



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Die rechtlichen Probleme der Unterscheidung von
Arbeitern und Angestellten im Bereich der
Versicherungsfälle der geminderten Arbeitsfähigkeit“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Barbara Bulla-Wagner

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2022 / Vienna 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ. Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
Vorwort	6
1 Einleitung	8
1.1 Problemstellung	8
1.2 Ziel und Gegenstand der Untersuchung	12
1.3 Abgrenzungen	14
2 Begriffsklärungen	16
2.1 Delegationstheorie	17
2.2 Tätigkeitsmerkmale „Produktion versus Verwaltung“	18
2.3 Angestelltentätigkeiten	18
2.3.1 Kaufmännische Dienste	20
2.3.2 Höhere, nicht kaufmännische Dienste	22
2.3.3 Kanzleiarbeiten	23
2.4 Arbeiter	24
2.4.1 Facharbeiter	25
2.4.2 Ungelernte Arbeiter	26
3 Historische Entwicklung	27
3.1 Die Entwicklung des sozialen Schutzes von Arbeitern	27
3.2 Sozialrechtlicher Schutz von Angestellten	34
3.3 Sozialversicherungsrecht im Nationalsozialismus	43
3.4 Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG)	45
3.5 Die weitere Entwicklung der Rechtsgrundlagen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit	47
4 Rechtliche Grundlagen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit	77
4.1 Allgemeines	77
4.2 Berufsunfähigkeit	79
4.3 Invalidität	80
4.4 Sonderfall Originäre Invalidität	84
5 Die Verweisung im gelten PV-Recht	84

5.1	Allgemeines	84
5.2	Die Verweisung von Angestellten	87
5.2.1	Unzumutbarer sozialer Abstieg	89
5.2.2	Besonderheiten des Berufsschutzes gem. § 273 ASVG	93
5.3	Die Verweisung von Arbeitern	94
5.3.1	Gelernte Arbeiter gemäß § 255 Abs 1 ASVG	95
5.3.2	Angelernte Arbeiter gemäß § 255 Abs 2 ASVG	96
5.3.3	Ungelernte Arbeiter gemäß § 255 Abs 3 ASVG	98
5.4	Die Beurteilung von Mischstätigkeiten	99
5.5	Verweisung und Arbeitsmarkt	100
5.5.1	Ausschluss vom Arbeitsmarkt	101
5.5.2	Lohnhälfte	105
6	Berufsschutz und Rehabilitation	110
6.1	Allgemeines zur Rehabilitation in der PV	111
6.2	Auswirkungen der jüngeren Novellen auf das Rehabilitationsrecht	112
6.3	Berufliche Rehabilitation von unqualifizierten Versicherten	114
6.4	Exkurs: Berufliche Rehabilitationsmaßnahmen für Personen ohne Berufsschutz zur Reintegration in den Arbeitsmarkt – Konzept zu Reha 4 Integration („R4I“) und REHAJET	117
6.5	Ausgewählte, statistische Daten zur beruflichen Rehabilitation	120
6.6	Berufliche Rehabilitation von berufsgeschützten Versicherten	124
6.7	Ausgewählte verfahrensrechtliche Fragen zum Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation sowie zum Rehabilitationsgeld	126
6.8	Weiterführende Überlegungen	132
6.8.1	Fallbeispiel 1: Versicherter ohne Berufsschutz - § 255 Abs 3 ASVG	133
6.8.2	Fallbeispiel 2: Versicherter mit Berufsschutz - §§ 255 Abs 1, 273 Abs 1 ASVG	138
6.8.3	Resümee	148
6.8.4	Zuordnung zur Gruppe der Angestellten oder Arbeiter	151
6.8.5	Differenzierung und ihre sozialpolitische Bewertung	151

6.8.6	Angleichung von Arbeitern und Angestellten in ausgewählten Bereichen	161
7	Verfassungsrechtliche Aspekte	164
7.1	Einleitende Anmerkungen	164
7.2	Verfassungsentwicklung.....	165
7.3	Gleichheit vor dem Gesetz	171
7.4	Die Prüfung von Gesetzen am Gleichheitsgrundsatz.....	173
7.4.1	Allgemeines	173
7.4.2	Vergleichbarkeit	175
7.4.3	Sachlichkeitsgebot	177
7.4.4	Ordnungssystemjudikatur.....	182
7.4.5	Judikatur des OGH zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung in den Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Invaliditätspension nach § 255 Abs 1 und Abs 3 ASVG.....	186
7.5	Eigene Meinung zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Differenzierungen	187
7.5.1	Vergleichbarkeit der Regelungen zum VF der geminderten AF.....	188
7.5.2	Sachlicher Grund für Differenzierung	207
8	Soziale Sicherheit bei Arbeitsunfähigkeit am Beispiel der Niederlande und Deutschland	214
8.1	Einleitung	214
8.2	Niederlande.....	215
8.2.1	Allgemeines zum niederländischen Wohlfahrtsstaat.....	215
8.2.2	Organisation und Finanzierung der öffentlichen Sicherungssysteme.....	216
8.2.3	Charakteristische Merkmale des niederländischen Wohlfahrtsstaates ..	218
8.2.4	Rechtslage bis zum 31.12.2005	223
8.2.5	Rechtslage ab dem 1.1.2006	224
8.2.6	WGA-Rente bei teilweiser Erwerbsminderung.....	225
8.2.7	IVA-Rente bei dauerhafter Erwerbsminderung	227
8.2.8	Best Practice Niederlande?	227
8.3	Deutschland	234

8.3.1	Allgemeines zum deutschen Wohlfahrtsstaat	234
8.3.2	Die Entwicklung der Sicherung bei Erwerbsunfähigkeit in Deutschland unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Aspekte	235
8.3.3	Die Reform der Erwerbsminderungsrente durch das Rentenreformgesetz 1999	241
8.3.4	Renten wegen geminderter Erwerbsfähigkeit nach geltender Rechtslage	249
8.3.5	Das Rehabilitationsrecht in der Rentenversicherung	254
8.3.6	Best Practice Deutschland	257
9	Mögliche Wege einer Neugestaltung des Versicherungsfalls der geminderten Arbeitsfähigkeit	260
9.1	Grundsätzliche Überlegungen	261
9.2	Das Teilpensionsmodell	262
9.2.1	Das Arbeitszeitmodell	263
9.2.2	Das Einkommensmodell.....	264
10	Resümee	267
	Abbildungsverzeichnis:	272
	Quellenverzeichnis	274
	Abkürzungsverzeichnis	284
	Abstract	286

Vorwort

Der überwiegende Teil der Versicherten kommt mit den Leistungen der gesetzlichen Pensionsversicherung erst gegen Ende der Erwerbskarriere in Berührung, d.h. zu dem Zeitpunkt, in dem ein Versicherter eine Leistung aus dem Versicherungsfall des Alters beantragt. Die Beendigung der Erwerbstätigkeit und der Übertritt in die Pension erfolgt „im Regelfall“ bei Erreichen des 60. bzw. 65. Lebensjahres (sog. Regelpensionsalter)¹ ist vielen Versicherten aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich, krankheitsbedingte Einschränkungen der Erwerbstätigkeit sind seit jeher ein von der Pensionsversicherung getragenes Risiko. Die soziale Sicherung gegen das Risiko der Arbeitsunfähigkeit ist eine zentrale Errungenschaft auf dem Weg zu einem Sozialstaat, dessen Leistungen der sozialen Sicherheit einen Schutz vor den Wechselfällen des Lebens bietet.

Die Auswirkungen von Arbeitsunfähigkeit erstrecken sich auf viele andere Gebiete und gehen weit über das Einzelschicksal eines Versicherten hinaus, wenngleich diesem Aspekt im Rahmen dieser Arbeit maßgebliche Bedeutung zukommen soll. Aus ökonomischer Sicht stellen die Aufwendungen für Pensionen krankheitshalber mit mehr als 2 Milliarden Euro² eine substantielle Belastung für den öffentlichen Haushalt dar, auf volkswirtschaftlicher Ebene leiten sich beispielsweise innerbetriebliche Umstrukturierungsnotwendigkeiten aufgrund von Absenzen ab, aber auch Kosten für Entgeltfortzahlungen. Aus gesellschaftspolitischer Perspektive werden Fragen nach Solidarität und Gerechtigkeit aufgeworfen, die mitunter rasch den Weg für politische Diskussionen ebnen, da der „Themenkomplex Pensionen“ einen Großteil der Bürger betrifft und damit Aufmerksamkeit sichert. Schlussendlich lassen sich aus den Zahlen rund um die Arbeits(un)fähigkeit und Rehabilitation vielfach Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand der Erwerbstätigen ziehen und Handlungsansätze identifizieren.

Abseits dieser, unzweifelhaft spannenden Aspekte und vielschichten Ebenen von Arbeitsunfähigkeit, soll im Rahmen dieser Arbeit jedoch eine Problematik in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt werden, die im Leistungsrecht der Pensionsversicherung, konkret beim Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit, verwurzelt ist. Es wird sich zeigen, dass das österreichische Sozialversicherungsrecht keinen einheitlichen Begriff für

¹ Das Bundesverfassungsgesetz 1992 regelt die schrittweise Angleichung der unterschiedlichen Altersgrenzen von weiblichen und männlichen Versicherten für die Inanspruchnahme einer Alterspension. Das derzeitige Eintrittsalter von Frauen für die Gewährung einer Alterspension von 60. Jahren wird, beginnend mit 01.01.2024 (bis zum Jahr 2033 erfolgt eine Anhebung um 6 Monate pro Jahr) an jenes der Männer (65. Lebensjahr) herangeführt.

² Rechnungsabschluss der PVA 2018.

Arbeitsunfähigkeit beinhaltet und der Gesetzgeber seinem Ziel zur finanziellen Absicherung von arbeitsunfähigen Versicherten nicht unterschiedslos begegnet ist. Er hat sich dabei einer Differenzierung bedient, die den meisten Menschen aus dem Arbeitsleben und folglich aus dem Arbeitsrecht bekannt ist: die Separierung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte. Diese ist freilich historisch bedingt und durch die unterschiedliche Entwicklung und Bedeutung einzelner Berufsgruppen zu erklären, deren unabsehbare Fortschreibung in die Zukunft ist nicht nachvollziehbar. Diese Kategorisierung beschränkt sich dabei keineswegs auf den allgemeinen Sprachgebrauch in der Arbeitswelt, sie nahm Einfluss auf den Gesetzgeber, der diese Differenzierung in zahlreichen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen normativ verankert hat. Daran vermögen auch die arbeitsrechtlichen Gleichstellungsmaßnahmen der jüngeren Vergangenheit nur wenig ändern, zumal selbiges nicht auf das Sozialversicherungsrecht durchgeschlagen hat. Bisweilen existente, unterschiedliche Kündigungsfristen oder Entlassungsgründe waren (sind?) das Ergebnis eines inhomogenen Blickwinkels des Gesetzgebers auf Arbeiter und Angestellte, auch die Intensität des sozialen Schutzes im Falle von eintretenden Risiken wie Krankheit, Alter oder Arbeitsunfähigkeit entwickelte sich entsprechend dieser Trennung unterschiedlich – im Hinblick auf dessen Reichweite und Normierungsgeschwindigkeit.

Die Forderungen nach einer endgültigen gesetzlichen Gleichstellung der beiden Gruppen in Österreich existieren seit Langem und konnten bisweilen auch entsprechende Erfolge erzielt werden, von einer echten Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten kann jedoch noch nicht gesprochen werden. Österreich bildet in dieser Hinsicht das europäische Schlusslicht, in Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht³ bereits im Jahr 1982 die Verfassungswidrigkeit von längeren Kündigungsfristen für Angestellte im Vergleich zu jenen von Arbeitern aufgrund fehlender sachlicher Rechtfertigung aufgehoben.⁴ So spricht das Gesetz in den §§ 255 ff ASVG von Invalidität, wenn es sich um einen Arbeiter handelt, hingegen von Berufsunfähigkeit in § 273 ASVG, wenn es sich um einen Angestellten handelt. Vollständigkeitshalber ist die Erwerbsunfähigkeit gemäß § 133 GSVG anzuführen, wonach der (die) Versicherte, der (die) infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner (ihrer) körperlichen oder geistigen Kräfte außerstande ist, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen als erwerbsunfähig gilt. Invalidität, Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe und Verbundbegriffe, die das rechtliche mit einem außerrechtlichen Begriffsverständnis verknüpfen und auf die Expertise

³ BVerfGE vom 16.11.1982, 62,256. (im Rahmen dieser Entscheidung wurde die Unvereinbarkeit von § 622 Abs 2 S.2 BGB idF BGBl. I. 1969 mit Art 3 GG festgestellt) sowie BVerfGE vom 30.05.1990, 82,126, mit der es zur Änderung der maßgeblichen Bestimmung gekommen ist.

⁴ Mazal, Kündigungsfristen und Gleichheitssatz, *ecolx* 1990, 495.

außerjuristischer Fachdisziplinen verweist, allen voran jene der Medizin.⁵ In allen Fällen geht es letztlich darum einen Ausgleich bzw. Einkommensersatz für einen gesundheitsbedingten Entfall des Erwerbseinkommens zu leisten, der Unterschied liegt jedoch in der Vergleichsgröße, an der das Ausmaß der Herabsetzung der Arbeitsfähigkeit gemessen wird.

Die derzeitige rechtliche Ausgestaltung der Regelungen zum Berufsschutz sind in diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung. Es geht dabei um die Frage, auf welche Berufe ein Versicherter verwiesen werden kann, weil die bisherige Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeübt werden kann. Dieses abstrakte Verweisungsfeld beinhaltet jene Berufe, auf die ein Versicherter verwiesen werden kann, wobei der Umfang dieses Feldes nicht für alle Versicherten gleich ist. Während der soziale Schutz von Angestellten und Arbeitern in erlernten bzw. angelernten Berufen weitreichend ist, da das entsprechende Verweisungsfeld auf jene Berufe abzielt, die eine ähnliche Ausbildung gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie der bisherige Beruf verlangen, sieht sich der ungelernte Arbeiter mit einem Verweisungsfeld im Umfang des gesamten Arbeitsmarktes konfrontiert.

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Die österreichische Pensionsversicherung erbringt bei Verwirklichung unterschiedlicher sozialer Risiken wie Alter, Minderung der Arbeitsfähigkeit oder Tod in erster Linie Geldleistungen, die den eingetretenen Einkommensausfall ausgleichen soll. Aus dem Versicherungsfall des Alters gebührt die (vorzeitige) Alterspension, aus dem Versicherungsfall des Todes gebühren Hinterbliebenenpensionen bzw. die Abfindung, aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit (beruflichen im Folgenden: VF der geminderten AF genannt) gebühren abseits von Pensionsleistungen ggf. auch Maßnahmen der Rehabilitation.⁶

Wie eingangs bereits kurz dargestellt, ist die österreichische Pensionsversicherung berufsständisch gegliedert, neben dem für Arbeitnehmer geltenden ASVG existieren noch fünf weitere Sozialversicherungsgesetze, die an dieser Stelle zwecks Vollständigkeit angeführt, für die weitere Arbeit allerdings außerhalb des Betrachtungsfeldes bleiben: das

⁵ *Schuler-Harms*, Von der Invalidenrente zur Erwerbsminderungsrente, Zeitschrift für Sozialberatung, 21. Jg.1.

⁶ Vgl. § 222 ASVG.

Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (GSVG), das Freiberuflich Selbständigen Sozialversicherungsgesetz (FSVG), das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG), das Notarversicherungsgesetz (NVG) sowie das Allgemeine Pensionsversicherungsgesetz (APG). Materiellrechtliche Unterschiede zwischen den einzelnen Gesetzen beschränken sich auf wenige Punkte, im Wesentlichen folgen die Bestimmungen dieser Sozialversicherungsgesetze jenen des ASVG.⁷

Das ASVG regelt neben der Kranken- und Unfallversicherung auch die Pensionsversicherung – grob zusammengefasst – der im Inland unselbständig Erwerbstätigen. Innerhalb dieser „unselbständigen Pensionsversicherung“ existieren jedoch noch verschiedene Zweige: die Pensionsversicherung der Arbeiter, die Pensionsversicherung der Angestellten und die knappschaftliche Pensionsversicherung. Der Wechsel einer beruflichen Tätigkeit, die auch einen solchen der Berufsgruppe mit sich bringen kann, macht es notwendig Regelungen zu treffen, aus welchem Zeig dem Versicherten eine Leistung gebührt und welche Pensionsversicherung für den Versicherten zuständig ist. § 245 ASVG normiert, dass sich die Zugehörigkeit aus den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag ergibt. Liegen in diesem Zeitraum lediglich Versicherungsmonate, die in einem Zweig der PV erworben wurde vor, so ist er diesem leistungszugehörig, wurden Versicherungsmonate in mehreren Zweigen erworben, so gibt das mengenmäßige Überwiegen den Ausschlag. Im Falle einer identen Zahl an Versicherungsmonaten in unterschiedlichen Zweigen entscheidet der zuletzt erworbene Versicherungsmonat über die Zugehörigkeit. Aus der Zugehörigkeit eines Versicherten zu einem Zeig leitet sich dann die Zuständigkeit des jeweiligen Versicherungsträgers ab, dem das Verfahren zur Prüfung der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ebenso wie die Erbringung der Leistung obliegt. Von dieser Leistungszuständigkeit leiten sich das anwendbare Recht ab.

Studiert man das Leistungsrecht der gesetzlichen Pensionsversicherung im ASVG näher, so wird man schnell feststellen, dass der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit mit unterschiedlichen Begriffen ausgestaltet wurde. Im Falle von Arbeitern spricht das Gesetz von Invalidität, im Falle von Angestellten von Berufsunfähigkeit, im Falle von Bergleuten von Dienstunfähigkeit. Die Unterscheidungsmerkmale beschränken sich dabei allerdings nicht nur auf die Verwendung unterschiedlicher Begrifflichkeiten, sondern bilden sich auch in deren Inhalten ab. Der Gesetzgeber hat somit einen Versicherungsfall mit unterschiedlichen Bezeichnungen normiert, dessen rechtliche Ausgestaltung in Abhängigkeit von der Zugehörigkeit zu einem Zweig der Pensionsversicherung und dem Alter eines Versicherten variiert. Er ging dabei von der Auffassung aus, dass eine körperlich

⁷ Tomandl, Was Sie schon immer über die Sozialversicherung wissen wollten (2005) 9.

oder geistig bedingte Herabsetzung der Arbeitsfähigkeit unterschiedliche Auswirkungen auf einzelne Personengruppen haben kann.⁸ Handelt es sich beim Versicherten um einen erlernten oder angelernten Arbeiter, so gilt der Invaliditätsbegriff des § 255 Abs 1 ASVG: *War der Versicherte überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig, gilt er als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist.* Über die Frage, wann ein angelernter Beruf vorliegt, gibt Absatz 2 Aufschluss: *Ein angelernter Beruf im Sinne des Abs 1 liegt vor, wenn die versicherte Person eine Tätigkeit ausübt, für die es erforderlich ist, durch praktische Arbeit qualifizierte Kenntnisse oder Fähigkeiten zu erwerben, die jenen in einem erlernten Beruf gleichzuhalten sind. Eine überwiegende Tätigkeit im Sinne des Abs 1 liegt vor, wenn innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag [...] in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit nach Abs 1 oder als Angestellte/r ausgeübt wurde. Liegen zwischen dem Ende der Ausbildung (Abs 2a) und dem Stichtag weniger als 15 Jahre, so muss zumindest in der Hälfte der Kalendermonate, jedenfalls aber für zwölf Pflichtversicherungsmonate, eine Erwerbstätigkeit nach Abs 1 oder als Angestellte/r vorliegen [...].*

Gänzlich anders stellt sich die rechtliche Situation für Arbeiter dar, die keinen erlernten (angelernten) Beruf ausüben und daher im allgemeinen Sprachgebrauch als Hilfsarbeiter bezeichnet werden. Danach kommt der Invaliditätsbegriff des § 255 Abs 3 ASVG zur Anwendung: *War der Versicherte nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen im Sinne der Abs 1 und 2 tätig, gilt er als invalid, wenn er infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.* Der für die Beurteilung von Berufsunfähigkeit von Angestellten heranzuziehende § 273 ASVG entspricht inhaltlich dem Invaliditätsbegriff für Arbeiter gemäß § 255 Abs 1 ASVG.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass ein Versicherter nicht vollständig erwerbsunfähig sein muss, um den Anspruch auf eine IV- bzw. BU-Pension zu erfüllen. Wird eine solche Leistung beantragt, stellt sich die Frage ob und inwieweit ihm eine Verwertung der vorhandenen Restarbeitsfähigkeit, entweder in seinem bisherigen Beruf oder in einem anderen Beruf zugemutet werden kann. Das Konzept sieht vor, dass der berufliche Bereich,

⁸ Schrammel, Kommentar zu OLG Wien 9.4.1980, 34 R 73/80, ZAS 1981 74.

an dem die Versicherten ihre noch verbliebende Arbeitsfähigkeit messen lassen müssen ist, unterschiedlich ist. Kann diese bisherige Tätigkeit vom Versicherten nicht mehr ausgeübt werden, ist zu prüfen, ob dem Versicherten Berufsschutz zukommt. Die Intensität dieses Schutzes hängt von der Größe des Verweisungsfeldes ab, also die Summe jener Tätigkeiten, die vom Versicherten noch ausgeübt werden können.

Beschränkt auf den Kreis der unselbständig Erwerbstätigen bedeutet dies, dass ein Arbeiter in ungelernten Berufen ein Verweisungsfeld hat, welches im Wesentlichen dem gesamten Arbeitsmarkt entspricht (zu den Einschränkungen, die sich im Laufe der Jahre durch die Rechtsprechung entwickelt haben wird noch einzugehen sein). Erst wenn er nicht mehr imstande ist eine auf dem Arbeitsmarkt noch bewertete Tätigkeit zu verrichten, gebührt die Invaliditätspension. Angestellte sowie Arbeiter in erlernten und angelernten Berufen genießen Berufsschutz und sehen sich nur mehr mit einem bestimmten Ausschnitt des Arbeitsmarktes konfrontiert. Sie können nur auf jene Berufstätigkeiten verwiesen werden, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie der bislang ausgeübte Beruf verlangen. Ein noch engeres Verweisungsfeld existiert in der knappschaftlichen PV, da hier nur mehr Tätigkeiten auf dem knappschaftlichen Arbeitsmarkt in Betracht kommen.

Vergleicht man auf Basis der normativen Ausgestaltung die unterschiedliche Reichweite des sozialen Schutzes, so ist festzustellen, dass der Gesetzgeber für die Erfüllung des Leistungsanspruchs bei Angestellten und (an)gelernten Arbeitern ein geringeres Ausmaß an gesundheitlicher Einschränkung verlangt als bei ungelernten Arbeitern. Das Risiko der geminderten Arbeitsfähigkeit wird damit für einen Personenkreis, der tendenziell höhere berufliche Qualifikation vorweist und damit ein höheres Einkommen zu erzielen pflegt eher von der Solidargemeinschaft übernommen, als dies bei den gering(er) Qualifizierten der Fall ist. Legt man dieses „ungerecht“ anmutende Ergebnis auf eine Frage von verfassungsrechtlicher Relevanz um, so lautet diese: Widerspricht die derzeitige Gesetzeslage nicht dem verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitssatz gemäß Art. 7 B-VG bzw. Art. 2 StGG? Es erscheint fraglich, ob die zwischen Arbeitern und Angestellten bestehenden Unterschiede im Tatsächlichen auch eine differenzierende Regelung erfordern oder lediglich zu rechtfertigen vermögen? Oder ist der Status quo zwingend aufrecht zu erhalten, da bei Normierung eines einheitlichen Invaliditätsbegriffs – d.h. bei Zusammenschluss aller unselbständig Erwerbstätigen (nach dem ASVG) zu einer Riskengemeinschaft – eine heterogene Risikogemeinschaft entsteht, die dem gleichheitsrechtlichen Gebot nach Ungleichbehandlung⁹ nicht gerecht wird. Es ist mit

⁹ VfSlg 8217/1977, 8806/1980.

anderen Worten die Frage zu stellen, ob die Unterschiede im Tatsächlichen derart schwer wiegen, dass sie einer schematischen Gleichbehandlung entgegenstehen?

1.2 Ziel und Gegenstand der Untersuchung

Die gegenständliche Untersuchung soll ausgehend von der arbeitsrechtlichen Gliederung der Arbeitnehmerschaft und den Kriterien ihrer Zuordnung zunächst aufzeigen, ob die Berufsbilder des 21. Jahrhunderts mit diesen Kriterien noch in Einklang zu bringen sind. Die historische Entwicklung des sozialen Schutzes von Arbeitern und Angestellten wird sodann verdeutlichen, dass die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen zum VF der geminderten Arbeitsfähigkeit im Bereich der unselbständig Erwerbstätigen unmittelbar auf dieser Zuordnung fußen, wenngleich die Bezug habenden Bestimmungen eine Vielzahl von Novellen durchlaufen haben und Angleichungen erfahren haben. Im geltenden Recht ist vorrangig die Unterscheidung von Versicherten mit und ohne Berufsschutz von Bedeutung, die diesbezügliche Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten hat der Gesetzgeber im Rahmen der 9. ASVG-Novelle beseitigt. Dennoch ist die Zuerkennung einer Leistung aus dem VF nach geltender Rechtslage und damit verbunden die Intensität des sozialen Schutzes nicht ausschließlich von der Leistungsminderung aufgrund des Gesundheitszustandes der Versicherten abhängig, sondern von der Möglichkeit der Verweisung auf andere Tätigkeiten, die sich in Abhängigkeit vom rechtlichen Status des Versicherten größer oder enger gestalten. Dabei definiert sich dieser „rechtliche Status“ über den Berufsschutz, dessen Neugestaltung¹⁰, Abschaffung¹¹ und Beibehaltung¹² wiederkehrend diskutiert wird und kritisch hinterfragt wird. Die Verfasserin beschränkt sich in der Darstellung bewusst auf die Bestimmungen im ASVG, vereinzelte Bezugnahmen auf den Bereich der Selbständigen dienen lediglich der Vervollständigung des Bildes vom sozialversicherungsrechtlichen Leistungsrechts.

Das Verständnis für sozialpolitisch notwendige Reaktionen auf demografisch- und arbeitsmarktbedingte Veränderungen, die sich in den Bestimmungen zur gesetzlichen Pensionsversicherung und dort speziell im Leistungsrecht zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit widerspiegeln, setzt neben der Auseinandersetzung mit der

¹⁰ Sonntag, Zu einer möglichen Neugestaltung des Berufsschutzes – Weiterentwicklung zum Entgeltschutz, *Ecolex* 2018, 748.

¹¹ Migsch, Unterschiede und Widersprüche bei den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsfähigkeit, *DRdA* 1972, 20 28.

¹² Sonntag, Entgeltschutz statt Berufsschutz im Recht der geminderten Arbeitsfähigkeit? Schafft die Ablöse des Berufsschutzes durch einen Entgeltschutz mehr Transparenz und Gerechtigkeit? *ASoK* 2018, 442ff.

normativen Ebene aber ebenso das Aufzeigen von Fakten zu diesen Pensionen voraus. Die Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit stehen wiederkehrend im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses und des politischen Wirkens, da sich daraus Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand einer Erwerbsbevölkerung ziehen lassen und sie damit gleichermaßen Schrittmacher für gesetzgeberische Vorhaben sind. So hat der stetige Anstieg psychisch bedingter Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit, welcher zunächst vorrangig bei weiblichen Angestellten, in jüngerer Vergangenheit auch bei Arbeitern – beide Geschlechter – zu verzeichnen ist, einen wesentlichen Einfluss auf Maßnahmen im Bereich der Rehabilitation.

Das „Potenzial“ der ungelernten Arbeiter blieb lange Zeit ungenutzt, da man dieser Gruppe keinen Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation zuerkannt hat. Dem Themenkomplex „Rehabilitation“ wird in dieser Arbeit auch ausreichend Raum gewidmet, da auch hier Leistungsansprüche lange Zeit vom beruflichen Status abhängig gewesen sind und erst die jüngsten Novellen überfällige Angleichungen vorgenommen haben, wofür es jedoch eines Anstoßes seitens der Praxis bedurfte.

Die Darstellung der Novellen zum Invaliditätsrecht bildet einen wesentlichen Punkt für das Verständnis dieser komplexen Rechtslage, welche im Jahr 2014 zudem eine grundlegende Systemumstellung erfahren hat, die als Kernstück die Abschaffung der zeitlich befristeten Pension für Jahrgänge ab 1964 mit sich gebracht hat. Dabei scheint es mir nicht unwesentlich zu sein, Aspekte aus der Praxis einfließen zu lassen, da beispielsweise Daten über das Ausmaß von psychischen Erkrankungen im Bereich der Zuerkennungen von krankheitsbedingten Pensionen diverse Rückschlüsse zulassen, die ihrerseits Ausgangspunkt für Reformansätze sind. Insbesondere bei psychischen Erkrankungen schwingt in der gesellschaftspolitischen Diskussion oftmals der Vorwurf einer fehlenden Objektivierbarkeit dieses Krankheitsbildes und damit eine gewisse „Empfänglichkeit“ für missbräuchliche Inanspruchnahmen entsprechender Pensionsleistungen mit. Die nunmehr kurz angeschnittenen Kapitel zur historischen Entwicklung von Arbeitern und Angestellten mitsamt deren jeweils unterschiedlicher sozialversicherungsrechtlicher Absicherung haben einerseits das Ziel, das Verständnis für die geltende Rechtslage zu schaffen, andererseits dienen sie dazu, den Blick auf die verfassungsrechtliche Dimension der inhomogenen Rechtslandschaft zu schärfen.

Wann immer eine kritische Betrachtung eines Regelungssystems Gegenstand einer wissenschaftlichen Arbeit ist, kommt man an einem Vergleich mit den einschlägigen Bestimmungen der Rechtsordnungen anderer Länder nicht vorbei. An dieser Stelle gilt es jedoch die Erwartungshaltung an Breite und Tiefe dieser Darstellungen dahingehend zu re-dimensionieren, als nur vereinzelt Informationen über Leistungen bei Invalidität in anderen europäischen Ländern verfügbar sind. Dennoch konnte mithilfe umfangreicher Recherchen

ein Kapitel entstehen, das einen Einblick in den Umgang mit krankheitsbedingten Erwerbsaufällen in ausgewählten Ländern gibt. In vielen Ländern werden Geldleistungen anlässlich von Erwerbsminderung aus dem VF der Krankheit geleistet, teilweise kommen die Leistungen aus der zweiten Säule der Altersversorgung (d.h. aus der betrieblichen Vorsorge), aber insbesondere in Deutschland wurde mit der Rente wegen teilweise Erwerbsminderung gemäß § 43 Abs 1 SGB VI ein interessantes (?) Modell abseits des „Alles- oder Nichts Prinzips“ gewählt. Ob dieser Weg eine taugliche Alternative für den österreichischen Gesetzgeber darstellt oder doch einem System des Einkommensschutzes der Vorzug zu geben ist, soll im letzten Teil der Arbeit einer Beurteilung unterzogen werden.

1.3 Abgrenzungen

Würde man heute nach einer begrifflichen Einordnung von „Angestellten“ fragen, so lautet die Antwort darauf vermutlich oftmals „das Gegenteil von Arbeitern“. Emil Lederer¹³ spricht von einem „Nicht-Arbeiter“, wodurch gewissermaßen suggeriert wird, dass Arbeit(er) mit körperlicher Tätigkeit und Kraftanstrengung gleichgesetzt wird, hingegen „angestellt sein“ – überspitzt formuliert – die physische Präsenz in Büroräumlichkeiten bedeutet. Diese Annahmen spiegeln jedoch eine gesellschaftliche Gegebenheit wider, die wiederum das Ergebnis der Geschichtsschreibung ist. Dabei haben Tätigkeitsbereiche, Entlohnung, Arbeitsplatzsicherheit, arbeits- und sozialrechtliche Absicherung und viele weitere Parameter zu einer sozialen Schichtung und damit Differenzierung der Arbeitnehmerschaft in Arbeiter und Angestellte geführt, die bis heute ihre Gültigkeit hat.

Der Versuch die arbeits- und sozialrechtlichen Unterschiede zu überwinden um eine homogene Rechtslandschaft in den Bereichen der Entgeltfortzahlung, der Kündigungsfristen oder den Voraussetzungen für die Erlangung des Berufsschutzes zu schaffen, ist in weiten Teilen, nach zahlreichen Anläufen trotz Widerständen geglückt. Aber eben im Sozialversicherungsrecht gibt es dieses „gallische Dorf“, in dem Angestellte und Arbeiter jeweils für sich in unterschiedlichen Rechtspositionen leben. Insofern ist es wenig verwunderlich, dass auch im Sprachgebrauch nicht durchgängig von ArbeitnehmerInnen gesprochen wird. Die Arbeitswelt respektive das Arbeitsrecht kennt weiterhin Angestellte und Arbeiter, wenngleich weitestgehend angeglichen, die Gruppenbildung wirkt aber in der Betriebsverfassung und der Berufsverfassung weiter.¹⁴ Die Gründe für das bisherige Scheitern eines „einheitlichen Arbeitnehmerbegriffes“ und der Neukodifikation des

¹³ Für eine detaillierte soziologische Analyse des Angestellten siehe: Lederer, Die Privatangestellten in der modernen Wirtschaftsentwicklung (1912).

¹⁴ Löschnig in Löschnig (Hrsg), Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 4/061.

Arbeitsrechts¹⁵ können hier aufgrund ihrer Vielschichtigkeit¹⁶ nicht erörtert werden, eine Abkehr von der Unterscheidung im Sozialversicherungsrecht scheint jedoch nicht nur sinnvoll, sondern aus verfassungsrechtlicher Sicht sogar geboten. Der im ASVG normierte Begriff „Dienstnehmer“ (vgl. § 4 Abs 2) ist im Hinblick auf die bisherige Separierung ein Meilenstein terminologischer Natur, in materiell rechtlicher Hinsicht entpuppt sich dieser jedoch als trügerisch, da das Sozialversicherungsrecht gerade nicht von einem einheitlichen Leistungsrecht für alle Versicherten gekennzeichnet ist.

Das Risiko der Arbeitsunfähigkeit, d.h. das Risiko, die eigene Arbeitskraft aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr dauerhaft für Erwerbsarbeit einsetzen zu können, ist gegen drei „verwandte Erwerbsrisiken“ abzugrenzen: jenes der Krankheit, der Arbeitslosigkeit und des Alters. Die wesentliche Unterscheidung von Arbeitsunfähigkeit und Krankheit liegt in der Dauer der Auswirkungen von gesundheitlichen Leistungseinschränkungen. Während dies bei einer Krankheit vorübergehend der Fall ist, ist Arbeitsunfähigkeit oftmals dauerhaft bzw. zumindest 6 Monate vorliegend. Die Leistungen aus dem Versicherungsfall der Krankheit werden durch die Österreichische Gesundheitskasse erbracht, jene aus dem Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit vom zuständigen Pensionsversicherungsträger. Dank des medizinischen Fortschritts, aber auch durch Arbeits(platz)gestaltung und den Wechsel auf andere Arbeitsplätze, lässt sich die Dauerhaftigkeit der erwerbsrelevanten gesundheitlichen Einschränkungen nicht ein für alle Mal festlegen. Ähnlich verhält es sich mit dem Risiko der Arbeitslosigkeit: Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen sind von ungünstigen Arbeitsmarktgegebenheiten besonders betroffen, erschwert durch den Umstand, dass derartige Einschränkungen zumeist im fortgeschrittenen Erwerbsalter auftreten und damit in zweifacher Hinsicht „vorbelastet“ sind in ihrer Arbeitsplatzsuche. Das Zusammenspiel der drei Risiken Krankheit, Arbeitsunfähigkeit und Arbeitslosigkeit wird für Versicherte nicht selten – unter Umständen auch in genau dieser zeitlichen Abfolge – sichtbar und offenbart dabei neben unterschiedlichen rechtlichen Regelungen auch Defizite bei binnenorganisatorischen und professionsbezogene Abstimmungsprozessen (Berufskunde und Medizin). Die isolierte Betrachtungsweise aufgrund fiskalischer Interessen von Sozialversicherungsträgern (im weitesten Sinn, d.h. inklusive des AMS) lässt erahnen, dass daraus Chancenunterschiede für Antragsteller und Steuerungsmöglichkeiten für Träger resultieren. Der Gesetzgeber hat dieses Defizit bei Normierung der Härtefallregelung aufgegriffen, indem er das Risiko der

¹⁵ Rauch, Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff – Anmerkungen zu den im Regierungsprogramm vorgesehenen „Schaffung eines modernen einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs“ ASoK (2007) 268.

¹⁶ Maza, Arbeitsrechtliche Aspekte im aktuellen Regierungsprogramm. Unbestimmtheit als Indiz für Dissens oder als Chance für Neues? *ecolex* 2020, 269.

Arbeitslosigkeit (für bestimmte Personengruppen) auch in den Bereich der Pensionsversicherung übertragen hat.¹⁷ Dazu ist anzumerken, dass dies nicht ganz unlogisch ist, da damit berücksichtigt wird, dass die Nichtvermittelbarkeit auch durch die in den Risikobereich der Pensionsversicherung fallende geminderte Arbeitsfähigkeit des Versicherten mitbedingt sein kann – es handelt sich um ein gemischtes Risiko für Arbeitslosen- und Pensionsversicherung.

2 Begriffsklärungen

Es wurde bereits in der Einleitung kurz angeschnitten, dass sich auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eine Gliederung der Arbeitnehmer in Angestellte und Arbeiter ebenso wie im Sozialversicherungsrecht feststellen lässt. Während es auf dem Gebiet des Arbeitsrechts jedoch nach und nach Angleichungsbemühungen mit entsprechender Normsetzung gibt, sind derartige Bestrebungen im Sozialversicherungsrecht unterschwellig wahrnehmbar.

Nachdem die Zuordnung zu einer der beiden Gruppen nicht nur einer Qualifizierung nach dem gesellschaftlichem, sondern auch nach dem rechtlichen Status dieser Person gleichkommt, stellt sich zunächst die Frage, welche Kriterien für diese Zuordnung von Relevanz sind. Der Angestelltenbegriff bzw. dessen Inhalt lässt sich am einfachsten anhand der Legaldefinitionen in § 1 AngG¹⁸ erfassen. Gemäß § 1 AngG gilt dieses Bundesgesetz für das Dienstverhältnis von Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung *kaufmännischer* (Handlungsgehilfen) oder *höherer, nicht kaufmännischer Dienste* oder zu *Kanzleiarbeiten* angestellt sind. Das Angestelltengesetz wahrte die begriffliche Kontinuität zu seinem Vorgänger, dem Handlungsgehilfengesetz¹⁹, eine Ausdehnung des Geltungsbereiches wurde insofern angestrebt, als neben den kaufmännischen Diensten auch die sog Kanzleiarbeiten die Angestellteigenschaft begründen sollten. Das AngG ist im Verhältnis zum Handlungsgehilfengesetz in seinem Geltungsbereich auch dadurch weiter gefasst, als mehr Arbeitgeber einbezogen wurden. Mit dem UGB wurde sodann der Begriff des Kaufmanns durch jenen des Unternehmers ersetzt, gemäß § 1 UGB ist Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt, d.h. eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, auch wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist. Ob ein Versicherter als Arbeiter oder Angestellter gilt, ist nach

¹⁷ Näheres siehe unten zu § 255 Abs 3a ASVG.

¹⁸ Das AngG trat am 1. 7. 1921 in Kraft und löste das HandlungsgehilfenG 1910 ab. Das AngG stellt eine wesentliche Erweiterung und Verbesserung des HandlungsgehilfenG dar

¹⁹ RGBI 1910/20.

ständiger Rsp²⁰ nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen und richtet sich nach der Art der Tätigkeit, die vom Versicherten tatsächlich ausgeübt wurde. Im Umkehrschluss ergibt sich somit die Arbeitereigenschaft, die im österreichischen Arbeitsrecht als sogenannte „Restgröße“ erfasst wird: folglich sind alle Arbeitnehmer, deren vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht in der Verrichtung kaufmännischer, höherer nicht kaufmännischer oder Kanzleiarbeiten gerichtet ist, als Arbeiter zu qualifizieren. Dass die Abgrenzung zwischen den einzelnen Tätigkeiten im Bereich der Angestellten, aber auch zu jenen eines Arbeiters nicht immer einfach ist und es Aufgabe der Gerichte ist, eine Zuordnung in Zweifelsfällen aufgrund der konkreten Umstände zu finden, untermauert die Frage, weshalb man hierzulande an dieser Differenzierung festhält? Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese – mittlerweile in Europa einzigartige – Differenzierung noch aufrechterhalten werden soll, wo zudem die Angleichungsbemühungen bzw. Maßnahmen offenkundig vom Kommittent zu einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff getragen sind.

Ein Blick in die Historie macht deutlich, dass die sich im Beamtentum widerspiegelnde Vertrauensposition bestimmter Dienstnehmer zu Privilegien derselben geführt hat, die sich mit dem besonderen Aufgabengebiet begründen ließen. Die Verrichtung spezieller Tätigkeiten in Zeiten des aufblühenden Handels hat Beamten bzw. den von ihnen oftmals eingesetzten nachgeordneten „Gehilfen“ eine nahezu unentbehrliche Stellung für einen Unternehmer zukommen lassen. Daraus lässt sich erkennen, dass sich die Angestellteneigenschaft unmittelbar aufgrund der Tätigkeit ableiten ließ, die klar von anderen, manuellen Tätigkeiten abgrenzbar war. Die Anforderungen der Berufswelt im 21. Jahrhundert lassen eine klare Trennlinie, die in der ausgeführten Tätigkeit begründet sind, hingegen nicht mehr erkennen.

2.1 Delegationstheorie

Eine gesamtgesellschaftliche Einordnung von Angestellten bedingt eine soziologische Betrachtung des Angestelltenbegriffes. Dabei rücken zwei Theorien bzw. Ansätze in den Mittelpunkt der Betrachtung, die Erklärungsansätze für das „Phänomen“ dieser sozialen Schichtung zu liefern vermögen.

Nach der von *Fritz Croner*²¹ entwickelten „Delegationstheorie“ bestimmt sich die „Klasse“ der Angestellten nach der ausgeübten Funktion. Demnach sieht er arbeitsleitende Funktion,

²⁰ OGH am 16.06.2008, 8ObA39/08f, RS0028066.

²¹ *Croner*, Die Angestellten in der modernen Gesellschaft. Eine sozialhistorische und soziologische Studie (1954) 30f.

konstruktive (gestaltende) bzw. analysierende Funktion, die verwaltende Funktion und die merkantile Funktion als jene vier Arbeitnehmerfunktionen an, die als „Angestelltenarbeit“ zu sehen sind. Dabei handelt es sich nach Ansicht *Croners* um an die Angestellten delegierten Teilfunktionen der ursprünglich allumfassenden Unternehmerfunktion, die ihn zur besonderen Stellung der Angestellten kommen lässt.²² Zu Recht wird *Croners* Theorie u.a. dahingehend kritisiert, als in der Tätigkeit der weisungsgebundenen Schreibkraft gleichermaßen eine delegierte Unternehmensfunktion zu sehen ist, wie in jener eines Facharbeiters im gleichen Betrieb.

2.2 Tätigkeitsmerkmale „Produktion versus Verwaltung“

Dieser berufssoziologischen Betrachtung der Angestellten folgend, lassen sich die Hauptarbeitsgebiete, in denen Angestellte Tätigkeit sind gliedern nach: Handel/ Verkehr, Bank- und Versicherungswesen sowie kaufmännische und technische Tätigkeiten in Gewerbe und Industrie. Ihnen ist gemeinsam, dass die in diesen Bereichen tätigen Angestellten nicht direkt am Produktionsprozess beteiligt sind. Wesentlich für die Abgrenzung zur Arbeiterschaft ist dabei der Umstand, dass Angestellte immer Dienstleistungsarbeit leisten, wobei ein Umkehrschluss – jeder der Dienstleistungen verrichtet oder anbietet sei Angestellter – unzulässig ist, da diese auch von Selbständigen und Beamten ausgeführt werden können.²³ Im Ergebnis spiegelt mE auch diese Theorie das Bild des „kopflastigen Angestellten“ versus den „körperlich tätigen Arbeiter“ wider, was angesichts der bereits angesprochenen Veränderungen im Bereich von Arbeitsstrukturen und Tätigkeitsprofilen nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.

2.3 Angestelltentätigkeiten

Wie *Drs*²⁴ im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Prüfung arbeitsrechtlicher Unterscheidungen von Arbeitern und Angestellten anschaulich darstellt, ist eine Zuordnung anhand der verrichteten Tätigkeiten zur Gruppe der „kopfarbeitenden“ Angestellten und „manuell-tätigen“ Arbeitern nahezu unmöglich geworden. So ist beispielsweise die Verrichtung einfacher Schreibtätigkeiten als Angestelltentätigkeit zu werten, der Zusammenbau von Fahrzeugkomponenten in einem Produktionsbetrieb hingegen eine

²² *Peissl*, Angestellte 32.

²³ *Ebenda*, 36.

²⁴ *Drs*, Arbeiter und Angestellte: verfassungsrechtliche Aspekte arbeitsrechtlicher Ungleichbehandlung (1999) 40.

Arbeitertätigkeit. Die Tätigkeit eines Werkstättenleiters ist ein höherer nicht kaufmännischer Dienst und damit eine Angestelltentätigkeit, die aus der damit verbundenen größeren Selbständigkeit und Denkfähigkeit, höherer Intelligenz, Genauigkeit und Verlässlichkeit sowie der Fähigkeit zur Beurteilung der Arbeiten anderer, und der Aufsichts- und Leitungsfunktion resultiert. Ohne diese Aufsichts- und Leitungsfunktion wäre das Tätigkeitsbild auf die Ausführung rein mechanischer Arbeiten beschränkt und damit wohl als Arbeitertätigkeit zu qualifizieren. Angestellte werden häufig als geistig tätige Arbeitnehmer qualifiziert, denen eine gewisse Unternehmensfunktion delegiert wird.

Die Angestellteneigenschaft hängt maßgeblich von der Art der tatsächlich ausgeführten bzw. vereinbarten Tätigkeit ab, aus einem Titel oder der Bezeichnung des Dienstnehmers im Betrieb kann kein Hinweis für Angestelltentätigkeiten abgeleitet werden. Im Sozialversicherungsrecht sind die vom Versicherten konkret ausgeübten Tätigkeiten Grundlage für die Zuordnung zum richtigen Versicherungszweig und damit dem anwendbaren Recht. Die Judikatur hat sich in zahlreichen Entscheidungen mit den in § 1 AngG normierten, die Angestellteneigenschaft begründenden Tätigkeiten auseinandergesetzt, was in der Praxis jedoch häufig Abgrenzungsfragen aufwirft, zumal die Entscheidungen vielfach nicht stringent sind.²⁵ Zudem haben sich auch innerhalb der Gruppe der Angestellten entsprechend des Aufgabengebiets „hierarchische Strukturen“ entwickelt, die im „unteren Segment“ der Anforderungen überwiegend einfache schematische oder mechanische Tätigkeiten vorsehen (z.B.: Kassiertätigkeiten im Supermarkt).

Demgegenüber haben Arbeiter oftmals sehr spezielle Kenntnisse und Verantwortung vorzuweisen, die jedenfalls mit Angestellten im höheren, nicht kaufmännischen Dienst gleichzusetzen sind. Die vielfach komplexen Anforderungen in der heutigen Berufswelt, die sich nahezu weitgehend technologisiert darstellt, erlauben mE immer weniger eine eindeutige Zuordnung, umso weniger, als damit – trotz Abbau wesentlicher Unterschiede – nach wie vor rechtliche oder finanzielle Auswirkungen damit verbunden sind. Schließlich darf auf das nunmehr umgekehrte Bild der ursprünglich aus der Sonderfunktion resultierenden, geringen Zahl von Angestellten und der ungleich größeren Gruppe der Arbeiter verwiesen werden. Im Jahr 2010 standen 1.852,9 Mio. Angestellte die Zahl von 1.040,3 Arbeitern gegenüber, was vorrangig auf das Merkmal Österreichs eine Dienstleistungsgesellschaft zu sein, zurückzuführen ist.

²⁵ Löschnigg, Begriff „kaufmännische Dienste“, DRdA 1984, 43.

2.3.1 Kaufmännische Dienste²⁶

Zu den kaufmännischen Diensten zählen alle Dienstleistungen, die ihrer Art nach zu den typischen Tätigkeiten eines Kaufmanns gehören und für die Führung des Betriebs eine bestimmte, nicht bloß untergeordnete Bedeutung haben (Handlungsgehilfen). Es genügt, wenn es sich um einen bloßen Ausschnitt aus dem typischen Tätigkeitsbereich eines Kaufmannes handelt, ohne dass hierbei ein allzu strenger Maßstab angelegt werden darf, wobei das Vorliegen typischer kaufmännischer Merkmale Grundvoraussetzung ist.²⁷

Hinsichtlich der Grenzziehung zwischen kaufmännischen Diensten und untergeordneten Verrichtungen ist zu beachten, dass dem Begriff der kaufmännischen Dienste solche Dienstleistungen zu unterstellen sind, die kaufmännische Ausbildung und Geschicklichkeit verlangen, während den untergeordneten Verrichtungen alle Dienste rein mechanischer Natur zuzuzählen sind, die keine besondere Ausbildung erfordern und so einfach sind, dass sie von jedem normalen Menschen mit gewöhnlicher Durchschnittsbildung erfüllt werden können. Werden Misch Tätigkeiten verrichtet, dann entscheidet im Allgemeinen das zeitliche Überwiegen. Wenn jedoch die höher qualifizierte Tätigkeit für den Arbeitgeber die ausschlaggebende Bedeutung hat, ist – unabhängig vom zeitlichen Ausmaß der qualifizierten Tätigkeit – dieser Umstand maßgeblich.²⁸ Zu den kaufmännischen Diensten zählen Tätigkeiten, die mit dem Ein- und Verkauf zusammenhängen, die eine Anpassung des Arbeitnehmers an eine konkrete Marktsituation zur Hebung des Umsatzes erfordern. Darunterfallen: Kundenberatungstätigkeiten, Preiskalkulatorische Tätigkeiten, Lagerhaltung und Einkauf, Marketing sowie die eigentliche Verkaufstätigkeit. Auch leitende Tätigkeiten, wie beispielweise kaufmännische Geschäftsführer einer Gesellschaft mbH sind Angestellten iS § 1 Abs 1 leg.cit. Zusätzlich fallen Personen, die verwaltungsorientierte Tätigkeiten ausüben unter die kaufmännischen Dienste (z.B.: Buchhaltung, Geldgebarung, Warenüberprüfung sowie EDV-Arbeiten).

Hingegen gelten Personen, die vorwiegend untergeordnete Verrichtungen erbringen, nicht als Handlungsgehilfen gemäß § 1 Abs 2 AngG. Diese Tätigkeiten kennzeichnet, dass sie so einfach und anspruchslos sind, dass sie von jedem Arbeitnehmer mit Durchschnittsbildung, nach kurzer Einschulung ohne Weiteres erbracht werden können. Folglich fallen nicht alle Dienste, die von einem Kaufmann geleistet werden und die zum Betrieb seines Handelsgewerbes erforderlich sind, unter den Begriff der kaufmännischen

²⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) 4/070.

²⁷ RS0028079.

²⁸ OGH am 25.09.2014, 9ObA74/14v.

Dienste und werden auch nicht zu diesen bloß deshalb, weil sie bei einem Kaufmann in dessen Geschäftsbetrieb verrichtet werden.²⁹

Die Judikatur ist bei der Beurteilung der Frage, wann eine Verkaufstätigkeit eine kaufmännische und damit Angestellteneigenschaft begründend ist, nicht eindeutig, der Rechtsprechung ließ nach dem Inkrafttreten des Angestelltengesetzes keine einheitlichen Richtlinien hinsichtlich der Verkaufstätigkeiten entnehmen.³⁰ Bejaht wurde die Angestellteneigenschaft, wenn die Verkaufstätigkeit im Vordergrund steht – zumindest nach der Judikatur zum Handlungsgehilfengesetz – ohne dass es zusätzlicher Elemente aus anderen Tätigkeitsbereichen bedurfte. So manche untergerichtliche Entscheidung forderte hingegen in Ergänzung zur Verkaufstätigkeit noch besondere Qualifikationen für die Angestellteneigenschaft: Ausbildung, besondere Geschicklichkeit, eigenständige Preisberechnung, Kassaführung oder Kundenberatung. Die Auslegung des Begriffs „kaufmännische Dienste“ führte beim OGH dazu, dass sich die Divergenzen der Unterinstanzen in seiner Judikatur fortsetzen und mit gewissen „Spitzfindigkeiten“ behaftet ist. Wenngleich die Beispiele aus der Judikatur schön weit zurückliegen, so verdeutlichen sie das Dilemma der Gegenwart all zu gut.

Die Zuordnung zum Zweig der Angestellten bedarf detaillierter Kenntnisse über die konkreten Tätigkeiten eines Versicherten, da auch der OGH tendenziell die „bloße Verkaufstätigkeit“ als Arbeitertätigkeit wertet und erst das Hinzutreten umfassender Beratungstätigkeit oder Buchführung die Qualifikation als Angestellter bewirken. So sah er die Verkäuferin in einem kleinen Fleischhauereibetrieb nicht als Angestellte, obwohl sie zwar die Kasse abrechnete und daraus kleinere Rechnungen bezahlt.³¹ Als kaufmännische Tätigkeit wertete er hingegen wiederholt den Verkauf von Kinokarten, da hier nicht ausschließlich mechanische Arbeit vorliege, sondern bedeutende Determinanten vorliegen würden, wie Gewandtheit und Geschicklichkeit im Umgang mit den Kunden und im Hinblick auf die Abrechnung von Kinokarten. Von wesentlicher Bedeutung sei jedoch der Einfluss auf den kaufmännischen Erfolg des Kinounternehmens aufgrund der Zuverlässigkeit der erteilten Auskünfte und der Beratungstätigkeit. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beratungstätigkeit im Fleischhauereibetrieb nicht ebenso von entscheidender Bedeutung für den Erfolg des Unternehmens sein soll, gerade hier ist die individuelle Beratung und Kundenwünsche der Grund, weshalb Konsumenten die Ware nicht im Supermarkt beziehen. Hingegen erfolgt heutzutage der Erwerb von Kinokarten in erster Linie über das

²⁹ Drs in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 1 AngG Rz 19.

³⁰ Löschnigg, Begriff „kaufmännische Dienste“, DRdA 1984, 43 mwN.

³¹ OGH am 21.9.1954, Arb 6065.

Internet und bedarf es keinerlei Beratung und beschränkt sich die Tätigkeit der Verkäuferin auf die Aushändigung von Tickets und die Verrechnung dieser.

2.3.2 Höhere, nicht kaufmännische Dienste

Grundlage der Beurteilung, ob höhere, nicht kaufmännische Tätigkeiten iSd § 1 Abs 1 AngG verrichtet werden, bilden Tatsachenfeststellungen über die Art der konkret ausgeübten Tätigkeit, deren Inhalt und den Umfang der verlangten Kenntnisse und Fähigkeiten.³² Für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei einer Tätigkeit um eine höhere, nicht kaufmännische handelt, wurden seitens Lehre und Judikatur verschiedene Kriterien herausgearbeitet, die für das Vorliegen einer solchen Tätigkeit sprechen, wenngleich ihnen Indizwirkung zukommt. So werden eine größere Selbständigkeit und Denkfähigkeit, höhere Intelligenz, Genauigkeit und Verlässlichkeit sowie die Fähigkeit der Beurteilung der Arbeiten anderer (Aufsichtsbefugnis) sowie überwiegend nichtmanuelle Arbeiten und gewisse Einsicht in den Produktionsprozess (Arbeitsablauf) gefordert, wobei diese Kriterien keineswegs zur Gänze im Einzelfall vorliegen müssen.³³

Der Maßstab für die Qualifikation als höhere Dienst liegt nicht in der Befähigung des Dienstnehmers, sondern in der Art der Dienstleistung.³⁴ Danach kommt als höhere Dienstleistung jede Arbeit in Betracht, die zwar keinen bestimmten Studiengang voraussetzt, aber doch in der Richtung der Betätigung entsprechende Vorkenntnisse und Schulung, Vertrautheit mit den Arbeitsaufgaben und eine gewisse fachliche Durchdringung derselben verlangt. Diese Tätigkeit ist also keine ausschließlich mechanische und kann auch nicht von einer zufälligen Ersatzkraft geleistet werden, manuelle Arbeiten sind keine „höheren“ Dienste.³⁵ Eine Tätigkeit lässt sich nur dann als eine höhere, nicht kaufmännische einordnen, wenn sie wesentlich über den Durchschnitt einer Arbeiter- oder gar Hilfsarbeitertätigkeit hinausgeht. Auch wenn keine allzu hohen Anforderungen an den Begriff „höhere Dienste“ gestellt werden, so muss zu den im Rahmen der Berufsausbildung erworbenen Fähigkeiten und Kenntnissen ein gewisses Maß an Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit hinzutreten. Erst mit diesen zusätzlichen Kriterien vermag die Abgrenzung zum (Fach)arbeiter zu gelingen, andernfalls wird ein Arbeitnehmer der Gruppe der Arbeiter zugeordnet.³⁶ So sah das OLG Wien einen Zahntechniker, dessen Tätigkeit zu

³² OGH am 4.10.2011, 10ObS53/11h.

³³ RS0027992

³⁴ *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht (Losebl), 142. Erg.-Lfg, Entscheidungen E zu § 1 AngG, 1197ff.

³⁵ OGH am 29.03.1995, 9ObA17/95.

³⁶ *Drs*, Arbeiter und Angestellte 44.

drei Vierteln aus manuellen/handwerklichen Arbeitsvorgängen bestand, als Arbeiter.³⁷ Werden Tätigkeiten verrichtet, die sich sowohl als höhere Dienste und nicht höhere Dienste beurteilen lassen, dann entscheidet im Allgemeinen das zeitliche Überwiegen. Haben jedoch die höher qualifizierten Tätigkeiten für den Arbeitgeber die ausschlaggebende Bedeutung, dann kommt es nicht auf das zeitliche Überwiegen an.³⁸ In folgenden Fällen (*Anm.: wird anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt*) wurde seitens des OGH das Vorliegen eines höheren, nicht kaufmännischen Dienstes bejaht: Fahrlehrer³⁹, Werkstättenleiter⁴⁰, Nachrichtensprecher/ Redakteur⁴¹, DJ⁴², Croupier⁴³, ein Zirkusartist⁴⁴, die Ordinationsgehilfin⁴⁵ eines Arztes, sofern sie nicht bei jedem Arbeitsschritt angeleitet und überwacht werden muss. Nach Ansicht des LG Innsbruck ist die Tätigkeit eines Rettungsdienstleiters ein höherer, nicht kaufmännischer Dienst, im Gegensatz dazu ist die Tätigkeit eines Sanitäters als Arbeitertätigkeit⁴⁶ zu qualifizieren.⁴⁷ Weiters leisten typischerweise Akademiker, wie Konzipienten, Turnusärzte oder Apothekenaspiranten sowie Rezeptionisten, Hortbetreuerinnen und Orchestermusiker höhere Dienste.⁴⁸

2.3.3 Kanzleiarbeiten

Als Kanzleiarbeiten gelten jene Schreibarbeiten, mit der eine gewisse – wenn auch nicht weitgehend – geistige Tätigkeit verbunden ist, d.h. eine über das bloße Abschreiben hinausgehende Tätigkeit. Sie erfordert ein gewisses Maß von Vorkenntnissen und eine gewisse Höhe der Arbeitsleistungen.⁴⁹ Abseits davon gibt es jedoch auch Kanzleiarbeiten, die in erster Linie administrativer Natur sind und nur in geringem Ausmaß als Schreibarbeiten zu bezeichnen sind, diese Ausprägung ändert aber nichts an der

³⁷ OLG Wien 27.7.2005, 10Ra48/05k.

³⁸ OGH am 25.2.1992, 10ObS32/92.

³⁹ OGH am 23.06.1998, 10ObS211/98x.

⁴⁰ OGH am 18.09.1990, 10ObS241/90.

⁴¹ OGH am 19.05.1981, 4Ob104/80.

⁴² OGH am 23.09.1975, 4Ob33/75.

⁴³ OGH am 01.06.2010, 10ObS2/10g.

⁴⁴ ArbG Innsbruck 28.02.1957, Arb 6607.

⁴⁵ LGZ Wien am 04.07.1924, Arb 3428; LGZ Wien 28.02.1929, ArbW 1929, 373.

⁴⁶ LG Innsbruck 07.09.2004, 46 Cga 68/04g.

⁴⁷ Zur Dreiteilung der Gesundheitsberufe anlässlich der GuKG-Novelle 2016 siehe Punkt 7.5.1.2.2.

⁴⁸ Drs in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 1 AngG Rz 25.

⁴⁹ GewG Leoben am 29.12.1925, Arb 3514.

grundsätzlichen Einordnung, da das AngG bei Kanzleiarbeiten keinen Unterschied dahingehend trifft, ob diese Arbeiten als höhere oder niedere Tätigkeiten zu bewerten sind.⁵⁰ Es ist ausreichend, dass es sich um die vorwiegende Beschäftigung mit Kanzleiarbeit handelt, mag sie auch von untergeordneter Bedeutung sein⁵¹, allerdings werden untergeordnete Verrichtungen und Dienste rein mechanischer Art sowie manuelle Tätigkeiten, die von jedermann mit Pflichtschulkenntnissen geleistet werden können, ausgeschlossen.⁵² Als Beispiele für Kanzleiarbeit sind auszugsweise zu nennen: Registrartätigkeiten⁵³, die Ausfertigung von Polizzen⁵⁴, das Abschreiben des wesentlichen Inhalts aus Akten, hauptsächlich über Verkehrsunfälle, Anfertigung von Kopien allfälliger Skizzen⁵⁵, ein Tankwart mit kontrollierender, karteiführender und einfacher rechnerischer Tätigkeit übt Kanzleitätigkeit aus⁵⁶. In seiner Entscheidung vom 24.10.1989 beurteilte der OGH die Beschäftigung als Bürohausportier oder Bürodieners als eine Arbeitertätigkeit und nicht als Kanzleiarbeit iS § 1 AngG⁵⁷, hingegen wurde seitens des erkennenden Senats in der Entscheidung SSV-NF 2/57 für einen Angestellten die Tätigkeit des Büroboten als zumutbar angesehen.⁵⁸

2.4 Arbeiter

Arbeiter werden vom österreichischen Arbeitsrecht lediglich als "Restgröße" erfasst, folglich gelten alle Arbeitnehmer, die vertragsgemäß weder kaufmännische, noch höhere nichtkaufmännische, noch Kanzleidienste zu leisten haben, als Arbeiter. Grundsätzlich steht bei ihnen die Erbringung manueller Tätigkeiten im Vordergrund, doch zählen dazu auch qualifizierte Facharbeiter mit hohem Ausbildungsniveau.⁵⁹ Dieser Aspekt gerät oftmals in Vergessenheit, wenn in gewisser Weise „despektierlich“ von Arbeitern

⁵⁰ OGH am 11.01.1955, 4Ob166/54.

⁵¹ *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht (Losebl), 142. Erg.-Lfg, Entscheidungen E zu § 1 AngG, 1214.

⁵² *Drs in Neumayr/Reissner (Hrsg)*, ZellKomm3 (2018) § 1 AngG Rz 28.

⁵³ OGH am 12.01.2000, 9ObA259/99z

⁵⁴ LGZ Wien 07.04.1936, JBl 1936, 412.

⁵⁵ OGH am 15.12.1959, Arb 7159.

⁵⁶ OGH am 14.11.1972, 4Ob84/72.

⁵⁷ OGH am 24.10.1989, 10ObS193/89.

⁵⁸ Zur Frage der Verweisungsmöglichkeiten siehe: Kapitel 5.2.

⁵⁹ *Drs*, Arbeiter und Angestellte 46.

gesprochen wird und damit ein gesellschaftspolitisches Bild zutage tritt, dass sich in der Sozialpolitik fortschreibt.

2.4.1 Facharbeiter

Beim Facharbeiterbegriff handelt es sich um eine Person, die gemäß § 21 Abs 3 BAG eine Lehrabschlussprüfung (LAP) erfolgreich abgelegt hat und berechtigt ist, sich als Facharbeiter oder Geselle oder mit der Berufsbezeichnung des Lehrberufs zu bezeichnen. Obwohl das Arbeitsrecht keine gesetzlichen Sonderbestimmungen für Facharbeiter kennt, gibt es Rechtsgebiete (wie das Sozialversicherungsrecht) oder Bereiche (z.B.: Entgeltanspruch gemäß KV), die eine solche Unterscheidung vornehmen. Wenn ein KV zwischen Facharbeitern und anderen Gruppen von Arbeitern (z.B.: angelernte Arbeiter oder Hilfsarbeiter) unterscheidet, ist nur derjenige als Facharbeiter zu qualifizieren, der eine entsprechende Lehrabschlussprüfung erfolgreich abgelegt hat.

Bei einer Berufsausbildung, die im Ausland absolviert wurde, kann auf Antrag die fachliche Gleichwertigkeit mit einer inländischen Lehrabschlussprüfung begehrt werden (beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend).⁶⁰ Es ist jedoch kein Hemmnis, dass Personen ohne Lehrabschlussprüfung, Anspruch auf den Lohn eines Facharbeiters haben können, wenn (solange) sie eine dem Lehrberuf entsprechende Tätigkeit ausüben.⁶¹ Zur richtigen Einordnung bedarf es jedenfalls einer genauen Betrachtung des Wortlauts des jeweiligen Kollektivvertrages, wobei die Auslegung normativer Bestimmungen eines Kollektivvertrags objektiv nach den Regeln der §§ 6 und 7 ABGB zu erfolgen hat. So trifft beispielsweise die Lohnordnung des KV für das Bauhilfsgewerbe eine Unterscheidung in Facharbeiter mit LAP und Facharbeiter ohne LAP, woraus sich unterschiedliche Einstufungen im Lohn ergeben. Im Allgemeinen ist für die Einstufungsmodelle der Kollektivverträge die Tätigkeit eines Arbeitnehmers zentral, weil aus ihr die Wertschöpfung für den Arbeitgeber folgt und darin seine eigentliche Motivation für den Beginn des Arbeitsverhältnisses gelegen ist. Für die Einstufung kommt es daher in der Regel auf die Tätigkeitsmerkmale, auf den Inhalt der Arbeit und auf die tatsächlich vorwiegend ausgeübte Tätigkeit an, da davon auszugehen ist, dass die Kollektivvertragsparteien durch die erhöhten Stundensätze die Erschwernisse, die mit bestimmten Arbeiten, etwa im Hinblick

⁶⁰ Wiesinger, Der Facharbeiterbegriff im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, ARD 6710/5/2020.

⁶¹ VwGH am 21.11.2013, 2012/11/0178.

auf Konzentration und Ausführungsgenauigkeit verbunden sind, honorieren wollten und nicht eine bestimmte Qualifikation.⁶²

2.4.2 Ungelernte Arbeiter

Arbeiter ohne abgeschlossene Berufsausbildung werden im allgemeinen Sprachgebrauch als Hilfsarbeiter bezeichnet, womit das Kernstück ihrer Tätigkeit bereits hinreichend zum Ausdruck gebracht wird. Hilfsarbeiter verrichten Tätigkeiten, die einer dem Geschäftszweck dienenden Aufgabe zu- oder untergeordnet sind, deren Ausübung aber keiner besonderen Schulung oder gar Ausbildung bedarf.

Eine gesetzliche Definition findet sich in § 73 Abs 1 GewO 1859⁶³, der als Hilfsarbeiter [...] alle Arbeitspersonen ansieht, welche bei Gewerbeunternehmungen in regelmäßiger Beschäftigung stehen, ohne Unterschied des Alters und des Geschlechts. Lit. a leg cit. nennt Gehilfen (Handlungsgehilfen, Gesellen, Kellner, Kutscher bei Fuhrgewerben u dgl.); lit. b Fabriksarbeiter, lit. c Lehrlinge⁶⁴ und lit. d jene Arbeitspersonen, welche zu untergeordneten Hilfsdiensten beim Gewerbe verwendet werden. Bedeutsam ist die in Abs 3 festgelegte höhere Dienstleistung, welche von Werkführern, Mechanikern, Faktoren, Buchhaltern, Kassieren, Expedienten, Technikern, Chemikern und dgl. erbracht werden und die damit nicht als Hilfsarbeiter gelten. Die Erbringung höherer kaufmännischer Dienste ist somit vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgeschlossen, allerdings sind – bemerkenswerterweise – auch Facharbeiter unter § 73 Abs 1 lit a leg cit. subsumierbar, sowohl jene in Industriebetrieben als jene in Gewerbebetrieben. Die in lit. d normierten „untergeordneten Hilfsdienste“ sind, mit Ausnahme von Lohnarbeitern gemeinster Art, jedoch auch im Anwendungsbereich von § 73 GewO.⁶⁵ Eine Aufzählung konkreter Tätigkeiten, die als Verrichtungen einfachster Art zu qualifizieren sind, ist der Gewerbeordnung nicht zu entnehmen, es muss daher im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden, ob eine Tätigkeit eine Verrichtung einfachster Art darstellt. Zudem sind Hilfstätigkeiten in den Lohnordnungen verschiedener Kollektivverträge abgebildet, so sind beispielsweise in der Lohn tafel A für den Allgemeinen Groß- u. Einzelhandel folgende Tätigkeiten als einfache oder Hilfstätigkeiten angeführt: Serviertätigkeit, Botendienste,

⁶² OGH am 16.12.2016, 8 Ob S 7/16m

⁶³ RGBl. 227/1859.

⁶⁴ Die Bestimmungen der GewO 1859 über Lehrlinge sind durch § 34 Abs 4 Z 1 lit c BAG aufgehoben worden.

⁶⁵ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 73 Gew= 1859 Rz3.

Reinigungsarbeiten, Küchenhilfsdienste oder Wächter.⁶⁶ Als Arbeitertätigkeit wurde seitens der Judikatur der KFZ-Mechaniker bzw. Karosseriespengler, (Ober)Kellner, Vorarbeiter oder Partieführer mit manueller Arbeit und ohne wesentliche Befugnisse in der Personalverwaltung.⁶⁷ Erst kürzlich bestätigte der OGH⁶⁸ das Ergebnis der Vorinstanzen, wonach die Tätigkeit als Organ der Parkraumüberwachung eine ungelernte Arbeitertätigkeit darstellt, die im vorliegenden Fall aufgrund von Misch Tätigkeiten (Überwachung der Kurzparkzone, Ahndung von Verstößen der Verkehrsteilnehmer durch Eingabe in den Personal Digital Assistent, wofür es einer halbtägigen Einschulung bedarf) nach dem zeitlichen Überwiegen der Tätigkeiten zu beurteilen sind, sofern nicht die höhere qualifizierte Tätigkeit für den AG von ausschlaggebender Bedeutung ist.

3 Historische Entwicklung

Die Geschichte der IV/BU-Pension umfasst mehr als die Geschichte ihrer sozialpolitischen Reformen, sie zeigt zum einen gesellschaftspolitische Veränderungen und ihre (teilweise) Rezeption durch die Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung auf. Zum anderen schärft sie den Blick und das Verständnis für die Herausforderungen, denen diese Pensionsart gegenwärtig und künftig begegnet. Dabei ist es zu kurz gegriffen, wenn man sich bei der historischen Abbildung auf das 20. Jahrhundert beschränkt, wenngleich in diesen 100 Jahren wohl die Marksteine zu verzeichnen sind.

3.1 Die Entwicklung des sozialen Schutzes von Arbeitern

Die Tätigkeiten im Bergbau verlangten den Arbeitern seit jeher gesundheitlich viel ab, Krankheit, Invalidität und Tod waren Risiken, die aufgrund schlechter Arbeitsbedingungen häufig eintraten. Dies führte bereits im Mittelalter zur Einrichtung von Knappschaftskassen (sog. Bruderladen), die bei Verwirklichung eines solchen Risikos Versorgungsleistungen an den Bergmann bzw. dessen Angehörige gewährten. Mit dem Allgemeinen Berggesetz vom 23. Mai 1854⁶⁹ erfuhr der Bruderladen eine umfassende Reform, deren Kernstück die

⁶⁶ WKÖ, Lohn tafeln für Arbeiter/innen im Handel, gültig ab 1.1.2022 Lohn tafeln für Arbeiter/innen im Handel, gültig ab 1.1.2022 - WKÖ.at (01.04.2022)

⁶⁷ *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 84.Lfg (2020) Kap.2 Rz18.

⁶⁸ OGH am 27.04.2021, 10 ObS63/21v.

⁶⁹ RGBl.1854/146.

Normierung der Errichtung sowie Beitrittszwanges war, welche sich aufgrund der bis dahin bestehenden Freiwilligkeit zur Errichtung als notwendig erwiesen hat.⁷⁰

Der im Kaisertum Österreich vor 1848 herrschende Absolutismus bedeutete einen „Stillstand jedweder gesetzgeberisch bedeutsamen Tätigkeit“, die mit der industriellen Arbeiterschaft verbundenen wirtschaftlichen und sozialen Probleme waren, sieht man vom traditionellen Schutz im Bergbau ab, ungelöst. An dieser unbefriedigenden Situation vermochte auch der Wiener bzw. Kremsierer Reichstag im Jahre 1848 nichts zu ändern, lediglich die steigende Arbeitslosigkeit als Konsequenz der Mechanisierung wurde als sozialpolitische Herausforderung einer tiefergreifenden Auseinandersetzung unterzogen. Eine zu dieser Zeit ebenso dringliche sozialpolitische Forderung der Arbeiterschaft nach einer Arbeiter-Invalidenversorgung auf Staatskosten blieb außerhalb der Betrachtungen.⁷¹ Die in der oktroyierten Märzverfassung von 1849 kodifizierten (politischen) Rechte legten mit der Vereinsfreiheit einen Grundstein für die Entwicklung des sozialen Schutzes von Arbeitern. Die Stimme der Arbeiterschaft zu dieser Zeit war nicht zuletzt aufgrund des im Juni dieses Jahres gegründeten „Allgemeinen Arbeitervereines“ zu einem für die politisch maßgeblichen Kräfte hörbaren Kollektiv zusammengeschlossen. Ein für den Reichstag ausgearbeitetes Forderungspapier schloss sich mit dem Verlangen nach der „Errichtung von Kranken- und Invalidenkassen mit staatlicher Beihilfe“ den bereits seit längerem existierenden Anliegen der Arbeiterschaft an, fand jedoch keine Umsetzung.

Die ohnedies schleppenden sozialpolitischen Diskussionen rund um den Aufbau eines Sozialschutzsystems für Arbeiter erfuhren in der Zeit des Neoabsolutismus aufgrund einer Änderung im Vereinsrecht einen herben Rückschlag. Als klares Bekenntnis gegen liberales Ideengut wurde im Rahmen des Vereinspatents vom 26.11.1852⁷² das Konzessionssystem und damit ein behördliches Genehmigungserfordernis für sämtliche Vereine in Geltung gesetzt. Die Maßnahme verfehlte ihre Wirkung nicht, da es die Bildung von Kranken und Altersversicherungsvereinen erschwerte. Die Dezemberverfassung 1867 beließ die politischen Teilnahmerechte der Arbeiter im Bereich der Bedeutungslosigkeit, sie schuf jedoch mit dem Vereinsgesetz vom 15.11.1867⁷³ eine wichtige Grundlage für einen außerparlamentarischen Zusammenschluss, welcher in einem hohen Maße in Anspruch genommen wurde. Die im Vergleich zum Vereinspatent aus 1852 geschaffenen Erleichterungen waren uA in § 4 Vereinsgesetz normiert. Darin wurde eine bloße

⁷⁰ Hofmeister, Ein Jahrhundert Sozialversicherung in Österreich (1981) 56.

⁷¹ Ebenda, 23.

⁷² RGBl.1852/253.

⁷³ RGBl.1867/134.

Anzeigepflicht im Falle der Vereinsbildung bei der politischen Behörde verankert, die Untersagungsgründe wurden auf Gesetz- bzw. Rechtswidrigkeit oder Staatsgefährlichkeit begrenzt. Noch im selben Jahr erfolgte durch den Ausschuss die Gründung des „Arbeiterbildungsvereins“, in dessen Satzung im § 2 die Gründung einer „allgemeinen Kranken- und Invalidenunterstützungskasse“ als Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks vorgesehen wurde.⁷⁴ Sie sollte dem dringenden Erfordernis einer Absicherung für den Fall dauernder Invalidisierung Rechnung tragen. Mit Gründung der „Allgemeinen Arbeiter-Kranken- und Invaliden-Kasse“ im Jahr 1868 in Wien wurde der Gedanke von Selbsthilfe der Arbeiter mit Staatshilfe in Vereinsform gegossen. § 1c legte fest, dass für die ordentlichen männlichen Mitglieder eine Versorgungsleistung für den Fall dauernder Erwerbsunfähigkeit zu leisten ist. Der Bezug dieser Leistung war zwar bereits vom Versicherungsprinzip geprägt, denn neben der Feststellung von Invalid („Invaliderklärung“), bedurfte es einer mindestens 5-jährigen Beitragsleistung, jedoch mangelte es einer versicherungsmathematischen Grundlage im Hinblick auf die Finanzierbarkeit der auszahlenden Leistungen.

Im Jahr 1874 wurde bereits eine neue Satzung unter Zugrundelegung verschärfter Bestimmungen beschlossen, die als Invalidenversorgung nach einer gewissen Dauer der Beitragsleistung die Unterbringung in einem sogenannten Invalidenhaus vorsah. Damit war der Invalide mit dem Lebensnotwendigen versorgt, er konnte jedoch auch anstelle des dortigen Aufenthaltes eine der Höhe nach dem Aufwand für die Unterbringung entsprechende Geldleistung beziehen. Zusätzlich wurde der Anspruch eines jeden Invaliden auf ein „anständiges“ Leichenbegräbnis normiert. Die Invalidenkasse blieb jedoch in den kommenden Jahren ein „erfolgloses Minderheitenprogramm“, da weder der Mitgliederstand ein beachtliches Ausmaß erreichte noch die finanzielle Gebarung eine ausgeglichene war. Die Auflösung der Invalidenkasse im Jahre 1884 war das Ergebnis eines Erlasses des Ministeriums des Innern, in welchem die Gleichsetzung von Unterstützungsvereinen mit Versicherungsvereinen vorgenommen wurde, was zur Folge hatte, dass die Vereine unter das Vereinspatent vom Jahre 1852 und unter das Assekuranzregulativ vom Jahre 1880 fielen und sich umzubilden hatten.

Erst durch das Arbeiter-Krankenversicherungsgesetz vom 30.3.1888⁷⁵ wurde ein legislativer Umkehrschluss gezogen, indem bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen die Konzession zur Bildung eines Vereines nur mehr aus besonderen, gesetzlich normierten Gründen untersagt werden konnte.

⁷⁴ Hofmeister, Sozialversicherung 65.

⁷⁵ RGBl.1888/33.

Die Entwicklung des sozialen Schutzes der Arbeiter unterlag in der Geschichte gleichsam Wachstums- und Stillstandsphasen, diese korrespondierten mit ihren politischen Aktivitäten. Die Aufbruchsstimmung aufgrund der Koalitionsfreiheit sah sich mit den Widrigkeiten interner Meinungsverschiedenheiten konfrontiert, wodurch in der Zeit zwischen 1867 und 1889 keine sozialrechtlichen Meilensteine zugunsten der Arbeiter zu finden sind. Als nennenswerter Motor in Sachen Sozialgesetzgebung ist Albert Eberhard Friedrich Schäffle anzusehen, der seine geradezu visionären Forderungen und Vorhersehungen in seinen Werken⁷⁶ darlegte. So forderte er anstelle der von ihm als Zwang empfundenen Versicherungspflicht die Pflichtversicherung, die Pflicht der Invaliditäts- und Altersversicherung, wobei das Invaliditätsrisiko aufgrund von Unfall, Gebrechlichkeit und chronischer Krankheit und das Risiko der Arbeitsunfähigkeit im Alter mittels Zwangsversicherung seine Deckung finden sollten, er trat allerdings auch für das allgemeine und gleiche Wahlrecht ein. Als Zielgruppe seiner Vorschläge zur „Zwangsversicherung“ sah er vorrangig Arbeitnehmer in industriellen Großbetrieben an, Beschäftigte in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben sowie im Handel waren seiner Ansicht nach durch bereits vorhandene bzw. noch zu etablierende Versorgungseinrichtungen abgesichert. Die kurze Zeit seiner Amtsdauer (von Februar bis Oktober 1871 war er österreichischer Handels- und Ackerbauminister) verhinderte eine Umsetzung seiner Reformgedanken, in die vor allem seitens der Arbeiterschaft große Hoffnungen gesetzt wurden.

Das Ende des 19. Jahrhunderts in Österreich war – im Gegensatz zu bismarck'schen Bestrebungen in Deutschland – gekennzeichnet von der Verbindung sozialversicherungsrechtlicher und arbeiterschutzrechtlicher Komponenten zu einem sozialpolitischen Programm. Im Rahmen der Regierungszeit von Ministerpräsident Eduard Graf Taaffe wurden mit dem Gesetz betreffend die Unfallversicherung der Arbeiter⁷⁷ sowie dem Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter⁷⁸ maßgebliche Sozialgesetze erlassen, eine gesetzliche Altersversicherung gelang jedoch nicht.⁷⁹ Auch die Bestrebungen des im Jahre 1900 ins Amt ernannten Ernest von Körbers vermochten daran nichts zu ändern. Sein „Programm für die Reform und den Ausbau der Arbeiterversicherung“ sowie seine Überzeugung zur Statuierung eines Staatszuschusses

⁷⁶ Siehe ua *Schäffle*, Kapitalismus und Socialismus mit besonderer Rücksicht auf Geschäfts- und Vermögensformen“ (1870), Die Grundsätze der Steuerpolitik und die schwebenden Finanzfragen Deutschlands und Oesterreichs (1880).

⁷⁷ RGBl.1888/1.

⁷⁸ RGBl.1888/33.

⁷⁹ *Hofmeister*, Sozialversicherung, 118f.

für die angedachte Alters und Invaliditätsversicherung der Arbeiter blieben zwar unrealisiert, leisteten jedoch wichtige Grundlagenarbeit für das 1907 in Kraft getretene Pensionsversicherungsgesetz der Angestellten.⁸⁰ Das Körbersche Programm sah eine Invaliditätsrente bei Eintritt von Arbeitsinvalidität sowie Erfüllung der Wartezeit von 200 Beitragswochen vor. Das Beitragsaufkommen sollte sich zu gleichen Teilen auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufteilen, Körber sah weiters einen einheitlichen Staatszuschuss zu den Renten vor.

Auch in Deutschland gehörte die Arbeiterschaft zu der am stärksten wachsenden Bevölkerungsschicht, die unbefriedigende soziale Situation bewog Ministerpräsidenten Bismarck in seiner Reichstagsdebatte im Oktober 1878 Verbesserungen in Aussicht zu stellen.⁸¹ Es handelte sich nicht um einen Zufall, dass Bismarck sich zunächst auf den Gesetzgebungsprozess für eine Unfallversicherung für Arbeiter konzentrierte, damit konnte das von finanzieller Anspannung getragene Interesse der Unternehmerseite gewonnen werden. Das bis dahin in Geltung stehende Haftpflichtgesetz sah eine Beweislast des verunglückten Arbeiters vor, eine Rechtsfrage, die letztendlich häufig die Gerichte zu entscheiden hatten und zu einem erheblichen zeitlichen und finanziellen Ressourceneinsatz der Unternehmerseite führte. Die Chance zur Verbesserung dieser Situation sahen Unternehmer- und Arbeiterschaft gleichermaßen. Letztendlich wurde zeitgleich mit dem Entwurf über die Unfallversicherung auch jene über die Krankenversicherung dem Reichstag zur Abstimmung vorgelegt, welche noch vor der Unfallversicherung in Kraft trat. Sie wurde am 15.6.1883 vom Reichstag verabschiedet, die Unfallversicherung trat aufgrund einer Verweigerung der Zustimmung der Sozialdemokraten im ersten Anlauf (Begründung waren uA die zu niedrigen Rentenleistungen) erst am 27. Juni 1884 in Kraft.

Das Zustandekommen einer gesetzlichen Alters- und Invaliditätsversicherung benötigte aufgrund differenter Ansichten zu deren Finanzierung bzw. zu den Leistungshöhen noch 5 Jahre, obwohl das Fehlen einer sozialen Absicherung in diesen Belangen bereits in der kaiserlichen Botschaft von Wilhelm I aus dem Jahre 1881 konstatiert wurde. Am 22. Juni 1889 trat das „Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung“ in Kraft, welches allerdings keine Altersrente im „klassischen Sinn“ enthielt. Es wurde vielmehr ein gesetzlicher Zuschuss ab dem 70. Lebensjahr gezahlt, der die altersbedingte eingeschränkte Erwerbsfähigkeit und die damit verbundene Lohnschmälerung ausgleichen sollte. Für den Fall einer Erwerbsunfähigkeit infolge Invalidität gelangte eine Rente in Höhe

⁸⁰ Ebenda, 148f.

