

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

11.06.1996

Geschäftszahl

10ObS2024/96m

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Kropfitsch als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer und Dr.Ehmayr als weitere Richter sowie durch die fachkundigen Laienrichter Dr.Robert Prohaska und Dr.Dietmar Strimitzer (beide aus dem Kreis der Arbeitgeber) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Helmut H*****, Friseur und Trafikant, ***** vertreten durch Rechtsanwälte Brandstetter, Politzer und Pritz Partnerschaft in Wien, wider die beklagte Partei Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 84-86, vertreten durch Dr.Karl Leitner, Rechtsanwalt in Wien, wegen Erwerbsunfähigkeitspension, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27.November 1995, GZ 8 Rs 150/95-36, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 28.Juni 1995, GZ 28 Cgs 22/94v-29, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, dem Kläger ab 1.7.1993 eine Erwerbsunfähigkeitspension im gesetzlichen Ausmaß zu gewähren, abgewiesen wird.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens selbst zu tragen.

Text**Entscheidungsgründe:**

Der am 4.1.1939 geborene Kläger ist seit vielen Jahren als selbständiger Friseurmeister und Tabaktrafikanter erwerbstätig. Das Damenfriseurgeschäft gab er inzwischen auf, er betreibt nur mehr das Herrengeschäft und hat seit März 1994 keine Angestellten mehr. Vorher war seine Gattin, eine gelernte Friseurin, bei ihm angestellt. Bei der Trafik des Klägers handelt es sich um eine sogenannte "Verbundtrafik", was bedeutet, daß der Kläger keine Verschleißbewilligung für eine selbständige Tabaktrafik hatte, sondern daß die Tabaktrafik nur im Verbund mit einer anderen selbständigen Tätigkeit - in diesem Fall dem Friseurgewerbe - ausgeübt werden durfte. Der Bestellungsvertrag erlischt von selbst, wenn bei nicht selbständigen Tabaktrafiken die Gewerbeberechtigung, mit der die Tabaktrafik in Verbindung geführt wird, erlischt (Punkt 23 der Allgemeinen Vertragsbedingungen für Tabaktrafikanten in der damals geltenden Fassung). Der Kläger übte die Tätigkeiten als Friseur und als Tabaktrafikanter im selben Raum aus, so daß eine genaue Aufschlüsselung des Arbeitsaufwandes nicht möglich war. Der Anteil der Tabaktrafik am Gesamtumsatz des Klägers betrug jedoch über 95 %.

Aufgrund verschiedener krankheitsbedingter Veränderungen kann der Kläger nur mehr leichte Arbeiten in der normalen Arbeitszeit mit den üblichen Pausen leisten. Hebe- und Trageleistungen sind bis 5 kg möglich. Auszuschließen sind Arbeiten in gehäuft gebückter Haltung (das heißt unter Tischhöhe und öfter als fünfmal in der Stunde) und Arbeiten in anhaltender vorgeneigter Haltung sowie an erhöhten exponierten Stellen (höhere Leitern und Gerüste). Tätigkeiten, die mit anhaltendem langen Stehen verbunden sind, scheiden ebenso aus wie

Arbeiten im Dauergehen. Schließlich kann sich der Kläger nicht länger als 10 Minuten in Nässe und Kälte aufhalten.

Mit Bescheid der beklagten Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 19.1.1994 wurde der Antrag des Klägers vom 7.6.1993 auf Zuerkennung einer Erwerbsunfähigkeitspension gemäß § 132 GSVG abgelehnt.

