

# TE OGH 1990/9/18 10ObS267/90

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.09.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier und Dr. Angst als weitere Richter und die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Rudda und Dr. Franz Trabauer (beide Arbeitgeber) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Adolf C\*\*\*, 1180 Wien, Leitermayergasse 40/17, vertreten durch Dr. Gerlinde Dellhorn, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei S\*\*\* DER G\*\*\*

W\*\*\* (L\*\*\* W\*\*\*), 1051 Wien, Wiedner

Hauptstraße 84-86, vor dem Obersten Gerichtshof nicht vertreten, wegen Erwerbsunfähigkeitspension infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. April 1990, GZ 34 Rs 68/90-24, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 15. September 1989, GZ 7 Cgs 531/88-20, 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.

Die Revisionskosten sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der am 20.12.1930 geborene Kläger stellte bei der beklagten Partei am 23.1988 nach § 133 a GSVG einen Antrag auf Feststellung seiner Erwerbsunfähigkeit, über den die beklagte Partei mit Bescheid vom 7.7.1988 im negativen Sinne entschied.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen, als Berufung gegen die Ablehnung seiner Erwerbsunfähigkeit bezeichneten Klage, die kein ausdrückliches Begehr enthält, behauptete der Kläger, seine Krankheiten würden ihn an seiner Berufsausübung hindern. Eine Zimmer- und Gebäudereinigung wie sein Kleinbetrieb sei körperlich schwerste Arbeit (Fenster-, Boden-, Bau- und Fassadenreinigung). Daher sei es unmöglich, diese Arbeiten im Sitzen oder Gehen durchzuführen. Seinen Gewerbeschein habe er mit 30.6.1988 zurückgelegt.

Die beklagte Partei wiederholte ihren Bescheidstandpunkt und beantragte die Abweisung der Klage.

Der Sachverständige für Innere Medizin diagnostizierte einen Hochdruck (Stadium II), eine beginnende Gefäßsklerose, Übergewicht und Varikositäten ohne Klappeninsuffizienz (Stadium II) und mutete dem Kläger von interner Seite (unter Nichtberücksichtigung des Beinvenenleidens) seit der Antragstellung bei Einhalten der üblichen Arbeitspausen alle leichten bis mittelschweren Arbeiten ohne Einschränkung der Körperhaltung zu, die nicht mit besonderem ständigen Zeitdruck verbunden sind.

Der Sachverständige für Chirurgie, bei dem der Kläger ua über Schwindel klagte, mutete ihm vom rein chirurgisch-orthopädischen Standpunkt aus seit der Antragstellung leichte und mittelschwere Arbeiten im Sitzen, Gehen und Stehen in normaler Arbeitszeit mit den üblichen Arbeitspausen zu, schloß aber Arbeiten an rasch laufenden Maschinen und Maschinen, die das Arbeitstempo diktieren, und Arbeiten in Nässe, Kälte und feuchtkaltem Milieu, sofern kein Kälteschutz möglich ist, aus. In der Diagnose wies dieser Sachverständige ua auf degenerative Veränderungen in beiden Schultergelenken (mit Einengung für Extrembewegungen), im Hals- und Lendenwirbelsäulenbereich (mit Cervikal- und Lumbalsyndrom) und in beiden Hüftgelenken (mit 1/4-Einengung nach außen und innen, Beugung bis 90° frei) sowie auf eine statische Insuffizienz (mit entsprechenden glaubhaften Beschwerden) hin.

Diese schriftlichen Gutachten wurden nicht ergänzt. Es fehlt auch ein zusammenfassendes Gutachten.

Der Kläger sagte als Partei ua aus, er habe sein Gebäudereinigungsunternehmen mit drei Arbeitern und einer Angestellten bis Mai 1988 geführt. Er habe bei der Reinigung selbst mitgearbeitet, und zwar fünfmal wöchentlich 12 bis 14 Stunden. Die übrigen Arbeiten (Entgegennahme von Aufträgen, diesbezügliche Besprechungen, Anboterstellung) habe er am Wochenende erledigt. Er habe jede Reinigungsarbeit mit seinen Arbeitern gemeinsam durchgeführt, und zwar Baureinigungen, Bodenreinigungen (Terrazzoböden) in Verkaufsgeschäften, Teppichreinigungen in Büroräumen, Fenster und Portale an Geschäften (im Freien). Er habe selbst mitgearbeitet, weil nur er Spezialarbeiten verrichten konnte, die Arbeiter seien nur ungelerte Kräfte gewesen, und weil er die Arbeiter ohnehin beaufsichtigen mußte.