⁸¹ Halder, Innenpolitik im Kaiserreich 1871-1914 (2003) 55f.

eines Drittels des letzten Durchschnittslohnes zur Auszahlung. Damit war die Sozialgesetzgebung unter der Ära Bismarck abgeschlossen, das Deutsche Reich war zum Ende des 19. Jahrhunderts in Fragen der gesetzlichen Sozialversicherung europaweit am weitesten vorgedrungen. Kein anderer europäischer Staat konnte eine annähernd fortschrittliche Absicherung unterschiedlicher sozialer Risiken vorweisen. Einzig eine gesetzliche Arbeitslosenversicherung konnte Österreich früher vorweisen; sie wurde erst in der Weimarer Republik im Jahre 1927 beschlossen. Trotz vehementer Forderungen der Arbeiterschaft nach sozialpolitischer Integration, waren die Stimmen nach deren Gelingen äußerst kritisch. Die Zwangsmitgliedschaft in der KV und Alters- und Invalidenversicherung bedeutete aufgrund der nicht umgesetzten Finanzierung durch den Staat eine Lohnkürzung für die Arbeiter.⁸²

Nach dem Ende des Ersten Weltkrieges zählte die Reform der bestehenden „Arbeiter- und Angestelltenversicherung“ sowie die Einführung der Invaliden und Hinterbliebenenversicherung der Arbeiter zu den wichtigsten Agenden der amtierenden Regierung. Das erklärte Ziel einer lückenlosen Erfassung aller unselbständigen Erwerbstätigen in die Versicherungspflicht sollte den Ausbau der Sozialversicherung im Jahre 1918 begleiten. Unter der Federführung von Ferdinand Hanusch kam es im Arbeiter- und Angestelltenschutz zu bedeutenden Verbesserungen⁸³, im Bereich des Sozialversicherungsgesetz bremste die finanzielle Situation der Nachkriegszeit den Reformmotor. Der im Dezember 1920 von Hanusch in seiner nunmehrigen Funktion als Abgeordneter gestellte Initiativantrag zur Schaffung eines Bundesgesetzes für die Invaliden-, Alter- und Hinterbliebenenversicherung der Arbeiter fand aufgrund finanzieller Aspekte und politische Streitigkeiten ebenso keine Umsetzung wie der knapp ein Jahr darauf vorgelegte Entwurf unter Sozialminister Pauer, der nicht zuletzt am Widerstand aufgrund der angedachten Fusionierung von Arbeiter- und Angestelltenversicherung scheiterte.

Nach einer entsprechenden Ankündigung von Bundeskanzler Ignaz Seipel im Nationalrat wurde am 1. April 1927 ein „Gesetz betreffend die Kranken- Unfall- und Invalidenversicherung der Arbeiter“⁸⁴ beschlossen. Der Umfang der Versicherungspflicht erstreckte sich auf Personen, die aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisse

⁸² Hofmeister, Sozialversicherung, 84f.

⁸³ Gesetz über die Einführung des achtstündigen Arbeitstages in fabrikmäßig betriebenen Gewerbeunternehmungen (StGBI. 1918/138), Gesetz über die Regelung der Arbeits- und Lohnverhältnisse in der Heimarbeit (StGBI. 1918/140), Gesetz über die Arbeitslosenversicherung (StGBI. 1920/153).

⁸⁴ BGBl. 1927/125.

berufsmäßig beschäftigt sind. Zusätzlich waren noch Heimarbeiter in den Kreis der versicherungspflichtigen Personen aufgenommen, wie auch Mittelpersonen im Sinne des Gesetzes über die Heimarbeiter vom 19.12.1918.⁸⁵ Die Leistungen der Invalidenversicherung gliederten sich in Invaliditäts-, bzw. Altersrenten, Hinterbliebenenrenten und den Ausstattungsbeitrag. Die Invaliditätsrente setzte neben einer gewissen Beitragsdauer innerhalb der letzten 5 Jahre vor Eintritt des Versicherungsfalles die Erfüllung des Invaliditätsbegriffes voraus. Gemäß § 101 Abs 2 galt ein Versicherter als invalid, wenn er nicht mehr im Stande ist, durch eine Tätigkeit, die seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht und ihm unter billiger Berücksichtigung seines bisherigen Berufes zugemutet werden kann, ein Drittel dessen zu erwerben, was körperlich und geistig gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegend durch Arbeit zu verdienen pflegen. Dieser Gesetzesbegriff wurde von der deutschen Reichsversicherungsordnung⁸⁶ ohne inhaltliche Änderungen übernommen. Diese Fassung blieb in den Beratungen über das ArbVG nicht unumstritten, die Forderungen der Opposition nach einer Anhebung dieser Mindestgrenze auf die Hälfte des Normalverdienstes blieben ungehört.⁸⁷ Die soziale Absicherung von Arbeitern durch das ArbVG beschränkte sich auf die Existenz in Papierform, tatsächlich trat als einziger Teil dieses Gesetzes die Altersfürsorge in Kraft. Wie auch das ArbVG wurde das Landarbeiterversicherungsgesetz 1928 durch eine sogenannte Wohlstandsklausel suspendiert, durch welche der Wirksamkeitsbeginn des Gesetzes in Abhängigkeit von einer guten Wirtschaftslage gebracht wurde.

Der Kampf um eine Alters- und Invaliditätsversicherung für Arbeiter ging angesichts der dargestellten Situation in den Folgejahren weiter⁸⁸, Erfolge blieben jedoch weiterhin aus. Die im Rahmen des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes⁸⁹ verankerte Vereinheitlichung aller Versicherungszweige (Kranken-, Arbeitslosen-, Alters-, Invaliditäts- und Unfallversicherung) sollte neben Angestellten⁹⁰ auch für Arbeiter Geltung erlangen, erneut sollte eine Wohlstandsklausel (§ 196 GSVG) diesem Vorhaben einen Riegel

⁸⁵ Lederer, Grundriss des österreichischen Sozialrechts² (1932) 511.

⁸⁶ Die RVO war die im Juli 1911 in Kraft getretene Neuregelung und Zusammenfassung der bis dahin in Geltung stehenden 3 Sozialversicherungsgesetze zur KV, UV und IV.

⁸⁷ Lederer, Sozialrecht, 527.

⁸⁸ Der große Widerstand gegen einen Reformentwurf von Sozialminister Resch, zwang diesen in letzter Konsequenz zum Rücktritt im Jahre 1931.

⁸⁹ BGBl.1935/107.

⁹⁰ Siehe Kapitel 1.5.

vorschieben. Letztlich kam es erst mit der Übernahme der reichsrechtlichen Bestimmungen zu einer gesetzlichen Alter-, Invaliden- und Hinterbliebenenversorgung für Arbeiter.⁹¹

Vollständigkeitshalber soll an dieser Stelle kurz das rechtliche Schicksal der eingangs erwähnten Bergarbeiter angeführt werden, die ja von der schleppenden legislativen Entwicklung im Bereich des sozialen Schutzes für Arbeiter im 19. Jahrhundert weniger betroffen waren. Auch hier gestaltete sich der Gesetzwerdungsprozess steinig und diskussionsintensiv, das entsprechende Gesetz wurde allerdings im Juli 1889 angenommen⁹² – zu diesem Zeitpunkt konnte die sonstige Arbeiterschaft von einer gesetzlichen Errungenschaft dieser Art nur träumen. Finanzielle Engpässe waren letztendlich die Ursache für die Auflösung der Bruderladen im 20. Jahrhundert, es kam zur Übertragung an den Bergarbeiterversicherungsfonds (eingerrichtet bei der Arbeiterunfallversicherungsanstalt) und zu den Gebiets- bzw. Betriebskrankenkassen. Mit In-Kraft-treten des GSVG im Jahre 1935 wurden Organisation und Durchführung der Unfall- und Pensionsversicherung zur Gänze der Arbeiterversicherungsanstalt in Wien übertragen.

3.2 Sozialrechtlicher Schutz von Angestellten

Die Existenz von Angestellten reicht bis in das Mittelalter zurück, wenngleich man in den geschichtlichen Aufzeichnungen diesen Begriff nicht finden wird, sondern vielmehr von „Handlungsdienern“ und Gehilfen die Rede ist.⁹³ Die (sprach)historische Entwicklung soll in diesem Kapitel allerdings erst zu einem viel späteren Zeitpunkt ansetzen, nämlich zu einem Zeitpunkt, wo man bereits von einer „modernen“ Klassengesellschaft mit unterschiedlichen sozialen Schichtungen sprechen kann.

Die Industrialisierung brachte die Notwendigkeit von strukturierten, aufgabenbezogenen Hierarchien in den Fabriken bzw. Betrieben bei gleichzeitiger Abkehr von berufsständischen Ordnungsstrukturen mit sich. Ausgehend vom Begriff des Beamten, der als entstehungsgeschichtliche Wurzel des Angestelltenbegriffes gesehen werden kann, entwickelten sich aufgrund der zunehmenden Büroarbeit in den Betrieben eigene Berufsgruppen, mit den ein entsprechender hierarchischer Status im betrieblichen Ordnungsgefüge verbunden war. Die an der Spitze der Hierarchie agierenden Beamten übten aufgrund ihrer umfassenden Anordnungs- und Aufsichtsbefugnisse eine für den Unternehmer unentbehrliche Funktion aus, die mit einer weitreichenden

⁹¹ Siehe Kapitel 1.6.

⁹² *Brügel*, Soziale Gesetzgebung in Österreich von 1848 bis 1918 (1919) 151

⁹³ *Drs*, Arbeiter und Angestellte, 2.

Arbeitsplatzsicherheit honoriert wurde. Das andere Ende dieses Gefüges bildeten die Arbeiter, die als eine soziale Gruppe fern von Arbeitsplatzsicherheit und „Prestige“ fungierten. Dazwischen entstand aufgrund steigender Notwendigkeit von Büroarbeit eine eigene Gruppe von Angestellten, der am Beginn dieser Entwicklung als Oberbegriff für alle Büroarbeiter der Industrie diente.⁹⁴ Die Weiterentwicklung in der Unternehmensorganisation beeinflusste auch den Angestelltenbegriff und seinen Bedeutungsinhalt, das Streben an eine enge Bindung an den Beamtenbegriff bzw. den damit Verbundenen Privilegien führte zu der Bezeichnung „Privatbeamter“ – die Bezeichnung „Beamter“ war damit auf den öffentlichen Bereich zugeschrieben. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts waren Angestellte in sämtlichen Wirtschaftssektoren vertreten, aufgrund des eng gefassten Begriffsumfanges in vergleichsweise geringer Anzahl vertreten.

Wie oben ausgeführt, bedurfte es für die Entwicklung einer gesetzlichen Alters- und Invalidenversicherung der Arbeiter der deutschen Vorreiterrolle, die Einführung dergleichen brachte erst der zweite Weltkrieg mit sich. Im Gegensatz dazu steht die soziale Gesetzgebung im Bereich der Pensionsversicherung für Angestellte, die ihren Beginn gegen Ende des 19. Jahrhunderts hatte.⁹⁵ Zu dieser Zeit verfügten lediglich die Beamten im öffentlichen Dienst über eine geregelte Alters- und Invaliditätsvorsorge, der Großteil der Angestelltenschaft war unversorgt. Die vom „Ersten Allgemeinen Beamtenverein der österreichisch-ungarischen Monarchie“ am 27.11.1888 eingebrachte Petition forderte unter maßgeblicher Beteiligung von dessen stellvertretenden Obmannes, Anton Blechschmidt, die Einführung einer obligatorischen Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung für Privatbeamte. Ergänzt um die Petition der Spitzen der Industriellen und Kaufleute in Wien aus dem Jahre 1892, wurden die Forderungen an die Regierung zur Errichtung einer entsprechenden Vorlage immer lauter.

Am 21.5.1901 wurde schließlich die von Körber unterfertigte Regierungsvorlage im Abgeordnetenhaus eingebracht und dem sozialpolitischen Ausschuss zur Beratung zugewiesen. Es sollten fünf diskussionsträchtige Jahre vergehen⁹⁶ ehe die Vorlage vom Abgeordnetenhaus auf Anraten der Spezialkommission des hohen Herrenhauses angenommen wurde. Das „Gesetz betreffend die Pensionsversicherung der in privaten

⁹⁴ Peissl, Das „bessere Proletariat“ – Angestellte im 20. Jahrhundert (1994) 21.

⁹⁵ Hofmeister, Sozialversicherung 171f

⁹⁶ So gelang weder der Regierung noch dem sozialpolitischen Ausschuss, trotz intensiver Bemühungen, keine zufriedenstellende Definition des Begriffes „Privatbeamter“.

Diensten und einiger in öffentlichen Diensten Angestellten“⁹⁷ wurde schlussendlich am 16.12.1906 von Kaiser Franz Josef I. sanktioniert und trat mit 1. Jänner 1909 in Kraft. Neben einer Alters- und Hinterbliebenenrente umfasste das Leistungsspektrum auch eine Rentenleistung bei Invalidität, die im Falle von Erwerbsunfähigkeit zum Tragen kommen sollte. Gemäß § 8 idF des Stammgesetzes war als invalid anzusehen, wer infolge eines körperlichen oder geistigen Gebrechens seinen bisherigen Berufspflichten nicht weiter zu obliegen vermag. Der Anspruch war gemäß Ziffer 1 dann ausgeschlossen, wenn der Versicherte durch eine seinen Arbeitskräften entsprechenden Beschäftigungen einen die Invaliditätsrente übersteigenden bzw. einen Mindestbetrag von 600 Kronen verdient. Bei vorsätzlicher Selbstschädigung bzw. bei gerichtlich festgestellter Beteiligung an einer Straftat war der Anspruch verwirkt, in zweitem Falle konnte jedoch ein Anspruch der Familie auf Invaliditätsrente geltend gemacht werden.

Die ersten Reformbestrebungen ließen nicht lange auf sich warten, schon im Mai 1908, somit noch vor In-Kraft-Treten des Gesetzes, wurde eine Novellierung des Gesetzes beantragt. Neben der Forderung nach einer Abänderung der zu niedrig bemessenen Leistungshöhe, wurde die Frage nach der Einbeziehung von Werkmeistern und kaufmännischen Gehilfen zum Hauptstreitpunkt zwischen den verschiedenen Interessensgruppen.⁹⁸ Die Diskussion über eine Neuformulierung des § 1 und damit die Frage wer in den Kreis der versicherungspflichtigen Personen miteinzubeziehen ist und wer nicht, war langwierig und von inhomogenen Forderungen – auch innerhalb der einzelnen Verbände – verschiedenster Seiten geprägt⁹⁹: so forderte beispielsweise der Verein deutscher Handels- und Industrie-Angestellter für Rumburg und Umgebung Rumburg in einem Entschließungspapier die Einbeziehung aller Handlungsgehilfen, während der „Zentralverein der kaufmännischen Angestellten Österreichs“ eine taxative Aufzählung sämtlicher versicherungspflichtigen Angestellten – unter Außerachtlassung der Handlungsgehilfen. Letztere Forderung entsprach inhaltlich jener der Sozialdemokraten, während die Privatbeamten und Handelsangestellten die Einbeziehung der Handlungsgehilfen verlangten. Der Abschluss der XVIII. Session des Reichsrates ermöglichte zwar das geplante Datum des in Kraft treten, kurz nach Beginn der neuen

⁹⁷ BGBl. 1907/1.

⁹⁸ Kassegger, Die Entwicklung des Sozialversicherungsrechts der Arbeiter und Angestellten in der ersten Republik (Uni Graz, Diss 1997) 70

⁹⁹ Kim, Die Entstehung für die Pensionsversicherung der Angestellten in Österreich mit ihrem Einfluss auf Deutschland und ihre historische Bedeutung, (Diss, Uni Wien 2010) 133ff

Session wurden die Novellierungsansuchen allerdings erneut eingebracht.¹⁰⁰ Die für die Versicherungspflicht maßgebliche Angestellteneigenschaft sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dann erfüllt sein, wenn es sich um „Bedienstete mit Beamtencharakter“ oder Personen, die „ausschließlich oder doch vorwiegend geistige Dienstleistungen zu verrichten haben“ handelte.¹⁰¹

Die erste Novelle zum Pensionsversicherungsgesetz beinhaltete zwar weiterhin die Formulierung der „vorwiegend geistigen Dienstleistungen“, zählte jedoch in § 1 Z 3 einerseits jene Tätigkeiten auf, die „insbesondere“ darunter zu subsumieren waren, führte andererseits auch jene Tätigkeiten an, die nicht als „vorwiegend geistige Dienstleistung“ zu werten waren. Auch der VwGH¹⁰² befasste sich mit dem Wesen geistiger Dienstleistung und kam zu dem Ergebnis, dass es sich dabei um Dienstleistungen handle, „bei welcher der essentielle Teil der Arbeit durch die Tätigkeit des Geistes durch Denkopoperationen vollbracht wird [...]“. Nach Ansicht des VwGH begründeten hingegen jene Tätigkeiten, die vorrangig die Erbringung physischer Arbeit zum Inhalt hatten, keine „geistige Dienstleistung“. Der Gesetzgeber kodifizierte diese Judikatur sinngemäß im Rahmen seiner Umschreibung des Versichertenkreises in § 1. Demnach begründete beispielsweise „jede Beschäftigung mit Erziehung oder Unterricht“ (§ 1 Z 3a) die Angestellteneigenschaft, ausdrücklich ausgenommen waren uA die Gesindedienste. Die demonstrative Aufzählung ist als gesetzestechnischer Kompromiss der gegensätzlichen Forderungen zur Normierung einer präzisen Angestellteneigenschaft zu verstehen. Die erste Novelle brachte zudem eine Umbenennung in das „Gesetz betreffend die Pensionsversicherung der Angestellten“ da die unterschiedlichen Rechtsfolgen basierend auf der bisherigen Unterscheidung „der in privaten und einiger in öffentlichen Diensten Angestellter“ obsolet geworden war.¹⁰³ Die Novelle wurde durch die kaiserliche Verordnung¹⁰⁴ vom 25. Juni 1914 zum Gesetz erhoben.

Die zweite Novelle zum Pensionsversicherungsgesetz von 1906 brachte Leistungsverbesserungen im Hinblick auf die nach wie vor sehr niedrigen Leistungshöhen mit sich, indem die seit der Stammfassung bestehenden sechs Gehaltsklassen auf sechzehn erweitert wurden, wodurch sich eine Steigerung der anrechenbaren

¹⁰⁰ Antrag des Abgeordneten Dr. Stefan Licht vom 19. Oktober 1911 (StProtAH 1911, 21 Sess. 17.Si, 1073)

¹⁰¹ Vgl. § 1 idF des Stammgesetzes.

¹⁰² VwGH 20.5.1910 (4160/1910).

¹⁰³ Baryli, Zur Sozialgeschichte der Angestellten in Österreich, in *Beiträge zur historischen Sozialkunde, Verein für Geschichte und Sozialkunde (Hrsg)* (1983) 414.

¹⁰⁴ RGBI. 1914/138.

Jahresbezüge ergab. Gänzlich neu war die Gewährung eines Hilflosenzuschusses¹⁰⁵ für den Fall einer notwendigen Hilfestellung anderer Personen aufgrund von ständiger Hilflosigkeit. Als fortschrittlichste, geradezu revolutionäre, Neuerung ist die Normierung eines Rentenanspruches für eine hinterbliebene Lebensgefährtin zu erachten, sofern diese zumindest zwei Jahre unmittelbar vor dem Tode des Versicherten mit diesem einen gemeinsamen Haushalt führte.¹⁰⁶ Der Versicherungsfall der Erwerbsunfähigkeit wurde dahingehend ergänzt, als nunmehr männliche Versicherte, die das 65. Lebensjahr vollendet hatten sowie weibliche Versicherte, die das 55. Lebensjahr vollendet hatten und in keinem versicherungspflichtigen Dienstverhältnis standen ebenso als erwerbsunfähig galten.¹⁰⁷ Bis dahin kannte der Versicherungsfall der Erwerbsunfähigkeit neben der gesundheitsbedingten Einschränkung der Leistungsfähigkeit nur eine geschlechtsneutrale Erwerbsunfähigkeit bei Erreichen des 65. Lebensjahres in Verbindung mit Arbeitslosigkeit.

Die dritte Novelle hatte, wie dem Gesetzestitel zu entnehmen ist, die Erhöhung der Rentenleistungen zum Inhalt, die inflationsbedingt auf ein unzufriedenstellendes Niveau herabgesunken waren.¹⁰⁸ Dieses Mal sollte zudem die Finanzierung der Pensionsversicherung auf neue Beine¹⁰⁹ gestellt werden, angeregt wurde eine Mischung aus Kapitaldeckungs- und Umlagesystem, die schließlich Eingang in die am 27. Oktober 1921 vom Nationalrat beschlossene Novelle fand.¹¹⁰ Sämtliche Folgenovellen¹¹¹ zwischen 1921 und 1923 hatten vorrangig den Zweck der raschen Geldentwertung entgegen zu wirken und sahen dementsprechend Rentenerhöhungen vor.

Der nächste einschneidende Reformschritt kam mit dem Angestelltenversicherungsgesetz, welches von der Bundesregierung am 20. November 1923 eingebracht wurde. Grundgedanken für das Gesetz waren zum Einen der Wunsch nach einem Gleichzug in Fragen der Modernisierung des Sozialrechts mit dem seit 1921 bestehenden Arbeitsrecht¹¹² der Privatangestellten zum Anderen war die Absicht einer Vereinheitlichung

¹⁰⁵ Vgl. § 8 Abs 4 idF der 2. Novelle

¹⁰⁶ Vgl. § 4 Z 2 idF der 2. Novelle

¹⁰⁷ Vgl. § 7 Abs 2 idF der 2. Novelle

¹⁰⁸ Hofmeister, Sozialversicherung, 196.

¹⁰⁹ Diese Form der „Mischfinanzierung“ wurde schon unter Körber im Jahre 1901 angedacht, aber nicht umgesetzt.

¹¹⁰ BGBl. 1921/594.

¹¹¹ BGBl. 1922/101 (4. Novelle), BGBl. 1922/535 (5. Novelle), BGBl. 1922/668 (6. Novelle), BGBl. 1922/933 (7. Novelle), BGBl. 1923/159 (8. Novelle), BGBl. 1923/373 (9. Novelle).

¹¹² BGBl. 1921/292.

sämtlicher Sozialversicherungszweige in einem Gesetz von zentraler Bedeutung.¹¹³ Die Angestellten sollten eine besondere Standesversicherung erhalten, die neben den vom Angestelltengesetz, Schauspielergesetz sowie des Gutsangestelltengesetz erfassten Personen auch jene miteinbeziehen sollte, die aufgrund unterschiedlicher Merkmale (z.B.: Art der Dienstleistung, Beziehung zum Dienstgeber) als Angestellte zu qualifizieren waren.¹¹⁴ Bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes vergingen noch drei Jahre, in denen vier Pensionsversicherungsüberleitungsgesetze wirksam wurden. Materiell rechtlich sind in diesem Zusammenhang die Einführung der Bemessungsgrundlage¹¹⁵ anstelle des bisherigen Prinzips der Gehaltsklassendurchrechnung sowie der Kinderzuschuss¹¹⁶ als Leistung zu Invaliditäts- bzw. Altersrenten zu nennen.

Am 29. Dezember 1926 trat schließlich das Angestelltenversicherungsgesetz¹¹⁷ in Kraft, welches nicht nur die Vereinheitlichung sämtlicher für Angestellten in Betracht kommenden Versicherungszweige mit sich brachte, sondern auch eine „ständische“ Aufgliederung der Sozialversicherung vorsah.¹¹⁸ Der persönliche Geltungsbereich umfasste alle Angestellten iS des Angestelltengesetzes 1921 sowie andere, auch bislang versicherungspflichtige Berufe, die allerdings nicht unter diesen Angestelltenbegriff fielen. Diese demonstrative Aufzählung war Ausfluss der jahreslangen Spruchpraxis zu der heiklen Frage der Angestellteigenschaft, im Ergebnis lagen zwischen AngG und AngVG aber keine identen Versichertenkreise vor. Das AngVG verhalf sämtlichen Angestellten, ohne Differenzierung nach Beschäftigung und Art des Betriebes, zu einer Unfallversicherung¹¹⁹, welche bis dahin nur sogenannte Betriebsbeamte vor den Folgen eines Dienstunfalles Schutz bot.¹²⁰ Für gegenständliche Arbeit von besonderer Bedeutung ist der Ersatz des im Pensionsversicherungsgesetz normierten Begriffes „Erwerbsunfähigkeit“ durch „dauernde Berufsunfähigkeit“, wodurch der Weg zur der eigentlichen Berufsversicherung beschritten wurde, da es sich nicht um eine generelle Unfähigkeit zum Erwerb, sondern nur um jene zur Ausübung eines bestimmten Berufes handeln sollte. § 27 AngVG unterschied zwei

¹¹³ Schmitz, Die Angestelltenversicherung I (1948) 9.

¹¹⁴ Czerny, Das Angestelltenversicherungsgesetz nach dem Stande von Mitte Februar 1929 (1929) 26.

¹¹⁵ Vgl. § 1 Pensionsversicherungs-Überleitungsgesetz (BGBl. 1923/609).

¹¹⁶ Vgl. § 1 Abs 2, 3. Pensionsversicherungs-Überleitungsgesetz (BGBl. 1924/217).

¹¹⁷ BGBl. 1926/388.

¹¹⁸ Hofmeister, Sozialversicherung, 197.

¹¹⁹ Im Gegensatz zur – zu dieser Zeit schon in Geltung stehenden Arbeiterunfallversicherung – lukrierte der Pensionsversicherungsträger trotz Versicherungslast keine Beitragsleistung.

¹²⁰ Schmitz, Angestelltenversicherung, 11f.

Fälle, in denen der Versicherte einen Anspruch auf Invaliditätsrente erfüllte. „Anspruch auf Invaliditätsrente hat der unmittelbar¹²¹ Versicherte, wenn er berufsunfähig geworden ist, d.h. wegen körperlicher Gebrechen oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte dauernd außerstande ist, den Pflichten seiner letzten Berufsstellung nachzukommen oder eine andere Beschäftigung auszuüben, die ihn mit Rücksicht auf seine bisherige Beschäftigung, praktische Ausbildung Vorbildung billigerweise zugemutet werden kann. Anspruch auf Invaliditätsrente hat auch der unmittelbar Versicherte, der war nicht dauernd berufsunfähig ist, dessen mit Berufsunfähigkeit verbundene Erkrankung jedoch über die nach § 11 Abs 2 in Betracht kommende Frist hinaus ändert, und zwar vom Zeitpunkte des Ablaufes dieser Frist an für die weitere Dauer der Berufsunfähigkeit.“

Die Voraussetzungen waren demnach erfüllt, wenn der Versicherte außerstande war, die Pflichten seiner letzten Berufsstellung zu erfüllen oder eine andere Beschäftigung auszuüben, die ihm mit Rücksicht auf seine bisherige Beschäftigung, praktische Ausbildung und Vorbildung billigerweise zugemutet werden kann. Damit deckte sich der Kreis dieser Beschäftigungen nach dieser Begriffsbestimmung mit dem Kreise derjenigen Verwendungen, die dem bisherigen Berufszweig des Versicherten zuzuzählen oder höher zu werten sind.¹²² Der Versicherte musste es an jener Leistungsfähigkeit mangeln, die für die Verrichtung von Tätigkeiten jener Berufsgruppe erforderlich sind, welcher er in den letzten Jahren (!) vor Eintritt der Versicherungsfall angehörte. Für das Vorliegen von Berufsunfähigkeit musste der Versicherte außerstande sein, den Anforderungen seiner Berufsgruppe wie auch jener von gleichwertigen Nachbarberufen zu entsprechen.¹²³ Der Gesetzgeber verlangte für die Erfüllung des Anspruches auf Invaliditätsrente eine dauernde, d.h. eine in ihrer zeitlichen Dimension nicht abschätzbare Berufsunfähigkeit¹²⁴, die allerdings als relative Arbeitsunfähigkeit konzipiert war. Demnach durfte ein Versicherter eine andere, anders geartete und mit der Berufsunfähigkeit vereinbare Beschäftigung ausüben – ohne Anspruchsverlust.

¹²¹ Das Gesetz verstand unter unmittelbar Versicherte Personen, die entweder angestelltenversicherungspflichtig waren oder eine Eigenpensionsleistung (Invaliditäts- oder Altersrente) aus der PV bezogen (auch wenn diese ruhen sollte). Als mittelbar Versicherte galten die Angehörigen, nach dem Tode des unmittelbar Versicherten dessen Hinterbliebene mit entsprechendem Leistungsbezug.

¹²² Czerny, Angestelltenversicherungsgesetz II, 30.

¹²³ Lederer, Sozialrecht, 479.

¹²⁴ Die vorübergehende Berufsunfähigkeit berechnete gemäß § 11 Abs 1 AngVG zum Bezug von Krankengeld ab dem vierten Tage der Dienstverhinderung auf deren Dauer, höchstens aber durch 30 Wochen für denselben Krankheitsfall. Die Bezugsdauer verlängerte sich nach Erwerb von 12 anrechenbaren Beitragsmonaten auf 52, nach Erfüllung der Wartezeit auf 78 Wochen.

Bei der Formulierung des Invaliditätsbegriffs beschritt der Gesetzgeber den Mittelweg zwischen den Erfordernissen für Berufsunfähigkeit nach dem Pensionsversicherungsgesetz, die sich von der letzten versicherungspflichtigen Stellung ableitete, und jenen nach dem deutschen AngVG. Darin wurden neben einer abstrakten Mindestverdienstgrenze („die Hälfte jener Arbeitsfähigkeit, die körperlich und geistig gesunde Versicherte von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten aufweisen“) auch eine persönliche Leistungsunfähigkeit verlangt. Im Ergebnis machte der Gesetzgeber von keinem der drei in der Rechtslandschaft existierenden Begriffes „Arbeits-, Standes- und Berufsinvalidität“ Gebrauch und entschied sich für eine Konstellation, die zwischen der für den Versicherten günstigsten Form der Berufsinvalidität und der nächst günstigeren Form der Standesinvalidität lag.¹²⁵ Die Frage welche Beschäftigung dem Versicherten noch zumutbar ist, oblag dem freien Ermessen des Rentenausschusses¹²⁶ bzw. gegeben falls den Schiedsgerichten.¹²⁷

Als weitere sozialversicherungsrechtliche Errungenschaften sind uA die Einbeziehung der Rentenbezieher und ihrer Angehörigen in die Krankenversicherung, die Festlegung von Mindesthöhen für verschiedene Leistungen, die Einführung einer vorzeitigen Alterspension für Frauen ab dem vollendeten 55. Lebensjahr und Männer ab dem vollendeten 60. Lebensjahr bei Vorhandensein von zumindest 120 Beitragsmonaten (vgl. § 31 AngVG) sowie die kosten(betrags)freie Anrechnung von Vordienstzeiten. Letztgenannte „freigiebiges Großtat“¹²⁸ bescherte der Angestelltenversicherung erhebliche Finanzierungsprobleme, da die Anzahl der Leistungsbezieher stark anwuchs und bestehende Leistungen aufgrund weiterer Steigerungsbeträge erhöht wurden. Auf die umfassenden Organisationsbestimmungen wird aus themenrelevanten Gesichtspunkten nicht näher eingegangen.¹²⁹

Von den ersten beiden Novellen¹³⁰, sind vor allem die Änderungen im Rahmen der zweiten Novelle auszugsweise zu erwähnen, schließlich legte man sich erstmals in taxativer Weise (in positiver und negativer Abgrenzung) auf den Kreis der versicherungspflichtigen Personen fest. Eine auf das Bildungsniveau abstellende Klausel, wonach „alle Dienste, für

¹²⁵ Lederer, Grundriss, 479.

¹²⁶ Der Rentenausschuss war ein am Sitz der Hauptanstalt einzurichtender Ausschuss, der sich aus einem Dienstnehmer bzw. Dienstgebervertreter sowie einem Dienstnehmer („Beamten“) der Hauptanstalt zusammensetzte, wobei letzterem kein Stimmrecht zukam (vgl. § 76 AngVG).

¹²⁷ Czerny, Angestelltenversicherungsgesetz II, 116.

¹²⁸ Schmitz, Angestelltenversicherung I, 14.

¹²⁹ Für Näheres: Ebenda, 15.

¹³⁰ BGBl. 1927/240 (I. Novelle), BGBl. 1928/201 (II. Novelle).

die eine über das Lehrziel der Hauptschule wesentlich hinausgehende allgemeine Bildung erforderlich ist“ bildete den Abschluss der positiven Aufzählung. Verfahrensrechtliches Novum war die Möglichkeit zur bescheidmäßigen Feststellung dauernder Berufsunfähigkeit bei aufrechter Versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis (auf Antrag).¹³¹ Zur Deckung der Verfahrenskosten hatte der Versicherte eine Sicherstellung zu leisten, die im Falle der Bejahung von Berufsunfähigkeit zurückgestellt wurde, andernfalls zugunsten des Versicherungsträgers als verfallend erklärt werden konnte.

In den frühen dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts befand sich die Pensionsversicherung in einer schweren finanziellen Krise, die nicht zuletzt durch die Großzügigkeit so mancher Maßnahmen in den Vorjahren verursacht wurde (Anrechnung Vordienstzeiten). Abhilfe wurde mit dem Bundesgesetz betreffend die gewerbliche Sozialversicherung¹³² geschaffen, wobei auch hier Leistungskürzungen, wie im Bundesgesetz über vorläufige Maßnahmen auf dem Gebiete der Angestelltenversicherung¹³³, Teil des Konsolidierungskonzepts waren. Das GSVG fasste sämtliche Sozialversicherungsgesetze, mit Ausnahme jener der öffentlichen Bediensteten und der Arbeitnehmer in der Landwirtschaft, Eisenbahner und Notare, zusammen. Der Wirkungsbereich des Gesetzes umfasste die im Inland aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses berufsmäßig beschäftigten Personen für die Fälle der Krankheit, der Invalidität, des Alters und des Todes, sowie für die Folgen eines Arbeits-(Dienst)unfalls.¹³⁴ Es enthielt für diesen Personenkreis auch Bestimmungen über die Arbeitslosen- und Altersfürsorge.

Die in § 253 normierten Anspruchsvoraussetzungen für eine Invaliditätsrente sahen neben der Erfüllung der Wartezeit den Eintritt des Versicherungsfalles (Berufsunfähigkeit, Invalidität) vor, wobei gegenständliche Bestimmung ident mit § 27 AngVG war. Die nähere Determinierung der Zumutbarkeit wurde in einem Erkenntnis des Schiedsgerichts vom 5. Juni 1937 festgelegt, wonach jene Beschäftigung zumutbar waren, die zu jener Berufsgruppe gehörte, der die Beschäftigungen des Anspruchswerbers in der letzten Zeit vor Eintritt des Versicherungsfalles zuzuweisen waren oder zu einer dieser gleichwertigen Berufsgruppe. Die Eignung musste eine unmittelbare sein, dem Anspruchswerber wurden weder Umschulungsmaßnahmen noch sonstige Vorbereitungen zugemutet.¹³⁵ Im Rahmen

¹³¹ Vgl. § 93 Abs 4 AngVG idF BGBl. 201/1928.

¹³² BGBl. 1935/107.

¹³³ BGBl. 1935/56.

¹³⁴ Das Stammgesetz erstreckte sich auf insgesamt sechs berufsständische Hauptgruppen (vgl. § 1 Abs 1 GSVG idF des Stammgesetzes).

¹³⁵ *Schmitz*, Angestelltenversicherung I, 75.

dieser Arbeit gilt es aufzuzeigen, inwieweit die Judikatur sich in der Frage der Zumutbarkeit von dieser Rechtsansicht entfernt hat.

Im Unterschied zum AngVG wirkte sich ein aufrechtes versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis anspruchsverneinend aus, weshalb die Möglichkeit zur Feststellung dauernder Berufsunfähigkeit bei aufrechtem Dienstverhältnis im Rahmen der zweiten Novelle wiedereingeführt wurde. Eine Bestimmung, die zwar dem AngVG, nicht jedoch der Stammfassung des GSVG innewohnte.¹³⁶

An dieser Stelle sei nochmals auf die sozialversicherungsrechtliche Situation der Arbeiter verwiesen, deren Invaliden- und Altersversicherung aufgrund der im Rahmen einer Verordnung der Bundesregierung normierten „Wohlstandsklausel“ von einer entsprechend guten Wirtschaftslage abhängig gemacht wurde. Es ist wohl wenig überraschend, dass sich diese Rahmenbedingungen in der ersten Republik nicht mehr einstellen sollten.

3.3 Sozialversicherungsrecht im Nationalsozialismus

Der Anschluss an das Deutsche Recht brachte die In-Geltung-Setzung zahlreicher Deutscher Gesetze¹³⁷ mit sich, das Sozialversicherungsrecht gehörte zu den am schnellsten rezipierten Rechtsmaterien. In Art. VI der Verordnung vom 26. März 1938¹³⁸ wurde die Anwendung der reichsrechtlichen Bestimmungen für die Rentenversicherung der Arbeiter in Österreich festgelegt. Mit der vom 22. Dezember 1938 eingeführten Verordnung über die Einführung der Sozialversicherung in Österreich (EVO)¹³⁹ waren die Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911, das Angestelltenversicherungsgesetz vom 28. Mai 1924, das Reichsknappschaftsgesetz vom 1. Juli 1926 und das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927 Bestandteil der Rechtsordnung geworden.¹⁴⁰ Die in der RVO enthaltenen Bestimmungen brachten die oftmals in Angriff genommene und nie umgesetzte Invaliden-, Alters- und Hinterbliebenenrenten der Arbeiter, was bedauerlicherweise bis zu diesem Kapitel der

¹³⁶ Ebenda, 81.

¹³⁷ Näheres in: *Davy/Fuchs/Hofmeister/Marte/Reiter*, Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (1990)

¹³⁸ RGBl. I S 1938/335.

¹³⁹ RGBl. I S 1938/1912.

¹⁴⁰ *Petrovic*, Das Sozialversicherungsrecht in der „Ostmark“ in: *Davy/Fuchs/Hofmeister/Marte/Reiter*, Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (1990)

österreichischen Geschichte vielen Regierungen nicht gelungen ist. Die deutschen Bestimmungen brachten allerdings nicht ausschließlich Verbesserungen im Sozialversicherungssystem. Die Rentenhöhen waren teilweise unter österreichischem Niveau (z.B.: bei industriell-gewerblichen Arbeitern), das Beitragsniveau war umgekehrt höher und bedeutete finanzielle Mehrbelastungen der Versicherten. In organisatorischer Hinsicht brachte die Nationalsozialistische Ära die Ausschaltung der Selbstverwaltung¹⁴¹ und anstelle dessen das Führerprinzip. Damit oblag die Entscheidungskompetenz dem Leitungsorgan des Versicherungsträgers, der durch zwei Versicherungsvertreter (einem aus dem Kreis der Versicherten und einem aus dem Kreis der Dienstgeber) in Form eines Beirats unterstützt wurde.

Auch nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs blieb das reichsdeutsche Sozialversicherungsrecht vorerst in Geltung, Rechtsgrundlage dafür bildete § 2 des Rechtsüberleitungsgesetzes¹⁴², mit dem sämtliche Gesetze und Verordnungen, die nach dem 13.3.1938 für die Republik Österreich erlassen wurden, als österreichische Rechtsvorschriften „in vorläufige Geltung“ gesetzt wurden, sofern sie nicht gemäß §1 R-ÜG aufgehoben wurden.¹⁴³

Mit dem Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz¹⁴⁴ wurde die Sozialversicherung in organisatorischer Hinsicht neu geregelt, anstelle der direkten Selbstverwaltung wurde die abgeleitete Selbstverwaltung¹⁴⁵ eingerichtet, welche eine Entsendung von Versicherungsvertreter und Vertreterinnen durch die Interessensverbänden von Arbeitnehmern und Arbeitgebern vorsieht.¹⁴⁶ Es kam zur Wiedereinführung der Schiedsgerichte, auch der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger – als Dachverband aller Träger – wurde mit diesem Gesetz ins Leben gerufen.¹⁴⁷

Die ersten beiden Novellierungen werden mangels einschneidender Neuerungen nicht näher ausgeführt, die dritte Novelle brachte hingegen Maßnahmen von historischer und

¹⁴¹ Siehe beispielsweise: *Grandl*, Die Geschichte der Sozialversicherungsselbstverwaltung in Österreich; in Schriftenreihe des Instituts zur Erforschung der Geschichte der Gewerkschaften und Arbeiterkammern, ÖGB Verlag.

¹⁴² StGBI.1945/6.

¹⁴³ Siehe dazu: *Buhs*, Die Rechtsüberleitung 1945 (Dissertation Universität Wien 1961) 79ff

¹⁴⁴ Wiederverlautbarung als SV-ÜG 1953, BGBl. 1953/99.

¹⁴⁵ Für Näheres siehe: *Schmid*, Aufgaben und Funktion der Selbstverwaltung in der gesetzlichen Sozialversicherung (2001).

¹⁴⁶ Vgl. § 16 SV-ÜG.

¹⁴⁷ *Schmitz*, Die Angestelltenversicherung II, 21.

rechtspolitischer Bedeutung.¹⁴⁸ Im Hinterbliebenenrecht wurden die Anspruchsvoraussetzungen im Hinblick auf sogenannte Versorgungsehen verschärft, die Einrichtung eines Unterstützungsfonds¹⁴⁹ bei den Versicherungsträgern vorgesehen und die Ausfallshaftung des Bundes auf ein Viertel des gesamten Rentenaufwandes beschränkt.¹⁵⁰ Die Vielzahl von Novellen (8) und die damit einhergehende Unübersichtlichkeit der Regelungsmaterie veranlasste die Bundesregierung zur Wiederverlautbarung des Sozialversicherungs-Überleitungsgesetzes vom 12. Juni 1947, anstelle der bisherigen Benennung trat die Bezeichnung „Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz 1953“. Die erste Novelle dazu brachte erneut eine Änderung in den Finanzierungsbestimmungen: der Bund wurde demnach zusätzlich zum 25%igen Bundesbeitrag zur Leistung jenes Beitrages, um den die Gesamteinnahmen einschließlich Bundesbeitrages hinter 110% des Rentenaufwandes zurückbleiben verpflichtet.¹⁵¹ Während mit den dargestellten Maßnahmen Mängel im bestehenden Sozialversicherungsrecht beseitigt wurden/ werden sollten, kam es mit dem 1. Sozialversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 3.4.1952¹⁵² zur gänzlichen Neuregelung materiell rechtlicher Bestimmungen.¹⁵³

3.4 Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG)¹⁵⁴

Dieses Kapitel widmet sich neben einer kurzen Darstellung des Werdeganges des Gesetzes ausschließlich den für diese Arbeit relevanten Neuerungen im Bereich der Pensionsversicherung, da eine Gesamtdarstellung der materiell- und formellrechtlichen Änderungen zu ausufernd wäre.

Die Ambitionen zur Neugestaltung der sozialversicherungsrechtlichen Landschaft setzen unmittelbar nach dem Ende des zweiten Weltkrieges ein. Das Ziel einer österreichischen Sozialversicherung, welche weitgehenden Schutz für die Bevölkerung des Landes bieten und dabei geprägt vom Gedanken der Solidarität zwischen den unterschiedlichen

¹⁴⁸ Ebenda, 23.

¹⁴⁹ Vgl. § 65 Abs 4 SV-ÜG idF BGBl 114/1949.

¹⁵⁰ Vgl. § 85 Abs 3 lit b SV-ÜG idF BGBl 114/1949.

¹⁵¹ Vgl. § 85 Abs 3 lit b Z 2 SV-ÜG idF BGBl 13/1954.

¹⁵² BGBl. 1952/86.

¹⁵³ Das SV-NG war Ergebnis einer vom Hauptverband österreichischer Sozialversicherungsträger eingesetzten Expertenkommission zur Gesamtkodifikation des Sozialversicherungsrechts (siehe Kapitel 1.7.)

¹⁵⁴ BGBl. 1955/189.

Versichertengruppen sein sollte, war Anlass für die Einrichtung einer Expertenkommission im Jahre 1949. Diese war mit den „undankbaren“ Aufgaben betraut sämtliches vorhandenes Material zur geltenden Rechtslage zu sichten, über dessen (Nicht)fortbestand im neuen Gesetz zu beraten und Vorarbeiten zu liefern. Das ursprüngliche Vorhaben einer etappenweisen Regelung wurde rasch verworfen, das Gebot zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der gesamten Materie wäre nicht einhaltbar gewesen. Die Ausarbeitung eines eigenen Referentenentwurfes zum ASVG nahm sodann zwei Jahre in Anspruch, ehe es im Jahre 1954 dem Sozialministerium vorgelegt werden konnte. In zähen Verhandlungen¹⁵⁵ wurde über diesen Entwurf beraten, wodurch sich eine Überarbeitung des halben Gesetzes ergab, bis er schließlich am 9. September 1955 vom Nationalrat verabschiedet wurde.¹⁵⁶ Die per 1.1.1956 in Kraft getretene Kodifikation der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung für einen Großteil der Versichertengemeinschaft, bedeutete letztlich die Bestreitung eines formell- und materiell rechtlich neu gelagerten Weges und ist mE als bedeutende sozialpolitische Leistung in der Historie einzuordnen.¹⁵⁷ Dies gilt insbesondere für dessen vierten, den die Pensionsversicherung der Arbeiter, der Angestellten und der Knappen regelnden Teil, der als Neuschöpfung und Kernstück des neuen Gesetzes erachtet wurde.¹⁵⁸ Trotz aller Fortschrittlichkeit und Bemühungen um Vereinheitlichung, wurde das Ziel von – für alle in der Pensionsversicherung berücksichtigten Versicherungsgruppen – einheitlichen Bedingungen und möglichst einheitlichen Leistungsgrundsätzen nicht zur Gänze erreicht. Dies spiegelt sich zum Einen in den Bestimmungen über die Knappschaftliche Pensionsversicherung¹⁵⁹ wider (z.B. ..: abweichender Leistungskatalog, andere Bezeichnungen der Leistungen), wodurch der Charakter als Berufs-Sonderversicherung deutlich unterstrichen wurde und zum Anderen in der Differenzierung der Begrifflichkeiten im Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit: Invalidität, Berufsunfähigkeit, Dienstunfähigkeit. So wurde zwar eine noch in der Regierungsvorlage enthaltene Schlechterstellung der Angestellten im Bereich der Anrechnung von Versicherungszeiten beseitigt und der Invaliditätsbegriff dahingehend abgeändert, dass anstelle der bisherigen 66 ^{2/3} %-igen Minderung der Erwerbsfähigkeit eine mehr als 50%-ige Minderung – analog zur Angestelltenversicherung – für die Erfüllung

¹⁵⁵ Die Einbindung der gesetzlichen Interessenvertretungen ging zwar zur Lasten der Beratungsdauer, bewirkte jedoch im Endeffekt eine breit gestreute Akzeptanz des Gesetzes.

¹⁵⁶ *Melas/Gabler/Steinbach/Rodler/Bakule*, Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG), in *Soziale Sicherheit* (1955) 8. Jg. Heft 9/10 297f.

¹⁵⁷ Für Hinweise auf Kritik siehe: StenProtNR VII. GP 79. Si 3636.

¹⁵⁸ Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz 331.

¹⁵⁹ Vgl. Abschnitt IV des ASVG.

eines Anspruchs auf diese Leistung aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit für Arbeiter ausreichte, eine zur Gänze idente Regelung für beide Versichertengruppen gelang allerdings nicht.¹⁶⁰

Als berufsunfähig gemäß § 273 ASVG idF BGBl. 189/1955 galt ein Versicherter, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich oder geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten herabgesunken war. Hingegen war der Invaliditätsbegriff des § 255 Abs 1 idF BGBl. 189/1955 dann erfüllt, wenn ein Versicherter infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte nicht imstande ist, durch eine entsprechende Tätigkeit [...] die Hälfte des Normalverdienstes [...] zu erwerben. Diese auf den ersten Blick ähnlich normierte Anspruchsvoraussetzung betreffend den erzielbaren Arbeitsverdienst bedarf des Hinweises auf das jeweilige Verweisungsfeld. Im Bereich der Angestelltenversicherung (in ihrer Ausgestaltung als Berufsversicherung) galt (gilt) als Verweisungsfeld die Berufsgruppe, im Bereich der Arbeiterversicherung war diese mit dem allgemeinen Arbeitsmarkt gleichgesetzt. Schon damals wurde dieser Umstand vom Abgeordneten Böhm als bedauernswert empfunden, dieses Versäumnis sollte seiner Ansicht nach mit der weiteren Entwicklung des Sozialversicherungsrechts aber alsbald der Vergangenheit angehören.¹⁶¹

3.5 Die weitere Entwicklung der Rechtsgrundlagen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit

Der Invaliditätsbegriff idF der Stammfassung behielt bis ins Jahre 1962 Gültigkeit, wo er im Rahmen der 9. Novelle zum ASVG¹⁶² dahingehend abgeändert wurde, dass in § 255 Abs 1 ein Berufsschutz für überwiegend in erlernten oder angelernten Berufen tätige Arbeiter normiert wurde. Damit kam man dem Ziel einer sozialrechtlichen Angleichung von (Fach)arbeitern und Angestellten einen bedeutenden Schritt näher. Abs 2 legte fest, dass eine angelernte Tätigkeit iS des Abs 1 dann vorliegt, wenn „der Versicherte eine Tätigkeit ausübt, für die es erforderlich ist, durch praktische Arbeit qualifizierte Kenntnisse oder Fähigkeiten zu erwerben, welche jenen in einem erlernten Beruf gleichzuhalten sind.“ Das zeitliche Überwiegen war dann gegeben, wenn diese Berufstätigkeit in mehr als der Hälfte

¹⁶⁰ StenProtNR VII. GP 79. Si 3597.

¹⁶¹ StenProtNR VII. GP 79. Si 3614.

¹⁶² BGBl. 1962/13.

der Versicherungsmonate in den letzten 15 Jahren vor dem Leistungsantrag ausgeübt wurde. In Abs 3 wurde die Definition des Hilfsarbeiters bzw. der für sie maßgebliche Invaliditätsbegriff normiert, der dann Anwendung findet, wenn der Versicherte nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen iS des Abs 1 und 2 tätig war. Invalidität gemäß Abs 3 liegt dann vor, wenn der Versicherte „infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherte regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.“ Damit galt für Facharbeiter ein dem Pensionsversicherungsrecht der Angestellten längst innewohnender Berufsschutz, während für Hilfsarbeiter am bisherigen Invaliditätsbegriff festgehalten wurde. Das Argument, wonach Arbeiter aufgrund ihrer größtenteils manuellen Tätigkeit leichter einen Berufswechsel vornehmen können, sollte – nach den Begründungen des Initiativantrages zur 9. Novelle – aufgrund der zunehmend technischen und wirtschaftlichen Weiterentwicklung und der damit verbundenen Vergleichbarkeit der Ausbildungen von Arbeitern und Angestellten ausgedient haben.¹⁶³ Die Forderung nach einer vollständigen Angleichung an den Berufsunfähigkeitsbegriff der Angestellten fand aufgrund der schwierigen Feststellbarkeit bei vielen Arbeitergruppen keine Umsetzung.¹⁶⁴

Hinzuweisen ist auf die Erweiterung des Leistungskataloges der gesetzlichen Pensionsversicherung um die in § 221 Abs 2 ASVG idF BGBl 13/1962 geschaffene Möglichkeit zur beruflichen Rehabilitation von Versicherten im Rahmen eines Heilverfahrens bzw. im Zusammenhang mit einer Antragstellung auf eine Leistung aus dem VF der geminderten AF. Keine meritorischen Änderungen ergaben sich zu § 273 ASVG, lediglich die Formulierung „infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes“ wurde an den geänderten § 255 ASVG angepasst. Ebenso wurde ein Redaktionsfehler „eines körperlich oder geistig gesunden Versicherten“ (Formulierung in der Stammfassung) durch Ersatz „eines körperlich und geistig gesunden Versicherten“ beseitigt.

Die 25. Novelle zum ASVG¹⁶⁵ änderte § 255 Abs 2 ASVG dahingehend ab, als ein Überwiegen nur dann vorliegt, wenn die Berufstätigkeit in mehr als der Hälfte der Beitragsmonate nach diesem Bundesgesetz während der letzten 15 Jahre vor dem Antrag

¹⁶³ Vgl. zu § 255 ASVG in 517 BlgNR IX GP.

¹⁶⁴ StenProtNR IX. GP 90 Si 3923.

¹⁶⁵ BGBl. 1970/385.

auf Invaliditätspension ausgeübt wurde. Der Gesetzgeber wollte damit Unbilligkeiten bei Feststellung der überwiegenden Berufsausübung beseitigen.¹⁶⁶

Der bis zur 32. Novelle zum ASVG¹⁶⁷ geltende Passus in § 255 Abs 2 ASVG bei Ermittlung der überwiegenden Ausübung des Berufes *„hiebei zählen Beitragsmonate, die mehr als zehn Jahre vor dem Stichtag liegen, nur zur Hälfte“* wurde gestrichen.¹⁶⁸ Die Neuregelung der Rehabilitation brachte uA eine Rehabilitationsmöglichkeit für BezieherInnen von IV- bzw. BU-Pensionen.¹⁶⁹ Der neu geschaffene § 255 Abs 4 ASVG verankerte den Invaliditätsbegriff für erfolgreiche Rehabilitanden. Er lautete:

Wurden dem Versicherten Maßnahmen der Rehabilitation gewährt, durch die das im § 300 Abs 3 angestrebte Ziel erreicht worden ist, so gilt er auch als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit in den Berufen, zu denen ihn die Rehabilitation befähigt hat, infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist.

Entgegen der RV, welche den Berufsschutz zwar auf den neuen Beruf übertragen, für den früheren Beruf dagegen nicht aufrecht erhalten wollte (*„so gilt er nur dann als invalid“*)¹⁷⁰, brachten die parlamentarischen Beratungen in dieser Hinsicht ein anderes Ergebnis: der Berufsschutz sollte trotz erfolgreicher Rehabilitation auch für den früheren Beruf gewahrt bleiben (*„so gilt er auch als invalid“*).¹⁷¹ § 273 wurde dahingehend modifiziert, als der bisherige Norminhalt zu Absatz 1 wurde, der neu angefügte Absatz 2 legte die sinngemäße Anwendbarkeit des § 255 Abs 4 fest.

Im Rahmen der 35. Novelle zum ASVG wurde in Absatz 4 ein (Alters)berufsschutz für nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen versicherte Personen geschaffen, sofern diese

- das 55. Lebensjahr vollendet haben
- in mindestens der Hälfte der Beitragsmonate (ASVG) während der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag eine gleiche/gleichartige Tätigkeit ausgeübt hat und

¹⁶⁶ 225 BlgNR XII GP.

¹⁶⁷ BGBl. 1976/704.

¹⁶⁸ Nachdem im § 245 Abs 3 ASVG idF der Regierungsvorlage diese Formulierung gestrichen wurde, regte der Ausschuss für soziale Verwaltung die gleiche Vorgehensweise bei § 255 Abs 2 ASVG an (vgl. AB zu § 255 Abs 2 u 4 ASVG in 388 BlgNR XIV GP).

¹⁶⁹ Vgl. § 300ff ASVG idF BGBl. 704/1976 bzw. AB zur 32. Novelle 388 BlgNR XIV GP.

¹⁷⁰ Vgl. RV 181 BlgNR 14 GP

¹⁷¹ Fürböck, Rehabilitation in der Sozialversicherung, ZAS 1979 83.

- infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch diese Tätigkeit wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.

Die Intention des Gesetzgebers war die Normierung eines verstärkten Schutzes für ungelernte, ältere Arbeiter, deren Eingliederung in den Arbeitsmarkt aufgrund körperlicher oder geistiger Einschränkungen de facto aussichtslos ist.¹⁷² Die bis zum In-Kraft-Treten der Novelle per 1.1.1981 geltende Regelung sah eine weitreichende Verweisbarkeit (d.h. auf den allgemeinen Arbeitsmarkt) vor, Invalidität lag erst dann vor, wenn ein Versicherter außerstande war, mit einer Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird, die Hälfte des Arbeitsverdienstes eines gesunden Arbeitnehmers zu erzielen. Telos des neuen § 255 Abs 4 war die weitgehende Ausschaltung der Verweisbarkeit älterer, ungelernter Arbeitskräfte. Versicherte, die die Voraussetzungen erfüllten, sollten sodann nur mehr auf jene Tätigkeiten verwiesen werden könne, die jener Tätigkeit gleich oder gleichartig ist, die sie zumindest in der Hälfte der Beitragsmonate innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag ausgeübt haben. Die Novelle verdeutlicht zum Einen die enge Verknüpfung von Invalidität und Arbeitsmarkt(perspektive)¹⁷³, wenngleich es sich beim Risiko der Arbeitslosigkeit um keines von der Pensionsversicherung zu tragendes handelt, und zum Andern wurde erstmals das Alter eines Versicherten ins Blickfeld der Betrachtungen zum Versicherungsfall gerückt. Eine völlig isolierte Betrachtung von Invalidität, brächte in Fragen der Verweisbarkeit unbefriedigende Ergebnisse für die Normunterworfenen, die letztendlich zwischen Pensionsversicherung und Arbeitslosenversicherung „hin und her pendeln“, wie dies gerade im Fall von älteren Arbeitnehmern oftmals Realität ist.

Der Invaliditätsbegriff gemäß Abs 3 war damit in der Anwendbarkeit im Bereich von Arbeitern ab vollendetem 55. Lebensjahr insoweit reduziert, als nur jene, die im Beobachtungszeitraum nicht die erforderliche Anzahl an Beitragsmonaten aufgrund einer gleichen oder gleichartigen (ungelernten) Tätigkeit erworben hatten, darunter zu subsumieren waren. Ein Vergleich zwischen Absatz 1 und Absatz 2 idF der 35. Novelle macht ersichtlich, was der Gesetzgeber im Rahmen der 39. Novelle korrigierte: das Verweisungsfeld für gelernte bzw. angelernte Arbeiter iS des § 255 Abs 1 ASVG war weiter als jenes nach Absatz 4. Während sich für erstgenannte Versichertengruppe die Verweisbarkeit nicht nur auf die tatsächlich ausgeübte Berufstätigkeit, sondern auch auf

¹⁷² Diese im ASVG vorgenommene Einschränkung der Verweisbarkeit für ältere Versicherte, war im Bereich der Selbstständigen Pensionsversicherung (BSVG und GSVG) zu diesem Zeitpunkt bereits geltendes Recht.

¹⁷³ Schrammel, Zur Problematik der Verweisbarkeit in der PV und UV, ZAS 1984 83.

jene, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse wie der bisherige Beruf verlangen erstreckte, konnte ein älterer ungelernter Arbeiter lediglich auf seine bisherige, überwiegend ausgeübte gleiche oder gleichartige Tätigkeit verwiesen werden.

Eine Frage, die die Rechtsprechung nach Einführung dieses Tätigkeitsschutzes beschäftigte, war die Auslegung der Begriffe „gleich oder gleichartige Tätigkeiten“, da sich in den Materialien kein spezifischer Hinweis dazu finden lässt. Für die Bildung des Verweisungsfeldes ist jedoch die Frage relevant, anhand welcher Kriterien man eine Gleichheit oder Gleichartigkeit einer Beschäftigung mit einer anderen beurteilen soll? Entgegen der anfänglichen Tendenz der Gerichte¹⁷⁴, § 255 Abs 4 ASVG dahingehend auszulegen, dass ein Versicherter auch auf andere, gleichartige Tätigkeiten verwiesen werden darf¹⁷⁵, setzte sich schließlich die Rechtsansicht durch, dass eine Verweisung lediglich auf die bisherigen, überwiegend ausgeübten Tätigkeiten zulässig ist.¹⁷⁶ Die zur Entscheidung berufenen Gerichte führten als Begründung den in lit. c verwendeten Begriff „diese Tätigkeit“, d.h. vom Gesetzgeber im Singular normiert, sowie den Klammerausdruck „(lit b)“, der „auf die bisher ausgeübte gleiche oder gleichartige Tätigkeit“ Bezug nimmt, ins Treffen.¹⁷⁷

Die pensionsrechtlichen Änderungen der folgenden Jahre beinhalteten¹⁷⁸ keine wesentlichen Änderungen im Bereich des Versicherungsfalles der geminderten Arbeitsfähigkeit. Die 39. Novelle¹⁷⁹ zum ASVG brachte dann die oben kurz angeführte Änderung des § 255 Abs 4 ASVG sowie die Einführung einer gleichlautenden Bestimmung im § 273 Abs 3 ASVG, um ältere Angestellte gleichzustellen. Der den ungelernten Arbeitern zugebilligte, bessere Verweisungsschutz wurde auf die gelernten bzw. angelernten Arbeiter sowie auf den Kreis der (älteren) Angestellten ausgedehnt. Zur Sicherstellung einer gewissen Mindestversicherungsdauer wurde eine weitere Anspruchsvoraussetzung (180

¹⁷⁴ Ursächlich für Unsicherheiten in der Auslegung war die Divergenz zwischen einerseits der in § 255 Abs 4 lit c ASVG gewählten Formulierung „*durch diese Tätigkeit (lit b)*“, welche auf die bisher ausgeübte gleiche oder gleichartige Tätigkeit iSd § 255 Abs 4 lit b ASVG hinweist und andererseits den dazu widersprüchlichen Gesetzesmaterialien, welche den Hinweis auf die Einschränkung der Verweisbarkeit auf eine Tätigkeit, „die jener Tätigkeit gleich oder gleichartig ist, die zumindest in der Hälfte der Beitragsmonate der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag ausgeübt wurde“ enthalten (vgl. 515 BlgNR XV GP).

¹⁷⁵ Vgl. OLG Wien 2.6.1981 32 R 91/81.

¹⁷⁶ Vgl. OLG Wien 26.2.1982 35 R 171/82.

¹⁷⁷ Müller, Kommentar zu OLG Wien 4.5.1982, 31 R 73/82 ZAS 1983 194.

¹⁷⁸ BGBl. 1981/282 (36. Novelle), BGBl. 1981/588 (37. Novelle), BGBl. 1982/647 (38. Novelle).

¹⁷⁹ BGBl. 1983/590.

VM) statuiert, da es trotz des Bekenntnisses zur Schaffung eines erleichterten Zugang zur IV- bzw. BU-Pension für alle versicherten (älteren) Dienstnehmer, zu keinen Inanspruchnahmen nach kurzer Versicherungsdauer kommen sollte.¹⁸⁰

Gemäß § 255 Abs 4 ASVG idF der 39. Novelle galt ein Versicherter auch dann als invalid, wenn er

- das 55. Lebensjahr vollendet hatte,
- am Stichtag 180 für die Bemessung der Leistung zu berücksichtigende Versicherungsmonate erworben hatte,
- in mindestens der Hälfte der Beitragsmonate nach dem ASVG während der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag eine gleiche oder gleichartige Tätigkeit ausgeübt hatte und
- infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande war, durch diese gleiche oder gleichartige Tätigkeit wenigstens die Hälfte des Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.

Die Vielzahl an Novellen in der Zeit zwischen 1981 und Beginn der 90er Jahre hatten den Auf- und Ausbau eines konsistenten Systems der sozialen Sicherheit zum Inhalt, eine für diese Untersuchung relevante Änderung ergab sich aus der 51. Novelle zum ASVG¹⁸¹.

Das SRÄG 1993 führte eine, der Systematik nach zu den Alterspensionen zählende, vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit ein, die „als eine Maßnahme im Interesse älterer, nicht mehr voll einsatzfähiger Langzeitarbeitsloser, die vorher schon längere Zeit der Versichertengemeinschaft angehört haben“¹⁸² verstanden wurde. Auch wenn sie mit dem SVÄG 2000 aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Pensionsversicherung gestrichen wurde, so soll kurz aus diese Kombinationsform aus Frühpension und IV- bzw. BU-Pension (gemäß § 255 Abs 4 und § 273 Abs 3 ASVG – beide Bestimmungen wurden entsprechend – da obsolet geworden – aufgehoben) eingegangen werden. Die Anspruchsvoraussetzungen der vz AP wegen geminderter Arbeitsfähigkeit gemäß § 253d ASVG waren:

- Vollendung des 55. Lebensjahres

¹⁸⁰ AB 39. Novelle BgNR XVI GP.

¹⁸¹ BGBl. 1993/335.

¹⁸² EBzRV 932 BgNR XVIII GP.

- Innerhalb der letzten 36 Kalendermonate vor dem Stichtag mindestens 24 Beitragsmonate oder innerhalb der letzten 180 Kalendermonate vor dem Stichtag 36 Beitragsmonate der Pflichtversicherung
- Ausübung einer gleichen oder gleichartigen Tätigkeit in mindestens der Hälfte der Beitragsmonate nach dem ASVG während der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag
- Infolge des körperlichen oder geistigen Zustandes darf der Versicherte nicht mehr imstande sein, durch diese gleiche oder gleichartige Tätigkeit mindestens die Hälfte jenes Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.

§ 253d fasste damit die bis dahin bestehende Regelung zum besonderen Tätigkeitsschutz bei Invalidität und Berufsunfähigkeit ab dem 55. Lebensjahr zusammen, modifiziert um ein besonderes Anwartschaftsrecht.

Das in Form des Strukturanpassungsgesetzes 1996 gegossene Vorhaben zur Budgetkonsolidierung der damaligen Bundesregierung brachte tiefgreifende Veränderungen im Sozialversicherungsrecht, insbesondere bei den pensionsrechtlichen Bestimmungen, deren finanzielles Ziel die Senkung des Bundesbeitrages war.

Mit dieser Novelle¹⁸³ wurde die grundsätzlich unbefristete Zuerkennung¹⁸⁴ von IV- bzw. BU-Pensionen in eine grundsätzliche Befristung von maximal 24 Monaten ab dem Stichtag normiert. Eine Befristung für kürzere Zeiträume war nach der Rechtslage ebenso möglich, beispielsweise wenn die medizinische Beurteilung des Versicherten eine rasche Besserung des Gesundheitszustandes erwarten lässt.¹⁸⁵

In § 256 Abs 1 ASVG wurde eine Weitergewährung für den Fall des Weiterbestandes von Invalidität und einer Beantragung, die spätestens drei Monate nach dem Wegfall zu erfolgen hatte, normiert. Eine unbefristete Zuerkennung ist nur für den Fall vorgesehen, dass aufgrund des körperlichen oder geistigen Zustandes des Versicherten dauernde Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit anzunehmen ist (§ 256 Abs 2 ASVG). Den EBzRV zur Folge, wollte der Gesetzgeber mit der grundsätzlichen Befristung dem Umstand Rechnung tragen, dass der Versicherungsträger im Hinblick auf die nicht vorhersehbare Weiterentwicklung medizinischer Behandlungsmethoden sowie die Unsicherheit von medizinischen Langzeitprognosen eine flexiblere Zuerkennungspraxis haben soll.¹⁸⁶ Die Abkehr vom

¹⁸³ BGBl. 1996/201.

¹⁸⁴ Gegen den Ausspruch der Befristung ist keine Klage beim Arbeits- und Sozialgericht möglich.

¹⁸⁵ Choholka/Juch/Rudda/Souhrada/Sulz.B. acher, Strukturanpassungsgesetz - Änderungen im Sozialversicherungsrecht SozSi 1996 471.

¹⁸⁶ EB 72 BlgNR 20. GP

System der grundsätzlichen Befristung hatte die Änderung des den Eintritt des Versicherungsfalles regelnden § 223 ASVG zur Folge, der in lit a verwendete Ausdruck „dauernder“ wurde durch den Ausdruck „der“ ersetzt, lit b (regelte die vorübergehende IV bzw. BU) wurde aufgehoben. Gemäß § 223 Abs 1 Z 2 lit a idF BGBl. 201/1996 gilt bei Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit der Versicherungsfall mit Eintritt der IV, BU bzw. DU als eingetreten, alternativ bei dessen Nichtfeststellbarkeit mit dessen Antragstellung.

Die Modifizierung der Anspruchsvoraussetzungen der §§ 254 Abs 1 bzw. 271 ASVG hatte die Verankerung einer bestimmten Mindestdauer von Berufsunfähigkeit bzw. Invalidität zum Inhalt. Für den Anspruch bedurfte es neben der erfüllten Wartezeit auch des Vorliegens von BU bzw. IV für die Dauer von voraussichtlich zumindest sechs Monaten. Zudem durften am Stichtag noch nicht die Voraussetzungen für eine Alterspension, eine vz AP bei langer Versicherungsdauer oder wegen geminderter Arbeitsfähigkeit nach dem ASVG (BSVG, GSVG) erfüllt sein.

Hervorzuheben ist die mit dem Strukturanpassungsgesetz erfolgte Neugestaltung des Rehabilitationsrecht, insbesondere der mit dieser Novelle verankerte Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“, wonach ein Antrag auf eine Pension aus einem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit gleichzeitig als Antrag auf Rehabilitation zu werten ist. Zudem wurde die Einholung der Zustimmung des Versicherten zur Einleitung von Maßnahmen der Rehabilitation obsolet.¹⁸⁷ Auf den Versicherten kann der Versicherungsträger „lediglich“ mittelbar Zwang ausüben, indem die leistungsrechtlichen Konsequenzen einer solchen Weigerung ein Versagen des für die Dauer der Rehabilitationsmaßnahme gebührendes Übergangsgeldes (in der Höhe der Pension) vorsehen.¹⁸⁸

Die Änderungen im Rehabilitationsrecht hatten unmittelbaren Einfluss auf die Regelungen zur Verweisbarkeit bei berufsgeschützten Angestellten und Arbeitern (d.h. gelernten oder angelernten), da bei diesen im Falle einer erfolgreichen Rehabilitation ein „ausgedehntes Verweisungsfeld“ zur Anwendung kommt. Der neu geschaffene § 255 Abs 4 ASVG¹⁸⁹ regelte die generelle Zumutbarkeit von Tätigkeiten, für die der Versicherte unter Berücksichtigung der Dauer und des Umfangs seiner Ausbildung sowie der von ihm bisher ausgeübten Tätigkeiten durch Leistungen der beruflichen Rehabilitation mit Erfolg

¹⁸⁷ Im Falle eines bestehenden Berufsschutzes sind berufliche Rehabilitationsmaßnahmen nur mit Zustimmung des Versicherten möglich.

¹⁸⁸ Vgl. OGH am 27.04.2004 10ObS26/03a.

¹⁸⁹ Dies galt gemäß § 273 Abs 2 auch für Angestellte entsprechend.

ausgebildet oder umgeschult worden ist. Anzumerken ist, dass die Zumutbarkeitsprüfung bereits zum Zeitpunkt der Festlegung der beruflichen Rehabilitationsmaßnahme stattfindet, weshalb von keiner gravierenden Einschränkung des Berufsschutzes gesprochen werden kann.¹⁹⁰ Die Zumutbarkeit einer Rehabilitationsmaßnahme definierte der den Anfall der Leistungen regelnde § 86 in seinem Abs 3 Z 2 idF BGBl. 201/1996, wonach dem Versicherten solche Maßnahmen der Rehabilitation gewährt werden, die ihm „unter Berücksichtigung der Dauer und des Umfangs seiner Ausbildung sowie der von ihm bisher ausgeübten Tätigkeit zumutbar“ sind. Wurde ein Anspruchswerber erfolgreich beruflich rehabilitiert, so ist eine Verweisbarkeit auf die neue Tätigkeit zulässig, eine tatsächliche Berufsausübung ist keine Voraussetzung für die Legitimation der Verweisbarkeit. Für den Anfall der BU bzw. IV-Pension bedeutet dies, dass nur bei nicht erfolgreicher Wiedereingliederung in das Berufsleben bzw. bei Unzumutbarkeit einer beruflichen Rehabilitationsmaßnahme die Leistung anfallen kann. Zudem wurde § 86 ASVG dahingehend modifiziert, dass die Weiterausübung jener Tätigkeit, aus der ein Antrag auf eine BU/IV-Pension gestellt wurde, dem Anfall der Leistung entgegensteht. Die Aufgabe der bisherigen Erwerbstätigkeit wurde damit - ausgenommen für Bezieher einer Pflegegeldstufe 3 oder höher – als Bedingung für den Anfall normiert.

Mit dem ASRÄG 1997¹⁹¹ wurden einerseits die Bestimmungen über die Teilpension eingeführt, andererseits die Anspruchsvoraussetzungen der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit adaptiert. Die vz AP wegen geminderter AF verlangte künftig das Vorliegen von 72 Beitragsmonaten anstelle der bisherigen 36 innerhalb der letzten 180 KM vor dem Stichtag sowie eine mindestens 20-wöchige geminderte Arbeitsfähigkeit iS des § 253d Abs 1 Z 4 ASVG. Die dem § 254 angefügten Abs 6 bis 8 regelten Voraussetzungen und Höhe der Teilpension, die in jenen Kalendermonaten zu ermitteln ist, in denen eine Person, die Anspruch auf eine IV-Pension hat, ein Erwerbseinkommen bezieht, dessen Höhe die (jährlich anzupassende) Geringfügigkeitsgrenze übersteigt. Die Ermittlung der Teilpension¹⁹² ging von einer fiktiven Vollpension aus, von dem – je nach Höhe des Gesamteinkommens – ein

¹⁹⁰ *Jabornegg/Resch*, Rehabilitation vor Rente, ZAS 1999 65.

¹⁹¹ BGBl. I 1997/139.

¹⁹² Bis zu einem Gesamteinkommen (Erwerbseinkommen + Pension) von 12.000 S gebührte die Pension im vollen Ausmaß, Gesamteinkommensteile von weiteren 6.000 S wurde mit 30%, 40% bzw. 50% dieser Einkommensteile auf die Pension angerechnet.

Anrechnungsbetrag in Abzug gebracht wurde. Die Teilpension musste jedoch mindestens 50% der Vollpension betragen.¹⁹³

Im Rahmen der 55. Novelle zum ASVG¹⁹⁴ wurden bestehende Härten beim VF der geminderten Arbeitsfähigkeit für junge Versicherte beseitigt. Dem § 236 Abs 4 wurde eine Ziffer 3 angehängt, wonach bei Eintritt des VF vor Vollendung des 27. Lebensjahres des Versicherten auch eine entsprechende Pensionsleistung gebührt, sofern bis zu diesem Zeitpunkt mindestens sechs Versicherungsmonate¹⁹⁵ erworben worden sind.

Zudem erfolgte eine legistische Klarstellung zu den Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 223 ASVG, deren Notwendigkeit sich aus der Gesetzesinterpretation des OGH in seinem Urteil vom 9.9.1997 ergeben hatte.¹⁹⁶ Darin hatte der OGH eine Differenzierung von primären und sekundären Anspruchsvoraussetzungen vorgenommen und für die zum Stichtag durchzuführende Prüfung derselben ein diesbezügliches Erfordernis nur im Hinblick auf die „sekundären“ Anspruchsvoraussetzungen (z.B.: Erfüllung der Wartezeit) konstatiert. Es wurde daher seitens des Gesetzgebers expressis verbis klargestellt, dass die zum Stichtag geltende Rechtslage bei der Prüfung aller notwendigen Anspruchsvoraussetzungen, inklusive des Eintritts des VF, zugrunde zu legen ist.¹⁹⁷

Weitreichende Änderungen im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung brachte das Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2000¹⁹⁸ (SVÄG 2000), mit dem – aufgrund eines Urteils des europäischen Gerichtshofs¹⁹⁹ das unterschiedliche Antrittsalter bei der vorzeitigen Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit als geschlechtsspezifische Diskriminierung und damit gemeinschaftsrechtswidrig gewertet wurde – die vorzeitige AP wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (§ 253d ASVG) aufgehoben wurde. Zur Abfederung sozialer Härten, aufgrund dieser Maßnahme, wurden der Zugang zu den Pensionsleistungen aus dem VF der geminderten AF dahingehend erleichtert, als ein Versicherter ab Vollendung des 57. Lebensjahres auch dann als berufsunfähig gilt, wenn er durch Krankheit oder Gebrechen außer Stande ist, jene Tätigkeiten auszuüben, die der

¹⁹³ Für Details siehe: *Gleitsmann*, Änderungen im Leistungsrecht der Pensionsversicherung durch das ASRÄG 1997. Eine Übersicht über die wichtigsten Ergebnisse der Pensionsreform 1997 ASok 1998 17

¹⁹⁴ BGBl. I 1998/138.

¹⁹⁵ Dazu zählen jedoch nicht Monate einer freiwilligen Selbstversicherung gemäß § 16a ASVG.

¹⁹⁶ 10 Ob S 298/97i.

¹⁹⁷ EB zur RV 1234 BlgNR 20. GP 37.

¹⁹⁸ BGBl. I 2000/43.

¹⁹⁹ EuGH C-104/98.

Versicherte in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat.

Es waren insbesondere die Novellen der jüngeren Vergangenheit, welche angesichts der stetig steigenden Antragszahlen im Bereich der BU/ IV-Pensionen, die diesbezüglichen leistungsrechtlichen Bestimmungen nach und nach modifizierten. So wurde im Jahr 2007 unter dem damaligen Bundesminister Erwin Buchinger ein eigenes Projekt ins Leben gerufen, um das Thema „Invalidität“ vielerseits zu beleuchten. Das Projekt „Invalidität im Wandel“²⁰⁰ legte den Fokus stark auf den Präventions- bzw. Rehabilitationsgedanken, welcher seit 1996 mit dem Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ Eingang in eine gesetzliche Verankerung gefunden hat, tatsächlich allerdings in seiner praktischen Umsetzung stark zu wünschen übrig ließ. Die Adaptierung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Rehabilitation sollte der Anwendbarkeit zum Durchbruch verhelfen.

Im Regierungsprogramm für die 24. Gesetzgebungsperiode wurden die seitens der im Herbst 2007 eingesetzten Arbeitsgruppe ausgearbeiteten Ergebnisse und Vorschläge sodann aufgenommen und ein das Organisationsrecht, das Präventionsrecht und das Invaliditätsrecht selbst betreffendes Maßnahmenpaket geschnürt.

Mit dem Budgetbegleitgesetz 2011²⁰¹ wurden mehr als 140 Bundesgesetz geändert, 9 Gesetze erlassen und ein Bundesgesetz aufgehoben. Am 30. Dezember 2010 wurde die 75. Novelle zum ASVG als Teil des Budgetbegleitgesetzes 2011 kundgemacht²⁰², wodurch u.a. die Ergebnisse aus dem Projekt eine legislative Umsetzung erfahren sollten und eine Entlastung der gesetzlichen Pensionsversicherung erzielt werden sollte. Zum Einen strebte der Gesetzgeber die Beseitigung der bei Zuerkennung von Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit bestehenden Ungleichbehandlung an und zum anderen war die Verbesserung der Situation älterer Personen, die aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen keine Chancen haben am Arbeitsmarkt nachhaltig zu reüssieren, ein erklärtes Ziel.²⁰³

²⁰⁰ Näheres: *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg), Invalidität im Wandel. Endbericht der Arbeitsgruppe zur Neugestaltung des Invaliditätsrechts (2009).*

²⁰¹ BGBl. I 2010/111.

²⁰² *Bulla-Wagner/Pinggera, Die Änderungen in der Pensionsversicherung 2010 in Karl/Marko-Herzog/Aschauer (Hrsg), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht (2011) 103.*

²⁰³ EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 190.

Als Zielsetzung kam dabei

- die Intensivierung und Modernisierung beruflicher Rehabilitation zum Zwecke der Erhaltung bzw. Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit;
- die Überlagerung des Berufsschutzes durch einen Rechtsanspruch auf eine zumutbare berufliche Rehabilitation ohne dabei das System des Berufsschutzes in Frage zu stellen;
- ein zeitlich befristeter qualifizierter Schutz für Menschen mit erheblichen Gesundheitsschäden („Härtefallregelung“);
- eine Erhöhung der entsprechenden Pensionsleistung durch faire Berücksichtigung der Zurechnungszeiten;
- die Verbesserung der Verfahrensqualität und des Schnittstellenmanagements in der Verwaltung

in Betracht.²⁰⁴

Der, die Neuordnung des Invaliditätsrechts betreffende Teil (Wirksamkeitsbeginn per 1.1.2011), umfasste insgesamt acht Maßnahmen, von denen nur jene dem Arbeitsthema inhaltlich dienliche einer tiefergreifenden Erörterung unterzogen werden. Als Kernelement ist wohl die Schaffung einer zusätzlichen Anspruchsvoraussetzung für Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit zunächst zu nennen; seit 1.1.2011 setzt ein Anspruch auf eine krankheitsbedingte Pensionsleistung voraus, dass die Invalidität (Berufsunfähigkeit) nicht durch zumutbare berufliche Rehabilitationsmaßnahmen²⁰⁵ beseitigt werden kann/ konnte bzw. im besonderen Fall Maßnahmen der Rehabilitation nicht zweckmäßig sind.

Nunmehr hindert die Erbringung der Rehab-Leistung den Anspruch auf die Pension, bislang verhinderte sie lediglich deren Anfall. In § 253e ASVG wurde ein Rechtsanspruch für Versicherte mit Berufsschutz (!) auf berufliche Rehabilitation normiert, wenn sie infolge ihres Gesundheitszustandes die Voraussetzungen für die IV-Pension *erfüllen, wahrscheinlich erfüllen oder in absehbarer Zeit erfüllen werden*.²⁰⁶ In den dargelegten Fällen stellt die Rehabilitation eine Pflichtleistung der gesetzlichen Pensionsversicherung dar²⁰⁷, in allen anderen handelt es sich, wie bisher, um eine Pflichtaufgabe ohne individuellen

²⁰⁴ EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 191.

²⁰⁵ Dabei handelt es sich vorrangig um berufliche Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, Hilfestellungen zur Erlangung einer Arbeitsstelle bzw. Umschulungen. Möglich sind zudem monetäre Unterstützungsleistungen wie Darlehen oder Zuschüsse.

²⁰⁶ Für Überlegungen hinsichtlich der Unterscheidungen siehe: *Panhözl*, Neuregelung des Bereichs Invalidität und Rehabilitation, RdA 2011 39.

²⁰⁷ Vgl. § 222 Z 2 lit a ASVG.

Rechtsanspruch des Versicherten. Gleiches gilt für Maßnahmen der medizinischen und sozialen Rehabilitation, die die Versicherungsträger weiterhin nach pflichtgemäßem Ermessen zu erbringen haben, ohne dass ein individueller Rechtsanspruch besteht. Aus Sicht der Pensionsversicherungsträger ist daher zunächst über das Vorliegen der Voraussetzungen für Rehabilitationsmaßnahmen abzusprechen und erst im Anschluss daran wird über eine allfällige Zuerkennung der Pension entschieden. Im Rahmen der Prüfung des Rechtsanspruches auf Rehabilitation hat sich der Versicherungsträger insbesondere mit der Zumutbarkeit einer Maßnahme auseinanderzusetzen, wobei diese ausreichend und zweckmäßig zu sein hat, dabei das Maß des Notwendigen jedoch nicht übersteigen darf. Bei den zur Beurteilung der Zumutbarkeitsfrage heranzuziehenden Kriterien sind vornehmlich Dauer, Umfang und Kosten der als adäquat anzusehenden Maßnahme ins Blickfeld zu rücken. Zusätzlich spielen Alter, Ausbildung und Qualifikation – so auch die Frage, ob es sich um einen Facharbeiter handelt – eine bedeutende Rolle.

Dies bedeutet, dass die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe auch bei dem Anspruch auf Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation von Bedeutung ist.²⁰⁸ Grundsätzlich ist festzuhalten, dass es zu keiner beruflichen Rehabilitation „nach unten“ kommen darf; dies bedeutet, dass ein Versicherter nicht auf eine Berufstätigkeit umgeschult werden darf, die sein bisheriges Qualifikationsniveau wesentlich unterschreitet, es sei denn die betroffene Person stimmt zu. Für die Dauer der Gewährung von medizinischen Maßnahmen der Rehabilitation oder einer Ausbildung gemäß § 198 Abs 2 Z 1 gebührt dem Versicherten ein Übergangsgeld, dessen Berechnungsgrundlage die Pension aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit ist, die zu diesem Zeitpunkt gebührt hätte.²⁰⁹

Als unabdingbare Voraussetzung für einen Erfolg von Rehabilitationsmaßnahmen ist eine positive Einstellung des Versicherten gegenüber diesen Maßnahmen zu nennen. Angesichts des Umstandes, dass Versicherte im Falle der Antragstellung auf eine Pensionsleistung krankheitshalber oftmals eine Reintegration am Arbeitsmarkt aufgrund frustrierender Erlebnisse für sich ausschließen, hat der Gesetzgeber dem Versicherten eine Mitwirkungspflicht auferlegt.

Die in § 305 ASVG normierte Obliegenheit verpflichtet den Versicherten an zumutbaren Rehabilitationsmaßnahmen entsprechend mitzuwirken, der zuständige Versicherungsträger hat den Versicherten ggf. aufzufordern sich einer zumutbaren

²⁰⁸ Vgl. *Neumann/Sagasser*, Rehabilitation neu, taxlex 2011 98.

²⁰⁹ Vgl. § 306 Abs 2 ASVG.

