

# TE OGH 2010/1/19 10ObS204/09m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.01.2010

## 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. Johannes Pflug und Dr. Lukas Stärker (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Gerhard G\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Eric Breiteneder, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 84-86, wegen Erwerbsunfähigkeitspension, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. Oktober 2009, GZ 10 Rs 126/09m-102, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Nach der für den Kläger maßgebenden Bestimmung des § 133 Abs 2 GSVG gilt als erwerbsunfähig auch der Versicherte,

a) der das 50. Lebensjahr vollendet hat, und

b) dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war,

wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte 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.

Zu prüfen ist daher - neben der Erreichung des Anfallsalters - zunächst, ob die persönliche Arbeitsleistung des Klägers zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war. Unter Notwendigkeit der persönlichen Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes ist nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats die ausführende Mitarbeit zu verstehen, die notwendig ist, um wirtschaftlich gesehen den vom Versicherten zuletzt geführten Betrieb rentabel aufrecht zu erhalten (10 ObS 293/94 = SSV-NF 9/22 mwN uva). Dabei sind auch die Möglichkeiten der Umstrukturierung des Betriebes unter den Aspekten der Rentabilität und Zumutbarkeit der Weiterführung bei einer solchen Umorganisation zu prüfen. Nur wirtschaftlich zumutbaren Umorganisationsmaßnahmen ist auch tatsächlich

nachzukommen. Kann der Selbständige unter Berücksichtigung solcher Umorganisationsmaßnahmen wie beispielsweise der Delegation einzelner Arbeitsgänge an Mitarbeiter, der Aufnahme von Hilfs- und Ersatzkräften, der Umorganisation im technischen Bereich usw trotz seines eingeschränkten medizinischen Leistungskalküls seinen Betrieb weiterführen, ist zu prüfen, ob in diesem Fall der Betrieb noch rentabel bleibt. Dabei müssen Selbständige auch eine gewisse Verringerung ihres Einkommens in Kauf nehmen. Wie weit diese Einkommensreduktion zu gehen hat, wurde in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht abschließend beurteilt (vgl Urbanek, Die Erwerbsunfähigkeit bei Selbständigen, ZAS 2003, 203 ff [206 f] mwN; RIS-Justiz RS0106377, RS0106511, RS0106510).

Soweit der Revisionswerber als erhebliche Rechtsfrage das Fehlen einer (einheitlichen) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, inwieweit der Selbständige eine Einkommensreduktion bei der Ausübung des Verweisungsberufs hinzunehmen habe, geltend macht und in diesem Zusammenhang das Fehlen konkreter Feststellungen der Tatsacheninstanzen über die Kosten einer Umorganisation seines Betriebes rügt, ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall ohnedies nicht strittig ist, dass die persönliche Mitarbeit des Klägers zur Aufrechterhaltung seines konkreten Betriebes auch im Rahmen einer wirtschaftlich vertretbaren Betriebsführung notwendig war. Damit ist eine der - neben dem Anfallsalter - wesentlichen Voraussetzungen für die begehrte Pension erfüllt.

Nunmehr stellt sich jedoch die weitere Frage, ob der Kläger außerstande ist, einer (nicht jener) selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die Erwerbstätigkeit erfordert, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat. Damit wird dem Versicherten nach ständiger Rechtsprechung ein Berufsschutz, nicht aber ein Tätigkeitsschutz gewährt. 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 (10 ObS 23/06i = SSV-NF 20/17 mwN; RIS-Justiz RS0086434). Die Verweisung hat aber auch im Rahmen des § 133 Abs 2 GSVG abstrakt zu erfolgen. Der Frage, ob eine Verweisungstätigkeit im Einzelfall tatsächlich erlangt werden kann oder ob dem faktische oder rechtliche Gesichtspunkte, zB wirtschaftliche Gründe, entgegenstehen, kommt keine Bedeutung zu. Unter Bedachtnahme darauf, dass die konkret ausgeübte selbständige Tätigkeit und die bisherige Betriebsstruktur keinen Einfluss auf die Verweisbarkeit haben, kann es auch nicht maßgeblich sein, ob zur tatsächlichen Ausübung des Verweisungsberufs Umorganisationsmaßnahmen notwendig sind, die soweit gehen, dass im Verweisungsberuf ein Betrieb neu gegründet oder ein bestehender Betrieb übernommen werden muss. Entscheidend ist allein, ob abstrakt eine selbständige Tätigkeit ausgeübt werden kann, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit erfordert, wobei eine wirtschaftlich vertretbare Betriebsführung im Bundesgebiet unter Berücksichtigung des Marktes gewährleistet sein muss (10 ObS 23/06i = SSV-NF 20/17 mwN; RIS-Justiz RS0105187, RS0107668). Die Verweisung des Versicherten innerhalb des durch § 133 Abs 2 GSVG abgesteckten Rahmens ist daher auch auf eine Tätigkeit mit demselben Unternehmensgegenstand wie bisher in modifizierter Betriebsform zulässig (10 ObS 57/08t ua; Urbanek aaO ZAS 2003, 203 ff [208]). Entscheidend ist dabei, ob die Führung eines solchen Unternehmens ein die Existenz sicherndes oder mit anderen Worten einen die Lebenshaltung des Unternehmers ermöglichenden Gewinn abwirft (10 ObS 73/97a ua). Entgegen der Auffassung des Revisionswerbers kommt es daher nach ständiger Rechtsprechung nicht darauf an, ob der selbständig Erwerbstätige weiterhin geneigt ist, das wirtschaftliche Wagnis eines Betriebes auf sich zu nehmen und ob er in der Lage oder gewillt ist, diese selbständige Erwerbstätigkeit zu finanzieren (10 ObS 387/01m mwN ua).

Nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Kläger, der zuletzt als Tankstellenpächter mit einem Mitarbeiter selbständig tätig war, noch eine Selbstbedienungstankstelle ohne Serviceleistungen mit zwei bis drei Mitarbeitern im Rahmen einer wirtschaftlich vertretbaren Betriebsführung betreiben kann, wobei er sich bei dieser Betriebsform auf die seinem medizinischen Leistungskalkül entsprechenden Kassa- und Bürotätigkeiten beschränken kann. Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, der Kläger erfülle damit nicht die Voraussetzungen für die Gewährung einer Erwerbsunfähigkeitspension gemäß § 133 Abs 2 GSVG, steht somit im Einklang mit der zitierten ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats.

Die außerordentliche Revision des Klägers war daher mangels Geltendmachung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

**Textnummer**

E92989

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:010OBS00204.09M.0119.000

**Im RIS seit**

18.02.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

04.10.2011

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

© 2024 JUSLINE

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

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