ausführte, ob der Kläger in der Lage ist, seine Tätigkeit in der früher tatsächlich ausgeübten Form weiterhin zu verrichten, sondern ob er unter Berücksichtigung der Einschränkungen seines Leistungskalküls in der Lage ist, seine selbständige Erwerbstätigkeit weiter auszuüben, wobei auch eine mögliche Umorganisation des Betriebes in Betracht zu ziehen ist (SSV-NF 11/145; 10 ObS 413/98b; 10 ObS 109/99y; RIS-Justiz RS0111035). Kann er auf diese Weise Arbeiten, die er bisher verrichtete und die ihm nicht mehr möglich sind, vermeiden, so wäre er weiterhin in der Lage, jener selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne des § 131c Abs 1 Z 3 GSVG wie in den letzten 60 Kalendermonaten nachzugehen (SSV-NF 12/142 mwN; RIS-Justiz RS0109275). Damit wird der älteren Versicherten nach dieser Gesetzesstelle eingeräumte Schutz nicht eingeschränkt, sondern eben nur der Besonderheit Rechnung getragen, dass selbständig Erwerbstätige durch die ihnen zur Verfügung stehende Möglichkeit, ihr persönliches Arbeitsgebiet durch Umorganisation weitgehend selbständig zu bestimmen, Arbeiten, die sie nicht mehr (wie bisher) persönlich zu leisten im Stande sind, an Mitarbeiter übertragen können. Bei Erfordernis ist auch die Einstellung einer zusätzlichen Hilfskraft für solche Arbeiten zu erwägen (SSV-NF 12/142 mwN; RIS-Justiz RS0086420). In der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätige unterscheiden sich von unselbständig beschäftigten Personen grundsätzlich darin, dass sie ihr Unternehmen selbständig und eigenverantwortlich leiten, dessen Aufgaben planen und durchführen und deshalb auch ihren Betrieb selbständig organisieren können. Deshalb kann ein solcher Erwerbstätiger, der das 57. Lebensjahr vollendet hat, erst dann als erwerbsunfähig gelten, wenn er außer Stande ist,

jener selbständigen Erwerbstätigkeit auch unter Berücksichtigung insbesondere wirtschaftlich zumutbarer Organisationsmaßnahmen nachzugehen. Ein selbständig Erwerbstätiger, der Arbeitnehmer beschäftigt, kann anders als ein unselbständig Erwerbstätiger, der die Gestaltung seiner Tätigkeit kaum beeinflussen kann, zumeist Arbeiten - insbesondere solche, die Anforderungen an die physische Leistungsfähigkeit stellen und die er vor Absinken seiner Arbeitsfähigkeit selbst verrichten konnte - weitgehend an Arbeitnehmer delegieren und hat damit die Möglichkeit, unter Vermeidung solcher Arbeiten, die seine Leistungsfähigkeit überschreiten, trotz gesundheitsbedingter Einschränkungen seine selbständige Erwerbstätigkeit weiter auszuüben. Entscheidend ist daher letztlich nicht, wie auch das Berufungsgericht zutreffend ausführte, ob der Kläger in der Lage ist, seine Tätigkeit in der früher tatsächlich ausgeübten Form weiterhin zu verrichten, sondern ob er unter Berücksichtigung der Einschränkungen seines Leistungskalküls in der Lage ist, seine selbständige Erwerbstätigkeit weiter auszuüben, wobei auch eine mögliche Umorganisation des Betriebes in Betracht zu ziehen ist (SSV-NF 11/145; 10 ObS 413/98b; 10 ObS 109/99y; RIS-Justiz RS0111035). Kann er auf diese Weise Arbeiten, die er bisher verrichtete und die ihm nicht mehr möglich sind, vermeiden, so wäre er weiterhin in der Lage, jener selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne des Paragraph 131 c, Absatz eins, Ziffer 3, GSVG wie in den letzten 60 Kalendermonaten nachzugehen (SSV-NF 12/142 mwN; RIS-Justiz RS0109275). Damit wird der älteren Versicherten nach dieser Gesetzesstelle eingeräumte Schutz nicht eingeschränkt, sondern eben nur der Besonderheit Rechnung getragen, dass selbständig Erwerbstätige durch die ihnen zur Verfügung stehende Möglichkeit, ihr persönliches Arbeitsgebiet durch Umorganisation weitgehend selbständig zu bestimmen, Arbeiten, die sie nicht mehr (wie bisher) persönlich zu leisten im Stande sind, an Mitarbeiter übertragen können. Bei Erfordernis ist auch die Einstellung einer zusätzlichen Hilfskraft für solche Arbeiten zu erwägen (SSV-NF 12/142 mwN; RIS-Justiz RS0086420).