Der Sachverständige für Berufskunde kam in seinem Gutachten, in dem er die beiden ärztlichen Leistungskalküle zusammenfaßte, zum Schluß, ein Erwerbstätiger mit den Leistungseinschränkungen des Klägers sei auch weiterhin in der Lage, alle Arbeiten auszuführen, die üblicherweise ein Unternehmer eines Gebäude- und Zimmerreinigungsbetriebes zu verrichten habe, weil diese das Leistungskalkül nicht überschreiten würden. Die wenigen anfallenden Schwerarbeiten (Transportarbeiten bei Baureinigung, Transport von Maschinen) seien auf Mitarbeiter übertragbar, bei Arbeiten im Freien könne Schutzkleidung getragen werden. Dieser Sachverständige führte aus, daß die Tätigkeit eines Gebäude- und Zimmerreinigers, bei der die muskuläre Belastung in der Regel das Kalkül mittelschwer nicht überschreite, stehend, gehend, aber auch knieend, hockend und gebückt auszuführen sei. Häufig komme es zu Arbeiten auf Leitern, Gerüsten, Hängebühnen, Hebekörben etc, zeitweise auch im Freien, häufig zu Arbeiten mit Wasser und verschiedenen Chemikalien. Der selbständige Unternehmer müsse die Arbeiten beherrschen, um sie neuen Arbeitskräften vorzeigen zu können. Er habe alle Arbeiten zu kontrollieren und daher auch exponierte Arbeitsstellen zu betreten. Je nach der Organisation des Betriebes sei körperliche Mitarbeit nötig, jedenfalls müsse immer die Möglichkeit bestehen, unangenehmere oder schwerere Arbeiten auf Mitarbeiter zu übertragen. Bei der rein unternehmerischen Arbeit (Kundenbetreuung, Büroarbeit etc) handle es sich ausschließlich um leichte körperliche Arbeiten. In der letzten Tagsatzung ergänzte der Kläger, er habe neben den im berufskundlichen Gutachten genannten Arbeiten noch andere Arbeiten ausführen müssen, zB die Reinigung von Terrazzoböden in Großkaufhäusern nach Maler- und Maurerarbeiten und die Versiegelung solcher Böden mit einem besenartigen Gerät. Der Beruf des Zimmer- und Gebäudereinigers sei ein Lehrberuf.

Das Erstgericht wies "das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei eine Erwerbsunfähigkeitspension im gesetzlichen Ausmaß ab 1.4.1988 zu gewähren", ab.

Es nahm an, daß die beklagte Partei mit dem bekämpften Bescheid einen Antrag des Klägers auf Erwerbsunfähigkeitspension abgelehnt und der Kläger in der Klage die Zuerkennung dieser Pensionsleistung begeht habe und stellte folgenden Sachverhalt fest:

Der Kläger war von 1969 bis 1974 als Zimmer- und Gebäudereiniger und sodann bis 30.6.1988 (Zurücklegung des Gewerbescheines) in diesem Gewerbe selbständig erwerbstätig. In den letzten vier Jahren beschäftigte er in seinem Unternehmen 4 bis 5 Arbeitskräfte. Er war täglich (Fünftagewoche) 12 bis 14 Stunden bei Reinigungsarbeiten mittätig,

und zwar bei Bau-, Boden-, Teppich-, Fenster- und Portalreinigungen. Wegen seines näher beschriebenen und seit der Antragstellung bestehenden, nicht wesentlich besserungsfähigen Gesundheitszustandes kann er in normaler Arbeitszeit mit den üblichen Pausen noch leichte und mittelschwere Arbeiten im Sitzen, Gehen und Stehen verrichten und die gewöhnlichen Anmarschwege zurücklegen. Arbeiten an rasch laufenden Maschinen und Maschinen, die das Arbeitstempo bestimmen, sowie Arbeiten in Nässe, Kälte und feuchtkaltem Milieu, wenn kein Kälteschutz möglich ist, sowie Arbeiten unter besonderem ständigen Zeitdruck sind ausgeschlossen. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, ein Erwerbstätiger mit den Leistungseinschränkungen des Klägers sei weiterhin in der Lage, den Beruf eines Zimmer- und Gebäudereinigers als selbständiger Unternehmer auszuüben, wenn die üblicherweise in diesem Gewerbe vom Unternehmer zu verrichtenden Arbeiten vorlägen, weil diese das Leistungskalkül nicht überschritten. Die wenigen allenfalls anfallenden Schwerarbeiten (Transportarbeiten bei Baureinigung, Transport von Maschinen) seien auf Mitarbeiter übertragbar. Bei zeitweise im Freien zu verrichtenden Arbeiten könne Schutzkleidung getragen werden. Deshalb sei der Kläger nicht erwerbsunfähig im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG.