Behandlung zu unterziehen.²¹⁰ Bis zum In-Kraft-Treten dieser Bestimmung im Rahmen des BBG 2011, kannte das österreichische Sozialversicherungsrecht keine generelle Norm über konkrete Mitwirkungs- und Duldungspflichten eines Versicherten, insbesondere nicht für die Versicherungsfälle der geminderten Arbeitsfähigkeit. Die entsprechende Verpflichtung wurde seitens der Judikatur vorrangig aus den allgemeinen Bestimmungen über die Schadensminderungspflicht im Bereich des bürgerlichen Rechts gem. § 1304 ABGB abgeleitet, wonach im Sozialversicherungsrecht als Konsequenz der Verweigerung einer zumutbaren Krankenbehandlung die Aberkennung jener Ersatzleistung in Aussicht steht, die mit dazu dienen soll, ein von der Sozialversicherung anerkanntes Risiko abzudecken. Damit bezweckt die Sozialversicherung im Ergebnis nichts Anderes als das bürgerlich-rechtliche Schadenersatzrecht, das dem Geschädigten dann die Ersatzleistung des Schädigers vorenthält, wenn er es unterlässt, den eingetretenen Schaden zu mindern, obwohl er dazu in der Lage wäre.²¹¹ Die Schranken der Mitwirkungs- und Duldungspflichten liegen in den objektiven Zumutbarkeitskriterien, welche zugunsten der betroffenen Versicherten – die aufgrund der Maßnahme in ihrem Recht auf körperliche Integrität eingeschränkt werden – im Hinblick auf die damit verbundenen Gefahren, die Erfolgsaussichten, die Schwere des Eingriffs und seine Folgen unter Berücksichtigung auch einer erforderlichen Nachbehandlung sowie die damit verbundenen Schmerzen beachtlich sind.²¹² Der Vollständigkeit halber sollen an dieser Stelle die seitens der Judikatur herausgearbeiteten Abgrenzungen zu den Zumutbarkeitskriterien im Zusammenhang mit Operationen lediglich cursorisch angeführt werden.²¹³ Die Durchführung einer Bandscheibenoperation zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ist zumutbar²¹⁴, anders entschied der OGH bei einem 45-jährigen Versicherten, der eine Knieprothesenoperation mit bloß 15-jähriger Haltbarkeit und einmaliger Re-Operationsmöglichkeit durchzuführen gehabt hätte.²¹⁵ Ebenfalls als unzumutbar qualifizierte der OGH die Operation eines Tumors im Bauchraum mit schwierigen Eingriffen im Darmbereich und einem Genesungsprozess von mindestens 6 Monaten.²¹⁶

²¹⁰ Vgl. § 366 ASVG.

²¹¹ Vgl. OGH vom 05.09.2000, 10 ObS 213/00x.

²¹² Vgl. OGH vom 27.02.1990, 10ObS40/90.

²¹³ SSV-NF 4/23 = SZ 63/32 = JBl 1990, 734 = RdW 1990, 385 = DRdA 1991, 236 (!!!!!!!!!!!)

²¹⁴ Vgl. OGH vom 28.01.1993, 10 ObS 331/92.

²¹⁵ Vgl. OGH vom 18.02.2003, 10 ObS 5/03p.

²¹⁶ Vgl. OGH vom 27.02.1990, 10 ObS 40/90.

Die Prüfung der objektiven und subjektiven Zumutbarkeitskriterien im Wege der „konkreten Betrachtungsweise“ erfolgt bereits im Verfahren vor dem Versicherungsträger und ist der Versicherte gem. § 305 ASVG über das Ziel und die Möglichkeiten der Rehabilitation nachweislich in geeigneter Weise zu informieren und beraten. Dies umfasst auch eine Aufklärung des Versicherten für den Fall einer ungerechtfertigten Weigerung der Mitwirkung, da nach ständiger Rechtsprechung die im Leistungsverlust resultierende Sanktion nur bei entsprechendem Wissen des Versicherten eintreten kann.²¹⁷ Dabei muss sich für den Versicherten eindeutig ergeben, dass die Missachtung des Verlangens des Versicherungsträgers als Sanktion den Leistungsverlust nach sich zieht. In jüngster Vergangenheit äußerte sich der OGH auch zu einer speziellen Frage der grundsätzlich auch in Sozialrechtssachen geltenden allgemeinen Grundsätze für die objektive Beweislastverteilung.²¹⁸ Danach gilt die Grundregel, dass jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Normen zu beweisen hat. Die grundsätzliche Regel, dass die schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht vom Versicherungsträger zu behaupten und beweisen ist, findet nach Ansicht des OGH dort eine Einschränkung, wo die Möglichkeit der Geringhaltung des Schadens naheliegt und es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre des Geschädigten liegen und daher nur ihm bekannt und auch nur von ihm beweisbar sind. Sprechen die festgestellten Umstände prima-facie für eine kalkülsrelevante Besserungsmöglichkeit, so trifft die Behauptungs- und Beweislast, dass auch die von ihm unterlassene Behandlung zu keiner relevanten Besserung des Gesundheitszustandes geführt hätte, den Versicherten.

Auf verfahrensrechtlicher Ebene bedeutet dies, dass der Versicherungsträger gemäß § 367 Abs 1 Z 2 ASVG nur bei Ablehnung und über ausdrückliches Verlangen des Versicherten einen Bescheid zu erlassen hat. In der Praxis erlassen die Pensionsversicherungsträger jedoch einen zweigliedrigen Bescheid, der – sofern es sich nicht um den Zuspruch einer befristeten oder dauernden Pensionsleistung bei gleichzeitiger Ablehnung der Rehabilitation handelt – wodurch sowohl über die beantragte Pensionsleistung als auch über die berufliche Rehabilitation abgesprochen wird.

Das BBG 2011 brachte wesentliche Änderungen beim Berufsschutz, der bislang für Arbeiter dann bestanden hat, wenn es sich um einen erlernten (angelernten) Beruf handelte, der in mehr als der Hälfte der Beitragsmonate nach dem ASVG während der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag ausgeübt wurde. Folglich reichten bei Versicherten mit wenigen Beitragsmonaten vor dem Stichtag bereits wenige Monate einer Erwerbstätigkeit aus, um

²¹⁷ Vgl. SSV-NF 20/13.

²¹⁸ RS0086050.

dieses Erfordernis zu erfüllen – ein Umstand der vielerseits, auch von den Pensionsversicherungsträgern, mE berechtigterweise, ins Treffen geführt wurde. Dieser Kritik Rechnung tragend verlängerte der Gesetzgeber das Erfordernis der tatsächlichen Ausübungsdauer des erlernten (angelernten) Berufs, wodurch seit 1.1.2011 ein Berufsschutz nur dann besteht, wenn eine qualifizierte Ausübung von mindestens 7,5 Jahren innerhalb von 15 Jahren vor dem Stichtag vorliegt. Davon ebenso betroffen ist die Berufsschutzregelung für Angestellte, wobei die Ausübung „geschützter“ Arbeitertätigkeiten sowie jene von Angestelltentätigkeiten für die Erhaltung des Berufsschutzes zusammenzurechnen sind. Die entsprechende Ausübung bewirkt jedoch auch die Verweisbarkeit auf beide Tätigkeiten. Nachdem die allgemeinen Verweisungsregeln davon unberührt bleiben, ist bei Prüfung der Verweisungsmöglichkeit von Angestellten weiterhin von der zuletzt nicht nur vorübergehend ausgeübten Tätigkeit auszugehen. Sofern weniger als 15 Kalenderjahre vorhanden sind, muss für die Erlangung des Berufsschutzes zumindest in der Hälfte der vorliegenden Monate eine qualifizierte Tätigkeit ausgeübt worden sein, wobei für die Erlangung des Berufsschutzes 12 Monate einer qualifizierten Tätigkeit als absolute Untergrenze gelten.²¹⁹

Für eine bestimmte Versichertengruppe wollte der Gesetzgeber einen speziellen Verweisungsschutz normieren um einen Ausgleich für bislang als unbillig empfundene Gesetzeslücken zu schließen. Die in § 255 Abs 3a ASVG verankerte, entsprechend ratio legis bezeichnete Härtefallregelung wurde zum Zwecke der besseren Abschätz.B. arkeit der Inanspruchnahmen zunächst auf fünf Jahre, bis Ende des Jahres 2015, befristet und sollte bis dahin hinsichtlich ihrer Auswirkungen einer jährlichen Evaluierung unterzogen werden. Der vom Gesetzgeber bewusst restriktiv gehaltene persönliche Anwendungsbereich sollte insbesondere älteren Erwerbstätigen in der Land- und Forstwirtschaft bzw. Personen ohne Berufsschutz und prekärer gesundheitlicher Situation mit schlechter Arbeitsmarktprognose den Zugang zu den Pensionen krankheitshalber erleichtern²²⁰, wenngleich der Gesetzgeber in den Erläuterungen expressis verbis klargestellt hat, dass er mit dieser Maßnahme jedoch keinen neuen "breiten" Zugang zu diesen Pensionen schaffen will.

²¹⁹ EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 204, 205.

²²⁰ Resch, Die neue Härtefallregelung der geminderten Arbeitsfähigkeit, Soziale Sicherheit 9/2012 407.

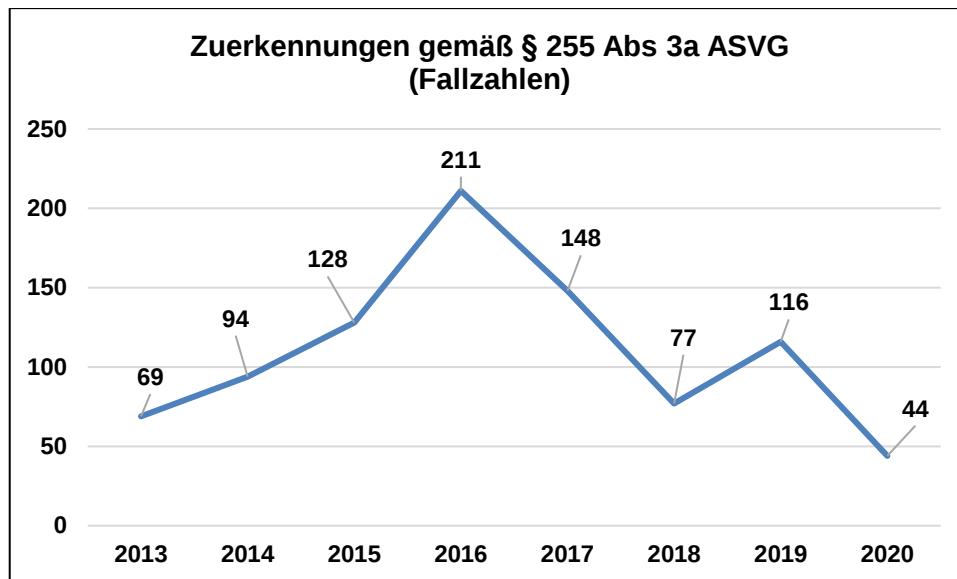


Abbildung 1: Zuerkannte Pensionsleistungen aus dem Titel der Härtefallregelung

Quelle: PVA, Abteilung Statistik und Controlling 2020

Als invalid gemäß § 255 Abs 3a ASVG gilt die versicherte Person, die nicht überwiegend in erlernten oder angelernten Berufen tätig war, sofern sie

- das 50. Lebensjahr vollendet hat,
- mindestens 12 Monate unmittelbar vor dem Stichtag als arbeitslos iS des § 12 AIVG gemeldet war²²¹
- mindestens 360 Versicherungsmonate, davon mindestens 240 Beitragsmonate der Pflichtversicherung aufgrund einer Erwerbstätigkeit erworben hat und
- nur mehr Tätigkeiten mit geringstem Anforderungsprofil, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet sind, ausüben kann und zu erwarten ist, dass ein Arbeitsplatz in einer der physischen und psychischen Beeinträchtigung entsprechenden Entfernung von ihrem Wohnort innerhalb eines Jahres nicht erlangt werden kann.

Auf die Frage was unter „Tätigkeiten mit geringstem Anforderungsprofil“ zu verstehen ist, gibt Abs 3b Auskunft: Tätigkeiten nach Abs 3a Z 4 sind leichte körperliche Tätigkeiten, die bei durchschnittlichem Zeitdruck und vorwiegend in sitzender Haltung ausgeübt werden und/oder mehrmals täglich einen Haltungswechsel ermöglichen. Dabei ist nicht etwa auf das Leistungskalkül des Pensionswerbers, sondern auf das Anforderungsprofil des

²²¹ Entgegen der Bestimmungen im ASVG (§ 255 Abs 3a) und GSVG (§ 133 Abs 2a), verlangt § 124 Abs 1a BSVG keine Meldung als arbeitslos iSd § 12 AIVG für mind. 12 Monate vor dem Stichtag. Grund dafür dürfte wohl die Tatsache sein, dass Selbstständige, im Gegensatz zu Bauern, in die Arbeitslosenversicherung optieren können.

Verweisungsberufes maßgeblich. Um den Anspruchsvoraussetzungen der Härtefallregelung zu genügen, darf der Pensionswerber nur mehr in der Lage sein, diese und sonst keine weiteren Verweisungstätigkeiten auszuüben. Laut OGH kommt es auf deren „übliche Ausübungsform“ an.²²² In dieser Entscheidung wurde seitens des OGH auch klargestellt, dass eine zusätzliche Möglichkeit des Haltungswechsel bei einer Tätigkeit das Anforderungsprofil dieser Tätigkeit nicht erschweren kann. Die sich in Zusammenhang mit dieser Bestimmung ergebenden Anwendungsprobleme, die nicht zuletzt auf die unpräzise Formulierung des Abs 3b zurückzuführen sind (waren), sollen im Rahmen der Auseinandersetzung mit höchstgerichtlicher Judikatur zur Verweisung erörtert werden.²²³

Bei den „Berechnungsspielregeln“ hat das BBG 2011 eine Änderung gebracht, indem es den maximalen Abschlag von 15% der Leistung auf 13,8% verringert hat. Hat der Versicherte das 57 Lebensjahr vollendet und in den letzten 20 Jahren mindestens zehn Jahre Schwerarbeit geleistet gilt im Falle einer zuerkannten Invaliditätspension eine Höchstgrenze des Abschlages von 11%.²²⁴

Aufgehoben wurde die „besondere IV bzw. BU-Pension“ für Witwen, die mindestens vier lebende Kinder geboren hat (§ 254 Abs 2 und § 271 Abs 2 ASVG), die trotz entsprechender Titulierung keinerlei Einschränkung gesundheitlicher Art erforderte. Die praktische Bedeutung dieser durch die RVO rezipierten Bestimmung ist stetig geringer geworden²²⁵, sodass sich der Gesetzgeber konsequenterweise für deren Abschaffung entschieden hat.

Eine verfahrensrechtliche Neuerung dieser Novelle betraf die in § 362 Abs 2 und 3 ASVG verankerte Zurückweisung von Leistungsanträgen in der Unfall- und Pensionsversicherung. Die für eine neuerliche Antragstellung auf Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation oder IV- bzw. BU-Pension zu beachtende „Sperrfrist“ wurde von 12 auf 18 Monate erstreckt. Demnach kann im Falle einer Ablehnung eines solchen Antrages – mangels entsprechender Minderung der Arbeitsfähigkeit – erst nach Ablauf dieser Frist ein neuerlicher Antrag gestellt werden. Diese Frist gilt allerdings weiterhin dann nicht, wenn eine wesentliche Änderung der zuletzt festgestellten Minderung der AF glaubhaft bescheinigt wird. Ergänzt wurde um Absatz 3, der eine Sperrfrist für eine Klagsrückziehung

²²² OGH vom 25.06.2019, 10 ObS 8/19b.

²²³ Dazu: *Enzelsberger/Kollenz*, § 255 Abs 3a und 3b ASVG – ein Jahr Härtefallklausel, ZAS 2012 36.

²²⁴ Diese Bestimmung unterliegt ebenso einer zeitlichen Befristung bis zum Ablauf des Jahres 2015.

²²⁵ Dem Vorliegen von Kindererziehungszeiten wird in der gesetzlichen Pensionsversicherung durch entsprechende Anrechnung gemäß § 227a ASVG Rechnung getragen.

mit nachfolgender Antragstellung normiert. Zieht ein Versicherter seine Klage auf Zuerkennung dieser Pensionsart zurück und stellt er ohne Bescheinigung der genannten Leidensverschlechterung einen neuerlichen Antrag, so kann diese erst nach Ablauf von 9 Monaten nach der Klagsrückziehung erfolgen, andernfalls wäre der Antrag vom Versicherungsträger zurückzuweisen. Im Hinblick auf die verschärften Anforderungen zur Erlangung eines Berufsschutzes ist anzumerken, dass der OGH in weiterer Folge judiziert hat, dass er „keinen offenbaren Wertungswiderspruch“ darin sieht, wenn es einer bestimmten Mindestversicherungszeit im Beobachtungszeitraum bedarf. Er verneint sowohl die behauptete „Unsachlichkeit“ als auch die behauptete „unzulässige Altersdiskriminierung“ gegenüber jüngeren Versicherten. Bei diesen liegt ein kürzerer Beobachtungszeitraum mit sog. „Halbdeckung“ vor.²²⁶

Die Neuerungen anlässlich des BBG 2011 hatten kaum ein Jahr Zeit um Wirkung zu zeigen, als sich der Gesetzgeber erneut einer Reform der Invaliditätspensionen angenommen hat. Dieses Mal vor dem Hintergrund²²⁷ die Arbeitsmarktintegration von gesundheitlich beeinträchtigten Menschen zu verstärken und – wenig überraschend – die Zahl der Pensionsleistungen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit zu senken. Im Fokus der Überlegungen standen dabei die Versicherten unter 50 Jahren mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die durch eine Änderung im Leistungskatalog des AMS sowie der Sozialversicherung leichter in den Arbeitsmarkt zurückfinden sollten. Ausgehend von der zweifelsohne richtig getroffenen Annahme, dass die Zuerkennung insbesondere einer befristeten IV- bzw. BU-Pension oftmals eine gedankliche Umstellung bei den betroffenen Versicherten verursacht, die eine Rückkehr auf den Arbeitsmarkt enorm erschwert, hat sich der Gesetzgeber für die Abschaffung bzw. Neuregelung von „befristeten Pensionsleistungen“ aus dem VF der gem. AF entschieden. Die Aufhebung des § 256 ASVG ist wohl – gemeinsam mit der Neuerung des § 367 Abs 4 ASVG – die entscheidendste Änderung und ein bedeutender Ansatz im „Kampf um die Reduktion der Zuerkennungen von krankheitsbedingten Pensionsleistungen“. Die Neuerung bei den befristeten Pensionen gilt ausschließlich für die nach dem ASVG Versicherten (sofern sie ab dem 1.1.1964 geboren sind), nicht hingegen für nach dem GSVG/FSVG und BSVG Versicherte. Der Großteil der Änderungen trat mit 1.1.2014 in Kraft.²²⁸

²²⁶ OGH 10 ObS 50/12v SSV-NF 26/33; OGH 10 ObS 134/18f.

²²⁷ Dazu: *Pöltner*, Das Sozialrechts-Änderungsgesetz 2012. Invalidität im Wandel, ZAS 2013/3.

²²⁸ Ab 1.1.2013 wurden folgende Neuregelungen wirksam: §§ 8; 22 Abs 2; 23 Abs 3 AIVG, § 18a iVm § 669 Abs 3 ASVG (11.1.2013!), § 311 Abs 1a ASVG, § 18 Abs 1a BPGG, Art. VII Abs 4 NSchG.

Die RV basiert auf einem Ministerialentwurf zu einem Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2012²²⁹ und wurde sodann in Sozialrechts-Änderungsgesetz (SRÄG 2012) umbenannt. Im Mittelpunkt der Reformen standen dabei die „Invaliditätspensionen“ sowie die Gruppe der Versicherten unter 50 Jahren. Die von diesem Gesetzesvorhaben umfassten Maßnahmen sollen auszugsweise angeführt werden:

- Abschaffung der befristeten Invaliditätspension für alle Personen, die nach dem 31.12.1964 geboren sind;
- Erstellung eines Gutachtens zum Zweck der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit eines Versicherten durch die Pensionsversicherungsanstalt (diese Änderung tritt bereits per 1.1.2013 in Kraft);
- Einführung eines Rehabilitationsgeldes bei vorübergehender Invalidität (BU), welches von den Gebietskrankenkassen geleistet wird (§ 143a ASVG)²³⁰: der Anspruch besteht, sofern vom PV-Träger das Vorliegen von vorübergehender IV (BU) im Ausmaß von mindestens sechs Monaten bescheidmäßig festgestellt wurde und Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation nicht zweckmäßig oder zumutbar sind. Das Reha-Geld gebührt für die Dauer der vorübergehenden IV (BU), längstens aber für ein Jahr im Ausmaß des (ab dem 43. Tag erhöhten) Krankgeldes gemäß §141 Abs 1 bzw. Abs 2. ASVG. Die Überprüfung des Vorliegens von vorübergehender IV (BU) ist in zumindest jährlichen Abständen durch die KV-Träger unter Inanspruchnahme des Kompetenzzentrums Begutachtung durchzuführen. Die Zuerkennung des Reha-Geldes erfolgt dem Grunde nach durch die PVA und ist solange gegeben, als nicht durch diese die Entziehung vorgenommen wird. Absatz 4 normiert die Entziehung, wenn der Versicherte an medizinischen Maßnahmen nicht mitwirkt. Anzumerken ist, dass aufgrund einer Ergänzung in Ziffer 5 des § 234 Abs 1 ASVG Zeiten des Bezuges von Reha-Geld nicht auf die Beobachtungszeiträume für die Erlangung bzw. Erhaltung des Berufs- oder Tätigkeitsschutzes angerechnet werden.

Im Vergleich zum Ministerialentwurf hatte der Gesetzgeber einige der seitens der PVA in ihrer Stellungnahme geäußerten Bedenken zu § 143 a ASVG aufgegriffen. So wurde im endgültigen Gesetzestext nunmehr klargestellt, dass für die regelmäßige Überprüfung der Krankenversicherungsträger zuständig ist. Der in §

²²⁹ 399/ME 24. GP.

²³⁰ Es handelt sich dabei um eine Leistung aus dem Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, für dessen Feststellung der Höhe und dessen Gewährung der KV-Träger zuständig ist.

143 a Abs 1 idF des ME normierte letzte Satz sah die Möglichkeit einer befristete Weitergewährung des Reha-Geldes für längstens ein Jahr vor, was dem Wortsinn zufolge eine Beantragung beim KV-Träger bedeutet. Der aus dem „Invaliditätsrecht“ stammende Begriff der Weitergewährung wurde im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang gebotene Trennung der Zuständigkeitsbereiche von Pensions- und Krankenversicherung im Gesetzestext weggelassen.

- Zahlung eines Umschulungsgeldes (durch das AMS) an Versicherte, bei denen das Vorliegen von vorübergehender IV/BU im Ausmaß von mindestens sechs Monaten bescheidmäßig festgestellt wurde und Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation zweckmäßig und zumutbar sind (§ 39b AIVG); der Versicherte muss zur aktiven Teilnahme an der für ihn in Betracht kommenden Maßnahme bereit sein. Das Umschulungsgeld gebührt grundsätzlich ab Feststellung des Pensionsversicherungsträgers bis zur Beendigung der Maßnahme bzw. zum Monatsende nach Beendigung der letzten Maßnahme. Über die Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation ist im Bescheid des PV-Trägers gemäß § 367 Abs 4 ASVG abzusprechen. Den Versicherten steht die Bekämpfung der Entscheidung des PV-Trägers vor den Arbeits- und Sozialgerichten weiterhin offen.²³¹
 - Einbeziehung von Beziehern eines Rehabilitationsgeldes in die Teilpflichtversicherung in der Pensions- und Krankenversicherung (§ 8 Abs 1 Z 1 lit d ASVG);
 - Aufnahme des Rehabilitationsgeldes in den Leistungskatalog der Krankenversicherung (§ 117 Z 3 ASVG);
 - Schaffung eines Rechtsanspruches auf medizinische Rehabilitation für Personen, deren Pensionsantrag mangels dauernder IV(BU) abgelehnt wurde (§ 222 Abs 1 Z 2 lit a ASVG bzw. §§ 253f und 270b ASVG)
 - Adaptierung der Anspruchsvoraussetzungen für eine dauernde IV (BU) Pension (§§ 254 Abs 1 Z 1 und 2, 271 Abs 1 Z 1 und 2 ASVG): künftig wird eine solche Pensionsleistung nur dann zuerkannt, wenn dauernde IV (BU) vorliegt, d.h. eine Besserung des Gesundheitszustandes nicht zu erwarten ist und wenn berufliche Rehabilitation nicht zumutbar ist. Anzudenken ist dabei etwa eine Unzumutbarkeit aufgrund des Qualifikationsschutzes oder aufgrund des Alters des Versicherten.
- § 366 Abs 4 ASVG verpflichtet die PV-Träger dem Pensionsbescheid ein berufskundliches Gutachten zur Klärung der Frage der Zumutbarkeit beruflicher Reha-Maßnahmen zugrunde zu legen, sofern sich dies nicht aufgrund der ärztlichen

²³¹ ErlRV RV 2000 BlgNR 24. GP 13.

Untersuchung klären lässt. Bei Erstellung des berufskundlichen Gutachtens hat die antragstellende Person persönlich mitzuwirken.

- Schaffung der Möglichkeit eines Feststellungsantrages zur Prüfung der Frage, ob IV (BU) mit oder ohne Berufsschutz bzw. ob dauernde IV (BU) vorliegt (§§ 255a und 273a ASVG): die bloße Feststellung von IV (BU) außerhalb eines Pensionsfeststellungsverfahrens stellt ein rechtliches Novum dar, das primär den Zweck hat, den Versicherten eine verbindliche Aussage über ihren Gesundheitszustand im Hinblick auf das Vorliegen von voraussichtlich dauernder IV (BU) geben zu können. Über diesen Antrag hat der PV-Träger mittels Bescheid abzusprechen, wobei derzeit davon auszugehen ist, dass ergänzende Feststellungen (ob beispielsweise befristete IV/BU vorliegt oder ob Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation zweckmäßig und zumutbar sind) auch ohne ausdrückliche Erwähnungen im Gesetz, zu treffen sein werden.
- „Aufhebung“ der Regelung über die Befristung der Invaliditätspension (§ 256 ASVG): aufgrund der entsprechenden Systemumstellung kann die Bestimmung über die Befristung derartiger Pensionsleistungen entfallen, wobei für am 31.12.2013 gebührende befristete Pensionsleistungen aus dem VF der gem AF diese Bestimmung bis zum Ablauf der jeweiligen Befristung weiterhin Gültigkeit besitzt (vgl. § 669 Abs 6 ASVG). Gemäß § 669 Abs 5 ASVG sind die §§ 222 Abs 1 und 2, 251a Abs 1, 253e, 254 Abs 1 Z 1 und 2, 256, 270a, 271 Abs 1 Z 1 und 2 sowie Abs 3, 276e, 277 Abs 2, 279 Abs 1 Z 1 und 2 sowie Abs 3, 301 Abs 1, 306 Abs 1, 362 Abs 2 und 367 Abs 1 in der am 31. Dezember 2013 geltenden Fassung weiterhin auf Personen, die am 1. Jänner 2014 das 50. Lebensjahr bereits vollendet haben, anzuwenden.
- Übertragung von Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation iZm einem Pensionsantrag in das Kompetenzspektrum des AMS (§ 303 ASVG): dadurch verbleiben nur noch Maßnahmen der „freiwilligen beruflichen Rehabilitation“ als Pflichtaufgabe bei der Pensionsversicherung. Dies bedingt auch eine neuerliche Adaptierung jener Bestimmungen, die durch die 75. Novelle in die §§ 253a und 270 a aufgenommen wurden, insofern, als sie nunmehr in § 303 ASVG zu übertragen waren.
- Einrichtung eines „Kompetenzzentrums Begutachtung“ bei der PVA (SVA der gewerblichen Wirtschaft sowie SVA der Bauern) zur Erstellung von medizinischen, berufskundlichen und – im Bereich des ASVG – arbeitsmarktbezogenen Gutachten (§ 307g ASVG); aufgrund bestehender Unterschiede in Begutachtung und Spruchpraxis bedarf es einer Standardisierung sowie einer Einbindung der

berufskundlichen und Arbeitsmarkt-Expertise in Fragen der Vermittelbarkeit von Rehabilitanden.

- Verfahrensrechtliche Adaptierungen im Hinblick auf die nochmalige Verstärkung des Grundsatzes „Rehabilitation vor Pension“ (§ 361 Abs 1 iVm § 368a ASVG): ein Pensionsantrag gilt nunmehr auch als Antrag auf Rehabilitationsgeld. Bei Feststellung vorübergehender IV(BU) und mangelnder Zweckmäßigkeit bzw. Zumutbarkeit von Maßnahmen beruflicher Rehabilitation ist dem zuständigen KV-Träger eine Bescheiddurchschrift zu übermitteln. In § 362 Abs 2 wird der Ausdruck von „Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation“ durch „Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation“ ersetzt. Zudem wird die Feststellung von IV (BU) gemäß § 255a und 273a in die Regelung betreffend Sperrfrist entsprechend aufgenommen. Weiter verlängert wurde die Sperrfrist in jenen Fällen, in denen eine Klage bei Gericht zurückgenommen wird – anstelle der bisherigen 9 gelten 12 Monate. Absatz 4 stellt klar, dass keine Sperrfrist gelten soll, wenn der KV-Träger das Vorliegen von Arbeitsfähigkeit feststellt oder das AMS die Realisierbarkeit von Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation als nicht oder nicht mehr gegeben beurteilt.

Die Änderungen im Bereich der „Invaliditätspensionen“ bedingen das Zusammenwirken (siehe Feststellungskompetenz der PV und Leistungszuständigkeit des AMS beim Umschulungsgeld) verschiedener Institutionen, wodurch sich in der Vollziehung zahlreiche Herausforderungen stellten. Die medizinische Begutachtung auf dem Gebiet der geminderten AF bzw. des Pflegegeldes soll mithilfe eines von den Pensionsversicherungsträgern zu gründenden gemeinnützigen Vereins vereinheitlicht und verbessert werden. Dem Kompetenzzentrum Begutachtung, dessen Rechtsnatur aus den gesetzlichen Bestimmungen des SRÄG 2012 nicht hervorgeht, obliegt die Erstellung medizinischer, berufskundlicher und arbeitsmarktbezogener Gutachten, worin eine deutliche Erweiterung der sich aus den diesbezüglichen Verfahrensvorschriften ergebenden (bisherigen) Kompetenzen zu sehen ist. An die Aussagekraft medizinischer Gutachten²³² werden hohe Anforderungen gestellt, insbesondere an die Beurteilung der psychisch/geistigen Leistungsfähigkeit der Antragsteller. Dabei sind sowohl Defizite als auch Stärken der psychisch/geistigen Leistungsfähigkeit maßgeblich für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit von beruflichen Rehabilitationsmaßnahmen. Die hohe

²³² Dass das AMS die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit zwar unter Zugrundelegung des Gutachtens der PVA vorzunehmen hat, dabei aber dennoch verpflichtet ist, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, stelle der VwGH in seiner Entscheidung vom 31.07.2018, Ra 2017/08/0129 klar.

Zahl an Antragstellern auf BU/IV-Pension aufgrund einer psychischen Erkrankung bedarf einer zunehmend differenzierten, standardisierten und nachvollziehbaren Feststellung dieser Leistungsfähigkeit. Die Erstellung von Gutachten in der PVA erfolgt zwar standardisiert, die Beurteilung der berufskundlichen Aspekte im Pensionsverfahren wird allerdings anhand der berufskundlichen Gutachten im Rahmen der Klagsverfahren vor den Arbeits- und Sozialgerichten generiert und angewandt. Die Pensionsversicherungsträger bzw. deren ärztliche Begutachtungsstellen standen hinsichtlich des Vollzugs der gesetzlichen Änderungen durch das SRÄG 2012²³³ vor der Herausforderung eine Einschätzung der psychisch/geistigen Leistungsfähigkeit abzugeben und diese unter Berücksichtigung berufskundlicher Aspekte den Anforderungsprofilen der diversen Berufsbilder zugrunde zu legen.

Aber auch der Einfluss auf die Finanzierung der Leistungen bzw. Gebarung der einzelnen SV-Träger bzw. des AMS verdient eine Erwähnung an dieser Stelle, da insbesondere im Hinblick auf die Formulierung „sonstigen der Arbeitsmarktintegration dienenden arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen des Arbeitsmarktservice“ im neu geschaffenen § 16 AMPFG²³⁴ offene Fragen zu diesem Zeitpunkt seitens der PV-Träger bestanden haben. Dem Gesetzestext folgend hatte die PVA erstmals auch Maßnahmen für „nicht berufsgeschützte Versicherte“ anteilmäßig, 50% für 3 Jahre, zu finanzieren, sofern der Versicherte irgendwann Reha-Geld bezogen hat.

Ein Punkt, der – zum damaligen Zeitpunkt – noch einer Klärung durch den Gesetzgeber bedurfte, war die Frage nach einer beruflichen Rehabilitation aus einer aufrechten Erwerbstätigkeit heraus, da dem Versicherten dem Gesetzestext folgend weder ein Anspruch auf Reha-Geld noch auf Umschulungsgeld zustand. In der Praxis stellt sich jedoch nicht selten die Situation, dass beispielsweise ein Fliesenleger mit Beschwerden des Stütz- und Bewegungsapparates eine berufliche Umschulungsmaßnahme zur Hintanhaltung einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes beantragt.

Aufgrund der gesetzlichen Änderungen im Rahmen des SRÄG 2012 ergaben sich weitreichende Folgen für den zuständigen Pensionsversicherungsträger, der bei Anträgen auf Gewährung einer BU-/IV-Pension von Personen mit Geburtsdatum bis 31.12.1963 weiterhin die Bestimmungen der 75. Novelle zum ASVG anzuwenden hat. Demnach gebührt diesem Personenkreis nicht nur weiterhin eine zeitlich begrenzte IV-/BU-Pension bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen, ihnen kann auch eine solche weitergewährt

²³³ Vgl. § 307g ASVG.

²³⁴ BGBl. 1994/315.

werden. Aufrecht bleibt ebenso der individuelle Rechtsanspruch auf Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation.

Gänzlich anders stellt sich die Situation im Falle von entsprechenden Anträgen von Personen mit Geburtsdatum ab dem 1.1.1964 dar.²³⁵ Bei Feststellung, dass IV/BU zeitlich begrenzt für mehr als 6 Monate vorliegt, gebührt keine zeitlich begrenzte BU-/IV-Pension (Ablehnung des Pensionsantrages) mehr. Kommt der PV-Träger zum Ergebnis, dass berufliche Maßnahmen der Rehabilitation zweckmäßig und zumutbar sind, geht die Zuständigkeit zur Durchführung dieser auf das AMS über. Für die Dauer der Maßnahmen gebührt Umschulungsgeld vom AMS. Wird hingegen entschieden, dass Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation nicht zweckmäßig und zumutbar sind, ist zunächst der Pensionsantrag abzulehnen, der entsprechende Vorgang dem KV-Träger zur Auszahlung des Rehabilitationsgeldes zu übermitteln, dessen Anspruch jedoch seitens des PV-Trägers mittels Bescheid festzustellen ist. Allfällige Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation sind weiterhin vom PV-Träger zu erbringen, wobei anzumerken ist, dass im Zuge des Leistungsverfahrens ein rechtlich noch nicht durchsetzbarer Antrag auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation erst mit Ablehnung des Pensionsantrags mit einem Rechtsanspruch ausgestattet wird.²³⁶

²³⁵ Für Versicherte nach dem GSVG und BSVG gilt diese Regelung nicht.

²³⁶ *Pöltner*, Neue rechtliche Grundlagen der Rehabilitation in der Sozialversicherung in *Auer-Mayer/Felten* (Hrsg) Diskussionen und Reflexionen zum Sozialrecht und Arbeitsrecht. Festband für Rudolf Mosler und Walter J. Pfeil (2019) 109.

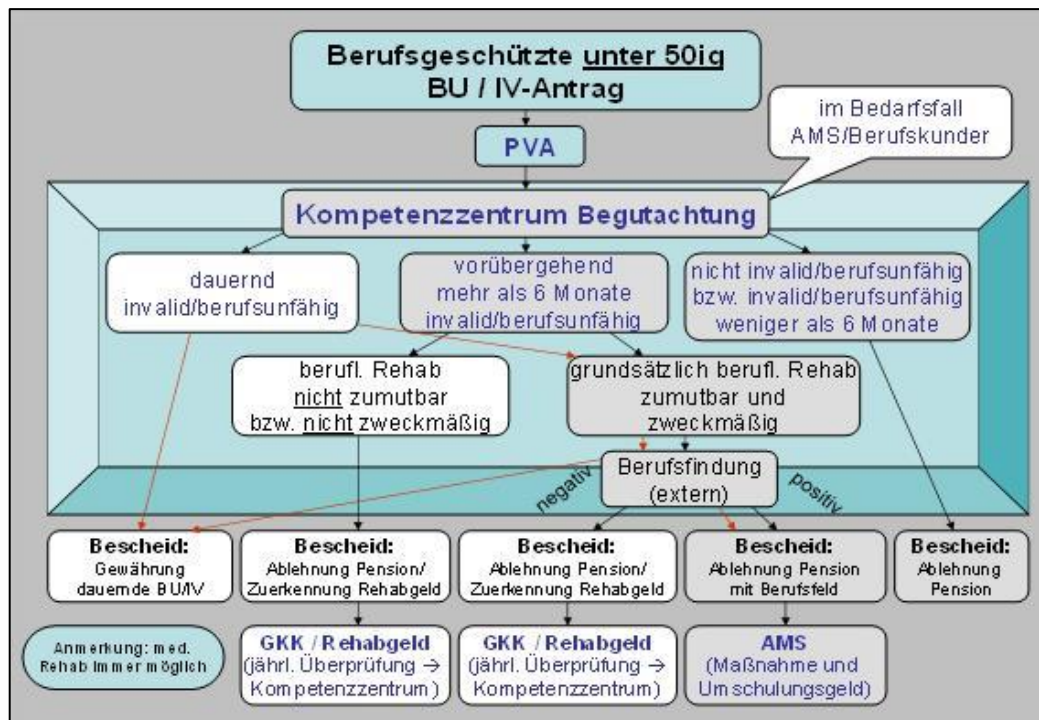


Abbildung 2: Verfahrensablauf bei Anträgen auf Berufsunfähigkeits- bzw. Invaliditätspension von Versicherten unter 50 Jahren

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2014)

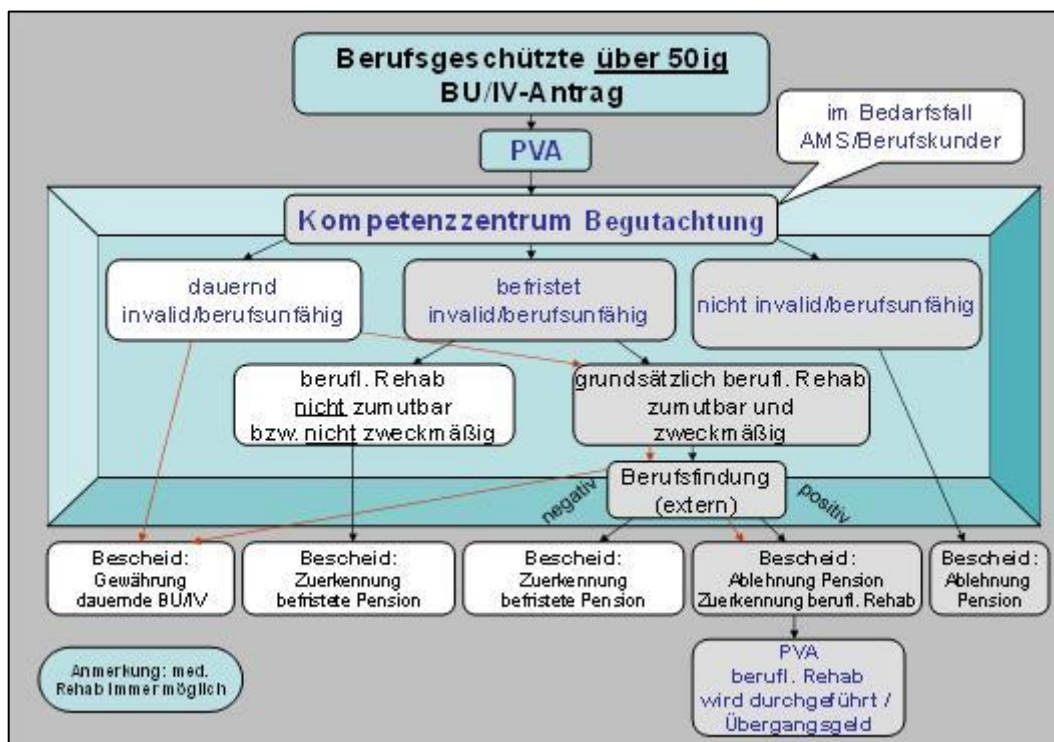


Abbildung 3: Verfahrensablauf bei Anträgen auf Berufsunfähigkeits- bzw. Invaliditätspension von Versicherten über 50 Jahren

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2014)

Mit dem 2. SVÄG 2013²³⁷ behob der Gesetzgeber die äußerst unklare „und/oder“ Formulierung bei der Härtefallregelung in § 255 Abs 3b ASVG (und Parallelbestimmungen) und stellte klar, dass *„Tätigkeiten nach Abs 3a Z 4 leichte Tätigkeiten sind, die bei durchschnittlichem Zeitdruck und vorwiegend in sitzender Haltung ausgeübt werden. Tätigkeiten gelten auch dann als vorwiegend in sitzender Haltung ausgeübt, wenn sie durch zwischenzeitliche Haltungswechsel unterbrochen werden.“* Der Begriff der „vorwiegend sitzenden Haltung“ wurde vom OGH in seiner Entscheidung vom 22.10.2013 näher determiniert, als dieser verlangt, dass mehr als 2/3 der Arbeitszeit im Sitzen verrichtet werden.

Zudem legte er in § 307h ASVG fest, dass der Pensionsversicherungsträger dafür zu sorgen hat, dass Gutachten in Angelegenheiten der Versicherungsfälle der geminderten Arbeitsfähigkeit innerhalb von sechs Wochen erstellt werden können, wenn eine versicherte Person auf Grund des (bevorstehenden) Wegfalls des Krankengeldanspruches wegen Ablaufs der Höchstdauer eine Leistung aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit beantragt hat.

Umfassender fielen die gesetzlichen Änderungen durch die 84. Novelle zum ASVG²³⁸ aus, die in Form des SVÄG 2014 ein Bündel an Maßnahmen im „Invaliditätsrecht“ vorsahen. Intention des Gesetzgebers war eine Verschränkung von medizinischer und beruflicher Rehabilitation um den Übergang zwischen beiden für den Versicherten einfacher zu gestalten. Dadurch sollte es möglich sein, bereits während der notwendigen medizinischen Maßnahmen mit der beruflichen Rehabilitation zu beginnen um eine möglichst geringe, zeitliche Distanz zum Arbeitsmarkt zu haben. Der Weg vom Entwurf hin zum fertigen Gesetz war aufgrund zweier strittiger Punkte²³⁹ ein steiniger, dennoch konnte das Vorhaben mit vielen Adaptierungen/ Klarstellungen letztendlich finalisiert werden.

Das SVAG 2014 widmete sich neuerlich in beträchtlichem Umfang dem Invaliditätsrecht, da nicht zuletzt die vergangenen Novellen, allen voran das SRÄG 2012, Fragen aufgeworfen und Klarstellungen verlangt haben.²⁴⁰ So wurde die Frage nach der Vorgehensweise des Zusammenspiels von beruflicher Rehabilitation, Rehabilitationsgeld und Erwerbstätigkeit dahingehend geregelt, als nach § 86 Abs 3 Z 2 ASVG die Ausübung der Erwerbstätigkeit kein Anfallshindernis für ein Rehabilitations- bzw. Umschulungsgeld

²³⁷ BGBl. I. 2013/139.

²³⁸ BGBl. I. 2015/2.

²³⁹ Vgl. dazu Panhölzl, Aktuelle Sozialpolitik. Der aufgeschobene Entwurf zum SVÄG 2014, DRdA 5/2014.

²⁴⁰ Vgl. Seite 50.

darstellt. Für die Gewährung einer unbefristeten IV/BU-Pension sah der Gesetzgeber bislang die Aufgabe eines aufrechten Beschäftigungsverhältnisses als erforderlich an, nunmehr ermöglicht auch die Karenzierung desselben den Leistungsanfall. Nachdem die PVT bei Anträgen auf IV/BU-Pensionen in einem abschlägigen Bescheid auch Feststellungen über das Berufsfeld zu treffen haben, hat der GG diese Aufgabe in den Leistungskatalog nach § 222 ASVG aufgenommen. Anlässlich dieser Erweiterung des Aufgabenspektrums wurde *dieses* Berufsfeld in die „negativen“ Anspruchsvoraussetzungen für eine IV/BU-Pension²⁴¹ insofern aufgenommen, als sich die „Nichtzweckmäßigkeit bzw. Nichtzumutbarkeit“ von beruflichen Maßnahmen der Rehabilitation *auf die Feststellung des Berufsfeldes* zu beziehen hat. Wesentlich ist die Adaptierung von § 255 Abs 2 ASVG, welcher für die Erlangung des Berufsschutzes eine einschlägige Erwerbstätigkeit in einer Minstdauer innerhalb eines Rahmenzeitraums verlangt. Der grundsätzliche Rahmenzeitraum der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag verlängert sich um bestimmte Zeiten der Teilpflichtversicherung in der Pensionsversicherung, wenn zwischen dem Ende der Ausbildung und dem Stichtag mehr als 15 Jahre liegen. Mit der Novellierung über die Verlängerung des Rahmenzeitraums um Monate des Bezugs von Übergangsgeld sowie max. 60 Monate des Bezugs von Umschulungs- und Rehabilitationsgeld wollte der Gesetzgeber den Verlust des Berufsschutzes aufgrund der Absolvierung von Rehabilitationsmaßnahmen verhindern. Wie vom OGH²⁴² in einem späteren Erkenntnis bestätigt, soll diese Möglichkeit zur Verlängerung des Beobachtungszeitraumes nur dann zum Tragen kommen, wenn zwischen dem Ende der Ausbildung und dem Stichtag mehr (!) als 15 Jahre liegen.

Der in § 255 Abs 4 normierte Tätigkeitsschutz bei Erreichung des 60. Lebensjahres soll im Hinblick auf seinen Rahmenzeitraum von 180 Kalendermonaten ebenso um max. 60 Monate Rehabilitations- bzw. Umschulungsgeldbezug verlängerbar sein. Mit den §§ 255 b und 273b kamen eigene Tatbestände zum Rehabilitationsgeld (bei gleichzeitiger Herausnahme aus § 143a ASVG), wonach der Anspruch auf Rehabilitationsgeld dann besteht, wenn vorübergehende Invalidität von voraussichtlich mindestens 6 Monaten vorliegt und die Voraussetzungen nach § 254 Abs 1 Z 2 bis 4 (d.h. kein Rechtsanspruch auf zumutbare und zweckmäßige Maßnahmen iS von § 253e besteht, die Wartezeit erfüllt ist und kein Anspruch auf eine Leistung aus dem VF des Alters – ausgenommen nach dem APG – besteht). An dieser Stelle deutlich hervorzuheben ist die Tatsache, dass das Reha-Geld nicht gesondert beantragt werden muss, sondern ein Antrag auf IV/BU-Pension

²⁴¹ Vgl. §§ 254 Abs 1 Z 2, 271 Abs 1 Z 2 und 279 Abs 1 Z 2 ASVG.

²⁴² Vgl. OGH am 13.09.2018, 10 ObS 78/18w.

vorrangig als Rehabilitationsantrag inkl. Reha-Geld gilt. Diese Tatsache sowie die ebenfalls mit dem Antrag verbundene Feststellung, ob berufliche Maßnahmen der Rehabilitation zweckmäßig und zumutbar sind, einschließlich der Feststellung des Berufsfeldes wurden in § 361 Abs1 ASVG normiert. Verfahrensrechtliche Neuerungen im Hinblick über die im Bescheid zu treffenden Feststellungen seitens des PV-Trägers wurden in § 367 Abs 4 geregelt.

Den Erläuterungen zum Ministerialentwurf²⁴³ ist zu entnehmen, dass der gewünschte Effekt – allen voran der mit dem SRÄG 2012 gesetzten Reformen – nicht im gewünschten Ausmaß eingetreten ist. Das Vorhaben des GG im Rahmen des SVÄG 2016²⁴⁴ richtete sich daher auf jene Personen, die noch in Beschäftigung stehen und bei diesen Invalidität zu verhindern. Die neue Pflichtleistung aus dem VF der gem. AF sollte daher die „pensionsvermeidende berufliche Rehabilitation“ sein. Ausgestaltet mit einem Rechtsanspruch, soll diese Form der Rehabilitation dann zum Tragen kommen, wenn die Voraussetzungen für eine IV/BU-Pension zumindest in absehbarer Zeit „wahrscheinlich“ erfüllt werden. Ohne dieses Damoklesschwert bleibt die Rehabilitation aus Sicht des PV-Trägers eine freiwillige Leistung ohne Rechtsanspruch. Ziel der Rehabilitation ist Invalidität zu vermeiden oder zu beseitigen und mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt auf Dauer sicherzustellen. Ein solcher Rechtsanspruch auf zumutbare und zweckmäßige Maßnahmen der Rehabilitation schließt nunmehr einen Anspruch auf IV/BU-Pension aus. Demnach hat der – aus dem Anwendungsbereich der Krankenbehandlung bekannte – Passus, wonach die Maßnahmen *ausreichend und zweckmäßig* sein müssen, das *Maß des Notwendigen* nicht übersteigen dürfen, auch hier seine Gültigkeit. Von wesentlicher Bedeutung ist die Neuregelung des Rechtsanspruchs auf berufliche Rehabilitation für Versicherte ohne Berufsschutz, der sich bei Vorliegen einer Mindestversicherungszeit ergibt. Demnach besteht auch für Versicherte ohne Berufsschutz gemäß § 253e Abs 1 ASVG ein Anspruch auf berufliche Maßnahmen der Rehabilitation, wenn ein Mindestmaß von 12 qualifizierten Pflichtversicherungsmonaten in den letzten 36 Monaten vor dem Stichtag oder insgesamt 36 qualifizierte Pflichtversicherungsmonate vorliegen. Damit hat sich der GG in der Frage der Rehabilitation von Versicherten ohne Berufsschutz für jene Rechtslage entschieden, die bereits zum Zeitpunkt des Budgetbegleitgesetz 2011 Gültigkeit hatte.²⁴⁵

²⁴³ ME SVÄG 2016, 260/ME 25. GP.

²⁴⁴ Vgl. BGBl. I 2017/29.

²⁴⁵ Näheres dazu unter Kapitel 5.6.

Mit dem SVÄG 2017²⁴⁶ wurde die neue Pflichtleistung „Berufliche Rehabilitation bei (drohender) Invalidität oder Berufsunfähigkeit“ sodann in den Leistungskatalog gemäß § 222 ASVG aufgenommen. Die Bestimmungen über die berufliche Rehabilitation (§§ 254e und 270a) wurden um einen Absatz sieben erweitert, der die Festlegung trifft, in welchen Zusammenhängen die PV-Träger die Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit beruflichen Maßnahmen hinsichtlich eines Berufsfeldes festzustellen hat. Das SVÄG 2017 stellte zudem klar, dass bei der Prüfung des Rechtsanspruchs auf berufliche Maßnahmen der Rehabilitation nicht zwischen dauernder und vorübergehender IV zu unterscheiden ist.

In § 302 Abs 1 Z 1b ASVG erweiterte der Gesetzgeber die medizinische Rehabilitation um Maßnahmen der medizinisch-berufsorientierten Rehabilitation (MBOR). Diese Form der medizinischen Rehabilitation wurde seitens der Pensionsversicherungsträger im Rahmen eines Projekts angewandt und sollte nunmehr seine gesetzliche Verankerung im ASVG erhalten. MBOR ist speziell auf die Bedürfnisse der im Erwerbsleben stehenden Versicherten ausgerichtet, die berufliche Situation des Rehabilitanden steht dabei im Mittelpunkt der Behandlungen. Die klare Unterscheidung zwischen dem Rechtsanspruch auf berufliche Maßnahmen der Rehabilitation (in §§ 253e, 270a normiert) und den freiwilligen beruflichen Maßnahmen der Rehabilitation (in § 303 normiert) wurde zum Anlass genommen, letztere sollen auch Beziehern von Rehabilitationsgeld offenstehen. Dadurch kann ein Rehabilitand bereits während des Bezuges von Rehabilitationsgeld mit den ersten Maßnahmen, die der Festigung der Arbeitsfähigkeit dienen, beginnen. Auch dann, wenn die Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit für berufliche Maßnahmen der Rehabilitation noch nicht gegeben ist. In § 307 a wurde der PVT zur Übertragung der Durchführung von Maßnahmen der (beruflichen) Rehabilitation mit Rechtsanspruch (§§ 253, 270a) an das AMS verpflichtet. Die dem AMS daraus entstandenen Kosten sind vom PVT zu ersetzen. Bei medizinischen und beruflichen Maßnahmen der Rehabilitation nach pflichtgemäßem Ermessen wurden die PVT zur Übertragung der Durchführung ermächtigt. Demnach können derartige Leistungen vom AMS oder Einrichtungen, die solche Maßnahmen durchführen, erbracht werden.

²⁴⁶ BGBl. I 2017/38.

4 Rechtliche Grundlagen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit

4.1 Allgemeines

Im Unterschied zu den Leistungen aus den Versicherungsfällen des Alters, gebührt die BU- bzw. IV-Pension grundsätzlich unabhängig vom Lebensalter des Versicherten, ausschlaggebend ist vielmehr der beeinträchtigte Gesundheitszustand und die dadurch geminderte berufliche Leistungsfähigkeit des Versicherten. Der Leistungsanspruch entsteht allerdings auch bei diesen Leistungen nur dann, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist und die allgemeinen und besonderen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

Gemäß § 223 Abs 1 Z 2 ASVG tritt der VF mit dem Tag des Beginnes der Berufsunfähigkeit bzw. Invalidität ein. Ist dieser Zeitpunkt nicht feststellbar, so tritt der VF mit dem Tag der Antragstellung ein (vgl. § 223 Abs 1 Z 2 lit a ASVG). Ob und ab wann Berufsunfähigkeit/Invalidität vorliegt, stellt der Chefarzt bzw. der Leistungsausschuss fest.

Im Hinblick auf die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen gemäß §§ 271 Abs 1 u 254 iVm § 236 ASVG ist zu unterscheiden, ob der Versicherte am Stichtag (vgl. § 223 Abs 2 ASVG) das 50. Lebensjahr bereits überschritten hat oder nicht, denn danach richtet sich das zur Erfüllung der Wartezeit erforderliche Mindestausmaß an Versicherungsmonaten innerhalb des zur Anwendung kommenden Rahmenzeitraums.

- Bei Vollendung des 50. Lebensjahres am oder nach dem Stichtag müssen mindestens 60 Versicherungsmonate innerhalb der letzten 120 Kalendermonate vor dem Stichtag liegen.
- Bei Vollendung des 50. Lebensjahres vor dem Stichtag gilt eine sogenannte „erhöhte“ Wartezeit, d.h. es müssen mindestens 60 Versicherungsmonate zuzüglich je ein weiterer Versicherungsmonat für jeden vollen Lebensmonat zwischen dem 50. Lebensjahr und dem Stichtag (max. 180 VM) in den letzten 120 Kalendermonaten zuzüglich je zwei weitere Kalendermonate pro Versicherungsmonat, um den sich die Wartezeit erhöht hat, vor dem Stichtag liegen.
- Die Wartezeit ist jedenfalls erfüllt, wenn die sogenannte „ewige Anwartschaft“ gegeben ist. Dabei müssen bis zum Stichtag, unabhängig von ihrer zeitlichen Lagerung, entweder mindestens 180 Beitragsmonate oder mindestens 300 Versicherungsmonate vorliegen (vgl. § 236 Abs 4 ASVG).

- Die Wartezeit gilt ebenfalls als erfüllt, wenn der Versicherungsfall vor Vollendung des 27. Lebensjahres des Versicherten eingetreten ist und mindestens 6 Versicherungsmonate erworben wurden.²⁴⁷

Bei Vorliegen bestimmter Tatbestände (z.B. : bei einem Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit) entfällt gemäß § 235 Abs 3 ASVG das Erfordernis der Wartezeit, wobei das tatsächliche Vorliegen einer der genannten Tatbestände in die Zuständigkeit des Unfallversicherungsträger fällt. Der Pensionsversicherungsträger beurteilt bejahendenfalls, ob der Eintritt der Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit die Folge eines Arbeitsunfalls oder eine Berufskrankheit ist.

Die besonderen Anspruchsvoraussetzungen sehen das voraussichtlich zumindest 6-monatige Vorliegen von BU bzw. IV vor, weiters dürfen am Stichtag noch nicht die Voraussetzungen für eine Alterspension gem. § 253 bzw. § 4 Abs 1 APG oder eine Schwerarbeitspension gem. § 4 Abs 3 APF oder eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer gem. § 253b ASVG erfüllt sein. Seit dem BBG 2011 darf zudem kein Anspruch auf Rehabilitation (vgl. § 253 e ASVG) bestehen oder die Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation sind nicht zweckmäßig oder zumutbar.

Hinsichtlich der Dauer der Gewährung ist auf § 256 ASVG idgF zu verweisen, wonach die BU bzw. IV-Pension für die Dauer des Vorliegens der Einschränkung zu gewähren ist. Ist allerdings aufgrund des geistigen oder körperlichen Zustandes von einer dauerhaft vorliegenden BU bzw. IV auszugehen, ist die Pension ohne zeitliche Befristung zuzuerkennen. In allen anderen Fällen gebührt die Pension längstens für die Dauer von 24 Monaten ab dem Stichtag (Befristungen zwischen 6 bis maximal 24 Monaten sind möglich). Danach erlischt die Pension ohne weitere Untersuchung bzw. Bescheid, allerdings kann eine Weitergewährung der Pension binnen 3 Monaten nach Wegfall der Leistung beantragt werden, wodurch es im Zuerkennungsfall auch zu keiner Unterbrechung des Bezuges kommt. Eine Antragstellung nach diesen drei Monaten ist als neuerlicher Antrag mit einem entsprechend neuen Stichtag zu werten.

Durch die Abschaffung der befristeten Pensionen und Einführung des Rehabilitationsgeldes per 1.1.2014 Rahmen des SRÄG 2012, soll den Versicherten primär ihre Zugehörigkeit zum Kreise der Versicherten verdeutlicht werden und so das Rehabilitationsziel forciert werden. Es ist evident, dass Bezieher von befristeten Pensionsleistungen sich – in Anbetracht der Bezeichnung – als Pensionisten sehen, wodurch die Rückkehr ins Erwerbsleben deutlich

²⁴⁷ Dabei zählen Monate einer Selbstversicherung gemäß § 16a ASVG nicht dazu.

erschwert wird. Das Rehabilitationsgeld soll dem Versicherten diese Intention stärker vor Augen führen und letztlich zu einer Reduktion der Invalidisierung beitragen.

4.2 Berufsunfähigkeit

Es wurde bereits mehrfach im Rahmen dieser Arbeit darauf hingewiesen, dass der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit bei Angestellten als Berufsunfähigkeit bezeichnet wird. Gemäß § 273 Abs 1 ASVG gilt ein Versicherter als berufsunfähig, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnisse und Fähigkeiten herabgesunken ist, wenn innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit als Angestellter oder nach § 255 Abs 1 ausgeübt wurde.

Wie aus den obigen Ausführungen ersichtlich ist, hat der Gesetzgeber nunmehr endlich im Rahmen des BBG 2011 auch im Bereich des Berufsschutzes der Angestellten eine überwiegende Ausübung (mind. 7,5 Jahre) der Angestelltentätigkeit in den letzten 15 Jahre (= Beobachtungszeitraum) vor dem Stichtag normiert. Angestelltentätigkeiten gelten grundsätzlich als berufsgeschützt, die Angestellteneigenschaft wird dabei nach arbeitsrechtlichen (vgl. § 1 AngG) Grundsätzen bestimmt. Bei Angestellten reicht der Beobachtungszeitraum daher, mit Ausnahme der Lehre, bis zum Beginn der Angestelltentätigkeit zurück.²⁴⁸

Der Berufsunfähigkeitsbegriff wurde seitens der Judikatur inhaltlich weiter determiniert und ausgelegt. Dem Wortlaut und Telos dieser Bestimmung folgend, kommt es darauf an, ob der jeweilige Versicherte noch in der Lage ist, eine (andere) Erwerbstätigkeit innerhalb seiner Berufsgruppe auszuüben. Die Pensionsversicherung der Angestellten ist, auch das wurde bereits oben dargestellt, als Berufs(gruppen)versicherung konzipiert, deren Leistungen dann einsetzen, wenn der Versicherte infolge seines körperlichen und/oder geistigen Zustandes einen Beruf in seiner zuletzt ausgeübten Berufsgruppe nicht mehr ausüben kann.²⁴⁹ Den Ausgangspunkt bildet jener Angestelltenberuf, den der Versicherte zuletzt „*nicht nur vorübergehend ausgeübt*“ hat – er bestimmt somit das Verweisungsfeld. Die Begründung für diesen, erst später durch den OGH ergänzten Passus, liegt in der Ermangelung eines Rechtfertigungsgrundes, einem Angestellten den Berufsschutz einer

²⁴⁸ EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 204, 205.

²⁴⁹ SSV-NF 2/73; SSV-NF 3/41 u.a.

Berufsgruppe zuzubilligen, den er nur während einer nach den Umständen des Einzelfalles nicht nennenswerten Zeit angehört hat.

4.3 Invalidität

Der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit von Arbeitern wird als Invalidität bezeichnet. Gemäß § 255 Abs 1 und 2 ASVG gilt ein Versicherter, der überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig war, als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist., wenn innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit als „Facharbeiter“ ausgeübt wurde. Liegen jedoch weniger als 15 Jahre vor, so muss für die Erlangung des Berufsschutzes in der Hälfte der Kalendermonate, jedenfalls aber in 12 Pflichtversicherungsmonaten eine qualifizierte Erwerbstätigkeit vorliegen („Hälfteregelung“).

Der Invaliditätsbegriff des § 255 Abs 3 sieht hingegen für Versicherte, die nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig sind, vor, dass Invalidität vorliegt, wenn der Versicherte infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Tätigkeit zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.

Im Gegensatz zur PV der Angestellten, sieht der Invaliditätsbegriff des Absatz 3 eine lockere Bindung an den bisherigen Beruf vor, weshalb – diese Thematik wird ausführlich im nachstehenden Kapitel erörtert – die Möglichkeiten den Arbeiter auf andere Beschäftigungen zu verweisen, ungleich größer sind.

Hinsichtlich der in Abs 3a geschaffenen Härtefallregelung für ungelernte Arbeitnehmer nach Vollendung des 50. Lebensjahres darf auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.²⁵⁰

Schließlich normiert § 255 Abs 4 ASVG noch einen Tätigkeitsschutz für Versicherte (auch für Angestellte), die das 60. Lebensjahr²⁵¹ vollendet haben, wenn er infolge Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche nicht mehr in der Lage ist, eine Tätigkeit, die er in den

²⁵⁰ Siehe Seite 42.

²⁵¹ Die schrittweise Anhebung des erforderlichen Alters erfolgte im Rahmen des 2. Stabilitätsgesetzes 2012 vom 58. Lebensjahr (2013, 1014) auf das 60. Lebensjahr (ab 2017).

letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, nachzugehen. Dabei sind zumutbare Änderungen dieser Tätigkeit zu berücksichtigen. Die Intention des Gesetzgebers lag in der Schaffung eines wirksamen Berufsschutzes für ungelernte Arbeiter und Angestellte in niedrigen Verwendungsgruppen, da gleichzeitig mit der Einführung dieser Bestimmung die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (§ 253d) durch das SVÄG 2000 aufgehoben wurde und dadurch bedingte soziale Härten vermieden werden sollten.

Ein vorhandener Berufsschutz aufgrund einer erlernten oder angelernten Tätigkeit bleibt auch bei Vorliegen eines Tätigkeitsschutzes aufrecht, § 255 Abs 4 ASVG schafft gerade unabhängig davon, ob ein Berufsschutz besteht oder nicht, einen erleichterten Zugang zur Invaliditätspension bzw. Berufsunfähigkeitspension.²⁵² Nachdem die Judikatur zu § 255 Abs 4 ASVG nicht sehr umfangreich ist und aufgrund der Erhöhung des maßgeblichen Alters auf das vollendete 60. Lebensjahr angehoben wurde (und damit dem gesetzlichen Regelpensionsalter von Frauen entspricht), soll an dieser Stelle ein aktuelles Judikat zur Frage der Verweisung eines Hausbesorger, der im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeiten auch Reinigungstätigkeiten als wesentliche Teiltätigkeiten ausgeübt hat, auf Reinigungstätigkeiten in Krankenhäusern und Einkaufszentren erläutert werden. Dabei hat sich der OGH²⁵³ insbesondere mit dem Einwand des Klägers, wonach mit der Verweisung eine gravierende Lohneinbuße verbunden sei, auseinanderzusetzen.

Der als Hausbesorger (das Dienstverhältnis unterlag dem Hausbesorgergesetz) einer Wohnungseigentümergeinschaft tätige Kläger verdiente zuletzt monatlich 4.813,55 Euro brutto und hatte eine 40-Stunden-Woche ohne Überstunden, Sonn- oder Feiertagsdienst bzw. Nacharbeit. Aufgrund des medizinischen. Der monatliche Durchschnittsverdienst in der „Sicht und Unterhaltsreinigung“ liegt, bei mehrjähriger Praxis und einer 40-Stunden-Woche, bei rund 1.800 Euro brutto. Aufgrund des medizinischen Leistungskalküls war ihm die weitere Verrichtung seiner bisherigen Tätigkeit nicht zumutbar, wohl aber jene der Reinigungskraft in Krankenhäusern und Einkaufszentren. Das Klagebegehren auf Zahlung einer Invaliditätspension gemäß § 255 Abs 4 ASVG wurde vom Erstgericht mit der Begründung der Verweisbarkeit abgelehnt, da ausgehend von einem durchschnittlichen Verdienst als Hausbesorger in Höhe von 1.940 Euro (nach dem Hausbesorgergesetz) und dem Durchschnittsverdienst einer Reinigungskraft von 1.800 Euro keine gravierende Lohneinbuße bestehe. Der Berufung wurde keine Folge gegeben, allerdings wurde die Revision an den OGH zugelassen, da die Frage, welches Einkommen der Ermittlung der

²⁵² RS0117594.

²⁵³ OGH am 16.04.2020, 10 ObS 126/19f.

mit der Verweisungstätigkeit verbundenen Lohneinbuße zugrunde zu legen sei, wenn das vom Versicherten bisher bezogene Einkommen aufgrund einer Änderung der Grundlagen in Gesetz und kollektiver Rechtsgestaltung nicht mehr erzielbar sei, keine Rechtsprechung des OGH vorliege.

In seiner rechtlichen Beurteilung führte der OGH aus, dass die Revision entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulassungsausspruch unzulässig ist. Der Kläger habe erwiesenermaßen in der überwiegenden Arbeitszeit seiner Tätigkeit als Hausbesorger Reinigungstätigkeiten durchgeführt, der ins Treffen geführte Kontakt zu den Bewohnern der Hausanlagen hat keine maßgebliche Rolle für die Tätigkeit des Klägers als Hausbesorger gespielt und muss zudem eine gewisse Einschränkung an selbständiger bzw. eigenverantwortlicher Tätigkeit, auch beim Tätigkeitsschutz gemäß § 255 Abs 4 ASVG, hingenommen werden. Bei der Frage, ob eine „gravierende Lohneinbuße“ vorliegt, ist nicht vom zuletzt erzielten Verdienst als Hausbesorger auszugehen, da es sich beim Tätigkeitsschutz des § 255 Abs 4 ASVG nicht um einen Arbeitsplatzschutz, sondern um eine – wenn auch besondere Form – des Berufsschutzes handelt. Dabei ist auf die von ihm in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübte „abstrakte Tätigkeit“ des Hausbesorgers mit dem am allgemeinen Arbeitsmarkt typischerweise gefragten Inhalten von Bedeutung und nicht jene konkrete Tätigkeit des Klägers mit der damit verbundenen (höheren) Entlohnung. Nachdem am allgemeinen Arbeitsmarkt nicht nur Hausbesorgertätigkeiten in großen oder größeren Wohnhausanlagen gefragt sind, gingen die Vorinstanzen zu Recht vom festgestellten Durchschnittsverdienst (1.940 Euro) für Hausbesorgertätigkeiten aus und war der Vergleich mit der für die Verweisungstätigkeit zum Tragen kommende Entlohnung von 1.800 Euro ins Verhältnis zu setzen. Aus diesem Lohnvergleich des Durchschnittsverdienstes als Hausbesorger nach dem Hausbesorgergesetz und jener der Reinigungskraft in Krankenhäusern und Einkaufszentren lässt sich keine gravierende Einbuße feststellen.

Der OGH hatte sich weiters mit der Prüfung der Zumutbarkeit der Änderung der Tätigkeit auseinandergesetzt, insbesondere mit dem vom Revisionswerber ins Treffen geführten „arbeitskulturellen Umfeld“. Die Rechtsprechung subsumiert darunter das technische Umfeld, die Kontakte mit Mitarbeitern und Kunden sowie die räumliche Situation, ob Arbeiten im Freien oder in einem abgeschlossenen Raum oder am Fließband durchzuführen sind.²⁵⁴ Der OGH sah, im Einklang mit den Vorinstanzen, Reinigungstätigkeiten als bisherige (wesentliche) Teiltätigkeit des Klägers, für die ein ausreichender Arbeitsmarkt besteht. Die bisherigen Reinigungstätigkeiten hat der Kläger

²⁵⁴ OGH am 17.09.2002, 10ObS185/02g.

auch als Hausbesorger zu einem beträchtlichen Teil in geschlossenen Räumen ausgeübt und eine Änderung des technischen Umfelds behauptet der Kläger auch in der Revision nicht. Zudem bedarf es nicht des Erlernens „gänzlich neuer Tätigkeiten“ für die Ausübung der Verweisungstätigkeit und die Feststellungen lassen keinen Rückschluss zu, dass die vom Revisionswerber ins Treffen geführten Kontakte zu Bewohnern der Hausanlage eine (besondere) Rolle für die Tätigkeit des Klägers als Hausbesorger gespielt hätten. Die Revision war daher in Ermangelung einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

Die Entscheidung verdeutlicht den „Rahmen“ der Norm und die Intention des Gesetzgebers, indem sie aufzeigt, dass das weite Verweisungsfeld des § 255 Abs 3 ASVG hier nicht zur Anwendung kommt, da der Versicherte nicht auf gänzlich andere Tätigkeiten (arg. „Tätigkeitsschutz“) verwiesen werden kann, sehr wohl aber auf Tätigkeiten, die bereits einen wesentlichen Bestandteil des bisherigen Tätigkeitsinhalts ausgemacht haben. Dazu ist ergänzend anzumerken, dass der Versicherte als Hausbesorger keinen Berufsschutz genießt und Teiltätigkeiten nicht im Lichte der Judikatur der berufsschutzerhaltenden Teiltätigkeiten zu sehen sind. Eine „zumutbare Änderung“ der Tätigkeit im Sinn des § 255 Abs 4 ASVG bei qualifizierten Arbeiten hingegen, kann sich nur auf Teiltätigkeiten beziehen, mit welchen einerseits der Berufsschutz erhalten wird und welche andererseits auch jenem Anforderungsprofil entsprechen, das für eine zumutbare Verweisung im Rahmen des Tätigkeitsschutzes vom OGH entwickelt wurde.²⁵⁵ Eine derartige Bewertung verlangt neben Feststellungen zum (allfälligen) Berufsschutz zudem eine Zerlegung in Einzeltätigkeiten und einer Zuordnung nach Zeitaufwand, um die Frage der Zumutbarkeit der Verweisung im konkreten Einzelfall beurteilen zu können. Auch wenn die Grenzen der Zumutbarkeit eng zu interpretieren²⁵⁶ sind, wird eine Verweisung – dem Wortlaut nach eigentlich „zumutbare Änderung der Tätigkeit“ – nur in solchen Fällen zu verneinen sein, in denen der Versicherte entweder Berufsschutz genießt und die Verweisungstätigkeit kein Teiltätigkeit des bisherigen Berufs darstellt oder, im Falle fehlenden Berufsschutzes (deutliche Mehrheit der Fälle), vom Versicherten eine weitestgehend einseitige Tätigkeit ausgeübt wurde, die aufgrund des Gesundheitszustandes nicht mehr weiter ausgeübt werden kann und ein Tätigkeitswechsel als gänzlich neue Tätigkeit (in einem neuen arbeitskulturellen Umfeld) zu bewerten wäre.

²⁵⁵ OGH am 21.04.2009, 10ObS19/09f.

²⁵⁶ Vgl. dazu insbesondere 10ObS185/02g.

4.4 Sonderfall Originäre Invalidität

Der Vollständigkeit halber soll § 255 Abs 7 ASVG an dieser Stelle Erwähnung finden, wonach ein Versicherter auch dann als invalid bzw. berufsunfähig gilt, wenn er bereits vor der erstmaligen Aufnahme einer die Pflichtversicherung begründenden Beschäftigung infolge Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte außer Stande ist, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen, dennoch aber mindestens 120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung erworben hat. Diese seit dem 2. SVÄG 2003 (ab 1.1.2004) geltende Erweiterung des Invaliditätsbegriffes sollte Personen (gilt gemäß § 273 Abs 3 auch für Angestellte), die von Geburt an nach sozialversicherungsrechtlicher Begriffsbestimmung als invalid gelten, einen Anreiz bieten sich auf dem Arbeitsmarkt einzugliedern und einem Erwerb nachzugehen. Für die Erfüllung des Tatbestandes reicht es aus, dass der Versicherte aufgrund seines Zustandes von Beginn an nicht in der Lage ist, im engeren Rahmen der Ausübung seines erlernten oder angelernten Berufs zumindest die Hälfte einer körperlich und geistig gesunden Vergleichsperson zu verdienen. Hingegen ist es keine Voraussetzung, dass der Versicherte bereits bei Beginn seiner Erwerbstätigkeit außer Stande war, einer auf dem allg. Arbeitsmarkt noch bewerteten Tätigkeit nachzugehen. Ob der Versicherte in der Lage ist, die bisherige Tätigkeit weiter auszuüben, ist nicht von Relevanz.²⁵⁷

5 Die Verweisung im gelten PV-Recht

5.1 Allgemeines

Einleitend soll nochmals der, der Pensionsversicherung innewohnende Zweck einer finanziellen Absicherung der Versicherten und deren Angehörigen durch Pensionsleistungen im Alter oder nach krankheitsbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben in Erinnerung gerufen werden. Die Pensionsleistung soll sodann annähernd das durch die Pensionierung wegfallende Erwerbseinkommen ersetzen und somit den Lebensunterhalt des Pensionisten sicherstellen. Bei den Pensionen krankheitshalber hat der Gesetzgeber mithilfe besonderer Berechnungsregeln im Rahmen der Ermittlung der Pensionshöhe Vorsorge für den Fall getroffen, dass auch junge Versicherte bei einer gesundheitsbedingten Nicht(weiter)ausübung einer beruflichen Tätigkeit das Auslangen finden können. Nachvollziehbarerweise sieht der Gesetzgeber nicht in jeder körperlichen

²⁵⁷ *Binder*, EB zu OGH 22.12.2005, 10 ObS 108/05p, RdA 2007, 19.

oder geistigen Einschränkung ein seitens der Pensionsversicherung abzudeckendes Risiko, d.h. die Arbeitsfähigkeit wird nicht absolut geschützt, sondern nur in ihrer Funktion,, durch ihren Einsatz Erwerbseinkommen erzielen zu können.²⁵⁸

Eine Geldleistung gebührt somit nicht bei jedweder Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, sondern erst dann, wenn ein gewisser Grad an Beeinträchtigung erreicht worden ist, d.h. wenn der Versicherte vollständig arbeitsunfähig ist. Kein Anspruch auf eine Pension resultiert aus geringfügigen Beeinträchtigungen, die kaum Auswirkungen auf die Stellung im Erwerbsleben haben. Solange der Leistungswerber noch über eine Restarbeitsfähigkeit verfügt, die ihn in die Lage versetzt ein Erwerbseinkommen zu erzielen, stellt sich die Frage nach der Verweisbarkeit des Versicherten. Die Rechtsordnung hat dabei auf folgende Fragen befriedigende und gerechten Antworten zu finden: Welche Art der Verwertung seiner Restarbeitsfähigkeit soll dem Leistungswerber zugemutet werden? Anhand welchen Maßstabs ist das Ausmaß der Restarbeitsfähigkeit zu bewerten? Ab welchem Grad der Minderung der Arbeitsfähigkeit soll eine Geldleistung gebühren und in welchem Ausmaß?²⁵⁹

Die Frage nach der Zumutbarkeit der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit rückt das Verweisungsfeld in den Mittelpunkt der Betrachtung. Das jeweilige Verweisungsfeld lässt sich dabei nicht generell festlegen, da dieses von den persönlichen Umständen des Versicherten abhängig. Neben der Leistungszugehörigkeit gemäß §§ 13 bis 15 ASVG spielt das Alter und die Ausbildung des Versicherten eine maßgebliche Rolle. Das Verweisungsfeld bildet schließlich jenen Ausschnitt an Erwerbstätigkeiten ab, deren Ausübung dem Anspruchswerber seitens der Rechtsordnung noch zugemutet werden kann.

Ausgehend von einem Antrag auf eine entsprechende Versicherungsleistung, kommt es zunächst zu einer medizinischen Begutachtung durch den zuständigen Pensionsversicherungsträger. Die dort tätigen Mediziner haben eine medizinische Begutachtung durchzuführen, um feststellen zu können, welche Erwerbstätigkeiten der Leistungswerber aufgrund seines Gesundheitszustandes überhaupt noch ausüben kann bzw. ob er möglicherweise nach wie vor in der Lage ist, die bisherige Tätigkeit weiter auszuüben. Dabei ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass der Versicherte diese Tätigkeiten ohne Schmerzen oder Gefahr seiner Gesundheit ausüben können muss. Anhand des medizinischen Leistungskalküls lässt sich beurteilen, ob der Leistungswerber seinen

²⁵⁸ Neumayr, Wann steht ein Versicherter dem Arbeitsmarkt zur Verfügung? ZAS 2003/34.

²⁵⁹ Tomandl, Die Verweisung im Recht der Pensionsversicherung, in Tomandl/Schrammel (Hrsg.) Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht (2002) 1f.

bisherigen Beruf noch ausüben kann, d.h. ob seine Restarbeitsfähigkeit ausreichend vorhanden für die Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit ist. Damit taucht bereits das erste quantitative Element in diesem Prüfungsablauf auf, was im Hinblick auf die in den späteren Kapiteln zu erörternden verfassungsrechtlichen Aspekten von Relevanz ist.

Schließlich hat(te) die Rechtsordnung Antwort auf solch gelagerte Fragen zu geben: Wie hoch muss seine Arbeitsfähigkeit sein, um diese Tätigkeit auch weiterhin ausüben zu können? An dieser Stelle soll jedoch mit dem „Prüfungsablauf“ zum Verweisungsfeld vorgesetzt werden. Wird der eben angesprochene Grenzwert zur Ausübung der bisherigen Tätigkeit unterschritten, steht bereits die nächste Frage im Raum: Kann der Leistungswerber andere Tätigkeiten ausüben (*obwohl seine Arbeitsfähigkeit für die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausreichend ist*) und wenn ja, welche? Bei den seitens der medizinischen Begutachter ebenso zu beurteilenden berufskundlichen Aspekten, fließt dabei jedenfalls die Berücksichtigung seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten mit ein, da man in einem Netz der sozialen Sicherheit nicht losgelöst von faktischen Gegebenheiten beurteilt. Tatsächlich können jedoch eine Vielzahl an möglichen Berufen in Betracht kommen, woraus sich umgehend die nächste Frage aufdrängt: Wird dem Versicherten zugemutet auf jeden dieser Berufe zu wechseln? Schließlich können diese, trotz der Einschränkung (*„unter Berücksichtigung seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten“*) sehr unterschiedliche und vielfältige Aufgaben zum Inhalt haben.

Hier gilt es eine weitere, für den Versicherten sehr bedeutungsvolle, Unterscheidung zu treffen: Kommt dem Versicherten Berufsschutz zu oder kann er auf den gesamten Arbeitsmarkt verwiesen werden? Daraus leitet sich zunächst das abstrakte Verweisungsfeld ab, welches sich aus sämtlichen, in Betracht kommenden Berufen für den Leistungswerber zusammensetzt. Schlussendlich muss die Restarbeitsfähigkeit des Leistungswerbers noch in einem solchen Ausmaß vorhanden sein, das ihn in die Lage versetzt diese Tätigkeiten auch tatsächlich auszuführen. Es kommen sohin nur (mehr) jene Tätigkeiten in Betracht, bei denen dieses Mindestmaß überschritten wird, d.h. diese Berufe bilden das konkrete Verweisungsfeld. Hinsichtlich der Anforderungen in einem Verweisungsberuf wird nicht auf ein abstraktes Berufsbild abgestellt, sondern auf die auf dem Arbeitsmarkt gefragten Kenntnisse und Fähigkeiten.²⁶⁰

²⁶⁰ Tomandl, Verweisung 3.

5.2 Die Verweisung von Angestellten

Aus dem VF der geminderten Arbeitsfähigkeit ist aus der Pensionsversicherung der Angestellten die Berufsunfähigkeitspension zu leisten, deren Anspruchsvoraussetzungen im § 273 Abs 1 ASVG normiert sind. Ein Versicherter gilt als Angestellter, wenn die letzte qualifizierte Erwerbstätigkeit vor dem Stichtag eine Tätigkeit war, die als kaufmännische, höhere, nicht kaufmännische Tätigkeit oder Kanzleidienst zu qualifizieren ist. Das Verweisungsfeld setzt sich demnach aus jenen Berufen zusammen, die derselben Berufsgruppe zuzurechnen sind, weil sie eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen.²⁶¹ Die entscheidende Berufsgruppe ist nicht durch den maßgeblichen Kollektivvertrag vordefiniert, sondern ausschließlich auf Basis der Ähnlichkeit der Ausbildung und Gleichwertigkeit der Kenntnisse und Fähigkeiten. Hat sich ein Versicherter nur durch Zusatzausbildungen in einem Beruf spezialisiert, wird die Berufsgruppe dadurch nicht eingeengt.²⁶²

Was bedeutet dies nun konkret für einen aus dem Kreis der Angestellten stammenden Pensionswerber? Seine Berufsunfähigkeit wird im Hinblick auf die Berufsgruppe und nicht im Hinblick auf den allgemeinen Arbeitsmarkt geprüft, weshalb man von Berufsschutz spricht. Dem Versicherten wird nicht zugemutet auf einen gänzlich anderen Beruf zu wechseln oder einen sozialen Abstieg in Kauf zu nehmen. Wurde der Versicherte allerdings erfolgreich im Rahmen einer beruflichen Rehabilitation umgeschult, so ist ihm die Ausübung der neu erlernten Tätigkeit logischerweise zumutbar. Auffällig ist, dass der Begriff der Zumutbarkeit in § 273 ASVG keinerlei Erwähnung findet, von der Judikatur – wie im Kapitel zur Verweisung von Angestellten ersichtlich – jedoch bei dieser herangezogen wird und im nächsten Kapitel gesondert erläutert wird. Eine weitere, im Gesetzestext des § 273 ASVG nicht festgeschriebene Orientierungshilfe der Rechtsprechung, stellt die sogenannte Lohnhälfte dar²⁶³, auf die weiter unten noch ausführlicher einzugehen sein wird. Maßgeblich ist die vom Versicherten tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, die Bezeichnung im Arbeitsvertrag oder die Meldungen des Dienstgebers stellen kein zwingend verlässliches Indiz dar.²⁶⁴ Bei der Pensionsversicherung der Angestellten handelt es sich, nach ständiger Rsp. des OGH, um eine Berufsgruppenversicherung, deren Leistungen einsetzen, wenn der Versicherte infolge seines körperlichen und/ oder geistigen Zustands einen Beruf seiner

²⁶¹ SSV-NF 2/73.

²⁶² Sonntag in Sonntag, ASVG¹⁰ (2019), § 273 Rz 11.

²⁶³ Tomandl (Hrsg.), Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, in Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht (2002) 35.

²⁶⁴ Vgl. OGH SSV-NF 3/2 = SZ 62/3 ua.

Berufsgruppe nicht mehr ausüben kann.²⁶⁵ Dabei kann aber nur ein Beruf berücksichtigt werden, der nicht nur vorübergehend ausgeübt wurde, d.h. das Verweisungsfeld bestimmt sich durch den zuletzt nicht bloß vorübergehend ausgeübten Beruf.

