

TE OGH 2010/7/27 10ObS103/10k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.07.2010

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. Reinhard Drössler und Prof. Mag. Dr. Thomas Keppert (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Hermann T*****, vertreten durch Brandstetter Pritz & Partner Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 84-86, wegen Feststellung von Schwerarbeitszeiten, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. April 2010, GZ 10 Rs 28/10a-12, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Krems an der Donau als Arbeits- und Sozialgericht vom 4. Dezember 2009, GZ 7 Cgs 275/08m-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Revision wegen Nichtigkeit wird verworfen.

Im Übrigen wird der Revision Folge gegeben. Die angefochtenen Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der am 10. 1. 1949 geborene Kläger betrieb unter anderem im Zeitraum vom 1. 10. 1996 bis 29. 2. 2008 als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH eine Diskothek. Er erwarb in diesem Zeitraum 137 Beitragsmonate der Pflichtversicherung als Selbständiger nach dem GSVG.

Mit Bescheid vom 21. 8. 2008 sprach die beklagte Partei aus, dass im genannten Zeitraum vom 1. 10. 1996 bis 29. 2. 2008 keine Schwerarbeitszeiten des Klägers festgestellt werden konnten, da die Tätigkeit des Klägers als Inhaber einer Diskothek nicht als Schwerarbeit im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen gelte.

Das Erstgericht gab der vom Kläger dagegen rechtzeitig erhobenen Klage statt und stellte fest, dass der Kläger im Zeitraum vom 1. 10. 1996 bis 29. 2. 2008 137 Beitragsmonate aufgrund von Tätigkeiten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen (Schwerarbeit im Sinne der VO BGBl II 2006/104) erbracht worden seien, erworben habe. Es ging bei seiner Entscheidung im Wesentlichen davon aus, dass der Kläger seit 1996 nunmehr „vollzeitig“ in der Diskothek tätig ist. Die Diskothek war in den Jahren 1996 bis etwa 2004 jeweils am 1. Donnerstag

eines jeden Monats von 20:00 Uhr bis 04:00 Uhr oder 05:00 Uhr früh, an jedem Freitag von 20:00 Uhr bis 02:00 Uhr oder 03:00 Uhr früh, an jedem Samstag von 20:00 Uhr bis 05:00 Uhr früh und Sonntag von 17:00 Uhr bis 02:00 Uhr oder 03:00 Uhr früh geöffnet. Seit 2005 war die Diskothek jeden Donnerstag und jeden Samstag von 21:00 Uhr bis etwa 04:00 Uhr oder 05:00 Uhr früh und fallweise auch am Freitag von 21:00 Uhr bis etwa 03:00 Uhr oder 04:00 Uhr früh geöffnet. Diese Öffnungszeiten variierten je nach Kundenandrang. Der Kläger beschäftigte in den Jahren 1996 bis 2009 zwischen 15 und 32 Mitarbeiter, die teilzeitbeschäftigt oder geringfügig beschäftigt waren und nur während der Nacht gearbeitet haben. Der Kläger selbst war während der Öffnungszeiten ständig im Lokal anwesend und nahm am Ende der Öffnungszeiten die Abrechnung vor. Zusätzlich oblag dem Kläger die Versorgung der einzelnen Bars mit Getränken aus dem Lagerbereich sowie die Bereitstellung von frischen Bierfässern. Während des Tages war ausschließlich der Kläger im Lokal tätig, wobei er sich um Warenbestellungen, die Entgegennahme und Lagerung der gelieferten Waren und die Verbringung der einzelnen Waren an die dafür vorgesehenen Stellen kümmerte.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, der Kläger habe während des maßgebenden Zeitraums von 1. 10. 1996 bis 29. 2. 2008 Schwerarbeit iSd § 1 Abs 1 Z 1 der Schwerarbeitsverordnung (BGBl II 2006/104) geleistet. Die Arbeitszeit des Klägers sei mehrmals pro Woche zwischen 21:00 Uhr und 04:00 Uhr früh gelegen, sodass von ihm jedenfalls häufiger als sechs Mal im Kalendermonat Tätigkeiten im Ausmaß von jeweils sechs Stunden in der Nacht verrichtet worden seien. Darüber hinaus habe er auch während des Tages gearbeitet, indem er Warenbestellungen aufgegeben und Warenlieferungen entgegengenommen habe. Die Öffnungszeiten der Diskothek in der Nacht seien unterschiedlich gewesen und hätten sowohl hinsichtlich der Dauer (kürzere und längere Öffnungszeiten je nach Kundenandrang) als auch hinsichtlich der Tage (fallweise sei die Diskothek auch an Freitagen geöffnet gewesen) variiert. Durch diese festgestellten Arbeitszeiten des Klägers sei eindeutig ein zwischen Tag und Nacht wechselnder Arbeitsrhythmus gegeben gewesen, welcher eine Zeiteinteilung des Klägers sehr erschwert habe. Der Kläger habe teilweise während des Tages, teilweise während der Nacht bei ebenfalls variierenden Arbeitsstunden gearbeitet. Da dem Gesetz hinsichtlich der Qualifikation von Versicherungszeiten als Schwerarbeitszeiten eine Differenzierung zwischen selbständig und unselbständig Erwerbstätigen nicht zu entnehmen sei, seien die vom Kläger im Zeitraum 1. 10. 1996 bis 29. 2. 2008 erworbenen Beitragszeiten als Schwerarbeitszeiten zu qualifizieren.