In seiner auf Abänderung im dem Klagebegehren stattgebenden Sinne, allenfalls auf Aufhebung zwecks Zurückweisung an das Erstgericht gerichteten Berufung rügte der Kläger unter dem Berufungsgrund der Mängelhaftigkeit des Verfahrens, daß das berufskundliche Gutachten insbesondere wegen Nichtberücksichtigung des ihm nachfolgenden ergänzenden Vorbringens des Klägers in der letzten Tagsatzung zu ergänzen gewesen wäre. Der Kläger habe für die Reinigung und Versiegelung der Terrazzoböden ein Spezialverfahren entwickelt und es hauptsächlich in Großkaufhäusern und Selbstbedienungsfilialen angewendet. Diese Bodenreinigung sei seine Hauptaufgabe gewesen. Obwohl er teilweise Maschinen verwendet habe, sei deren Benützung und Bedienung schwere Arbeit. Da die Flächen der Reinigungsobjekte teils sehr groß gewesen seien und wegen der Verbauung durch Stellagen etc oftmals starkes und langes Bücken erforderlich gewesen sei, sei sie als schwere Arbeit einzustufen. Dafür sei auch meist nur ein Wochenende zur Verfügung gestanden, weshalb ein langes Ausruhen oder gar ein Wechsel in der Arbeit nicht möglich gewesen sei. Die Übertragung schwerer Arbeiten auf Mitarbeiter sei kaum möglich gewesen, weil der Großteil der Aufträge über das Wochenende zu erledigen gewesen und dafür aus arbeitsrechtlichen Gründen und wegen unrentabler Lohnkosten kaum Mitarbeiter zur Verfügung gestanden seien, die auch für den Gebrauch der Spezialgeräte nicht geschult und nicht in der Lage gewesen wären, diese sehr genauen Tätigkeiten auszuüben. Unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung führte der Kläger im wesentlichen aus, wegen des mangelhaft festgestellten Sachverhaltes sei es zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung gekommen. Weil er das 55. Lebensjahr überschritten habe, kämen andere Arbeiten in Verweisungsberufen nach § 133 GSVG nicht mehr in Betracht. Schon in der Mängelrüge führte der Kläger aus, daß es bei der Beurteilung des Leistungskalküls in Verbindung mit der in den letzten fünf Jahren vor dem Stichtag ausgeübten Tätigkeit nach § 133 leg cit nicht darauf ankomme, was üblicherweise zu verrichten sei, sondern was der einzelne Pensionswerber speziell in einem bestimmten Beruf gearbeitet habe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung nicht Folge.

Der gerügte Mangel des berufskundlichen Gutachtens liege nicht vor. Wenn der Kläger überwiegend ungelernte Arbeiter verwendet habe, so habe er sie beaufsichtigen müssen. Dabei konnte er die ihm zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zur Durchführung der schweren körperlichen Arbeit durch diese Hilfskräfte treffen. Dies gelte auch für das Versiegeln von Fußböden. Daß der Kläger einen Großteil der Arbeit während Zeiten habe ausführen müssen, in denen Hilfskräfte wegen gesetzlicher Beschränkungen unzulässig seien, habe er in erster Instanz nicht behauptet, weshalb dieses Vorbringen in der Berufung gegen das Neuerungsverbot verstöße. Da bei der Prüfung der Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG auch wirtschaftlich zumutbare Organisationsmaßnahmen zu berücksichtigen seien, sei der Einwand, es seien nur allgemein die Anforderungen des Gewerbes, nicht aber die im besonderen des vom Kläger ausgeübten geprüft worden, verfehlt. Da der Kläger sein Gewerbe weiterhin ausüben könne, seien andere Verweisungstätigkeiten nicht in Betracht zu ziehen. Soweit der Kläger seine Erwerbsunfähigkeit in Zweifel ziehe, gehe er nicht vom festgestellten Sachverhalt aus, und sei die Rechtsrüge nicht gesetzgemäß ausgeführt.