Der OGH hat beispielsweise die Ausübung einer Tätigkeit als Schlossführerin für die Dauer von 1,5 Monaten als lediglich vorübergehend gewertet, welche nicht als der das Verweisungsfeld bestimmende Beruf angesehen werden kann.²⁶⁶ An der Einschränkung, dass nur der zuletzt nicht bloß vorübergehend ausgeübte Angestelltenberuf bei der Bestimmung des Verweisungsfelds zu berücksichtigen ist, wurde wiederholt festgehalten²⁶⁷ und sei nach Ansicht des OGH deshalb sachgerecht, weil es nicht gerechtfertigt wäre, einem Angestellten den Berufsschutz einer Berufsgruppe zuzubilligen, der er nur während einer nach den Umständen des Einzelfalls nicht nennenswerten Zeit angehört habe.²⁶⁸

Das im Vergleich zur Arbeiterpensionsversicherung hervorstechende Charakteristikum der Berufsgruppenversicherung der Angestellten liegt in den darin enthaltenen Berufen, die eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen. Die Frage, ob dem Versicherten tatsächlich Berufsschutz zukommt, ist eine Rechtsfrage, die anhand konkreter Feststellungen über Ausbildung, Tätigkeit, Kenntnisse und Fähigkeiten zu beantworten ist.²⁶⁹ Die Tätigkeit als Angestellter begründet einen eigenen, von anderen erlernten oder angelernten Tätigkeiten unabhängigen Berufsschutz, eine Verweisung auf eine andere Angestelltentätigkeit kommt daher nur insoweit in Betracht, als durch deren Ausübung der Berufsschutz gemäß § 273 ASVG nicht verloren geht. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Frage der Verweisung auf andere Tätigkeiten dann nicht zu prüfen ist, wenn ein Versicherter die zuletzt ausgeübte Angestelltentätigkeit weiterhin ausüben kann. Ist er nach wie vor dazu imstande, ohne dass damit eine ins Gewicht fallende Gefahr der Beeinträchtigung seines Gesundheitszustands verbunden ist, ist er nicht berufsunfähig iSd § 273 ASVG. Nur dann, wenn feststeht, dass der Versicherte die zuletzt ausgeübte Berufstätigkeit nicht mehr in der angeführten Weise ausüben kann, muss geprüft werden, ob für ihn eine andere Berufstätigkeit in Betracht kommt.²⁷⁰ Das Verweisungsfeld der Angestellten ist nur mehr ein Teil des gesamten Arbeitsmarktes, da der Verweisungsberuf, wie gesagt, eine ähnliche Ausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie

²⁶⁵ Vgl. OGH SSV-NF 3/41.

²⁶⁶ Vgl. OGH 16.09.2003 10 ObS 240/02w.

²⁶⁷ Vgl. OGH SSV-NF 4/17, SSV-NF 6/53, 6/135 und 6/153.

²⁶⁸ Vgl. OGH SSV-NF 7/51.

²⁶⁹ Vgl. OGH SSV-NF 13/23 ua.

²⁷⁰ Vgl. OGH SSV-NF 12/72; SSV-NF 3/2.

der bisherige Beruf verlangt. Es kommen allerdings nicht nur Berufe aus einer bestimmten Branche, sondern auch aus fremden Branchen in Betracht, wenn sie gleichwertige Kenntnisse voraussetzen.²⁷¹

So hat der OGH beispielweise technische und kaufmännische Tätigkeiten als unterschiedliche Berufsgruppen erachtet, auf die daher wechselseitig nicht verwiesen werden dürfe.²⁷² Folglich kann ein Fahrschullehrer, dessen Tätigkeit überwiegend technische Qualifikation erfordert, nicht auf einen ausschließlich kaufmännischen Beruf verwiesen werden. Auch wenn es sich dabei um eine Angestelltentätigkeit handelt, könne die (konkrete) Tätigkeit des Klägers nicht schematisch mit kollektivvertraglichen Tätigkeiten im Handelskollektivvertrag verglichen werden. Die bei Einstufung eines Angestellten in die Beschäftigungsgruppe 3 grundsätzlich zulässige Verweisung auf eine in Beschäftigungsgruppe 2 genannte Telefonistentätigkeit, die im Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs als Angestelltentätigkeit im technischen Dienst genannt ist, verneinte der OGH.²⁷³ Ebenso wenig besteht eine Verweisungsmöglichkeit eines qualifiziert ausgebildeten Dekorateurs auf eine Telefonistentätigkeit, da es an der Ähnlichkeit der beiden Tätigkeiten mangelt.²⁷⁴

Die Verweisung eines Angestellten auf eine Arbeitertätigkeit wurde vom OGH mit dem Argument, dass der Versicherte nicht auf eine Tätigkeit verwiesen werden darf, durch die er den Berufsschutz nach § 273 verlieren würde, verneint.²⁷⁵ Als zulässig erachtet er hingegen die Verweisung von einem spezialisierten Beruf auf die gesamte Berufsgruppe (Bsp.: die Verweisung einer Operationsschwester als spezialisierter Beruf innerhalb der Berufsgruppe Diplomkrankenschwester).²⁷⁶

5.2.1 Unzumutbarer sozialer Abstieg

Wie dargelegt, stellt die Pensionsversicherung der Angestellten, nach ständiger Judikatur, eine Berufs(gruppen)versicherung dar, deren Leistungen bereits einsetzen, wenn der Versicherte infolge seines körperlichen und/oder geistigen Zustandes einen Beruf seiner Berufsgruppe nicht mehr ausüben kann. Daraus leitet sich – zumindest dem Wortlaut nach

²⁷¹ Vgl. OGH SSV-NF 12/15.

²⁷² Vgl. OGH SSV-NF 11/129, SSV-NF 12/86 ua.

²⁷³ Vgl. OGH 01.12.1998 10ObS271/98w.

²⁷⁴ Vgl. OGH 05.10.1999 10ObS209/99d.

²⁷⁵ Vgl. OGH SSV-NF 4/101, 3/123 ua.

²⁷⁶ Vgl. OGH SSV-NF 9/5.

– ein Verweisungsfeld ab, dass offenkundig zu unbilligen Ergebnissen geführt hat, da es Versicherten mit vergleichsweise geringen Einschränkungen den Zugang zu Pensionsleistungen ermöglicht hat. So hat sich in der Judikatur ein Regulativ entwickelt, mit dem das Verweisungsfeld ausgeweitet wird, ohne die grundlegenden Prämissen einer Berufsgruppenversicherung zu verlassen. Der Versicherte muss sich grundsätzlich auch auf andere, mit geringeren Anforderungen verbundene und folglich geringer entlohnte Berufe verweisen lassen, sofern damit nicht ein unzumutbarer sozialer Abstieg verbunden ist.²⁷⁷

Dabei orientiert sich die zu § 273 ASVG entwickelte Unzumutbarkeit nicht an jener gemäß § 9 Abs 2 AIVG, wonach arbeitslosen Personen u.a. Beschäftigungen zumutbar sind, die ihren Fähigkeiten angemessen sind. Hingegen kommt es bei der Unzumutbarkeit nach § 273, nach Ansicht des OGH, auf den sozialen Wert an, den die Allgemeinheit der Ausbildung und den Kenntnissen und Fähigkeiten des Versicherten beimisst. Unzumutbar ist der soziale Abstieg vor allem dann, wenn die Verweisungstätigkeit in den Augen der Umwelt ein wesentlich geringeres Ansehen genießt.²⁷⁸ Die Einstufung einer Tätigkeit in einem Kollektivvertrag²⁷⁹ kann dafür ein Indiz bilden und zur Beurteilung des sozialen Wertes herangezogen werden. Nachdem sowohl für kaufmännische als auch technische Angestellte nicht nur ein Kollektivvertrag existiert, ist für die Beurteilung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe nicht entscheidend, welchem KV der Versicherte angehört, sondern ist auf die Ähnlichkeit der Ausbildung und Gleichwertigkeit der Kenntnisse und Fähigkeiten abzustellen.²⁸⁰ Kein unzumutbarer sozialer Abstieg liegt jedoch bei einer Verweisung auf Tätigkeiten der nächst niedrigeren Beschäftigungs- oder Verwendungsgruppe eines Kollektivvertrages vor, der OGH hält gewisse Einbußen an Entlohnung und sozialem Prestige für vertretbar.²⁸¹

So sah der OGH keine Unzumutbarkeit im Falle der Verweisung eines bislang im Controlling und in der Kostenverrechnung tätigen Angestellten auf Arbeiten im Einkauf, in der Fakturierung und in der Sachbearbeitung.²⁸² Den sozialen Abstieg verneinte der OGH

²⁷⁷ *Weißensteiner*, Berufsschutz: OGH Judikatur zur Verweisbarkeit in den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsfähigkeit nach dem ASVG, DRdA 5/1999 403.

²⁷⁸ Vgl. OGH SSV-NF 4/15, 5/34, 5/132.

²⁷⁹ Fehlt ein anwendbarer Kollektivvertrag oder enthält dieser keine entsprechenden Beschäftigungs- oder Verwendungsgruppen, geht der OGH vom Handelsangestelltenkollektivvertrag aus.

²⁸⁰ *Fördermayr* in SV-Komm, 198. Lfg. § 273 ASVG Rz 16.

²⁸¹ Vgl. OGH SSV-NF 6/53, 6/135, 7/25 ua.

²⁸² Vgl. OGH am 03.05.2011, 10 ObS 39/11z.

anlässlich der Verweisung einer Filialleiterin (Beschäftigungsgruppe 4 des KollV für Handelsangestellte) auf eine Halbtagsbeschäftigung (aufgrund der weitreichenden gesundheitlichen Einschränkungen) als Sachbearbeiterin entsprechend der Beschäftigungsgruppe 3 des Handels-KollV.²⁸³ Eine zulässige Verweisung sah der OGH im Falle eines Geschäftsführers, der nach zweijähriger Berufsabwesenheit nur mehr Tätigkeiten in einer niedrigeren Beschäftigungsgruppe ausüben kann.²⁸⁴ Umgekehrt verneinte der OGH eine Verweisung auf die nächstniedrigere Beschäftigungsgruppe des Handels-KV (Verwendungsgruppe III auf II). Im Falle eines Filialleiters einer Wäscheübernahmestelle, der früher als selbständig Erwerbstätiger den (derselben Branche angehörenden) Betrieb seiner Ehegattin weitergeführt hatte und zuletzt auch Vorgesetzter zweier Arbeitnehmer gewesen ist. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass mit dieser Tätigkeit ein wesentlich höheres Ansehen verbunden gewesen als mit jenen kaufmännischen Arbeiten der Verwendungsgruppe II, zu deren Verrichtung er aus gesundheitlichen Gründen noch in der Lage sei. Bei diesen Tätigkeiten, wie z.B.: Fakturisten mit einfacher Verrechnung oder Hilfskräften im Büro, Vertrieb oder Lager handelt es sich nach allgemeiner Anschauung um untergeordnete Tätigkeiten und sind für den Versicherten mit einem unzumutbaren sozialen Abstieg verbunden.²⁸⁵

Die Judikatur zum Verweisungsschutz iVm dem sozialen Abstieg wirft zunächst die vordergründige Frage auf, weshalb das Korrektiv lediglich im Bereich der Angestellten zur Anwendung gelangt?²⁸⁶ Die Konzeption als Berufsgruppenversicherung diene zwar im Zuge der 9. Novellierung des ASVG²⁸⁷ als Vorbild für die ersten Angleichungsbemühungen von Facharbeitern an Angestellte, jedoch verdeutlicht sich nicht zuletzt in der Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Verweisungsmöglichkeiten die Differenzierung nach Versicherungszweigen. Das Verweisungsfeld in der PV der Arbeiter bzw. dessen Einschränkungen wird nicht in dem Ausmaß durch die bisherige Tätigkeit determiniert, sondern wird aufgrund objektiver Gesichtspunkte betreffend die gesundheitliche Eignung des Versicherten beurteilt. Die Bindung an den er- oder angelernten Beruf ergibt sich daraus, dass nach ständiger Rechtsprechung des OGH ein Versicherter auch auf Teiltätigkeiten seiner Berufsgruppe verwiesen werden darf, sofern diese in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag quantitativ und qualitativ nicht ganz unbedeutend waren. Der

²⁸³ Vgl. OGH am 28.04.2015, 10 ObS 34/15w.

²⁸⁴ Vgl. OGH am 16.12.2014, 10 ObS 137/14s.

²⁸⁵ Vgl. OGH 15.12.1987, 10 ObS 51/87.

²⁸⁶ *Kollenz/ Stickler*, Verweisung auf den Fachverkauf statt Invaliditätspension? Eine kritische Bestandsaufnahme. ASoK 2014, 376

²⁸⁷ Siehe Kapitel 2.5.

derart erworbene Berufsschutz bleibt aber nur dann erhalten, wenn die spätere Tätigkeit in ihrer Gesamtheit noch als Ausübung des erlernten oder angelernten Berufs anzusehen ist.

Seitens der Judikatur wurden die maßgeblichen Zumutbarkeitskriterien, wie beispielsweise Größe des Arbeitsmarkts, Anmarschweg, Wohnort des Versicherten, Krankenstände uA festgelegt und darf auch ein Arbeiter mit Berufsschutz nicht auf Tätigkeiten verwiesen werden, die einen Verlust dieses Berufsschutzes bringen und ein wesentlich anderes arbeitskulturelles Umfeld mit sich bringen. Ob mit dieser Tätigkeit ein unzumutbarer sozialer Abstieg verbunden ist bzw. die Tätigkeit in den Augen der Umwelt ein deutlich geringeres Ansehen genießt, wird hingegen nicht explizit geprüft.²⁸⁸

So verneinte der OGH eine berufsschutzerhaltende Verweisbarkeit eines gelernten Restaurantfachmannes auf die Tätigkeit eines Sitzkassiers in einem Selbstbedienungsrestaurant mit dem Argument, dass es sich dabei im Wesentlichen um eine Hilfsarbeitertätigkeit handle, die keine zwingenden Fachkenntnisse verlange. Bei dieser Tätigkeit könne nur ein sehr geringer Teil der Kenntnisse und Fähigkeiten eines Restaurantfachmannes nutz.B. ringend verwendet werden. Die Ausübung einer solchen Tätigkeit wirke folglich nicht berufsschutzerhaltend und komme eine Verweisung nicht in Betracht. Dieser Beurteilung ist im Ergebnis zuzustimmen, verdeutlicht jedoch die unterschiedlichen Zugänge bei der Prüfung der Verweisbarkeit. Hier scheiterte die Verweisbarkeit an einem von der Judikatur entwickelten Grundsatz, wonach nicht auf Tätigkeiten verwiesen werden darf, durch deren Ausübung ein Versicherter seinen Berufsschutz verliert.

Im Falle eines Angestellten kommt eine Prüfung der Zumutbarkeit aus dem Blickwinkel des sozialen Abstiegs ergänzend hinzu und kann im Ergebnis den entscheidenden Unterschied ausmachen und zwar in jenen Fällen, in den eine Verweisbarkeit auf Tätigkeiten, die „gerade noch berufsschutzerhaltend“ sind, zulässig ist.

Mir scheint es wichtig in diesem Zusammenhang die Frage der Zumutbarkeit auch aus dem Blickwinkel der Versichertengemeinschaft zu bewerten, da diese das finanzielle Risiko auf der anderen Seite des Versicherungssystems zu tragen hat. Eine Unzumutbarkeit für das Individuum bedeutet gleichermaßen die Zumutbarkeit für die Versichertengemeinschaft und gilt es diese Abwägung mit größter Sorgfalt vorzunehmen, um nicht die Balance und die Legitimation des Sozialversicherungssystems zu verlieren. Damit ist keineswegs nur die finanzielle Balance gemeint, sondern auch das Vertrauen des Kollektiv in das System. Der gesundheitlich beeinträchtigte Versicherte vertraut – völlig unabhängig vom Grad der Ausbildung bzw. der ausgeübten beruflichen Tätigkeit – auf den Schutz vor einem

²⁸⁸ OGH 14.09.2010, 10 ObS 95/10h.

(längerfristigen) krankheitsbedingten Entgeltausfall. Die Versichertengemeinschaft vertraut darauf, dass der Schutz dann zum Tragen kommt, wenn ein Versicherter nicht mehr in der Lage ist eine existenzsichernde Tätigkeit auszuüben. Die Frage der Zumutbarkeit bewegt sich genau in diesem Spannungsfeld und es ist Aufgabe der Judikatur, die Frage der Zumutbarkeit unter Zugrundelegung objektiver Gesichtspunkte zu bewerten. Dabei steht sie jedoch vor der Herausforderung, dass der Sozialstaat als institutionalisierte Form von Solidarität zunehmend hinterfragt wird und der ihm zugrundeliegende Gesellschaftstypus durch ein abnehmendes Maß an Verbundenheit zwischen den Gesellschaftsmitgliedern gekennzeichnet ist. Diese Tendenz offenbart sich zumindest in jenen Gesellschaftsschichten, deren Verständnis von einem sozialen Ausgleich zwischen jungen und älteren/gesunden bzw. kranken Versicherten häufig von der Annahme gekennzeichnet ist, dass sie primär als „Systemerhalter“ fungieren würden und ihnen eine Vielzahl von Leistungsbeziehungen gegenüberstehen, die Profiteure des Systems seien.

Der Begriff des „sozialen Abstiegs“ wirft nicht nur die Frage nach dem Selbstverständnis bei Angestellten hinsichtlich einer Schichtzugehörigkeit auf, sondern auch jene nach der Wirkungsweise der Judikatur, die diesen terminus technicus entsprechend Kontur gegeben bzw. dimensioniert hat.

5.2.2 Besonderheiten des Berufsschutzes gem. § 273 ASVG

In seinem Erkenntnis vom 17.12.2012²⁸⁹ sprach der OGH aus, dass für die Erfüllung des Berufsschutzes nach § 273 Abs 1 ASVG Zeiten einer selbstständigen Tätigkeit nach dem GSVG nicht zu berücksichtigen sind. Im konkreten Fall urteilte der OGH, dass einem Projektleiter im Baugewerbe, der mit der Bauabwicklung, Organisation und Administration von Baustellen bis zur Schlüsselübergabe befasst war und diese Tätigkeiten zunächst 83 Monate unselbständig, sodann knapp 6 Jahre selbständig ausgeübt hat, kein Berufsschutz nach § 273 Abs 1 ASVG idF des BudgetbegleitG 2011 zukommt. Die vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten, wie Verhandlungsführung mit Bauherren, Behörden, Architekten und Banken oder die Vornahme von Abrechnungstätigkeiten bzw. Baustellenkontrollen und die gesamte Bauüberwachung wurden im Rahmen eines Dienstverhältnisses nach dem ASVG ebenso erbracht wie auf selbstständiger Basis. Ein Zusammenrechnen der gesamten Beitragsmonate widerspricht nach Ansicht des OGH der Intention des Gesetzgebers hinsichtlich der Erschwerung der Voraussetzungen für die Erlangung des Berufsschutzes im Rahmen des BBG 2011. Damit hält der OGH an jener, vor dem BBG 2011 geltenden Rechtsprechung fest, wonach entsprechend dem Gesetzeswortlaut, nur

²⁸⁹ Vgl. OGH am 17.12.2012, 10 ObS 165/12f.

Beitragsmonate, die nach dem ASVG erworben wurden, Berücksichtigung in Fragen des Berufsschutzes fanden. Hingegen war es für den Tätigkeitsschutz gemäß § 255 Abs 4 ASVG ohne Bedeutung, in welchem Versicherungszweig die Versicherungszeiten erworben wurden.²⁹⁰

Schließlich ist noch auf die nicht selten auftretende Konstellation des mehrfachen Berufsschutz einzugehen, welche Gegenstand einer jüngeren Entscheidung des OGH war.²⁹¹ Darin hat dieser erneut, in Fortführung seiner bislang diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung²⁹² ausgeführt, dass ein Versicherter, der mehrfach Berufsschutz genießt (entweder als Angestellter oder als qualifizierter Arbeiter in einem erlernten oder angelernten Beruf), in alle Berufssparten verwiesen werden darf, auf die sich sein Berufsschutz erstreckt. Andernfalls käme es zu einem unüberbrückbaren Wertungswiderspruch, würde bei einer Gesamtschau der in den letzten 15 Jahren zurückgelegten Tätigkeiten eine den Berufsschutz begründende Angestelltentätigkeit anders beurteilt als einen ebenfalls den Berufsschutz begründenden, erlernten oder angelernten Beruf iS des § 255 Abs 1 ASVG, auf den ein Versicherter selbst dann verwiesen werden könnte, wenn er einen anderen, in den letzten 15 Jahren ebenfalls ausgeübten erlernten oder angelernten Beruf nicht mehr ausüben könnte. War daher eine Versicherte in den letzten 15 Jahren sowohl in erlernten (angelernten) Berufen iSd § 255 Abs 1 ASVG als auch in Angestelltenberufen iSd § 273 ASVG tätig, so können dann, wenn die Voraussetzungen des Versicherungsfalles des § 255 Abs 1 ASVG zu beurteilen sind, jedenfalls die als Angestellte erworbenen Versicherungszeiten nicht anders beurteilt werden als diejenigen aus einem erlernten oder angelernten Beruf.²⁹³

5.3 Die Verweisung von Arbeitern

Aus dem VF der geminderten Arbeitsfähigkeit ist aus der Pensionsversicherung der Arbeiter die Invaliditätspension zu leisten, deren Anspruchsvoraussetzungen im § 255 ASVG normiert sind. Gemäß § 13 sind alle Dienstnehmer Arbeiter, sofern sie nicht zur Pensionsversicherung der Angestellten bzw. zu jener der Knappen zählen.

²⁹⁰ ARD 6302/6/2013.

²⁹¹ OGH am 2.10.2012, 10 ObS 125/12y.

²⁹² Vgl. SSV-NF 15/5.

²⁹³ ARD 6302/7/2013.

5.3.1 Gelernte Arbeiter gemäß § 255 Abs 1 ASVG

Im Unterschied zu § 273 ASVG sind in § 255 ASVG drei Varianten von Invalidität geregelt, Absatz 1 regelt den Invaliditätsbegriff für Versicherte, die überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig sind. Aufgrund der gesetzlichen Änderungen im Rahmen der 9. Novelle zum ASVG, in der es zu einer Neufassung des Invaliditätsbegriffes und damit zu einer Einschränkung der Verweisungsmöglichkeit des gelernten und angelernten Arbeiters gekommen ist, ist der Berufsschutz des nach Absatz 1 versicherten Arbeiter gleichartig mit jenem der Angestellten. Voraussetzung für den Berufsschutz eines gelernten oder angelernten Arbeiters ist, dass der versicherte zuletzt Tätigkeiten verrichtet (hat), die als gelernter oder angelernter Beruf im Sinne des § 255 Abs 1 ASVG anzusehen sind und in entsprechendes zeitliches Ausmaß an qualifizierter Erwerbstätigkeit im Beobachtungszeitraum vorliegt.

Wie bereits oben ausgeführt, brachte die 75. Novelle zum ASVG eine Neuregelung des Berufsschutzes für Arbeiter und Angestellte. Die bis zu diesem Zeitpunkt geltende Regelung hat in bestimmten Konstellationen dazu geführt, dass bereits sehr wenige Beitragsmonate bzw. mitunter ein einziger Beitragsmonat im Beobachtungszeitraum zur Erlangung des Berufsschutzes führen konnte. Hingegen war es auch möglich, dass Personen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Lage gezwungen waren auch Tätigkeiten ohne Berufsschutz auszuüben, einen allenfalls erlangten Berufsschutz wieder verlieren konnten. Die nunmehr zur Erlangung des Berufsschutzes eingeführte „Hälfteregelung“ sieht das Vorliegen von zumindest 7,5 Jahren qualifizierter Erwerbstätigkeit vor. Zugleich werden alle berufsgeschützten Arbeiter- und Angestelltentätigkeiten zusammengerechnet. Wie der Begriff „Erwerbstätigkeit“ schon vermuten lässt, werden nur Beitragsmonate, nicht hingegen Ersatzmonate berücksichtigt, weiters nur Beitragszeiten nach (erfolgreichem) Abschluss der Lehrzeit²⁹⁴. Bislang war nur im Bereich der Arbeiter ein Quantitätserfordernis gegeben, die neue Rechtslage sieht dies nun auch im Bereich der Angestellten vor.

Ein erlernter Beruf iSd Abs 1 ist ein Beruf, für den ein bestimmter Ausbildungsgang vorgeschrieben ist, dessen erfolgreicher Abschluss Voraussetzung für die Ausbildung eines Berufs ist. Grundsätzlich muss es sich um eine unselbständige Erwerbstätigkeit handeln, die Ausbildungszeit selbst ist nicht als Tätigkeit in einem erlernten Beruf anzusehen.²⁹⁵ Die in § 7 BAG normierte Lehrberufsliste gibt Aufschluss über die existierenden Lehrberufe, die Lehrabschlussprüfung muss erfolgreich abgelegt oder gemäß § 8 Abs 16 BAG ersetzt

²⁹⁴ Vgl. OGH 05.06.2007 10ObS59/07k.

²⁹⁵ Vgl. OGH 27.02.1990 10 ObS 51/90 ua.

worden sein. Hat ein Versicherter lediglich einen Teil der Lehrzeit hinter sich gebracht, kann dies einen Berufsschutz als angelernter Arbeiter nach Abs 2 auslösen. Hinsichtlich ausländischer Lehrabschlüsse ist eine Bejahung der Voraussetzungen nur im Falle einer Gleichstellung gemäß § 27a BAG (somit durch Staatsvertrag oder VO des BM für Wirtschaft, Familie und Jugend) möglich.²⁹⁶

5.3.2 Angelernte Arbeiter gemäß § 255 Abs 2 ASVG

Gemäß § 255 Abs 2 ASVG liegt ein angelernter Beruf vor, wenn der Versicherte eine Tätigkeit ausübt, für die es erforderlich ist, durch praktische Arbeit qualifizierte Kenntnisse oder Fähigkeiten zu erwerben, welche jenen in einem erlernten Beruf gleichzuhalten sind. Demnach muss ein angelernter Beruf keinem gesetzlich geregelten Lehrberuf entsprechen, allerdings muss der Versicherte jene (qualifizierten) Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen, sodass angenommen werden kann, dass der Versicherte einen gelernten Arbeiter vollwertig vertreten und ersetzen kann. Ohne Bedeutung ist die Form, in der die Kenntnisse und Fähigkeiten dem Versicherten vermittelt wurden, ob dies im Rahmen von Kursen oder durch praktische Tätigkeit geschehen ist, spielt keine Rolle. Von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung ist die Dauer der Einschulungs- und Anlernzeit; in seiner Entscheidung vom 4.12.1990, 10 ObS 374/90, verneinte der OGH das Vorliegen eines Berufsschutzes iS des § 255 Abs 1 und 2, da eine Einschulungszeit von drei bis sechs Monaten im Vergleich zur dreijährigen Lehrzeit der bezug habenden Lehrberufe (hier Weber bzw. Textilmechaniker) unzureichend sei. Ebenso unzureichend ist die Ausführung von Teiltätigkeiten, die auch von gelernten Arbeitern durchgeführt werden²⁹⁷, da sich das Wesen eines Lehrberufes nicht aus Teiltätigkeiten ergibt, sondern aus den gesamten beruflichen Anforderungen. Dabei ist es unbeachtlich, ob Facharbeiter vereinzelt auch nur zur Verrichtung von Teiltätigkeiten herangezogen werden, ein angelernter Beruf iSd Abs 2 liegt nur dann vor, wenn nahezu die volle Berufsausbildung und der Erfahrungsschatz in diesem Beruf durch praktische Arbeit erworben wurde.²⁹⁸

Der OGH hat beispielsweise das Vorliegen eines vom Kläger behaupteten Berufsschutzes als angelernter Berufskraftfahrer verneint, da dieser über keine, jedoch gemäß Art I § 7 Abs 2 der Verordnung BGBl 1987/396, notwendigen und damit wesentlichen Kenntnisse über

²⁹⁶ Sonntag in Sonntag, ASVG³ (2012), § 255 Rz 68.

²⁹⁷ Zur Verneinung des Vorliegens eines angelernten Berufes siehe: OGH 4.5.1999 10 ObS 84/99x.

²⁹⁸ Kaufmann, Der Berufsschutz des gelernten und angelernten Arbeiters in der Pensionsversicherung, SozSi 1970, 87.

den Transport gefährlicher Güter auf der Straße verfügt hat. Daran vermochte auch das vom Kläger eingewandte Argument, wonach auch gelernte Berufskraftfahrer nur dann über solche Kenntnisse verfügen würden, wenn sie derartige Transporte durchgeführt haben, nichts zu ändern.²⁹⁹

Ob ein solch (behaupteter) angelernter Beruf vorliegt ist eine Rechtsfrage, welche seitens des Gerichts aufgrund von Tatsachenfeststellungen über die Anforderungen, die an einen gelernten Arbeiter in diesem Beruf in der Praxis üblicherweise gestellt werden, und den konkreten Kenntnissen und Fähigkeiten des Versicherten, zu lösen ist.³⁰⁰ Sofern kein Lehrberuf vorhanden ist, der die Berufstätigkeit des Versicherten einschließt, muss auf einen Lehrberuf zurückgegriffen werden, der mit dieser Tätigkeit am ehesten verwandt ist. Der Vergleich erfolgt sodann nicht in abstrakter Form, sondern wird unter Berücksichtigung auf die am Arbeitsmarkt gefragte Variante dieses Lehrberufes vorgenommen; herangezogen wird jene, die der vom Versicherten ausgeübten Tätigkeit am nächsten kommt.³⁰¹ Abschließend seien an dieser Stelle noch ausgewählte Beispiele aus der Judikatur zur Frage des Vorliegens einer erlernten Berufes angeführt:

Einer Kellnerin, die mit Ausnahme von tranchieren und filetieren und Zubereitung spezieller Mixgetränke, über die Kenntnisse und Fähigkeiten eines gelernten Kellners verfügt, wurde mit dem Argument, dass solche Fähigkeiten nur im gehobenen Gastronomiebereich gefragt sind, der Berufsschutz als angelernter Kellner zuerkannt.³⁰²

Eine Versicherte, die lediglich Teiltätigkeiten des Berufes „Köchin“ ausgeübt hat, jedoch nie mit dem Einkauf von Lebensmitteln, der Mitwirkung bei der Erstellung von Speiseplänen, Kalkulation von Verkaufsspeisen oder sonstige qualifizierte Kochtätigkeiten verrichtet hat, hat keinen angelernten Beruf ausgeübt.³⁰³

Ein Kraftfahrer, dessen Kenntnisse nur unwesentlich über diejenigen hinausgehen, die von jedem Lenker eines Schwerkraftfahrzeuges anlässlich der Führerscheinprüfung verlangt werden, übt keinen angelernten Beruf aus.³⁰⁴

²⁹⁹ Vgl. OGH am 20.07.1995, 10 ObS 138/95.

³⁰⁰ Vgl. OGH SSV-NF 23/24.

³⁰¹ Vgl. OGH am 4.12.1990 10 ObS 374/90.

³⁰² Vgl. OGH am 14.11.1995 10 ObS 200/95.

³⁰³ Vgl. OGH am 25.06.1996 10 ObS 2162/96f.

³⁰⁴ Vgl. OGH am 14.06.1988 RS0084792.

Im Bereich der Gesundheitsberufe hat der OGH die Tätigkeit einer Pflegehelferin aufgrund der Ausbildungsdauer von einem Jahr nicht als angelernt qualifiziert.³⁰⁵ Er verneint auch das Vorliegen eines Angestelltenberufes, da Pflegehelfer stets der Führung von diplomierten Krankenpflegepersonen unterliegen, denen eine Anleitungs- und Aufsichtsbefugnis zukommt.³⁰⁶

Es handelt sich um keinen angelernten Tischler, wenn ein Versicherte ausschließlich mit der Montage vorgefertigter Möbel betraut ist, er jedoch nie mit der Herstellung, Anfertigung oder Bearbeitung von Möbelstücken und Bauteilen aus Holz und Kunststoffen zu tun hatte. Daraus lässt sich auch nicht die Erfüllung des neuen Berufsbildes als Montagetischler ableiten, da es sich dabei nur um einen Teilausschnitt des Tischlerberufes handelt (und dessen werterhebende Kenntnisse und Fähigkeiten beim Versicherten jedoch nicht vorhanden waren).³⁰⁷

Weiters stellen u.a. die Tätigkeiten einer Büglerin, eines Zugbegleiters, eines Schwimmlehrers oder einer Kindergartenhelferin *keine* angelernten iS des Abs 2 dar.³⁰⁸

5.3.3 Ungelernte Arbeiter gemäß § 255 Abs 3 ASVG

Wie dem Wortlaut schon zu entnehmen, ist unter einem ungelernten Arbeiter – umgangssprachlich auch als Hilfsarbeiter bezeichnet – ein Arbeiter zu verstehen, der über keine abgeschlossene Lehrausbildung verfügt und sich auch keine qualifizierten Kenntnisse oder Fähigkeiten im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit angeeignet hat. Die Prüfung, ob ein Versicherter einen Beruf gelernt hat, über einen anerkannten Lehrabschluss verfügt oder einen angelernten Beruf ausgeübt hat, erfolgt von Amtswegen. Der Versicherte muss – so er über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt – diese auch tatsächlich angewandt haben.³⁰⁹

³⁰⁵ Vgl. OGH am 11.05.1994 RS0084962.

³⁰⁶ Vgl. OGH am 4.06.1997 10 ObS 33/97v.

³⁰⁷ Vgl. OGH am 13.10.1998 10 ObS 327/98f.

³⁰⁸ Sonntag, § 255 Rz 125.

³⁰⁹ Födermayr, Geminderte Arbeitsfähigkeit (2009) 54.

5.4 Die Beurteilung von Misch Tätigkeiten

Hat ein Versicherter sowohl Arbeiter – als auch Angestelltentätigkeiten verrichtet, bedarf es konkreter Auskünfte zur ausgeübten Tätigkeit und deren zeitlichen Ausmaßes, da es gemäß § 1 AngG auf ein Überwiegen ankommt. Dieses zeitliche Erfordernis kann jedoch insofern in den Hintergrund rücken, wenn sich aus der Wichtigkeit der geleisteten Arbeit eine für den Arbeitgeber ausschlaggebende Bedeutung feststellen lässt. In diesem Fall kommt es nicht auf das zeitliche Überwiegen an³¹⁰, sondern gewichtet sich die Zuordnung nach dem Arbeitsinhalt. Praktische Bedeutung erlangt die Beurteilung von Misch Tätigkeiten bei den Tätigkeitsinhalten von Arbeitnehmern im Einzelhandel, insbesondere im Supermarkt. So ist ein gelernter Fleischer, der als Rayonsleiter eine Mischung aus „klassisch manuellen Tätigkeiten“ eines Fleisch-Facharbeiters ausübt (Zerlegungsarbeiten, Schichten und Bestückung von Vitrinen, Warenübernahme) und zudem einfachere kaufmännische/administrative Tätigkeiten (Einschulung von Mitarbeitern, Anlegen von Checklisten, Aufgabe von Bestellungen) verrichtet. Diese Tätigkeiten wurden jedoch lediglich in untergeordnetem zeitlichen Ausmaß verrichtet und waren nicht derart, dass sie für die Führung des Betriebs von besonderer Bedeutung waren.

Der OGH hat sich mit der Frage der kollektivvertraglichen Einordnung von Handelsangestellten bereits mehrfach befasst³¹¹, da eine Zuordnung in die entsprechende Beschäftigungsgruppe des Kollektivvertrags auch bei der Frage des Verweisungsfeldes von Relevanz ist. Anzumerken ist, dass seit dem 1.12.2017 ein neuer Kollektivvertrag für Handelsangestellte in Geltung ist, der ein neues Beschäftigungsgruppenschema beinhaltet, zu dem es bis dato noch keine oberstgerichtliche Entscheidung gibt.³¹² Hinsichtlich des bis dahin in Geltung gestandenen Kollektivvertrags nahm der OGH bei Kassieren im Supermarkt, die überwiegend an der Kassa tätig sind an, dass diese in Beschäftigungsgruppe 3 einzustufen sind. In dieser Beschäftigungsgruppe waren Angestellte, die auf Anweisung schwierige Tätigkeiten selbständig ausführen eingestuft, wobei exemplarisch Ladenkassiere in Selbstbedienungsläden oder Kassiere an Sammelkassen angeführt sind. Zu dieser exemplarischen Auflistung hat der OGH ausgesprochen, dass „die bei den einzelnen Beschäftigungsgruppen angeführten Tätigkeitsbeispiele bei der Beurteilung der Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht vernachlässigt werden dürfen, sondern in der Regel aus dem Zutreffen eines Tätigkeitsbeispiels auf die

³¹⁰ Drs in Neumayr/Reissner (Hrsg) Zellkomm³ (2018) §1 AngG Rz 29.

³¹¹ OGH 28.06.2011, 9 ObA 33/11k.

³¹² https://www.wko.at/branchen/handel/kollektivvertrag_handelsangestellte.html (Aufruf am 5.11.2019)

Einstufung in die betreffende Beschäftigungsgruppe geschlossen werden kann.“³¹³ Die Beschäftigungsgruppe 2 beinhaltet bis Ende 2018 Angestellte, die einfache Tätigkeiten ausführen, wie beispielsweise Angestellte im Lager oder der Logistik.

5.5 Verweisung und Arbeitsmarkt

In Fortsetzung zum oben Ausgeführten kann an dieser Stelle mit der Definition des Verweisungsfeldes begonnen werden: es handelt sich dabei um die Summe aller Berufe, auf die ein Versicherter verwiesen werden kann.³¹⁴ Die Festlegung des Verweisungsfeldes wird umso schwieriger, desto weniger es mit dem allgemeinen Arbeitsmarkt ident ist. Generell kommt der allgemeine Arbeitsmarkt als Verweisungsfeld für nichtqualifizierte Arbeiter in Betracht, wobei auch hier von der Judikatur der Grundsatz, dass nur eine Verweisung auf solche Berufstätigkeiten in Frage kommt, von denen es – in Anlehnung an die jüngere Judikatur – österreichweit mindestens 100 Arbeitsplätze gibt, festgelegt wurde.³¹⁵ Der Terminus „österreichweit“ lässt bereits erkennen, dass die Rechtsprechung nicht auf einen regionalen Arbeitsmarkt abstellt, sondern einen gesamtösterreichischen Blickwinkel wirft. Die Rechtsprechung hält demnach eine Wohnsitzverlegung oder Wochenpendeln, sofern medizinische Gründe dem nicht hinderlich entgegen stehen, für zumutbar.³¹⁶ Weiters kommt es für die berechnete Annahme eines Arbeitsmarkts im Allgemeinen auf die Anzahl der dem eingeschränkt leistungsfähigen Versicherten in seinem Verweisungsfeld insgesamt zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze an. Aus dem Verweisungsfeld sind jedoch Tätigkeiten auszuschneiden, die der Versicherte zwar noch ausüben könnte, in denen die Anzahl der Arbeitsplätze aber so gering ist, dass sie praktisch die Arbeitsmöglichkeiten für den Versicherten nicht vermehren.³¹⁷ Aus Sicht der Pensionsversicherung und der diesbezüglich ergangenen Judikatur, erfolgt die Beurteilung, ob dem Versicherten ein Verweisungsberuf zugemutet werden kann, abstrakt.³¹⁸ Dies bedeutet, dass die Chance auf einen konkreten Arbeitsplatz außerhalb der Betrachtungen bleibt, da das Risiko (k)einen solchen Arbeitsplatz zu erlangen der Sphäre der Arbeitslosenversicherung zuzurechnen ist. Dass diese Erklärung bzw. Rechtfertigung in der praktischen Tätigkeit vor den Arbeits- und Sozialgerichten den Versicherten

³¹³ OGH 17.10.2002, 8 ObA 189/02f.

³¹⁴ Tomandl, Sozialrecht⁶ (2009) Rz 256.

³¹⁵ OGH 10 ObS 369/91 RdA 1992/43 (krit Harrer).

³¹⁶ OGH SSV-NF 1/20.

³¹⁷ Vgl. 10 ObS 51/08k.

³¹⁸ OGH SSV-NF 1/23.

nachvollziehbarerweise nicht näher zu bringen ist, gehört zu einer der größten Schwierigkeiten in der sozialgerichtlichen Vertretungstätigkeit für einen Versicherungsträger.

5.5.1 Ausschluss vom Arbeitsmarkt

Aufgrund des medizinische Leistungskalküls sind Aussagen darüber zu treffen, ob und inwieweit beim Versicherten persönliche Umstände einen Ausschluss vom Arbeitsmarkt bewirken können. Neben der bereits angeführten Mindestanzahl von Arbeitsplätzen hat die Rechtsprechung bei massiven gesundheitlichen Einschränkungen die abstrakte Chance zur Erlangung einer Beschäftigung unter den üblichen Arbeitsmarktbedingungen als nicht mehr vorhanden qualifiziert.³¹⁹

5.5.1.1 Anmarschweg

Zur Sicherstellung einer gleichen Beurteilung von Fällen misst die Rechtsprechung das Verweisungsfeld und die Anforderungen, die mit der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit auch bezüglich der Erreichung des Arbeitsplatzes verbunden sind, an den Verhältnissen des gesamten Arbeitsmarktes.³²⁰ Sie prüft jedoch abstrakt die Frage, ob dem Versicherten wegen einer Gehbehinderung das Aufsuchen eines Arbeitsplatzes zumutbar ist. Nach herrschender Rechtsprechung ist ein Versicherter solange nicht vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausgeschlossen, als er ohne wesentliche Einschränkungen ein öffentliches Verkehrsmittel benützen und vorher sowie nachher ohne zumutbare Pausen eine Wegstrecke von jeweils 500 m zurücklegen kann.³²¹

Ist der Wohnort durch öffentliche Verkehrsmittel schlecht aufgeschlossen und die Zurücklegung der Wege zum Arbeitsplatz oder zum nächsten öffentlichen Verkehrsmittel mit privaten Verkehrsmitteln üblich, so ist auch festzustellen, ob der Versicherte diese Wege in zumutbarer Weise mit einem privaten Fahrzeug zurücklegen könnte.³²²

Anschaffungskosten eines, ggf. zusätzlichen, Kraftfahrzeugs zur Erreichung des Arbeitsplatzes wird einem Pensionswerber nur dann zugemutet,³²³ wenn die

³¹⁹ Neumayr, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht RdA 2005, 471.

³²⁰ Vgl. OGH SSV-NF 2/105.

³²¹ Vgl. OGH SSV-NF 16/62, 10/17, 6/109, 5/39.

³²² Vgl. OGH SSV-NF 7/18.

³²³ Vgl. OGH SSV-NF 3/142.

Anschaffungskosten (nahezu) zur Gänze von einem Sozialversicherungsträger übernommen werden.³²⁴

5.5.1.2 Krankenstandsverhalten

Aufgrund häufiger und/oder langdauernder Krankenstände kann die, dem Versicherten verbliebene, Restarbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt unverwertbar werden. Es handelt sich dabei um die sozialversicherungsrechtlich allein bedeutsame Eigenschaft des krankheitsbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit unter eine bestimmte Mindestgrenze.³²⁵ Sind bei einem Anspruchswerber mit großer Wahrscheinlichkeit jährliche Krankenstände in der Dauer von insgesamt sieben oder mehr Wochen zu erwarten, so ist dieser nach ständiger Rechtsprechung vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausgeschlossen.³²⁶ Die Frage nach der Krankenstandsprognose bei Durchführung einer zumutbaren Krankenbehandlung von leidensbedingten Krankenständen, so auch die Judikatur, ist ein immanenter Teil der für die Beurteilung eines Ausschlusses des Versicherten vom allgemeinen Arbeitsmarkt maßgebenden Krankenstandsprognose.³²⁷ Besonders heikel stellt sich die rechtliche Beurteilung der Zumutbarkeit von operativen Eingriffen dar, die jeweils nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden kann. Dabei ist auf mehrere Aspekte Bedacht zu nehmen: auf die mit der Maßnahme verbundenen Gefahren, die Erfolgsaussichten einer Behandlung/Operation, die Schwere des Eingriffes und seine Folgen unter Berücksichtigung auch einer erforderlichen Nachbehandlung sowie die damit verbundenen Schmerzen.³²⁸

5.5.1.3 Teilzeitarbeit

Die Verrichtung von Teilzeitarbeit unter jenen Kriterien anzuführen, die einen Ausschluss vom Arbeitsmarkt bewirken können, ist angesichts des diesbezüglichen Judikaturwandels legitim, da das OLG bis in die 1980er eine Verweisung auf eine Teilzeitbeschäftigung als nicht zulässig erachtete.³²⁹ Mit dem Argument es handle sich bei dieser

³²⁴ Zur Zumutbarkeit der Benutzbarkeit eines PKW siehe auch *De Brito*, Benützung eines PKW im Familienverband zur Erreichung des Arbeitsplatzes zumutbar RdA 2010/35.

³²⁵ OGH 18.04.1989, 10ObS101/89.

³²⁶ OGH SSV-NF 10/14, 6/82, 7/76.

³²⁷ OGH 9.11.1999, 10ObS253/99z.

³²⁸ Vgl. OGH SSV-NF 2/33, 4/23, 6/13.

³²⁹ Ausführlich zu Verweisung auf Teilzeittätigkeiten: *Pfeil*, OGH 21.12.1993, 10 Ob S 56/93, ZAS 1995/24.

Beschäftigungsform nicht um eine auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt übliche Form der Erbringung der Arbeitsleistung wurde diese Form der Verweisung zunächst abgelehnt.³³⁰

Erstmals hat sich der OGH in seiner Entscheidung vom 6.6.1989, 10 Ob S 179/89 (=SSV-NF 3/73) mit der Frage der Verweisbarkeit auf Teilzeitarbeit auseinandergesetzt. Die damalige 55-jährige Klägerin war in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag als Halbtagskraft tätig, der OGH führte in seiner Entscheidung aus, dass gem. § 273 Abs 3 darauf abzustellen ist, ob der Versicherte noch in der Lage ist wenigstens die Hälfte des üblichen Entgeltes eines gesunden Halbtagsbeschäftigten für eine solche Tätigkeit zu erzielen. Wird die vorgegebene „Lohnhälfte“ nicht erreicht oder ist Teilzeitarbeit in einer bestimmten Branche noch nicht heimisch geworden – was mE heutzutage kaum mehr der Fall sein wird – ist eine Verweisung nicht möglich.³³¹

Die Verweisbarkeit einer bislang halbtätig beschäftigten Versicherten auf eine andere Teilzeittätigkeit im Rahmen des § 273 Abs 1 erachtete der OGH bei Erreichung der Lohnhälfte und einer entsprechenden Anzahl an Teilzeitarbeitsplätzen für die dem Leistungskalkül entsprechenden Verweisungstätigkeiten als zulässig. Dazu äußerte sich *Weissensteiner*³³² kritisch, da ihrer Ansicht nach „bei Prüfung der geminderten Arbeitsfähigkeit (von unter 55-Jährigen) niemals der konkrete bisherige Arbeitsplatz entscheidend sei; die konkrete Arbeitszeiteinteilung bzw. eine eventuelle Teilzeitbeschäftigung müsse ebenso ohne Bedeutung bei Prüfung der Verweisbarkeit sein.“

In seiner Entscheidung vom 21.12.1993³³³, setzte sich der OGH erstmals mit der Verweisbarkeit eines bislang ganztätig Versicherten (§ 255 Abs 3) auf Teilzeitarbeit auseinander. Dabei gelangte er zu dem Ergebnis, dass zunächst zu prüfen ist, ob eine solch zeitlich eingeschränkte Tätigkeit in einem dem Versicherten zumutbaren Beruf auf dem Arbeitsmarkt noch gefragt wird und wenn ja, ob dadurch zumindest die Hälfte des Einkommens eines gesunden Vollzeitbeschäftigten erzielt werden kann. Ein prinzipielles Hindernis einer Verweisung auf Teilzeitarbeit sieht der OGH nicht, auch das Argument, es handle sich dabei um eine Sonderform der Arbeitszeit, ließ er bereits im Jahr dieser Entscheidung nicht gelten und hat sich zwischenzeitig Teilzeit am Arbeitsmarkt durchgesetzt.

³³⁰ berechnete Kritik dazu: *Schrammel*, Zur Problematik der Verweisung in der UV und PV, ZAS 1984/83.

³³¹ Vgl. OGH 10.12.1991, 10 ObS 344/91.

³³² *Weissensteiner*, Verweisung auf Teilzeitarbeitsplätze, RdA 1992, 484.

³³³ OGH 21.12.1993, 10ObS56/93.

Letztlich ist festzuhalten, dass bei der Verweisung auf Teilzeitarbeitsplätze auf die Verhältnisse des gesamten Arbeitsmarktes abzustellen ist. Es ist nach den Besonderheiten des Einzelfalls zu beurteilen, ob angesichts des aufgrund der Teilzeitbeschäftigung erzielbaren geringeren Lohns eine Wohnsitzverlegung oder Wochenendpendeln³³⁴ zumutbar ist. Ein Versicherter, dem angesichts seines Leistungskalküls nur mehr ein 6-stündiger Arbeitstag zugemutet werden kann, kann entsprechend verwiesen werden, wenn eine solche Tätigkeit in einem dem Versicherten zumutbaren Beruf auf dem Arbeitsmarkt noch gefragt wird und wenn zumindest die Hälfte des Einkommens eines gesunden Vollzeitbeschäftigten erzielt werden kann. Einer Versicherten, die keinen Beruf erlernt hat und aufgrund ihrer körperlichen Einschränkungen lediglich vier Stunden täglich bzw. zwanzig Stunden Wochenarbeitszeit verrichten kann, ist die Nutzung des eigenen PKW's und die damit verbundenen Kosten zumutbar im Hinblick auf die lediglich in Teilzeitform zu verrichtende Teilzeittätigkeit. Im konkreten Fall war der Versicherten aus medizinischen Gründen eine Verlegung des Wohnsitzes nicht zumutbar, ausschließlich die Möglichkeit von Tagespendeln war gegeben. Die Zumutbarkeit von Pendeln zum Arbeitsplatz ist im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung im Einzelfall zu prüfen, d.h. die Beurteilung dieser Frage erfolgt anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls. Dadurch kann sich angesichts eines geringen erzielbaren Lohns³³⁵ aufgrund von Teilzeit eine Wohnsitzverlegung oder Pendeln als unzumutbar herausstellen. In gegenständlichem Fall wurde jedoch ein über dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegendes Einkommen als ausreichend erachtet, um die durch den Arbeitsweg entstehenden Fahrtkosten abzudecken.³³⁶ Nach Auffassung des OGH sei es der Versicherten zumutbar, die durch den Arbeitsweg anfallenden Fahrtkosten als Lebenserhaltungskosten abzudecken. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Versicherte keine medizinischen Einschränkungen habe, die einer Kombination aus öffentlichen Verkehrsmitteln und privatem PKW entgegenstehen, wodurch eine kostengünstigere Alternative gegeben sei.

5.5.1.4 Persönliche Hinderungsgründe

Die Frage der Zumutbarkeit der Verweisung scheint in jenen Fällen besonders sensibel, in denen persönliche Gesichtspunkte des Versicherten einer Verweisbarkeit vermeintlich

³³⁴ Zur Unzumutbarkeit aus wirtschaftlichen Gründen: OGH 1.6.2010, 10 ObS 72/10a.

³³⁵ Vgl. 10 ObS 72/10a, wonach eine Verlegung des Wohnsitzes und das Wochenpendeln (50 km Entfernung zwischen Wohn- und Arbeitsort) angesichts des aus der Teilzeitbeschäftigung erzielbaren Monatseinkommen (inkl. SZ) in Höhe von 584,19 Euro bis 610 Euro und damit unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegend als unzumutbar eingestuft wurde.

³³⁶ 10 ObS 28/18t.

entgegenstehen. Nicht ohne Grund kann nur von einer *scheinbaren* Sensibilität und einem *vermeintlichen* Hindernis gesprochen werden, denn der OGH hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass die Zumutbarkeit der Verweisung nur unter gesundheitlichen und nicht unter persönlichen Gesichtspunkten zu beachten ist.

Ein Versicherter kann demnach mangelnde Deutschkenntnisse nicht als ein berücksichtigungswürdiges Element ins Treffen führen, da eine solche Berücksichtigung „einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung zwischen Ausländern und Inländern gleich käme, da letztere auf alle Arbeiten verwiesen werden könnten, während bei Ausländern, bedingt durch mangelnde Sprachkenntnis, das Verweisungsfeld enger gezogen wäre.“³³⁷ Auch Betreuungspflichten³³⁸ bzw. die konkrete familiäre Situation des Pensionswerbers³³⁹ sind aus oberstgerichtlicher Sicht unbeachtlich. Ein zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit verlangtes Lösen aus der familiären Situation hat der OGH allerdings in einer anderen Entscheidung im Hinblick auf Art. 8 EMRK als einen unzulässigen Eingriff in den dadurch geschützten Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gesehen. Als unbeachtlich gelten weiters der Entzug des Führerscheins oder das Fehlen einer notwendigen Beschäftigungsbewilligung eines Ausländers sowie allfällige Vorstrafen.³⁴⁰

5.5.2 Lohnhälfte

Ausgehend von der Frage der Zumutbarkeit – ein Begriff, der insbesondere im ASVG relativ häufig Eingang in gesetzliche Bestimmungen gefunden hat³⁴¹ – ist zum besseren Verständnis der verschiedenen Prüfungsformeln der Zweck der Zumutbarkeit festzuhalten. Dieser besteht darin abzuwägen, wie weit die Verwirklichung des Risikos der geminderten Arbeitsfähigkeit noch vom Versicherten zu tragen ist und ab wann dieses Risiko auf die Solidargemeinschaft übertragen wird. Die Solidarität ist ein wesentliches Merkmal der

³³⁷ Vgl. OGH SSV-NF 1/4; 1/22 ua.

³³⁸ Vgl. OGH 6.3.2001 10 ObS 33/01b.

³³⁹ Vgl. OGH 28.5.2002, 10 ObS 154/02y.

³⁴⁰ Tomandl (Hrsg.), Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, in Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht (2002) 14.

³⁴¹ Vgl. § 201, in welchem soziale Maßnahmen der Rehabilitation im Bereich der UV für einen Versehrten iVm der (Nicht)Zumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel normiert werden. Vgl. weiters § 303 ua., welche im Bereich der beruflichen Maßnahmen der Rehabilitation in der PV die Zumutbarkeit beinhalten.

gesetzlichen Sozialversicherung und hebt sich mitsamt weiterer Merkmale, wie beispielsweise fehlender Riskenauslese und Prinzip der Pflichtversicherung, von privaten Versicherungen ab. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Zumutbarkeit eine Grenze darstellt, deren Ermittlung jeweils im Einzelfall durch einen Wertungsvorgang erfolgt. Das dies keineswegs unproblematisch ist, leitet sich bereits vom Bedeutungsinhalt des Wortes „Wertung“ ab. Die Konkretisierung der Frage, ob und inwieweit einem gesundheitlich beeinträchtigten Versicherten die Verwertung seiner Restarbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt noch zugemutet werden kann, hat der Gesetzgeber im Bereich der PV weitgehend der Kasuistik überlassen. So sind im Laufe der Zeit zahlreiche Entscheidungen zur Konkretisierung der Frage der Zumutbarkeit ergangen, es zeigt sich aber gerade bei der sog. Lohnhälfte die von der Rsp. eingeleitete und konsequent verfolgte Abkehr von der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers.³⁴²

Die Beurteilung der Frage, was einem Versicherten noch zumutbar ist, hängt zunächst davon ab, welches „Gut“ der Gesetzgeber als schützenswert erachtet. Im Bereich des VF der geminderten AF ist dieses „schützenswerte Gut“ primär der Beruf. Bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit von unqualifizierten Versicherten, hat der Gesetzgeber hingegen das zu erzielende Entgelt als das „schützenswerte Gut“ in den Vordergrund gerückt. Mit Festlegung der Lohnhälfte als „Mindesteinkommen“, wurde daher eine Mindesteinkommensgrenze geschaffen, ab der dem Versicherten nicht mehr zugemutet wird, eine geringer entlohnte Beschäftigung annehmen zu müssen.³⁴³ Dabei wird geprüft, ob der Versicherte aufgrund seines körperlichen und geistigen Zustands noch in der Lage ist, die Hälfte dessen zu verdienen, was ein gesunder Versicherter (= typisierte Vergleichsperson) im Verweisungsberuf verdient, wobei unstrittig ist, dass die typisierte Vergleichsperson immer ein gesunder Arbeitnehmer ist, der vollzeitbeschäftigt ist und ein Einkommen auf Basis einer Vollzeitbeschäftigung erzielt. Aus der gesetzlichen Lohnhälfte ergibt sich jedoch kein Anspruch auf eine Pensionsleistung gemäß § 255 Abs 3 ASVG, weil der Versicherte kein bestimmtes Nettoeinkommen (beispielsweise in Höhe des Ausgleichszulagenrichtsatzes) erreicht, da das, an der Lohnhälfte gemessene, Risiko der geminderten Arbeitsfähigkeit versichert ist, aber nicht ein bestimmtes Einkommen. Falsch

³⁴² Neumayr, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht RdA 2005, 471.

³⁴³ Ausführlich dazu: OGH am 12.09.2006, 10ObS109/06m. Darin wird auch ausdrücklich die Eignung des AZ-Richtsatzes oder eines Sozialhilferichtsatzes als maßgebliche Kriterien verneint. Beide Leistungen haben Fürsorgecharakter und sind daher nicht mit Leistungen zu vergleichen, die sich aus Pensionsbeiträgen generieren.

ist die Annahme, dass die Bestimmung auf den bisherigen Verdienst abstellt, was aus der Formulierung von § 255 Abs 3 deutlich hervorgeht.

Aus dem bislang Ausgeführten stellt sich die Situation für unqualifiziert tätige Versicherte somit dermaßen dar, dass bei ihnen die Erzielbarkeit der Lohnhälfte, bei berufsgeschützten Versicherten hingegen die Arbeitsfähigkeit ausschlaggebend ist. Unter Bezugnahme auf die historische Entwicklung wird sich zeigen, dass der Maßstab der Lohnhälfte auch in den Fällen der § 255 Abs 1 und § 273 herangezogen wird und im Hinblick auf § 255 Abs 3 in seiner Schutzfunktion leerläuft.

§ 255 ASVG idF der Stammfassung sah einen einheitlichen Invaliditätsbegriff für sämtliche Arbeiter vor. Demnach sollte der Versicherte dann als invalid gelten, wenn er infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte nicht imstande war, durch eine Tätigkeiten, die mit seinen Kräften und Fähigkeiten im Einklang stand und ihm unter billiger Berücksichtigung seiner Ausbildung und seines bisherigen Berufes zugemutet werden konnte, die Hälfte des Verdienstes zu erwerben, den körperlich und geistig gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegend zu erzielen pflegen. Wie oben ausführlich dargestellt, wurden im Rahmen der 9. ASVG-Novelle anstelle des bisherigen, einheitlichen Invaliditätsbegriffes zwei unterschiedliche Begriffe geschaffen: § 255 Abs 1 sollte für überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätige Versicherte gelten, § 255 Abs 3. hingegen für nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätige Versicherte, d.h. Personen, die Hilfstätigkeiten ausüben. Erstgenannter Terminus wurde dem in der Pensionsversicherung der Angestellten normierten Berufsunfähigkeitsbegriff nachgebildet, Ziel war die Angleichung der Verweisbarkeit von Angestellten und qualifizierten Arbeitern. Für unqualifizierte Arbeiter sollte hingegen der Einkommensverlust maßgeblich sein, allerdings nicht das tatsächlich entstandene Delta zwischen dem Altlohn und dem Lohn im Verweisungsberuf. Die Schutzfunktion dieser Lohnhälfte würde sich dann entfalten, würde das Einkommen im bisherigen mit jenem im Verweisungsberuf verglichen werden. Die Arbeitsfähigkeit von § 255 Abs 1 bzw. § 273 Abs 1 misst sich am körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen, beim Hilfsarbeiter an einem Versicherten, der eine auf dem Arbeitsmarkt noch bewertete und dem Pensionswerber zumutbare Tätigkeit ausübt. Dass die Arbeitsfähigkeit der typisierten Vergleichsperson immer nach den wirtschaftlichen Ergebnissen ihrer Tätigkeit beurteilt, wurde ausdrücklich nur in § 255 Abs 3 normiert, gilt aber „nach der Natur der Sache“ auch für die überwiegend als Facharbeiter(innen) oder als Angestellte tätig gewesenen Versicherten“. Begründet wird dies von der Rsp mit der Gehaltersatzfunktion der bezug habenden Pensionsleistung und diese trifft für die IV-Pension (für sämtliche Arbeiter) wie auch auf die BU-Pension gleichermaßen zu.

Der OGH führt dazu in seiner Entscheidung³⁴⁴ vom 09.05.1995 aus: „Beide Leistungen sollen erst erbracht werden, wenn die versicherte Person aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr imstande ist, wenigstens die in der jeweiligen Berufsgruppe (Facharbeiter, Angestellte) oder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (Hilfsarbeiter) für gesunde Versicherte regelmäßig erzielbare Lohn(Gehalts)hälfte zu erwerben. Demzufolge bedeutet Arbeitsfähigkeit iS des § 273 ASVG jene Arbeitsfähigkeit, die dem Versicherten zur entgeltlichen Betätigung im Rahmen seiner Berufsgruppe zur Verfügung steht. Zu prüfen sei daher, ob die Fähigkeit zur Erreichung einer bestimmten Verdienstgrenze bestehe, ob der Pensionswerber innerhalb seiner Berufsgruppe auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt die Hälfte jenes Verdienstes zu erwerben vermag, den eine gesunde Vergleichsperson regelmäßig zu verdienen pflege. Dieser Lohn sei als Normallohn zu werten. Er werde, wenn ein Kollektivvertrag bestehe, dem kollektivvertraglichen Lohn, ansonsten dem Durchschnittslohn gleichkommen.

Das Gesetz stelle den Begriff der Berufsunfähigkeit auf das Vorhandensein eines bestimmten Grades von Minderung der AF ab, sodass zwar eine direkte Beziehung zum Verdienst selbst fehle. Die bisherige Rsp sei aber ebenso wie beim Begriff der Invalidität davon ausgegangen, dass sich auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt letzten Endes der Gehalt oder der Lohn als Funktion des Grades der Arbeitsfähigkeit erweist. Daraus ergebe sich, dass auch für die Feststellung der Berufsunfähigkeit zu prüfen sei, ob die Fähigkeit zur Erreichung einer bestimmten Verdienstgrenze besteht. Als diese sei die Hälfte des regelmäßigen Verdienstes eines vergleichbaren gesunden Versicherten anzusehen.“ Damit wurde in der Literatur³⁴⁵ sowie in der Rsp³⁴⁶ eine Ungleichbehandlung in der Feststellungsmethode zwischen den Begriffen Invalidität und Berufsunfähigkeit verneint. Wenig Beachtung fand der Einwand von *Enzlberger*, der ausführte, dass bei Anwendung des Maßstabs der Lohnhälfte auch auf § 255 Abs 1 bzw. § 273 Abs 1 die Intention des Gesetzgebers missachtet werde. Er führt aus, dass es einen *„sachlichen Grund dafür gibt, dass in § 255 einmal die Arbeitsfähigkeit (Abs 1) und das andere Mal (Abs 3) die „Lohnhälfte“ das entscheidende Kriterium ist. Ginge man nämlich auch bei ungelernten Personen (Hilfsarbeitern) von der Arbeitsfähigkeit aus, wäre die entsprechende Grenze erst dann unterschritten und es läge erst dann Invalidität vor, wenn jemand nicht einmal mehr*

³⁴⁴ Vgl. dazu: OGH 09.05.1995, 10ObS78/95.

³⁴⁵ Vgl. *Traindl*, Die rechtlichen Aspekte des neuen Invaliditätsbegriffes auf Grund der 9. Novelle zum ASVG SozSi 1962, 277 (278).

³⁴⁶ Vgl. dazu OGH 19.12.2006, 10ObS199/06x.

*das sehr niedrige Leistungserfordernis für ganz einfache (und sehr schlecht bezahlte) Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes erreichen würde.*³⁴⁷.

Berechtigt ist die Kritik an der de facto leerlaufenden Schutzfunktion der Lohnhälfte³⁴⁸, da diese nur dann zum Tragen kommen kann, wenn der Durchschnittslohn in einer Branche mehr als doppelt so hoch wäre wie der kollektivvertragliche Mindestlohn. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass der Pensionswerber im Verweisungsberuf bei Vollzeitarbeit zumindest den kollektivvertraglichen Mindestlohn verdienen wird, wodurch jedenfalls die Lohnhälfte erreicht ist und es keiner weiteren Feststellungen zum Verdienst bedarf. Der Versicherte müsste daher weniger als 50% jenes Entgelts erwarten, den ein voll arbeitsfähiger Versicherter bei Ausübung des Verweisungsberufs im Durchschnitt³⁴⁹ erwarten kann. Anders als bei der Verweisung auf einen Vollzeitberuf, entfaltet die Lohnhälfte bei der Verweisung auf einen Teilzeitberuf ihre Schutzfunktion. Vor allem bei der Frage der Zumutbarkeit von Wochenpendeln bei Versicherten, die nur mehr zur Ausübung von Teilzeittätigkeiten in der Lage sind, rückt die gesetzliche Lohnhälfte des § 255 Abs 3 in das Betrachtungsfeld.

Der OGH hat diesbezüglich bereits ausgeführt, dass „nur auf die gesetzliche Mindesteinkommensgrenze ankommt, die je nach Verweisungsberuf schwanken kann, ohne das Bedürftigkeitskriterien eine Rolle spielen.“³⁵⁰ Kann somit ein Versicherter beispielsweise nur mehr 6 Arbeitsstunden pro Tag erbringen, ist zu prüfen, ob er/sie in einem zumutbaren Beruf zumindest die Hälfte des Einkommens eines gesunden Vollzeitbeschäftigten erzielen kann. Die Zumutbarkeit von Wochenpendeln/Verlegung des Wohnsitzes hat der OGH verneint, wenn das zu erwartende Einkommen weit unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegt.³⁵¹ Gegen die Annahme, dass bei einer Verweisung auf eine Teilzeittätigkeit die Lohnhälfte von einem gesunden Teilzeitbeschäftigten zu berechnen ist, spricht die teleologische Auslegung der Bestimmung. Wie bereits oben

³⁴⁷ Enzlberger zu 10ObS78/96, DRdA 1996/21.

³⁴⁸ Mazal, Die soziale Sicherung für den Fall der Invalidität in Österreich, Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich in Reinhard/Kruse/von Maydell (Hrsg), Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich; Studien aus dem Max-Planck-Institut (Nr.18), Baden-Baden 1998, 365-400. Fördermayr, Geminderte Arbeitsfähigkeit (2009) 68.

³⁴⁹ Bei der Ermittlung des Durchschnittseinkommens bleiben Spitzeneinkommen außer Betracht, um so ein möglichst realitätsgetreues Bild über den durchschnittlichen Verdienst in einem derartigen Beruf (=Verweisungsberuf) zu bekommen. Wenn in der in Betracht kommenden Berufsgruppe jedoch regelmäßig über den KV-Löhnen liegende Gehälter bezahlt, sind diese zugrunde zu legen.

³⁵⁰ Vgl. OGH 26.6.2008, 10 ObS 83/08s.

³⁵¹ OGH 19.11.2013, 10 ObS 168/13y.

angeführt, soll mithilfe der Lohnhälfte ein Mindesteinkommen festgelegt werden, welches bei einer Verweisung von Voll- auf Teilzeitarbeit auf Basis einer „Vollzeit-Berechnungsgrundlage“ ermittelt wird. Dabei ist jedoch wichtig festzuhalten, dass sich die Lohnhälfte nicht von jenem Beschäftigungsausmaß bemisst, welches dem/der Versicherten nach Eintritt des VF (noch) zuzumuten ist, sondern welches vor dessen Eintritt vorgelegen hat.³⁵²

Nach dem bislang Gesagten kann festgehalten werden, dass jener Maßstab, der bei Hilfsarbeitern den Eintritt von Invalidität messbar machen soll, in der Realität keiner ist, da er – mit Ausnahme im Falle von Teilzeit – nicht geprüft wird. Gleichsam wurde er jedoch auf die von Gesetzes wegen nicht erfassten Facharbeiter und Angestellten ausgedehnt und kommt dort – wenn auch nicht mit der 50%-Grenze – zum Tragen. Mithilfe der These vom unzumutbaren sozialen Abstieg hat die Rechtsprechung einen Schutzmechanismus entwickelt, in dessen Zentrum die Einkommenssituation des Versicherten durch eine Verweisung steht. Der Angestellte darf anlässlich einer Verweisung keinen sozialen Abstieg erfahren, was nach ständiger Judikatur bei Verweisung auf Tätigkeiten der nächstniedrigeren Kollektivvertragsstufe nicht der Fall ist.³⁵³

6 Berufsschutz und Rehabilitation

Im letzten Kapitel wurde dargestellt, welche Auswirkungen ein dem Versicherten zukommender bzw. nicht zukommender Berufsschutz auf sein rechtliches Schicksal im Hinblick auf die Möglichkeit zur Verweisung auf den Arbeitsmarkt hat und wie sich die Judikatur zur Verweisbarkeit von (ungelernten) Arbeitern und Angestellten entwickelt hat.

Die Frage, ob einem Versicherten Berufsschutz zukommt oder nicht war bzw. ist auch im Rehabilitationsrecht von großer Bedeutung, der Rechtsanspruch auf Leistungen der Rehabilitation wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der vergangenen Novellen immer wieder neu geregelt. Das Zusammenspiel von Berufsschutz und beruflicher Rehabilitation auf der einen Seite und medizinischer Rehabilitation auf der anderen Seite hat einen Komplexitätsgrad erreicht, der sich nur schwer simplifizieren lässt, da Normierungen in diesem Bereich direkten Einfluss auf die Anspruchsvoraussetzungen im Invaliditätsrecht haben. Ist es dem interessierten Leser gelungen sich einen entsprechenden Überblick zu verschaffen, gilt es die Frage der Verweisbarkeit in diesem Zusammenhang nochmals zu

³⁵² *Windisch-Graetz*, OGH 21.12.1993, 10 ObS 56/93 DRdA 1994/50.

³⁵³ Siehe Kapitel 4.2. Die Verweisung von Angestellten.

beleuchten. Als Ausgangspunkt dafür soll eine vom OGH beantwortete Rechtsfrage zur Verweisbarkeit von erfolgreich rehabilitierten Versicherten, die jedoch keine entsprechende Tätigkeit ausüben, dienen.

Abschließend soll im Rahmen dieses Kapitels auch eine bedeutsame verfahrensrechtliche Frage zum Anspruch auf berufliche Rehabilitation bei ausdrücklich (nur) auf Gewährung einer Invaliditätspension gerichteten Klage, erörtert werden. Vorwegzunehmen ist sogleich, dass die Beantwortung unabhängig von einem allfälligen Berufsschutz ist, jedoch den Rechtsschutz iZm beruflicher Rehabilitation stärkt, indem sie einen bislang offenen Aspekt einer Klärung zuführt.

6.1 Allgemeines zur Rehabilitation in der PV

Rehabilitation ist eine Leistung, die in allen Versicherungszweigen der Sozialversicherung vorgesehen ist, jedoch werden alle drei Arten der Rehabilitation, berufliche, medizinische und soziale Rehabilitation nur in der UV und PV erbracht, innerhalb der KV ist lediglich die medizinische Rehabilitation vorgesehen. Weitere Unterschiede betreffen den persönlichen Geltungsbereich³⁵⁴, teilweise die Anspruchsvoraussetzungen und die Zielsetzungen. Die PV erbringt die genannten Maßnahmen der Rehabilitation, im Bereich der medizinischen Rehabilitation sind auch ambulante Maßnahmen vorgesehen, für Versicherte und Bezieher von Pensionen aus dem VF der gem. AF (vgl. § 300 Abs 1 ASVG) mit dem Ziel die (Wieder)Herstellung der Leistungsfähigkeit der genannten Personen zu erreichen, damit diese in die Lage versetzt werden, im beruflichen und wirtschaftlichen Leben und in der Gemeinschaft einen ihnen angemessenen Platz möglichst dauernd einzunehmen (vgl. § 300 Abs 3 ASVG). Diese Fokussierung auf den Erhalt der Arbeits(Berufs)Fähigkeit soll als Ausgangspunkt der Betrachtungen zu den Regelungen iZm den gesetzlichen Änderungen im Rahmen des SRÄG 2012, insbesondere der beruflichen Rehabilitation dienen. Diese soll den Versicherten die Möglichkeit geben, einen neuen Beruf auszuüben, da die weitere Ausübung aufgrund der körperlichen und/oder geistigen Leistungsfähigkeit nicht mehr möglich ist. Als Maßnahmen kommen dabei ua die Berufsfindung (in deren Rahmen die persönlichen Neigungen und Fähigkeiten des Versicherten ermittelt werden), Arbeitstrainingsmaßnahmen (Stabilisierung bei Personen mit psychischer

³⁵⁴ In der UV werden Maßnahmen der Rehabilitation für Versehrte, d.h. Personen, die einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit erlitten haben erbracht (§ 172 Abs 2 ASVG) mit dem Ziel diese Personen beruflich und wirtschaftlich wieder in die Gemeinschaft zu integrieren. Die KV erbringt ausschließlich Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation für Versicherte und deren Angehörige, die Zielsetzung richtet sich gem. § 154a Abs 1 ASVG kurz gefasst an die Wiederherstellung des Gesundheitszustandes zur Teilnahme in der Gemeinschaft.

Beeinträchtigung), Nachschulungen, Lehr- oder Schulausbildungen für einen neuen Beruf, aber auch Darlehen zur Gründung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in Betracht.

Bei der Art der Erbringung gilt der Grundsatz, dass diese Maßnahmen ausreichend und zweckmäßig sein müssen, um das Ziel zu erreichen, sie jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen (vgl. § 253e Abs 3 ASVG).³⁵⁵ Die Maßnahmen sind weiters unter Berücksichtigung des Arbeitsmarktes und der Zumutbarkeit für die versicherte Person zu erbringen, wobei neben der Neigung und Eignung zu einer möglichen Ausbildung auch die bisherige Tätigkeit und das Qualifikationsniveau sowie das Alter und der Gesundheitszustand der versicherten Personen wesentliche Aspekte darstellen. Um dem Ziel einer (Re)integration in den Arbeitsmarkt auch tatsächlich näher treten zu können, wird die berufliche Rehabilitation in der Regel gemeinsam mit dem AMS oder dem BBRZ durchgeführt.

6.2 Auswirkungen der jüngeren Novellen auf das Rehabilitationsrecht

Der Gesetzgeber hat die Rehabilitation als bedeutenden Hebel im Kampf um eine Reduktion der Zuerkennungen krankheitsbedingter Pensionierungen zwar möglicherweise früh(er) erkannt, tatsächlich erst im Jahr 2011 dem Potential auch einen entsprechenden rechtlichen Status verliehen. Bis zum BBG 2011 war die berufliche Rehabilitation eine Ermessensentscheidung der PV.³⁵⁶, d.h. die Leistungen der Rehabilitation waren nach pflichtgemäßem Ermessen zu erbringen, ein Bescheid war (ist) jedoch nicht zu erlassen. (womit keine Möglichkeit besteht, die Erbringung von Leistungen der Rehabilitation im Leistungsstreitverfahren durchzusetzen). In den Folgenovellen hat der Gesetzgeber die Bedeutung und den Wert von Rehabilitation angehoben, aufgrund der Normierung unterschiedlicher Rechtslagen für „Versicherte über bzw. unter 50 Jahren“ bzw. durch Einführung neuer Geldleistungen, zum Teil in Abhängigkeit von Rehabilitationsmaßnahmen

³⁵⁵ Ein entsprechender Passus findet sich auch bei den Bestimmungen zur Krankenbehandlung gem. § 133 Abs 2 ASVG.

³⁵⁶ Näheres zur historischen Entwicklung siehe: *Pletzenauer*, Die Entwicklung der Rehabilitation im Pensionsrecht der Arbeiter und Angestellten ab 1907, DRdA 2/2013.

entstand jedoch ein komplexes Geflecht von Rechtsansprüchen und Anspruchsvoraussetzungen.³⁵⁷

Mit der 75. Novelle zum ASVG wurde der Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ verstärkt, indem die berufliche Rehabilitation als Pflichtleistung in den Leistungskatalog des Versicherungsfalls der geminderten Arbeitsfähigkeit aufgenommen wurde. Außerhalb eines Pensionsverfahrens blieb die berufliche Rehabilitation jedoch, wie bisher, eine freiwillige Leistung im Einzelfall (ohne Rechtsanspruch). Zugleich wurde normiert, dass ein Anspruch auf eine Pension aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit erst dann besteht, wenn durch Maßnahmen der Rehabilitation das Rehabilitationsziel, unter Bedachtnahme auf die Zumutbarkeit, nicht erreicht werden kann oder Maßnahmen der Rehabilitation nicht zweckmäßig sind. Damit muss bei jedem Antrag auf eine Pension aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit, vor einer allfälligen Pensionszuerkennung, zwangsläufig über die Frage der Rehabilitation entschieden werden.³⁵⁸ § 253e regelte bis zur 78. Novelle einen Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation, wenn Versicherte die Voraussetzungen für die IV-Pension nach § 254 Abs 1 ASVG schon erfüllen, wahrscheinlich erfüllen oder in absehbarer Zeit erfüllen. Der Anspruch besteht auch dann, wenn zwar die erforderlichen Pflichtversicherungsmonate nach § 255 Abs 2 und § 273 Abs 1 nicht vorliegen, jedoch eine gewisse Mindestzeit qualifizierter Erwerbstätigkeit (vgl. Z 1 und 2) vorliegt. Daraus leitet sich ab, dass bei einem Anspruch auf berufliche Rehabilitation nach § 253e ASVG kein Anspruch auf eine entsprechende Pensionsleistung resultiert.

Hinsichtlich der Formulierung „wahrscheinlich“ handelt es sich um eine Herabstufung des Beweismaßes vom Regelbeweismaß „hohe Wahrscheinlichkeit“ auf einen geringen Grad der Überzeugung vom Vorliegen der Invalidität. „In absehbarer Zeit erfüllen“ ist hingegen in einen zeitlichen Zusammenhang zu stellen, d.h., dass die gesundheitlichen Voraussetzungen nicht zum Stichtag vorliegen müssen, sondern dass deren Eintritt – basierend auf dem medizinischen Leistungskalkül – aufgrund der fortdauernden Ausübung eintreten wird.³⁵⁹ Die von der PVA in Umsetzung dieser Norm zugrunde zu legende Reintegrationsprognose aus medizinischer Sicht beläuft sich dabei auf fünf Jahre. Damit ergibt sich eine Sinnhaftigkeit in jenen Fällen, in denen nach Abschluss der Maßnahme noch weitere fünf Jahre in der Erwerbstätigkeit möglich sind.

³⁵⁷ *Teschner* in *Tomandl (Hrsg.)*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1980, 33. Erg-Lfg. 2018, 402/3.

³⁵⁸ vgl. §§ 254 Abs 1 und 271 Abs 1 ASVG.

³⁵⁹ *Sonntag*, § 253e Rz 1.

Der Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation wurde nach In-Kraft-Treten der 78. Novelle, wie bereits erläutert, auf jene Personen beschränkt, die bis zum 31.12.1963 geboren sind, für ab dem 1.1.1964 Geborene wurde ab 1.1.2014 die berufliche Rehabilitation als Pflichtleistung vom AMS gewährt bzw. als Pflichtaufgabe/ freiwillige Leistung seitens der PV (vgl. § 303 ASVG, in den auch die Zweckmäßigkeits- und Zumutbarkeitsregelungen übertragen wurden)³⁶⁰. Weiters wurde für diese Personengruppe ein individueller Rechtsanspruch auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation in § 253f verankert und in den Pflichtleistungskatalog der Pensionsversicherung (§ 222 Abs 1 Z 2 lit. a und Abs 2 Z 2 lit. a ASVG) sowie in die Regelung über die Leistungszugehörigkeit (§ 251a Abs 1 ASVG) aufgenommen. Der Anspruch auf berufliche Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich des AMS, war erneut von der Frage abhängig, ob dem Versicherten Berufsschutz zukommt oder nicht, weshalb ihm die Möglichkeit eingeräumt wurde, auch außerhalb eines Pensionsfeststellungsverfahrens auf Antrag feststellen zu lassen, welche Art von IV (BU)) – mit oder ohne Berufsschutz – vorliegt.

Die Änderungen durch das SVÄG 2014 betrafen zwar nicht unmittelbar § 253e ASVG, die berufliche Reha wurde jedoch in § 361 ASVG dahingehend normiert, als nunmehr ein Antrag auf IV/BU-Pension vorrangig als Antrag auf Leistungen von medizinischen Maßnahmen der Reha und Reha-Geld gilt sowie auf Feststellung, ob berufliche Maßnahmen der Reha zweckmäßig und zumutbar sind, einschließlich der Feststellung des Berufsfeldes. Die Erweiterung des Anspruchsberechtigten gemäß § 253e Abs 1 ASVG durch das SVÄG 2017 betraf die BezieherInnen von Reha-Geld, der Anspruch auf berufliche Reha besteht demnach für Versicherte, wenn sie die Voraussetzungen für eine IV/BU-Pension oder das Reha-Geld – mit Ausnahme der Voraussetzung nach § 254 Abs 1 Z 2 bereits erfüllen, wahrscheinlich erfüllen oder in absehbarer Zeit erfüllen werden.

6.3 Berufliche Rehabilitation von unqualifizierten Versicherten

Einleitend ist festzuhalten, dass unqualifizierte Versicherte solche Tätigkeiten ausüben, die keinen erlernten/angelernten Beruf im Sinne des § 255 Abs 1, 2 bzw. § 273 Abs 1 darstellten. Diese sogenannten Hilfstätigkeiten bilden teilweise nur Segmente eines Berufsbildes ab oder sind solcher Natur, dass dafür keine spezielleren Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich sind. Kann ein Versicherter eine solche Tätigkeit nicht mehr weiter ausüben, stellte sich die Frage einer beruflichen Rehabilitation insofern nicht, als dieser

³⁶⁰ Der unbestimmte Begriff der „Neigung“ als Zumutbarkeitskriterium entfällt, wodurch künftig bei der Festlegung von beruflichen Maßnahmen der Rehabilitation nicht mehr auf die persönliche Neigung der versicherten Person Bedacht zu nehmen ist.

entweder noch auf irgendeine andere Tätigkeit auf dem Arbeitsmarkt verwiesen werden konnte oder die gesundheitsbedingten Einschränkungen ein Ausmaß erreicht haben, an dem eine berufliche Rehabilitation nicht mehr sinnvollerweise Abhilfe schaffen kann. Ein Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation ist für diesen Personenkreis nicht vorgesehen (gewesen), weshalb die PVA diese ausschließlich in Form einer freiwilligen Leistung nach den Bestimmungen der §§ 300ff ASVG erbringen kann bzw. auch erbringt.

Diese Vorgehensweise wurde von *Burger* und *Ivansits*³⁶¹ insofern kritisiert, als diese einen solchen Rechtsanspruch auch für unqualifizierte Versicherte ableiten, sofern diese in absehbarer Zeit eine IV-Pension erhalten würden.³⁶² Ihrer Ansicht nach interpretiere die PVA § 253e ASVG „als exklusives Anwendungsfeld für berufsgeschützte Versicherte, obwohl daraus nicht hervorgeht, dass eine berufliche Rehabilitation nur dann einen Rechtsanspruch auslösen soll, wenn es sich um eine in der PV der ArbeiterInnen versicherte berufsgeschützte Person handelt. Dem Wortlaut nach wer auch denkbar, dass unqualifizierte Versicherte, die in absehbarer Zeit eine Invaliditätspension erhalten würden, von der PVA beruflich rehabilitiert werden müssen.“

Gemäß § 253e Abs 1 ASVG idF des SVÄG 2016, BGBl I 2017/29 gebührt eine berufliche Rehabilitation, wenn aufgrund des Gesundheitszustandes einer Person anzunehmen ist, dass sie die Voraussetzungen für die IV (BU) gem. § 254 Abs1 erfüllt, wahrscheinlich erfüllt oder in absehbarer Zeit erfüllen wird. Ein Anspruch besteht weiters für jene Versicherten, die zwar nicht die erforderlichen (zumindest 90 Pflichtversicherungsmonate einer Erwerbstätigkeit als erlernter, angelernter Arbeiter bzw. als Angestellter) Pflichtversicherungsmonate aufweisen, jedoch

- innerhalb der letzten 36 Kalendermonate vor dem Stichtag in zumindest 12 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit **nach § 255 Abs 1** oder als **Angestellter** ausgeübt haben (Ziffer 1) oder
- mindestens 36 Pflichtversicherungsmonate aufgrund einer Erwerbstätigkeit **nach § 255 Abs 1** oder als **Angestellter** vorliegen (Ziffer 2).

Das Verlangen eines Mindestmaß an qualifizierter Erwerbstätigkeit kann schon dem Wortlaut der Ziffern 1 und 2 entnommen werden, wodurch der Gesetzgeber sichergestellt hat, dass Personen ohne Berufsschutz, die ihre Tätigkeit nicht mehr ausüben können, einen solchen Anspruch nur dann haben, wenn sie das normierte Mindestmaß an qualifizierter

³⁶¹ *Burger/Ivansits*, Medizinische und berufliche Rehabilitation in der Sozialversicherung DRdA 2/2013, 114.