Das Berufungsgericht änderte über Berufung der beklagten Partei das Ersturteil im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens ab. Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Schwerarbeitspension für alle Versicherten unabhängig davon, ob das ASVG, das BSVG oder GSVG bzw FSVG oder APG zur Anwendung komme, gleich seien. Die Bestimmung des § 1 Abs 1 Z 1 der Schwerarbeitsverordnung sei dahin auszulegen, dass sowohl der Tag- als auch der Nachtdienst jeweils zumindest sechs Stunden Arbeitsleistung umfassen müsse. Diese Voraussetzung erfülle der Kläger nicht. Auch wenn das Erstgericht die Dauer der Arbeitsleistungen des Klägers, die er während des Tages erbracht habe, nicht konkret festgestellt habe, ergäbe sich schon aus der Umschreibung dieser Tätigkeiten eindeutig, dass diese Tätigkeit nicht ein Ausmaß von sechs Stunden erreicht habe. Weiters stelle sich die Frage, ob die Anwesenheit des Klägers in der Diskothek nicht einer Arbeitsbereitschaft vergleichbar sei, sodass auch seine Tätigkeit während der Nacht nicht jene Intensität erreicht habe, welche für die Anwendung der Schwerarbeitsverordnung erforderlich sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage des Vorliegens von Schwerarbeit iSd § 1 Abs 1 Z 1 Schwerarbeitsverordnung fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Klägers wegen Nichtigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Wiederherstellung des Ersturteils abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei hat sich am Revisionsverfahren nicht beteiligt.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig und im Sinne der beschlossenen Aufhebung auch berechtigt.

Einleitend ist darauf zu verweisen, dass die geltend gemachte Nichtigkeit eines Begründungsmangels iSd § 477 Abs 1 Z 9 ZPO nicht vorliegt. Eine solche wäre nur dann zu bejahen, wenn die Fassung des angefochtenen Urteils so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann oder das Urteil mit sich selbst in Widerspruch steht oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind (E. Kodek in Rechberger, ZPO3

§ 477 Rz 12 mwN). Keiner dieser genannten Tatbestände trifft auf die angefochtene Berufungsentscheidung zu. Zu den vom Kläger inhaltlich als Nichtigkeitsgrund geltend gemachten Feststellungs- und Begründungsmängeln ist im Folgenden bei der Behandlung der Rechtsrüge Stellung zu nehmen.

In der Rechtsrüge macht der Kläger im Wesentlichen geltend, der Schwerarbeitsverordnung lasse sich keine Festlegung der notwendigen Dauer der während des Tages verrichteten Tätigkeit entnehmen. Die Vorinstanzen hätten auch keine Feststellungen über die tatsächliche Dauer der von ihm während des Tages verrichteten Tätigkeit getroffen. Diese Arbeiten seien jedenfalls so umfangreich gewesen, dass sie über das Ausmaß von sechs Stunden pro Tag hinausgegangen seien. Durch § 1 Abs 1 Z 1 Schwerarbeitsverordnung solle der periodische Wechsel zwischen Nacht- und Tagdiensten als besonders belastend geregelt werden. Auch wenn bei ihm die Öffnungszeiten in der Diskothek vorgegeben gewesen seien und seine Tätigkeit während des Tages weniger als sechs Stunden betragen haben sollte, ändere dies nichts daran, dass er durch die auch während des Tages zu verrichtenden Tätigkeiten permanent seinen Schlafrhythmus habe umstellen müssen. Seine Tätigkeit sei damit sogar noch belastender als bei einem Schichtarbeiter gewesen, der seinen Schlafrhythmus nur einmal wöchentlich ändern müsse. Das Erstgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass er während der Nacht keine bzw nicht überwiegend (bloße) Arbeitsbereitschaft geleistet habe, zumal es sich bei der Leitung des Betriebs und der Überwachung seiner Mitarbeiter um eine vollwertige Arbeitszeit und nicht um eine Zeit der bloßen Arbeitsbereitschaft gehandelt habe. Es liege somit eine besonders belastende Berufstätigkeit iSd § 1 Abs 1 Z 1 der Schwerarbeitsverordnung vor.