Dagegen richtet sich die nicht beantwortete Revision des Klägers wegen Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache mit den Anträgen, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben oder das angefochtene Urteil allenfalls aufgehoben wird.

## **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Nach § 194 Abs 1 Z 3 GSVG in der seit 1.1.1988 geltenden Fassung des Art I Z 52 der 13.GSVGNovBGBI 1987/610 gelten hinsichtlich des Verfahrens auf Durchführung dieses Bundesgesetzes die Bestimmungen des Siebenten Teiles des ASVG mit der Maßgabe, daß als Leistungssache im Sinne des § 354 ASVG (Sozialrechtssache im Sinne des § 65.....Z 4 ASGG) auch.....die Feststellung der Erwerbsunfähigkeit (§ 133 a) außerhalb des Leistungsfeststellungsverfahrens auf Antrag des Versicherten gilt. Nach dem durch Art I Z 41 der 13.GSVGNov eingefügten § 133 a GSVG ist der Versicherte berechtigt, vor Stellung eines Antrages auf die Pension einen Antrag auf Feststellung der Erwerbsunfähigkeit zu stellen, über den der Versicherungsträger in einem gesonderten Verfahren (§ 194 Abs 1 Z 3) zu entscheiden hat.

Im vorliegenden Fall hat der Versicherte am 23.3.1988 beim beklagten Versicherungsträger vor Stellung eines Antrages auf die Erwerbsunfähigkeitspension einen solchen Feststellungsantrag gestellt, über den der beklagte Versicherungsträger mit dem angefochtenen Bescheid vom 7.7.1988 im negativen Sinn entschieden hat.

Innerhalb von drei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides wurde vom Kläger ein als "Berufung gegen die Ablehnung seiner Erwerbsunfähigkeit" bezeichneter Rechtsbehelf erhoben, der trotz seiner unrichtigen Benennung deutlich als Klage erkennbar ist (§ 84 Abs 2 Satz 2 ZPO).

Diese Klage enthält zwar kein ausdrückliches, aber ein unter Bedachtnahme auf die Art des erhobenen Anspruchs im Sinne des § 82 Abs 1 und 2 ASGG hinreichend bestimmtes Begehr, weil sie auf Feststellung der vom Versicherungsträger verneinten Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG gerichtet ist und in den angegebenen Tatsachen, auf die sie sich stützt, für diese Feststellung dem Grunde nach erforderlichen Angaben enthält. Durch diese Klage ist der damit bekämpfte Bescheid nach § 71 Abs 1 ASGG in vollem Umfang außer Kraft getreten.

Die Vorinstanzen haben daher unrichtigerweise angenommen, daß das Klagebegehr auf Leistung einer Erwerbsunfähigkeitspension gerichtet sei. Eine Klage mit einem solchen Begehr wäre nach § 73 ASGG in jeder Lage des Verfahrens mangels der im § 67 Abs 1 Z 1 leg cit genannten Voraussetzung, daß der Versicherungsträger darüber, nämlich über den Anspruch auf Leistung einer Erwerbsunfähigkeitspension, entschieden hat, zurückzuweisen. Weil die Vorinstanzen das - von ihnen zu Unrecht

angenommene - Leistungsbegehr wegen Verneinung der strittigen Erwerbsunfähigkeit des Klägers, bei der es sich um eine besondere Anspruchsvoraussetzung einer Erwerbsunfähigkeitspension handelt, abgewiesen haben, haben sie auch das auf Feststellung dieses Umstandes gerichtete Klagebegehr abgewiesen, so daß es sich insoweit um negative Feststellungsurteile handelt.

Diese Urteile müssen wegen im Rahmen der Rechtsrüge wahrnehmender Feststellungsmängel aufgehoben werden; die Sozialrechtssache ist zur Verhandlung und Entscheidung (über das gestellte Begehr) an das Erstgericht zurückzuverweisen. Der Kläger, der das 55. Lebensjahr vollendet hat, würde dann als erwerbsunfähig im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG gelten, wenn seine persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig gewesen und er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte dauernd außerstande wäre, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat.