³⁶² So auch Födermayr in Mosler/Müller/Pfeil ASVG § 253e.

Ausübung einer Tätigkeit vorweisen können.³⁶³ *Panhözl* sieht im zweiten Teil der Bestimmung eine sog. „ewige Anwartschaft“ auf Reha für jene Versicherten, die irgendwann in ihrem Berufsleben für zumindest 36 Monate qualifiziert beschäftigt waren.³⁶⁴ Der Kreis der anspruchsberechtigten Personen wurde sodann durch das SVÄG 2017 erweitert, als auch Personen, die einen Anspruch auf Rehabilitationsgeld erfüllen, wahrscheinlich erfüllen oder in absehbarer Zeit erfüllen erfasst wurden.

Zielsetzung von beruflichen Rehabilitationsmaßnahmen ist die Verhinderung (Hintanhaltung) des VF der geminderten Arbeitsfähigkeit. Im Falle eines qualifizierten Versicherten bedeutet dies, dass wenn er seine gelernte und ausgeübte Tätigkeit als Fliesenleger nicht mehr ausüben kann, eine Umschulung auf eine Verkaufs- und Beratungstätigkeit in einem Baumarkt die erwünschte Wiedereingliederung oder den Verbleib in (im) den Arbeitsmarkt realisieren kann. Die Frage des unzumutbaren sozialen und wirtschaftlichen Abstieges durch eine Maßnahme der beruflichen Rehabilitation ist dabei anhand der bestehenden Judikatur zum Berufsschutz der Angestellten zu beurteilen.³⁶⁵

Anders stellt sich die Situation bei einem Versicherten dar, der keine qualifizierte Tätigkeit ausübt. Ergibt sich dabei aufgrund des medizinischen Leistungskalküls, dass eine weitere Ausübung dieser Tätigkeit nicht mehr möglich ist, eine Tätigkeit als Parkplatzaufseher dem Versicherten allerdings möglich wäre, ist für eine berufliche Rehabilitation aufgrund der weitreichenden Verweisungsregelungen kein Anwendungsspielraum gegeben. Ist ein unqualifizierter Versicherter aufgrund seiner Leistungskalküls nicht mehr in der Lage irgendeine Tätigkeit auszuführen, ist auch die Frage nach dessen beruflicher Rehabilitierung nicht mehr gegeben. Dieses Ergebnis mag aus rechtlicher Hinsicht überzeugen – wie oben ersichtlich ist, auch nicht durchgängig –, aus menschlicher hingegen nicht.

³⁶³ Zur ewigen Anwartschaft für einen Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation siehe: *Panhözl*, Neuregelung des Bereichs Invalidität und Rehabilitation, DRdA 2011, 309.

³⁶⁴ Ebenda.

³⁶⁵ EB zu 981 BlgNR 24. GP 203.

6.4 Exkurs: Berufliche Rehabilitationsmaßnahmen für Personen ohne Berufsschutz zur Reintegration in den Arbeitsmarkt – Konzept zu Reha 4 Integration („R4I“) und REHAJET

Wie oben dargelegt, ist die Situation von nicht berufsgeschützten Versicherten weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Sicht befriedigend. Seitens der PVA (unter Einbindung des BBRZ sowie des AMS) hat sich die Frage nach dem Potential dieser Gruppe gestellt, da deren Ausmaß beträchtlich ist, von der Möglichkeit der Absolvierung einer beruflichen Rehabilitation zum damaligen Zeitpunkt jedoch weitgehend abgeschnitten war. Das Pilotprojekt „Reha 4 Integration“ startete mit 1. Jänner 2015 in NÖ und OÖ³⁶⁶ und hatte zum Ziel, das Potential beschäftigungslose Personen, ohne Berufsschutz, in den Arbeitsmarkt zu re-integrieren.

Die entscheidende Frage vorab war jene, nach dem „richtigen“ Zeitpunkt der beruflichen Rehabilitationsmaßnahme, da einer zu spät ansetzenden Rehabilitationsmaßnahme aufgrund mangelnder Bereitschaft und massivster Einschränkung des Gesundheitszustandes wohl der Erfolg versagt bliebe. Die Festlegung der Zielgruppe stellte eine weitere Herausforderung bei Konzeptionierung des Projekts dar. Für das Pilotprojekt kamen beschäftigungslose Personen ohne BS in Betracht, deren Antrag auf IV/BU-Pension abgelehnt wurde, da sie noch auf den allgemeinen Arbeitsmarkt verweisbar sind. Sie sind jedoch nicht mehr in der Lage, die von ihnen zumindest 5 Jahre ausgeübte, nicht qualifizierte Tätigkeit weiterhin auszuüben oder die weitere Ausübung würde in absehbarer Zeit (rund 5 Jahren) eine dauernde Invalidität zur Folge haben. Dieser Entwicklung ist mit einer beruflichen Rehabilitationsmaßnahme entgegen zu wirken. Weiters konnten Personen – unter den gleichen Voraussetzungen – teilnehmen, bei denen die ärztliche Begutachtung zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit gemäß § 8 Abs 2 AIVG im Auftrag des AMS von der PVA durchgeführt wurde.³⁶⁷ Konkret mussten die TeilnehmerInnen:

- beschäftigungslos und ohne BS sein
- ein Höchstalter von 50 Jahren aufweisen
- mindestens 36 Monate³⁶⁸ innerhalb von 120 Monaten (stichtagsnah gelagert) eine gleichartige Hilfsarbeit (z.B. .: Reinigungskraft, Regalbetreuer) ausgeführt haben

³⁶⁶ Österreichweite Ausdehnung per 1.5.2016.

³⁶⁷ Diese Personengruppe soll nicht im Zuge des Vorprojekts herangezogen werden.

³⁶⁸ Die ursprünglich gewählten 60 Monate haben sich im ersten Monats der Vorprojektphase als zu hohe Hürde herausgestellt, weshalb das Mindesterfordernis herabgestuft wurde auf 36 Monate.

- Über ein medizinisches Leistungskalkül verfügen, das eine Verweisung auf den allgemeinen Arbeitsmarkt erlaubt, jedoch in der chefärztlichen Stellungnahme dazu festgestellt wird, dass die bisher über mindestens 3 Jahre hindurch ausgeübte Hilfsarbeit nicht mehr möglich ist.

Über einen Zeitraum von 7 bis 8 Wochen waren sodann die Planungsziele sowie ein Rehabilitationsvorschlag zu erarbeiten. Seitens des BBRZ wurde das AMS schriftlich im Anschluss an die 4-wöchige Rehaplanung bis spätestens zur 6. Woche schriftlich zur Abgabe einer konkreten Arbeitsplatzprognose aufgefordert. Nach Beendigung der Pilotphase per 31.12.2017 wurden knapp 700 Fälle verzeichnet. Mehr als 2/3 der Fälle kamen im Wege einer direkten Zuweisung, 1/3 kam im Zuge der REHA-Planung vom AMS. Ein Großteil der Rehabilitanden befand sich im Alterssegment zwischen 41 und 45 Jahren, gefolgt von den 46 bis 50jährigen. Die Rehabilitation der Antragstellern bestand zu einem überwiegenden Teil (542 Fälle) in der Absolvierung von Stabilisierungsmaßnahmen und zu einem geringeren Anteil in Qualifizierungsmaßnahmen. Erstgenannte sollen die Rehabilitanden in die Lage versetzen, einen 8-stündigen Arbeitstag zu bewältigen, wobei davon in erster Linie Personen mit psychischen Beeinträchtigungen betroffen gewesen sind. Das Projekt wurde aufgrund der hohen Antragszahlen³⁶⁹ und der guten Re-Integrationsquote von 60% nach Durchführung von Stabilisierungsmaßnahmen zum Anlass für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage im Bereich der beruflichen Rehabilitation von Personen ohne Berufsschutz genommen.

Die PVA hat im Laufe der letzten 3 Jahre ein ganzes Paket an Maßnahmen für die berufliche und/oder medizinische Rehabilitation von Versicherten erstellt, wobei man dabei zum Teil auf bereits bestehende Modelle der DRV Bund zurückgreifen konnte. Herausgegriffen werden soll an dieser Stelle ein relativ junges, jedoch sehr vielversprechendes Konzept, der sogenannte „Reha-Jet“ (Rehabilitation für Job, Erwerbsfähigkeit und Teilhabe). Im Rahmen des Masterplans Rehabilitation soll diese Form der medizinischen berufs- und arbeitsplatzbezogenen Rehabilitation für sämtliche ASVG-Versicherten, welche keine dauernde Pensionsleistung beziehen, zur Verfügung stehen. Dabei wird mithilfe gezielter Arbeitsplatz-Trainings, unter Verwendung von Workpark-Geräten, eine Vielzahl von Berufen simuliert. Der Anteil an arbeitslosen TeilnehmerInnen und jenen mit aufrechtem Dienstverhältnis ist derzeit etwa gleich groß, bei erstgenannter Gruppe stellt sich jedoch die Frage auf welchen Job der/die Versicherte rehabilitiert werden soll, da gegenwärtig lediglich auf den bisher ausgeübten Arbeitsplatz rehabilitiert werden kann. Grundsätzlich gilt es

³⁶⁹ Berufliche Maßnahmen von Reha-Geldbeziehern im Zeitraum 2017, 2018 und erstes Quartal 2019 wurden in 195 Fällen durchgeführt.

jedoch festzuhalten, dass man im Bereich der beruflichen Rehabilitation den Kontext zu einem konkreten Arbeitsplatz in den Mittelpunkt der Betrachtungen stellen muss. Die große Kritik an der derzeitigen Form ist jene an den hohen Kosten (durchschnittlich rund 70.000 Euro pro Qualifizierungsmaßnahme/Person), die sich als „stranded investment“ herausstellen können, sofern der Versicherte keinen Job im Anschluss an die Rehabilitationsmaßnahme findet.

Die Rehabilitation in ihrer derzeitigen Form ist eine Berufsqualifikation, die jedoch losgelöst von der Frage eines konkreten Arbeitsplatzes erfolgt, da das Risiko der Arbeitslosigkeit bekanntermaßen nicht zu den Risiken der PVA gehört. Dennoch sollten Überlegungen angestellt werden, die Berufliche Rehabilitation in Richtung einer Arbeitsplatzqualifizierung zu lenken, wie dies beispielsweise im Rahmen des Projekts R4I geschah. Mithilfe des BBRZ konnte beispielsweise ein LKW-Berufsfahrer auf die Tätigkeit eines Logistikers um- bzw. aufgeschult werden, wobei er diese Tätigkeit bereits im Zuge der Maßnahme teilweise bei einem bekannten Logistik- und Gütertransportunternehmen verrichtet hat, von dem er nach Abschluss der beruflichen Rehabilitation auch angestellt wurde.

6.5 Ausgewählte, statistische Daten zur beruflichen Rehabilitation

Alter	Arbeiter	Angestellte	Gesamt
bis 20	259	53	312
21-30	1.146	404	1.550
31-40	968	545	1.513
41-50	912	620	1.532
über 50	171	113	284
Gesamt	3.456	1.735	5.191
	M: 69%	M: 36%	M: 58%
	F: 31%	F: 64%	F: 42%

Abbildung 4: Altersschichtung im Rahmen der beruflichen Rehabilitation im Jahr 2013

Quelle: Abteilung Statistik und Controlling, PVA 2013

Berufsgruppe	Gesamt	Männer	Frauen	Verhältnis nach Geschlecht
Arbeiter	4.030	2.635	1.395	M: 65,4% / F: 34,6%
Angestellte	2.256	825	1.431	M: 36,6% / F: 63,4%
	Arb: 64,1%	Arb: 76,2%	Arb: 49,4%	
	Ang: 35,9%	Ang: 23,8%	Ang: 50,6%	

Abbildung 5: Anträge auf berufliche Rehabilitation ohne Pensionsantrag mit Antragsdatum im Jahr 2013

Quelle: Bericht gemäß § 79c ASVG „berufliche Rehabilitation“ für das Jahr 2013, S. 6 BMASK

Berufsgruppe	Gesamt	Männer	Frauen	Gesamt 2	Männer 2	Frauen 2	Verhältnis nach Geschlecht
Arbeiter	3.062	2.128	934	110	98	12	M: 89,1% F: 10,9%
Angestellte	1.801	655	1.146	24	14	10	M: 58,3% F: 41,6%
	Arb: 63%	Arb: 76,5%	Arb: 44,9%	Arb: 82,1%	Arb: 87,5%	Arb: 54,5%	
	Ang: 37%	Ang: 23,5%	Ang: 55,1%	Ang: 17,9%	Ang: 12,5%	Ang: 45,5%	
				davon mit Pensionsantrag			

Abbildung 6: Im Jahr 2013 begonnene Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation

Quelle: BMASK, Bericht gemäß § 79c ASVG „berufliche Rehabilitation“ für das Jahr 2013, S. 8

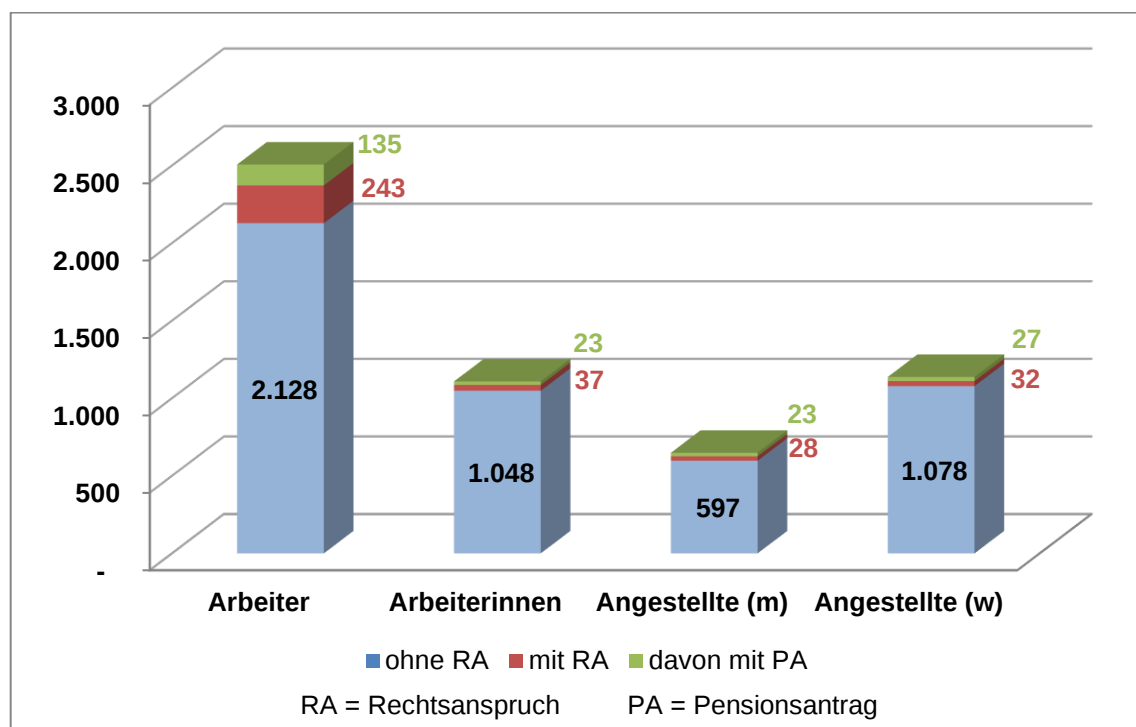


Abbildung 7: In Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation befindliche Personen im Jahr 2013

Quelle: Bericht gemäß § 79c ASVG „berufliche Rehabilitation“ für das Jahr 2013, S. 10 BMASK

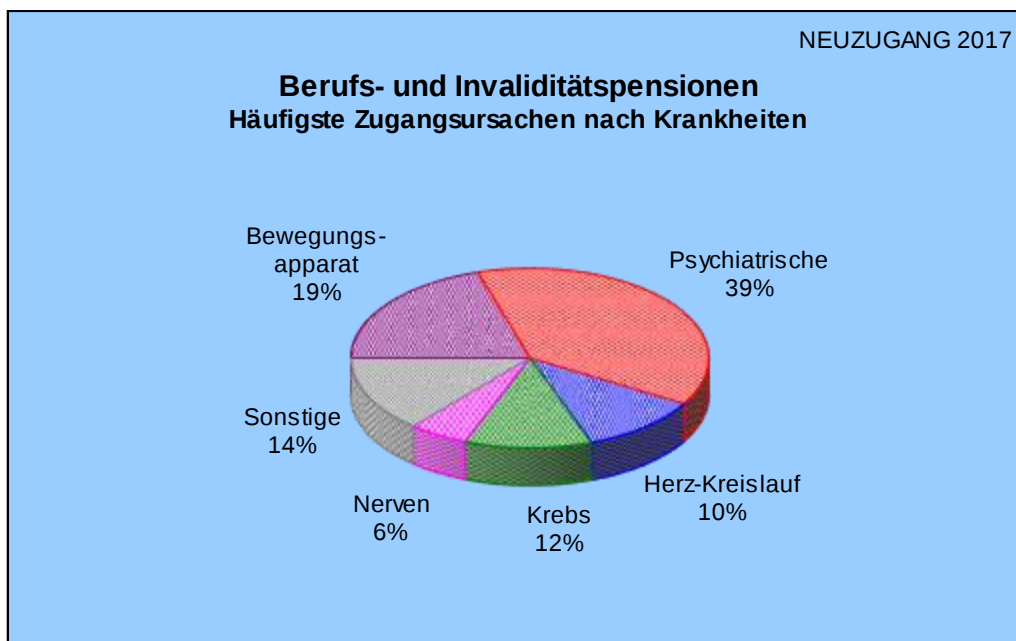


Abbildung 8 – Berufs und Invaliditätspensionen

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2018)

Berichtsjahr 2017			
"IP-NEU" ANTRÄGE			
BU/IV-Pensionen nach Geschlecht			
Anträge	Gesamt	Männer	Frauen
Alle Erstanträge	49.505	27.887	21.618
bis Jahrgang 1963	23.639	15.041	8.598
ab Jahrgang 1964	25.866	12.846	13.020
Alle Weitergewährungen	8.247	4.293	3.954
bis Jahrgang 1963	8.196	4.262	3.934
ab Jahrgang 1964	51	31	20
Alle Anträge	57.752	32.180	25.572

Abbildung 9 – „IP-NEU“ ANTRÄGE

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2018)

Berichtsjahr 2017			
"IP-NEU" ANTRÄGE / ERLEDIGUNGEN			
BU/IV-Pensionen nach Geschlecht			
Erledigungen	Gesamt	Männer	Frauen
Alle Ablehnungen	33.568	18.006	15.562
bis Jahrgang 1963	14.759	8.704	6.055
ab Jahrgang 1964	18.809	9.302	9.507
Ablehn. wg. Rehabgeld	7.157	3.409	3.748
Erstanträge	7.126	3.388	3.738
Weitergewährungsantr.	31	21	10
Ablehn. wg. berufl. Rehab	41	36	5
Erstanträge	41	36	5
Weitergewährungsantr.	0	0	0
Fiktive Zuerkennungen Rehabgeld	7.024	3.337	3.687

Abbildung 10 – „IP-NEU“ ANTRÄGE/ERLEDIGUNG

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2018)

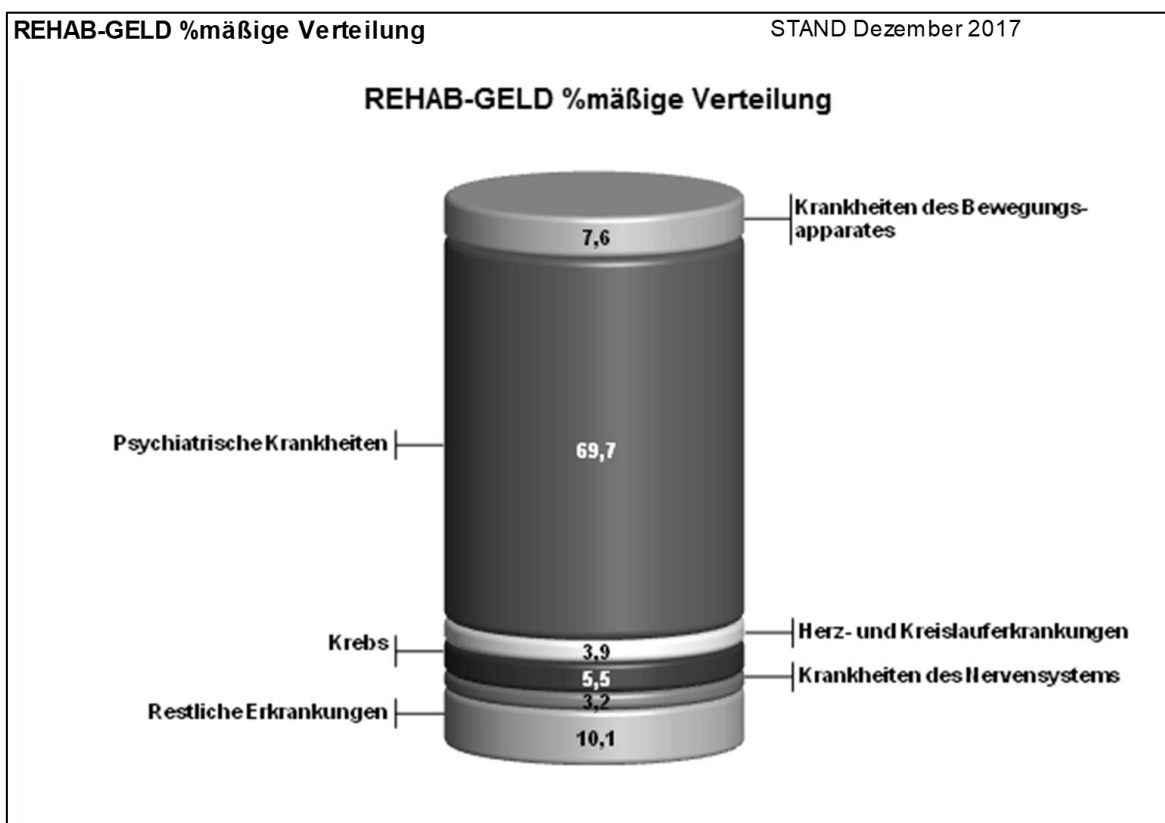


Abbildung 11 – Verteilung Rehabilitationsgeld Stand 2017

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2018)

6.6 Berufliche Rehabilitation von berufsgeschützten Versicherten

§ 255 Abs 6 ASVG sieht vor, dass ein Versicherter auch dann invalid ist, wenn ihm zwar Maßnahmen der Rehabilitation gewährt wurden, durch die das im § 300 Abs 3 angestrebte Ziel erreicht worden ist, seine Arbeitsfähigkeit jedoch in den Berufen, zu denen ihn die Rehabilitation befähigt hat, infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ auch für Versicherte mit Berufsschutz gilt.³⁷⁰ Berufliche Maßnahmen der Rehabilitation ermöglichen dem Versicherten auch die Ausbildung für eine neue berufliche Tätigkeit. Im Rahmen einer dem Versicherten zumutbaren beruflichen Rehabilitation kann es - über den Umfang einer Nachschulung hinaus - grundsätzlich auch zu einer Umschulung eines überwiegend im erlernten Beruf tätig gewesenen Versicherten auf einen anderen vergleichbar qualifizierten Beruf mit anderer Ausbildung und anderen zur Ausübung erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten kommen. Berufsunfähigkeit beziehungsweise Invalidität ist nicht mehr gegeben, wenn der Versicherte die Tätigkeit, auf die rehabilitiert wurde, ausüben kann.³⁷¹

Der Gesetzgeber hat keine Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass Versicherten im Rahmen ihrer Beruflichen Rehabilitation nur eine Berufsausübung im Rahmen des bisherigen Verweisungsfeldes ermöglicht werden soll, d.h. Rehabilitation knüpft nicht notwendigerweise am bisherigen Beruf an.³⁷² Damit ergibt sich letztlich nicht nur eine Ausdehnung der Verweisbarkeit auf jene Tätigkeit, auf die er mit Erfolg ausgebildet oder umgeschult worden ist, sondern auch eine Übertragung des Berufsschutzes auf den „neuen“ Beruf. Ob dem Versicherten die berufliche Rehabilitation aus der UV oder PV gewährt wird, ist für die Frage der Verweisbarkeit ohne Relevanz³⁷³, da die jeweiligen Zwecke der beruflichen Rehabilitation aufgrund der Erbringung durch einen Träger jedenfalls erfüllt wird.

Ergänzend ist anzumerken, dass im Rahmen der seitens der PVA zu erstellenden Gutachten auch eine Berufsfindung vorgesehen ist. Diese, der Gruppe der

³⁷⁰ RS0113672.

³⁷¹ Vgl. OGH am 20.3.2001, 10 ObS 15/01f.

³⁷² SSV-NF 14/44 ua.

³⁷³ SSV-NF 3/142; *Teschner* in *Tomandl*, SV-System, 15. Erg-Lfg 376.

Berufsgeschützten vorbehaltene Maßnahme, soll im Ergebnis nach Möglichkeit drei konkrete Berufsvorschläge umfassen, wobei seitens des Beruflichen Bildungs- und Rehabilitationszentrums (BBRZ) eine Priorisierung im Einvernehmen mit dem Versicherten vorzunehmen ist.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die derzeitige Konzeption des Berufsschutzes – trotz der bisherigen normativen Maßnahmen – unbefriedigende Ergebnisse in der Beurteilung von Versicherten und Umsetzung von gesetzlichen Änderungen hervorbringt.

In seinem Erkenntnis³⁷⁴ vom 17.1.2012 hat sich der OGH erstmals mit der Frage der Verweisbarkeit gem. § 255 Abs 6 ASVG auseinandergesetzt und dabei den Anspruch eines erfolgreich rehabilitierten Versicherten auf Invaliditätspension beurteilt. Die Besonderheit dieses Falles lag darin, dass der Kläger – trotz erfolgreicher Absolvierung der Umschulung zum Sozialpädagogen – eine Tätigkeit in diesem Beruf niemals aufgenommen hat, obwohl ausreichend Arbeitsplätze in diesem Beruf zur Verfügung gestanden wären und weiterhin zur Verfügung stehen. In Anlehnung an *Jabornegg* und *Resch*³⁷⁵ führt der OGH aus, dass eine Bedachtnahme auf die umgeschulte Tätigkeit beim Verweisungsfeld grundsätzlich nur die erfolgreiche Ausbildung bzw. Umschulung voraussetze, nicht aber davon abhängig ist, ob der Versicherte auch tatsächlich in dem umgeschulten Beruf tätig war. In diesem Sinne argumentiert auch *Karl*³⁷⁶, dass der Pensionswerber es diesfalls in der Hand hätte, durch die Nichtannahme einer zumutbaren Beschäftigungsmöglichkeit den Anfall der Pension zu steuern. Eine durch die Rehabilitation bewirkte Wiedereingliederung in das Berufsleben liege demnach vor, wenn der Betreffende im erweiterten Verweisungsfeld die Möglichkeit hat, eine zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Diese Argumentation überzeugt auch im Hinblick auf die der Pensionsversicherung innewohnende abstrakte Betrachtungsweise, die für die Frage des Pensionsanfalls iSd § 86 Abs 3 Z 2 letzter Satz ASVG nicht darauf abstellt, ob der Versicherte auch tatsächlich einen konkreten Arbeitsplatz gefunden hat. Auch die vom Versicherten eingewandte Unzumutbarkeit der Umschulung vermochte den OGH angesichts des seit erfolgreicher Absolvierung der Maßnahmen verstrichenen Zeitraums von fünf Jahren nicht zu überzeugen. Prinzipiell ist der Einwand der Unzumutbarkeit mittels Klage gegen den vom Pensionsversicherungsträger erlassenen Bescheid bei Gericht anzufechten, welches dann als Vorfrage des Geldleistungsanspruchs zu prüfen hat, ob die im Anstaltsverfahren angebotene bzw. für ihn ins Auge gefasste Maßnahme der

³⁷⁴ OGH am 17.01.2021, 10ObS124/11z.

³⁷⁵ *Jabornegg/Resch*, Rehabilitation vor Rente ZAS 1999, 65.

³⁷⁶ *Karl*, Rehabilitation in der Pensionsversicherung DRdA 2008, 103.

Rehabilitation zumutbar ist.³⁷⁷ Im gegenständlichen Fall wirke demnach die erfolgreich abgeschlossene Rehabilitationsmaßnahme als Leistungsausschlussgrund.

Zusammenfassend ist diesem Erkenntnis im Ergebnis aus den dargelegten Argumenten zuzustimmen. In Ergänzung dazu ist hinsichtlich der Auswahl des Rehabilitationsberufes darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um Berufe handeln muss, für die ein ausreichender Arbeitsmarkt vorhanden ist. Wenngleich nicht darauf abzustellen ist, ob es sich dabei um freie Stellen handelt, so ist doch bei der Auswahl des avisierten Berufes neben den in § 303 ASVG genannten Kriterien die „Nachfrage“ nach solchen Berufen zu berücksichtigen.

6.7 Ausgewählte verfahrensrechtliche Fragen zum Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation sowie zum Rehabilitationsgeld

Im Rahmen des BBG 2011 wurde die Bescheidpflicht der Versicherungsträger regelnde § 367 ASVG dahingehend modifiziert, als nunmehr auch über berufliche Maßnahmen der Rehabilitation ein Bescheid zu erlassen ist, wenn die beantragte Leistung ganz oder teilweise abgelehnt wird und der Anspruchswerber ausdrücklich einen Bescheid verlangt. (vgl. Ziffer 2). Da es aufgrund der gesetzlichen Änderungen keinen eigenständigen Antrag auf Pension mehr gibt, sondern die Pensionsanträge immer mit einem Rehabilitationsantrag verbunden ist, stellt sich im Verfahren vor dem PV-Träger zunächst die Frage der Rehabilitation und erst im Anschluss daran jene nach allfälliger Zuerkennung der Pensionsleistung.

Der OGH³⁷⁸ hat sich in seiner Entscheidung vom 26.2.2013 mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Arbeits- und Sozialgericht aufgrund einer ausdrücklich (nur) auf Gewährung einer Invaliditätspension gerichteten Klage eines Versicherten zu einer Prüfung der im Verwaltungsverfahren spruchmäßig verneinten Frage des Anspruchs auf berufliche Rehabilitation verpflichtet sei, auseinandergesetzt. Der 1979 geborene Kläger schloss 1995 seine Lehre als Maurer mit Lehrabschlussprüfung ab und war innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag (1.2.2011) insgesamt 120 Monate als Maurer tätig. Seit Dezember 2010 ist er arbeitslos. Aufgrund seines eingeschränkten medizinischen Leistungskalküls ist er als Maurer weder im Bau- noch im Baunebengewerbe oder in Teilbereichen des Maurerberufs einsetzbar. Aufgrund seines körperlichen und psychischen

³⁷⁷ Vgl. SSV-NF 16/24 ua.

³⁷⁸ OGH am 26.02.2013, 10 Ob S 107/12a.

Zustands kann er auch eine Tätigkeit als Kunden- oder Verkaufsberater im Baustoffhandel nicht ausüben.

Die beklagte Partei lehnte den Antrag auf Zuerkennung einer IV-Pension mittels Bescheid ab, weil Invalidität nicht vorliege und sprach weiters aus, dass Invalidität in absehbarer Zeit nicht eintreten werde und demnach ein Anspruch auf Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation bestehe. Mit seiner dagegen erhobenen Klage begehrte der Kläger die Gewährung der IV-Pension ab 1.2.2011. Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens, unter führte unter anderem an, dass dem Kläger nach den Ausführungen des berufskundlichen Sachverständigen eine Umschulung möglich und er auch dafür motiviert sei und daher habe er keinen Anspruch auf eine IV-Pension. Vielmehr sei der Anspruch auf Rehabilitation mit Urteil festzustellen, auch wenn dem Kläger bislang keine Maßnahmen der Beruflichen Rehabilitation angeboten worden seien. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, da der Kläger Berufsschutz als Maurer habe, sodass er nach § 255 Abs 1 ASVG als invalid gelte, weil er nicht mehr als Maurer einsetzbar sei. Der Antrag der Beklagten, den Anspruch des Klägers auf Rehabilitation mit Urteil festzustellen, lasse ein konkretes Urteilsbegehren sowie Ausführungen dazu, welche konkreten Maßnahmen der Reha dem KL nunmehr angeboten würden, vermissen. Es sei Aufgabe der beklagten Partei gewesen, bereits im Vorfeld zumutbare Maßnahmen der Rehabilitation anzubieten, um einerseits dem Gericht eine Prüfung der Zumutbarkeit der Maßnahme zu ermöglichen und zum anderen den Ausspruch der Gewährung der IV-Pension für einen bestimmten Zeitraum und eventuelle daran anschließend den Anspruch auf eine hinreichend konkretisierte Maßnahme der beruflichen Rehabilitation denkmöglich exekutierbar zu machen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei Folge und wies das Klagebegehren ab. Es führte unter Anderem aus, dass beim Anbot einer beruflichen Rehabilitation nach § 253e ASVG im sozialgerichtlichen Verfahren die Voraussetzungen des § 254 Abs 1 Z 1 ASVG selbständig und unabhängig vom Verfahren vor dem Versicherungsträger auf Basis der Sach- und Rechtslage bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zu prüfen seien. Der Behauptungslast hinsichtlich des Anspruchs auf Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation und deren Konkretisierung sei die beklagte Partei ausreichend nachgekommen um das Gericht in die Lage zu versetzen, die Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit der konkreten Maßnahme (Umschulung zum Einzelhandelskaufmann) zu prüfen. Damit stehe der Anspruch auf Reha jenem auf Geldleistung entgegen. Der Kläger habe lediglich die Geldleistung begehrt, weshalb das Klagebegehren abzuweisen gewesen sei. Es sprach jedoch die Zulässigkeit der ordentlichen Revision aus.

Der OGH führte zunächst aus, dass es aufgrund der inhaltlichen Verknüpfung des Anspruchs auf IV-Pension mit dem Anspruch auf berufliche Reha zu keiner Trennung der Bescheidteile (jener, der über den Anspruch auf die Pensionsleistung abspricht und jener, der über die Gewährung von Maßnahmen der beruflichen Reha abspricht) kommt. Damit folgt der OGH den Ausführungen *Panhölzl*³⁷⁹, der davon ausging, dass der gesamte Bescheid außer Kraft tritt, wenn auch die Klage nur den Ausspruch über die IV-Pension bekämpft. Er stellte weiters fest, dass bei Feststellung des Vorliegens von Invalidität im Rahmen des sozialgerichtlichen Verfahrens das Sozialgericht von Amts wegen das Vorliegen der negativen Anspruchsvoraussetzung nach § 254 Abs 1 Z 1 ASVG zu prüfen hat, wenn die übrigen Anspruchsvoraussetzungen für die begehrte IV-Pension erfüllt sind. Der PV-Träger muss hingegen nicht behaupten, dass der Kläger Anspruch auf berufliche Rehabilitation hat und die Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation zweckmäßig und zumutbar sind, da diese Umstände den Anspruch auf Pension nicht vernichten, sondern ihr Vorliegen das Entstehen des Pensionsanspruchs verhindert.

Die bis zur 75. Novelle ergangene Rechtsprechung, wonach der PV-Träger, der im Anstaltsverfahren dem Versicherten eine Maßnahme der beruflichen Rehabilitation nicht angeboten hat, im Gerichtsverfahren den Einwand, der Versicherte wäre rehabilitierbar, nicht mehr erheben kann, ist deshalb überholt. Das Gericht erkannte weiters, dass für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf die von der Beklagten zu gewährenden, den Anforderungen des § 253e Abs 2 ASVG genügende, zweckmäßige und zumutbare Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation einigen können, dem Versicherungsträger seitens des Gerichts eine angemessene Frist zur Prüfung der Möglichkeit der beruflichen Rehabilitation durch ihn einzuräumen ist. Sodann hat die Beklagte alle geplanten Maßnahmen konkret zu bezeichnen, um dem Kläger eine Stellungnahme zu deren Eignung, Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit und dem Gericht die Prüfung dieser Fragen im Streitfall zu ermöglichen. Hinsichtlich der Dimension des Rechtsvorbringens stellte der OGH unter Verweis auf § 182a ZPO nunmehr klar, dass dem Kläger Gelegenheit zu geben ist, ein bislang noch nicht erhobenes Begehren auf Gewährung der konkreten Maßnahmen zu stellen. Dem zur Folge ist es nicht möglich, dass das Gericht einen PV-Träger zur Gewährung von Maßnahmen der Rehabilitation verurteilt, ohne ein bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorgebrachtes entsprechendes Begehren des Klägers zu haben. Eine solche Klagsänderung bedarf auch gemäß § 86 ASGG nicht der Zustimmung des Versicherungsträgers. Der OGH hielt aus den dargelegten Gründen eine Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen für unumgänglich.

³⁷⁹ *Panhölzl*, Neuregelung des Bereichs Invalidität und Rehabilitation, DrdA 2011, 309.

Ein weiterer, beachtenswerter Aspekt auf verfahrensrechtlicher Ebene ergibt sich aus § 361 Abs 1 ASVG, wonach ein Antrag auf eine Pension aus dem VF der geminderten AF vorrangig als Antrag auf Leistungen der Rehabilitation und als Antrag auf Rehabilitationsgeld zu qualifizieren ist. Wird vom Versicherungsträger mangels Vorliegens dauerhafter Invalidität die Zuerkennung einer Pensionsleistung mittels Bescheid abgelehnt, das Vorliegen vorübergehender Invalidität jedoch bejaht und Reha-Geld gewährt, stellt sich bei Klagsrhebung in einzelnen Fällen folgendes Problem. Der Versicherte (= Reha-Geld-Bezieher) klagt gegen jenen Bescheid, mit dem die dauernde Invalidität verneint wurde und nun stellt sich im Zuge des gerichtlichen Verfahrens aufgrund eines Sachverständigengutachtens heraus, dass gar keine Invalidität - sohin auch keine befristete - vorliegt. Die Klage der Versicherten richtet sich gegen die Feststellung, dass keine dauernde IV vorliegt, gegen die Zuerkennung des Rehabilitationsgeldes wird kein Rechtsmittel erhoben. In den vorliegenden Fällen kam es aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens zu einer Klagsrücknahme durch den Versicherten, woraus sich die Frage nach der Rechtsgrundlage des Reha-Geldes, welches dem Versicherten aufgrund des Bescheids des PV-Trägers für die Dauer der befristet vorliegenden Invalidität gewährt wird, stellt. Nach Rechtsansicht der PVA wird in diesen Fällen mit der (zumeist erfolgenden) Klagsrücknahme auch der Anspruch auf das Rehabilitationsgeld vernichtet, da der Bescheid des PV-Trägers mehrere Spruchpunkte enthält und davon auch die Gewährung medizinischer Maßnahmen und damit verbunden die Gewährung von Reha-Geld erfasst ist. In weiterer Folge wäre der KV-Träger unverzüglich von der Zurücknahme der Klage zu informieren und wäre eine Abmeldung von der KV bei Bezug von Rehabilitationsgeld durchzuführen.

Nach der – mE zutreffenden – Rechtsansicht des BMASK erlässt die PVA verfahrensrechtlich drei Bescheide und ergeht ein Versicherter gegen den Bescheid über die Abweisung der IV/BU-Pension weil dauerhafte Invalidität nicht vorliegt, Klage, tritt exakt dieser Bescheid außer Kraft. Der Bescheid über die Feststellung des Reha-Geldes tritt durch die Klage nicht außer Kraft, da dieser Bescheid nicht bekämpft wurde. Gemäß § 71 Abs A ASGG tritt der Bescheid im Umfang des Klagebegehrens außer Kraft. Das Klagebegehren der Versicherten richtet sich auf die Zuerkennung einer Pensionsleistung wegen geminderter AF aufgrund dauernder IV bzw. BU. Inhaltlich bekämpft wird damit der Spruchteil, der das Vorliegen dauernder IV bzw. BU verneint und der Bescheid tritt in diesem Umfang, sohin jenes des Klagebegehrens, außer Kraft. Der vom Klagebegehren nicht erfasste Teil des Bescheides wird rechtskräftig, sofern er sich inhaltlich vom angefochtenen Bescheid trennen lässt, weil die darin behandelten Fragen auf einem anderen Rechtsgrund beruhen oder jedenfalls nicht eng zusammenhängen. Eine solche

inhaltliche Trennbarkeit ins anzunehmen, wenn ein Bescheid über verschiedenen Leistungen abspricht.³⁸⁰

Beim Reha-Geld handelt es sich um eine Leistung aus der gesetzlichen Krankenversicherung, welche anlässlich des Vorliegens vorübergehender Invalidität und der Zuerkennung medizinischer Maßnahmen der Reha zuerkannt wird. Wenngleich eine thematische Zuordnung unter den Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit sicherlich zu bejahen ist, kann mE zwischen den vom PV-Träger getroffenen Feststellungen und den bescheidmäßig zuerkannten bzw. abgelehnten Leistungen inhaltlich so weit abgegrenzt werden, dass der Anspruch auf Reha-Geld trotz Klage und nachfolgender Klagsrücknahme nicht berührt wird.

Der OGH äußerte sich kürzlich erstmals zu einer verfahrensrechtlichen Frage hinsichtlich der Bescheidpflicht des Versicherungsträgers bei Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation. Dabei vertrat der Kläger den Standpunkt, dass die beklagte Pensionsversicherungsanstalt über die begehrte medizinische Rehabilitation mittels Bescheid abzusprechen habe, die (ablehnende) Verständigung sei nicht rechtskonform. Das Erstgericht wies die Klage mangels Zulässigkeit des Rechtswegs mit Beschluss zurück und hielt fest, dass medizinische Maßnahmen der Rehabilitation nach pflichtgemäßem Ermessen zu erbringen seien. Eine Bescheidpflicht gemäß § 367 Abs 4 ASVG leite sich nur für jene Personen ab, deren Pensionsantrag auf eine Leistung aus dem VF der geminderten AF abgelehnt worden sei. Zudem gebe es keine gesetzliche Verpflichtung des PV-Trägers eine konkrete (wie vom Kläger begehrt) Rehabilitationsmaßnahme zu erbringen.

Auch das Rekursgericht sah aufgrund der vorübergehenden Invalidität des Klägers keinen Anwendungsfall von § 367 Abs 4 ASVG, vielmehr bestehe gemäß § 222 Abs 3 ASVG ein Anspruch auf pflichtgemäßes Ermessen hinsichtlich der Gewährung dieser Pflichtaufgabe. Die Gewährung einer Rehabilitationsmaßnahme im Sinne des § 253f ASVG könne nicht in der Weise durchgesetzt werden, dass bestimmte Therapiemaßnahmen (wie vom Kläger begehrt) eingeklagt werden können. Der OGH führte dazu aus, dass die Frage, ob die PVA zur Erlassung eines Bescheids hinsichtlich der Gewährung von Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation davon abhängig ist, ob diese im Zusammenhang mit einem Pensionsantrag stehen oder nicht. Wenn dies der Fall ist, handelt es sich gemäß § 367 Abs 1 ASVG um eine Leistungssache mit bedingter Bescheidpflicht. Daran ändert sich auch nichts anlässlich des in diesem Zusammenhang beachtlichen Änderungen durch das SRÄG 2012, da die Bestimmung von der Novelle (wie auch den Folgenovellen) nicht betroffen war.

³⁸⁰ OGH 30.07.1996, 10ObS56/96.

Daher war weiter zu prüfen, ob sich aus § 253f Abs 1 ASVG etwas gewinnen lässt, dass für eine (bedingte) Bescheidpflicht spricht. Die Formulierung, wonach ein Anspruch auf medizinische Maßnahmen der Rehabilitation in der Pensionsversicherung nur dann besteht, *wenn* dies zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit notwendig und infolge des Gesundheitszustands zweckmäßig ist, ist dahingehend auszulegen, dass dieses „*wenn*“ nicht für eine weitere Anspruchsvoraussetzung steht, sondern einschränkend zu verstehen ist. Die Auslegung hat dabei anhand der Prinzipien der Krankenversicherung, konkret der Krankenbehandlung nach § 133 Abs 2 Satz 1 ASVG zu erfolgen, die zweckmäßig und ausreichend zu sein hat, jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfe. Auch der in § 253 Abs 1 ASVG verwendete Begriff der *Arbeitsfähigkeit* lässt sich nach Ansicht des OGH derart auslegen. Er führte weiters aus, dass solange der Zustand der vorübergehenden Invalidität besteht, die versicherte Person auch einen Rechtsanspruch auf medizinische Maßnahmen der Rehabilitation gegen den Pensionsversicherungsträger hat, wenn dies zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit notwendig und infolge des Gesundheitszustands zweckmäßig ist. Diese Auffassung ergibt sich aus der Zusammenschau von § 367 Abs 4 ASVG idF SVÄG 2015 und § 253f ASVG. Der OGH sah in § 253f ASVG keine Rechtsgrundlage für die Auffassung, wonach der im Rahmen des Case Managements (CM) zuständige PV-Träger eine Maßnahme der medizinischen Reha nur dann als Pflichtleistung zu erbringen habe, wenn der KV-Träger diese im Rahmen des CM anordne. Der in diesem Zusammenhang einschlägige § 143b ASVG normiert lediglich eine Verpflichtung der KV-Träger die Beziehenden von Reha-Geld zu unterstützen und ermöglicht ihnen, bestimmte Rehabilitationsmaßnahmen im Versorgungsplan vorzusehen, der Umkehrschluss, dass kein Anspruch auf medizinische Maßnahmen der Rehabilitation gemäß § 253f ASVG bestünde, ist nicht zulässig. Dem Kläger wäre daher – aufgrund vorübergehender Invalidität und Bezug von Rehabilitationsgeld – ein Bescheid über die beantragten Maßnahmen der Rehabilitation innerhalb von 6 Monaten zu erlassen gewesen (§ 67 Abs 1 Z 2 ASGG).

Welche konkrete Maßnahme sodann dem Versicherten zu gewähren ist, liegt im Entscheidungsermessen des PV-Trägers, wofür in erster Linie die ärztliche Expertise maßgeblich sein wird. Die Entscheidung des OGH in dieser Frage überrascht mE nicht, da er bereits mehrfach bekräftigt hat, dass im Hinblick auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation – sofern sie unabhängig von einem Pensionsantrag gestellt werden – keine Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung im Leistungsstreitverfahren besteht.³⁸¹ Der OGH hat in seinen Entscheidungen zu § 367 ASVG Abs 1 ASVG idF SRÄG 2012, der einschränkend

³⁸¹ OGH am 30.09.2014, 10 ObS 120/14s mwN.

zu interpretieren ist, ausgeführt, dass eine Bescheidpflicht über die Gewährung von Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation aus der Pensionsversicherung nur nach § 253f ASVG (siehe oben) bzw. § 270b ASVG besteht. Auch im Anwendungsbereich des SRÄG 2012 ist demnach weiterhin an der Rechtsprechung festzuhalten, nach der Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation ohne Zusammenhang mit einem Pensionsverfahren vom Pensionsversicherungsträger nach pflichtgemäßem Ermessen ohne Bescheidpflicht zu erbringen sind. Mit dieser Entscheidung hat der OGH einen Pensionsantrag mit einem aufrechten Leistungsbezug gleichgesetzt, in beiden Fällen ist (nunmehr) eine Bescheidpflicht gegeben.³⁸²

6.8 Weiterführende Überlegungen

In Anbetracht der bisherigen Ausführungen, die neben einem historischen Überblick über die Entwicklung der Rechtsgrundlagen zum VF der geminderten Arbeitsfähigkeit auch einen Einblick in die damit einhergehende differenzierte Zugangsmöglichkeit zu einer entsprechenden Pensionsleistung vermitteln sollten, sollen nunmehr verfassungsrechtliche Aspekte dieses Rechtszustandes in den Mittelpunkt der Betrachtungen geführt werden. Wenngleich der Gesetzgeber im Rahmen der letzten Novellen, insbesondere mit dem SRÄG 2012, einen großen Schritt in Richtung Vereinheitlichung der bezugnehmenden Normen gesetzt hat und der Berufsschutz nicht mehr jene zentrale Rolle einnimmt, die er vor Wirksamwerden dieser Änderungen hatte, so scheint eine nähere Betrachtung jedenfalls dennoch geboten. Vor dem Hintergrund der oftmals soziapolitisch geführten Debatte um einen Ausgleich zwischen dem einerseits der österreichischen Sozialversicherung zugrundeliegende solidarischen Gedanken und des andererseits an die Versicherten gestellten Anspruchs an Eigenverantwortung, ist zweifelsohne der Berufsschutz als das Zünglein an der Waage zu sehen. Gerade angesichts der dargestellten Änderungen im Bereich der beruflichen Rehabilitation stellt sich die Frage, ob nicht insbesondere jene Versicherten, die mangels entsprechender Ausbildung und Kenntnisse jedenfalls einen Bedarf an Ausbildungsmaßnahmen haben, aufgrund der geltenden Rechtslage gerade nicht von dem der Pensionsversicherung innewohnenden Solidaritätsgedanken profitieren? Schließlich hat sich der Gesetzgeber bewusst für eine prinzipielle Aufrechterhaltung des Berufsschutzes und damit einer Separierung von Versicherten entschieden.

³⁸² Zu den verfassungsrechtlichen Überlegungen siehe *Panhözl*, Weiterhin keine Bescheidpflicht bei pflichtgemäßem Ermessen der Pensionsversicherung DRdA 2016/39 349.

Um dem Anspruch an eine nicht rein akademisch geführte Untersuchung gerecht zu werden, soll die Frage nach den leistungsrechtlichen Auswirkungen des (fehlenden) Berufsschutzes anhand von zwei fiktiven Fallbeispielen illustriert werden.

6.8.1 Fallbeispiel 1: Versicherter ohne Berufsschutz - § 255 Abs 3 ASVG

Herr W, geboren am 3.4.1967, hat seine Lehre zum Einzelhandelskaufmann am 1.8.1982 begonnen und gewissenhaft verfolgt. Aufgrund von Zerwürfnissen mit seinen Eltern, sucht sich Herr W eine eigene Wohnung, für die Bestreitung seines Lebensunterhaltes reicht die Lehrlingsentschädigung nicht aus. Herr W jobbt daher zusätzlich an 2 Abenden in der Woche als Kellner in einem Bistro, wo er dank des Trinkgeldes einen passablen Verdienst lukrieren kann. Aufgrund des steigenden Stresses durch die Doppelbelastung bricht Herr W seine Lehre am 18.10.1984 ab und arbeitet als Vollzeitkraft im Bistro, welches aufgrund finanzieller Engpässe ein Jahr später schließt. Nach kurzer Arbeitslosigkeit findet Herr W einen Job als Aushilfskraft in einem kleinen Supermarkt, wo er zunächst für die Regalbetreuung zuständig ist. Herr W erweist sich als zuverlässiger und kompetenter Mitarbeiter, ebenso kommt ihm das im Rahmen der absolvierten Lehrzeit erworbene Wissen zugute und wird Herr W mit der Führung des Lagers betraut. Er übernimmt und kontrolliert die Warenlieferung und leitet diesbezügliche Reklamationen an die Filialleitung weiter. Die Tätigkeit im Lager bedingt eine ständige körperliche Belastung (heben und verschieben von beladenen Paletten- zwar durchwegs mit maschineller Unterstützung, jedoch unter erheblichem Einsatz von Körperkraft), wodurch Herr W zunehmend Beschwerden mit seinen Bandscheiben hat. Herr W fällt immer wieder krankheitsbedingt aus, auch die Absolvierung eines mehrwöchigen Kuraufenthaltes in einer entsprechenden Einrichtung brachte nur eine kurzfristige Linderung des Leidenszustandes und führt schlussendlich zur Kündigung von Herrn W. Herr W hat Glück und findet einen Job als Hilfskraft in einer neu eröffneten Tankstelle, zu der auch ein kleines Bistro sowie ein Minimarkt gehören. Herr W ist für die Betreuung des Minimarktes (Kontrolle der Haltbarkeit der Lebensmittel Regalbetreuung, fallweise Kassierstätigkeiten) zuständig und hilft bei hoher Kundenfrequenz im Bistro als Servicekraft aus. Auch hier währt das berufliche Glück von Herrn W nicht allzu lange, Anfang 1996 endet das Dienstverhältnis von Herrn W, nach kurzer Arbeitslosigkeit und einem erfolglosen Versuch im Ausland Fuß zu fassen, beginnt Herr W im Jahr 1997 als Kassier in einer kleinen Tankstelle. Nach dreijähriger Tätigkeit kündigt Herr W aufgrund von mehrfachen Überfällen das Dienstverhältnis und befindet sich danach einige Monate in Arbeitslosigkeit. Von einem Freund erfährt Herr W von der Eröffnung eines Diskontmarktes, der für seine überdurchschnittliche Bezahlung bekannt ist und beginnt Herr W im Jahr 2002 eine Tätigkeit als Regalbetreuer, bei der auch die vereinzelte Beantwortung von Kundenanfragen, insbesondere zum Warensortiment und

Produktstandorten, zu seinem Aufgabengebiet gehörte. Aufgrund neuerlicher Rückenschmerzen ersucht Herr W um fallweise Verrichtung von Kassierstätigkeiten, wo er aufgrund starker Kundenfrequenz vorrangig in den Abendstunden eingesetzt wird. Herr W zeigt sich aufgrund der oftmals kurzfristig wechselnden Tätigkeiten rasch überfordert und unterlaufen ihm Fehler im Rahmen der Kassierstätigkeit, die Herr W auf eigene Kosten egalisieren muss. Herrn W's Ersuchen um „Rückversetzung“ als Regalbetreuer wird nicht nachgekommen, die vermehrten Krankenstandszeiten sind dem Dienstgeber bereits ein Dorn im Auge und wird Herrn W am 31.7.2014 gekündigt. W gekündigt und er stellt am 28.8.2014 einen Antrag auf Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit.

Zum Stichtag 1.9.2014 liegt folgender Versicherungszeitenauszug vor:

Pflichtversicherung als Lehrling – Arbeiter: 01.8.1982 – 18.10.1984 (27 Beitragsmonate)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter (deckende Versicherungszeit): 01.4.1984 – 31.10.1984

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter: 01.11.1984 – 31.08.1985 (10 Beitragsmonate)

Arbeitslosengeldbezug: 01.09.1985 – 31.01.1986 (5 Ersatzmonate)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter: 01.02.1986 – 31.07.1992 (78 Beitragsmonate)

Arbeitslosengeldbezug: 01.08.1992 – 30.09.1992 (2 Ersatzmonate)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter: 01.10.1992 – 31.01.1994 (16 Beitragsmonate)

Krankengeldbezug: 01.02.1994 – 31.05.1994 (4 Ersatzmonate)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter: 01.06.1994 – 31.03.1996 (22 Beitragsmonate)

Arbeitslosengeldbezug: 01.04.1996 – 31.07.1996 (4 Ersatzmonate)

Keine Versicherungszeit: 01.08.1996 – 31.12.1996

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter: 01.01.1997 – 31.01.2000 (37 Beitragsmonate)

Arbeitslosengeldbezug: 01.02.2000 – 31.05.2000 (4 Ersatzmonate)

Keine Versicherungszeit 01.06.2000 – 31.01.2001

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Arbeiter: 01.02.2001 – 31.7.2014 (162 Beitragsmonate)

Gesamtanzahl der nachgewiesenen Versicherungsmonate:

ASVG: 352 Beitragsmonate der Pflichtversicherung – Erwerbstätigkeit

19 Monate einer Ersatzzeit

371 Gesamtanzahl

Gemäß § 255 Abs 3 ist ein Versicherter, der nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen im Sinne der Abs 1 und 2 tätig war, dann invalid, wenn er infolge seines körperlichen und geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt. Im Fall von Herrn W. kommt mangels Abschluss der Lehrausbildung eine Qualifizierung als erlernter Arbeiter nicht in Betracht, aufgrund der Tätigkeiten ist zu prüfen, ob sich daraus eine Angestelltentätigkeit ableiten lässt. Die von Herrn W ausgeübten Tätigkeiten stellen sich als Misch Tätigkeiten dar, bei denen die Abgrenzung von Arbeiter- zu Angestelltentätigkeiten anhand des zeitlichen Überwiegens der jeweiligen Tätigkeit bemessen wird. Die Voraussetzung des Überwiegens kann nicht nur nach der aufgewendeten Zeit, sondern auch nach der Wichtigkeit der geleisteten Arbeit beurteilt werden. Die Anwendbarkeit der Härtefallregelung scheidet aufgrund des Alters von Herrn W ebenso aus wie das Vorliegen eines Tätigkeitsschutzes. Hinsichtlich der (hier zu verneinenden) Frage eines angelernten Berufes ist anzuführen, dass es hierfür der Ausübung einer qualifizierten Tätigkeit bedarf, für die es erforderlich ist, durch praktische Arbeit qualifizierte Kenntnisse und Fähigkeiten zu erwerben, welche jenen in einem erlernten Beruf gleichzuhalten sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht der Nachweis des Vorliegens aller Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich, die nach den Ausbildungsvorschriften zum Berufsbild eines Lehrberufs zählen und daher einem Lehrling während der Lehrzeit zu vermitteln sind. Es kommt vielmehr darauf an, dass ein angelernter Arbeiter über die Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die üblicherweise von ausgebildeten Facharbeitern des jeweiligen Berufs in dessen auf dem Arbeitsmarkt gefragten Varianten (Berufsgruppen) unter Berücksichtigung einer betriebsüblichen Einschulungszeit verlangt werden. Hingegen reicht es nicht aus, wenn sich die Kenntnisse und Fähigkeiten auf ein oder mehrere Teilgebiete eines Berufs erstrecken, der von ausgebildeten Facharbeitern

allgemein in viel weiterem Umfang beherrscht wird.³⁸³ Bei der Tätigkeit als Regalbetreuer handelt es sich um einen „typischen Hilfsarbeiterberuf“³⁸⁴, der keine Fachkenntnisse erfordert und nach einer kurzen Einschulung von jedem Absolventen der Grundschule bewältigt werden kann. Nachdem die allenfalls als qualifizierte Tätigkeit zu wertende Kassierstätigkeit in untergeordneter Gewichtung ausgeübt wurde, kann auch darüber keine Anwendbarkeit des Absatz 2 gegeben sein.

Besondere Abspracheerfordernisse					
5. Berufsschutz					
Ausbildung als Einzelhandelskaufmann				abgeschlossen: ☐ ja ☒ nein	
zusätzliche Aus- und Weiterbildung keine					
Beschäftigungsverlauf im Beobachtungszeitraum ab (MMJJ): 0999					
von	bis	Beschäftigung als	Qualifizierte Tätigkeit		Anzahl: Monate mit qualifizierter Tätigkeit
			ja	nein	
01.09.99	31.01.00	Regalbetreuung im Minimarkt, Servicetätigkeit im Bistro, Kassierstätigkeit in der Tankstelle	☐	☒	
01.02.00	31.05.00	Arbeitslosengeldbezug - keine Beschäftigung	☐	☒	
01.06.00	31.01.01	Keine Versicherungszeit	☐	☒	
01.02.01	31.07.14	Regalbetreuung (70%), Kassiertätigkeit (20%), Beantwortung von Kundenanfragen (10%)	☐	☒	
			☐	☐	
			☐	☐	
Gesamtsumme der qualifizierten Monate:					
Häftedeckung im Beobachtungszeitraum erfüllt:					
☐ JA - genaue Angabe der zuletzt ausgeübten qualifizierten Tätigkeit:					
Berufsschutz als					
☒ NEIN					

Abbildung 12 – Besondere Abspracheerfordernisse

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2016)

Damit ergibt sich eine Beurteilung der Invalidität nach § 255 Abs 3 und kommt eine Verweisbarkeit im Rahmen des medizinischen Leistungskalküls auf den gesamten Arbeitsmarkt in Betracht. Die körperlichen Einschränkungen des Herrn W reichen für eine Tätigkeit im Bewachungsgewerbe aus, aufgrund der diagnostizierten Soziophobie kommt vorrangig eine Tätigkeit mit wenig Kundenkontakt in Frage. Aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen im Bereich des Stütz- und Bewegungsapparates scheidet eine ausschließlich sitzende bzw. stehende Tätigkeit aus, ein regelmäßiger Wechsel der

³⁸³ OGH 17.12.2013; 10ObS137/13i.

³⁸⁴ OGH 14.09.2010; 10ObS95/10h.

Körperhaltung ist notwendig. Am Ende des Pensionsfeststellungsverfahrens erhält Frau S sodann folgenden Bescheid:

BESCHEID

Ihr Antrag vom 28.08.2014 auf Gewährung einer Invaliditätspension wird abgelehnt, weil Invalidität nicht dauerhaft vorliegt.

Vorübergehende Invalidität im Ausmaß von mindestens sechs Monaten liegt ebenfalls nicht vor.

Da Invalidität im erforderlichen Ausmaß nicht vorliegt, besteht kein Anspruch auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation.

Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation sind nicht zweckmäßig.

Rechtsgrundlage: Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

§§ 254, 255, 367

Begründung

Anspruch auf Invaliditätspension hat der (die) Versicherte unter anderem, wenn die Invalidität auf Grund des körperlichen oder geistigen Zustandes dauerhaft vorliegt.

Als invalid gilt eine versicherte Person,

1. Sofern diese nicht überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig war und infolge ihres körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihr unter billiger Berücksichtigung der von ihr ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das eine körperlich und geistig gesunde versicherte Person regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt

oder

2. wenn die versicherte Person
 - a. das 50. Lebensjahr vollendet hat,
 - b. mindestens zwölf Monate unmittelbar vor dem Stichtag als arbeitslos gemeldet war,
 - c. mindestens 360 Versicherungsmonate, davon mindestens 240 Beitragsmonate der Pflichtversicherung auf Grund einer Erwerbstätigkeit, erworben hat und
 - d. nur mehr Tätigkeiten mit geringstem Anforderungsprofil, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet sind, ausüben kann und zu erwarten ist, dass ein Arbeitsplatz in einer der physischen und psychischen Beeinträchtigung entsprechenden Entfernung von seinem Wohnort innerhalb eines Jahres nicht erlangt werden kann.

Stichtag ist der 01.09.2014

Der Beurteilung der Invalidität wurde Ihre Tätigkeit als Regalbetreuer zu Grunde gelegt.

Das durchgeführte Verfahren ergab auf Grund der ärztlichen Gutachten zusammenfassend folgende maßgebliche Diagnose:

Soziophobie

Starke Abnützungserscheinungen der Bandscheiben

Nach dem Ergebnis der vorgenommenen ärztlichen Begutachtung ist Ihre Arbeitsfähigkeit nicht so weit herabgesunken, dass die Ausübung einer Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird, nicht mehr möglich wäre.

Invalidität in Verbindung mit Punkt 2 liegt nicht vor, da die unter lit. b, (c) angeführte(n) Voraussetzung(en) nicht erfüllt ist (sind).

Anspruch auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation haben versicherte Personen, für die bescheidmäßig festgestellt wurde, dass vorübergehende Invalidität im Ausmaß von zumindest sechs Monaten vorliegt, wenn dies zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit notwendig und infolge des Gesundheitszustandes zweckmäßig ist.

Da Invalidität in Ihrem Fall nicht vorliegt, besteht kein Anspruch auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation. Darüber hinaus sind Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation nicht zweckmäßig.

Belehrung über das Klagerecht

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von drei Monaten ab Zustellung Klage beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht eingebracht werden.

6.8.2 Fallbeispiel 2: Versicherter mit Berufsschutz - §§ 255 Abs 1, 273 Abs 1 ASVG

Im Gegensatz zum VF der geminderten AF im Bereich der Arbeiter, stellt die Judikatur bei jenem der Berufsunfähigkeit den Entgeltschutz in den Vordergrund und hat aufgrund der im Angestelltenbereich vorherrschenden Weite des möglichen Verweisungsfeldes die

Schranke des „sozialen Abstieges“³⁸⁵ entwickelt. Ein Versicherter muss sich zwar auf andere Berufe, die mitunter geringere Anforderungen an ihn stellen und auch geringer entlohnt werden, verweisen lassen, allerdings nur insoweit als damit nicht ein unzumutbarer sozialer Abstieg verbunden ist. Die Beurteilung der Zumutbarkeit erfolgt anhand eines Vergleiches der kollektivvertraglichen Einstufung im bisherigen Beruf und der möglichen Verweisungstätigkeit. Sofern die Verweisungstätigkeit in den Augen der Umwelt ein wesentlich geringeres Ansehen genießt, ist eine Verweisung als unzumutbar einzustufen. Grundsätzlich ist eine Verweisung auf eine Tätigkeit (innerhalb der betreffenden Berufsgruppe), die eine kollektivvertragliche Beschäftigungsgruppe unter der zuletzt nicht nur vorübergehend ausgeübten liegt, zulässig, da darin kein unzumutbarer sozialer Abstieg liegt.

Nunmehr gilt es anhand der geltenden Rechtslage die pensionsversicherungsrechtliche Stellung anhand eines Fallbeispiels zu beleuchten. Frau S, geboren am 12.7.1968, stellt am 25.8.2014 einen Antrag auf Berufsunfähigkeitspension und gibt als Krankheitsbilder neben Bandscheibenproblemen auch stressbedingte psychische Beschwerden an. In ihrem Versicherungsverlauf gibt sie an, nach Absolvierung der Pflichtschule eine Lehre zur Einzelhandelskauffrau absolviert zu haben und im Anschluss daran als solche tätig gewesen zu sein. Nach der Geburt ihres Kindes war sie, mit Ausnahme kurzzeitiger Unterbrechungen, bei verschiedenen Dienstgebern tätig. Frau S übte dabei jeweils den Beruf der Einzelhandelskauffrau aus, wobei das Aufgabengebiet in Abhängigkeit vom Dienstgeber variierte, sie jedoch stets (Teil)Tätigkeiten des Berufsbildes ausgeübt hat. Im Rahmen ihrer letzten Tätigkeit in einem wohnortnahen Diskontsupermarkt war Frau S einem sehr hohen Arbeitspensum und einem starken Leistungsdruck ausgesetzt. Das Tätigkeitsspektrum erstreckte sich zunächst von der Bereitstellung der Waren im Verkaufsraum bis zur Lieferantenkorrespondenz, wobei Frau S zunehmend mit gesundheitlichen Problemen zu kämpfen hatte. Insbesondere das Rangieren der Produktpaletten und das Befüllen des Frischhaltewarenbereichs lösten laut Angaben von Frau S starke, wiederkehrende Schmerzen im Wirbelsäulenbereich aus und führten zu wiederholten Krankenständen. Auf Wunsch von Frau S wurde ihr Aufgabengebiet dahingehend abgeändert, dass sie in das Team „Controlling“ wechselte, welches neben der Einkaufsplanung auch Verkaufspreiskalkulation und Lagerbuchhaltung durchführt. Der hohe Konkurrenzkampf unter den größtenteils jungen Kollegen wird für Frau S zunehmend

³⁸⁵ Näheres in *Freudenthaler*, Die Zumutbarkeit eines sozialen Abstiegs im Verweisungsfeld und das psychologische Gutachten im Sozialgerichtsverfahren, ZAS 2011/28.

zu einer psychischen Belastung, sodass es zu einer erneuten Evaluierung ihres Aufgabengebiets kommt. Dabei kommt Frau S ihr hohes Maß an Verlässlichkeit und Genauigkeit zugute, dem Wunsch von Frau S nach einer überwiegend sitzenden Tätigkeit, jedoch nicht als Teil eines Teams, wird insoweit nachgekommen, als Frau S ab Ende 2012 in den Kassenbereich wechselt, wo sie aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit auch mit der Beantwortung von Kundenanfragen und Durchführung von Umtausch – und Reklamationsanliegen betraut wird. Die hohe Kundenfrequenz macht Frau S mehr und mehr zu schaffen, gleichzeitig beklagt sie – abseits ihrer gesundheitlichen Beschwerden – die mangelnde geistige Herausforderung bei der gegenwärtigen Tätigkeit. Schließlich stellt Frau S am 25.8.2014 einen Antrag auf Berufsunfähigkeitspension beim PV-Träger.

Zum Stichtag 1.9.2014 liegt folgender Versicherungszeitenauszug vor:

Pflichtversicherung als Lehrling – Angestellte: 1.8.1983 – 31.7.1985 (36 Beitragsmonate)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Angestellte: 1.8.1985 – 30.11.1991 (76 Beitragsmonate)

Wohngeldbezug – ASVG Dienstverhältnis: 1.12.1991 – 31.3.1992 (4 Monate Ersatzzeit)

Zeiten der Kindererziehung: 1.4.1992 – 31.3.1995: (36 Monate Ersatzzeit)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Angestellte 1.4.1995 – 31.12.1997 (33 Beitragsmonate)

Arbeitslosengeldbezug: 1.1.1998 – 31.8.1998 (8 Monate Ersatzzeit)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Angestellte 1.9.1998 – 31.8.1999 (12 Beitragsmonate)

Arbeitslosengeldbezug: 1.9.1999 – 30.4.2000 (8 Monate Ersatzzeit)

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Angestellte 1.5.2000 – 31.1.2001 (9 Beitragsmonate)

Keine Versicherungszeit 1.2.2001 – 31.12.2001

Pflichtversicherung nach dem ASVG – Angestellte 1.1.2002 – 31.12.2004 (36 Beitragsmonate)

Krankengeldbezug: 1.1.2005 – 31.2.2005 (2 Monate Teilpflichtversicherung nach dem APG)

Pflichtversicherung nach dem ASVG Dienstverhältnis: 1.3.2005 – 31.8.2014 (106 Beitragsmonate)

Gesamtanzahl der nachgewiesenen Versicherungsmonate:

ASVG: 281 Beitragsmonate der Pflichtversicherung – Erwerbstätigkeit

56 Monate einer Ersatzzeit

337 Gesamtanzahl

Gemäß § 271 Abs 1 ASVG ist Berufsschutz als Angestellte(r) dann gegeben, wenn innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine qualifizierte Erwerbstätigkeit als Angestellter ausgeübt wurde. Im Fall von Frau S sind somit die ab 1.9.1999 ausgeführten Tätigkeiten für die Beurteilung des Vorliegens von Berufsschutz bzw. für die Zuordnung zu einer bestimmten Angestelltentätigkeit von Relevanz. An dieser Stelle darf aufgrund der nunmehrigen Zusammenarbeit zwischen AMS; Krankenversicherungsträger und PVA auf die verfahrensrechtliche Notwendigkeit der exakten Erhebung der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit des Versicherten hingewiesen werden. Aufgrund der von Frau S gemachten, schlüssigen Angaben zu ihrer Erwerbsbiografie, ergibt sich ein Berufsschutz als Einzelhandelskauffrau.

Besondere Abspracheerfordernisse					
5. Berufsschutz					
Ausbildung als Einzelhandelskauffrau				abgeschlossen: ☒ ja ☐ nein	
zusätzliche Aus- und Weiterbildung keine					
Beschäftigungsverlauf im Beobachtungszeitraum ab (MMJJ): 0999					
von	bis	Beschäftigung als	Qualifizierte Tätigkeit		Anzahl: Monate mit qualifizierter Tätigkeit
			ja	nein	
09.09.1999	30.04.2000	Arbeitslosengeldbezug - Keine Beschäftigung	☐	☒	0
01.05.2000	31.01.2001	Einzelhandelskauffrau (Einkauf, Lieferantenkorrespondenz, Warenübernahme)	☒	☐	9
01.02.2001	31.12.2001	Keine Versicherungszeit	☐	☒	0
01.01.2002	31.12.2004	Einzelhandelskauffrau (Einkauf und Verkauf, Kundenberatung)	☒	☐	36
01.01.2005	31.02.2005	Krankengeldbezug	☐	☒	0
1.3.2005	31.8.2014	Einzelhandelskauffrau (Auszeichnung Preise, Verkauf, Kundenberatung, Kassierstätigkeit)	☒	☐	106
Gesamtsumme der qualifizierten Monate:					151
Hälftedeckung im Beobachtungszeitraum erfüllt:					
☒ JA - genaue Angabe der zuletzt ausgeübten qualifizierten Tätigkeit: siehe oben					
Berufsschutz als Einzelhandelskauffrau					

Abbildung 13 – Besondere Abspracheerfordernisse

Quelle: Pensionsversicherungsanstalt (2016)

Der Anspruch von Frau S auf eine Leistung aus dem VF der geminderten AF richtet sich aufgrund ihrer Ausbildung (Lehre mit Lehrabschluss) und ihrer Tätigkeiten nach § 273 Abs 1 ASVG. Die Versicherte hat entsprechend dem Versicherungsverlauf binnen der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit als Angestellte ausgeführt und kommt ihr demnach Berufsschutz zu. Frau S hat in den letzten Jahren vor dem Stichtag ihren ausgeübten Beruf nicht aufgegeben, sondern nur die Tätigkeit von der in Beschäftigungsgruppe 3 einzureihenden in die niedrigere Beschäftigungsgruppe 2 verlagert,³⁸⁶ da sie schwerpunktmäßig Kassierstätigkeiten verrichtet hat.³⁸⁷ Das in Betracht kommende Verweisungsfeld hat sich demnach an der Beschäftigungsgruppe 2 zu orientieren. Im Rahmen der medizinischen Untersuchung beim zuständigen PV-Träger gibt Frau S an, dass ihre gesundheitlichen Beschwerden zum einen auf Probleme mit den Bandscheiben zurückzuführen seien, in den letzten Jahren vermehrt psychische Belastungen die Ursachen ihrer Krankenstände gewesen seien. Die starke Kundenfrequenz und der hohe zeitliche Druck ermögliche es ihr zudem nicht, eine Veränderung der Körperhaltung vorzunehmen. Frau S wurde vom zuständigen PV-Träger medizinisch untersucht und wurde dabei festgestellt, dass Frau S an einer Soziophobie leidet, die eine Fortsetzung einer Tätigkeit mit Kundenkontakt unmöglich macht. Eine Tätigkeit als Einzelhandelskauffrau im Verkauf bzw. eine Fortführung der Kassierstätigkeit ist wegen des damit verbundenen psychomentalen Stresses durch Kundengespräche sohin ausgeschlossen. Auch eine Verweisung auf die Tätigkeit einer Fakturistin scheidet aufgrund der derzeit fehlenden psychischen Belastbarkeit aus. Aufgrund dieses stark eingeschränkten Leistungskalküls, kann Frau S weder die zuletzt ausgeübte qualifizierte Tätigkeit im bisherigen Beruf noch eine zumutbare im Verweisungsberuf ausüben. Allerdings kann eine Besserungsfähigkeit des Leidenszustandes durch medizinische Maßnahmen nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Wie von Frau S angeführt und in der Diagnose des Gutachterarztes festgehalten, ist die psychische Beeinträchtigung primär auf den gegenwärtigen Arbeitsplatz und die dortigen Rahmenbedingungen zurückzuführen. Erschwerend komme die mangelnde geistige Beanspruchung hinzu, die Frau S das Gefühl einer gewissen „Wertlosigkeit“ vermitteln, zumal sie als Kassierin vorrangig manuelle Tätigkeit ausübe. Als Ergebnis des ärztlichen Gutachtens geht hervor, dass medizinische Maßnahmen der Rehabilitation zur Verbesserung der psychischen Situation sinnvoll sind

³⁸⁶ OGH 13.03.2012, 10ObS168/11w.

³⁸⁷ Der Versicherten wird kein Schutz für die höchste erworbene Tätigkeit gewährleistet, sondern ist auf die zuletzt ausgeübte qualifizierte Tätigkeit abzustellen (vgl. dazu OGH 04.03.2003, 10 ObS 74/03k.)

und eine Besserung des Leidenszustandes bewirken können. Am Ende des Pensionsfeststellungsverfahrens erhält Frau S sodann folgenden Bescheid:

BESCHEID

Ihr Antrag vom 25.08.2014 auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension wird abgelehnt, weil Berufsunfähigkeit nicht dauerhaft vorliegt.

Vorübergehende Berufsunfähigkeit im Ausmaß von voraussichtlich mindestens sechs Monaten liegt ab 25.08.2014 vor, daher ist als Maßnahme der medizinischen Rehabilitation zur Wiederherstellung Ihrer Arbeitsfähigkeit

- a) Eine stationäre psychiatrische Rehabilitationsmaßnahme in der Einrichtung Sonnenpark – Zentrum für psychosoziale Gesundheit in 4540 Bad Hall, Parkstraße 5 vom 1.10.2014 bis 15.11.2014 zu absolvieren.
- b) Sodann der weitere Krankheitsverlauf abzuwarten.

Maßnahmen der beruflichen sind nicht zweckmäßig.

Ab dem 1.09.2014 besteht für die weitere Dauer der vorübergehenden Invalidität Anspruch auf Rehabilitationsgeld aus der Krankenversicherung.

Rechtsgrundlage: Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

§§ 143a, 253f, 271, 273, 367

Begründung

Anspruch auf Berufsunfähigkeitspension hat der (die) Versicherte unter anderem, wenn die Berufsunfähigkeit auf Grund des körperlichen oder geistigen Zustandes dauerhaft vorliegt.

Als berufsunfähig gilt eine versicherte Person, die überwiegend in erlernten (angelernten) Berufen tätig war, wenn ihre Arbeitsfähigkeit infolge ihres körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen einer körperlich und geistig gesunden versicherten Person von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist und innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit in erlernten (angelernten) Berufen oder als Angestellte/r ausgeübt wurde. Umfasst der Beobachtungszeitraum weniger als 15 Jahre, muss in zumindest der Hälfte der Kalendermonate, jedenfalls aber in 12 Pflichtversicherungsmonaten, eine Erwerbstätigkeit in erlernten (angelernten) Berufen oder als Angestellte/r vorliegen.

Stichtag ist der 01.09.2014.

Da Sie im Zeitraum vom 01.09.1999 bis 31.08.2014 in zumindest der Hälfte der Kalendermonate einen erlernten (angelernten) Beruf oder eine Angestelltentätigkeit ausgeübt haben, wurde der Beurteilung der Berufsunfähigkeit Ihr Beruf als Einzelhandelskauffrau zu Grunde gelegt.

Das durchgeführte Verfahren ergab auf Grund der ärztlichen Gutachten zusammenfassend folgende maßgebliche Diagnose:

Soziophobische Störung

Starke Abnützungserscheinungen der Bandscheiben

Nach dem Ergebnis der vorgenommenen ärztlichen Begutachtung ist die Ausübung Ihrer bisherigen Tätigkeit oder einer Tätigkeit innerhalb des betreffenden Berufsbildes vorübergehend nicht mehr möglich.

Anspruch auf Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation haben versicherte Personen für die bescheidmäßig festgestellt wurde, dass vorübergehende Berufsunfähigkeit im Ausmaß von zumindest sechs Monaten vorliegt, wenn dies zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit notwendig und infolge des Gesundheitszustandes zweckmäßig ist.

Medizinische Rehabilitationsmaßnahmen sind zur Besserung Ihres Gesundheitszustandes erforderlich und damit zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit notwendig.

Da vorübergehende Berufsunfähigkeit voraussichtlich im Ausmaß von zumindest sechs Monaten vorliegt und berufliche Maßnahmen der Rehabilitation nicht zweckmäßig sind, haben Sie für die Dauer der vorübergehenden Invalidität Anspruch auf Rehabilitationsgeld. Die Feststellung der Höhe des Rehabilitationsgeldes sowie die Auszahlung obliegen dem zuständigen Krankenversicherungsträger.

Sie sind verpflichtet bei der Durchführung von Rehabilitationsmaßnahmen entsprechend mitzuwirken. Verweigern Sie die Mitwirkung, so ist das Rehabilitationsgeld trotz weiterhin vorliegender Berufsunfähigkeit zu entziehen.

Belehrung über das Klagerecht

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von drei Monaten ab Zustellung Klage beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht eingebracht werden.

Im Rahmen der Wiederbegutachtung nach einem Jahr wird seitens des Anstaltsgutachterarztes festgestellt, dass die getroffenen medizinischen Maßnahmen nicht im erforderlichen Ausmaß gegriffen haben, der psychische Zustand von Frau S jedoch als stabil einzustufen ist. Weiters geht aus der neuerlichen Überprüfung des Gesundheitszustands hervor, dass eine Besserung/Genesung ausgeschlossen ist und entsprechend dem Restleistungskalkül aufgrund der weiterhin bestehenden Soziophobie, kontaktarme bzw. kontaktreduzierte Tätigkeiten in der Buchhaltung zumutbar sind. Demnach ist die Durchführung zweckmäßiger und zumutbarer beruflicher Maßnahmen aufgrund positiver Reintegrationsprognose zu befürworten.³⁸⁸

In weiterer Folge wird Frau S zu einem einwöchigen Aufenthalt ins BBRZ geladen (= Phase 1), wo auf Basis einer umfassenden Abklärung³⁸⁹ dieses Ergebnis evaluiert und sodann festgestellt werden soll, ob die Erreichung des Rehabilitationszieles der Versicherten möglich ist oder als aussichtslos beurteilt werden muss. Diese, in einer „gutachterlichen“ Stellungnahme festzuhaltenden Einschätzung zur Reintegrationsprognose sieht im Fall von Frau S eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Wiedereingliederung auf dem Arbeitsmarkt vor und entspricht damit der Einschätzung des chefarztlichen Dienstes des PV-Trägers. Daran schließt sich eine bis zu 10 Wochen dauernde Berufspotentialanalyse, die eine Beurteilung der Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit³⁹⁰ der Reha-Maßnahme zum Inhalt hat, im Falle der Umschulung auf einen neuen Beruf aber auch die Arbeitsmarktprognose ins Betrachtungsfeld zu rücken hat. Ziel dieses Berufsfindungsverfahrens ist die Feststellung eines Berufsfeldes, welches vom BBRZ durch Nennung von bis zu drei Berufen mit

³⁸⁸ Siehe 10 ObS 108/14a: Der OGH sieht die Voraussetzungen für die Zuerkennung einer unbefristeten Berufsunfähigkeitspension als nicht gegeben an, wenn bei einer Versicherten zwar keine Aussicht auf eine kalkülsrelevante Besserung ihres körperlichen Gesundheitszustands besteht, sich jedoch ihr psychischer Gesundheitszustand mit Hilfe einer regelmäßigen psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung innerhalb eines Jahres bessern könnte, sodass die begründete Aussicht besteht, dass die auf diesen Leiden beruhenden Einschränkungen ihres medizinischen Leistungskalküls (uA Unzumutbarkeit des Wochenpendelns) binnen Jahresfrist besserbar sind und allenfalls einer Verweisung der Versicherten auf den gesamten österreichischen Arbeitsmarkt mit ausreichenden Arbeitsplätzen in den in Frage kommenden Verweisungsberufen nicht mehr entgegenstehen.

³⁸⁹ Mittels arbeitsmedizinischer Untersuchungen sowie verschiedener Testverfahren.

³⁹⁰ Bei Beurteilung der Frage der Zumutbarkeit ist auf die bisherige Ausbildung und Tätigkeit, die physische und psychische Eignung unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes und des Alters Bedacht zu nehmen.

entsprechender Priorisierung erfolgt.³⁹¹ Das Berufsfeld soll für verschiedene berufliche Rehabilitationsmaßnahmen einen Qualifikationsschutz für Versicherte gewährleisten und dem AMS eine gewisse Flexibilität im Hinblick auf den vorhandenen Arbeitsmarkt einräumen. In einem weiteren Schritt wird seitens der Oberbegutachtung beim PV-Träger überprüft, ob das Leistungskalkül der Versicherten für die aufgezeigten Berufe ausreichend ist. Es kann dabei auch eine abweichende Reihung der vorgeschlagenen Berufe bzw. eine Streichung von ungeeigneten Berufen vorgenommen werden. Im Falle von Frau S wird ein ausreichendes Leistungskalkül für die vorgeschlagenen Berufe festgestellt, zumal sich ihre psychische Verfassung bereits im Zuge des Berufsfindungsverfahrens wesentlich verbessert hat, da die ins Auge gefasste berufliche Veränderung den Erwartungen von Frau S entspricht. Zudem hat Frau S bereits von einer Freundin erfahren, dass ihr derzeitiger Arbeitgeber auf der Suche nach einer Lohnverrechnerin sei und auch die Bereitschaft habe, jemanden ohne Berufserfahrung einzustellen.

Gemäß §39b AIVG hat Frau S Anspruch auf Umschulungsgeld für die Dauer der Absolvierung der Maßnahmen, für welche seit 1. Jänner 2014 ein Rechtsanspruch ins AIVG aufgenommen wurden und nunmehr seitens des AMS als Pflichtleistung zu gewähren sind. Im Falle von Frau S kann man von einer Dauer der Qualifizierungsmaßnahme im Ausmaß von 40 Wochen ausgehen, welche sie positiv abschließen kann. Bereits während des Zeitraumes kann Frau S bei dem in Aussicht gestellten Dienstgeber das Erlernte unter Beweis stellen und kann kurz nach Ende der Ausbildung ein Dienstverhältnis eingehen. Aufgrund fehlender Berufserfahrung, wird Frau S mit einem Jahresbruttogehalt von 33.300³⁹² Euro für 38,5 Stunden angestellt. Unter der Annahme, dass Frau S ihre neue berufliche Aufgabe sehr gut bewältigt und bis zum 60. Lebensjahr als Personalverrechnerin tätig ist, hat sie dank der beruflichen Rehabilitierung nicht nur eine Verbesserung ihres Gesundheitszustandes, sondern auch eine deutliche Maximierung ihres Arbeitsverdienstes erzielen können.