Das Erstgericht gab der dagegen erhobenen Klage statt und erkannte die Beklagte schuldig, dem Kläger ab 1.7.1993 eine Erwerbsunfähigkeitspension im gesetzlichen Ausmaß zu gewähren. Es sei dem Kläger nicht mehr möglich, die selbständige Erwerbstätigkeit eines Friseurmeisters oder eines Tabaktrafikanten ohne fremde Hilfskräfte weiter auszuüben. Bei der Tabaktrafik des Klägers habe es sich um eine nicht selbständige im Sinne des § 15 Abs 2 Tabakmonopolgesetz 1968 gehandelt; er besitze keine Verschleißbewilligung für eine eigenständige Trafik, da eine solche "für diesen Ort" nicht gestattet werde. Außer Streit stehe, daß er das Friseurgewerbe nicht mehr ausüben könne, weshalb die Verschleißbewilligung und somit die Grundlage für den Betrieb der Tabaktrafik mit Beendigung des Friseurgewerbes entzogen werde. Eine Verweisung des Klägers auf das Führen einer selbständigen Tabaktrafik sei nicht möglich, weil die Voraussetzungen dafür fehlten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Die Tätigkeit des Klägers als Trafikant stelle gleichsam eine Nebentätigkeit zur Haupttätigkeit des Friseurgewerbes dar. Die Bewilligung einer Verbundtrafik sei an die Ausübung eines Hauptgewerbes gebunden. Das Unmöglichwerden der Haupttätigkeit ziehe den Entzug der Tabakverschleißbewilligung nach sich. Es bleibe zu prüfen, ob der Kläger auf die Tätigkeit eines freien Trafikanten verwiesen werden könne. Dies sei aus rechtlichen Erwägungen zu verneinen. Voraussetzung für die Verweisung auf eine andere Beschäftigung sei, daß dieses andere Gewerbe dem freien Arbeitsmarkt unterliege. Das sei jedoch aufgrund der besonderen Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes (insbesondere § 13) zu verneinen. Daher scheidet auch eine Verweisung auf eine Trafikantentätigkeit aus.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens.

Der Kläger beantragte in seiner Revisionsantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt.

Da der Kläger das 50.Lebensjahr am Stichtag 1.7.1993 bereits vollendet hat, ist die Berechtigung seines Anspruches auf der Grundlage des § 133 Abs 2 GSVG in der Fassung der 19.GSVG-Novelle (BGBl 1993/336) zu prüfen. Als erwerbsunfähig gilt danach auch der Versicherte, der das 50.Lebensjahr vollendet hat und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig war, wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte dauernd 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. Der Gesetzgeber verfolgte mit der Novellierung dieser Bestimmung die Absicht, daß ab dem 50.Lebensjahr für Kleingewerbetreibende zur Beurteilung der dauernden Erwerbsunfähigkeit nur mehr eine qualifizierte Verweisung zulässig sein soll, wie das auch bei erlernten oder angelernten Berufen unselbständig Erwerbstätiger schon vor dem 50.Lebensjahr der Fall ist. Ein Tätigkeitsschutz soll allerdings zwischen dem 50. und dem 55.Lebensjahr weiterhin nicht bestehen. Ein Versicherter, der krankheitsbedingt dauernd außerstande ist, jener selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die er zuletzt durch mindestens 60 Kalendermonate ausgeübt hat, hat nach Vollendung des 55.Lebensjahres Anspruch auf vorzeitige Alterspension wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit nach § 131 c Abs 1 Z 3 GSVG (im Falle des Klägers wurde dieser Anspruch von der Beklagten ab 1.2.1994, also mit Vollendung des 55.Lebensjahres bereits anerkannt).

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, daß die persönliche Arbeitsleistung des Klägers zur Aufrechterhaltung seines Betriebes notwendig war; ferner wurde ausdrücklich außer Streit gestellt, daß er nicht mehr in der Lage ist, das Friseurgewerbe auszuüben. Der Auffassung der Vorinstanzen, daß mit der Unfähigkeit der Ausübung des Friseurgewerbes auch die Tätigkeit als Tabaktrafikant schon aus rechtlichen Gründen nicht mehr in Betracht käme, kann jedoch nicht beigestimmt werden. Nach § 133 Abs 2 GSVG wird das Verweisungsfeld durch die selbständigen Erwerbstätigkeiten gebildet, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie die vom Versicherten zuletzt ausgeübten erfordern. Die Verweisungstätigkeit muß keineswegs der bisher ausgeübten Tätigkeit in allen Punkten entsprechen. Zum Versicherungsfall der geminderten