Der erkennende Senat hat dazu Folgendes erwogen:

1. Die Bestimmung des § 117a Abs 2 GSVG eröffnet den Versicherten auch das Recht, die Feststellung der Schwerarbeitszeiten beim Sozialversicherungsträger zu beantragen. Danach hat der Versicherungsträger die Schwerarbeitszeiten iSd § 298 Abs 13a dieses Bundesgesetzes und des § 4 Abs 4 APG festzustellen, wenn die versicherte Person bereits 444 Versicherungsmonate erworben hat und dies frühestens 3 Jahre vor Vollendung des Anfallalters nach § 298 Abs 12 oder frühestens 3 Jahre vor Vollendung des frühestmöglichen Anfallalters nach § 4 Abs 3 APG beantragt.

2. Der Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz hat mit Verordnung festzustellen, welche Tätigkeiten als körperlich oder psychisch besonders belastend gelten (vgl § 607 Abs 14 Satz 2 ASVG; § 4 Abs 4 Satz 1 APG). Diese Verordnung nach § 607 Abs 14 ASVG ist nach Maßgabe des § 298 Abs 13a GSVG auch auf die nach dem GSVG versicherten Personen anzuwenden. Durch die Formulierung „körperlich oder psychisch besonders belastende Bedingungen“ soll die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht werden, dass nur die Formen von besonders belastender Schwerarbeit und nicht jede Schwerarbeit schlechthin in diesem Bereich berücksichtigt werden (vgl 10 ObS 128/09k mwN).

2.1 Die Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten (Schwerarbeitsverordnung), BGBl II 2006/104, bestimmt unter anderem, dass alle Tätigkeiten, die in Schicht- oder Wechseldienst auch während der Nacht (unregelmäßige Nachtarbeit), das heißt zwischen 22:00 Uhr und 06:00 Uhr, jeweils im Ausmaß von mindestens sechs Stunden und zumindest an sechs Arbeitstagen im Kalendermonat geleistet werden, sofern nicht in diese Arbeitszeit überwiegend Arbeitsbereitschaft fällt, als Tätigkeiten gelten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen erbracht werden (§ 1 Abs 1 Z 1 Schwerarbeitsverordnung). Gemäß § 4 Schwerarbeitsverordnung ist ein Schwerarbeitsmonat jeder Kalendermonat, in dem eine oder mehrere Tätigkeiten nach § 1 Abs 1 zumindest in jenem Ausmaß ausgeübt wurden, das einen Versicherungsmonat iSd § 231 Z 1 lit a ASVG begründet. Arbeitsunterbrechungen bleiben dabei außer Betracht, solange die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiter besteht.

2.2 Als Schwerarbeit iSd § 1 Abs 1 Z 1 Schwerarbeitsverordnung gelten demnach Tätigkeiten, wenn sie in einem Schicht- oder Wechseldienst erbracht werden, und zwar auch während der Nachtstunden (Zeitraum von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr) in einem Umfang von mindestens sechs Stunden. Ein Kalendermonat wird als Schwerarbeitsmonat gewertet, wenn eine solche Tätigkeit an mindestens sechs Arbeitstagen im Kalendermonat geleistet wird. Überwiegende Arbeitsbereitschaft fällt nicht unter diesen Tatbestand. Dies bedeutet, dass - anders als im Art VII Abs 1 NSchG - eine reine Nachtarbeit nicht als Belastungsmoment in die Schwerarbeitsverordnung Eingang gefunden hat. Es muss vom Versicherten vielmehr ein Schicht- oder Wechseldienst erbracht werden, das heißt, es muss vor, danach oder zwischen den sechs Nachtdiensten pro Monat zumindest ein Wechsel zu einem Tagdienst stattfinden.