Nachstehende Grafik wurden unter der jeweiligen Annahme einer Entwicklung der beiden Erwerbsbiografie erstellt, wobei folgende Annahmen zugrunde gelegt wurden:

- Frau S gelingt im Februar 2015 ein rascher Wiedereinstieg ins Berufsleben, da es sich um einen gefragten Beruf handelt

³⁹¹ An dieser Stelle soll nochmals auf die Aufnahme dieser Feststellungsaufgabe in den Leistungskatalog der Pensionsversicherung nach § 222 ASVG durch das SVAG 2015 hingewiesen werden.

³⁹² <http://derstandard.at/2000003186917/Was-Personalverrechner-verdienen> (Aufruf am 26.09.2014)

- Frau S zeigt Bereitschaft zur fachlichen und persönlichen Weiterentwicklung und kann ihr Wissen aufgrund von Seminarbesuchen stetig erweitern
- Frau S erhält nach mehrjähriger Tätigkeit und Unternehmenszugehörigkeit eine Fachzulage
- Herr W absolviert erfolgreich eine medizinische Rehabilitation, wodurch die Bandscheibenprobleme eine wesentliche Besserung erfahren haben und findet einen Job als Garagenportier bei einem Versicherungsunternehmen. Das Arbeitsbild von Herrn W umfasst folgende laut Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe in der Verwendungsgruppe A angeführten Tätigkeiten für Wachorgane (vgl. § 6 Arbeitsbilder gemäß Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe zum Stand 1.1.2014): Ein – und Ausweisung von Fahrzeugen, Auskunftserteilung und Telefondienst iVM der Wachtätigkeit, vereinzelte Kontrollgänge in den Garageräumlichkeiten).
- Gemäß § 21 Lohnordnung des KV gebührt in der Verwendungsgruppe A - Wachdienst ein Grundstundenlohn von 7,90 Euro, zu Vereinfachungszwecken wurde als monatliches (Einstiegsgehalt) ein Betrag von 1.780 Euro brutto pro Monat angenommen (siehe Quellenangabe).
- Nach 5- jähriger Tätigkeit im Bereich der Verwendungsgruppe A, wechselt Herr W. seinen Einsatzort und wird in der Verwendungsgruppe B 6 als Museumsaufseher eingesetzt. Die Erweiterung seines Aufgaben- und Verantwortungsbereiches wurde – ausgehend vom Grundstundenlohn gemäß § 21 Lohnordnung des KV von 8,29 Euro auf ein Jahresbruttogehalt von 26.460 Euro hochgerechnet.
- Herr W wechselt gegen Ende seiner Erwerbstätigkeit in die Verwendungsgruppe B – Service und Sicherheitsdienst, wo er neben den Kontrolltätigkeiten auch die zu dieser Dienstart zählenden Aufgaben zu verrichten hat (Beaufsichtigung der ein- und austretenden Personen in Verbindung mit Kontrollen, Entgegennahme und Ausfolgung von Poststücken, Schlüsselübernahme und –übergabe), als Grundstundenlohn gebühren 9,22 Euro, woraus sich ein Jahresbruttogehalt von 29.400 Euro errechnet.

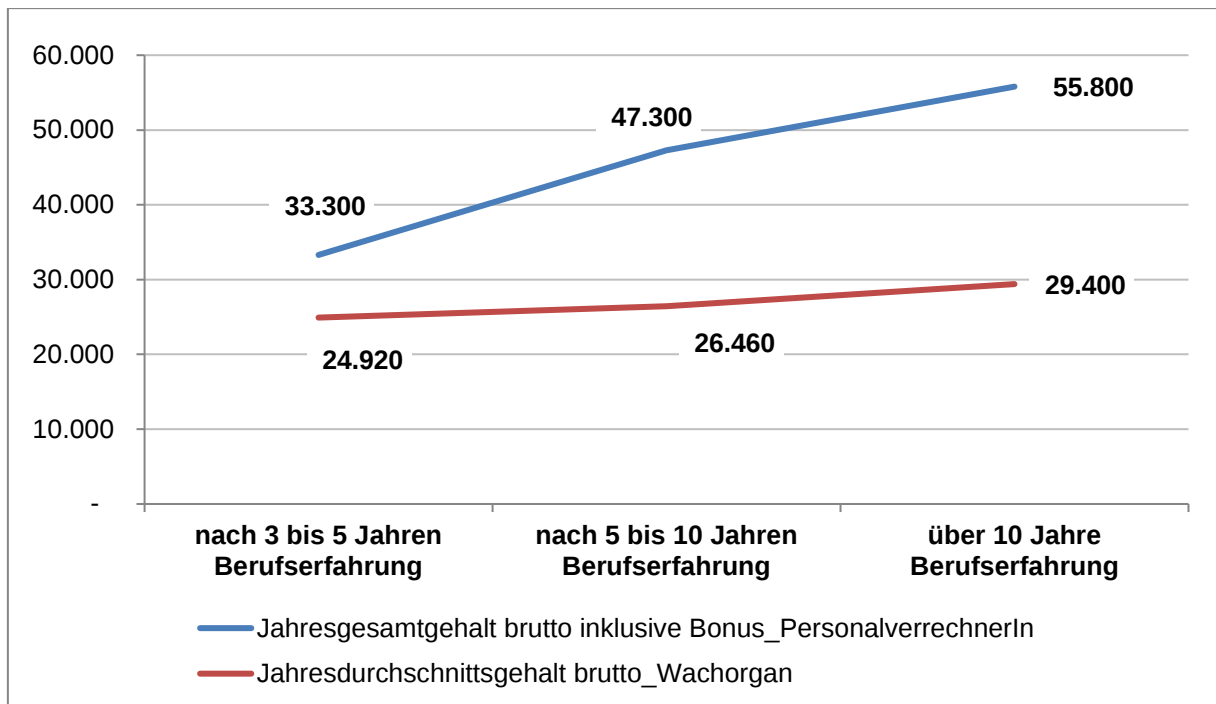


Abbildung 14 - Vergleich der Jahresbruttoverdienste von Personalverrechnerin und Wachorgan im Zeitverlauf (eigene Berechnung)

Anmerkung – Statistik ohne jährliche Inflationsabgeltung

6.8.3 Resümee

Das dargelegte Beispiel soll verdeutlichen, dass Versicherte, deren Erwerbsbiografien in weiten Zügen deutliche Parallelen aufweisen, bei annähernd identen gesundheitsbedingten Einschränkungen eine unterschiedliche Position bei ihren Ansprüchen auf Leistungen der gesetzlichen Pensionsversicherung im Falle von Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit haben. Ausgangspunkt der Betrachtungen ist zunächst der Unterschied im Ausbildungsabschluss von Frau S und Herrn W, dem im Leistungsrecht der Pensionsversicherung maßgebliche Bedeutung zukommt. Dieser alleine vermag den Versicherten zwar noch nicht in eine sozialversicherungsrechtlich begünstigende Position zu bringen, sondern bedarf es dafür der Ausübung qualifizierter Tätigkeiten im erlernten Berufsbild in einem bestimmten zeitlichen Ausmaß, dennoch stellt sich die Frage einer Rechtfertigung für den gravierenden Statusunterschied bei Beurteilung des VF der gem. AF.

Frau S hat nach Abschluss ihrer Ausbildung verschiedene Tätigkeiten im Einzelhandel ausgeübt, wobei das gesamte Tätigkeitsspektrum des Berufs der Einzelhandelskauffrau lediglich zu Beginn ihrer Erwerbskarriere ausgeübt wurde. Frau S hat mit zunehmenden gesundheitlichen Beschwerden nur mehr Teiltätigkeiten ihres Berufs ausgeübt, die zum Teil auch in der Verrichtung von „klassischen Hilfsarbeiten“ wie Regalbetreuung bestanden

haben. Der Berufsschutz ging Frau S jedoch nicht verloren, da die Teiltätigkeiten in der Gesamtbetrachtung (innerhalb des Rahmenzeitraums von 15 Jahren) quantitativ und qualitativ nicht ganz unbedeutend waren. Die von Frau S ausgeübten Tätigkeiten wurden in ihrer Gesamtheit noch als Ausübung des erlernten Berufs angesehen, da ein Kernbereich der Ausbildung verwertet wurde. Die nicht unbedeutende fachliche Beratung von Kunden, ihre Tätigkeit im Controlling und größtenteils eigenständigen Bearbeitung von Kundenreklamationen können als solche Teiltätigkeiten gewertet werden. Hätte Frau S größtenteils die Tätigkeit einer Sitzkassiererin und Regalbetreuung ausgeübt, wäre sie des Berufsschutzes verlustig geworden und müsste sich auf den gesamten Arbeitsmarkt verweisen lassen. So hingegen wurde vom PV-Träger eine Qualifikation als Angestellte als gerade noch vertretbar erachtet, wodurch sie die Möglichkeit zur beruflichen Rehabilitation, die letztendlich eine hochwertige Qualifizierungsmaßnahme darstellt, bekommen hat.

Herrn W's potenzieller Karriereweg wurde durch Abbruch der Ausbildung bereits in frühen Jahren wesentlich erschwert. Der Abschluss der Ausbildung zum Einzelhandelskaufmann bzw. ein anderweitiger Abschluss hatte aufgrund des Erfordernisses in jungen Jahren auf unabhängigen finanziellen Beinen zu stehen, stets das Nachsehen. Die von Herrn W ausgeübten Tätigkeiten sind größtenteils als Hilfsarbeiten zu qualifizieren, wenngleich er auch mit anspruchsvolleren Aufgaben wie jener des Lagerverantwortlichen betraut war. Diese hat er allerdings nicht im erforderlichen zeitlichen Ausmaß ausgeübt und fehlten für die Bewertung als qualifizierte Tätigkeit die Ausübung weiterer dem Berufsbild des Einzelkaufmanns entsprechende Tätigkeiten. Das häufige Wechseln des Arbeitsplatzes, in Kombination mit wiederkehrender Arbeitslosigkeit, ist im Bereich der Hilfsarbeitertätigkeiten ein häufiges „Phänomen“ und steht einer kontinuierlichen beruflichen Weiterbildung im Job entgegen. Dienstgeber sind selten bereit für ein diesbezügliches Investment und stellt sich bei den Betroffenen sehr rasch das Gefühl der Resignation ein. Die Aussicht auf eine berufliche Neuorientierung und damit einer neuen Lebensperspektive bleibt Herrn W als Hilfsarbeiter verwehrt, da der Leistungskatalog der Pensionsversicherung für ihn keine berufliche Rehabilitation vorsieht. Der Verweis auf eine Tätigkeit als Museumswärter oder ähnliches bildet den Abschluss im Verfahren vor dem PV-Träger, ob Herr W tatsächlich einen solchen Arbeitsplatz bekommt, spielt dabei keine Rolle – da es sich dabei nicht um ein von der PV abzudeckendes Risiko handelt.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob Frau S und Herr W in ihren beruflichen Werdegängen so unterschiedlich sind, dass es nur konsequent ist, wenn man ihnen im Leistungsrecht der Pensionsversicherung einen derart unterschiedlichen Status einräumt? Hat Frau S mit ihren Tätigkeiten nicht eher „gerade noch“ das erforderliche Ausmaß/ Niveau erreicht um als Angestellte zu gelten und Herr W „gerade nicht“ den Sprung auf die Qualifikationsstufe Angestellter (Arbeiter) geschafft?

Worin liegt die Rechtfertigung, dass bei gleichem Beitragssatz – sowohl Herr W als auch Frau S haben 10,25% (Dienstnehmeranteil) an Pensionsversicherungsbeitrag vom Bruttogehalt zu leisten – für Herrn W ein eingeschränktes Leistungsspektrum zur Verfügung steht, während Frau S eine berufliche Reha-Maßnahme absolvieren kann?

Betrachtet man die tatsächlichen Gegebenheiten weiters aus dem Blickwinkel der Pensionsversicherung, deren wesentliches Fundament der Solidaritätsgedanke ist und dieser nicht nur zwischen den aktiven Versicherten und den PensionistInnen einen Ausgleich schaffen soll, sondern auch zwischen den einzelnen Versichertengruppen, nimmt dieser Anspruch offenkundig mit sinkendem Qualifikationsniveau entsprechend ab. Gleichzeitig ist das Bedürfnis nach sozialversicherungsrechtlichem Schutz auch bei dieser Versichertengruppe nicht geringer als bei Angestellten bzw. Facharbeitern, wenn nicht sogar größer. Die Antwort auf die Frage, wie es zu den unterschiedlichen Leistungsregimen gekommen ist und welche Bemühungen dahinterstanden, liefert die Historie und wurde bereits dargelegt. Die zum Zeitpunkt der Normierung der Leistungsbestimmungen gültigen Differenzierungsmerkmale haben jedoch massiv an Substanz verloren, dienen aber dennoch als wesentliches Argument in den immer wiederkehrenden Diskussionen um die Abschaffung des Berufsschutzes. Zu groß sind offenbar die Befürchtungen der Interessensvertretungen um eine Herabwürdigung des historisch gewachsenen Status und einer Verschlechterung der Anspruchsvoraussetzungen.

Ziel der häufigen Reformgedanken- und Bemühungen rund um das Invaliditätsrecht sollten jedoch die Schaffung von Rahmenbedingungen für einen längst möglichen Verbleib im Arbeitsprozess durch Erhalt der Arbeitsfähigkeit sein. Dies betont der Gesetzgeber stets in seinen Erläuterungen, für die Überwindung der tradierten Strukturen hat der Ehrgeiz bislang jedoch nicht gereicht. Mit der Aufwertung der Rehabilitation und Abschaffung der befristeten IV/BU-Pension hat der Gesetzgeber zwar einen wichtigen Schritt in Sachen „umdenken“ gesetzt, der Umstand, dass ungelernten Arbeitern berufliche Rehabilitation de facto verwehrt ist, schmälert die ohnedies bislang hinter den Erwartungen gebliebenen Erfolgskennzahlen der Rehabilitation und stellt eine zu hinterfragende faktische Diskriminierung im Leistungsrecht der Pensionsversicherung dar.

Es wurde bereits einiges zu den beiden Berufsgruppen dargestellt; ihre Entwicklung – isoliert betrachtet, sodann im Zusammenhang mit der Entwicklung eines Pensionsversicherungsrecht und dessen weitere Ausgestaltung. Die (vermeintliche) Unterschiedlichkeit soll daher an dieser Stelle noch einmal zum Anlass genommen werden, um die Differenziertheit einem soziologischen Untersuchungsansatz zu unterziehen.

6.8.4 Zuordnung zur Gruppe der Angestellten oder Arbeiter

Es mag in der Natur des Menschen liegen, dass er ab gewissen Größenordnungen die Dinge für sich ordnet, kategorisiert, um sich dadurch einen besseren Überblick zu verschaffen. Die Art und Weise der Unterteilung erfolgt grundsätzlich anhand definierter Merkmale bzw. Eigenschaften und dient ein derart etabliertes System als Grundlage für das Verständnis des „großen Ganzen“. Nun hat es mitunter den Anschein, dass insbesondere bei Hinzutreten weiterer Gruppen, diese an das System angepasst werden, um entsprechend untergeordnet zu werden, als das System selbst zu hinterfragen.

Diese Vorgehensweise, umgelegt auf die umfangreiche und vielfältige Gruppe der Erwerbstätigen, bestätigt diese Systematik. Sie wurden und werden nach verschiedensten Merkmalen (Selbständigkeit, Art der Tätigkeit, rechtliche Grundlage der Arbeitsverrichtung, Arbeitszeit uvm.) in einzelne Gruppen unterteilt. Natürlich bietet diese Kategorisierung Vorteile, die nicht von der Hand zu weisen sind: es ermöglicht die Identifikation von Gruppenspezifika (Problemlagen, Bedürfnisse), die in der Gesamtmenge möglicherweise nicht in ihrer Klarheit zu Tage treten würden, allerdings birgt es auch den Nachteil, dass man eher bereit ist, eine weitere Subgruppe zu bilden, als die Sinnhaftigkeit eines stark zersplitterten Systems zu betrachten.

In der Sozialversicherung hat man es daher mit Regelungswerken zu tun, die sozialversicherungsrechtliche Ansprüche nach Berufsgruppen gliedern, die sich ihrerseits aus den Kategorisierungen im Arbeitsrecht generieren. Demnach ist der Gesetzgeber angehalten, individuelle Versicherungsfälle und Leistungen in den einzelnen Sozialversicherungssystemen abzubilden, wodurch das Ausmaß an Komplexität keinesfalls geringer wird. So verfügen die Beamten, die Selbständigen, die Bauern, bei Eisenbahn und Bergbau sowie die Unselbständigen, gegliedert nach Facharbeiter, Nicht-Facharbeiter (Hilfsarbeiter) und Angestellte über eigene Regelungswerke. Diese werden zwar sukzessive vereinheitlicht und Leistungen angepasst, aber es sind letztendlich Anpassungen in den einzelnen „Subgruppen“ und kein Bekenntnis zu einer umfangreichen Neuausrichtung des Systems. Im Arbeitsrecht werden Entgeltfortzahlungsansprüche von Arbeitern und Angestellten angeglichen, die Unterscheidung – und sei es letztendlich nur mehr eine begriffliche – bleibt unangetastet.

6.8.5 Differenzierung und ihre sozialpolitische Bewertung

Betrachtet man anhand der bisherigen Ausführungen das geteilte Bild der Arbeitnehmerschaft im Rahmen gesamtgesellschaftlicher Strukturen, so lässt sich die Position der Angestellten nicht nur vor dem Hintergrund arbeits- und sozialrechtlicher Normen als „besser gestellt“ qualifizieren. Was sind nunmehr solch „schichtungsrelevante

Parameter“, die das Streben eines Erwerbstätigen nach Erlangung des Status eines Angestellten forcieren (können)? Betrachtet man die Entwicklung der Beschäftigungsverhältnisse in der nachstehenden Abbildung, so nehmen diese jährlich zu, wobei jene von Angestellten deutlich die Mehrheit an der Gesamtzahl darstellt und auch stärker ansteigen, als jene von Arbeitern. Im Zeitvergleich ist festzustellen, dass die Beschäftigungsverhältnisse von Arbeitern mitunter auch abnehmen, hingegen ist bei Angestellten ein steter Zuwachs zu verzeichnen. Damit hat sich das statistische Bild in den letzten 100 Jahren stark gewandelt, zu Beginn des 21. Jahrhunderts waren Angestellte eine Ausnahmeerscheinung und nur für besondere Tätigkeiten vorgesehen (siehe Kapitel 3), Arbeiter waren hingegen die dominierende Größe innerhalb der unselbständig Beschäftigten. Es ist davon auszugehen, dass sich nicht nur die Art der Beschäftigungsverhältnisse geändert haben, sondern auch die Beschäftigungsinhalte. Arbeiter des 20. Jahrhunderts verrichteten tatsächlich schwere körperliche Tätigkeiten und Angestellte solche Tätigkeiten, die gewisse geistige Fertigkeiten voraussetzten. Der Facharbeiter im 21. Jahrhundert besitzt hingegen eine fundierte Fachausbildung, die geistige und manuelle Fähigkeiten erfordert, das Tätigkeitsspektrum von Angestellten reicht von der Erbringung einfacher Kanzleitätigkeiten, die keine besonderen Anforderungen an die kognitiven Fähigkeiten stellen, bis zu Leitungspositionen mit Führungs- und Budgetverantwortung.

Jahresdurchschnitt/Monat	Beschäftigte			d a v o n								
				Arbeiter			Angestellte			Beamte		
	M + F	Männer	Frauen	M + F	Männer	Frauen	M + F	Männer	Frauen	M + F	Männer	Frauen
2017	3.655.302	1.949.708	1.705.594	1.382.074	953.330	428.744	2.072.244	870.397	1.201.847	200.984	125.981	75.003
2018	3.741.495	2.000.160	1.741.335	1.416.118	980.588	435.530	2.131.485	897.642	1.233.843	193.892	121.930	71.962
2019	3.797.317	2.034.010	1.763.307	1.431.138	995.050	436.088	2.181.007	922.227	1.258.780	185.172	116.733	68.439
2020	3.717.176	1.990.922	1.726.254	1.348.241	948.775	399.466	2.193.306	931.037	1.262.269	175.629	111.110	64.519
2021	3.804.952	2.042.280	1.762.672	1.385.855	980.264	405.591	2.253.795	957.248	1.296.547	165.302	104.768	60.534

Abbildung 15: Entwicklung des Beschäftigtenstandes nach Status und Geschlecht

Quelle: Dachverband der Sozialversicherungsträger, Statistische Daten aus der Sozialversicherung – Beschäftigte in Österreich Februar 2022; Statistische Daten (sozialversicherung.at) (Aufruf 07.04.2022)

Hintergrund der im Folgenden dargelegten Vergleiche und Analysen der Ergebnisse ist die Überlegung, ob sich dabei Gruppenspezifika herauskristallisieren, aus denen sich etwas für die Differenzierung im geltenden „Invaliditätsrecht“ gewinnen lässt. Insbesondere die Versicherungsfälle aus den anderen Zweigen der Sozialversicherung (hier darf ausnahmsweise auch die Arbeitslosenversicherung einbezogen werden) könnten Denkanstöße liefern. So könnten eine auffällige Häufung von Arbeitsunfällen oder Krankenständen von (Hilfs)arbeitern, die eine besondere Inanspruchnahme von Leistungen aus der UV oder KV bewirken, durch ein entsprechendes Leistungsregime in der PV einen

Ausgleich erfahren. Dass im Leistungsrecht der Pensionsversicherung gewisse Ausgleichs für bestimmte Wechselfälle des Lebens erfolgen, kann nicht von der Hand gewiesen werden (die Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten bis hin zur Anerkennung von Schwerarbeitszeiten), darf jedoch an dieser Stelle als nicht unproblematisch bezeichnet werden.

6.8.5.1 Einkommensverhältnisse im Erwerbsleben und in der Pension

Die ökonomische Situation von Angestellten bzw. Arbeitern hat ihren Ursprung in der unterschiedlichen Entwicklung der Entlohnungssysteme der beiden Gruppen. Während Angestellte ein Gehalt bezogen bzw. beziehen, stellte der Lohn die arbeiterspezifische Entgeltform dar, die mit unterschiedlichen Auszahlungsrhythmen (monatlich versus wöchentlich) verbunden waren und sind. Dieser, als Ausdruck innerbetrieblicher und gesellschaftlicher Wertschätzung zu wertende Unterschied, spiegelt sich vor allem im Einkommensniveau wider, wobei auch der damit einhergehende gruppenstrukturierende Effekt nicht zu unterschätzen ist. Das dadurch bedingte Zusammengehörigkeitsgefühl der Angestellten lässt den Solidaritätsgedanken in der gesetzlichen Pensionsversicherung insoweit in einem denkwürdigen Licht erscheinen, als sich der (materielle) Zusammenhalt einer Gesellschaft zu Lasten der materiell schlechter gestellten Arbeiter hinzubewegen scheint.

Ausgehend vom Durchschnittseinkommen (aus Basis von Vollzeitbeschäftigung und durchgängigem Bezug) ist festzustellen, dass Arbeiterinnen im Bereich der Unselbstständig Beschäftigten mit monatlich rund 1.792 Euro im Jahr 2010 das Schlusslicht bilden. Weibliche Angestellte brachten im Jahr 2010 durchschnittlich 3.024 Euro ins Verdienen, an der Spitze der weiblichen Einkommenskurve stehen Beamtinnen mit rund 4.350 Euro.³⁹³ Ohne Berücksichtigung der Geschlechtsspezifika ist die Gruppe der Arbeiter jene, die im Bereich der Aktivbeschäftigten mit dem niedrigsten Einkommen das Auslangen finden muss. Die Zeit des aktiven Erwerbslebens bestehende ökonomische Situation findet in den Pensionshöhen ihre Fortsetzung, die im Bereich weibliche Arbeiter die geringsten Höhen aufweisen.

³⁹³ BMASK, Sozialbericht 2011-2012 227.

Entwicklung der Medianeinkommen ¹⁾

50 % verdienen pro Monat mehr / weniger als ... Euro

Arbeiter und Angestellte (ohne Lehrlinge)

Bezeichnung	Median-einkommen		Steigerung von 2019 auf 2020 in %
	2020	2019	
Arbeiter u. Angestellte	2.841	2.741	+ 3,6
Männer	3.260	3.161	+ 3,1
Frauen	2.306	2.218	+ 4,0
Arbeiter	2.529	2.436	+ 3,8
Männer	2.874	2.791	+ 3,0
Frauen	1.788	1.742	+ 2,6
Angestellte	3.197	3.100	+ 3,1
Männer	4.231	4.124	+ 2,6
Frauen	2.630	2.546	+ 3,3

Abbildung 16: Entwicklung des Medianeinkommen von Arbeiter und Angestellten im Vergleich

Quelle: Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Die österreichische Sozialversicherung in Zahlen 48. Ausgabe (03/2022)

Durchschnittspensionen nach dem Geschlecht in Euro Dezember 2021

Pensions- versicherungsträger	Pensionen aus dem Versicherungsfall			
	des Alters ¹⁾		der geminderten Arbeitsfähigkeit ²⁾	
	Männer	Frauen	Männer	Frauen
PV insgesamt	1.858	1.150	1.363	1.025
PVA – Arbeiter	1.437	837	1.256	930
PVA – Angestellte	2.419	1.442	1.655	1.138
BVAEB – Eisenbahn	1.957	1.254	1.508	1.175
BVAEB – Bergbau	2.394	1.708	1.684	1.610
SVS – Gewerbl. Wirtschaft	2.028	1.142	1.479	873
SVS – Landwirtschaft	1.376	823	1.293	964

Abbildung 17: Durchschnittspensionshöhen nach Geschlecht und Zweig der PV im Dezember 2021

Quelle: Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Die österreichische Sozialversicherung in Zahlen 48. Ausgabe (03/2022)

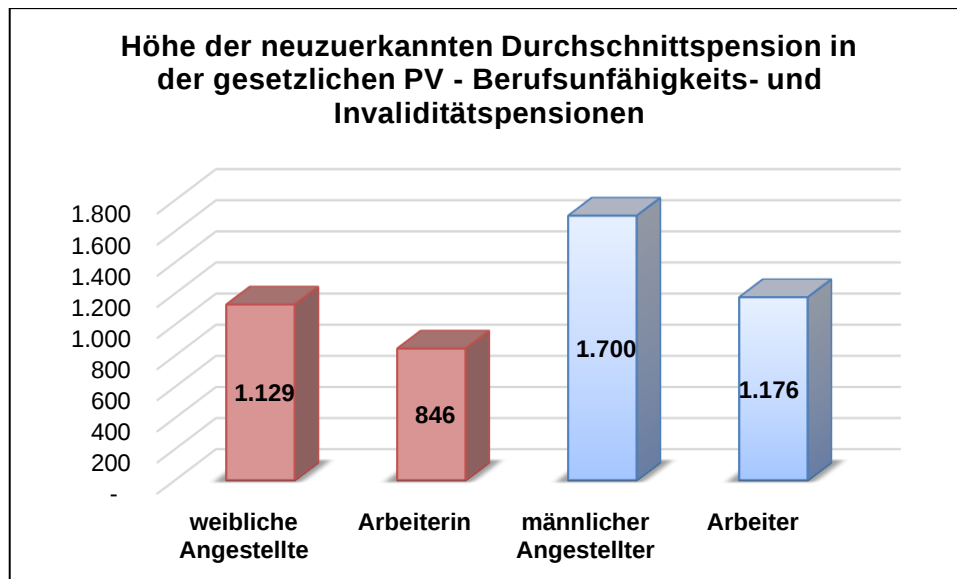


Abbildung 18: – Höhe von Pensionen krankheitshalber nach sozialversicherungsrechtlichem Status im Jahr 2020 (eigene Grafik)

Quelle: Dachverband der Sozialversicherungsträger (2021)

6.8.5.2 Arbeitslosigkeit

Eng verknüpft mit der ökonomischen Situation von Arbeitern bzw. Angestellten ist das Ausmaß der Gefahr des Verlustes des Arbeitsplatzes, von dem die beiden Gruppen unterschiedlich betroffen sind. Das Ausmaß der Betroffenheit von Arbeitslosigkeit nach Arbeitern und Angestellten differenziert, ist anhand des verfügbaren Datenmaterials nur schwer zu eruieren, da *die* Datenquelle schlechthin – das AMS – Arbeitslosigkeit nach dem Grad der Ausbildung auswertet. Nichts desto trotz sollen diese Daten herangezogen werden, um aufzuzeigen, dass geringe (Aus)Bildung mit hohem Risiko auf Arbeitslosigkeit einhergeht. Personen, die lediglich über einen Pflichtschulabschluss verfügen, sind seit den 1990ern markant öfters von Arbeitslosigkeit betroffen, als Personen mit Lehr- oder Schul/Universitätsabschluss.³⁹⁴ Ein Projektbericht des IHS aus dem Jahr 2015 zeigt auf, dass die Arbeitslosenquoten *„eine erhebliche Differenzierung nach der Art der Beschäftigung und nach Branchen zeigen, wobei die Arbeitslosenquoten der Arbeiter/innen im Vergleich zu den Angestellten durchgängig wesentlich höher ausfallen. Besonders hohe Arbeitslosenquoten (von über 10 %) existieren bei den Angestellten nur in der Branche*

³⁹⁴ AMS, Arbeitsmarktdaten im Kontext von Bildungsabschlüssen im Jahr 2020, Abt. Arbeitsmarktforschung und Berufsinformation; 3. 001_spezialthema_0521.pdf (Aufruf am 08.04.2022)

*Beherbergung und Gastronomie, während bei den Arbeiter/innen in fast allen Branchen (jedenfalls für spezifische Altersgruppen) Arbeitslosenquoten von über 10 % existieren.*³⁹⁵

Die Gruppe der ökonomisch am schlechtesten gestellten Personen stellen weibliche Arbeiterinnen dar, sie bilden das Schlusslicht bei den Einkommenshöhen aus Erwerbsarbeit, haben folglich die geringsten Pensionshöhen und sie sind am häufigsten von Arbeitslosigkeit betroffen.

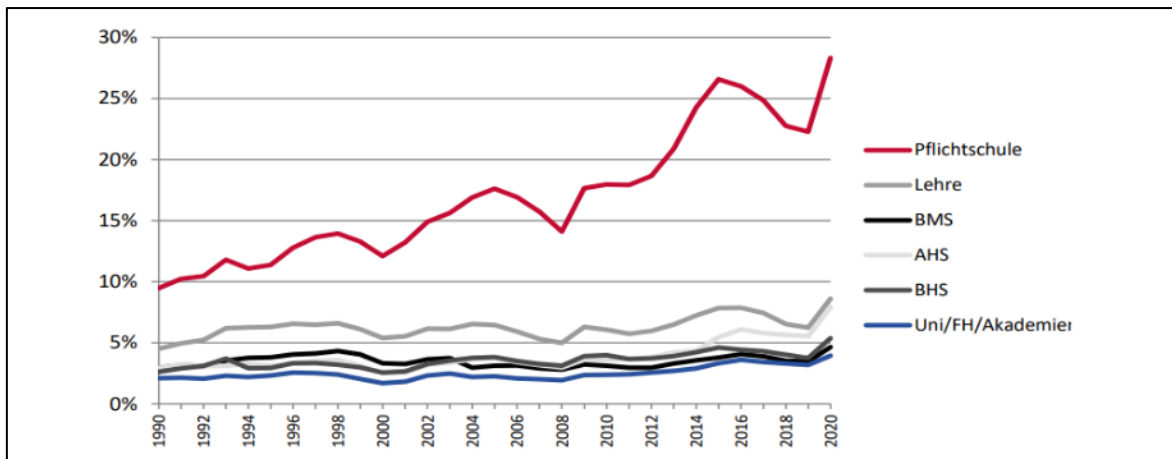


Abbildung 19: Entwicklung der Arbeitslosenquote von 1990 bis 2020 nach Ausbildung

Quelle: AMS, Berichte Arbeitsmarkt und Bildung 2020

6.8.5.3 Krankheit

Der Versicherungsfall der Krankheit gem. § 120 Z1 ASVG ist als regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der eine Krankenbehandlung notwendig macht, für alle Versicherten gleich normiert. Die Versicherten haben gemäß § 117 einen Rechtsanspruch auf Krankenbehandlung, erforderlichenfalls auf medizinische Hauskrankenpflege oder Anstaltspflege, die Leistungen sind für Arbeiter und Angestellte gleich.

Komplexer stellt sich die Situation im Zusammenhang mit dem Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit gem. § 120 Z2 ASVG dar, bei dessen Eintritt den Versicherten Krankengeld gebührt. Bei einem Großteil der Versicherten kommt es allerdings zur Weiterzahlung des Lohnes bzw. Gehalts (=Entgeltfortzahlung), wobei die Dauer des Bezugs uA von der Zugehörigkeit zur Gruppe der Angestellten (Rechtsgrundlage AngG) oder Arbeiter (EFZG) abhängig war (ist). Mit dem BGBl I 153/2017 wurden zwar

³⁹⁵ Titelbach/Müllbacher/Fink/Hofer, Arbeitslosigkeitsbetroffenheit und Wiederbeschäftigung Älterer im Vergleich zu Jüngeren am österreichischen Arbeitsmarkt, Projektbericht IHS (2015)

weitreichende Angleichungen vorgenommen³⁹⁶, gewisse Unterschiede (zum Beispiel besteht für Arbeiter kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus)³⁹⁷ bleiben aber weiterhin bestehen.

Betrachtet man den Erwerbsstatus von Antragstellern auf Pensionsleistungen der geminderten Arbeitsfähigkeit, so ist festzustellen, dass die Anträge sehr häufig aus dem Status der Arbeitslosigkeit bzw. aus dem Bezug von Reha-Geld („ehemals befristete IV- bzw. BU-Pension“) gestellt werden und vergleichsweise selten aus dem Status der Erwerbstätigkeit. Eine eindeutige Aussage über eine kausale Beziehung zwischen Krankenstandshäufigkeit und Pensionsleistung lässt sich de facto nicht treffen.

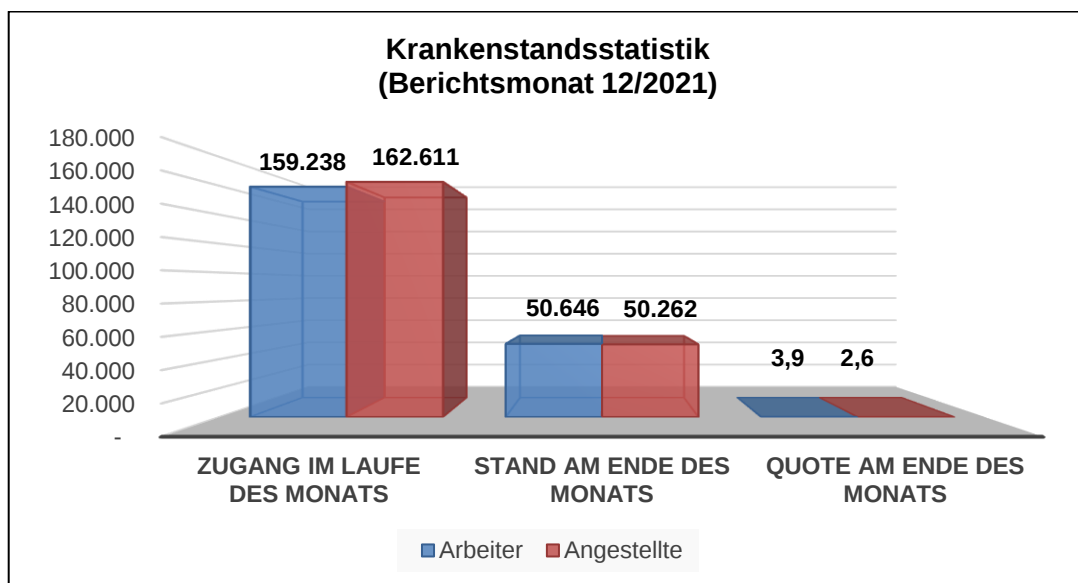


Abbildung 20: Krankenstände von Arbeitern und Angestellten im Dezember 2021

Quelle: Dachverband der Sozialversicherungsträger (2021)

³⁹⁶ Mehr dazu im nachfolgenden Kapitel 6.8.6.

³⁹⁷ *Windisch-Graetz*, Unterschiede zwischen Angestellten und Arbeitern bei der EFZ im Krankheitsfall, *ecolex* 2020/235.

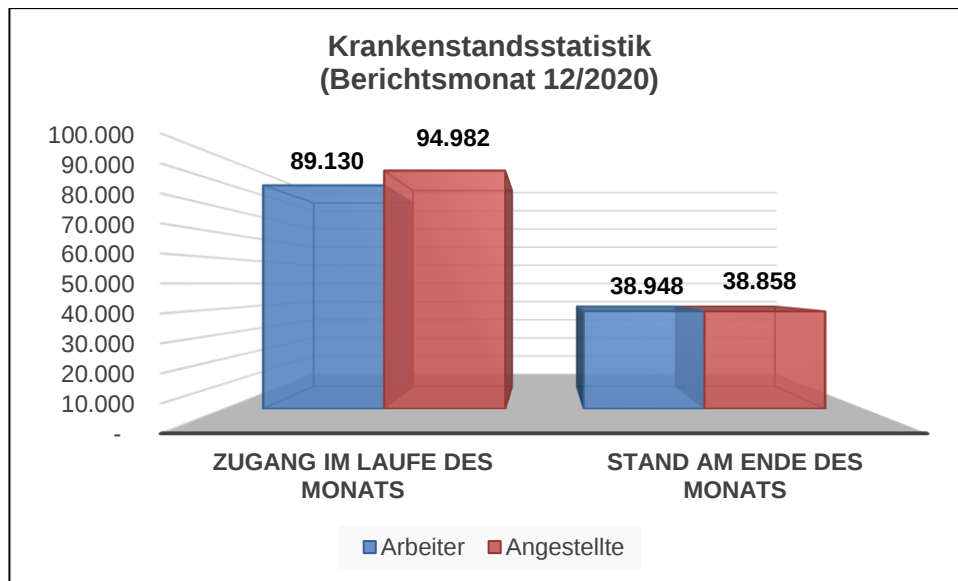


Abbildung 21: Krankenstände von Arbeitern und Angestellten im Dezember 2020

Quelle: Dachverband der Sozialversicherungsträger (2020)

Auch wenn sich das Krankenstandsverhalten im Jahr 2021 in beiden Gruppen aufgrund der Corona-Pandemie auf hohem Niveau bewegt, so kann im – zugegebenermaßen sehr engfassten Vergleichszeitraum – keine Auffälligkeit im Hinblick auf Krankenstandhäufigkeit von einer der beiden Gruppen festgestellt werden. Im Jahr 2020 entfielen von den insgesamt 3.696.219 Krankenstandsfällen 1.719.001 Fälle auf Arbeiter und 1.977.218 auf Angestellte.³⁹⁸

6.8.5.4 Unfallgeschehen

Im Unterschied zur gesetzlichen Pensionsversicherung, werden die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß § 173 ASVG basierend auf, für Arbeiter und Angestellte gleichlautenden, Bestimmungen erbracht. Die gesetzliche Unfallversicherung erbringt ihre Leistungen im Falle des Vorliegens eines Arbeitsunfalles bzw. einer Berufskrankheit, die Kausalität ist damit der entscheidende Parameter. Zu den Arbeitsunfällen zählen auch die sog. Wegunfälle, die keine Auffälligkeiten im Hinblick auf Häufigkeit einer Berufsgruppe erkennen lassen. Zwischen der Verrichtung körperlicher Arbeit und Unfallhäufigkeit lässt sich jedoch ein Konnex herstellen, wie die nachstehende Übersicht verdeutlicht. Die ersten beiden Berufsgruppen machen nahezu die Hälfte der Unfallgeschehnisse aus.

³⁹⁸ Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Statistische Handbuch der Sozialversicherung 2021 – Krankenstandsdauer-Statistik 2020, Tabelle 2.13.

Berufsgruppe	Anzahl
Handwerks- und verwandte Berufe	24.253
Hilfsarbeitskräfte	11.006
Bediener von Anlagen und Maschinen	9.821
Dienstleistungsberufe und Verkäufer	9.720
Techniker und gleichrangige nicht technische Berufe	4.909
Bürokräfte und verwandte Berufe	2.460
Akademische Berufe	2.130
Berufe nicht relevant	1.969
Fachkräfte in Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	1.090
Führungskräfte	241
Nicht-klassifizierbare Berufe	189
Angehörige der regulären Streitkräfte	4
Alle Berufe	67.792

Abbildung 22: Schadensfälle nach Berufsgruppen im Jahr 2020

Quelle: Jahresbericht der AUVA (Ausgabe November 2021) S. 46.

		2021			2020			2019			2018			2017		
		Gesamt	AUIeS	WU	Gesamt	AUIeS	WU	Gesamt	AUIeS	WU	Gesamt	AUIeS	WU	Gesamt	AUIeS	WU
Wien	Wien	15.458	12.194	3.264	12.428	10.134	2.294	18.122	14.745	3.377	20.638	17.022	3.616	20.145	16.571	3.574
	Arbeiter	8.970	7.904	1.066	7.305	6.581	724	10.465	9.473	992	12.059	10.915	1.144	11.640	10.507	1.133
	Angestellte	6.454	4.262	2.192	5.099	3.535	1.564	7.620	5.242	2.378	8.538	6.080	2.458	8.467	6.041	2.426
	Freie Dienstnehmer	34	28	6	24	18	6	37	30	7	41	27	14	38	23	15
Niederösterreich	Niederösterreich	12.418	11.148	1.270	10.682	9.773	909	13.869	12.531	1.338	13.905	12.573	1.332	13.596	12.325	1.271
	Arbeiter	9.247	8.558	689	7.993	7.510	483	10.257	9.604	653	10.074	9.416	658	9.927	9.300	627
	Angestellte	3.167	2.587	580	2.687	2.262	425	3.611	2.926	685	3.824	3.153	671	3.669	3.025	644
	Freie Dienstnehmer	4	3	1	2	1	1	1	1	-	7	4	3	-	-	-
Burgenland	Burgenland	1.694	1.555	139	1.575	1.458	117	1.871	1.731	140	1.539	1.452	87	1.578	1.450	128
	Arbeiter	1.251	1.182	69	1.136	1.079	57	1.337	1.274	63	1.217	1.164	53	1.244	1.167	77
	Angestellte	443	373	70	439	379	60	534	457	77	321	287	34	334	283	51
	Freie Dienstnehmer	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	-
Steiermark	Steiermark	13.477	12.026	1.451	12.083	10.781	1.302	15.844	14.035	1.809	13.979	12.361	1.618	13.468	12.050	1.418
	Arbeiter	10.140	9.439	701	9.043	8.466	577	11.835	10.987	848	10.976	10.191	785	10.616	9.924	692
	Angestellte	3.332	2.585	747	3.034	2.309	725	4.006	3.046	960	3.001	2.169	832	2.848	2.124	724
	Freie Dienstnehmer	5	2	3	6	6	-	3	2	1	2	1	1	4	2	2
Kärnten	Kärnten	7.745	6.985	760	6.619	6.074	545	8.375	7.620	755	7.772	7.119	653	7.616	6.970	646
	Arbeiter	5.603	5.214	389	4.884	4.607	277	6.184	5.795	389	6.209	5.851	358	6.056	5.709	347
	Angestellte	2.142	1.771	371	1.734	1.466	268	2.189	1.823	366	1.563	1.268	295	1.557	1.259	298
	Freie Dienstnehmer	-	-	-	1	1	-	2	2	-	-	-	-	3	2	1
Oberösterreich	Oberösterreich	18.067	16.116	1.951	15.083	13.595	1.488	19.966	17.722	2.244	20.876	18.505	2.371	21.164	18.602	2.562
	Arbeiter	13.823	12.769	1.054	11.636	10.826	810	15.219	14.110	1.109	15.983	14.768	1.215	16.180	14.875	1.305
	Angestellte	4.237	3.341	896	3.441	2.763	678	4.737	3.603	1.134	4.881	3.731	1.150	4.975	3.722	1.253
	Freie Dienstnehmer	7	6	1	6	6	-	10	9	1	12	6	6	9	5	4
Salzburg	Salzburg	7.158	6.361	797	6.503	5.797	706	8.813	7.759	1.054	9.211	8.217	994	9.142	8.093	1.049
	Arbeiter	5.167	4.844	323	4.720	4.414	306	6.440	5.989	451	6.449	6.010	439	6.335	5.910	425
	Angestellte	1.990	1.516	474	1.782	1.382	400	2.373	1.770	603	2.760	2.205	555	2.804	2.181	623
	Freie Dienstnehmer	1	1	-	1	1	-	-	-	-	2	2	-	3	2	1
Tirol	Tirol	6.564	6.028	536	5.922	5.478	444	7.857	7.130	727	7.102	6.412	690	6.465	5.893	572
	Arbeiter	5.036	4.775	261	4.609	4.389	220	6.001	5.642	359	5.553	5.210	343	5.078	4.785	293
	Angestellte	1.528	1.253	275	1.313	1.089	224	1.855	1.487	368	1.548	1.201	347	1.386	1.107	279
	Freie Dienstnehmer	-	-	-	-	-	-	1	1	-	1	1	-	1	1	-
Vorarlberg	Vorarlberg	3.103	2.797	306	2.912	2.706	206	3.803	3.504	299	3.973	3.645	328	3.631	3.329	302
	Arbeiter	2.264	2.106	158	2.169	2.051	118	2.868	2.705	163	3.109	2.924	185	2.831	2.660	171
	Angestellte	839	691	148	742	654	88	935	799	136	864	721	143	799	669	130
	Freie Dienstnehmer	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1

Abbildung 23: Anerkannte Arbeitsunfälle 2017-2021 unselbständig Erwerbstätiger nach Bundesland des Betriebes und Versicherungsart

Quelle: AUVA, Abteilung Statistik (2021)

Die obige Grafik zeigt deutlich, dass im Bereich der Arbeiter die Arbeitsunfälle im engeren Sinn (AUeS) dominieren, bei Angestellten hingegen die Wegunfälle (WU) überwiegen. Die Erklärung für diesen Umstand liefert die Abbildung 22, die erkennen lässt, dass die „klassischen Arbeitsunfälle“ solche sind, die bei der Verrichtung von Tätigkeiten geschehen, z.B. im Rahmen von Bauarbeiten oder in Produktionsbetrieben und dabei an erster Stelle Handwerksberufe oder ähnliche Berufe betroffen sind. Damit rangieren die Facharbeiter vor den Personen, die Hilfstätigkeiten verrichten, Angestellte kommen an vierter Stelle im Ranking der Unfallhäufigkeiten in relevanter Dimension vor, hierbei handelt es sich um kaufmännische Angestellte. Es zeigt sich (wenig überraschend), dass Unfälle bei der Verrichtung körperlicher Arbeit häufiger auftreten als bei Bürotätigkeiten, von den Unfällen bei körperlichen Tätigkeiten in erster Linie Personen betroffen sind, die einen Handwerksberuf (!) ausüben, erst danach kommen Personen, die Hilfsdienste leisten. Im Unterschied zur Pensionsversicherung, differenziert das Leistungsrecht der gesetzlichen Unfallversicherung jedoch nicht, ob es sich um einen Facharbeiter, ungelernten Arbeiter oder Angestellten handelt, diese Gruppen werden lediglich zu statistischen Zwecken gebildet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten in der österreichischen Sozialversicherungslandschaft aufgrund der berufsständischen Gliederung lange Tradition hat, in der Realität primär nur noch in der PV Auswirkungen im Leistungsrecht hat. Gerade in der Unfallversicherung ist die Kausalität – dh der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit und dem Unfallereignis bzw., der Erkrankung – das entscheidende Kriterium des Leistungsanspruchs. Es ist *Klein* zuzustimmen, wenn er als Hauptbarrieregrund die Entwicklung einer Eigendynamik sieht, die „*sich unabhängig von der Frage, ob und inwieweit sie sachlich noch gerechtfertigt sind, zu behaupten und jedenfalls zu überlegen versuchen.*“³⁹⁹

Betrachtet man das mehrmals in Angriff genommene Vorhaben des Gesetzgebers⁴⁰⁰ zur Vereinheitlichung des Arbeitnehmerbegriffes, so gewinnt man den Eindruck, die diesbezüglichen Gespräche zeichnen sich vorrangig durch Verfechtung von Partikularinteressen und Sorge um Verlust statusbedingter Privilegien aus.

Abschließend ist festzuhalten, dass die bisherigen Ausführungen eine nähere Betrachtung der gesetzlichen Differenzierungen im VF der geminderten Arbeitsfähigkeit jedenfalls

³⁹⁹ *Klein*, Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten, (Bericht von einem Symposium zu diesem Thema am 20. und 21.10.1988 an der Universität Passau) RdA 1989, 68.

⁴⁰⁰ Siehe beispielsweise: Regierungsprogramme für die XXIII sowie XXIV. Gesetzgebungsperiode 54 bzw. 27.

geboten erscheinen lassen, da das Vorliegen des Erfordernisses einer legitimen Verbindung zwischen dem Differenzierungsgrund und deren Folge zu bezweifeln ist. Wenn sozialrechtliche Unterscheidungen aus einer historischen Konstellation entspringen, stellt sich die Frage inwieweit diese historischen Bedingungen noch von Relevanz sind. Es wäre fatal in der Häufigkeit einer Differenzierungsfolge gleichsam den Nachweis ihrer Berechtigung zu sehen.⁴⁰¹

6.8.6 Angleichung von Arbeitern und Angestellten in ausgewählten Bereichen

In seiner letzten Sitzung der 25. Gesetzgebungsperiode hat der Nationalrat mit der weitgehenden Angleichung der Rechtsstellung von Arbeitern und Angestellten im Bereich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie den Kündigungsfristen bedeutenden Maßnahmen beschlossen. Von den Angleichungsbestrebungen unberührt geblieben sind jedoch die sozialversicherungsrechtlichen Normen, wofür es mE kein Argument gibt, da man sich offenbar einig ist, dass derartige Separierung längst überholt ist und moderne Formen der Arbeit hier keine genauen Abgrenzungen mehr zulassen. Nachdem die gesetzlichen Änderungen das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz, das Entgeltfortzahlungsgesetz, das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, das Berufsausbildungsgesetz, das Allgemeine Bürgerliche Gesetz.B. und das Landarbeitsgesetz 1984 betreffen⁴⁰², sollen die wesentlichen arbeitsrechtlichen Änderungen lediglich kursorisch behandelt werden.

6.8.6.1 Entgeltfortzahlung – Änderungen bei Angestellten

Per 1.7.2018 ist das System der Entgeltfortzahlung (EFZ) der Angestellten bei Krankheit oder Unglücksfall an jenes der Arbeiter nach dem EFZG angeglichen, wodurch es:

- zu einem erhöhten Anspruch auf EFZ bis zur Dauer von 8 Wochen bereits nach einjähriger Dauer des Dienstverhältnisses (bislang 5 Jahre),
- zu einem Wegfall der Wiedererkrankungsregelung des § 8 Abs 2 AngG,
- zu einem eigenständigen Anspruch von Angestellten bei Arbeitsunfällen (Berufskrankheiten),
- zur Möglichkeit der Umstellung – mittels Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung – von Arbeitsjahr auf Kalenderjahr im Hinblick auf die EFZ,

⁴⁰¹ Mayer-Maly, Arbeiter und Angestellte (1969) 38.

⁴⁰² BGBl. I 2017/153.

- zur Entgeltfortzahlung auch im Falle der einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses im Krankenstand kommt.⁴⁰³

6.8.6.2 Entgeltfortzahlung – Änderungen bei Arbeitern

Aufgrund der Novellierung kommt es im Hinblick auf das System der EFZ zu:

- einem erhöhten Anspruch auf EFZ bereits nach einjähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses (bislang 5 Jahre),
- einer EFZ bei Dienstverhinderung im Krankenstand über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus, auch im Falle der einvernehmlichen Beendigung des Dienstverhältnisses,
- einer Klarstellung, dass der Anspruch von Arbeitern auf EFZ bei Dienstverhinderungen aus wichtigen persönlichen Gründen kollektivvertraglich nicht mehr eingeschränkt werden kann.
- Bei Lehrlingen: Ausweitung der EFZ-Ansprüche im Krankheitsfall (8 statt bislang 4 Wochen volle Lehrlingsentschädigung und weitere vier Wochen (bislang 2) ein Teilentgelt.

6.8.6.3 Kündigungsfristen

Die bislang gültige Einschränkung der Kündigungsregelungen für Angestellte mit einem bestimmten Mindestausmaß an Arbeitszeit fällt mit 1.1.2018 weg, wodurch die Kündigungsbestimmungen im AngG ab diesem Zeitpunkt auf alle Angestellten Anwendung finden, unabhängig vom Ausmaß der Beschäftigung.

Bei den Arbeitern kommt es ab 2021 zu einer Angleichung der Kündigungsfristen- und termine an jene der Angestellten. Damit kann der Dienstgeber das Dienstverhältnis mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres mittels Kündigung lösen. Die Kündigungsfrist (Arbeitgeberkündigung) beträgt sechs Wochen und erhöht sich in Abhängigkeit der vollendeten Dienstjahre auf bis zu fünf Monate (bei 25 Dienstjahren). Allerdings kann der Kollektivvertrag für Branchen, in denen Saisonbetriebe iSd § 53 Abs 6 ArbVG überwiegend, abweichende Regelungen festlegen. Die Kündigungsfrist kann durch Vereinbarung nicht unter die angeführte Dauer herabgesetzt werden, jedoch, dass die Kündigungsfrist am 15. oder am Letzten des Kalendermonats endet.

⁴⁰³ Die Neuerungen traten mit 1.7.2018 in Kraft und sind auf Dienstverhinderungen anzuwenden, die in Arbeitsjahren eingetreten sind, die nach dem 30.06.2018 beginnen,

Der Arbeiter kann das Dienstverhältnis mit dem letzten Tage eines Kalendermonats unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist lösen. Mittels Vereinbarung kann diese Frist bis zu einem halben Jahr ausgedehnt werden, allerdings darf die Frist des Dienstgebers nicht kürzer sein als jene des Arbeiters. Auch hier gilt wieder die Ausnahme für Branchen mit überwiegenden Saisonbetrieben. Dienstverhältnisse für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfs, können während des ersten Monats von beiden Teilen jederzeit unter Einhaltung einer einwöchigen Kündigungsfrist gelöst werden.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Die neuen Kündigungsbestimmungen für Arbeiter in § 1159 ABGB sind zugunsten der Arbeitnehmer einseitig zwingend. Sie sind auf Beendigungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2020 ausgesprochen werden.

7 Verfassungsrechtliche Aspekte

7.1 Einleitende Anmerkungen

Im Rahmen dieses Kapitels gilt es die gesetzlichen Bestimmungen zum VF der geminderten Arbeitsfähigkeit auf deren Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz einer näheren Betrachtung zu unterziehen, wenngleich der Verfassungsgerichtshof eine diesbezügliche Unbedenklichkeit bereits mehrfach ausgesprochen hat.⁴⁰⁵ Umso mehr bedarf es einer tiefergreifenden Auseinandersetzung mit den seitens des Gerichtshofes ins Treffen geführten Entscheidungsgründen sowie deren rechtlicher Beurteilung, da sie nicht zuletzt aufgrund der in anderen Ländern bereits erfolgten Abkehr der Differenzierung der Arbeitnehmer – insbesondere im Bereich des Arbeitsrechts – hinterfragungswürdig scheinen.

Der Gleichheitsgrundsatz stellt jenes Grundrecht dar, welchem die größte praktische Bedeutung zukommt.⁴⁰⁶ Kein anderes Grundrecht ist wohl in einem solchen Ausmaß Gegenstand der Rechtsprechung, da der Gleichheitsbegriff einem Wandel unterliegt und ihm – korrespondierend zum jeweils gegenwärtigen Verständnis von Gleichheit – auch Inhalte zuschreibt, welche nicht dem Wortlaut des Gesetzestextes zu entnehmen sind.⁴⁰⁷ Ein solch oftmals herangezogenes Grundrecht, welches in seinem Kern eine Vornahme von Wertungen voraussetzt, hat neben einer Entstehungsgeschichte auch in seiner Auslegung gewisse Veränderungen erfahren⁴⁰⁸, weshalb zunächst auf die Verfassungsentwicklung unter besonderer Berücksichtigung des Gleichheitssatzes einzugehen ist, ehe die dazu ergangene Judikatur – und deren Wandel – zu beleuchten sind. Schließlich werden die vom VfGH entwickelten Prüfungsformeln zum Gleichheitssatz unter Zugrundelegung der dieser Arbeit innewohnenden Problematik zu untersuchen sein. Das Ergebnis dieser Prüfung soll einem Vergleich mit der diesbezüglich bereits ergangenen Judikatur unterzogen werden und Denkanstoß einer möglichen Neugestaltung dieser sozialrechtlichen Materie liefern.

⁴⁰⁵ RS0054049.

⁴⁰⁶ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) 642.

⁴⁰⁷ *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage² (1959) 28.

⁴⁰⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) 351.

7.2 Verfassungsentwicklung

Als das Kaisertum Österreich im Jahre 1848 zum ersten Mal eine formelle Verfassung erhielt war damit auch ein grundlegender Wechsel des Regierungssystems verbunden, als die absolute Monarchie durch die konstitutionelle Monarchie abgelöst wurde. Als Vorbild für das verfassungsmäßig rückschrittliche Österreich diente dabei die ungarische Verfassungsentwicklung, welche in den Rufen nach einer „Konstitution“ ihren Niederschlag fand.⁴⁰⁹ Die unter Federführung von Innenminister Franz von Pillersdorf ergangenen Verfassungsarbeiten traten am 25. April 1848 als Typus einer frühkonstitutionellen Verfassung durch kaiserliche Sanktion in Kraft. Die von Pillersdorf verfassten Grundrechte sahen in § 25 auch eine Gleichheitsgarantie vor, die im Unterschied zu den Entwürfen nicht die „Gleichstellung vor allen Gesetzen“ vorsah, sondern deren „gleiche Wirksamkeit für alle Staatsbürger“ normierte. § 25 sah weiters einen gleichen persönlichen Gerichtsstand, die gleiche Wehr- und Steuerverpflichtung für alle Staatsbürger vor und garantierte, dass keiner gegen seinen Willen einem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe. Im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut waren demnach weiterhin unterschiedliche Rechte und Standesprivilegien möglich und wohl auch erwünscht.

Auf Basis der Verfassung 1848 ergingen zahlreiche Gesetze und bildete sie den verfassungsrechtlichen Rahmen bis zum Erlass der nächsten Verfassung am 4. März 1849 („oktroierte Märzverfassung“), mit der auch ein Grundrechtspatent erlassen wurde. Für die Verfassungsentwicklung von wesentlicher Bedeutung war – trotz nie erfolgten In-Kraft-tretens – der sogenannte Kremsierer Verfassungsentwurf, der das Ergebnis eines eigenen Verfassungsausschusses war, der sich seinerseits in 2 Unterausschüsse, einen für die Grundrechte, der andere für die übrige Verfassung, untergliederte.⁴¹⁰ Der Kremsierer Entwurf beruhte zwar auf monarchischen Strukturen, bekannte sich aber zum Prinzip der Gewaltenteilung und beinhaltete bereits einen Grundrechtskatalog, dessen Umfang sich deutlich von jenem der Pillersdorfschen Verfassung unterschied.⁴¹¹ Diese als Staatsbürgerrechte konzipierten Grundrechte⁴¹² waren umfangreich, der Entwurf beinhaltete insbesondere weiterreichende Gleichheitsgarantien. Neben der einleitenden Bestimmung, wonach „Alle Menschen [...] frei geboren [sind], alle haben gleiche, angeborene und unveräußerliche Rechte [...]“ statuierte § 4 die Gleichheitsgarantie

⁴⁰⁹ Brauner, Verfassungsentwicklung 1848-1918 in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 21f.

⁴¹⁰ Brauner, Verfassungsentwicklung 31.

⁴¹¹ Hoke, Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte² (1996) 350.

⁴¹² In Ermangelung einer Grundrechtsgerichtsbarkeit sind sie als Staatszielbestimmungen zu qualifizieren.

folgendermaßen „[...]“ Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich. Alle Standesvorrechte, auch die des Adels, sind abgeschafft. Die öffentlichen Ämter und Staatsdienste sind für alle dazu befähigten Staatsbürger gleich zugänglich. Ausländer sind vom Eintritte in Zivildienste und in die Volkswehr ausgeschlossen [...]“⁴¹³. Die unterschiedlichen Interpretationen des ursprünglichen Wortlautes der einzelnen Bestimmungen führte zu heftigen Diskussionen unter den Abgeordneten im Zuge der Lesungen, kontrovers wurde die Frage nach einer „materiellen oder formellen Gleichstellung“ vor dem Gesetz behandelt, letztlich fand das Verständnis einer formellen Gleichheit eine Mehrheit.⁴¹⁴

So führte Lasser aus, dass *„die Gleichheit vor dem Gesetze ist endlich auch nicht jene absolute Gleichstellung der Rechte und der Rechtssphären, denen durch Wirklichkeiten des Lebens tausendfältig widersprochen wird.“*⁴¹⁵ Wenngleich die zitierte Bestimmung den Kern der Gleichheitsgarantien darstellt, enthielt der Kremsierer Entwurf noch andere Grundrechte, die auf die Herstellung Gleichheit bzw. auf die Beseitigung von Ungleichheiten gerichtet waren. Glaubens- und Gewissensfreiheit, Gleichheit der Religionsgesellschaften und Nationalitätenschutz waren allesamt Grundsätze mit gleichheitsrechtlichen Elementen. Den Stenografischen Protokollen ist eindeutig zu entnehmen, dass insbesondere die Abschaffung des Adelsstandes nicht nur heftig diskutiert wurde, sondern auch zum Anlass genommen wurde, das Führen von Adelstiteln als historisches Recht zu sehen. Standesunterschiede seien demnach nur dort durch die Gleichheit vor dem Gesetz und nur insofern zu beseitigen, als sie „nicht durch die Verschiedenheit der geistigen und materiellen Berufs- und Erwerbszweige social und natürlich sich gestaltet haben“.⁴¹⁶ Die Vertreter dieses restriktiven Gleichheitsverständnisses stellten letztlich die Minderheit im Kreise der Abgeordneten dar, wodurch es nicht nur gelang, den allgemeinen Gleichheitssatz im System der Grundrechte aufzuwerten, sondern ihn vielmehr zu einem Leitgedanken der gesamten Konstitution zu erheben.⁴¹⁷

Die Auflösung des Reichstags mittels Manifest vom 4. März 1849 und der Erlass einer neuen Verfassung allein durch den Monarchen stellte im Ergebnis einen politisch gravierenden Einschnitt dar, da die neue Verfassung 1849 für das gesamte Kaisertum

⁴¹³ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2007) 44.

⁴¹⁴ Ebenda.33.

⁴¹⁵ StenProtRT 72. Sitzung am 16. Jänner 1849, 425.

⁴¹⁶ StenProtRT 72. Sitzung am 16. Jänner 1849, 425.

⁴¹⁷ Pöschl, Gleichheit 62.

Österreichs galt.⁴¹⁸ Auch die Märzverfassung bekannte sich zu den Gleichheitsgarantien, allerdings wurde ihnen nicht jene Priorisierung eingeräumt wie im Kremsierer Entwurf. Nachdem auf Anregung von Windischgrätz ein Teil der Grundrechte aus der Reichsverfassung ausgegliedert wurden⁴¹⁹ und in ein eigenes Grundrechtspatent einfließen, dessen Geltungsbereich sich auf Cisleithanien beschränkte, fanden weitere gleichheitsrechtliche Bestimmungen lediglich in das Grundrechtspatent Eingang (z.B. die konfessionelle Gleichbehandlung).⁴²⁰ Die Aufhebung der Adelsbezeichnungen fand sich in der Märzverfassung nicht mehr, was jedoch in erster Linie an der Zielsetzung der Märzverfassung zu liegen scheint: eine Bündelung der Macht beim Staat. Diese zentralistische Motivation bedurfte jedenfalls eine Beschneidung bestimmter Standesvorrechte des Adels und der Wahrung bereits formulierter gleichheitsrechtlicher Garantien, jedoch stets vor dem Hintergrund des Leitgedankens „Alle Macht dem Staate“. Aufgrund eines Gutachtens von Reichs- und Ministerrat, welches den nunmehrigen Änderungen einen Widerspruch zur Verfassung 1849 konstatierte, hob der Kaiser mittels Patent vom 31.12.1851 das Grundrechtspatent wie auch die Märzverfassung 1849 auf. Die Verfassungsgrundsätze der neuständischen Monarchie sollten die Stellung des Kaisers nicht antasten, moderne Elemente fortführen (z.B.: die Gerichtsorganisation) und die als tradiert angesehenen Strukturen fortentwickeln (so wurde der Reichsrat zum eigentlichen Regierungsorgan). Das Bekenntnis zur Gleichheit aller Staatsangehörigen vor dem Gesetze wurde ausdrücklich bestätigt.⁴²¹

Die im Oktoberdiplom 1860 festgelegten Reformmaßnahmen betrafen vorallem die Abkehr von einheitlichen Zentralbehörden⁴²², gleichzeitig aber auch eine Bestätigung der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetze sowie eine Normierung des Schutzes der persönlichen Freiheit⁴²³, welche sodann in der Reichsverfassung vom 26.2.1861 verwirklicht wurden.

Der nachhaltige Einfluss des Kremsierer Entwurfs erstreckt sich auch auf das Staatsgrundgesetz 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger⁴²⁴, welches nach

⁴¹⁸ *Brauneder*, Verfassungsentwicklung 33.

⁴¹⁹ Die übrigen Grundrechte verblieben in der Reichsverfassung und galten weiterhin im gesamten Staatsgebiet der Monarchie.

⁴²⁰ *Pöschl*, Gleichheit 82.

⁴²¹ Ebenda 92.

⁴²² *Brauneder*, Verfassungsentwicklung 39.

⁴²³ Gesetz vom 27.10.1862 zum Schutz der persönlichen Freiheit, RGBl 1862/87.

⁴²⁴ RGBl.1867/142.

dem Ausgleich mit Ungarn vom Kaiser sanktioniert und kundgemacht wurde. Der Grundrechtsentwurf des StGG sah in prioritärer Stellung (Artikel 2 StGG) den Gleichheitssatz mit der identen Formulierung des Kremsierer Entwurfes vor: „Vor dem Gesetz sind alle Staatsbürger gleich. Danach ist eine Rechtsnorm, ob nun Rechte gewährend oder Pflichten auferlegend, auf alle Staatsbürger ohne Unterschied anzuwenden, bei welchen diese tatsächlichen Voraussetzungen vorhanden sind. Unbestrittenes politisches Ziel dieser Bestimmung war die Abkehr ständischer Differenzierung des Staatsvolkes, welche eine Bevorzugung aufgrund von Geburtsstand oder Religionsbekenntnis im Hinblick auf die Fähigkeit zur Erlangung von öffentlichen Rechten sowie des Genusses von solchen festsetzen. Unberührt sollten jene Vorrechte bleiben, die aus dem Berufsstand (Militär, Beamte oder Geistliche) herrührten, da diese Ausfluss der besonderen beruflichen Stellung sind. Kontrovers sind hingegen die Ansichten zum Verständnis des Artikel 2, insbesondere die Frage, ob es sich dabei lediglich um die Normierung einer Rechtsanwendungsgleichheit⁴²⁵ handelt oder ob sich daraus auch eine „programmatische Bedeutung für die Gesetzgebung“⁴²⁶ ableiten lässt? Wesentlich war, dass es sich bei den Normen der Staatsgrundgesetze nicht um Staatszielbestimmungen handelte, sondern diese als subjektiv öffentliche Rechte mit der Möglichkeit zur Beschwerde beim Reichsgericht verankert wurden. Artikel 3 lit. b legte fest, dass dem Reichsgericht die endgültige Entscheidung zustehe „über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte [...]“. Erstmals verfassungsrechtlich garantiert waren das Prinzip der Gewaltentrennung sowie das Legalitätsprinzip, welche ausdrücklich vorsah, dass die Verwaltung nur mehr im Rahmen der Gesetze erfolgen kann. Zudem wurde ein Verwaltungsgerichtshof zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eingerichtet.⁴²⁷

Das Bild der weiteren Verfassungsentwicklung zeigt vor allem in der Zeit 1918 bis 1920 ein von ideologischen Gegensätzen maßgeblich beeinflusstes und letztlich vom Fehlen eines politischen Konsenses geprägtes. Die Überwindung von der konstitutionellen Monarchie zur Konstituierung der Republik war begleitet von zahlreichen Versuchen zur Schaffung einer Grundordnung für den Staat Deutschösterreich⁴²⁸ – die Wahl der Staatsform oblag übrigens der noch zu wählenden konstituierenden Nationalversammlung im Jahr 1918 –

⁴²⁵ Siehe dazu: *Noll*, Sachlichkeit statt Gleichheit? Eine rechtspolitische Studie über Gesetz und Gleichheit vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof (1996) 56.

⁴²⁶ *Herrnritt*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1909) 87.

⁴²⁷ *Brauneder*, Verfassungsentwicklung 43.

⁴²⁸ Siehe Gesetz über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich. StGBI. 1918/5.

welche letztlich als Vorarbeiten zur endgültigen Verfassung 1920 dienten. Beginnend mit den von Kelsen im Jahre 1919 erarbeiteten sechs Verfassungsentwürfen⁴²⁹, von denen jeder einen eigenen Abschnitt zu den Grund- und Freiheitsrechten vorsah, wurde sodann auf Wunsch der Christlichsozialen der Historiker Michael Mayr in seiner Funktion als Staatssekretär und zuständiger Regierungsvertreter im Rahmen der Beratungen des Verfassungsausschusses zur Mitarbeit an einer Verfassungs- und Verwaltungsreform herangezogen.⁴³⁰

Dem Entwurf Mayrs (als Privatentwurf konzeptioniert, da es für die Einbringung als Regierungsentwurf an einer entsprechenden Einigung mangelte), der in weiten Zügen die Handschrift Kelsens aufwies, wurde sodann noch ein Entwurf des Sozialdemokraten Dannebergs auf der Linzer Landeskonzferenz gegenübergestellt. Dieser ergänzte die bis dahin bekannte Formulierung des Art 2 StGG im zweiten Satz noch die *Klasse* als gleichheitswidriges Differenzierungsmerkmal. Die unterschiedlichen politischen Interessen und Überzeugungen führten schließlich zur Einsetzung eines Komitees, welches den zu suchenden Konsens auf Basis eines neuerlichen Entwurfes bringen sollte. Der als „Renner-Mayr-Entwurf“ bezeichnete Text stellte im Wesentlichen ein „Konglomerat“ der mannigfaltigen Vorarbeiten dar, neu war die Wortwahl „Bundesangehörige“ (anstelle von Staatsbürgern) im, die Rechtsgleichheit vor dem Gesetz regelnden Artikel 137. Erstaunlicherweise rückte aber ein „alter Streitpunkt“ wieder in den Mittelpunkt der Verhandlungen über diesen Entwurf: die Frage nach der Führung von Adelsbezeichnung hatte trotz eines bereits existierenden diesbez. Regelungswerks, das AdelsaufhebungsG, die Gemüter erhitzt.⁴³¹ Die endgültige Vorlage dieses Entwurfs an den Koalitionsausschuss scheiterte sodann am Ende der Koalition.

Als Grundlage für die noch immer ausständige Verfassung lagen nun mehrere Entwürfe vor, die je nach Verfasser die Interessen der politischen Parteien beinhalteten und als Kompromisswerk im September 1920 dem Verfassungsausschuss vorgelegt wurden. Der Kompromiss ließ sich in erster Linie durch Ausklammerung der größten Gegensätze bewerkstelligen,⁴³² was offenbar angesichts der Notwendigkeit einer Zweidrittelmehrheit

⁴²⁹ Diese „Varianten“ gingen von unterschiedlichen politischen Voraussetzungen aus, welche Kelsen im Auftrag von Renner erarbeitete. Die Vorgaben Renners sahen ua vor, dass die Verfassung „bundesstaatlichen Charakter“ haben solle und wichtige Kompetenzen auf Zentralorgane zu übertragen seien; zudem sollte die Staatsform eine parlamentarische Republik sein.

⁴³⁰ Scheffbeck, Verfassungsentwicklung 1918-1920 in in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 92.

⁴³¹ Pöschl, Gleichheit 115f.

⁴³² Scheffbeck, Verfassungsentwicklung 99.

als einzig gangbare Lösung schien.⁴³³ Die Beratungen des Verfassungsausschusses wurden am 11. Juli 1920 aufgenommen und am 1. Oktober 1920 in dritter Lesung, ohne wesentliche Änderungen in Plenum, beschlossen. Das Gesetz⁴³⁴ trägt den Untertitel „Bundes-Verfassungsgesetz“ und unterteilt sich in 7 Hauptstücke; das erste Kapitel enthält Allgemeine Bestimmungen über die Staatsform, Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatssprache, Funktionen des Staates, das zweite regelt die Gesetzgebung, das dritte die Vollziehung des Bundes, das vierte die Gesetzgebung und Vollziehung der Länder, das fünfte die Rechnungskontrolle des Bundes, das sechste die gerichtsmäßige Rechtskontrolle gegenüber der Verwaltung und Gesetzgebung und das siebente Hauptstück enthielt die Schlussbestimmungen.⁴³⁵ Als „Wehrmutstropfen“ dieser raschen Finalisierung der Verfassung ist die nicht erfolgte Kodifikation der Grund- und Freiheitsrechte mangels Einigung zu sehen. In den Schlussbestimmungen (Art. 149) wurde das Staatsgrundgesetz von 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, sowie weitere, Bestandteile dieses Gesetzes bildende Gesetze als Verfassungsgesetze im Sinne des Bundes-Verfassungsgesetzes erklärt. Der darin bereits normierte Grundsatz der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetze wurde ausdrücklich auch in Art. 7 Abs 1 B-VG angeführt und weiter präzisiert, als nun explizit Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses ausgeschlossen wurden.⁴³⁶

Eine Änderung erfuhr Art. 7 B-VG im Jahr 2003 als der Ausdruck „Bundesbürger“ durch „Staatsbürger“ ersetzt wurde. Als weitere Änderungen abseits der gleichheitsrechtlichen Bestimmungen ist die Kompetenzerweiterung des Verwaltungsgerichtshofes zu sehen, der nach wie vor ausschließlicher Träger der Verwaltungsgerichtsbarkeit blieb, allerdings konnten fortan nicht nur Privatpersonen, sondern auch der Bund durch den ressortzuständigen Minister gegen rechtswidrige Verwaltungsakte einer Landesbehörde Beschwerde führen, sofern dieser in den selbstständigen Wirkungsbereich des Landes, jedoch in Vollziehung eines Bundesgesetzes erfolgt. Im Kompetenzbereich des Verfassungsgerichtshofes wurden die bisherigen Kompetenzen aus der provisorischen Verfassung übernommen (Entscheidung von Kompetenzkonflikten, Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung von verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten durch die Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde nach Erschöpfung des

⁴³³ Man wollte insbesondere den ohnedies stark ausgeprägten separatistischen Tendenzen der Länder nicht mehr Zeit zur Entwicklung geben.

⁴³⁴ Zuerst als StGBI. 1920/450 und dann zum zweiten Mal authentisch kundgemacht in dem durch dieses Verfassungsgesetz geschaffenen BGBl., als Nr. 1 des ersten Stückes.

⁴³⁵ *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 163f.

⁴³⁶ Ebenda 220f.

administrativen Instanzenzuges) und um eine wesentliche erweitert: die Überprüfung von Verordnungen auf deren Gesetzwidrigkeit. Auf Antrag eines Gerichts, welches diese VO anzuwenden hat, auf Antrag der Bundesregierung – über die Gesetzwidrigkeit einer VO einer Landesbehörde (in umgekehrter Weise auf Antrag einer Landesregierung) oder von Amts wegen fungiert der Verfassungsgerichtshof als Verordnungsgerichtshof.

7.3 Gleichheit vor dem Gesetz

Die im vorangegangenen Kapitel angesprochene Frage, wie Art. 7 B-VG auszulegen ist, ob sich daraus eine (einzig) an die Vollziehung gerichtete Schranke ableiten lässt oder darin auch eine verfassungsrechtliche Vorgabe an den Gesetzgeber zu sehen ist, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. So sieht *Noll* unter Verweis auf *Anschütz*⁴³⁷ sowie *Adamovich sen.*⁴³⁸ lediglich ein Postulat der Rechtsanwendungsgleichheit, eine Verpflichtung an den Gesetzgeber von der Normierung von Differenzierungen Abstand zu nehmen, lasse sich seiner Ansicht nach nicht ableiten. Auch *Öhlinger/Eberhard* sehen in dem Satz, dass alle Bürger vor dem Gesetz gleich sind, lediglich die Verpflichtung die Gesetze auf alle Bürger in gleicher Weise anzuwenden.⁴³⁹ Dagegen sieht *Pöschl*⁴⁴⁰ bereits in den Materialien zu Art 7 Abs 1 B-VG eine Bindung von Vollziehung und Gesetzgebung, indem dem ersten Satz noch ein weiterer angehängt wurde, welche Vorrechte aufgrund der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses ausgeschlossen sind. Bezugnehmend auf *Kaufmann* und seine 1926 vor der Münsterer Staatsrechtslehrertagung gehaltenen Rede, welche freilich das deutsche Staatslehrrecht zum Inhalt hatte, sieht *Pöschl* die Bindung des Gesetzgebers als unzweifelhaft an. Kaufmann sagte in seiner Rede „Bloß auf die Gesetzesanwendung bezogen, besagt der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetz nur etwas selbstverständliches, es ist nur eine Trivialität...Etwas wirklich Bedeutsames besagt der Satz von der Gleichheit nur in seiner Anwendung auf den Gesetzgeber.“⁴⁴¹

Dass der Gleichheitssatz für jede Art der Staatstätigkeit gilt, ist seit der diesbezüglichen Judikatur⁴⁴² jedenfalls unumstritten, davor lässt sich eine einheitliche Linie zu dieser Frage

⁴³⁷ *Noll*, Sachlichkeit 48.

⁴³⁸ Ebenda 79.

⁴³⁹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) 354.

⁴⁴⁰ *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 135.

⁴⁴¹ *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 84.

⁴⁴² VfSlg 1451.

im Ergebnis nicht feststellen. So vertrat der VfGH in VfSlg 1226/1929 noch die Auffassung, eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz liege nicht vor, „wenn die Ungleichheit in der verbindlichen Form des Gesetzes festgelegt ist“ und in VfSlg 1232/1929 führte er aus, dass „die Gleichheit vor dem Gesetz nur darin besteht, dass alle im Staat geltenden Gesetze gegenüber allen Bundesbürgern in gleicher Weise angewendet werden. Hingegen zeigt das Erkenntnis VfSlg 216/1923 die Tendenz einer Gesetzesbindung, da er darin zwar eine, aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls, ausnahmsweise Ungleichbehandlung einzelner Klassen der Bevölkerung oder selbst zeitweilig einzelner Gebiete als zulässig erachtete, allerdings nur auf Basis eines Bundesgesetzes, welches selbst *die durch seinen Zweck gebotenen Grenzen einhalten muss; werden diese Grenzen überschritten, so wird das verfassungsmäßig gewährleistete Recht verletzt*. Ganz explizit ist die Bindung des Gesetzgebers dem Erkenntnis VfSlg 1451/1932 zu entnehmen, in dem der VfGH feststellt, dass „wenn der Beschwerdeführer behauptete, dass der Gleichheitsgrundsatz nicht nur für die Vollziehung – Gerichtsbarkeit und Verwaltung –, sondern auch für die Gesetzgebung Geltung hat, so ist ihm darin [...] zuzustimmen.“⁴⁴³

In weiterer Folge hat der VfGH dann weiters betont, dass der Gleichheitssatz auch dem Verfassungsgesetzgeber iS des Art 44 Abs 1 B-VG nicht zur beliebigen Disposition steht,⁴⁴⁴ weil „er als ein wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und des demokratischen Baugesetzes einen nicht ohne Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG abänderbaren festen Kern hat“. Zu beachten ist allerdings, dass ihm ein gewisser Spielraum zu seiner (verfassungsgesetzlichen) Konkretisierung bleibt oder die Möglichkeit zu einer punktuellen Durchbrechung in besonderen Sachlagen.⁴⁴⁵

Schließlich räumt der VfGH den unstrittig ebenso an den Gleichheitssatz gebundenen Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum bei der Gestaltung von Rechtsnormen ein, welcher anhand des objektiven Regelungsinhaltes als (nicht) legitimiert zu beurteilen ist. Es kommt demnach nicht darauf an, „ob die Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird.“⁴⁴⁶ Damit wird gleichzeitig jene Grenze ersichtlich, die der VfGH in seinen Erkenntnissen zu beachten hat, jene zwischen Rechtskontrolle und politischer Gestaltung. Die Frage wann der Gesetzgeber von seinem Gestaltungsspielraum in vertretbarer Weise Gebrauch macht und wann bereits eine unsachliche Differenzierung vorliegt ist eine oftmals nicht eindeutig zu beantwortende.

⁴⁴³ Pöschl, Gleichheit 137.

⁴⁴⁴ Gleiches hat er auch für den Budgetgesetzgeber in VfSlg 9006 ausgesprochen.

⁴⁴⁵ VfSlg 15.373.

⁴⁴⁶ VfSlg 12.416.

Neben der Beurteilung der Legitimation eines wahrgenommenen politischen Gestaltungsspielraumes bedarf es insbesondere einer Auseinandersetzung mit den der jeweiligen Norm zugrunde gelegten Wertvorstellungen, welche ihrerseits die Festlegung auf einen Wertebestand bedingt. Diese Einführung weiterer Wertprämissen⁴⁴⁷ zeichnet für einen Judikaturwandel verantwortlich, der im Hinblick auf den zusehends rechtsschöpfenden Charakter als kritisch zu erachten ist.

7.4 Die Prüfung von Gesetzen am Gleichheitsgrundsatz

7.4.1 Allgemeines

Ziel dieses Kapitels ist zunächst jene Formeln und Entscheidungshilfen darzustellen, die der VfGH im Zuge seiner Judikatur zum Gleichheitssatz herausgearbeitet hat, da diese der allgemeinen Formulierung des Gleichheitssatzes Konturen gegeben haben bzw. das ihm innewohnende Wertungsproblem und dessen „Lösung“ transparenter gemacht haben. Die Skizzierung der Vorgehensweise soll dabei keinesfalls durchgängig allgemein gehalten werden, sondern soll vielmehr anhand der Bestimmungen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit erfolgen, welchen die Verfasserin die Vermutung der Gleichheitswidrigkeit beimisst.

Kein anderes Grundrecht beschäftigt den Verfassungsgerichtshof in einem solchen Ausmaß wie der Gleichheitsgrundsatz, weshalb ihm aufgrund seiner Entfaltung und der Erweiterung seines rechtlichen Gehalts eine Wirkung als wichtigste Verfassungsschranke für die Gesetzgebung zugesprochen wird.⁴⁴⁸ Als Gründe dafür werden unter Anderem dessen Unbestimmtheit genannt, welche der Entscheidungstätigkeit des VfGH einen weiten Spielraum eröffne⁴⁴⁹ sowie der Umstand, dass Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche vom VfGH häufig nicht am direkt betroffenen Grundrecht selbst, sondern vielmehr am Gleichheitssatz gemessen werden.⁴⁵⁰ Wenn man sich mit der Judikatur des VfGH zum Gleichheitssatz sowie deren Kommentierung sowie der Lehre befasst, erhält man auf den ersten Blick ein eher verwirrendes Bild. Es tauchen sehr viele Begrifflichkeiten, wie z.B.: Wesentlichkeit, Verhältnismäßigkeit, Unterschiede im Tatsächlichen oder

⁴⁴⁷ Vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1358.

⁴⁴⁸ *Korinek*, Grundrechte 86.

⁴⁴⁹ *Walter*, Bundesverfassungsrecht, Rz 1348.

⁴⁵⁰ *Korinek*, Grundrechte 87.

Sachlichkeitsgebot auf.⁴⁵¹ Will man sich nicht in den diversen „Abzweigungen“, die eine gleichheitsrechtliche Prüfung bieten kann verlieren, lohnt es sich zunächst einen allgemeinen Überblick zu verschaffen. Der Begriff Gleichheit ist als Relationsbegriff stets von zumindest „einem Gegenüber“ abhängig, anhand dessen eine Beurteilung vorgenommen werden kann. Man befindet sich inmitten der gleichheitsrechtlichen Prüfung, wenn man an dieser Stelle die richtige Wahl des Vergleichsobjekts in Erwähnung bringt. Bevor jedoch diese bedeutende Vorfrage thematisiert wird, soll das Prüfungsrepertoire des VfGH überblicksartig dargestellt werden. Der VfGH kann einer Gesetzesprüfung gemäß Art 140 B-VG nicht nur auf eine einzige Art begegnen. So ist eine vergleichende Kontrolle, d.h. eine Gegenüberstellung von vergleichbaren Sachverhalten und anschließender Beurteilung im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben die *„klassische Methode der Prüfung einer Norm am Gleichheitsgrundsatz“*⁴⁵². Diese verfassungsrechtliche Vorgabe ist allen voran das dem Gleichheitssatz zu entnehmende Sachlichkeitsgebot, dem die Frage zugrundliegt, ob für eine differenzierende Norm eine sachliche Rechtfertigung besteht oder nicht.