Arbeitsfähigkeit nach § 255 ASVG hat der Senat bereits ausgesprochen, daß dann, wenn der Versicherte überwiegend mehrere Lehrberufe oder angelernte Berufe gleichzeitig oder nacheinander ausgeübt hat, Invalidität nur dann gegeben ist, wenn die Arbeitsfähigkeit in jedem dieser Berufe in dem nach § 255 Abs 1 ASVG erforderlichen Maß herabgesunken ist (SV-NF 6/19, 5/65, 4/143; 10 Obs 75/94 ua). Auch im Rahmen des § 133 Abs 2 GSVG ist die Verweisung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, die nur Teilbereiche der bisher ausgeübten umfaßt, zulässig, wenn nur für diesen Teilbereich die Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich waren, die der Versicherte bisher benötigte. Dabei kommt der Frage, welche wirtschaftliche Bedeutung ein bestimmter Tätigkeitszweig für den Versicherten im Rahmen des von ihm bisher geführten Betriebes hatte, keine entscheidende Bedeutung zu. Das Gesetz stellt nicht auf die konkret ausgeübten selbständigen Tätigkeiten und die bisherige Betriebsstruktur ab (dies sind Umstände, die im Falle des § 131 c GSVG von Bedeutung wären), sondern nur auf die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die durch 60 Monate ausgeübte selbständige Tätigkeit erforderlich waren. Dem Versicherten soll bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 133 Abs 2 GSVG nicht zugemutet werden, sich völlig neue Kenntnisse zu erwerben oder nunmehr einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen (SSV-NF 9/22).

Der Kläger übte jahrelang neben dem Friseurgewerbe auch die Tätigkeit eines Tabaktrafikanten aus, so daß davon auszugehen ist, daß er über die für die Verrichtung der damit zusammenhängenden Arbeiten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Daß er eine nicht selbständige Tabaktrafik im Sinne des § 15 Abs 2 TabMG 1968 hatte, fällt dabei nichts ins Gewicht. Dafür, ob eine bestimmte Tabaktrafik als selbständige oder als nicht selbständige behandelt wurde, war der Bestellungsvertrag maßgebend. Nicht selbständige Tabaktrafiken waren solche, die weder Tabakfachgeschäfte noch Verlagstrafriken waren. Sie wurden in der Regel als Nebengeschäft in Verbindung mit einem Gewerbe geführt, konnten aber auch in Verbindung mit einer anderen Erwerbstätigkeit geführt werden (sogenannte "verbundene" Tabaktrafiken). Die Entscheidung, ob eine Tabaktrafik eine selbständige oder eine nichtselbständige sein sollte, richtete sich ausschließlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, zB danach, ob bei der voraussichtlichen Umsatzgröße die Führung eines Fachgeschäftes zumutbar war oder ob bei selbständiger Führung die Existenzgrundlage des Verschleißers gewährleistet schien. Eine Umwandlung eines selbständig geführten Tabakverschleißgeschäftes in ein nicht selbständig zu führendes oder umgekehrt sah das Tabakmonopolgesetz 1968 nicht vor. Es bestand nur die Möglichkeit, den bestehenden Bestellungsvertrag zu beenden und einen neuen Vertrag abzuschließen (Curda, TabMG 19683 Anm 4 zu § 15 und Anm 12 zu § 16). Bei Erlöschen der Gewerbeberechtigung erlosch auch der Bestellungsvertrag (Punkt 23 Abs 1 lit c AVBT), mit der Einstellung der anderen Erwerbstätigkeit, in Verbindung mit der das Tabakverschleißgeschäft geführt wurde, war auch das Erlöschen des Bestellungsvertrages anzunehmen (Curda aaO). Seit 1.1.1996 steht das Tabakmonopolgesetz 1996 BGBl 1995/830 in Kraft. Nach dessen § 23 sind Tabaktrafiken Geschäfte, in denen der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen betrieben wird. Nunmehr wird zwischen Tabakfachgeschäften und Tabakverkaufsstellen unterschieden, je nachdem, ob die Tabaktrafik ausschließlich (überwiegend) Tabakerzeugnisse führt oder nicht.