Im vorliegenden Fall soll der Kläger sein Tennisbuffet in der bisher ausgeübten Form insbesondere deshalb nicht weiter betreiben können, weil er bisher seine Arbeiten ausschließlich im Gehen und Stehen verrichtet haben will, sein medizinisches Leistungskalkül ihm jedoch ein Arbeiten im Gehen und Stehen nur mehr in einem Ausmaß von etwa 50 % des Arbeitstages erlaube, wobei allerdings nicht näher festgestellt wurde, wie lange der Kläger jeweils zusammenhängend im Gehen und Stehen arbeiten kann, und wie lange er anschließend sitzen muss. Feststeht, dass der Kläger sein Tennisbuffet bis Oktober 1997 jeweils zwischen 8.00 und 24.00 Uhr geöffnet hielt. Bis 1993 hielt er während dieser Zeit als Tennislehrer wöchentlich 20 bis 25 Tennisstunden. Die Pausen jeweils zu den vollen Stunden zwischen den Lehreinheiten und die übrige Zeit verbrachte er im Buffet.

Gegenstand der vorzunehmenden Prüfung ist im Falle des§ 131c Abs 1 Z 3 GSVG immer die im Beobachtungszeitraum konkret ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit. Dabei scheint bemerkenswert, dass der Kläger nach den Feststellungen über viele Jahre hinweg in der Lage war, das Buffet sogar trotz teilweiser Abwesenheit während eines nicht unerheblichen Teils der Öffnungszeiten (offenbar) wirtschaftlich zu führen. Die Anwesenheit des Klägers im Buffet beschränkte sich während jener 20 bis 25 Stunden, die er auf dem Tennisplatz unterrichtete, auf die Pausen jeweils zu den vollen Stunden zwischen den Tennislehreinheiten, sodass von der Notwendigkeit eines ständigen Stehens oder Gehens im Buffet keine Rede sein kann. Daraus könnte vielmehr geschlossen werden, worauf auch die beklagte Partei hinweist, dass das Buffet einen nur geringen körperlichen Einsatz des Klägers erforderte; jedenfalls war in diesen Zeiten - unter Ausklammerung der Tennislehrtätigkeit des Klägers, der für das vorliegende Verfahren wegen einer vorzeitigen Alterspension wegen gemindeter Erwerbsfähigkeit nach dem GSVG keine Bedeutung zukommt (s. § 4 Abs 3 Z 3 ASVG idF bis 31. 12. 1999,§ 273 Abs 8 GSVG; Tomandl, Sozialversicherung 2000, Freie Dienstnehmer und "Neue Selbständige", 53 u. 63) - die Einhaltung des Leistungskalküls gesichert. Erfahrungsgemäß erfordert auch die Tätigkeit bei einem Tennisbuffet regelmäßig nicht einen dauernden Einsatz wie bei einem sonstigen Gastgewerbebetrieb, zumal auch die Zahl der Gäste in erster Linie durch die Zahl der Besucher der Tennisplätze bestimmt wird und begrenzt ist. Auch der noch nicht festgestellte, aber vom Berufungsgericht erwähnte relativ geringe Jahresumsatz des Klägers von S 200.000 weist eher darauf hin, dass ein dauernder Einsatz des Klägers im Gehen oder Stehen nicht gefordert war. Ob der Kläger zum Betrieb des Buffets während einer Zeit von 16 Stunden täglich tatsächlich mehr als 8 Stunden täglich ständig gehen oder stehen muss, wird daher im fortgesetzten Verfahren im Hinblick auf die übrigen und damit nicht im Einklang stehenden Feststellungen betreffend eine teilweise Betriebsführung lediglich in den Pausen zwischen den Lehreinheiten noch näher zu prüfen sein. Gegenstand der vorzunehmenden Prüfung ist im Falle des Paragraph 131 c, Absatz eins, Ziffer 3, GSVG immer die im Beobachtungszeitraum konkret ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit. Dabei scheint bemerkenswert, dass der Kläger nach den Feststellungen über viele Jahre hinweg in der Lage war, das Buffet sogar trotz teilweiser Abwesenheit