Im Rahmen dieses zweiten Prüfungsschrittes sind normative Beurteilungselemente wie „Durchschnittsbetrachtung und Verwaltungsökonomie“, „Interessensabwägung“ oder „Härtefälle“ zu bewerten. Darin liegt gewissermaßen auch das Dilemma der gleichheitsrechtlichen Prüfung: die Vornahme von Wertungen beruht häufig auf individuellen Überzeugungen und Bewertungsmaßstäben und sind derart nicht immer einer objektivierbaren Überprüfbarkeit zugänglich.⁴⁵³ Zur methodischen Vorgehensweise einer gleichheitsrechtlichen Prüfung ist in weiterer Folge noch die Verhältnismäßigkeit einer Regelung bedeutsam, da sie Auskunft darüber gibt, ob die Differenzierung angemessen und erforderlich ist oder das Regelungsziel auch auf gelindere Art und Weise erreicht werden kann. Abseits dieser Prüfungsschemata hat der VfGH eine Judikaturlinie entwickelt, die einen gänzlich anderen Weg wählt, als sie die „erste Ebene“, d.h. jene, auf der die Ermittlung vergleichbarer Sachverhalte herausgearbeitet wird, von vornherein „ausgeschaltet“ wird.

Die „Ordnungssystemjudikatur“ findet insbesondere bei den Sozialversicherungssystemen Anwendung und wird daher weiter unten noch ausführlicher zu besprechen sein. Der Wahl des richtigen Vergleichsobjekts kommt maßgebliche Bedeutung zu, wenngleich diese Auswahl weit schwieriger sein kann, als auf den ersten Blick gedacht. Zunächst ist

⁴⁵¹ Vgl. dazu Mazal, Gleichbehandlung: Diskriminierung oder positive Maßnahme. Überlegungen zum „Karfreitagsproblem“ ZAS 2016/47.

⁴⁵² Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: FS Melichar, 1983 39 ff (48 f).

⁴⁵³ Näheres dazu unter 6.4.2.

festzuhalten, dass sich diese Auswahl keineswegs auf eine Gruppe beschränken muss, Gemeinsamkeiten und Verschiedenartigkeit verteilen sich nicht durchwegs homogen auf zwei Gruppen – ein Umstand auf den bei einer Gleichheitsprüfung Bedacht zu nehmen ist. Die angesprochene Wahl des „richtigen Vergleichsobjekts“ impliziert die Möglichkeit einer Manipulation des Ergebnisses der Gleichheitsprüfung durch das Heranziehen der falschen Gruppe. Stehen mehrere Vergleichsobjekte zur Verfügung, so handelt es sich um jeweils eigenständige Prüfungsgegenstände, die gesondert auf ihre Gleichheitskonformität zu untersuchen sind.⁴⁵⁴

7.4.2 Vergleichbarkeit

Wann immer man berufen ist, eine Regelung im Hinblick auf ihre Gleichheitskonformität zu beurteilen, bedarf es einer näheren Betrachtung des Gegenstandes der Gleichheitsprüfung, sohin jener Personengruppen bzw. Sachverhalte, die miteinander verglichen werden sollen. Eine Ungleichheit im Rechtssinn liegt vor, wenn an vergleichbare Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. Die Ermittlung jener Normen, die miteinander zu vergleichen sind hat dabei mit Blick auf jene Sachverhalte zu erfolgen, auf die sich diese Normen beziehen.⁴⁵⁵ Aufgrund der theoretischen Möglichkeit, dass man Personen bzw. Sachverhalten stets miteinander vergleichen kann und damit einer gewissen Uferlosigkeit Tür und Tor geöffnet wäre, hat der VfGH in zahlreichen Erkenntnissen eine Gleichheitsprüfung aufgrund von Nichtvergleichbarkeit abgelehnt.⁴⁵⁶ Er hat in solchen Fällen aufgrund einer, der Gleichheitsprüfung vorgelagerten Prüfung festgestellt, dass zwischen den Sachverhalten keine *wesentlichen* Gemeinsamkeiten bestehen, die einen Anspruch auf Gleichbehandlung herleiten ließen oder – umgekehrt – die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede ohne weiteres genügen, um ihre Ungleichbehandlung sachlich zu begründen.⁴⁵⁷

7.4.2.1 Wesentlichkeit

Das Abstellen auf *Wesentlichkeit* iZm Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG birgt die Herausforderung Wertungen vorzunehmen, die ihrerseits wiederum von verschiedenen Faktoren abhängig ist. Ohne die rechtsphilosophische Dimension dieser Frage weiter vertiefen zu wollen, seien

⁴⁵⁴ *Ebenda* 209.

⁴⁵⁵ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ Rz 762.

⁴⁵⁶ VfSlg 8457/1978; VfSlg 10.064/1984 ua.

⁴⁵⁷ *Pöschl*, Gleichheit 206.

kurz die Diskussionsparameter dieses Wertungsproblems dargelegt. Wertungen unterliegen nicht selten einem Wandel der Zeit, so wurde das *Geschlecht* im 19. Jahrhundert geradezu als das „Paradedifferenzierungsmerkmal“ erachtet, während heute grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit ausgegangen wird. Weiters ist die Frage *wessen* Wertungen sodann als maßgebliche für die Beantwortung dieser Vorfrage heranzuziehen sind; jene des Gesetzgebers, des Verfassungsgerichts, des souveränen Volks oder die in der Rechtsordnung enthaltenen?⁴⁵⁸

Zusammenfassend stellen sich Letztgenannte als Wertungsquellen dar, wobei es zur Wertungskorrektur einfachgesetzlicher Bestimmungsinhalten des Rückgriffs auf die ihr übergeordnete Verfassung bedarf. Die Ermittlung von Wertungen im Wege der Auslegungsmethoden stellt sich dabei nicht immer als ultima ratio dar, der VfGH selbst betont den legitimen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beim Normierungsprozess, wodurch es keinesfalls zu einer Entbindung des Gesetzgebers vom Gleichheitssatz kommt. Die Beurteilung der Frage nach der Wesentlichkeit ist untrennbar mit dem Regelungsziel des Gesetzgebers verbunden und es obliegt diesem diese Korrelation zu erkennen, zu bewerten und den Erkenntnissen bei der Normierung im ausreichenden Maße Rechnung zu tragen. Die Fragen, ob eine Regelung auch zweckmäßig ist und ob das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, können – so der VfGH – nicht mit dem Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden.⁴⁵⁹ Lässt sich das Ziel des Gesetzgebers nicht ermitteln, so muss sich für die Gleichheitskonformität einer Regelung eine Begründung finden lassen; erst wenn eine (Nicht)Differenzierung nicht begründbar ist, ist sie gleichheitswidrig.⁴⁶⁰

7.4.2.2 Unterschiede im Tatsächlichen

Der allgemeine Gleichheitssatz normiert das Gebot wesentlich Gleiches auch gleich zu behandeln, Folge dessen wesentlich Ungleiches auch ungleich zu behandeln. Der VfGH betont in ständiger Rechtsprechung⁴⁶¹, dass rechtliche Differenzierungen dann und soweit zulässig sind, wenn sie aus entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen abgeleitet werden können. Bestehen daher zwischen verschiedenen Gruppen von Normadressaten nicht Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, die eine ungleiche Behandlung zu rechtfertigen vermögen, dürfen diese auch nicht unterschiedlich behandelt werden. Der

⁴⁵⁸ Zur Auseinandersetzung mit dieser Frage siehe: *Pöschl*, Gleichheit 172ff.

⁴⁵⁹ Vgl. VfSlg. 10455/1985.

⁴⁶⁰ *Pöschl*, Gleichheit 225.

⁴⁶¹ VfSlg 19725, 17595, 18607.

Gesetzgeber ist aufgrund des Gleichheitssatzes verpflichtet, an (im wesentlichen) gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen.⁴⁶² Der VfGH hat bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung einer auf ihre Verfassungskonformität zu prüfenden Ungleichbehandlung sämtliche maßgeblichen (objektiven) Umstände zu beachten, wobei unter Sachlichkeit einer Regelung nicht deren Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit zu verstehen ist.⁴⁶³

Der Gesetzgeber ist jedoch nicht angehalten zwei Gruppen gleich zu behandeln, weil zwischen ihnen Gemeinsamkeiten bestehen, das Fehlen von Unterschieden zwischen ihnen steht einer Ungleichbehandlung jedoch entgegen. Die Unterschiede können nicht nur faktischer, sondern auch rechtlicher Natur sein.⁴⁶⁴ Im Falle von gleichwertigen Gemeinsamkeiten und Unterschieden steht es dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, welchen Weg er einschlägt – Gleich- oder Ungleichbehandlung.⁴⁶⁵

7.4.3 Sachlichkeitsgebot

Die Prüfung der Sachlichkeit durch den VfGH beinhaltet mehrere Aspekte, zumal der Begriffsinhalt mehrdeutig ist. Neben „Objektivität“, „Unparteilichkeit“ wird darunter auch eine frei von Emotionen eingenommene Haltung verstanden. Das Prinzip der Sachlichkeit gebietet aber auch die Vermeidung von willkürlichen und unbegründeten Belastungen⁴⁶⁶ und subsumiert der Gerichtshof unter das Sachlichkeitsgebot auch Fälle, in denen der Gesetzgeber wesentliche Unterschiede nicht berücksichtigt, eine zu wenig differenzierte Regelung getroffen hat oder eine Vorschrift, die für einen Teil der Normadressaten zu unzumutbaren Belastungen führt.⁴⁶⁷ Die Sachlichkeit eines Gesetzes hängt nicht von den Motiven des Gesetzgebers, sondern vom objektiven Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens ab⁴⁶⁸, wobei in aller Regel eine Betrachtung der Motive des Gesetzgebers im Hinblick auf das angestrebte Ziel erfolgt. Es entspricht der ständigen Rsp. des VfGH, wenn er dem Gesetzgeber einräumt „seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art und Weise zu verfolgen“⁴⁶⁹, dem einfachen Gesetzgeber ist

⁴⁶² VfSlg 2956, 5727.

⁴⁶³ VfSlg. 4711/1964.

⁴⁶⁴ VfSlg. 17875/2006

⁴⁶⁵ Pöschl, Gleichheit 212.

⁴⁶⁶ G 279/02 ua.

⁴⁶⁷ G 93/2012 ua.

⁴⁶⁸ VfSlg. 8350/1978, 10001/1984, 10365/1985.

⁴⁶⁹ VfSlg. 10068/1984.

bei der Entscheidung, welche Ziele er mit seinen Regelungen verfolgt, innerhalb der Schranken der Verfassung ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Verfassungsgerichtshof hat hingegen nicht zu beurteilen, ob die Verfolgung eines bestimmten Zieles beispielsweise aus wirtschaftspolitischen oder sozialpolitischen Gründen zweckmäßig ist.⁴⁷⁰ Er kann dem Gesetzgeber nur entgegentreten, wenn dieser Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind.⁴⁷¹ Die Prüfung der Sachlichkeit einer Regelung hat anhand der Verhältnisse, die zum Zeitpunkt der Prüfung bzw. der Verwirklichung des Sachverhalts vorliegen, zu erfolgen und nicht zum Zeitpunkt der Entstehung einer Regelung – woraus sich eine dynamische Entwicklung der Rechtsprechung des VfGH ableiten lässt.⁴⁷²

7.4.3.1 Die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Sachlichkeitsprüfung umfasst auch die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der vorgenommenen Differenzierung. Auch wenn es eine solche an sich sachlich begründbar ist, so kann sie die betroffenen Normadressaten unverhältnismäßig schwer benachteiligen. Der VfGH nimmt im Rahmen der Gleichheitsprüfung auch eine Interessensabwägung vor, welche darauf abzielt, die aus der Differenzierung resultierenden Rechtsfolgen auf ihre Intensität zu beleuchten.⁴⁷³ In Kauf genommen werden kann eine faktische Ungleichbehandlung nur, wenn das Interesse der Betroffenen nicht aufgrund einer persönlichen Eigenschaft benachteiligt zu werden zu Gunsten eines anderen schwerer wiegenden Interesses zurücktreten muss. Zu fragen ist, ob die faktische Benachteiligung sich nicht hätte vermeiden lassen können, ob das Regelungsziel also ebenso gut durch ein Mittel erreicht werden könnte, das derart ungleiche Auswirkungen nicht zeitigt. Steht ein gelinderes Mittel nicht zur Verfügung, so ist das Regelungsziel selbst zu hinterfragen.⁴⁷⁴ Im Unterschied zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Freiheitsrechten⁴⁷⁵, sind beim Gleichheitsgrundsatz die kollidierenden Interessen einerseits in der Realisierung des gesetzgeberischen Ziels (somit der differenzierenden Regelung) und dem Interesse an Gleichbehandlung gegenüberzustellen. *Holoubek* spricht in diesem Zusammenhang von einer „horizontalen“ Abwägung, die „das Ausmaß der nachteiligen Wirkungen, die einer

⁴⁷⁰ VfSlg. 6541, 7885, 11.369, 12.416

⁴⁷¹ VfSlg. 16.740/2002.

⁴⁷² *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes OZW 1991, 72.

⁴⁷³ VfSlg. 13.890/1994.

⁴⁷⁴ VfGH vom 14.03.2013, G 105/12, V73/12 ua

⁴⁷⁵ Hier erfolgt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit anhand eines konkreten Einzelfalles.

bestimmten Gruppe aufgrund einer ungleichen Behandlung erwachsen, dem –sachlichen – Interesse, das hinter der Differenzierung steht, gegenüberstellt.“

7.4.3.2 Durchschnittsbetrachtung

Der Gesetzgeber steht bei der Normierung von Regelungen für bestimmte Sachverhalte vor der Herausforderung eine Formulierung zu wählen, die die darunterfallenden Fallkonstellationen weitestgehend erfasst. Dies setzt voraus, dass er sich dabei einer generellen Textierung bedient und typisiert. Die Zulässigkeit von Vergrößerungen ist prinzipiell unbestritten, der VfGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass es der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber nicht verbiete, bei der Normsetzung von einer auf den Regelfall abstellenden Durchschnittsbetrachtung auszugehen und zu typisieren⁴⁷⁶ sowie auch pauschalierende Regelungen zu treffen.⁴⁷⁷ Er hat dabei allerdings Faktoren zu berücksichtigen, die man zusammenfassend als „quantitatives Element“ bezeichnen kann und die Fallzahlen der Betroffenen beschreibt. Eine fixe Größe, welche sozusagen die Toleranzgrenze, bis zu der gerade noch bzw. schon nicht mehr von einer Durchschnittsbetrachtung gesprochen werden kann, ist in der Judikatur – wenig überraschend – nicht zu finden.

Der VfGH hat jedoch Grenzen dieser Maßnahmen aufgezeigt und festgehalten, dass pauschalierende Regelungen, auch wenn sie im Interesse der Verwaltungsökonomie getroffen werden, nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens widersprechen dürfen.⁴⁷⁸ Das Maß der Durchschnittlichkeit wird dabei nicht einheitlich gesehen bzw. formuliert, neben „wirklichkeitsnaher“ Durchschnittsbetrachtung hat der VfGH das Beruhen der Durchschnittsbetrachtung auf den „tatsächlichen Gegebenheiten“⁴⁷⁹ verlangt. Zudem dürfe der Gesetzgeber nicht von Annahmen ausgehen, die „mit den tatsächlichen Verhältnissen offenkundig gar nicht übereinstimmen könnten oder wollten“⁴⁸⁰ oder „lebensfremd“⁴⁸¹ sind.

⁴⁷⁶ VfSlg. 10.455/1985, 13.659/1993, 16.048/2000.

⁴⁷⁷ VfSlg. 9624/1983.

⁴⁷⁸ VfSlg. 4930/1965, 5022/1965, 9608/1983, 13.726/1994.

⁴⁷⁹ VfSlg. 13661/1993.

⁴⁸⁰ VfSlg. 14601/1996.

⁴⁸¹ VfSlg. 9624/1983.

7.4.3.3 Verwaltungsökonomie

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH können verwaltungsökonomische Anliegen normative Pauschalierungen rechtfertigen, welche stets dort zutage treten, wo das Streben nach Einzelfallgerechtigkeit zu einem nicht mehr tragbaren Verwaltungsaufwand führen würde. Der Gerichtshof betont allerdings gleichsam, dass diese Pauschalierungen nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens widersprechen dürfen⁴⁸², zudem müssen sie in einem angemessenen Verhältnis zu den damit in Kauf genommenen Differenzierungen stehen.⁴⁸³ Schließlich hat der Verfassungsgerichtshof auch festgestellt, dass der Gleichheitssatz es zwar zulasse, auf die Praktikabilität des Gesetzes Bedacht zu nehmen, diese Erlaubnis jedoch nicht schrankenlos sei. Sie findet vielmehr ihre Grenze dort, wo anderen Überlegungen, die gegen die Regelung sprechen, größeres Gewicht beizumessen ist als den verwaltungsökonomischen Erwägungen.⁴⁸⁴ Problematisch ist, dass sich weder der Gesetzgeber noch der VfGH selbst bei Berufung auf Praktikabilitätsgründen näher zu den Kriterien – auch die angesprochene Grenze ist variabel zu ziehen – der Zulässigkeit von schematisierenden Bestimmungen äußert bzw. Rechenschaft ablegt.⁴⁸⁵

7.4.3.4 Härtefälle

Wenn der VfGH in ständiger Rechtsprechung betont, dass unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes „Härtefälle“ hinzunehmen sind, dann geht der dabei davon aus, dass der Gesetzgeber in Folge seiner zulässigen Durchschnittsbetrachtung nicht in der Lage ist, alle konkreten Lebenssachverhalten und daher auch nicht jene, die sodann als Härtefälle empfunden werden, vorherzusehen, bei seinen Regelungen im Voraus zu bedenken oder diese zu berücksichtigen. Der VfGH umschreibt dies auch mit den Worten, dass es sich dabei um „nicht vermeidbare Systemfehler handelt“.⁴⁸⁶ Wird ein solcher Lebenssachverhalt nicht oder nur in nachteiliger Weise von einer generellen Norm erfasst, so ist zu prüfen, ob es sich dabei um einen gleichheitswidrigen Verstoß gegen Art 7 B-VG handelt oder ob ein zu duldender Härtefall vorliegt, der sich auf der Regelung einer Durchschnittsbetrachtung ergibt.⁴⁸⁷ Die quantitative Abgrenzung, d.h. die Anzahl der hinzunehmenden Härten, ist

⁴⁸² VfSlg. 4930/1965, 5022/1965, 9608/1983, 13.726/1994.

⁴⁸³ VfSlg. 8871/1980, 11.201/1986.

⁴⁸⁴ VfSlg. 9524/1982, 13.726/1994; 15.819/2000; ähnlich 13.977/1994.

⁴⁸⁵ http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/forum6/vortrag-typisierung-d.pdf (Aufruf am 22.6.2014).

⁴⁸⁶ VfGH am 25.06.2013, G3/2013ua.

⁴⁸⁷ Dazu ausführlich VfGH 11.03.2010, G 228/09.

keinesfalls starr, anhand der in der Judikatur verwendeten Begriffe wie „in Einzelfällen“ bzw. „vereinzelt“ lässt ich jedoch feststellen, dass es um eine überschaubare Größe handeln muss.⁴⁸⁸ Der VfGH geht von einem Härtefall aus, wenn der konkrete Lebenssachverhalt nur ausnahmsweise und als atypischer Fall auftritt bzw. ein atypischer Regelungsgegenstand der generellen Norm ist.⁴⁸⁹ Dies bedeutet, dass der Härtefall zum Durchschnittsfall im Verhältnis einer Ausnahme zur Regel stehen muss.⁴⁹⁰ Der VfGH hat der Problematik rund um die Beurteilung der Frage des Vorliegens eines Härtefalls insoweit nähere Konturen verliehen, als er ihr auch ein qualitatives Element hinzugefügt hat.⁴⁹¹ Diesem folgend, hängt die Gleichheitswidrigkeit einer Regelung nicht ausschließlich von der Menge der betroffenen Lebenssachverhalte ab, sondern kann sich auch aus der Schwere der Betroffenheit ableiten. Selbst wenn die Betroffenheit in quantitativer Hinsicht gering ist, d.h. geringe Fallzahlen existieren, so kann sich die Gleichheitswidrigkeit aus dem Schweregrad der angeordneten Rechtsfolgen ergeben. Stehen diese außer Verhältnis, liegt kein zu duldender Härtefall vor.⁴⁹²

Stellt man sich nunmehr die Frage, welche Abgrenzung letztlich den Ausschlag geben soll bzw. welcher mehr Gewicht beizumessen ist, so ist nach *Korinek* das qualitative Element entscheidend. Demnach kommt es vielmehr auf die Intentionalität oder das Gericht des Effektes einer gesetzlichen Regelung an als auf die Größe des betroffenen Personenkreises.⁴⁹³ Schließlich ist anzumerken, dass Härtefälle allerdings auch nur dann hingenommen werden können, wenn die Regelung an sich gleichheitskonform ist und der Gesetzgeber im Einklang mit dem Anspruch auf sachliche Differenzierung aus Gründen der Praktikabilität – wobei der Grad der Schwierigkeit der Vollziehung beachtenswert ist – die gebotene Differenzierung „einschränkt“.

⁴⁸⁸ *Pöschl*, Gleichheit 253.

⁴⁸⁹ VfSlg. 16.038.

⁴⁹⁰ VfSlg. 17.718.

⁴⁹¹ Zur Frage der Abgrenzung aus quantitativer und qualitativer Sicht siehe: *Tomandl*, Bemerkungen zum Witwerpensions-Erkenntnis des VfGH, ZAS 1980 203.

⁴⁹² VfSlg. 17.885.

⁴⁹³ *Tomandl/Aigner*, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse, ZAS 1997 1.

7.4.4 Ordnungssystemjudikatur

Die bislang dargestellte Judikatur, die sich im Rahmen der Gleichheitsprüfung im Laufe der Jahrzehnte entwickelt hat, unterscheidet sich von der nunmehr zu beleuchtenden sogenannten „Ordnungssystemjudikatur“ in bedeutender Art und Weise, da diese eine vergleichende Prüfung prinzipiell für unzulässig erklärt. Da sich diese Judikatur insbesondere im Sozialversicherungsrecht etabliert hat⁴⁹⁴ und sich der VfGH zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung in den Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Invaliditätspension gemäß § 255 Abs 1 und 3 ASVG vor diesem Hintergrund bereits mehrfach geäußert hat, soll dieses Kapitel die nachstehende, eigenständige Prüfung auf Verfassungskonformität einleiten.

Bevor auf die Ordnungssystemjudikatur im Sozialversicherungsrecht näher einzugehen ist, bedarf es einiger grundsätzlicher Informationen, welche – bereits vom Wortlaut abgeleitet – gewisse Vorstellungen über diese bedeutsame Ausprägung der Rechtsprechung des VfGH⁴⁹⁵ wecken. Der VfGH geht nicht nur davon aus, dass unterschiedliche Ordnungssysteme nicht miteinander gleichheitsrechtlich vergleichbar sind, so lehnt er auch einen Vergleich von unterschiedlichen Regelungen innerhalb des Sozialversicherungssystems (und damit innerhalb eines Ordnungssystems) ab, die für verschiedene Risikogemeinschaften getroffen worden sind. Dem zur Folge lehnt er einen Vergleich der sozialversicherungsrechtlichen Normen für Selbständige und Unselbständige ab, da zwischen ihnen grundlegende Verschiedenheiten bestehen, die ihrerseits Anlass für die Normierung jeweils eigener Ordnungssysteme waren. So betont der VfGH, dass die sachlichen Voraussetzungen bei selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten und innerhalb der verschiedenen Berufszweige so verschieden sein können, dass eine differenzierende Regelung nicht nur zulässig, sondern unter Umständen sogar geboten erscheint.⁴⁹⁶

Gleichzeitig betont er aber auch, dass Differenzierungen innerhalb einer Risikogemeinschaft sachlich gerechtfertigt sein müssen – ein Argument, dass an dieser Stelle die Frage aufwirft, ob man das Zusammenfassen von Angestellten und Arbeitern zu jeweils eigenen Risikogemeinschaften nicht als juristische „Umgehungskonstruktion“ interpretieren könnte? Diese Interpretation scheint zumindest dann naheliegend, wenn es

⁴⁹⁴ Ebenfalls der Ordnungssystemjudikatur zuzuordnen sind weite Teile des Steuerrechts (Familienbesteuerung).

⁴⁹⁵ *Korinek*, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes in FS Melichar,

⁴⁹⁶ VfSlg. 10030, VfSlg. 6004/1969 u.a.

an der notwendigen Trennschärfe zwischen zwei Gruppierungen mangelt. Damit dient das der Ordnungssystemjudikatur innewohnende Argument der Unzulässigkeit des Vergleiches zweier Ordnungssysteme gleichermaßen als „Totschlägerargument“ ohne einen näheren Blick auf die dahinterstehenden tatsächlichen Verhältnisse und die Sachlichkeit der Abbildung dieser Verhältnisse im Rahmen der einschlägigen Bestimmungen näher zu beleuchten.⁴⁹⁷ Angeschlossen sei die Frage, ob eine solche Betrachtung nicht auch Gleiches zutage bringt, wie der seinerzeitige Vergleich von Beamten- und Sozialversicherungspensionen?⁴⁹⁸ Ohne die Details dieser Erkenntnisse⁴⁹⁹ bzw. der anschließenden Entscheidungsbesprechung näher erörtern zu wollen, soll auf eine mögliche Parallelität des Ergebnisses der rechtlichen Analyse hingewiesen werden: [...] dass die behaupteten tiefgreifenden Unterschiede [...] nach geltendem Recht zwar solche der rechtlichen Konstruktion, nicht aber der tatsächlichen Verhältnisse sind.⁵⁰⁰

Als Ausgangspunkt für die im Bereich des Sozialversicherungsrechts etablierte, jedoch kritisch zu hinterfragende Ordnungssystemjudikatur, soll der Begriff „System“ dienen, somit ein Prinzip oder eine Ordnung, nach der etwas organisiert oder aufgebaut wird.⁵⁰¹ Das Sozialversicherungsrecht ist aus seiner geschichtlichen Entstehung sowohl in materiellrechtlicher als auch hinsichtlich seiner Organisation in eine Vielzahl einzelner Systeme aufgesplittert. Die Abgrenzung der einzelnen Systeme voneinander erfolgt im Wege der Bildung von Risikogemeinschaften, also der Zuordnung von Personen anhand von Kriterien, innerhalb derer ein Risikenausgleich erfolgen soll. Zentrales Kriterium für die Einbindung in das System der Sozialen Sicherheit ist die Erwerbstätigkeit, wenngleich insbesondere nach 1945 ein Ausbau des Leistungssystem auf sachlicher wie auch personeller Ebene abseits der Erwerbstätigkeit erfolgte (z.B. .: Einbeziehung von Familienangehörigen in die Krankenversicherung, Einbeziehung von Schülern und Studenten in die Unfallversicherung).⁵⁰²

Die Art der Ausübung dieser Erwerbstätigkeit – selbständig oder unselbständig – bildet(e) dabei ebenso eine Differenzierungsgrundlage wie die Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe – Arbeiter oder Angestellter –, welche in unterschiedlichen Beitrags- und Leistungsregimen

⁴⁹⁷ Siehe dazu auch Pöschl, Gleichheit 286.

⁴⁹⁸ Tomandl, Der VfGH zum Ruhen von Beamtenpensionen ZAS 1988, 181.

⁴⁹⁹ VfGH 16.03.1988 G184/87; G185/87; G186/87; G187/87; G188/87; G189/87; G190/87; G191/87; G192/87; G193/87; G194/87; G198/87; G200/87.

⁵⁰⁰ Tomandl, 181.

⁵⁰¹ Vgl. Duden – Das Fremdwörterbuch⁹, 1015.

⁵⁰² Talos, in FS 100 Jahre Österreichische Sozialversicherung, Materielle Sicherung durch Sozialversicherung, 198.

mündeten.⁵⁰³ An dieser Stelle darf deutlich hervorgehoben werden, dass der Gesetzgeber hier am „Stand“ und damit an einem in Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG genannten Merkmal anknüpft. Eine Differenzierung, die an ein solches verpöntes Merkmal anknüpft ist zwar nicht absolut ausgeschlossen, doch obliegt der Nachweis der Rechtfertigung demjenigen, der derart differenziert.⁵⁰⁴ Während sich die Selbständigkeit von jener der Unselbständigkeit in vielfacher Hinsicht tiefgehend unterscheidet (wirtschaftliche Abhängigkeit und Leistungsfähigkeit, Zuordnung des unternehmerischen Risikos, Betriebsmittel), stellt sich bei den Unselbständigen die Frage nach solch klaren Trennlinien. Es kann auch nicht derart sein, dass als Begründung für die Ungleichbehandlung genau jene Argumente herangezogen werden, die als „systembegründende Unterschiede“ herangezogen wurden.⁵⁰⁵ Nicht unterwähnt bleiben soll auch die Tatsache, dass neben „dem Trennenden“ auch Gemeinsamkeiten bestehen, die ihrerseits aber offenbar in quantitativer und/oder qualitativer Hinsicht nicht als systembegründete Kriterien ausreichend sind.

Was aufgrund struktureller Unterschiede für die Abgrenzung von Selbständigkeit und Unselbständigkeit seine Richtigkeit hat, kann innerhalb der Gruppe der Unselbständigkeit keinesfalls als sakrosankt hingenommen werden, weil es sich historisch begründen lässt. Damit tritt ein weiterer „wunder Punkt“ der Ordnungssystemjudikatur zutage; jener der Wahl des entscheidenden Kriteriums, wonach ein Ordnungssystem (Rechtsinstitut) vorliegt oder eben nicht.⁵⁰⁶ Es stellt sich die Frage, wo bzw. worin das gruppentypische Merkmal liegt, welches eine Grenzziehung zur anderen Gruppe in rechtlich fassbarer Weise ermöglicht? In Ermangelung dieses *einen, objektiven* Kriteriums, an welchem sich ein Ordnungssystem manifestiert, obliegt dessen Festlegung dem Gesetzgeber bzw. dem VfGH und kann Letztgenannter durch enge oder weite Grenzziehung den Umfang eines Ordnungssystems variabel ziehen. Der VfGH überlässt es dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers⁵⁰⁷ „sich in [...] Bereichen für eigenständige Ordnungssysteme zu

⁵⁰³ Die mittels Strukturanpassungsgesetz 1996 normierte Erweiterung der nach dem ASVG Pflichtversicherten um freie Dienstnehmer sowie dienstnehmerähnliche Erwerbstätige wurde vielerseits hinsichtlich deren Verfassungskonformität kritisiert; siehe dazu: *Tomandl/Aigner*, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse ZAS 1997, 1.

⁵⁰⁴ Siehe: *Pöschl*, Gleichheit 537.

⁵⁰⁵ Siehe: *Pöschl*, Gleichheit 285.

⁵⁰⁶ Siehe: *Pöschl*, Gleichheit 287; *Somek*, Ordnungssystemjudikatur 276;

⁵⁰⁷ Siehe: *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung (1994) in Juristische Schriftenreihe Bd 67,

entscheiden, die den Erfordernissen und Besonderheiten unterschiedlicher Gruppen [...] adäquat Rechnung tragen, sofern diese in sich – d.h. jeweils für sich betrachtete – gleichheitsgemäß gestaltet sind.⁵⁰⁸ Seine diesbezügliche Judikatur⁵⁰⁹ hat auch kritische Stimmen in der Lehre hervorgerufen; so gewann *Korinek* anlässlich der Ausführungen des VfGH den Eindruck, „als würde mit dieser Konstruktion der theoretische Weg des Vergleichs einer Regelung mit der gesamten übrigen Rechtsordnung verlassen, was insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rationalität der Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes bedauerlich wäre.“⁵¹⁰ *Pöschl* argumentiert überzeugend, dass man die Argumentation dem rechtspolitischen Ziel anpassen könne, indem man eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung als Systemabweichung interpretiere und in umgekehrter Weise – d.h. das Ziel des Bestandes vor Augen habe – das Vorliegen verschiedene Systeme behaupten könne. Auf diesem Wege könne, wie bereits angesprochen, der Gesetzgeber manipulativ agieren und durch Schaffung von Systemen und Subsystemen Gleichheitskontrollen hintanhalten.⁵¹¹ Auch *Günther* sieht in der (materiellrechtlichen) Differenzierung von Selbständigen und Unselbständigen eine sachlich gerechtfertigte Unterscheidung, „innerhalb dieser großen Gruppen erscheint aber grundsätzlich eine Ungleichbehandlung weder aufgrund der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit noch aufgrund des Willens der Betroffenen geboten“.⁵¹²

Nachdem sich die sozialversicherungsrechtlichen Differenzierungen zwischen den einzelnen Berufsgruppen keineswegs von selbst verstehen und sich aus der einschlägigen Ordnungssystemjudikatur keine Erkenntnisse gewinnen lassen, warum derartige Differenzierungen sachlich begründbar sind, soll eine gleichheitsrechtliche Kontrolle *sui generis* erfolgen. Dabei kann die Prüfung nicht auf der Tatbestandsebene mit der Erkenntnis verharren, dass (womöglich) wesentliche Unterschiede bestehen, sondern ist sodann auf nächster Ebene zu prüfen, ob die konkrete Ungleichbehandlung im Hinblick auf deren Intensität gerechtfertigt ist. Ausgehend von den beiden Ordnungssystemen, werden diese sohin auf ihre Verschiedenartigkeiten und Gemeinsamkeiten zu überprüfen sein, wobei ein solcher Vergleich nur unter Bedachtnahme auf das gesamte Ordnungssystem erfolgen kann. Möglicherweise hat der Gesetzgeber eine punktuelle Schlechterstellung der einen Personengruppe durch eine Besserstellung in einem anderen Bereich ausgeglichen,

⁵⁰⁸ Vgl. VfGH 27.06.1984 G 75/83.

⁵⁰⁹ Exemplarisch seien genannt: VfSlg 5727/1968; VfSlg 8938/1980. Dazu auch: *Günther*, Verfassung 98.

⁵¹⁰ *Korinek*, FS Melichar 49f.

⁵¹¹ *Pöschl*, Gleichheit 310.

⁵¹² *Günther*, Verfassung 103.

sodass im Ergebnis eine Ausgewogenheit zwischen den Personengruppen zu konstatieren ist?

7.4.5 Judikatur des OGH zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung in den Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Invaliditätspension nach § 255 Abs 1 und Abs 3 ASVG

Der OGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass er gegen die Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung in den Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Invaliditätspension nach § 255 Abs 1 und Abs 3 ASVG keine Bedenken hat.⁵¹³ Die dabei seitens des Gerichtshofes dargelegten Argumente beschränken sich im Wesentlichen auf die bereits in den obigen Ausführungen genannten, insbesondere führt er dabei die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sowie die Legitimität einer Abkehr von einem einmal gewählten Ordnungsprinzip bei Vorliegen einer sachlichen Begründung ins Treffen. Wörtlich führte er dazu aus:

„Der Gesetzgeber hat nicht nur in den §§ 273 Abs 1, 255 Abs 1 einerseits und § 255 Abs 3 andererseits im Rahmen des ASVG für bestimmte Arbeitnehmer nach der Art der ausgeübten Tätigkeit eine Differenzierung vorgenommen (eine weitere ergibt sich nach §§ 273 Abs 3 und 255 Abs 4 auch aus dem Alter der Versicherten), sondern die Anspruchsvoraussetzungen aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit in den einzelnen Pensionsgesetzen (vgl. § 124 BSVG, § 133 GSVG) durch Festlegung von in ihrem Umfang sehr voneinander abweichenden Verweisungsfeldern geregelt. Die Differenzierung erfolgt dabei nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen – nach Berufsgruppen -, an gleiche Tatbestände (die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe) aber werden gleiche Rechtsfolgen geknüpft. Für eine Vorgangsweise nach Art. 140 Abs 1 B-VG sieht der Oberste Gerichtshof daher keine Veranlassung“.⁵¹⁴ Er führte weiters aus, dass die „unterschiedliche Regelung zum Großteil historisch gewachsen und für das österreichische Pensionsrecht in den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsfähigkeit charakteristisch ist.“ Der erkennende Senat hielt demnach daran fest, „dass die Differenzierung dabei nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen, nämlich nach Berufsgruppen (insbesondere nach den Gruppen der Selbständigen und Unselbständigen)

⁵¹³ SSV-NF 2/14;6/56 RS0054049.

⁵¹⁴ OGH 12.03.1991, 10 ObS61/91.

erfolgt und dass an gleiche Tatbestände – nämlich an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe – jeweils gleiche Rechtsfolgen geknüpft werden.“

7.5 Eigene Meinung zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Differenzierungen

Der Judikatur des VfGH zum Sozialversicherungsrecht ist zu entnehmen, dass dieser die allgemeinen Unterschiede zwischen den einzelnen Berufsgruppen als ausreichend ansieht, um von verschiedenen Ordnungssystemen auszugehen und damit einhergehend unterschiedliche Regelungen zu treffen. Dieses „dogmatische Festhalten“ ist nicht zuletzt angesichts der jüngsten Bemühungen um Gleichstellung im Arbeitsrecht, Stichwort Entgeltfortzahlung, zu hinterfragen, da man das Bestreben nach Vereinheitlichung der Arbeitnehmer quasi als Gebot der Zeit längst nicht mehr leugnen kann. Man kann dem Gesetzgeber nicht vorwerfen, dass er dieses Bestreben im Sozialversicherungsrecht gänzlich außer Acht gelassen hat, mit dem BudgetbegleitG wurde die qualifizierte Ausübung der Angestelltentätigkeit für die Erlangung des Berufsschutzes normiert und hat damit ein Äquivalent zur Rechtslage bei Facharbeitern geschaffen. Seit diesem Zeitpunkt sind weiterführende Angleichungsbestrebungen im Sozialversicherungsrecht auf gesetzgeberischer Ebene nicht zu erkennen gewesen, wodurch eine gewisse Statussymbolik am Leben erhalten bleibt. Seitens der Praxis wurden Maßnahmen gesetzt um die Auswirkungen des (fehlenden) Berufsschutzes insbesondere im Rehabilitationsrecht abzufedern, doch vermag das an der grundlegenden Problematik des Berufsschutzes nichts zu ändern. Das Zögern des Gesetzgebers zur gänzlichen Beseitigung des Berufsschutzes ist insofern auch verwunderlich, als bereits im Rahmen einer Studie der OECD⁵¹⁵ im Jahr 2015 festgestellt wurde, dass der Berufsschutz geringqualifizierte Personen weitgehend von der beruflichen Rehabilitation ausschließt. Ebenso gelangt der Rechnungshof in seinem Bericht zur „Invaliditätspension Neu“ zu der Erkenntnis, dass „die Definition des Berufsschutzes entscheidende Bedeutung“ hat.⁵¹⁶ Die Rufe nach einer Reform der „starr berufsständischen Ausrichtung des Berufsschutzes“ sind auch aus der Lehre zu vernehmen, *Resch* nimmt die Differenzierungen jedenfalls als „unbefriedigend“⁵¹⁷ wahr. Die Autorin möchte dieser Empfindung noch eine verfassungsrechtliche Bedeutung beimessen, als die folgenden Ausführungen

⁵¹⁵ OECD (2015), „Assessment and recommendations“ in Mental Health and Work; Austria OECD Publishing, Paris.

⁵¹⁶ Bericht des Rechnungshofes „Invaliditätspension Neu“ Reihe BUND 2017/33, 69.

⁵¹⁷ *Resch* in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm ASVG Vor § 253e Rz 2.

verdeutlichen sollen, dass sich hier durchaus eine Sachlichkeitsprüfung anbietet um etablierte Prinzipien einer kritischen Analyse zu unterziehen.

Nachdem sich der VfGH mithilfe des Verweizens auf die Ordnungssystemjudikatur der Frage nach der Vergleichbarkeit von Sachverhalten entzieht, gilt es diese in einem ersten Schritt herauszuarbeiten. Diese bedeutsame Vorfrage setzt Kenntnisse über die tatsächlichen Gegebenheiten voraus, ihr ist daher besonderes Augenmerk zu schenken. Die Ermittlung der Eigenheiten der jeweils geregelten Sachverhalte sind Basis um sie – mit samt ihren Spezifika – zu vergleichen und sodann im Lichte der Sachgerechtigkeit zu bewerten.

7.5.1 Vergleichbarkeit der Regelungen zum VF der geminderten AF

Einleitend ist zu prüfen, ob die Regelungen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit eine Ungleichbehandlung von Personengruppen beinhalten, wobei hier mehrere Möglichkeiten in Betracht kommen können, da der persönliche Anwendungsbereich mehrfach untergliedert ist. Sind Ungleichbehandlungen ausschließlich zwischen den Berufszweigen („horizontale Betrachtung“) oder auch innerhalb eines Berufszweiges („vertikale Betrachtung“) festzustellen? Um sich nicht des Vorwurfs eines Vergleichs von „Äpfel mit Birnen“ auszusetzen, verlangt dieser Punkt der Gleichheitsbetrachtung große Aufmerksamkeit. Hier liegt gewissermaßen der „mühevollen“ Teil der Untersuchung, da nur vergleichbare Sachverhalte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen eine rechtliche Ungleichbehandlung darstellen. Nach welchen Gesichtspunkten ist nun vorzugehen?

Sind Arbeiter mit abgeschlossener Lehre und qualifizierter Ausbildung wesentlich ungleich zu jenen, die keine abgeschlossene Lehre oder diesen erlernten Beruf nicht in qualifizierten Maße ausgeübt haben? Sind Angestellte, die einfache Tätigkeiten ausüben und Berufsschutz haben wesentlich ungleich zu Arbeitern, die ähnliche Tätigkeiten ausüben und keinen Berufsschutz ausüben? Diese Fragen lassen sich nicht isoliert betrachtet beantworten, sie sind im jeweiligen Kontext zu sehen, andernfalls käme man hier rasch zum Ergebnis, dass diese Personen schon alleine aufgrund ihrer unterschiedlichen Qualifikationen nicht für einen Vergleich geeignet sind. Die Bestimmung des § 255 ASVG verfolgt den Schutz vor den Folgen einer körperlich bzw. geistig bedingten Herabsetzung der Arbeitsfähigkeit, d.h. es muss sich um eine aus gesundheitlichen Gründen minimierte bzw. gänzlich wegfallende Arbeitsfähigkeit handeln.

§ 255 ASVG legt im Rahmen seiner sieben Absätze die Invalidität für unterschiedliche Versichertengruppen fest. Gemeinsam ist diesen Versicherten ihre Zugehörigkeit zur Pensionsversicherung der Arbeiter, der Unterschied zwischen ihnen liegt in der Zuordnung

zur Subkategorie Fach- bzw. Hilfsarbeiter. Diese wiederum ist davon abhängig, ob der Versicherte eine Ausbildung abgeschlossen hat und eine entsprechend qualifizierte Tätigkeit auch tatsächlich ausgeübt hat: konzentriert man sich in einem ersten Schritt zunächst ausschließlich auf die in den Tatbeständen normierten Lebenssachverhalte, so beschreibt der Absatz 1 gewissermaßen den „Idealtypus“ eines der Pensionsversicherung der Arbeiter zugehörigen Versicherten. Der Facharbeiter erfüllt sowohl ein quantitatives („überwiegend“) als auch ein qualitatives Erfordernis („in erlernten oder angelernten Berufen“). Der Absatz 2 beschreibt den sog. angelernten Arbeiter, dem es zwar an entsprechender beruflicher Ausbildung mangelt, aber die von ihm tatsächlich ausgeübte Tätigkeit diesen Mangel zu substituieren vermag. Der Absatz 3 bildet jene Versicherten ab, die nicht überwiegend eine qualitative Tätigkeit ausüben („Hilfsarbeiter“), wobei Absatz 3a für unqualifizierte Versicherte ab dem 50. Lebensjahr, mit stark medizinisch eingeschränktem Leistungskalkül und schlechter Arbeitsmarktprognose ein besonderer Sachverhalt normiert wurde.

Nach Absatz 4 gelten Versicherte invalid, die das 60. Lebensjahr vollendet haben und aufgrund von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner (ihrer) körperlichen oder geistigen Kräfte außer Stande ist, einer Tätigkeit, die er (sie) in den letzten 180 Kalendermonate vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, nachzugehen. Dabei sind zumutbare Änderungen dieser Tätigkeit zu berücksichtigen. In Absatz 6 sind die Versicherten, denen Maßnahmen der Rehabilitation gewährt wurden erfasst, die im Falle erfolgreicher Rehabilitation auch dann als invalid gelten, wenn ihre Arbeitsfähigkeit in den Berufen, zu denen ihn (sie) die Rehabilitation befähigt hat, infolge (ihres) seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist. Schließlich sieht Absatz 7 noch jene Konstellation vor, dass Invalidität bereits vor der erstmaligen Aufnahme einer die Pflichtversicherung begründenden Beschäftigung infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner (ihrer) körperlichen oder geistigen Kräfte außer Stande war, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen, dennoch aber mindestens 120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung auf Grund einer Erwerbstätigkeit [...] erworben hat.

Bei der sogenannten „originären Invalidität“ stellt der Gesetzgeber bei der Beurteilung der Frage des Eintritts in das Berufs- bzw. Erwerbsleben ausdrücklich auf die erstmalige Aufnahme einer die Pflichtversicherung begründenden Beschäftigung ab, welche – anders als bei der Beurteilung eines allfälligen Berufsschutzes – oftmals bei Beginn der Lehrzeit zu sehen ist. An dieser Stelle gilt es eine erste Zwischenbilanz zu ziehen, da die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Invalidität eine Konsequenz dessen sind, dass

sich das Ausmaß der gesundheitlichen Einschränkung an unterschiedlichen Vergleichsgrößen bemisst. Die Trennlinie zwischen den verschiedenen Fallgruppen bildet der Berufsschutz. Bei den Versichertengruppen der Ziffern 1 und 2 wird die gesundheitliche Einschränkung anhand eines gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung mit gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten gemessen. Die Vergleichsbasis ist dadurch stark eingeschränkt, der Blickwinkel zur Beurteilung der Frage, welche Berufe dem Versicherten noch zugemutet werden können, beschränkt sich auf Tätigkeiten, die in Ausbildung und Aufgabenstellung dem bisherigen Beruf gleichkommt.

Die Absätze 1 und 2 regeln ähnliche Sachverhalte, als sowohl Versicherten mit Abschluss einer Ausbildung als auch jenen ohne Abschluss, dafür mit nachgewiesener Ausbildung und Dauer („angelernt“), ein identer Invaliditätsbegriff zugrunde liegt. Als Rechtsfolge dieser Gleichartigkeit kommt diesen beiden Fallgruppen Berufsschutz zu mit den bekannten Auswirkungen auf das Verweisungsfeld. Kann der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen nicht die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt für gesunde Versicherte regelmäßig erzielbare Lohnhälfte erreichen, liegt Invalidität iS des Absatz 1 oder 2 vor. An die Bestimmung des § 255 Abs 3 knüpft sich hingegen eine wesentlich andere Rechtsfolge: hier liegt Invalidität erst dann vor, wenn der Versicherte nicht mehr in der Lage ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgeltes zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt. Hier liegt ein Systembruch dahingehend vor, als der Gesetzgeber anstelle der Heranziehung einer gesunden Vergleichsperson, auf das Erreichen einer bestimmten Verdienstgrenze abstellt. Dies ist ein bedeutender Unterschied in den Rechtsfolgen, da die Arbeitsfähigkeit von Versicherten, die unter die Ziffer 3 zu subsumieren sind, anhand von Verdienstmöglichkeiten gemessen wird.

Ähnlich stellt sich die Ausgestaltung der Berufsunfähigkeit des § 273 ASVG dar, in welchem an mehreren Stellen ein Verweis auf die korrespondierenden Bestimmungen im Invaliditätsrecht erfolgt. Absatz 1 normiert den Angestellten, der kraft Ausbildung und Dauer der qualifizierten Ausübungsdauer berufsgeschützt ist. Im Unterschied zum Invaliditätsrecht kennt die PV der Angestellten keinen angelernten Angestellten, jedoch einen nicht qualifiziert tätigen Angestellten, dem – analog zu § 255 Abs 3. ASVG – als „Hilfsangestellter“ kein Berufsschutz zukommt. In § 273 Abs 3 wird sodann explizit auf die Geltung von § 255 Abs 3a und 3b sowie Abs 4 bis 7 verwiesen.

Das Differenzierungskriterium findet sich im Gesetzestext selbst, der Gesetzgeber hat „die überwiegende Tätigkeit in einem erlernten bzw. angelernten Beruf“ in § 255 Abs 1 und 2 ASVG als solches normiert. Auch die in § 273 normierte Berufsunfähigkeit stellt auf eine

Erwerbstätigkeit als Angestellte(r) oder eine solche nach § 255 Abs 1 ab. An dieser Stelle gilt es sich in Erinnerung zu rufen, dass der Verfassungsgerichtshof die Auffassung vertritt, „dass alle Pflichtversicherten eine Risikogemeinschaft darstellen“, in der sich das Gemeinschaftsgefüge dadurch auszeichnet, dass ein solidarischer Ausgleich zwischen sozial/wirtschaftlich Bessergestellten und Schwächeren erfolgt. Versicherte, die einem höheren Risiko von Invalidität ausgesetzt sind, sind ebenso Teil der Versichertengemeinschaft, wie Versicherte mit einem geringen (geringeren) Risiko von Invalidität (Berufsunfähigkeit).

In seinem Judikat zur Zulässigkeit eines finanziellen Ausgleichs zwischen verschiedenen Versichertengruppen hat er einen solchen nur dort als zulässig erachtet, wo ein Ausgleich innerhalb einer von verschiedenen Risikogemeinschaften im engeren Sinn gebildeten Risikogemeinschaft im weiteren Sinn erfolgt. Er betonte weiters die Notwendigkeit einer Homogenität der versicherten Risiken, für die die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe entscheidend sei. Dass sich eine Risikogemeinschaft nicht uferlos erweitern lässt und nicht alle Sozialversicherten eine große gemeinsame Risikogemeinschaft bilden, hat der VfGH im Rahmen seiner späteren Judikatur mehrmals erkannt, indem er festgestellt hat, dass „die Angehörigen eines Berufsstandes eine Riskengemeinschaft bilden, in der der Versorgungsgedanke im Vordergrund steht.“⁵¹⁸ Die Riskengemeinschaft besteht aus den Angehörigen eines Berufsstandes, die durch ein gemeinsames Risiko miteinander verbunden sind. Wer diesem Berufsstand angehört, gehört auch der Risikogemeinschaft an. Das verdeutlicht, dass jemand als Angehöriger eines Berufsstandes eine Erwerbstätigkeit ausübt (ausgeübt hat), die einerseits Voraussetzung für die Miteinbeziehung in eine sozialversicherungsrechtliche Riskengemeinschaft ist und andererseits Risiken birgt, die der Gesetzgeber als schützenswert erachtet. Weniger deutlich geht hingegen die Abgrenzung der einzelnen Versicherungsgruppen daraus hervor. Der VfGH hat die im Tatsächlichen bestehenden Unterschiede zwischen Selbständigen und Unselbständigen als Argument angeführt um differenzierende Regelungen, unter bestimmten Umständen, als geboten anzusehen. Er hat in diesem Erkenntnis auch eine von der allgemeinen Regelung abweichende Zuständigkeit für eine bestimmte Berufsgruppe sowie Unterschiede in der Entrichtung der Beiträge und der Erbringung der Leistungen als nicht bedenklich angesehen. Die Beschreibung der Verschiedenartigkeit von Selbstständigen und Unselbstständigen fällt im zitierten Judikat eher spärlich aus und ist – soweit ersichtlich – auch aus der sonstigen einschlägigen Judikatur nicht viel zu gewinnen, ein Vergleich der beiden tatsächlichen Situationen der

⁵¹⁸ VfGH 14.03.2002, G 217/02 ua.

Berufsgruppen (von Arbeitern und Angestellten) wurde nicht angestellt. Die Heterogenität des Leistungssystems wird häufig mit der unterschiedlichen Entstehungsgeschichte der einzelnen Systeme begründet, daraus lassen sich jedoch keine Ableitungen für die geforderten Unterschiede im Tatsächlichen vornehmen, die im Hinblick auf die Leistungen aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit wesentlich sind.

Um der Frage der Sachlichkeit der Differenzierung einen Schritt näher zu kommen, ist es jedenfalls erforderlich, den Gegenstand der Regelung herauszuarbeiten und die Systemgrundsätze, in welche diese Regelungen eingebettet wurden, zu beachten. Einer dieser Grundsätze, jener der Riskengemeinschaft, wurde oben bereits angeführt. Ein weiterer ist der Grundsatz der Pflichtversicherung mit ihrem typischen Merkmal, dass den Versicherten kein Wahlrecht im Hinblick auf ihre Zugehörigkeit zusteht. Umso weniger Freiwilligkeit zugestanden wird, desto höher muss – zumindest nach Gerechtigkeitsgesichtspunkten – eine Identität der Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung von Leistungen das Ziel sein um die Akzeptanz des Systems und das Vertrauen in dieses herzustellen.

7.5.1.1 Zweck der Bestimmungen

Die Bestimmungen über den VF der geminderten AF haben per se nicht den Zweck eine Ausbildung oder bestimmte Berufe zu privilegieren, sondern sie sollen vor den Auswirkungen einer herabgesenkten Arbeitsfähigkeit schützen. Es ist jedoch nicht zu leugnen, dass der Berufsschutz genau diese Schutzwirkung bei der Frage der Verweisung entfaltet. Jedoch soll der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit den, durch den Ausfall der Arbeitskraft entfallenden Arbeitsverdienst (nahezu) ersetzen und den Versicherten damit ein existenzgesichertes Leben sichern. Unter Arbeitsfähigkeit ist jene Fähigkeit zu verstehen, „wirtschaftliche Güte als Gegenleistung für Arbeit“ zu erhalten.⁵¹⁹ Im Bereich der Pensionsversicherung kommt es darauf an, dass der Versicherte aufgrund seiner geistigen/ körperlichen Gesundheit nicht mehr in der Lage ist, durch Einsatz seiner Arbeitskraft einer Tätigkeit nachzukommen. Nachdem nicht jede gesundheitliche Einschränkung zu einer Pension führen soll, hat der Gesetzgeber „bestimmte Grenzen“ festgelegt, die als Wegweiser für das weitere rechtliche Schicksal dienen. Bis zum Erreichen dieser Grenze liegt der Fokus des Gesetzgebers im Verbleib des Versicherten im Arbeitsprozess – auch in einem anderen Beruf – bei Überschreiten der Grenze ist der Telos die wirtschaftliche Absicherung des Versicherten durch eine Geldleistung. Der Gesetzgeber hat sich daher für ein „Alles- oder Nichts-Prinzip entschieden, d.h. Ablehnung

⁵¹⁹ Schrammel, ZAS 1984, 83.

oder Gewährung der Geldleistung. Diese Grenzen wurden vom Gesetzgeber nicht nur unterschiedlich benannt – Invalidität und Berufsunfähigkeit – sie wurden auch auf „unterschiedlichem Niveau“ festgelegt, d.h. der Weg bis zum Eintritt des Versicherungsfalles Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit ist unterschiedlich lange oder mit anderen Worten an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Dass es bis dahin auch unterschiedliche Möglichkeiten für die Versicherten zur Teilnahme am Arbeitsleben – Stichwort: berufliche Rehabilitation oder Verweisung – gibt, haben die obigen Ausführungen bereits umfangreich gezeigt.

7.5.1.2 Unterschiede im Tatsächlichen

In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob bei horizontaler bzw. vertikaler Betrachtung solche wesentlichen Unterschiede zwischen den Personengruppen bestehen, die man bislang für eine Ungleichbehandlung ins Treffen geführt hat (Stichwort: besondere Vertrauensstellung des Angestellten im Betrieb)? Es wurde bereits zu Beginn der Arbeit ausführlich dargestellt, dass sich der Angestelltenstatus aus den Gehilfen in (kaufmännischen) Unternehmen abgeleitet haben, die Arbeiter eher aus dem ländlichen Bereich in Form der Landarbeiter oder dem Handwerkertum entstanden sind. Die Tätigkeitsinhalte waren auf Seiten der Angestellten in erster Linie „geistiger Natur“, auf Seiten der Arbeiter „manueller Natur“, woraus sich unterschiedliche Risiken für die Gesundheit und damit Arbeitsfähigkeit ableiten ließen.

7.5.1.2.1 Unterschiedliche Risiken

Auf der Suche nach einer sachlichen Rechtfertigung für die Differenzierung kann auch die Frage, ob möglicherweise einer Versichertengruppe „bessere Risiken“ zugeschrieben werden können, von Bedeutung sein? Eine Sachlichkeit könnte dann dem Umstand entkommen werden, dass die eine Gruppe ein signifikant höheres Risiko aufweist als die andere und der Gesetzgeber – in Ausübung seines ihm zustehenden Gestaltungsrechts - den Zugang zur Pensionsleistung anders gestaltet? Die Streuung der Risiken ist breit und verteilen sich sämtliche Indikationen auf alle Versichertengruppen und kann eines vorweg festgehalten werden: die Risiken wandeln sich ebenso im Lauf der Zeit wie die Berufsbilder und deren Tätigkeitsinhalte. Die Einschränkungen im Stütz- und Bewegungsapparat weichen zunehmend den psychischen Erkrankungen, die vormals vorhandenen Berufsgruppenspezifika (deutliches Überwiegen von psychischen Erkrankungen im Angestelltenbereich) nehmen deutlich ab.

PV-Zweig: Angestellte Monat: Jänner - September											Geschlecht: Männer und Frauen Jahrgang *) ALLE
Alle BU/IV-Pensionen (dauernd und befristet) 11. Neuzugang BU/IV-Pensionen - Vergleich Jahr 2018 / 2019											
2018	Wien	NÖ	Bgld	OÖ	Stmk	Ktn	Slbg	Tir	Vlb	Ausl	Gesamt
Bewegungsapparat	131	51	17	57	65	82	38	43	25	14	523
Psychiatrische Krankheiten	413	148	47	252	269	143	68	116	88	55	1.599
Herz-Kreislauferkrankungen	77	61	24	39	45	35	22	28	13	11	355
Krebs	117	121	24	97	81	38	32	45	29	22	606
Krankheiten des Nervensystems	52	38	11	47	40	24	17	19	12	11	271
Stoffwechselerkrankungen	21	30	5	14	8	6	14	11	3	4	116
Lungenerkrankungen	23	10	2	8	10	3	5	12	4	2	79
Unfall	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Sonstige	60	37	4	21	62	15	14	15	11	6	245
Gesamt	895	496	134	535	580	346	210	289	185	125	3.795
2019	Wien	NÖ	Bgld	OÖ	Stmk	Ktn	Slbg	Tir	Vlb	Ausl	Gesamt
Bewegungsapparat	126	71	15	56	55	59	27	32	19	19	479
Psychiatrische Krankheiten	553	175	40	288	268	151	70	130	151	50	1.876
Herz-Kreislauferkrankungen	84	53	11	40	49	27	17	25	14	17	337
Krebs	116	101	28	86	73	35	30	37	27	23	556
Krankheiten des Nervensystems	72	55	11	45	44	27	11	20	14	11	310
Stoffwechselerkrankungen	37	27	3	22	16	13	11	8	5	5	147
Lungenerkrankungen	27	11	3	12	5	7	6	8	3	3	85
Unfall	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Sonstige	51	41	12	32	32	16	9	17	7	2	219
Gesamt	1.066	534	123	581	542	335	181	277	240	130	4.009

*) Für Vergleichsmöglichkeit wurde im Zugangsjahr vor 2014 der Jahrgang 1963 herangezogen (Darstellung der Veränderung in gleicher Altersgruppe)

Abbildung 23 – Neuzugänge BU/IV Pensionen 2018/2019 (Angestellte)

Quelle: PVA (2020)

Krankheitsgruppen	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Krankheiten des Bewegungsapparates	1.750	1.394	1.448	1.342	1.288	1.165	1.282	1.182	1.094	944	635	761	725	683	479
Psychiatrische Krankheiten	2.376	2.489	2.612	3.012	3.113	3.181	3.284	3.069	3.134	2.205	1.734	2.361	2.333	2.078	1.876
Herz- und Kreislauferkrankungen	855	711	698	604	648	676	573	580	557	519	424	468	434	450	336
Krebs	747	721	802	806	761	776	810	809	805	671	610	736	712	769	556
Krankheiten des Nervensystems	391	434	389	389	408	432	397	422	366	308	286	371	382	348	310
Sonstige Ursachen	1.067	987	872	951	935	915	847	843	821	684	545	619	656	565	452
Gesamtergebnis	7.188	6.736	7.019	7.104	7.153	7.145	7.193	6.905	6.777	5.331	4.234	5.317	5.242	4.893	4.009

Abbildung 24 – Zeitliche Entwicklung der Krankheitsgruppen (Angestellte)

Quelle: PVA (2020)

PV-Zweig: Arbeiter											Geschlecht: Männer und Frauen
Alle BU/IV-Pensionen (dauernd und befristet)											Jahrgang *) ALLE
Monat: Jänner - September											
11. Neuzugang BU/IV-Pensionen - Vergleich Jahr 2018 / 2019											
2018	Wien	NÖ	Bgld	OÖ	Stmk	Ktn	Slbg	Tir	VLbg	Ausl	Gesamt
Bewegungsapparat	363	162	54	207	188	168	53	126	43	99	1.463
Psychiatrische Krankheiten	488	188	73	400	425	226	85	166	169	86	2.306
Herz- Kreislauferkrankungen	182	114	28	104	114	65	33	62	16	108	826
Krebs	145	129	27	132	81	63	49	69	26	58	779
Krankheiten des Nervensystems	68	53	14	61	66	40	19	28	14	27	390
Stoffwechselerkrankungen	65	41	14	60	38	17	21	25	5	30	316
Lungenerkrankungen	73	31	4	26	46	15	12	37	7	7	258
Unfall	2	-	-	1	-	-	-	-	-	-	3
Sonstige	102	50	15	51	130	29	15	46	18	27	483
Gesamt	1.488	768	229	1.042	1.088	623	287	559	298	442	6.824
2019	Wien	NÖ	Bgld	OÖ	Stmk	Ktn	Slbg	Tir	VLbg	Ausl	Gesamt
Bewegungsapparat	314	146	45	196	187	165	81	97	60	104	1.395
Psychiatrische Krankheiten	665	237	70	470	416	166	120	199	246	119	2.698
Herz- Kreislauferkrankungen	210	134	32	133	114	73	43	44	27	104	914
Krebs	149	116	22	126	106	47	33	68	42	61	770
Krankheiten des Nervensystems	71	39	8	62	63	33	14	22	17	34	363
Stoffwechselerkrankungen	76	42	13	62	31	23	22	13	8	22	312
Lungenerkrankungen	73	47	4	44	33	15	18	35	9	11	289
Unfall	3	-	2	1	-	-	-	-	-	2	8
Sonstige	109	41	12	56	82	24	16	24	23	28	415
Gesamt	1.670	802	208	1.150	1.032	536	347	502	432	485	7.164

*) Für Vergleichsmöglichkeit wurde im Zugangsjahr vor 2014 der Jahrgang 1963 herangezogen (Darstellung der Veränderung in gleicher Altersgruppe)

Abbildung 25 - Neuzugänge BU/IV Pensionen 2018/2019 (Arbeiter)

Quelle: PVA (2020)

Krankheitsgruppen	Jr	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Krankheiten des Bewegungsapparates		6.254	5.749	5.722	5.566	5.723	5.144	5.002	4.799	3.783	3.266	2.249	2.424	2.093	1.926	1.395
Psychiatrische Krankheiten		4.574	5.073	5.416	5.337	5.456	5.380	5.181	4.797	4.738	3.092	2.677	3.641	3.624	3.094	2.698
Herz- und Kreislaufkrankungen		2.572	2.464	2.363	2.261	2.178	1.950	1.923	1.725	1.685	1.400	1.133	1.239	1.161	1.104	913
Krebs		1.417	1.381	1.368	1.366	1.497	1.367	1.307	1.356	1.301	1.088	973	1.077	1.120	1.035	770
Krankheiten des Nervensystems		675	618	602	642	618	557	546	553	533	428	382	471	491	499	363
Sonstige Ursachen		3.235	3.048	2.897	2.860	2.793	2.550	2.459	2.298	2.164	1.659	1.271	1.537	1.492	1.372	1.025
Gesamtergebnis		18.727	18.333	18.368	18.042	18.265	16.948	16.418	15.528	14.204	10.933	8.685	10.389	9.981	9.030	7.164

Abbildung 26 - Zeitliche Entwicklung der Krankheitsgruppen (Arbeiter)

Quelle: PVA (2020)

Das Risiko einer Erkrankung des Stütz- und Bewegungsapparates ist demnach für Arbeiter– seit jeher – deutlich höher als für Angestellte. Herz-/Kreislaufkrankungen sind bei Arbeitern häufiger aufgetreten als bei Angestellten, überraschend stellt sich die Entwicklung bei den psychischen Erkrankungen dar. Diese galten lange Zeit als „typischerweise“ bei den Angestellten diagnostizierte Erkrankung, seitens der PVA lässt sich ab dem Jahr 2015 ein Wechsel an der Spitze feststellen als die psychischen Erkrankungen nunmehr die höchsten Zuerkennungszahlen im Bereich der Arbeiter (2.484 Zuerkennungen Psych. versus 2.122 Zuerkennungen Bewegungsapparat) aufweisen.⁵²⁰.

Erstantrag BU/IV ab Jahrgang 1964	Jänner bis Dezember 2017										Angestellte Männer und Frauen
	WIEN	WIEN-ZV	NÖ	BGLD	OÖ	STMK	KTN	SLBG	TIR	VLBG	PVA-GES
Ablehnungen	1.369	297	1.347	200	662	885	432	281	434	181	6.088
keine BU-IV	606	87	718	101	317	320	160	115	189	56	2.669
Angest. mit Berufsschutz	145	20	249	23	75	127	22	30	49	18	758
Angest. ohne Berufsschutz	255	44	259	51	154	143	29	33	67	18	1.053
erlernter Beruf	45	11	96	9	30	19	23	11	37	4	285
nicht erlernter Beruf	161	12	114	18	58	31	86	41	36	16	573
Keine Angabe	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
vorüb.BU/IV - beruf.REHAB	2	-	2	-	-	2	1	1	-	-	8
Angest. mit Berufsschutz	1	-	1	-	-	2	1	1	-	-	6
Angest. ohne Berufsschutz	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
erlernter Beruf	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
nicht erlernter Beruf	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Keine Angabe	1	-	1	-	-	-	-	-	-	-	2
vorüb.BU/IV - med.REHAB	591	136	526	94	301	497	251	134	210	116	2.856
Angest. mit Berufsschutz	199	52	228	41	64	223	51	38	45	45	986
Angest. ohne Berufsschutz	187	43	139	29	123	185	30	30	58	23	847
erlernter Beruf	65	15	84	11	17	33	44	24	43	11	347
nicht erlernter Beruf	104	20	53	8	45	38	107	23	44	27	469
Keine Angabe	36	6	22	5	52	18	19	19	20	10	207
alle restlichen Ablehnungen	170	74	101	5	44	66	20	31	35	9	555

Abbildung 27 – Ablehnungsgründe bei Erstanträgen auf BU-Pension (Angestellte)

Quelle: PVA (2018)

Die Ablehnungen von erstmaligen Anträgen auf eine BU-Pension sind im Bereich der Angestellten vorrangig bei Angestellten ohne Berufsschutz, da auch diese – analog zu den Arbeitern ohne Berufsschutz – weitreichend verwiesen werden können und das Ergebnis der medizinischen Untersuchung ein vorhandenes Restleistungskalkül für einen dieser Verweisungsberufe ergeben hat. Knapp 14% der Angestellten, die erstmals einen Antrag stellen, haben keinen Berufsschutz und besitzen noch eine Leistungsfähigkeit, die es ihnen ermöglicht eine auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt bewertete Tätigkeit auszuüben. Ein nahezu vernachlässigbarer Anteil ist berufsunfähig im bisherigen Beruf und unterzieht sich einer beruflichen Rehabilitation, der Großteil der Antragsteller – hier hält sich zwischen

⁵²⁰ Abteilung Hauptstelle Statistik und Controlling der PVA, IP Monitoring-Bericht, Berichtsjahr 2015.

Angestellten mit und ohne Berufsschutz die Waage – ist vorübergehend berufsunfähig, erhält jedoch eine medizinische Rehabilitation und ist demnach Reha-GeldbezieherIn.

Erstantrag BU/IV ab Jahrgang 1964	Jänner bis Dezember 2017										Arbeiter Männer und Frauen
	WIEN	WIEN-ZV	NÖ	BGLD	OÖ	STMK	KTN	SLBG	TIR	VLBG	PVA-GES
Ablehnungen	2.655	1.013	2.018	338	1.655	1.884	1.016	566	1.025	504	12.674
keine BU-IV	1.570	423	1.178	198	927	894	570	316	580	203	6.859
Angest. mit Berufsschutz	1	2	9	1	7	1	1	2	2	2	28
Angest. ohne Berufsschutz	5	1	5	-	2	2	-	2	-	-	17
erlernter Beruf	48	14	105	10	42	58	10	14	41	16	358
nicht erlernter Beruf	1.516	404	1.059	187	876	833	559	298	537	185	6.454
Keine Angabe	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	2
vorüb.BU/IV - beruf.REHAB	3	2	3	-	12	7	3	1	2	-	33
Angest. mit Berufsschutz	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Angest. ohne Berufsschutz	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
erlernter Beruf	3	-	2	-	9	6	2	-	2	-	24
nicht erlernter Beruf	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Keine Angabe	-	2	1	-	3	1	1	1	-	-	9
vorüb.BU/IV - med.REHAB	762	201	675	108	552	814	368	169	366	255	4.270
Angest. mit Berufsschutz	2	6	11	2	3	5	2	1	-	3	35
Angest. ohne Berufsschutz	4	2	3	-	3	-	-	-	1	-	13
erlernter Beruf	45	13	106	11	30	72	34	13	27	16	367
nicht erlernter Beruf	653	170	520	88	425	711	283	118	299	220	3.487
Keine Angabe	58	10	35	7	91	26	49	37	39	16	368
alle restlichen Ablehnungen	320	387	162	32	164	169	75	80	77	46	1.512

Abbildung 28 – Ablehnungsgründe bei Erstanträgen auf IV-Pension (Arbeiter)

Quelle: PVA (2018)

Bei den Ablehnungen im Bereich der Arbeiter (ab Jahrgang 1964) entstammt die größte Gruppe den Arbeitern, die nicht im erlernten Beruf tätig waren, demnach den Hilfsarbeitern, mit knapp 51%. Rund 1/3 der Antragsteller weisen eine vorübergehende Invalidität auf und wurde zwar die Pensionsleistung abgelehnt, jedoch eine medizinische Rehabilitationsmaßnahme (damit verbunden Reha-Geld) gewährt. Dieses Drittel setzt sich zu mehr als 80% aus Personen ohne erlernten Beruf zusammen. Konkret sind das Versicherte ohne Berufsschutz, deren Gesamtleistungskalkül für den allgemeinen Arbeitsmarkt vorübergehend mehr als sechs Monate nicht aus, eine Besserung des Gesundheitszustandes ist jedoch nicht ausgeschlossen, weshalb der Krankheitsverlauf abgewartet wird, allenfalls eine Gewöhnung an den Leidenszustand erfolgt und eine Ablehnung des Pensionsantrags bei gleichzeitigem Rechtsanspruch auf medizinische Rehabilitation folgt.⁵²¹ Es handelt sich dabei in erster Linie um Personen mit derart weitreichenden psychischen bzw. physischen Einschränkungen, dass auch im Zeitpunkt der Beurteilung des Gesundheitszustands durch den PV-Träger keine einfache Tätigkeit im Sitzen, mit gelegentlichem Haltungswechsel und ohne Zeitdruck zumutbar ist (typischerweise die Verweisung auf einen Museumswärter). Nur wenn eine Besserung dieses Zustandes ausgeschlossen werden kann, gebührt die Dauerpensionsleistung.

⁵²¹ Bei Jahrgängen bis 1963 erfolgt anstelle dessen die Zuerkennung einer befristeten IV-Pension.

<i>PV-Zweig:</i> Angestellte													<i>Geschlecht:</i> Männer und Frauen
<i>Bundesland:</i> PVA-Gesamt													
6. Zuerkennungen REHAB-Geld (inkl. Weitergewährungen) - 2019													
Altersgruppen	Jän	Feb	Mär	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez	Gesamt
bis 24	10	10	12	13	14	4	12	8	6	12	10	-	111
25 - 29	14	21	10	18	18	9	13	16	20	19	13	-	171
30 - 34	16	35	29	27	25	18	20	14	15	19	22	-	240
35 - 39	30	35	29	37	32	31	48	29	24	31	36	-	362
40 - 44	47	32	38	38	29	34	41	35	31	30	34	-	389
45 - 49	68	61	51	44	56	35	57	53	43	65	67	-	600
50 - 54	101	86	86	103	91	75	81	70	62	76	92	-	923
ab 55	4	7	11	17	14	11	25	17	17	13	20	-	156
Gesamt	290	287	266	297	279	217	297	242	218	265	294	-	2.952

Abbildung 29 – Zuerkennungen Rehab-Geld 2019 (Angestellte)

Quelle: PVA (2020)

<i>PV-Zweig:</i> Arbeiter													<i>Geschlecht:</i> Männer und Frauen
<i>Bundesland:</i> PVA-Gesamt													
6. Zuerkennungen REHAB-Geld (inkl. Weitergewährungen) - 2019													
Altersgruppen	Jän	Feb	Mär	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez	Gesamt
bis 24	22	27	16	15	11	16	16	12	7	18	30	-	190
25 - 29	23	28	25	23	25	22	27	22	18	19	25	-	257
30 - 34	37	29	40	33	37	21	31	27	35	29	36	-	355
35 - 39	30	39	37	40	43	37	35	41	31	32	38	-	403
40 - 44	61	60	47	41	36	31	59	35	40	49	41	-	500
45 - 49	86	92	87	74	70	59	87	59	53	86	77	-	830
50 - 54	136	143	123	140	121	102	159	98	116	120	115	-	1.373
ab 55	2	11	13	27	28	26	31	25	29	37	27	-	256
Gesamt	397	429	388	393	371	314	445	319	329	390	389	-	4.164

Abbildung 30 – Zuerkennungen Rehab-Geld 2019 (Arbeiter)

Quelle: PVA (2020)

Mit knapp 32% weist die Altersgruppe der 50 bis 54-Jährigen die höchste Quote an Reha-Geldbeziehern im Bereich der Angestellten auf, auch bei den Arbeitern sind in diesem Alterssegment die meisten Bezieherinnen (mit 33%). Interessanterweise sind bei den Angestellten in sämtlichen Altersgruppen bedeutend mehr Bezieherinnen als Bezieher zu verzeichnen, bei den Arbeitern zeichnet sich ein umgekehrtes Bild, hier sind deutlich mehr Arbeiter als Arbeiterinnen vertreten. Von den insgesamt 2.952 Fällen (Angestellten) sind 2.076 weiblich, woraus sich ein Anteil von 70% ergibt, bei den Arbeitern beläuft sich der Anteil auf knapp 42% Frauen. Eine valide Erklärung für dieses „Phänomen“ lässt sich für die Autorin nicht finden. Ein weiteres „Phänomen“ lässt sich im Jahr 2019 beobachten, als ein starker Anstieg von Entziehungen des Reha-Geldes wegen Vorliegen dauernder BU/IV, den es in der Form bislang noch nicht gegeben hat, verzeichnen.⁵²² In 1.124 Fällen (=+46%) war anstelle des (bereits bezogenen) Reha-Geldes eine dauernde BU/IV-Pension zu gewähren, die Erklärung dafür kann aufgrund der Erstmaligkeit lediglich vermutet werden und dürfte mit der dahinterliegenden Indikation verbunden sein.

Psychische Krankheiten sind im Hinblick auf Diagnosesichtheit, Rehabilitationsmaßnahmen und Genesungsprognose mit größeren Unsicherheiten behaftet als andere Krankheitsgruppen und kann sich hier im Zuge einer Rehabilitationsmaßnahme eine negative Änderung wohl am ehesten ergeben. Im Vergleich zum Vorjahr ist auch die Zahl jener Personen, bei denen eine Entziehung des Reha-Geldes wegen fehlender Mitwirkung vorgenommen werden musste, prozentuell stark angestiegen (44 % =+51 Fälle). Die an die Einführung des Reha-Geldes gerichtete Erwartungshaltung, wonach es zu einem Umdenken in den Köpfen der BezieherInnen kommen möge, dürfte sich nur langsam bewahrheiten. In der Praxis stellt sich insbesondere der fehlende Arbeitsplatz im Anschluss als größte Hemmschwelle für die Motivation bzw. Durchführung einer Rehabilitationsmaßnahme dar.

In der Gesamtschau zeigt sich, dass die Risiken von Arbeitern und Angestellten gewissen Gemeinsamkeiten aufweisen: bei beiden Gruppen machen psychische Erkrankungen die häufigste Krankheitsgruppe bei den Neuzugängen (männlich und weiblich) aus. Mir erscheint es zulässig daraus abzuleiten, dass sich darin ein Wandel dahingehend ableiten lässt, als die „klassischen körperlichen Einschränkungen“ des Arbeiters den psychischen (ist gleich „mental“ ist gleich „geistig“) Krankheiten der Angestellten weichen. Ob sich der Wandel allein aufgrund der beruflichen Anforderungen erklären lässt, kann nicht mit abschließender Sicherheit festgestellt werden, wahrscheinlicher ist wohl ein Gemenge aus

⁵²² Die statistischen Auswertungen sind hier nur für eine Gesamtgruppe von Arbeitern und Angestellten verfügbar.

beruflichen und privaten Lebenssituationen. Dieser Schluss liegt insbesondere deswegen nahe, da sowohl bei Angestellten als auch bei Arbeitern Frauen in dieser Indikation deutlich häufiger invalid bzw. berufsunfähig werden als Männer. Bei männlichen Arbeitern liegen psychische Erkrankungen im Jahr 2018 mit 1.811 Neuzugangsfällen nur knapp vor den Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparates mit 1.121 Neuzugangsfällen, bei weiblichen Arbeiterinnen fällt dieses Delta (1.157 Fälle vs. 274 Fälle) deutlich größer aus. Ein Unterschied bei den Risiken betrifft deren Häufigkeit; aus dem Kreis der Arbeiter werden mehr Anträge (Jänner bis September 2019: 26.126 Pensionsanträge aus dem Zweig der Arbeiter, im gleichen Zeitraum 12.654 Anträge aus dem Zweig der Angestellten) gestellt und mehr Leistungen aus dem Titel zu erkannt, wobei sich diese höhere Quote aus den mehr als doppelt so hohen Antragszahlen logisch darstellt. Es stellt sich daher die Frage, ob die differenzierenden Anspruchsvoraussetzungen das Ziel verfolgen könnten, den Zustrom aus dem Kreis der Arbeiter zur IV-Pension hintan zu halten? Die größte Personengruppe bei den Ablehnungen ist jene der ungelernten Kräfte, gefolgt von jenen, die aufgrund ihres Gesundheitszustandes vorübergehend invalid sind und eine medizinische Rehabilitation absolvieren.

Eine Rechtfertigung durch spezifische Lebensrisiken von Arbeiter lässt sich den Zahlen mE nicht entnehmen, diese gleichen sich zunehmend an jene der Angestellten an. Der VfGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Sachlichkeit einer Regelung nicht an den Verhältnissen zum Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern zum Zeitpunkt der Entscheidung durch den VfGH bzw. der Verwirklichung des Sachverhaltes ankommt.⁵²³ Es ist daher nicht entscheidend, ob bei erstmaliger Normierung der Bestimmungen über die Anspruchsvoraussetzungen der Leistungen aus dem VF der geminderten AF Gründe für die Differenzierungen innerhalb dieser bestanden haben. Hinsichtlich ihrer Risiken haben zweifelsohne wesentliche Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten bestanden, diese waren auf die eindeutig zuordenbaren Berufsbilder zurückzuführen. Der VfGH betont gleichermaßen, dass eine Änderung der seinerzeit maßgeblichen Verhältnisse noch nicht zur Gleichheitswidrigkeit einer Regelung führen muss, sondern vielmehr unabhängig von der Motivation des Gesetzgebers zu prüfen ist, ob eine Regelung als unsachlich gewertet werden muss.⁵²⁴

7.5.1.2.2 Tätigkeitsinhalte/Berufsbilder

Die Zuordnung zur Gruppe der Arbeiter inklusive der „Subgruppen“ und Angestellten richtet sich nach der Art der ausgeübten Tätigkeit, auf die diesbezüglichen obigen Ausführungen

⁵²³ VfSlg. 5854/1968, VfSlg. 11048/1986.

⁵²⁴ VfGH 09.03.1988, G144/87.

darf verwiesen werden. Ebenso wurde bereits dargelegt, dass es häufig Berufsbilder gibt – insbesondere im Handel – die sogenannte Misch Tätigkeiten beinhalten, bei denen sich die Zuordnung in aller Regel nach dem zeitlichen Überwiegen ergibt. Die Verfasserin möchte den Handel in weiterer Folge auch zur Verdeutlichung der Komplexität von Tätigkeitsinhalten heranziehen, an dieser Stelle soll angemerkt werden, dass sich selbst bei handwerklichen Berufen aufgrund der Digitalisierung ein Tätigkeitswandel vollzogen hat. Das Berufsbild des Tischlers beinhaltet mittlerweile EDV-technische Kenntnisse, da beispielsweise klassische Tischlerarbeiten wie hobeln nicht mehr von Hand, sondern maschinell durchgeführt werden und es nunmehr Kenntnisse über die richtige Programmsteuerung bedarf. Auch das Anfertigen von Werkstückskizzen erfolgt größtenteils computergestützt, wodurch sich die Frage stellt, worauf sich ein Berufsschutz erstreckt, welche Tätigkeiten sind geschützt. Der manuelle Hobelvorgang bedarf eines bestimmten, nicht unerheblichen Einsatzes von Muskelkraft, die Bedienung des entsprechenden Geräts in erster Linie Kenntnisse des EDV-Programms, der Hobelvorgang wird maschinell erledigt. Diese Entwicklung erstreckt sich auf viele (handwerkliche) Berufe und verlangt die Digitalisierung ein Umdenken in der Betrachtungsweise und der Intention des Berufsschutzes.

Ich möchte nun nochmals den Handel aufgreifen, da gemessen am Stand der Beschäftigten, nach dem verarbeitenden Gewerbe/ Herstellung von Waren, die zweitgrößte Wirtschaftsklasse ist, scheint es mir zulässig, den Handel als Referenzgruppe im Rahmen dieses Kapitels heranzuziehen. Gerade im Handel bedarf es aus Sicht der PVA einer konkreten Kenntnis der Tätigkeitsinhalte des Pensionswerbers und deren zeitlichen Ausmaßes, um eine Zuordnung treffen und die Größe des Verweisungsfeldes bestimmen zu können. Wie bereits angesprochen, beinhaltet der KV Handel 8 Beschäftigungsgruppen (A bis H), beginnend bei Hilfstätigkeiten ohne besondere Fach- oder Sachkenntnisse, die keine oder eine maximal eintägige Einarbeitung erforderlich machen bis hin zu Arbeitnehmern mit umfassenden Kenntnissen und Erfahrungen in leitenden, das Unternehmen in ihren Wirkungsbereichen entscheidend beeinflussenden Stellungen.

