

# TE OGH 2011/5/31 10ObS101/10s

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.05.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Fellinger und Dr. Hoch sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Erwin Blazek (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Dr. Rotraut Leitner (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Klaus Philipp, Rechtsanwalt in Mattersburg, gegen die beklagte Partei Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Josef Milchram und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Invaliditätspension, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 16. Dezember 2009, GZ 8 Rs 5/09b-42, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Arbeits- und Sozialgericht vom 12. September 2008, GZ 23 Cgs 165/07f-20, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichts zu lauten hat:

„Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, dem Kläger ab 1. 8. 2007 eine Invaliditätspension im gesetzlichen Ausmaß zu gewähren, wird abgewiesen.

Der Kläger hat seine Verfahrenskosten selbst zu tragen.“

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der am 2. 6. 1957 geborene Kläger hat den Beruf eines Maurers erlernt und in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag (1. 8. 2007) überwiegend ausgeübt. Aufgrund seiner im Einzelnen festgestellten gesundheitlichen Einschränkungen kann er diese Tätigkeit nicht mehr ausüben, weil die Berufsanforderungen die ihm verbliebene Leistungsfähigkeit übersteigen (er kann ua keine körperlich schweren Arbeiten mehr verrichten). Da er Berufsschutz als gelernter Maurer genießt, ist seine Invalidität nach § 255 Abs 1 ASVG zu beurteilen. All dies ist unstrittig.

Das Erstgericht erkannte die beklagte Pensionsversicherungsanstalt schuldig, dem Kläger die Invaliditätspension ab 1. 8. 2007 „im gesetzlichen Ausmaß“ zu gewähren. Dazu traf es Feststellungen zu den Anforderungen der Berufe eines Baumarktfachberaters und eines Baustofffachverkäufers, wonach ersterer mittelschwere und kurzfristig schwere - dem Kläger nach seinem Leistungskalkül nicht mehr mögliche - körperliche Arbeiten im Stehen und Gehen, vermengt mit Arbeiten über Kopf, nicht über halbzeitig diskontinuierlich mit Arbeiten in gebückter und gebeugter Haltung oder Zwangshaltung, ohne Arbeiten an höhenexponierten Stellen innerhalb der Arbeitszeit zu verrichten habe, wobei eine

mehr als 6-stufige Leiter erklimmbar sein müsse; während der Baustofffachverkäufer eine kaufmännische, körperlich leichte Tätigkeit im Sitzen im Büro als Angestellter (eingestuft im Kollektivvertrag der Handelsangestellten in Beschäftigungsgruppe 3) ausübe. Die letztgenannte Tätigkeit stelle keine Verweisungsmöglichkeit für den Beruf des Maurers dar, weil dabei die wesentlichen Fähigkeiten und Kenntnisse dieses Lehrberufs nicht eingesetzt werden könnten. Die Tätigkeiten des Baumarktfachberaters und des Baustofffachverkäufers seien als Verweisungsberufe für den Kläger somit ausgeschlossen. Mangels Verweisbarkeit auf Berufe derselben Berufsgruppe erfülle er daher die Voraussetzungen für die Gewährung einer Invaliditätspension.

Das Berufungsgericht gab der aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen Berufung der beklagten Partei nach mündlicher Berufungsverhandlung mit Beweisergänzung nicht Folge und bestätigte das Ersturteil mit der Maßgabe, dass es das auf Zuerkennung der Invaliditätspension ab 1. 8. 2007 gerichtete Klagebegehren als dem Grunde nach zu Recht bestehend erkannte und der beklagten Partei die Erbringung einer vorläufigen Zahlung von 1.000 EUR monatlich ab 1. 8. 2007 auftrug.