Nach den dargestellten Rechtsnormen ist die Forderung des Berufungsgerichtes nach einem "freien Arbeitsmarkt" als Verweisungsvoraussetzung für einen Tabaktrafikanten unberechtigt. Die Revisionswerberin führt dazu treffend aus, es gebe in der Wirtschaft zahlreiche Bereiche, in denen es keinen völlig freien Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit gebe und in denen bestimmte Regulative bestünden, denen sich alle Bewerber gleichermaßen unterwerfen müßten. Es sei ausreichend, daß der Versicherte im Verweisungsberuf gleich große Chancen habe wie jeder andere. Diese Gruppe von selbständigen Berufen dürfe nicht, nur weil es dort Regulative gebe, anders gestellt werden. Etwa auch ein Tankstellenpächter müsse sich erst um die Vergabe einer bestimmten Tankstelle bei einem Mineralölkonzern bewerben, wobei er der Konkurrenz zahlreicher anderer Bewerber ausgesetzt sei. Zum Teil gebe es auch räumliche Ausübungsbeschränkungen oder Abhängigkeiten von Bedarfsprüfungen. Daß sich auch der Bewerber um eine Tabaktrafik einer Ausschreibung unterwerfen müsse, sei kein Verweisungshindernis, weil die Verweisung abstrakt zu erfolgen habe und die Frage, ob eine solche Verweisungstätigkeit im Einzelfall auch tatsächlich erlangt werden könne oder ob dem faktische oder rechtliche Gesichtspunkte, zB die Nichterfüllung einer behördlichen Auflage, entgegenstünden, keinerlei Bedeutung zukomme.

Diesen Ausführungen ist im wesentlichen beizustimmen, so wie es nach ständiger Rechtsprechung (seit SSV-NF 1/23) auch bei der Verweisung nicht selbständig Erwerbstätiger ohne Bedeutung ist, ob sie im Verweisungsberuf eine freie Arbeitsstelle finden werden, wenn es nur insgesamt genügend viele Arbeitsplätze gibt. Es ist also zu prüfen, ob der Kläger nach seinem medizinischen Leistungskalkül noch eine selbständige Tabaktrafik im Sinne des § 15 Abs 2 TabMG 1968 bzw ein Tabakfachgeschäft im Sinne des § 23 Abs 2 TabMG 1996 betreiben kann. Dies ist zu bejahen.

Daß der Kläger nur leichte körperliche Tätigkeiten mit Hebe- und Trageleistung bis maximal 5 kg erbringen kann, steht einer solchen Berufsausübung nicht entgegen: Einem Tabaktrafikanten ist durchaus zumutbar, das Heben und Tragen von für ihn zu schweren Lasten (zB von Zeitungspaketen) durch einfache Organisationsmaßnahmen, etwa die Teilung solcher Pakete zu vermeiden; dies hat der Senat schon in der

Entscheidung SSV-NF 2/70 ausgesprochen und in den Entscheidungen SSV-NF 9/43 und 10 ObS 257/95 bekräftigt. In diesem Zusammenhang wurde auch auf die Möglichkeit der Lieferung von Zeitungspaketen auf eine erhöhte, allenfalls bewegliche Ablagefläche hingewiesen (10 ObS 99/95). Aus der bisherigen Judikatur läßt sich entnehmen, daß bei der Beurteilung der Organisationsmöglichkeiten eines Tabaktrafikanten eher ein strenger Maßstab anzulegen ist, was umso mehr gilt, wenn weiteres Personal vorhanden ist (nach den Feststellungen arbeitete die Frau des Klägers auch noch nach dem Stichtag in seinem Geschäft mit). Daß Tabaktrafikanten im allgemeinen nicht Arbeiten in gehäuft gebückter Haltung und an erhöhten exponierten Stellen (höheren Leitern und Gerüsten) ausüben müssen, ist im Hinblick darauf, daß sich die Arbeit von Tabaktrafikanten weitgehend unter den Augen der Öffentlichkeit abspielt, offenkundig und bedarf keines weiteren Beweises. Die Annahme des Erstgerichtes, das Manipulieren mit Gewichten über 5 kg, das Arbeiten in häufig gebückter Haltung und das Arbeiten an erhöht exponierten Stellen sei für die berufliche Tätigkeit eines Tabaktrafikanten unabdingbar, widerspricht ebenso der Lebenserfahrung wie die Annahme, Tabaktrafikanten seien einem dauernden besonderen Zeitdruck ausgesetzt (so 10 ObS 257/95; vgl nochmals SSV-NF 9/43). Auf die besondere Ausgestaltung der vom Kläger betriebenen Tabaktrafik kommt es - anders als im Versicherungsfall des § 131 c GSVG - nicht an.

Zusammenfassend ergibt sich, daß beim Kläger entgegen den Annahmen der Vorinstanzen Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 133 Abs 2 GSVG nicht vorliegt, so daß in Stattgebung der Revision das Klagebegehren abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG. Gründe für einen Kostenzuspruch an den unterlegenen Kläger aus Billigkeit wurden nicht dargetan und sind nach der Aktenlage auch nicht ersichtlich.