Ob diese Voraussetzungen zutreffen, kann auf Grund der bisherigen Feststellungen noch nicht verlässlich beurteilt werden. Der erkennende Senat hat schon in seiner Entscheidung vom 28.6.1988 SSV-NF 2/70 insbesondere unter eingehender Darstellung der historischen Entwicklung des § 133 Abs 2 BSVG ausgeführt, daß ein Versicherter im Sinne dieser Gesetzesstelle in der auch hier anzuwendenden Fassung nicht erst dann als erwerbsunfähig gilt, wenn er eine selbständige Erwerbstätigkeit innerhalb seiner Berufsgruppe nicht mehr im Ausmaß der üblichen persönlichen Mitarbeit verrichten kann, - dies würde der Rechtslage vor der

9. GSVGNov entsprechen, - sondern schon dann, wenn er wegen seines Gesundheitszustandes dauernd außerstande ist, jener selbständigen Tätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat.

Damit stellt das Gesetz ausdrücklich auf die zuletzt konkret ausgeübte Tätigkeit, also darauf ab, ob der Versicherte den zuletzt geführten Betrieb aufrechterhalten kann (7.3.1989 SSV-NF 3/30). Auch dafür, ob die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, kommt es nur auf den Betrieb des Versicherten,

und zwar darauf an, ob nach Art und Umfang dieses Betriebes die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten zur (rentablen) Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war. Nur wenn der Betrieb ohne diese Mitarbeit wirtschaftlich nicht lebensfähig ist, ist diese gesetzliche Voraussetzung gegeben (26.9.1989 SSV-NF 3/116).

Weil selbständige Erwerbstätige ihr Unternehmen selbständig und eigenverantwortlich leiten, dessen Aufgaben planen und durchführen und ihren Betrieb deshalb selbständig organisieren können, kann ein solcher Versicherter auch dann, wenn er das 55. Lebensjahr vollendet hat und seine persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, erst dann als erwerbsunfähig im Sinne des Abs 2 gelten, wenn er außerstande ist, jener selbständigen Erwerbstätigkeit auch unter Berücksichtigung insbesondere wirtschaftlich zumutbarer Organisationsmaßnahmen nachzugehen (28.6.1988 SSV-NF 2/70).

Ob der Kläger als erwerbsunfähig im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG gilt, kann daher nach den obigen Rechtsausführungen erst dann verlässlich beurteilt werden, wenn nähere Feststellungen über seinen zuletzt geführten Betrieb, vor allem über Art und Umfang der getätigten Geschäfte, die Betriebsorganisation, insbesondere die näheren Umstände des Einsatzes der Arbeitskraft des Klägers und seiner Mitarbeiter (auch hinsichtlich der Arbeitszeit: an welchen Tagen, etwa nur Montag bis Freitag oder auch am Samstag, Sonntag oder Feiertag und zu welchen Tages- oder Nachtzeiten wurden die Arbeiten ausgeführt?, welche körperlichen Anforderungen stellten diese Arbeiten an den Kläger? wie stand es mit dem Einsatz von Maschinen?), über die Höhe des Umsatzes und des Gewinnes und die Bedingungen, unter denen der Betrieb des Klägers so umzuorganisieren gewesen wäre, daß er mit einer den körperlichen Kräften des Klägers angemessenen Arbeitsleistung oder ohne solche Mitarbeit ohne wesentliche Verminderung des daraus erzielten Einkommens des Klägers weiter zu führen gewesen wäre. Diesbezüglich wird ua das berufskundliche Gutachten zu ergänzen sein.

Zur Beurteilung der körperlichen Leistungsfähigkeit des Klägers erscheint eine Ergänzung und Präzisierung des chirurgisch-orthopädischen Gutachtens vor allem dahin angezeigt, wie sich die diagnostizierten Veränderungen insbesondere im Hals- und Lendenwirbelsäulenbereich sowie in den beiden Hüftgelenken sowie die statische Insuffizienz auf die Arbeitshaltung (Arbeit in knieender, hockender und gebückter Haltung sowie auf Leitern, Gerüsten, Hebebühnen etc) auswirken. Auch ein alle körperliche Einschränkungen berücksichtigendes zusammenfassendes Gutachten eines ärztlichen Sachverständigen wird zu erstellen sein.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Der Vorbehalt der Entscheidung über den Ersatz der Revisionskosten beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E21763

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:010OBS00267.9.0918.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900918\_OGH0002\_010OBS00267\_9000000\_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)