Es traf folgende ergänzende Feststellungen zum „medizinischen Bereich“:

„Der Kläger ist in der Lage, durch das Besteigen einer drei- oder viersprossigen Zimmerleiter mit einer Sprossenhöhe von 20 cm (Standhöhe 60 bis 80 cm) Arbeiten über seiner Kopfhöhe - nicht aber Überkopfarbeiten - durchzuführen. Überkopfarbeiten als solche sind aufgrund des bestehenden Schulterengpasssyndroms grundsätzlich nicht möglich. Das Besteigen einer höheren Zimmerleiter - etwa mit sechs Sprossen (Standhöhe 120 cm) - ist dem Kläger aufgrund der möglichen Verletzungsgefahr im Fall eines Sturzes nicht möglich; die Gefahr eines Sturzes besteht, weil beim Kläger aufgrund der Aufbraucherscheinungen der Kniegelenke eine sichere und schmerzfreie Standfestigkeit nicht gewährleistet ist.

Eine kalkülsrelevante Verbesserung der Krankheitsbilder des Klägers kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.“

Als weitere Beweisergänzung holte das Berufungsgericht ein gemeinschaftliches Gutachten der beiden berufskundlichen Sachverständigen Dr. E\*\*\*\*\* und Dr. K\*\*\*\*\* zu den Anforderungen an Verkaufsberater in Selbstbedienungs-Baumärkten (SB-Baumärkten) einerseits und in Kombi-Märkten andererseits ein. Dazu führte es aus, bei der Frage der Verweisbarkeit gelernter Maurer auf die Tätigkeit des Fachmarktberaters sei bisher nicht (bzw nicht ausreichend) zwischen der Tätigkeit in Baustoffabteilungen „klassischer“ SB-Baumärkte (Anm: wie Obi, Baumax, Bauhaus etc) und solchen in „Misch- oder Kombi-Märkten“ (Anm: wie Quester, Öbau, Raiffeisen-Lagerhaus etc) differenziert worden. Daher seien die genannten Sachverständigen als Proponenten der - vor allem hinsichtlich der Leistungsanforderungen - unterschiedlichen Richtungen mit einem gemeinsamen Gutachten beauftragt worden, um die bestehenden Divergenzen zu beseitigen und ein „differenzierteres“ Anforderungsprofil zu erheben. Aufgrund dieses Gutachtens traf das Berufungsgericht weitere Feststellungen zu den Anforderungen der Tätigkeiten als Verkaufsberater SB-Baumärkten (= Punkt A, Fragen 1 bis 9) und als „Bauproduktfachberater“ in „Kombi-Märkten“ (= Punkt B, Fragen 1 bis 9).

Auch das Berufungsgericht schloss die Tätigkeit in SB-Märkten infolge Überschreitung des medizinischen Leistungskalküls des Klägers (angesichts der fallweise vorkommenden schweren Hebe- und Trageleistungen und der Arbeit in einer Höhe von 2,5 m) als möglichen Verweisungsberuf aus. Eine Verweisung auf die (ihm ohne Kalkülsüberschreitung mögliche) Tätigkeit in sogenannten „Kombi-Märkten“ komme hingegen aus rechtlichen Erwägungen nicht in Betracht, weil hier eine umfassendere, komplexere und individuellere Fachberatung gefordert werde als im „klassischen“ SB-Baumarkt. Auch wenn Fachwissen als Maurer „zweifello“ mitverwertet werden könne, würden die praktischen und theoretischen Kenntnisse des Handwerkers gegenüber der Beratungs- und Verkaufstätigkeit (Erstellung von Offerten und Kostenvoranschlägen sowie Abwicklung von Reklamationen) so weit in den Hintergrund treten, dass von einer berufsschutzerhaltenden Teiltätigkeit (mangels entsprechender Nahebeziehung) nicht mehr gesprochen werden könne. Die hier erforderliche besondere Eignung für anspruchsvollere und komplexere Beratungs- und Verkaufsgespräche unter umfangreicher, wenn auch standardisierter PC-Tätigkeit - insbesondere soweit sie „fachkaufmännisch-administrative“ Kenntnisse benötigt würden - seien jedenfalls nicht Teil des Berufsbildes des gelernten Maurers. Daher seien in solchen Tätigkeiten, selbst wenn „in geringem Umfang auch