während eines nicht unerheblichen Teils der Öffnungszeiten (offenbar) wirtschaftlich zu führen. Die Anwesenheit des Klägers im Buffet beschränkte sich während jener 20 bis 25 Stunden, die er auf dem Tennisplatz unterrichtete, auf die Pausen jeweils zu den vollen Stunden zwischen den Tennislehreinheiten, sodass von der Notwendigkeit eines ständigen Stehens oder Gehens im Buffet keine Rede sein kann. Daraus könnte vielmehr geschlossen werden, worauf auch die beklagte Partei hinweist, dass das Buffet einen nur geringen körperlichen Einsatz des Klägers erforderte; jedenfalls war in diesen Zeiten - unter Ausklammerung der Tennislehrertätigkeit des Klägers, der für das vorliegende Verfahren wegen einer vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Erwerbsfähigkeit nach dem GSVG keine Bedeutung zukommt (s. Paragraph 4, Absatz 3, Ziffer 3, ASVG in der Fassung bis 31. 12. 1999, Paragraph 273, Absatz 8, GSVG; Tomandl, Sozialversicherung 2000, Freie Dienstnehmer und "Neue Selbständige", 53 u. 63) - die Einhaltung des Leistungskalküls gesichert. Erfahrungsgemäß erfordert auch die Tätigkeit bei einem Tennisbuffet regelmäßig nicht einen dauernden Einsatz wie bei einem sonstigen Gastgewerbebetrieb, zumal auch die Zahl der Gäste in erster Linie durch die Zahl der Besucher der Tennisplätze bestimmt wird und begrenzt ist. Auch der noch nicht festgestellte, aber vom Berufungsgericht erwähnte relativ geringe Jahresumsatz des Klägers von S 200.000 weist eher darauf hin, dass ein dauernder Einsatz des Klägers im Gehen oder Stehen nicht gefordert war. Ob der Kläger zum Betrieb des Buffets während einer Zeit von 16 Stunden täglich tatsächlich mehr als 8 Stunden täglich ständig gehen oder stehen muss, wird daher im fortgesetzten Verfahren im Hinblick auf die übrigen und damit nicht im Einklang stehenden Feststellungen betreffend eine teilweise Betriebsführung lediglich in den Pausen zwischen den Lehreinheiten noch näher zu prüfen sein.

Eine allenfalls notwendige Umorganisation des Buffetbetriebes würde eine Delegation jener Tätigkeiten im Gehen und Stehen erfordern, die der Kläger nicht mehr ohne Kalkülsüberschreitung verrichten kann. Allfällige Einkommenseinbußen in nicht besonders schwerwiegendem Ausmaß müssen dabei im Zusammenhang mit Maßnahmen der Umorganisation von einem Versicherten durchaus in Kauf genommen werden (SSV-NF 12/142; 10 ObS 412/98f u.a.). Zu einer Umorganisation gehört unter Umständen auch eine Einschränkung des Umfangs der persönlichen Arbeitsleistung, wenn dies wirtschaftlich vertretbar ist (SSV-NF 10/122, 11/45; RIS-Justiz RS0106511). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Frage, ob eine allenfalls erforderliche personalorientierte Umstrukturierung eines Betriebes durch Einstellung einer Arbeitskraft wirtschaftlich zumutbar ist, ohne Bedachtnahme auf konjunkturelle, regionale oder sonstige arbeitsmarktbedingte Kriterien zu prüfen ist (SSV-NF 10/122).

Die Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes, eine zumutbare Umstrukturierung - sollte nach den ergänzenden Ergebnissen im fortgesetzten Verfahren überhaupt eine notwendig sein - sei beim Kläger nach den - (wie auch das Berufungsgericht einräumt) knappen - Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes zu verneinen, entbehren derzeit einer ausreichenden Tatsachengrundlage. Ob nämlich dem Kläger etwa durch Änderung der Aufgabenteilung zwischen ihm und seiner bereits vorhandenen Mitarbeiterin, durch Anpassung und Reduktion seiner Öffnungszeiten des Buffets, durch Umstellung von einer Teilzeit- auf eine Vollzeitkraft oder etwa durch Beschäftigung eines weiteren Mitarbeiters noch eine wirtschaftlich zumutbare Führung des Buffetbetriebes möglich ist, kann derzeit nach den bisherigen Feststellungen des Erstgerichtes nicht abschließend beurteilt werden. Damit im Zusammenhang angestellten Überlegungen des Berufungsgerichtes bezüglich eines Jahresumsatzes des Klägers im Buffet von etwa S 200.000 fehlt bisher eine Grundlage in den Tatsachenfeststellungen.