Wesentliches Wesensmerkmal dieses Tatbestands der Schwerarbeitsverordnung ist somit der notwendige Wechsel zwischen Tag- und Nachtdienst. Die tatsächliche Arbeit muss mindestens sechs Stunden dauern und es darf nicht überwiegend Arbeitsbereitschaft vorliegen. Unter „überwiegend“ ist mehr als die Hälfte der Arbeitszeit zu verstehen, das heißt mindestens drei Stunden Arbeitsbereitschaft sind darunter zu subsumieren. Eine gesetzliche Definition der „Arbeitsbereitschaft“ gibt es nicht. Der Begriff „Arbeitsbereitschaft“ stellt üblicherweise auf einen Arbeitnehmer ab. Nach Rechtsprechung und Lehre versteht man darunter den Aufenthalt eines Arbeitnehmers an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort mit der Verpflichtung zur jederzeitigen Aufnahme der Arbeit im Beschäftigungsfall. Während der Arbeitsbereitschaft selbst wird jedoch keine Tätigkeit ausgeübt. Arbeitsbereitschaft zählt - arbeitsrechtlich gesehen - zwar zur Arbeitszeit, nicht aber als Schwerarbeit. Es ist daher davon auszugehen, dass bei der Nachtarbeit die Tätigkeit nicht entscheidend ist. Vielmehr kommt es auf das Kriterium „Nacht“ an. So fallen auch „leichtere“ berufliche Tätigkeiten unter diesen Tatbestand (Milisits, Schwerarbeitsverordnung - Ein Leitfaden für die Praxis 22 f). Es wird daher in diesem Zusammenhang auch die Ausübung von Aufsichtsfunktionen über Mitarbeiter nicht als bloße Arbeitsbereitschaft sondern als Arbeitszeit im engeren Sinn anzusehen sein (vgl. B. Schwarz/Ziniel, Nachtschwerarbeitsgesetz [1997] 62).

2.3 In Anlehnung an den Erwerb von Versicherungsmonaten wird ein Schwerarbeitsmonat gemäß § 4 Schwerarbeitsverordnung dann erworben, wenn eine oder mehrere besonders belastende Tätigkeiten iSd § 1 Schwerarbeitsverordnung mindestens in der Dauer von fünfzehn Tagen in einem Kalendermonat ausgeübt wurden, wobei Arbeitsunterbrechungen, die die Pensionsversicherung nicht beenden (zB Urlaub, Krankenstand), außer Acht zu lassen sind.

2.4 Schließlich wird bei der Entscheidung über die Qualifikation von Tätigkeiten des Versicherten als Schwerarbeitszeiten mit der Rechtsansicht der Vorinstanzen auch davon auszugehen sein, dass die Schwerarbeitsverordnung unabhängig davon, ob das ASVG, das BSVG oder GSVG bzw FSVG oder das APG zur Anwendung kommt, eine einheitliche Festlegung der Kriterien für das Vorliegen von Schwerarbeit vorgenommen hat. Es kann daher der von der beklagten Partei in diesem Zusammenhang vertretenen Auffassung über eine Differenzierung der Tatbestandsvoraussetzungen für selbständig und unselbständige Erwerbstätige im Hinblick auf die für einen selbständig Erwerbstätigen bestehende Möglichkeit einer freieren Arbeitseinteilung nicht gefolgt werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob Schwerarbeitszeiten im Sinne der Schwerarbeitsverordnung vorliegen, kommt es somit nicht fiktiv darauf an, ob der selbständig Erwerbstätige eine freiere Gestaltungsmöglichkeit als der unselbständig Erwerbstätige gehabt hätte, sondern entscheidend ist die konkrete Ausgestaltung der vom Versicherten im maßgebenden Zeitraum tatsächlich verrichteten Tätigkeit.

3. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall zeigt sich, dass die bisher über die vom Kläger im maßgebenden Zeitraum vom 1. 10. 1996 bis 29. 2. 2008 erbrachten Arbeitsleistungen getroffenen Feststellungen für eine abschließende Beurteilung der Sache nicht ausreichen. Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren anhand der unter Pkte 2.1 bis 2.4 näher dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs 1 Z 1 und § 4 Schwerarbeitsverordnung möglichst konkrete und eindeutige Feststellungen über Zeit und Dauer der vom Kläger an den einzelnen Tagen bzw während der Nacht erbrachten Arbeitsleistungen zu treffen haben. Die vom Erstgericht dazu bisher getroffenen Feststellungen erschöpfen sich im Wesentlichen in einer bloßen Wiedergabe der Öffnungszeiten der Diskothek bzw der Anwesenheitszeiten des Klägers in der Diskothek, die jedoch nicht ohne weiteres mit den tatsächlichen Arbeitszeiten des Klägers ident sein müssen. Weiters sind möglichst genaue Feststellungen über den tatsächlichen Inhalt der Tätigkeit des Klägers zu treffen. Da es dazu einer ergänzenden Verhandlung in erster Instanz bedarf, war in Stattgebung der Revision spruchgemäß zu entscheiden.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Schlagworte

12 Sozialrechtssachen,

Textnummer

E94755

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:010OBS00103.10K.0727.000

Im RIS seit

12.09.2010

Zuletzt aktualisiert am

15.02.2013

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