Facharbeiter, darunter auch Maurer“, beschäftigt würden, vorwiegend Absolventen des Lehrberufs Einzelhandel-Baustoff anzutreffen. Da für den Kläger keine berufsschutzerhaltenden Verweisungstätigkeiten auf dem Arbeitsmarkt mehr bestünden, sei er invalid gemäß § 255 Abs 1 ASVG.

Die Revision sei zulässig, weil die bisherige höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Verweisbarkeit gelernter Maurer auf Fachmarktberater nicht zwischen Beratern in Selbstbedienungsmärkten und solchen in Kombi-Märkten differenziert habe und offen sei, ob die Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in Kombi-Märkten noch eine den Berufsschutz erhaltende Teiltätigkeit sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im klagsabweisenden Sinn; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

In der Revisionsbeantwortung beantragt der Kläger, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig und auch berechtigt.

Zu Recht beruft sich die Revisionswerberin auf die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass eine Verweisung gelernter (angelernter) Arbeiter auf eine Angestelltentätigkeit grundsätzlich zulässig ist; in diesem Zusammenhang sind nämlich folgende Grundsätze, von denen die bekämpfte Beurteilung abweicht, zu beachten:

1. Der Angestellte bzw der gelernte (angelernte) Arbeiter darf nicht auf eine Tätigkeit verwiesen werden, durch deren Ausübung er den Berufsschutz verlieren würde. Es darf daher ein Angestellter nicht auf eine Tätigkeit als Arbeiter verwiesen werden, durch die er den Berufsschutz nach § 273 ASVG verlieren würde (10 ObS 85/95 = SSV-NF 9/48 mwN ua; RIS-Justiz RS0084837).

2. Demgegenüber hält die Rechtsprechung die Verweisung eines gelernten (angelernten) Arbeiters auf Angestelltentätigkeiten grundsätzlich für zulässig, weil der berufliche Aufstieg besonders qualifizierte Facharbeiter in Angestelltenpositionen bringe und diese Verweisung zu keinem Verlust des Berufsschutzes führe, da die Ausübung dieses Verweisungsberufes einen Berufsschutz nach § 273 ASVG begründe (10 ObS 178/94 = SSV-NF 8/75, 10 ObS 2088/96y = SSV-NF 10/58).

3. In der Rechtsprechung wird auch eine Verweisung auf solche Angestelltentätigkeiten, die als „qualifizierte Teiltätigkeiten“ eines erlernten oder angelernten Arbeiterberufes angesehen werden können, grundsätzlich für zulässig erachtet. So wurde etwa die Verweisbarkeit eines Tischlers auf Wohn- und Verkaufsberater in Einrichtungshäusern, eines Maurers auf den Beruf eines Fachmarktberaters/Fachmarktverkäufers, eines Malers und Anstreichers auf den Beruf eines Fachberaters in einem Baumarkt, eines Karosseurs auf die Tätigkeit eines Kundendienstberaters oder auch eines Installateurs auf die Tätigkeit eines Fachberaters (Verkaufsberaters) für den Installationsbedarf in Groß- und Baumärkten ausdrücklich bejaht (siehe dazu die Judikaturnachweise in 10 ObS 263/01a = SSV-NF 15/107).

4. Begründet wird dies damit, dass der Wechsel eines qualifizierten Facharbeiters in eine Angestelltentätigkeit zu keinem Verlust des Berufsschutzes führe, wenn eine entsprechende Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf bestehe (10 ObS 263/01a = SSV-NF 15/107 uva; RIS-Justiz RS0084541 [T18; T35]; 10 ObS 332/00x = SSV-NF 14/149; 10 ObS106/09z mwN).