Wenn die Revisionswerberin anklingen lässt, es könnte für den Anspruch des Klägers von Relevanz sein, dass seine gesundheitlichen Einschränkungen nicht von seiner bei der Beklagten versicherten Tätigkeit als Buffetbetreiber, sondern von seiner "versicherungsfremden" Tätigkeit als Tennislehrer herrühren, so ist darauf zu verweisen, dass für die Annahme einer Verwirkung von Leistungsansprüchen gemäß § 57 GSVG keine Anhaltspunkte bestehen. Wenn die Revisionswerberin anklingen lässt, es könnte für den Anspruch des Klägers von Relevanz sein, dass seine gesundheitlichen Einschränkungen nicht von seiner bei der Beklagten versicherten Tätigkeit als Buffetbetreiber, sondern von seiner "versicherungsfremden" Tätigkeit als Tennislehrer herrühren, so ist darauf zu verweisen, dass für die Annahme einer Verwirkung von Leistungsansprüchen gemäß Paragraph 57, GSVG keine Anhaltspunkte bestehen.

Zur Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 131c Abs 1 Z 3 GSVG bedarf es daher jedenfalls ergänzender Feststellungen. Bestünde nämlich die Möglichkeit, den Betrieb des Tennisbuffets mit oder ohne Organisations- (Beschäftigungs-)Maßnahmen so zu gestalten, dass der Kläger nicht dauernd gehen oder stehen muss, wäre dem Klagebegehren tatsächlich der Boden entzogen. Im fortgesetzten Verfahren werden daher vom Erstgericht zunächst

genaue Feststellungen zum zeitlichen Verhältnis zwischen den einzelnen Körperhaltungen, insbesondere wie lange der Kläger zusammenhängend im Gehen und Stehen arbeiten kann und welche Körperhaltung er anschließend wie lange einnehmen muss, zu treffen sein. Danach wird kritisch zu hinterfragen sein, welche Körperhaltungen bisher im Buffet notwendig waren, und zu klären sein, ob Maßnahmen einer Umorganisation der bereits oben aufgezeigten Art überhaupt erforderlich sind und bejahendenfalls noch eine wirtschaftliche Führung des Tennisbuffets erlauben. Zur Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Paragraph 131 c, Absatz eins, Ziffer 3, GSVG bedarf es daher jedenfalls ergänzender Feststellungen. Bestünde nämlich die Möglichkeit, den Betrieb des Tennisbuffets mit oder ohne Organisations- (Beschäftigungs-)Maßnahmen so zu gestalten, dass der Kläger nicht dauernd gehen oder stehen muss, wäre dem Klagebegehren tatsächlich der Boden entzogen. Im fortgesetzten Verfahren werden daher vom Erstgericht zunächst genaue Feststellungen zum zeitlichen Verhältnis zwischen den einzelnen Körperhaltungen, insbesondere wie lange der Kläger zusammenhängend im Gehen und Stehen arbeiten kann und welche Körperhaltung er anschließend wie lange einnehmen muss, zu treffen sein. Danach wird kritisch zu hinterfragen sein, welche Körperhaltungen bisher im Buffet notwendig waren, und zu klären sein, ob Maßnahmen einer Umorganisation der bereits oben aufgezeigten Art überhaupt erforderlich sind und bejahendenfalls noch eine wirtschaftliche Führung des Tennisbuffets erlauben.

Da es zur Beseitigung der aufgezeigten Feststellungsmängel einer Verhandlung in erster Instanz bedarf, waren die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und es war die Sozialrechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen.

#### **Anmerkung**

E58141 10C03739

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

ECLI:AT:OGH0002:2000:010OBS00373.99X.0523.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20000523\_OGH0002\_010OBS00373\_99X0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)