5. An dieser Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof - auch nach Vorliegen der hier bekämpften Berufungsentscheidung - in zahlreichen Entscheidungen festgehalten, in denen sich die Rechtsmittelwerber jeweils darauf beriefen, dass die die Verweisbarkeit bejahende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0084541) vom Oberlandesgericht Wien zu „8 Rs 5/09b“ (also im vorliegenden Verfahren) „zutreffenderweise“ mit der Begründung in Zweifel gezogen worden sei, dass zwischen dem erlernten Beruf und dem Verweisungsberuf keinerlei Verwandtschaft bestehe; was sich etwa darin zeige, dass eine Anrechnung der Lehrzeit des Maurers auf die Lehrzeit des Einzelhandelskaufmanns mit Schwerpunkt Baustoffhandel nicht vorgesehen sei. Die erforderliche Nahebeziehung fehle auch bei einer Verweisung auf die Tätigkeit eines „Baustofffachmarktberaters“ in „Mischmärkten“, wo umfassende, komplexe und individuelle Fachberatungen einschließlich kaufmännischer Aspekte gefordert würden. Der Schwerpunkt liege auf der Beratungs- und Verkaufstätigkeit, die jedenfalls keine Teiltätigkeit des Lehrberufs Maurer darstelle, weshalb eine Verweisung mit dem Verlust des Berufsschutzes als Maurer verbunden sei.

5.1. Der Senat hat dazu bereits in den ersten beiden Entscheidungen 10 ObS 114/10b und 10 ObS 120/10k (jeweils vom 17. 8. 2010) auf die ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung (10 ObS 194/02f; 10 ObS 218/03m = SSV-NF 18/3) verwiesen, wonach der Umstand, dass die am 1. 7. 2000 in Kraft getretene Einzelhandel-Ausbildungsordnung für den Lehrberuf Einzelhandel mit Schwerpunkt Baustoffhandel (BGBl II 2000/186) keine Anrechnung von im Lehrberuf Maurer zurückgelegten Lehrzeiten vorsieht, noch nicht bedeutet, dass beim Baustofffachmarktberater die Kenntnisse eines Maurers nicht gefragt sind und eine entsprechende Nahebeziehung des Verweisungsberufs zum bisher ausgeübten Beruf fehlt.

5.2. Der Befürchtung, durch die Verweisung ginge der Berufsschutz als Maurer verloren, hat der Oberste Gerichtshof jeweils erwidert, die ständige Rechtsprechung gründe sich vor allem darauf, dass die handwerkliche Ausbildung und die dabei erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten ein Anstellungs- und Ausübungskriterium des Verweisungsberufs bildeten und diese qualifizierten Facharbeiter als Kunden- und Verkaufsberater in Baustofffachmärkten auch tatsächlich Verwendung fänden. Daher handle es sich bei diesem Verweisungsberuf um eine qualifizierte Teiltätigkeit des jeweiligen Lehrberufs. Der Wechsel eines qualifizierten Facharbeiters in eine Angestelltentätigkeit führe zu keinem Verlust des Berufsschutzes, wenn eine entsprechende Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf bestehe (10 ObS 122/10d; 10 ObS 124/10y; 10 ObS 132/10z jeweils mwN).

5.3. Die zur Klärung dieser Frage erhobenen außerordentlichen Revisionen wurden daher jeweils mit der Begründung zurückgewiesen, es bestehe keine Veranlassung, von der gefestigten Rechtsprechung zur Verweisbarkeit von qualifizierten Facharbeitern auf korrespondierende Angestelltentätigkeiten abzugehen. Dabei hat der erkennende Senat in allen Fällen den Standpunkt vertreten, dass die Beurteilung, wonach auch eine solche Verweisungstätigkeit (als Baustofffachmarktberater in Misch- bzw Kombimärkten) eine entsprechende Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf habe, keiner Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedarf (10 ObS 114/10b; 10 ObS 120/10k; 10 ObS 122/10d; 10 ObS 124/10y; 10 ObS 132/10z; vgl auch: 10 ObS 127/10i und zuletzt 10 ObS 141/10y [zum Installateur]).

6. An dieser Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall schon deshalb festzuhalten, weil auch das Berufungsgericht seine - davon abweichende - Entscheidung nur auf die vom erkennenden Senat bereits als nicht stichhaltig beurteilten Argumente stützt; wobei es aber gleichzeitig selbst ausdrücklich einräumt, dass das Fachwissen des Klägers als Maurer „zweifellos“ nicht nur im „klassischen“ SB-Baumarkt, sondern auch im Rahmen der Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in „Kombi-Märkten“ mitverwertet werden kann, und dass in dieser Tätigkeit auch tatsächlich Facharbeiter, darunter auch Maurer beschäftigt werden.

6.1. Maßgebend ist der dazu (im Rahmen der Beweisergänzung durch das Berufungsgericht) ermittelte Sachverhalt. Demnach steht zum „Bauproduktfachberater“ (bezüglich Anstellungserfordernisse und Facharbeiteranteil dem Gutachten folgend) aber ausdrücklich fest, dass ein Lehrabschluss - im Gegensatz zu SB-Märkten - hier (sogar) eine „übliche Anstellungsvoraussetzung“ ist, und dass (zwar) „zumeist“ der Lehrberuf „Einzelhandel-Baustoffhandel“ angetroffen wird, in „geringerem Umfang“ jedoch auch Facharbeiter aus diversen Fachsparten, „vorzugsweise aus dem Baufach“ anzutreffen sind (Seite 16 der Berufungsentscheidung = AS 233).

6.2. Die erforderliche Nahebeziehung zwischen dem Beruf des Bauproduktfachberaters in Kombi-Märkten und dem bisher ausgeübten Lehrberuf des Klägers als Maurer ist also nach Ansicht des erkennenden Senats auch dann noch zu bejahen, wenn man von der vom Berufungsgericht - wie die Revision meint, unter Verletzung von Verfahrensvorschriften (Seite 10-13 der Revision = AS 264 ff) - ergänzten Tatsachengrundlage ausgeht. Auf die in der Revision geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens ist daher nicht weiter einzugehen.

6.3. Insgesamt bilden auch die ergänzten Feststellungen keine Grundlage für die von der beklagten Partei zu Recht bekämpfte (rechtliche) Beurteilung, die Verweisung auf die Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in sogenannten „Kombi-Märkten“ komme - im Hinblick auf die hier „umfassender, komplexer und individueller“ geforderte Fachberatung (als in einem „klassischen“ SB-Baumarkt) - aus „rechtlichen Erwägungen“ nicht in Betracht. Da die praktischen Produkt- und Verarbeitungkenntnisse, die der Kläger als Maurer erworben hat, auch für eine optimale Kundenberatung zweifellos von ganz wesentlicher Bedeutung sind, bieten die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts für den erkennenden Senat keinen Anlass für ein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen.

6.4. Dass die Verweisbarkeit des Klägers auf die Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in Kombi-Märkten angesichts seines Leistungskalküls zu bejahen wäre, zieht er im Revisionsverfahren selbst nicht (mehr) in Zweifel. In Stattgebung der Revision der beklagten Partei sind die bekämpften Entscheidungen daher im klageabweisenden Sinn abzuändern.

6.5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG. Berücksichtigungswürdige Umstände, die einen ausnahmsweisen Kostenanspruch nach Billigkeit an den unterlegenen Kläger im Sinne dieser Gesetzesstelle rechtfertigen könnten, wurden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich.

**Schlagworte**

Sozialrecht

**Textnummer**

E97574

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:010OBS00101.10S.0531.000

**Im RIS seit**

29.06.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

18.09.2013

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