Zeile	Bezeichnung		Beschäftigte			davon					
						Arbeiter			Angestellte und Beamte		
			M + F	Männer	Frauen	M + F	Männer	Frauen	M + F	Männer	Frauen
1	Insgesamt (Zeilen 3 bis 26)		3.841.462	2.071.095	1.770.367	1.468.445	1.028.628	439.817	2.373.017	1.042.467	1.330.550
2	davon in Wirtschaftsklassen eingereiht (Zeilen 3 bis 24)		3.767.092	2.063.917	1.703.175	1.447.711	1.024.232	423.479	2.319.381	1.039.685	1.279.696
3	A	Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	31.644	20.514	11.130	27.515	18.453	9.062	4.129	2.061	2.068
4	B	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	6.304	5.513	791	4.306	4.177	129	1.998	1.336	662
5	C	Verarbeitendes Gewerbe / Herstellung von Waren	632.783	473.929	158.854	368.851	293.609	75.242	263.932	180.320	83.612
6	D	Energieversorgung	25.925	21.058	4.867	3.582	3.327	255	22.343	17.731	4.612
7	E	Wasserversorgung; Abwasser- und Abfallentsorgung und Beseitigung von Umweltverschmutzungen	17.787	13.851	3.936	11.603	10.305	1.298	6.184	3.546	2.638
8	F	Baugewerbe / Bau	290.161	255.578	34.583	217.316	211.655	5.661	72.845	43.923	28.922
9	G	Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen	559.033	255.826	303.207	139.429	101.200	38.229	419.604	154.626	264.978
10	H	Verkehr und Lagerei	202.067	159.201	42.866	98.700	89.846	8.854	103.367	69.355	34.012
11	I	Gastgewerbe / Beherbergung und Gastronomie	219.549	96.629	122.920	186.610	85.406	101.204	32.939	11.223	21.716
12	J	Information und Kommunikation	104.019	69.672	34.347	2.771	1.628	1.143	101.248	68.044	33.204
13	K	Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	113.736	56.014	57.722	3.242	1.034	2.208	110.494	54.980	55.514
14	L	Grundstücks- und Wohnungswesen	43.703	18.491	25.212	15.542	6.549	8.993	28.161	11.942	16.219
15	M	Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen	188.114	88.193	99.921	11.687	6.964	4.723	176.427	81.229	95.198
16	N	Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen	237.941	140.408	97.533	169.503	107.984	61.519	68.438	32.424	36.014
17	O	Öffentliche Verwaltung, Verteidigung; Sozialversicherung	582.532	230.968	351.564	91.621	45.204	46.417	490.911	185.764	305.147
18	P	Erziehung und Unterricht	106.889	41.597	65.292	8.184	3.763	4.421	98.705	37.834	60.871
19	Q	Gesundheits- und Sozialwesen	271.904	64.083	207.821	34.988	15.539	19.449	236.916	48.544	188.372
20	R	Kunst, Unterhaltung und Erholung	40.238	21.995	18.243	13.469	8.116	5.353	26.769	13.879	12.890
21	S	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	88.007	28.840	59.167	36.878	9.100	27.778	51.129	19.740	31.389
22	T	Private Haushalte mit Hauspersonal; Herstellung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen durch private Haushalte für den Eigenbedarf ohne ausgeprägten Schwerpunkt	2.808	553	2.255	1.816	314	1.502	992	239	753
23	U	Exterritoriale Organisationen und Körperschaften	817	352	465	64	37	27	753	315	438
24		Wirtschaftsklasse unbekannt	1.131	652	479	34	22	12	1.097	630	467
25	PräsenzdienerInnen		4.171	4.143	28	3.358	3.341	17	813	802	11
26	KBG-BezieherInnen		70.199	3.035	67.164	17.376	1.055	16.321	52.823	1.980	50.843

Abbildung 31 - Beschäftigte nach Wirtschaftsklassen

Quelle: Dachverband der Sozialversicherungsträger (2018)

Der OGH hatte sich bereits mehrmals mit der Beurteilung von Sachverhalten auseinanderzusetzen, bei denen die konkreten Verkaufstätigkeiten den Ausschlag für die Zuordnung in die richtige Beschäftigungsgruppe waren:

Die Klägerin war Verkäuferin in einer Trafik beehrte damals eine Differenzzahlung von ihrem Arbeitgeber, der sie ihrer Ansicht nach fälschlicherweise in die Beschäftigungsgruppe 2 des damaligen Kollektivvertrags eingestuft hat, obwohl sie vermeinte in die Beschäftigungsgruppe 3 hätte eingestuft werden müssen. Dafür spreche der Umstand, dass sie überwiegend allein tätig gewesen sei und zudem entspreche auch die Art ihrer Tätigkeit den für Beschäftigungsgruppe 3 verlangten Tätigkeiten. Während das Erstgericht die Rechtsauffassung vertrat, dass die Klägerin in Beschäftigungsgruppe 3 einzustufen, da sie überwiegend allein im Geschäftslokal gearbeitet habe sei und die Art der Tätigkeit sich von einer reinen Verkaufstätigkeit unterscheide (Bestellung von Zeitungen beim Verlag, Vornahme des täglichen Kassaabschlusses) und damit als "schwierig" im Sinne der Beschäftigungsgruppe einzustufen sei, änderte das Berufungsgericht die Entscheidung des Erstgerichts im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens ab.

Nach seinen Auffassungen setze die Einstufung in die Beschäftigungsgruppe 3 des Kollektivvertrages primär die selbständige Verrichtung schwieriger Tätigkeiten voraus, ein überwiegend allein tätiger Angestellter in einem Geschäft bilde nur dann ein Einstufungskriterium, wenn die erste Voraussetzung (*jene der selbständigen Verrichtung schwieriger Tätigkeiten*) gegeben sei. Nur so könne das im Kollektivvertrag angeführte Beispiel verstanden werden. Das Berufungsgericht räumte zwar ein, dass die „Kassenführung und der tägliche Kassenabschluss bei doch erheblichen Tagesumsätzen mit besonderer Verantwortung verbunden sei“, die Tätigkeit der Klägerin sei jedoch nicht als "schwierig" zu bewerten. Die Übernahme angelieferter Waren, deren Einschlichten in die Regale, sowie die Vorbereitung für den Abtransport und die telefonische Bestellung von Zeitungen rechtfertige dies nicht. Der Schwerpunkt liege auf der reinen Verkaufstätigkeit im Sinne der Ausfolgung verlangter Waren an die Kunden gegen Übernahme des vorgegebenen Verkaufspreises. Gegen dieses Urteil richtete sich die außerordentliche Revision der Klägerin mit dem Antrag, es im Sinne der Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern. Sie stützte sich primär auf den Umstand, dass sie überwiegend allein in der Trafik tätig war und damit genau eine im Kollektivvertrag als Beispiel für eine in die Beschäftigungsgruppe 3 einzustufende Tätigkeit erbracht habe. Hier bestand nach Ansicht der Klägerin eine Parallele zur Entscheidung 8 ObA 11/97v, bei der die Frage der kollektivvertraglichen Einreihung bei einer allein im Geschäft befindlichen Schuhverkäuferin zu beurteilen war. Diese musste Kundeberatungen vornehmen und hatte Reklamationen

und Beschwerden durchzuführen, worin der OGH einen erheblichen und bedeutsamen Unterschied zur Tätigkeit in der Trafik sah.

In 9ObA28/06t hatte der OGH keine Bedenken gegen die Einstufung einer Verkäuferin in einem exklusiven Hochpreis-Herrenmodegeschäft in Beschäftigungsgruppe 3, da sie mit der Betreuung eines entsprechend anspruchsvollen Kundenkreises befasst war und Reklamationen entgegenzunehmen und in diesem Zusammenhang auch selbstständig Preisnachlässe zu gewähren hatte.⁵²⁵

Die Darstellung nach Beschäftigungsgruppen dient als Grundlage für Arbeitgeber im Handel um Arbeitnehmer in die richtige Beschäftigungsgruppe und damit Gehaltsgruppe einzuordnen. Im Sozialversicherungsrecht kommt der kollektivvertraglichen Zuordnung zwar lediglich Indizwirkung⁵²⁶ zu, da die Prüfung des Pensionsanspruches wegen gem. AF anhand der tatsächlichen Tätigkeit erfolgt, doch diese stellen sich häufig als Misch Tätigkeiten dar. Wie die ausgewählten Beispiele zeigen, kann es zu einer Mischung von Angestellten (z.B.: „Rechnergestütztes Erfassen des Warenpreises und der Rechnungssumme“, d.h. Kassiertätigkeiten) und Arbeitertätigkeiten (Regalbetreuung) aber auch zu einer Vermengung mit Hilfstätigkeiten kommen. In der Praxis bedarf es häufig direkter Nachfragen beim Dienstgeber, welche Tätigkeiten, in welchem zeitlichen Ausmaß vom Versicherten verrichtet wurden. Der damit verbundene Verwaltungsaufwand ist nicht zu unterschätzen und sind die Ergebnisse – d.h. die vom PV- Träger vorgenommene rechtliche Zuordnung – auch von detailgetreuen Aufzeichnungen des Dienstgebers abhängig.

Die Berufsbilder sämtlicher Branchen unterliegen einem Wandel, naturgemäß manche intensiver als andere, die Abgrenzungen werden schwerer und unschärfer. Gerade im niedrigqualifizierten Angestelltensegment ist eine Grenzziehung zu Arbeitertätigkeiten schwierig und ist durch genaue Erhebungen beim Dienstgeber zu erfragen. Eine berufsschutzerhaltende Verweisung eines gelernten Kellners auf die Tätigkeit eines Sitzkassiers in einem Selbstbedienungsrestaurant scheidet daher aus, weil diese „weitgehend als ungelernte Hilfsarbeitertätigkeit ohne Notwendigkeit von Fachkenntnissen zu qualifizieren ist.“⁵²⁷ Er führte weiters aus, dass sich das Anforderungsprofil des Sitzkassiers nicht wesentlich von jenem eines sonstigen Kassiers in einem Supermarkt unterscheidet. Diese hat er aber – wie aufgezeigt – in Fragen der richtigen Zuordnung aus kollektivvertraglicher Sicht in die (damalige) Beschäftigungsgruppe 3 des Angestellten-KV's

⁵²⁵ OGH am 29.03.2006, 9ObA28/06t.

⁵²⁶ Grundsätzlich dazu: OGH am 25.02.1992, 10ObS32/92

⁵²⁷ OGH am 14.09.2010, 10 ObS95/10h.

eingereiht. Personen, die in Beschäftigungsgruppe 3 zugeordnet sind, können auf eine KV-Stufe niedriger verwiesen werden.

Im Bereich der Pflegeberufe⁵²⁸ zeigt sich bereits bei der Ausbildung ein zersplittertes Bild, da zwar diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal eine Angestelltentätigkeit ausübt, Angehörige von Sozialbetreuungsberufen nach der Vereinbarung gem. Artikel 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über Sozialbetreuungsberufe⁵²⁹ (z.B.: Alten- oder Behindertenbetreuer) sind jedoch erst aufgrund der damit ergangenen Vereinheitlichung der Ausbildungsstandards dem Berufsschutz einen Schritt näher gekommen⁵³⁰, wobei Personen mit Ausbildungen nach den alten landesgesetzlichen Bestimmungen – welche zum Teil auch kürzere Ausbildungen vorgesehen haben – kein Berufsschutz zuerkannt wurde, wenn die Ausbildung nicht mit jener eines Lehrberufs vergleichbar war.⁵³¹

Hingegen kommt Pflegehelfern nach ständiger Rechtsprechung kein Berufsschutz zu, da laut OGH einfache, vorwiegend manuelle Tätigkeiten im Vordergrund stehen. Auch die Möglichkeit einer Bewertung nach § 255 Abs 2 scheidet aus, dass gemäß § 92 GuKG lediglich eine Ausbildungsdauer von einem Jahr und damit deutlich unter dem Niveau eines Lehrberufs liegt. Bei der kürzlich vom OGH zu beantwortenden Frage nach dem Berufsschutz eines Behindertenbetreuers, der eine rund 1,5 Jahre umfassende Ausbildungsdauer⁵³² mit 630 Unterrichtsstunden und 800 Pflichtpraxisstunden zuzüglich einer späteren Zusatzausbildung im Ausmaß von 100 Stunden absolviert hatte, verneinte er diese.⁵³³ Bei der Tätigkeit des Behindertenbetreuers handelt es sich um keinen Lehrberuf, es liegt ihm jedoch ein standardisiertes Ausbildungsprogramm zugrunde. Dieses muss im Hinblick auf dessen Quantität und Qualität mit einem Lehrberuf vergleichbar sein, dies sah der OGH jedoch im Falle dieser keine 2 Jahre umfassenden Ausbildungszeit als nicht gegeben an. Daran ändere auch die Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe gem. Art. 15a B-VG nichts, da diese eine Ausbildung im Ausmaß von 2.400 Stunden für den

⁵²⁸ *Schrattbauer*, Berufsschutz in Pflegeberufen, ÖZPR 2012/10.

⁵²⁹ BGBl. I 2005/55.

⁵³⁰ Anlage 1 sieht 3 Qualifikationsniveaus vor: Helfer-, Fach- und Diplomniveau.

⁵³¹ OGH am 17.03.2009, 10 ObS39/09x.

⁵³² In einem ähnlich gelagerten Fall (vgl. OGH am 19.11.2019, 10 ObS 145/19z) verneint der OGH ebenso die Anerkennung eines erlernten Berufs iSd § 255 Abs 1 ASVG, bei dem der Versicherte 730 Unterrichtsstunden und 800 Pflichtpraxisstunden im Rahmen seiner 1,5-jährigen berufsbegleitenden Ausbildungsdauer absolviert hat. Aufgrund der deutlich kürzeren Ausbildungsdauer liege keine Gleichwertigkeit mit einem Fach-Sozialbetreuer vor.

⁵³³ OGH am 19.11.2019, 10 ObS145/19z.

Beruf des Fach-Sozialarbeiters mit dem Schwerpunkt Behindertenarbeit und Behindertenbegleitung verlange. Der OGH betont in stRsp, dass bei angelernten Berufen, für die kein Lehrberuf existiert, die Summe der erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten in Art und Umfang jenen eines Lehrberufs gleichkommen muss.⁵³⁴ Ist kein Lehrberuf vorhanden, so hat man sich zur Frage des Vorliegens von Berufsschutz iVm einem angelernten Beruf an jener Berufstätigkeit zu orientieren, der dem konkret ausgeübten am nächsten kommt.⁵³⁵ Ein angelernter Beruf muss zwar keinem gesetzlich geregelten Lehrberuf entsprechen, aber auch ohne Vergleich mit einem konkreten Lehrberuf müssen die qualifizierten, in der Praxis erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten an Qualität und Umfang jenen in einem Lehrberuf gleichzuhalten sein.⁵³⁶ Für das Vorliegen eines Berufsschutzes sind Einschulungs- und Anlernzeiten von entscheidender Bedeutung⁵³⁷, da sich damit ein quantitativer Vergleich zu einem verwandten Lehrberuf ziehen lassen (z.B.: die theoretische Ausbildung des Berufs des Straßenbahnfahrers von 4-6 Wochen und die praktische Ausbildung von 3 Monaten verdeutlicht die fehlende Gleichwertigkeit mit dem Lehrberuf „Berufskraftfahrer“, F§1 der eine Ausbildungsdauer von 3 Jahren vorsieht). Dafür bedarf es genauer Erhebungen seitens der Gerichte um ein detailliertes Bild über die vom Pensionswerber ausgeübten Tätigkeiten zu erhalten, das ausschließliche Abstellen auf Ausbildungszeiten ist für die Beantwortung der Frage, ob ein angelernter Beruf vorliegt jedoch unzureichend.

Wie sieht nun ein Fazit aus den obigen Darstellungen aus? Ausgehend von der Kernfrage einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte kann, im Bewusstsein um das dahinterliegende Wertungsproblem zur Interpretation des Begriffs „wesentlich“ festgehalten werden, dass gerade das Beispiel Handel zeigt, wie schwer (von der Praktikabilität ganz zu schweigen) klare Trennlinien zwischen den Berufsgruppen, insbesondere im niedrig qualifizierten Bereich, zu ziehen sind. Auf der anderen Seite, im hochqualifizierten Berufssegment, ist mE ebenso eine Vergleichbarkeit gegeben, da die zentralen Parameter, die typischerweise mit solchen Berufen verbunden sind, z.B. Komplexität, Eigen- bzw. Mitarbeiterverantwortung ident sind, mögen auch die Arbeitsinhalte unterschiedlich sein.

Aber auch für den Fall, dass man eine Vergleichbarkeit verneint, bleibt noch die Frage zu untersuchen, inwieweit die Regelungen zum Berufsschutz sachlich begründbar sind. Sowohl § 255 Abs 1 und 2 als auch § 273 sind daher jeweils auf ihre Sachlichkeit zu überprüfen.

⁵³⁴ OGH am 30.11.2010, 10 ObS168/10v.

⁵³⁵ OGH am 25.09.1990, 10 ObS170/90.

⁵³⁶ RS0084602.

⁵³⁷ OGH am 24.03.2015, 10 ObS22/15f.

7.5.2 Sachlicher Grund für Differenzierung

Dem Gesetzgeber sind durch den Gleichheitssatz in seiner Normsetzung insoweit inhaltliche Schranken gesetzt, als dieser verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen. Einerseits ist daher zu prüfen, ob Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend ungleich behandelt wird. Dies gilt umso mehr als der Gesetzgeber offenkundig ein verdächtiges Differenzierungsmerkmal – den Stand – herausgegriffen hat und diesen gleichermaßen als Bewertungsmaßstab für ein Rechtsgebiet konzeptioniert hat, dessen zentrales Element die gesundheitsbedingte Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit ist. Daher gilt es auch, im Wege einer vergleichsunabhängigen Gleichheitsprüfung, zu untersuchen, ob die Regelungen per se sachlich sind, d.h. ob die Rechtsfolge im adäquaten Verhältnis zur prüfenden Norm ist. Lässt sich also in der unterschiedlichen sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von (Hilfs)arbeitern und Angestellten eine sachliche Begründung finden, so hat der Gesetzgeber dem Grundsatz wesentlich Ungleiches auch ungleich zu behandeln, entsprechend Rechnung getragen.

7.5.2.1 Interessensabwägung

Aus der Judikatur des VfGH wird ersichtlich, dass sich die Unsachlichkeit einer Regelung auch daraus ableiten lässt, wenn die Betroffenen unverhältnismäßig schwer dadurch benachteiligt werden. Das Gewicht der angeordneten Rechtsfolgen nimmt dabei eine besondere Rolle ein.⁵³⁸ Die Interessen der Versichertengemeinschaft lassen sich derart zusammenfassen, als jeder Berufszweig für sich ein hohes Interesse an einer Geldleistung als Ausgleich für den gesundheitsbedingten Wegfall des Erwerbseinkommens hat. Hinzukommt das Interesse am Erhalt von Rehabilitationsleistungen zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit, seien diese medizinischer oder beruflicher Natur. Es gibt keinen Anhaltspunkt um hier von einem unterschiedlich stark ausgeprägten Interesse zwischen den Versichertengruppen auszugehen. Insofern kann man hier nicht von kollidierenden Interessen der Vergleichsgruppen ausgehen. Anders stellt sich die Situation dar, wenn man den Interessen der Versicherten jenes des Gesetzgebers gegenüberstellt. Sein Interesse wird wohl vorrangig darin bestehen, die Versicherten so lange wie möglich im Erwerbsprozess zu halten und Pensionsleistungen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit als ultima ratio zu sehen. Die Verfasserin erkennt dabei nicht, dass auch ein großer Teil der Versicherten ein Interesse an einem Sozialversicherungssystem hat, in dem mit den Beiträgen der Versicherten sorgsam und sparsam umgegangen wird um dessen finanzielle Ausstattung nicht übergebühlich zu beanspruchen, ich meine aber, dass das individuelle

⁵³⁸ VfSlg 8871/1980.

Interesse am Erhalt einer entsprechenden Geldleistung aus der Pensionsversicherung vordergründig ist. Der Gesetzgeber kann, ohne in einen gleichheitsrechtlichen Konflikt zu geraten, einer Interessenslage den Vorzug geben⁵³⁹, er darf sie aber nicht völlig außer Acht lassen. Im Recht der geminderten AF hat er die Interessen jener Versicherten, die einen Beruf erlernt/angelernt und in einem bestimmten Ausmaß ausgeübt haben als schützenswerter erachtet als jenes von Versicherten, die diese Kriterien nicht erfüllen. Gemessen am Regelungszweck kann das Ergebnis der Interessensabwägung nicht sachlich argumentiert werden, da die Interessen der einzelnen Berufszweige im ASVG im Wesentlichen ident sind, das Interesse des Gesetzgebers zwar gegeben ist, die Durchsetzung dieses Interesses jedoch aufgrund des Berufsschutzes eindeutig zu Lasten einer Versichertengruppe, jener ohne Berufsschutz, geht. In diesem Punkt vermag die Verfasserin keine sachliche Begründung für die unterschiedliche Behandlung der im ASVG Pflichtversicherten sehen.

7.5.2.2 Durchschnittsbetrachtung

Unter Verweis auf die allgemeinen Ausführungen⁵⁴⁰ erlaubt sich die Verfasserin an dieser Stelle das Argument darzulegen, dem zur Folge die zur Diskussion stehenden gesetzlichen Regelungen nicht mehr mit den tatsächlichen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt übereinstimmen. Es wurde bereits oben ausgeführt, dass sich die Berufsbilder und Tätigkeitsinhalte wandeln, der laufenden Digitalisierung angepasst werden und mit den „klassischen Berufsbildern“ der Vergangenheit oftmals nicht mehr viel gemein haben. Der Berufsschutz, in seiner ursprünglichen Konzeption als Schranke der Verweisbarkeit auf andere Berufe, basierte auf dem Bild des „manuell tätigen Tischlers“ oder der „mit dem Taschenrechner arbeitenden Buchhalterin“ und sollte damit wohl der Großteil der Arbeitnehmerschaft zuordenbar und berufsgeschützt sein.⁵⁴¹ Arbeitnehmer ohne Berufsausbildung waren offenkundig nie im schützenswerten Spektrum des Gesetzgebers, möglicherweise aufgrund der Annahme, es handle sich um eine „vernachlässigbare“ Gruppe im Vergleich zu den Berufsgeschützten. Die obigen Zahlen belegen jedoch, dass berufsgeschützte Versicherte nicht den Regelfall bilden, sondern – geradezu im Gegenteil – Versicherte ohne Berufsschutz die größte Gruppe innerhalb der Ablehnungen einer Invaliditäts- oder Berufsunfähigkeitspension ausmachen. Im Jahr 2017 betrafen von den insgesamt 12.674 Ablehnungen im Zweig der Arbeiter, 6.454 Versicherte, die nicht im

⁵³⁹ VfSlg 5581/1967.

⁵⁴⁰ Punkt 6.4.3.2. (Seite 141).

⁵⁴¹ Zur historischen Entwicklung des Berufsschutzes für Arbeiter siehe 2.5.

erlernten Beruf tätig und damit nicht berufsgeschützt waren. Im Zweig der Angestellten waren von insgesamt 6.088 Ablehnungen, 1.626 Personen im nicht erlernten Beruf.⁵⁴² Vollständigkeitshalber gilt es zu erwähnen, dass im Zweig der Arbeiter 4.270 aufgrund vorübergehende IV zwar hinsichtlich der Dauerleistung abgelehnt wurden, jedoch 3.487 Maßnahmen der medizinische Rehabilitation gewährt wurden (an erster Stelle an Versicherte, ohne Berufsschutz), bei den Angestellten wurden 2.856 Maßnahmen der medizinische Rehabilitation gewährt, auch hier zum überwiegenden Teil an Versicherte ohne Berufsschutz.

7.5.2.3 Verwaltungsökonomie

Der VfGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass – der in Verbindung mit der Durchschnittsbetrachtung stehende – Aspekt der Verwaltungsökonomie bei pauschalierenden, auf Verwaltungsvereinfachung abzielenden Regelungen beruht, die mit dem Gleichheitssatz in Einklang zu bringen sind, sofern diese den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechen. Demnach ist es zulässig auf Gründe der Praktikabilität Bedacht zu nehmen, diese allerdings ihre Grenzen dort finden, wo entgegengesetzte Überlegungen größeres Gewicht beizumessen ist als jenen der Verwaltungsökonomie.⁵⁴³ Die Regelungen zum VF der geminderten AF können für sich jedoch nicht mit Recht in Anspruch nehmen, der Verwaltungsökonomie zu dienen, da die für die Beurteilung des Eintritts des Versicherungsfalls maßgeblichen Komponenten, das medizinische Leistungskalkül (in dessen Rahmen wiederum sämtliche rehabilitationsrelevanten Parameter zu erörtern sind) und Festlegung des Verweisungsfeldes, zweifellos einen Verwaltungsaufwand erfordern. Die Notwendigkeit der Beiziehung berufskundlicher Expertise lässt sich anhand der oben angerührten Darstellungen zu den Tätigkeitsinhalten ableiten und ist auch der mittlerweile umfangreichen Judikatur zur Verweisung geschuldet. Der Aufwand ergibt sich aus dem Umstand, dass auf die Umstände und Besonderheiten des Einzelfalls Bedacht zu nehmen ist, es sind häufig konkrete Auskünfte zu den Arbeitsabläufen beim Dienstgeber zu hinterfragen (inhaltlicher und zeitlicher Natur), da sich die Frage nach berufsgeschützten Tätigkeiten nicht anders beantworten lässt. Nun ist es dem Gesetzgeber von Verfassung wegen nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art und Weise zu verfolgen⁵⁴⁴ und sind

⁵⁴² Abteilung HSCO der PVA; Ablehnungen VF der geminderten Arbeitsfähigkeit bei Erstanträgen ab Jahrgang 1964.

⁵⁴³ VfSlg. 13726/1994.

⁵⁴⁴ VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002.

die Fragen, ob eine Regelung zweckmäßig ist oder ob mit ihr der optimale Weg zur Zielerreichung beschritten wird nicht als Fragen, die vom VfGH unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes zu beurteilen sind.⁵⁴⁵ Allerdings kann dem Gesetzgeber an der Stelle entgegengetreten werden, an der er ein Mittel einsetzt, dass zur Zielerreichung völlig ungeeignet ist oder ein zwar geeignetes Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führt.⁵⁴⁶

Die Ziele des Gesetzgebers auf dem gesamten Pensionsgebiet sind nicht schwer zu identifizieren; die Anhebung des faktischen Eintrittsalters, der Erhalt einer langfristigen Finanzierbarkeit des Pensionssystems, ein längerer Verbleib gesundheitlich beeinträchtigter Menschen im Erwerbsleben zur Eindämmung der Zuerkennungszahlen der Pensionen krankheitshalber. Die Reformen der letzten Jahre haben viele neue Maßnahmen (Abschaffung befristeter Pensionsleistungen bei gleichzeitiger Einführung neuer Geldleistungen wie Umschulungs- bzw. Rehabilitationsgeld, Schaffung eines neuen Rehabilitationsrechts, ua) mit sich gebracht, deren Effektivität im Hinblick auf die Zielerreichung an dieser Stelle außer Acht zu bleiben haben, denen aber, zumindest bei genauer Betrachtung, keine völlige Nichteignung zugesprochen werden kann. Einen Umstand hat der Gesetzgeber dabei offenbar bewusst in Kauf genommen; beim VF der geminderten Arbeitsfähigkeit wurde die Grundstruktur mit dem Berufsschutz beibehalten, Novellierungen im Invaliditätsrecht wurden ausschließlich um dieses Kernproblem gewissermaßen herumkonzipiert, weshalb diese Novellen die Bezeichnung als „kosmetische legistische Operationen“⁵⁴⁷ zugeschrieben wurden, die dem Ziel des Gesetzgebers nach Harmonisierung der Rechtslandschaft bislang nicht gerecht wurden. Es wurde bereits dargelegt, dass der Gesetzgeber diesem Ziel auf dem Gebiet des Arbeitsrechts kürzlich nähergetreten ist, es lässt sich nicht erkennen, weshalb man dieses Bestreben für ein anderes Rechtsgebiet, das noch dazu in einem gewissen Naheverhältnis zum Arbeitsrecht steht, verneinen soll. Meines Erachtens lässt sich der Berufsschutz als ungeeignetes Mittel im Hinblick auf die genannten Ziele qualifizieren, da er die Rechtszersplitterung geradezu bewirkt und in vielen Fällen einer Weiterbeschäftigung am Arbeitsmarkt entgegensteht.

⁵⁴⁵ VfGH 14.12.1978, G82/78 ua.

⁵⁴⁶ VfSlg. 8457/1978

⁵⁴⁷ Resch, Der SV-Komm ASVG Vor § 253e Rz 4.

7.5.2.4 Weitere Gedanken zur Sachlichkeit

Sieht man es als legitimes Regelungsziel eines Gesetzgebers an, den Zugang zu einer Leistung für eine bestimmte Personengruppe schwieriger zu gestalten und sieht man eine Rechtfertigung in dem Argument, dass diese Personengruppe andernfalls in einem besonders hohen Maße diese Leistung zuerkannt bekäme, so könnte man anhand der Judikatur des VfGH zum rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers an dieser Stelle ein Ende finden, da dieser weitreichend ist. Diesem Umstand ist im Ergebnis auch zuzustimmen und sind budgetäre Zwänge auch ein anerkennungswürdiges Motiv, doch darf in gegenständlichem Zusammenhang der Hinweis auf die Leistungshöhen der ungelernten Arbeiter nicht unterlassen werden. Im Jahr 2017 betrug die durchschnittliche Pensionshöhe (BU-Pension ohne Kinderzuschuss oder Ausgleichszulage) 1.247,26 Euro, wobei die durchschnittliche männliche Leistungshöhe bei 1.524,44 Euro und die durchschnittliche weibliche Leistungshöhe bei 953,71 Euro lag. Im Zweig der Arbeiter lag die durchschnittliche Leistungshöhe einer IV-Pension bei 992,90 Euro, untergliedert in Geschlechter lag die männliche Leistungshöhe bei 1.091,35 Euro, die weibliche Leistungshöhe bei 680,35 Euro. Damit lag die durchschnittliche „weibliche IV-Pensionshöhe“ unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz für Alleinstehende für Bezieher einer Alters-, Invaliditäts- oder Berufsunfähigkeitspension in Höhe von 889,84 Euro. Die niedrigen Pensionsleistungen spiegeln die niedrigeren Einkommen von ungelernten Arbeitskräften wider und kann darin keine dem Gesetzgeber zuzuschreibende Schlechterstellung unterstellt werden, hingegen scheint mir die Feststellung der graduellen Abnahme eines bedeutenden Systemgrundsatzes, jenem der Solidarität, als zutreffend und lässt sich anhand der geringen Leistungshöhen auch bestätigen. Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum kann als Argument hier insofern nicht greifen, als die normative Ausgestaltung eines Systems doch nur im Lichte der diesem System zugrundeliegenden Grundsätze erfolgen kann.

Prinzipiell ist zur Relation von Beitragshöhe und Versicherungsleistung festzuhalten, dass eine solche, direkter Art nicht besteht. Die Versicherten werden nach Berufsständen in Riskengemeinschaften zusammengefasst, die Höhe der Beiträge kann der Gesetzgeber allerdings unter Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Pflichtversicherten vornehmen, ohne direkte Relation zu den Versicherungsleistungen. Dieser – zumindest auf den ersten Blick weitreichende Handlungsspielraum des Gesetzgebers – wurde vom VfGH insoweit eingeschränkt, als durch Zusammenführung der Versicherten in jeweils eigenen Berufsständen gleichsam eigene Riskengemeinschaften gebildet wurden, die dem jeweiligen Leistungsrecht unterliegen. Eine Riskengemeinschaft zeichnet unter Anderem aus, dass die jeweils von ihr erfassten Versicherten sich durch eine (verfassungsrechtlich) relevante Verschiedenheit von einer/den anderen Gruppen

abgrenzt. Aus den Unterschieden im Leistungsrecht ist dann eine unterschiedliche Ausgestaltung des Beitragsrechts zumeist legitim, sprich sachlich zu rechtfertigen. Der VfGH hat dazu ausgesprochen, dass die Unterschiedlichkeit im Leistungsrecht von einem solchen Gewicht ist, dass sie die Unterschiedlichkeit im Beitragsrecht der betreffenden Sozialversicherung an sich rechtfertigt.⁵⁴⁸

Weiters hat er mehrfach ausgesprochen, dass der Gesetzgeber bei Festlegung der Höhe des Versicherungsbeitrages zwischen verschiedenen Gruppen der Versicherten in einer Weise differenzieren kann, dass damit auf das bei diesen Gruppen im Durchschnitt gegebene, typischerweise verschiedene Risiko in sachgerechter Weise Bedacht genommen wird.⁵⁴⁹ Zuvor soll aber noch ein weiteres, vom VfGH in diesem Zusammenhang aufgeworfenes Argument angeführt werden, auf welches ebenfalls einzugehen ist, da es die Sachgerechtigkeit unter dem Blickwinkel der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hinterfragt. Ich erachte gerade diesen Punkt als bedeutsam und habe ihn bereits im Rahmen des Solidaritätsgedankens ins Spiel gebracht. Im Zuge der Beurteilung der Zulässigkeit differenzierter Beiträge von Versicherten und Beziehern von Ruhe- und Versorgungsbezügen im B-KUVG⁵⁵⁰ brachte der VfGH unter Anderem hervor, dass die „vorgenommene Differenzierung eine im Durchschnitt wirtschaftlich schwächere Gruppe benachteiligt“.⁵⁵¹ Er hält eine Differenzierung zwischen Beamten des Dienststandes und solchen im Ruhestand prinzipiell für legitim und mit dem Gleichheitsgebot für vereinbar, die Heranziehung von sozialversicherungsrechtlichen Kriterien für die Festlegung des Beitrags nach dem B-KUVG aufgrund der wesentlichen Verschiedenartigkeit der Systeme (Pensionsgesetz 1965 vs. ASVG) erachtet er jedoch für sachfremd.

Tatsächlich unterscheidet sich das Pensionssystem der Beamten im Vergleich zu den sonst von den Sozialversicherungsgesetzten erfassten Dienstnehmern wesentlich, sodass von verschiedenen Systemen gesprochen werden muss. Neben eigenen Berechnungs- und Bemessungsgrundlagen gelangt bei Beamten beispielsweise auch ein anders ausgestaltetes Beitragsrecht sowie „Invaliditätsrecht“ zur Anwendung. Die Beurteilung der Dienstunfähigkeit eines Beamten ist aufgrund des konkreten Arbeitsplatzes vorzunehmen

⁵⁴⁸ VfSlg. 3721/1960, VfSlg. 10100/1984.

⁵⁴⁹ VfSlg. 10451/1985.

⁵⁵⁰ Im konkreten Fall wurden die Bezieher von Ruhe- und Versorgungsgenüssen mit Übertritt bzw. Versetzung in den Ruhestand mit einem – nicht unerheblich – höheren Beitragsteil in der Krankenversicherung belastet als die Beamten des Dienststandes.

⁵⁵¹ Vgl. VfGH vom 17.03.1994, G 128/92.

und ist die Feststellung einer Berufsunfähigkeit nicht mit einer Dienstunfähigkeit gleichzusetzen.⁵⁵² Als Anmerkung am Rande sei erwähnt, dass zwar unzweifelhaft bei Beamten ein anderes System vorliegt, dessen Fortbestand aber meines Erachtens keine zwingende Notwendigkeit ist, sondern vielmehr auf politische Intentionen zurückzuführen ist. Die Frage, ob diese Privilegierung weiterzuführen ist, während im Bereich des ASVG seit Jahren vielfältige Maßnahmen zum längeren Verbleib im Erwerbsleben gesetzt werden und auch die Verweisungsjudikatur diese Bestrebungen verdeutlicht.

In der Gesamtschau lässt sich für die Verfasserin kein stichhaltiges, sachgerechtes Argument für die Beibehaltung eines nach Berufszweigen differenzierten Normgefüges im Bereich des VF der geminderten Arbeitsfähigkeit finden. Die für Differenzierung maßgeblichen Kriterien sind auf die historische Entwicklung der Arbeitnehmergruppen zurückzuführen, entsprechen aber gegenwärtig keinen sozialen Realitäten mehr und sind auch im Hinblick auf das Regelungsziel aus den dargelegten Gründen als sachfremd zu qualifizieren.

⁵⁵² Vgl. OGH am 08.08.2002, 8 ObA 157/02z, OGH am 16.11.2005, 8 ObA 50/05v ua.

8 Soziale Sicherheit bei Arbeitsunfähigkeit am Beispiel der Niederlande und Deutschland

8.1 Einleitung

Die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme sind die einzelnen (Mitglieds)Staaten verantwortlich, in sämtlichen entwickelten Ländern (weltweit) existieren soziale Sicherungssysteme bei geminderter Arbeitsfähigkeit, allerdings zersplittert das supranationale Bild bereits bei der Definition von Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit und noch mehr in der konkreten Ausformung der nationalen Sicherungssysteme. Die soziale Sicherung bei Arbeitsunfähigkeit ist auf verschiedene Leistungssysteme verteilt, in manchen Ländern erfolgt sie durch die Systeme der Alterssicherung (Österreich, Deutschland), in anderen Ländern hingegen durch die gesetzliche Krankenversicherung (Frankreich, Belgien). Manche Systeme sind nach dem Prinzip „Alles oder nichts“ aufgebaut, andere kennen Teilinvaliditätsleistungen. Diese Diversität schlägt sich auf die Zugangsquoten von Invaliditätsrenten sowohl international als auch regional durch und erschwert gleichermaßen die Vergleichbarkeit der Systeme. Die Spannweiten sind so groß, dass Personen mit gleicher Arbeitsunfähigkeit in unterschiedliche Systeme eingeordnet sein können und sich mit jeweils anders ausgestalteten institutionalisierten Zugangsvoraussetzungen konfrontiert sehen. Unterschiede in den Zugangsquoten erklären sich dabei einerseits anhand der Gestaltung der sozialen Sicherungssysteme, die unterschiedliche Anreize setzen und verschiedene Wege ermöglichen, eine Invaliditätsrente zu erlangen. Gleichzeitig haben auch die Arbeitsmärkte einen hohen Einfluss auf die Zahlen der Pensionsversicherung, da sie der Indikator dafür sind, welche Beschäftigungschancen ein Mensch mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen in einer jeweiligen Region hat. Chancen- bzw. Risikostrukturen ergeben sich also aus dem System der sozialen Sicherung als auch aus den Arbeitsmarktbedingungen. Viele Länder haben in den vergangenen Jahrzehnten Reformen durchlaufen um die Zahl der erwerbsgeminderten Leistungsbezieher zu senken, in dem vielfach der Fokus auf eine Erwerbsbeteiligung von Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen gelegt wurde.

Rehabilitation bildet in vielen Ländern ein zentrales Element im Invaliditätssystem, so hat beispielsweise die Niederlande 2006 das System dahingehend umgestellt, als es weg von der Einkommenssicherung hin zur Rehabilitation ausgerichtet wurde. Das ist insofern bemerkenswert, als in den Niederlanden bis in die 1990er-Jahre Rehabilitation de facto keine Rolle einnahm. Die niederländische Rechtslage ist aber auch aufgrund der besonderen Verantwortung des Arbeitgebers von besonderem Interesse. Der

niederländische Gesetzgeber ließ eine (finanzielle) Mitverantwortung des Arbeitgebers in die Ausgestaltung des neuen Invaliditätsrechts miteinfließen und sieht Erwerbsunfähigkeit als Verlust des Vermögens, das bisherige Einkommen zu erzielen an. Eine ähnlich hohe Verantwortung des Arbeitgebers lässt sich beispielsweise auch für Japan feststellen. Die Rechtslage in Deutschland bietet sich für einen Vergleich jedenfalls an, da das deutsche Sozial- bzw. Arbeitsrecht eine Differenzierung von Arbeitnehmern in Angestellte und Arbeiter kannte und im Invaliditätsrecht auch angewandt wurde. Deutschland hat im Jahr 2001 die Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit einer kompletten Neuordnung unterzogen und dabei auch den Berufsschutz aufgegeben. Damit dürfte Österreich eines der wenigen Länder sein, dass unterschiedliche Zuerkennungsbestimmungen auf Basis der Unterscheidung der Arbeitnehmer anwendet und die Systematik des Berufsschutzes als Charakteristikum beibehält. Es wird sich zeigen, dass auch andere europäische Rechtsordnungen in gewisser Hinsicht eine langjährige Ausübung eines Berufes insofern schützen, als den Versicherten nicht jede andere Berufstätigkeit im Verweisungswege zugemutet wird, weshalb ein Blick auf die konkrete Ausgestaltung derartiger Regelungen zu werfen sein wird.

Es handelt sich um ein Gemenge von vielen Faktoren, die in den einzelnen Ländern für die Frage von Invalidität eine Rolle spielen und kann daher in den folgenden Ausführungen lediglich ein Ausschnitt ausgewählter Rechtslagen abgebildet werden und ein Versuch des Vergleichs mit anschließender Bewertung unternommen werden. Ein Fazit kann aber bereits an dieser Stelle vorweggenommen werden: die jüngeren Reformen der Systeme der sozialen Absicherung bei Arbeitsunfähigkeit in Europa waren geprägt vom „Work-first-Ansatz“ und die Fokussierung auf die verbleibende Beschäftigungsfähigkeit einer Person.

8.2 Niederlande

8.2.1 Allgemeines zum niederländischen Wohlfahrtsstaat

Die Niederlande sind eine konstitutionelle Monarchie mit rund 17 Millionen Einwohnern, dessen sozialstaatliches Fundament sowohl Versicherungs- als auch Sozialfürsorgeelemente beinhaltet. Die Entwicklung der Niederlande zu einem Wohlfahrtsstaat begann mit dem Gesetz über Lohnersatzleistungen bei Arbeitsunfällen im Jahr 1901 und setzte sich bis zum Zweiten Weltkrieg mit der Etablierung eines Systems für Altersrenten sowie einer Unfallversicherung fort, wobei diese ausschließlich für den erwerbstätigen Teil der Bevölkerung galten. Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg wurde für den zügigen Ausbau des sich als lückenhaft erwiesenen Systems genutzt und war geprägt von der Vorstellung einer neuen Gesellschaft mit ausgeprägten Elementen der Reziprozität,

in der „alle“ einen Zugang zu Sozial(versicherungs)Leistungen haben sollen. Es gab bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein ausgeprägtes Verständnis für soziale Risiken, denen der Mensch aufgrund von Erwerbstätigkeit ausgesetzt ist und das Bestreben eine soziale Absicherung gegen diese Risiken zu schaffen. So wurde beispielsweise bereits im Jahr 1959 der Beruf des Arbeitsmediziners anerkannt und eine gesetzliche Verpflichtung für Organisationen mit mehr als 750 Beschäftigten zur Etablierung eines betrieblichen Gesundheitsprogrammes geschaffen. (*Anm.*: Ein Blick nach Österreich zeigt, dass man sich hierzulande erst durch das EWR-Abkommen auch zur Umsetzung der EU-weit geltenden Richtlinie zur Verbesserung der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit verpflichtete und mit 1. Jänner 1995 sodann wesentliche Teile der EU-konformen Arbeitnehmerschutzgesetzes (ASchG) in Kraft traten⁵⁵³).

Die Integration sämtlicher Bürger brachte ein System der vertikalen und horizontalen Umverteilung mit sich, das Ergebnis dieser Bestrebungen mündete in den 50er und 60er Jahren in einem verschiedene Generationen, Berufsgruppen und soziale Klassen umfassenden Wohlfahrtsstaat. Die 1970er und 80er Jahre waren aufgrund der ölpreisbedingten Wirtschaftskrise von einer Trendwende gekennzeichnet, in der es zur Kürzung von Lohnersatzleistungen und zur Einführung von Maßnahmen zur Steigerung der Erwerbsbeteiligung – begleitet vom Anspruch der Vereinbarkeit von Beruf und Familie – kam. Eine Zäsur brachten die 90er Jahre, in denen vor allem die Arbeitgeber in das Blickfeld sozialpolitischer Betrachtungen rückten und der Neuausrichtung des Systems den Weg ebneten, motiviert durch die vielerseits vermutete missbräuchliche Ausnutzung des bestehenden Systems.⁵⁵⁴

8.2.2 Organisation und Finanzierung der öffentlichen Sicherungssysteme

Die öffentlichen Sicherungssysteme der Niederlande treten im Wesentlichen in zwei verschiedenen Formen auf: die Sozialversicherungsprogramme basieren auf dem Bismarck'schen Konzept und unterteilen sich ihrerseits in verschiedene Volksversicherungen, die Sozialfürsorgeprogramme hingegen sind nach dem Modell nach Beveridge ausgerichtet. Die beiden Systeme erfassen unterschiedliche Personenkreise,

⁵⁵³ Seit diesem Zeitpunkt lässt sich eine positive Entwicklung im Hinblick auf die (stetig sinkende) Zahl von Arbeitsunfällen sowie ein verstärktes Bewusstsein für Arbeitswissenschaft und Arbeitsmedizin. Man kann jedoch davon ausgehen, dass erst die Schaffung gesetzlicher Grundlagen hierzulande diesen Bewusstseinsbildungsprozess in Gang gesetzt hat und der Verantwortung der Arbeitgeber für die Gesundheit ihrer Mitarbeiter einen rechtlichen Rahmen gegeben hat.

⁵⁵⁴ Schubert/Hegelich/Bazant (Hrsg.), Handbuch Europäische Wohlfahrtsysteme (2007) 467.

werden unterschiedlich verwaltet und finanziert, die noch vor 1997 bestehenden Vereinbarungen von Staatsangestellten wurden in die einkommensabhängigen Programme für Privatangestellte integriert. In den Volksversicherungen (Allgemeines Altersrentengesetz, Allgemeines Hinterbliebenenrentengesetz, Gesetz über langfristige Pflege sowie Allgemeines Kinderzuschlagsgesetz), die als Teile der Sozialversicherungen gelten, sind alle Personen mit Wohnsitz in den Niederlanden pflichtversichert. Die Volksversicherungen sind semi-private Körperschaften und werden von der Sozialversicherungsbank (Sociale Verzekeringsbank, SVB) verwaltet. Die Leitung obliegt einem unabhängigen Expertengremium und ist hierarchisch dem Sozialministerium unterstellt. Etwas anders stellt sich die Lage bei den Arbeitnehmerversicherungen gegen Arbeitslosigkeit und dauernder (!) Invalidität dar, deren Administration bei der Verwaltungsbehörde für Arbeitnehmerversicherungen⁵⁵⁵ liegt, die direkt im Sozialministerium angesiedelt ist. Die Organisation der Sozialfürsorge bzw. Sozialhilfe obliegt den Gemeinden. Die Sozialversicherungen werden gewöhnlich durch obligatorische Beitragszahlungen nach dem Umlageprinzip finanziert, analog zu Österreich wird ein bestimmter Beitragssatz vom Bruttogehalt von Arbeitnehmern bzw. Selbständigen abgeführt. Bemerkenswert ist der Umstand, dass sich die Rentenleistungen ausschließlich durch Beiträge der Arbeitnehmer finanzieren und keine Beitragsleistung seitens der Arbeitgeber erfolgt. Die (finanzielle) Verantwortung des Arbeitgebers in diesem Bereich ist im Vergleich zu Österreich anders gelagert, in den Niederlanden herrscht der Grundgedanke, dass sich Arbeitnehmer ihre Rentenleistung selbst erwirtschaften. Eine hundertprozentige Deckungsquote lässt sich allein mit den Beitragseinnahmen nicht erreichen, folglich werden zur Deckung der Aufwände für Rentenleistungen auch Steuermittel herangezogen. Der Beitragssatz für die Alterspension („Algemene Ouderdomswet“ AOW) liegt bei 17,9 Prozent vom Bruttolohn, bei Hinterbliebenenpensionen („Algemene Nabestaandenwet“ ANW) liegt er bei 1,10 Prozent. Die Finanzierung der Sozialhilfe erfolgt aus allgemeinen Steuermitteln und ist bedarfsabhängig und fungiert als letztes Sicherungsnetz.⁵⁵⁶ Zu den Besonderheiten der Beitragsgestaltung im Bereich der Leistungen bei Invalidität wird auf die Ausführungen im Rahmen des Kapitels 8.3. verwiesen.

⁵⁵⁵ Siehe dazu Kapitel 8.3.

⁵⁵⁶ Europäische Wohlfahrtssysteme 474.

8.2.3 Charakteristische Merkmale des niederländischen Wohlfahrtsstaates

Der niederländische Gesetzgeber hat insbesondere in den 1960er⁵⁵⁷ und 70er⁵⁵⁸ Jahren umfangreiche gesetzliche Grundlagen zur Absicherung von Arbeitsunfähigkeit geschaffen, die mit einem Anstieg der „Bezieherzahlen“ einhergingen. Insbesondere die systemwidrige Verlagerung von arbeitslosen Personen in die Invaliditätssicherung brachte diesen hohen Anstieg mit sich, aber auch die großzügige Verwaltungspraxis, wonach teilerwerbsunfähige Personen oftmals als vollerwerbsunfähig beurteilt wurden.⁵⁵⁹ Die Kritiker warfen dem System immer wieder vor, dass es auch Arbeitgebern vergleichsweise einfach möglich ist, ältere Arbeitnehmer in die Invalidität zu verschieben und dass diese Form der Arbeitsmarktpolitik von der Politik toleriert wird. Wie bereits oben erwähnt, wurden die kritischen Stimmen in den 1990ern erhört, als der niederländische Gesetzgeber angesichts fehlender Wirkungen vergangener Reformen sich dazu entschloss dem Thema Erwerbsminderung auf andere Art und Weise als bislang zu begegnen. Die Rolle des Arbeitgebers, als bedeutender Akteur im Themenkomplex „Arbeit, Krankheit, Erwerbsminderung“, rückte in das Blickfeld der Betrachtungen. Fortan sollten auch die Arbeitgeber in den Verantwortungsbereich für ihre Mitarbeiter genommen werden, der jedoch nicht ausschließlich finanzieller Natur sein sollte, sondern auch dem neuen Fokus in Richtung „Weiterarbeit trotz Erwerbsminderung“ als Grundlage fungieren sollte.

Die Involvierung der Arbeitgeber im gesamten Prozess „Krankheit – Erwerbsminderung – Rückkehr an einen (neuen) Arbeitsplatz“ war zum damaligen Zeitpunkt nicht gänzlich Neuland, da die Niederlande seit jeher einen hohen Grad an Korporatismus aufweisen. Durch die systematische Beteiligung an politischen Entscheidungsprozessen können organisierte Interessenverbände zu staatstragenden Kräften werden. Der Gewinn für die privaten Interessenverbände liegt darin, dass sie Zugang zum Prozess der politischen Willensbildung erhalten und im Gegenzug erwartet der demokratische Gesetzgeber eine effektive Durchsetzung seiner Gesetze. Die rege Beteiligung der Sozialpartner bei der Gestaltung der Arbeitswelt, insbesondere bei Arbeitszeitflexibilisierungen, aber auch bei Sozialversicherungsleistungen wie Teil- und Frührenten hat zum Ziel, die in den Interessensvertretungen zusammengeführten Mitglieder als unmittelbarer Adressat der

⁵⁵⁷ Siehe dazu weiter unten: Gesetz über die Arbeitsunfähigkeitsversicherung (WAO)

⁵⁵⁸ Das allgemeines Arbeitsunfähigkeitsgesetz (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet AAW) ist von seiner Konzeption her eine Volksversicherung für sämtliche Einwohner der Niederlande.

⁵⁵⁹ Aarts/de Jong, Invalidenversicherung: Europäische Entwicklungstendenzen zur Invalidität im Erwerbsalter II in *Bundesamt für Sozialversicherung (Hrsg) Beiträge zur Sozialen Sicherheit* (1999) 49.

Politik zu erreichen.⁵⁶⁰ Dies bringt grundsätzlich eine hohe Akzeptanz der Regelungen („pacta sunt servanda“) mit sich, da ihnen zugeschrieben wird, die Interessenslagen aller Akteure ausgewogen zu berücksichtigen. Es wäre ein verzerrtes Bild, würde man es an dieser Stelle unterlassen zu erwähnen, dass der Korporatismus in den Niederlanden auch mehrfach für „tot“ erklärt wurde. Dies trifft insbesondere auf die 1980er Jahre zu, in denen der intensivierte, internationale Wettbewerb zu einer Abnahme nationalen Einflusses auf die Wirtschaftspolitik führte.⁵⁶¹

Mit dem Vertrag von Maastricht und den wirtschaftlichen Vorgaben der Konvergenzkriterien dürfte das Bedürfnis der meisten europäischen Staaten nach kooperativen Lösungen wieder gestiegen sein. In den Niederlanden waren bereits die früher 1990er Jahre die Zeit der „Wende“, da die sog. „Erwerbsunfähigkeitskrise“⁵⁶² Politiker, Gewerkschafts- und Arbeitgeberrepräsentanten an einen Tisch zwang. Hintergrund war die völlige Außerachtlassung der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit von Antragstellern und der Prüfung von Möglichkeiten zur Integration in den Arbeitsmarkt. Vielmehr wurden vorschnell Erwerbsunfähigkeitsrenten geleistet, zumal Überprüfungen von medizinische Beurteilungen mangels Transparenz nur sehr schwer möglich waren. Auch in Österreich wird Sozialpolitik in aller Regel unter Einbindung der Sozialpartner gemacht, es lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen, dass man hierzulande oftmals den Eindruck bekommt, dass die Einbindung zu vieler Akteure als normative Bremse wirkt und vielversprechende oder schlichtweg notwendige Reformbestrebungen zum Stocken und nicht selten gänzlich zum Erliegen bringt. Reformprozesse brauchen oftmals Jahre um tatsächlich umgesetzt zu werden, durchlaufen einen langen Weg der Konsenssuche und im Ergebnis bleibt mit Glück noch ein Kernstück des Vorhabens über.

Es ist völlig unzweifelhaft, dass neue Gesetzesvorhaben unter der Einbindung von Experten, Interessensvertretungen und betroffener Akteure zur Umsetzung gelangen, im Sozialversicherungsrecht und dabei insbesondere im Leistungsrecht der Pensionsversicherung, werden Reformen häufig besonders bedrohlich wahrgenommen und verkommen zum Spielball politischer Akteure. Es scheint als stehe nicht das Bestreben

⁵⁶⁰ *De Rijk*: Prävention von Arbeitsbeeinträchtigung in den Niederlanden. Eine Schlüsselrolle für Arbeitgeber – Teil I: Niederländische Eigenheiten des Arbeitsmarkts und Arbeitsbeeinträchtigungspolitik aus historischer Perspektive; Beitrag D9-2019 unter www.reha-recht.de; 16.05.2019 Aufruf vom 12.08.2020.

⁵⁶¹ *Visser/Hemerijck*, Ein holländisches Wunder? Reform des Sozialstaates und Beschäftigungswachstum in den Niederlanden in *Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung* Köln, Band 34 (1998) 89.

⁵⁶² Ebenda 197.

um Erneuerung im Fokus der Veränderung, sondern statuserhaltende Erwägungen, da Veränderung gleichsam als Verschlechterung gesehen wird. Darin liegt mE auch das Hemmnis in der Diskussion um einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff; die Sorge um den eigenen Statusverlust scheint in so manchen Köpfen tief verankert zu sein. Kehren wir jedoch wieder zurück zur Rolle der Arbeitgeber, die auch im 1967 umfassend reformierten niederländischen Krankenversicherungssystem besteht, das zum Teil privatisiert wurde und sich durch die fehlende Trennung zwischen Arbeitsunfällen und sonstigen Unfällen, die zu Leistungen wegen Arbeitsbeeinträchtigung führen, kennzeichnet. Die de facto fehlende Unfallversicherung wird durch eine intensive Beteiligung der Arbeitgeber bei der Normierung von Regelungen zur Arbeitsbeeinträchtigung sowie den damit in Verbindung stehenden Kosten gewissermaßen kompensiert.

Die frühen 90er Jahre waren von einer Zunahme der finanziellen Verantwortung der Arbeitgeber für Krankenstandszeiten gekennzeichnet, 1996 kam es zur Einstellung staatlicher Krankengeldzahlungen bei gleichzeitiger Verpflichtung von AG zur Fortzahlung von mind. 70% des Entgelts während des ersten Jahres der Arbeitsunfähigkeit. Zu diesem Zeitpunkt wurde auf die Möglichkeiten einer Wiedereingliederung erkrankter Arbeitnehmer weder vom Gesetzgeber noch von den Arbeitgebern Bedacht genommen, erst eine im Jahr 2000 erfolgte Übertragung der Gesamtverantwortung auf die Arbeitgeber hinsichtlich Finanzierung und Umsetzung des Schutzes vor krankheitsbedingtem Entgeltausfall bzw. Entgeltminderung richtete den Fokus auf Rehabilitationsmöglichkeiten.

Abschließend ist eine Besonderheit hervorzuheben, die sich aus der Beteiligung privater Versicherer im Erwerbsunfähigkeitssystem ergibt und im Jahr 1998 im Gesetz zur Erwerbsunfähigkeitsversicherung (*Premiëdifferentiatie en Marktwerking bij de Arbeidsongeschiktheidsregelingen*, PEMBA 1998) normiert wurde. Die Möglichkeit für Arbeitgeber das Risiko von Erwerbsunfähigkeit der bei ihnen beschäftigten Mitarbeiter auf eine private Versicherung zu übertragen wurde mit einer Prämiendifferenzierung verbunden. Arbeitgeber haben dadurch ein Wahlrecht im Hinblick auf die gesetzliche Pflicht zur Versicherung gegen Erwerbsunfähigkeit und der Wohlfahrtsstaat erhielt eine Komponente des „gesteuerten Wettbewerbs“.⁵⁶³ Dieses sog. „Experience rating“ ist eine sehr häufig in privaten Versicherungssystemen angewandte Methode zur Ermittlung von Versicherungsbeiträgen und wird vorrangig in angelsächsischen Ländern herangezogen. In den Niederlanden entschied man sich, dieses „Berechnungsmodell“ auch im öffentlichen Versicherungssystem einfließen zu lassen und hatte letztendlich eine kombinierte Beitragsfinanzierung. Abseits eines für alle Arbeitgeber identen, obligatorischen

⁵⁶³ Hackenberg, Niederländische Sozialhilfe- und Arbeitsmarktpolitik. Mythos – Modell – Mimesis

Basisbetrags, wurde ein nach betriebsspezifischem Invaliditätsrisiko des Unternehmens orientierter Beitrag vorgesehen. Diese risikoabhängige Prämienkomponente richtet sich danach, wie viele Anträge auf Erwerbsunfähigkeitsrente in der Vergangenheit von diesem Unternehmen gestellt wurden. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber jene Unternehmen „belohnen“, die sich um die Gesundheitsförderung ihrer Mitarbeiter bemühen. Dabei wurde ein einheitlicher Beitragssatz (Basisbeträge) für alle Arbeitgeber in Höhe von 5,7% des Bruttoeinkommens der Beschäftigten festgelegt, der zur Finanzierung der langfristigen Leistungen bei EU dient.

Die zweite Stufe des Beitragssatzes ist ihrer Höhe nach variabel und richtet sich nach dem firmenspezifischen „Invaliditätsrisiko“, wofür als Maßstab die Abweichung vom nationalen Durchschnitt in den Invalidisierungsquoten diene. Die differenzierten Beiträge sollten zunächst der Finanzierung von Leistungen während der ersten 5 Jahre der Invalidität sicherstellen, zwischenzeitlich wurde dieser Zeitraum auf 10 Jahre ausgedehnt, wobei die Rentenleistungen für gänzlich erwerbsunfähige Personen davon ausgenommen sind.⁵⁶⁴ Ziel dieser Regelung war jedoch verstärkte Anreize für Arbeitgeber zu schaffen, um die Ursachen von Erwerbsunfähigkeit möglichst frühzeitig zu identifizieren und minimieren.⁵⁶⁵ In der äußerst komplexen Berechnungsformel wurden viele Parameter berücksichtigt, die Unternehmen wurden ihrer Größe nach in „klein“⁵⁶⁶ und „groß“ unterteilt, die Prämie in Abhängigkeit von der Lohnsumme berechnet und mit einem Mindest- bzw. Höchstbetrag begrenzt. Der UWV (siehe unten) unterscheidet 69 verschiedene Sektoren, welche anhand der „International Standard Industrial Classification of All Economic Activities“ zu 10 Hauptgruppen zusammengefasst werden. Die Details zur Berechnung⁵⁶⁷ werden aufgrund ihrer Komplexität nicht näher in dieser Arbeit ausgeführt, den Untersuchungen von *Nynke de Groot* und *Pierre Koning*⁵⁶⁸ sowie *Jan-Maarten van Sonsbeek* und *Raymond Gradus* kann jedoch entnommen werden, dass „Experience rating“ einen positiven Einfluss auf die Entwicklung der Invalidisierungsraten hat. Die Untersuchungen von *de Groot* und *Koning* haben sich primär auf den Zeitraum vor 2005 fokussiert, da insbesondere den Reformen ab dem Jahr 2006 ebenso positive Effekte auf die Entwicklung der Invalidisierung

⁵⁶⁴ *Van Sonsbeek/Gradus*, Estimating the effects of recent disability reforms in the Netherlands (2013), Oxford Economic Papers, Oxford University Press 64 (4) 5.

⁵⁶⁶ Die risikoabhängigen Beiträge wurden kurzzeitig im Jahr 2003 für kleine Unternehmen ausgesetzt und im Jahr 2008 wieder eingeführt.

⁵⁶⁷ *De Groot/Koning*, Assessing the Effects of Disability Insurance Experience Rating: The Case of the Netherlands, Discussion Paper No. 9742 (2016) Institute for the Study of Labor 7.

⁵⁶⁸ Assessing the Effects 3.

(nachweislich) zugeschrieben werden, messbare Ergebnisse sind jedoch häufig auf kumulative Maßnahmen zurückzuführen. Den Ausführungen von *van Sonsbeek* und *Gradus* ist zu entnehmen, dass es sektorale Unterschiede hinsichtlich der Effektivität von risikoabhängigen Beiträgen gibt. So wurde in der Gastronomie, im Hotelgewerbe und im Bauwesen größere Effekte durch diese Maßnahme gemessen als beispielsweise auf dem Finanzsektor oder in der öffentlichen Verwaltung. Sie erklären diese Wirkung damit, dass Arbeitgeber in diesen Sektoren sensibler auf finanzielle Anreize im System reagieren als andere, während „bürokratische“ Vorgaben, wie im Gate-Keeper-Gesetz normiert sind, aufgrund der kleineren Unternehmensgrößen bzw. geringen Erfahrung im Umgang mit formellen Vorgaben, sich weniger positiv auswirken.⁵⁶⁹ Beide Untersuchungen kommen auch zum Schluss, dass insbesondere die Ausdehnung der durch die Arbeitgeber zu finanzierenden Krankgeldzahlungen an erkrankte Mitarbeiter einen deutlich messbaren Erfolg bei der Senkung der Anträge auf Invaliditätsleistungen gebracht hat.⁵⁷⁰

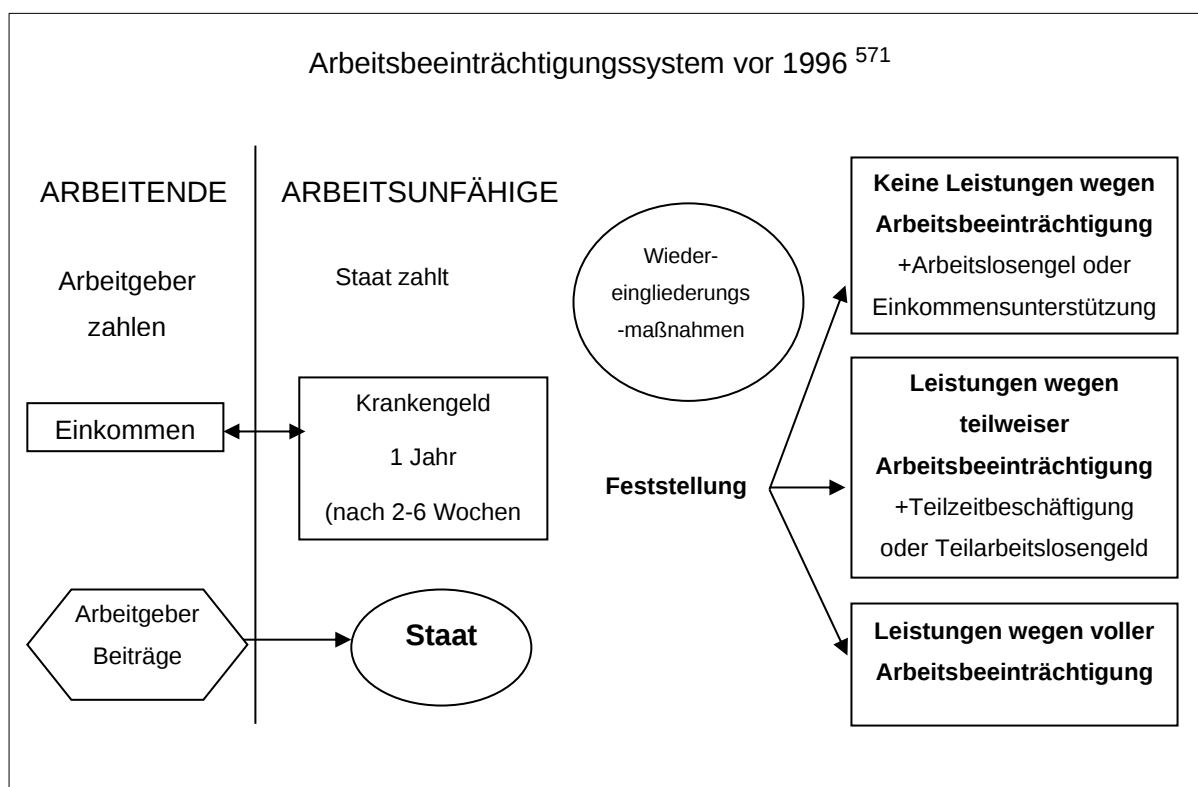


Abbildung 32 – Arbeitsbeeinträchtigungssystem vor 1996

Quelle: DVfR Reha-Recht: Prävention von Arbeitsbeeinträchtigung in den Niederlanden (2019)

⁵⁶⁹ Assessing the Effects 16.

⁵⁷⁰ Esimating the Effects 19.

⁵⁷¹ De Rijk 5.

Das im Rahmen der Reform des Krankenversicherungssystems bewährte Konzept in den 1990er Jahren wurde auch für die Invaliditätsreform im Jahr 2006 herangezogen. Die Reform verpflichtet Dienstgeber zu einer Lohnfortzahlungsdauer von 104 Wochen, bei einer Krankheitsdauer von mehr als 6 Wochen sieht das sog. „Gatekeeper-Gesetz“ (Wet verbetering poortwachter) eine Verpflichtung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu strukturierten Reintegrationsmaßnahmen vor.

8.2.4 Rechtslage bis zum 31.12.2005

Das bis dahin in Geltung stehende System auf Basis des Invaliditätsversicherungsgesetzes berechtigt gemäß Art 19 WAO Arbeitnehmer zu einer einkommensbasierten Leistung, sofern nach 104 Wochen (siehe oben) eine gesundheitliche Einschränkung im Ausmaß von mindestens 15% vorliegt. Eine Behinderung von weniger als 15% gilt nicht als arbeitsunfähig iS des Art 19 leg cit. Zeiten der Arbeitsunfähigkeit werden in jenen Fällen zusammengerechnet, in denen eine Unterbrechung von weniger als vier Wochen vorliegt. Die Höhe des Rentenanspruchs richtet sich nach dem graduellen Ausmaß der Arbeitsunfähigkeit und sieht in der höchsten Stufe (Erwerbsunfähigkeitsgrad ab 80%) eine Leistung von 70% von 100/108 mal dem täglichen Arbeitseinkommen vor. Die Dauer der Leistungsgewährung ist abhängig vom Alter des Versicherten und liegt zwischen 6 Monaten (zwischen 33 und 37 Lebensjahren) und 6 Jahren ab dem 58. Lebensjahr. Versicherte ab dem 59. Lebensjahr erhalten eine sogenannte „fortgesetzte Leistung“, die sich aus einem Gemenge von Alter, gesetzlichen Mindestlohn, Zuschlag und früherem Einkommen zusammensetzt.

Aufgrund der feingliedrigen Abstufung der Erwerbsminderung reichten oftmals vergleichsweise geringe Gesundheitsschädigungen für den Bezug einer Leistung, ohne einer gesetzlichen Verpflichtung zur Rehabilitation bzw. anderweitiger Bemühungen um einen beruflichen Wiedereinstieg. Eine Erwerbsunfähigkeit definierte sich danach, ob ein Versicherter ganz oder teilweise nicht in der Lage ist, durch jede zumutbare Beschäftigung so viel zu verdienen, wie eine gesunde Person mit gleichartiger Qualifikation und Berufserfahrung. Die Zumutbarkeit orientierte sich dabei ausschließlich an jenen Arbeiten, welche der Versicherte aufgrund seiner Erwerbsfähigkeit noch ausüben kann und nicht am früheren Beruf oder an der Ausbildung. Ein Schutz vor einem „unzumutbaren sozialen Abstieg“, wie in Österreich, besteht nach niederländischem Recht nicht. Das niederländische Sozialversicherungssystem sah sich am Ende der 1990er Jahre mit einer hohen Anzahl an WAO-Leistungsempfängern konfrontiert, als Maßnahmen zur Redimensionierung des Systems wurden neben der verlängerten Krankengeldleistung durch

den Arbeitgeber und die Fokussierung auf Instrumente der Integration auch eine nach Invaliditätsrisiko differenzierte Beitragshöhe in Aussicht genommen.⁵⁷²

8.2.5 Rechtslage ab dem 1.1.2006

Die niederländische Regierung entschloss sich im Zuge der Neugestaltung des Systems der sozialen Sicherheit im Bereich der Erwerbsminderung zu einer Zweiteilung der Berufsunfähigkeitsrente, die zudem als ultima ratio nur dann zum Tragen kommen soll, wenn eine dauerhafte und massive gesundheitliche Einschränkung vorliegt. Unberührt von diesen Änderungen sollten nur bestehende Bezieher einer WAO-Leistung bleiben, Neuanträge ab dem 1.1.2005 sind bereits nach der neuen Rechtslage zu beurteilen. Die neue gesetzliche Grundlage wurde mit dem „Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen“ geschaffen, sohin dem Gesetz über Arbeit und Einkommen entsprechend der Arbeitsfähigkeit, woraus sich das Ansinnen des Gesetzgebers bereits dem Titel entnehmen lässt: eine klare Fokussierung auf die Teilhabe am Erwerbsleben trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung. Hintergrund waren die hohen Zahlen der Verrentung aufgrund Erwerbsminderung⁵⁷³ (100.000 Neuzugänge wegen Erwerbsminderung im Jahr 2000) und die geringe Partizipation am Arbeitsmarkt von Menschen mit geringfügigeren gesundheitlichen Einschränkungen. Das neue „WIA-System“ vollzog einen Paradigmenwechsel von Arbeitsunfähigkeit zur Arbeitsfähigkeit. Es ist sozialversicherungsbasiert, dessen Leistungen grundsätzlich einkommensbezogen sind, andernfalls auf dem Existenzminimum basieren.

Im Unterschied zum „WAO-System“ normiert das WIA einen Mindestgrad der Erwerbsunfähigkeit von 35% und unterscheidet erstmals zwischen völliger und teilweiser Erwerbsunfähigkeit, hingegen ist die Ursache (ob Invalidität, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit) irrelevant. Das alte System sah bei geringer Gesundheitsschädigung eine – wenn auch finanziell stark eingeschränkte – Rentenleistung vor und verpflichtete den Bezieher nicht zur Vornahme von Anstrengungen zur Aufnahme einer neuen beruflichen Tätigkeit. Arbeitnehmer, die nach 2-jähriger, krankheitsbedingter Abwesenheit von ihrem Arbeitsplatz eine zumindest 35%ige Minderung der Erwerbstätigkeit haben, können eine Rentenleistung beantragen. Die Feststellung des Grades der Erwerbsminderung erfolgt

⁵⁷² OECD, *Sickness an Disability Schemes in the Netherlands; Country memo as a background paper für the OECD Disability Revue* (2007) 6.

⁵⁷³ Reese, Mittag, *Berufliche Wiedereingliederung und soziale Sicherung von erwerbsgeminderten Menschen in den Niederlanden und in Deutschland – Ein Vergleich*, Handout zur Tagung der Hans Böckler Stiftung „Erwerbsminderung: krank-ausgeschlossen-arm?“ am 6. Juni 2013 in Berlin 7.

durch ärztliche und fachliche Expertise eines Mitarbeiters der UWV (*Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*). Dabei handelt es sich um eine unabhängige Verwaltungsbehörde, die im Auftrag des Ministeriums für soziale Angelegenheiten und Beschäftigung die Arbeitnehmersversicherung durchführt und aus verschiedenen Titeln (WAO, WIA ua) entsprechende Rentenleistungen erbringt.

8.2.6 WGA-Rente bei teilweiser Erwerbsminderung

Personen, deren Erwerbsfähigkeit entweder vorübergehend oder teilweise im Ausmaß von mindestens 35% und maximal 80% eingeschränkt ist, haben Anspruch auf eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung. Eine Mindestversicherungszeit kennt das niederländische Recht nicht, jedoch muss die/der Versicherte in den 36 Wochen vor Beendigung der Wartezeit von 104 Wochen mindestens 26 Wochen eine Beschäftigung ausgeübt haben. Die Höhe der Leistung ist abhängig davon, ob der (teilweise erwerbsgeminderte) Versicherte noch arbeiten kann und in der Praxis tatsächlich arbeitet. Als WGA-Renten kommen sodann entweder eine gehaltsbezogene oder gehaltsergänzende bzw. eine Anschlussleistung in Betracht. Übt der Versicherte eine Tätigkeit aus, beträgt die Leistungshöhe 75% des Unterschiedes zwischen dem früheren und dem gegenwärtigen Arbeitsverdienst. Diese Rente wird in den ersten 2 Monaten zusätzlich zum Einkommen gewährt, danach kommt ein Prozentsatz von 70 zur Anwendung. Diese Lohnergänzungsleistung ist unabhängig vom tatsächlichen Verdienst, setzt allerdings voraus, dass der Verdienst mindestens 50% der verbleibenden Verdienstfähigkeit beträgt. Bei einem Einkommen unterhalb von 50% wird eine Anschlussleistung („follow-up benefit“) gewährt, deren Höhe vom Grad des Verlusts der Verdienstfähigkeit abhängt. Die Leistung wird, je nach Anzahl der Beschäftigungsjahre, für drei bis 38 Monate gezahlt.

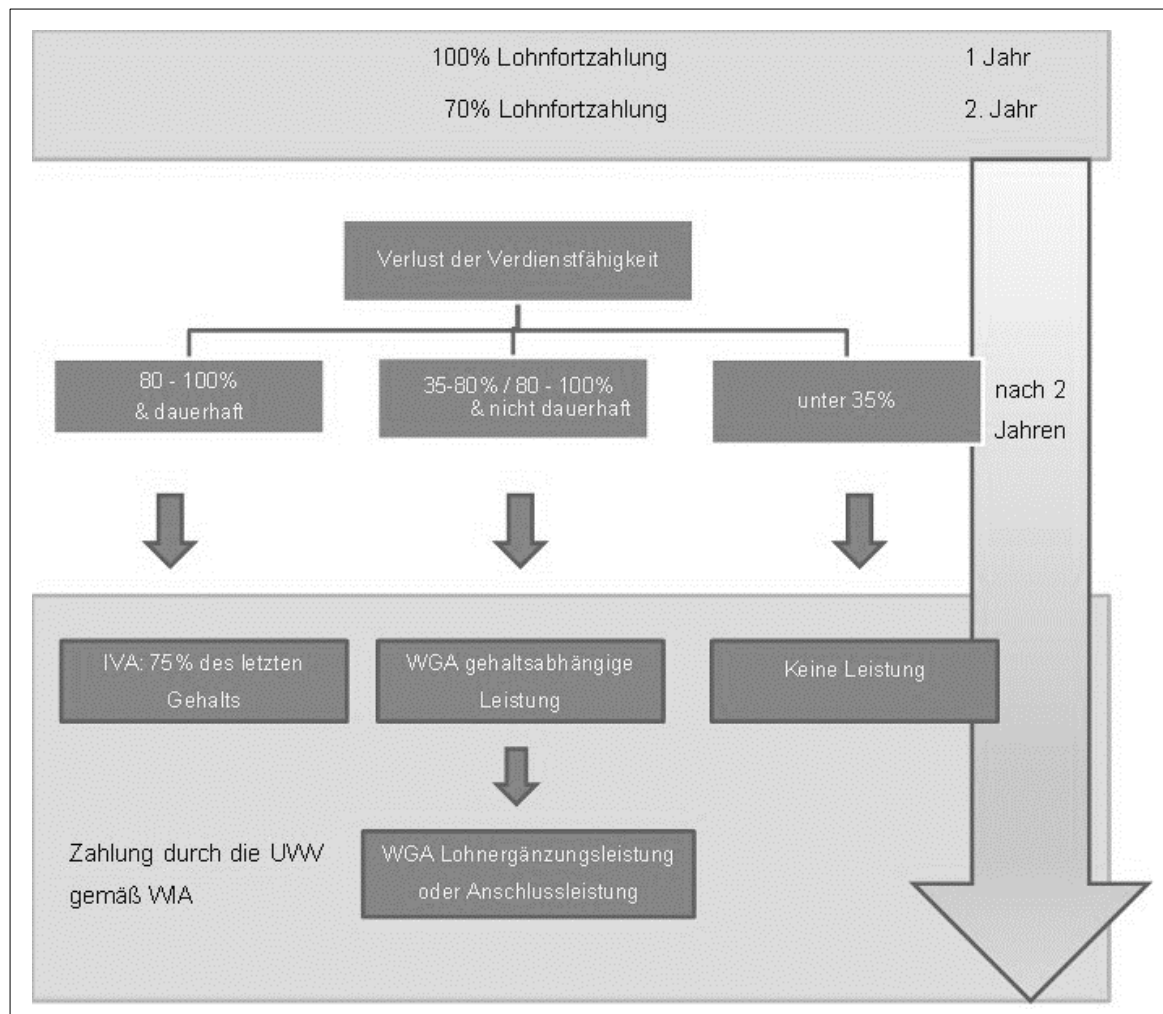


Abbildung 33 – Prozess WGA-Rente

Quelle: Hans-Böckler-Stiftung – Handout zur Tagung vom 6. Juni 2013

Das sog. „Gatekeeper-Gesetz“ normiert konkrete Anforderungen bzw. Prozesse für erwerbsgeminderte Arbeitnehmer für eine Überführung in das Arbeitsunfähigkeitssystem. Dies ist letztendlich nur dann möglich, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer alles Notwendige unternommen haben, um eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zu vermeiden. Das System unterscheidet sich in vielen Punkten deutlich von der österreichischen Rechtslage, da es in den Niederlanden eine enge Verknüpfung gesundheitlich eingeschränkter Arbeitnehmer mit ihren Dienstgebern gibt, als hierzulande. Da die Ursache der Arbeitsunfähigkeit für den Prozessablauf unerheblich ist, d.h. nicht nach Berufskrankheiten/Arbeitsunfällen oder anderweitigen Ursachen differenziert wird, wurden die öffentliche Unfallversicherungen in den letzten Jahrzehnten privatisiert.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Schubert/Hegelich/Bazant (Hrsg), Handbuch Europäische Wohlfahrtssysteme (2008) 474.

8.2.7 IVA-Rente bei dauerhafter Erwerbsminderung

Personen, bei denen seitens eines Arbeits- oder Betriebsarztes ein Verlust der Verdienstfähigkeit von mehr als 80% dauerhaft festgestellt wurde, haben Anspruch auf eine IVA-Rente. In diesen Fällen bedarf es nicht zwingend des Ablaufs der zweijährigen Krankengeldphase um einen Antrag auf eine Leistung aus diesem Titel zu stellen. Voraussetzung für IVA- und WGA-Renten ist grundsätzlich eine Wartezeit von zwei Jahren, in denen der/die Erwerbsgeminderte entweder Lohnfortzahlung vom Arbeitgeber oder Krankengeld bezogen hat. Wenn der Arbeitgeber zu einer längeren Lohnfortzahlung verpflichtet ist oder sich dazu freiwillig verpflichtet hat, schiebt sich der Anspruch auf die Rente entsprechend nach hinten. In bestimmten Fällen, beispielsweise einer besonders schwerwiegenden Erwerbsminderung, kann diese Wartezeit verkürzt werden und eine Rente vor Ablauf der 104 Wochen Frist beantragt werden. Versicherte, bei denen eine volle, jedoch nicht dauerhafte Erwerbsminderung festgestellt wurde, fallen hingegen unter das Regime der WGA-Rente.

8.2.8 Best Practice Niederlande?

Der niederländische Gesetzgeber sah sich – wie die meisten europäischen Gesetzgeber – gezwungen, auf die überdurchschnittliche hohe Zahl von Erwerbsunfähigen in den 1980er und 1990er Jahren zu reagieren und hat ein Bündel von Maßnahmen zwischen 1998 und 2004 auf den Weg gebracht, deren Auswirkungen mit einem Rückgang der Zuerkennung von Erwerbsunfähigkeitsleistungen von 40 Prozentpunkten beziffert werden. Das neue Erwerbsunfähigkeitssystem aus dem Jahr 2006 hat Untersuchungen⁵⁷⁵ zur Folge nochmals eine Reduktion um 20 Prozentpunkte bewirkt, wobei die Effekte nach Wirtschaftszeigen und demografischen Gruppen stark variieren.

Die niederländische Rechtslage richtete im Rahmen der letzten Reformen den Blickwinkel auf die Verdienstfähigkeit des Versicherten als entscheidender Faktor, die gesundheitliche Beeinträchtigung ist zwar ursächlich für diese Beurteilung, sie steht aber nicht im Widerspruch zur prinzipiellen Arbeitsfähigkeit. Nachdem das niederländische Arbeitsrecht auch keine Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten vornimmt⁵⁷⁶, ist auch der sozialrechtliche Schutz für unselbständig beschäftigt Versicherte einheitlich geregelt. Das ist ein markanter Unterschied zur österreichischen Rechtslage, die zwar mit dem

⁵⁷⁵ *Van Sonsbeek/Gradus*, Estimating the effects of recent disability reforms in the Netherlands (2013), Oxford Economic Papers, Oxford University Press 64 (4).

⁵⁷⁶ *Wank*, Arbeiter und Angestellte: zur Unterscheidung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (1992) 64.

verstärkten Fokus auf die Rehabilitation einen ähnlichen Schritt in Richtung Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit gesetzt hat, die aber vom Zugang her nicht mit dem niederländischen Recht vergleichbar ist. Der Ablauf eines Verfahrens zur Feststellung von Invalidität weist ebenso gewisse Parallelen auf, zeigt aber im Detail die Unterschiedlichkeit im Hinblick auf die hohe Verantwortung des Arbeitsgebers auf, dessen Lohnfortzahlungsverpflichtung bei nachweislicher Pflichtverletzung bezüglich der Bemühungen um eine Wiedereingliederung auch länger als 104 Wochen bestehen kann. Im Vergleich dazu, kennt das österreichische Recht lediglich die Mitwirkungspflicht des Anspruchswerbers bzw. Anspruchsberechtigten gem. § 366 Abs 1 und 4 ASVG, die im Falle der Nicht-Mitwirkung bzw. Vereitelung von Rehabilitationsmaßnahmen bzw. ärztlichen Heilbehandlungen den Nicht-Anfall der Leistung nach sich zieht. Die Beurteilung der „earning capacity“ wird von einem Versicherungsmediziner und einem Arbeitsexperten vorgenommen, analog wird nach österreichischer Rechtslage die Arbeitsfähigkeit vom medizinischen Fachbereich des Versicherungsträgers beurteilt und allenfalls notwendige berufskundliche Expertise vom Berufskundler eingeholt.

Das niederländische Recht sieht vor, dass sich der Versicherungsmediziner bei der Begutachtung an einer Liste orientiert, anhand derer verschiedene Bereiche der Funktionsfähigkeit standardisiert beurteilt werden. Anhand dieser Daten wird dann mithilfe eines rund 7.500 Berufe samt Anforderungen und durchschnittlichen Verdiensten umfassenden Computerprogramms ein Sample an möglichen Berufen generiert. Der Arbeitsexperte sucht in weiterer Folge jene Tätigkeiten aus, die für den erkrankten AN geeignet wären, berücksichtigt dabei jedoch die Chance einer realistischen beruflichen Wiedereingliederung. Sodann wird der durchschnittliche Verdienst dieser Berufe errechnet und mit dem früheren Verdienst des Versicherten verglichen. Wenn der Verlust des Verdienstes mehr als 35% beträgt, hat der Versicherte Anspruch auf eine WIA-Leistung (siehe Grafik). Dem versierten Kenner der Materie werden die Parallelen zum österreichischen Recht auffallen, da die Berufsdatenbank ein Mittel ist, auf das man in der Praxis zurückgreift. Die vom niederländischen Gesetzgeber im Laufe der letzten Jahrzehnte getroffenen Maßnahmen sind im Wesentlichen mit jenen in Österreich vergleichbar, auch wenn das System, auf das sie Anwendung finden, nicht ident mit dem österreichischen „Invaliditätsrecht“ ist.

Ein Punkt soll jedoch an dieser Stelle noch näher beleuchtet werden, der in den österreichischen Diskussionen um Finanzierbarkeit und Reformbedarf des Pensionssystems nicht zu finden ist: die Methode der Prämiendifferenzierung auf Unternehmensebene. Wie die obigen Ausführungen zeigen, hat der niederländische

Gesetzgeber⁵⁷⁷ die Methode im Jahr 1998 eingeführt, um die Verteilung der Kosten für Erwerbsunfähigkeit neu festzulegen und – noch bedeutungsvoller – der Verantwortung der Arbeitgeber für ihre Mitarbeiter eine finanzielle Dimension gegeben.

Der vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass in den Niederlanden keine eigenständige gesetzliche Unfallversicherung wie in Österreich existiert, in der ausschließlich die Arbeitgeber von unselbständig Erwerbstätigen Beiträge zahlen. Der versicherungsrechtliche Schutz in der UV deckt ausschließlich jene Unfälle und Berufskrankheiten ab, die direkt mit der Beschäftigung in Zusammenhang stehen, damit gilt in der gesetzlichen Unfallversicherung das Kausalitätsprinzip während in der gesetzlichen Pensionsversicherung das Finalitätsprinzip zum Tragen kommt. Es wird beurteilt, ob Invalidität vorliegt, deren Ursache(n) werden nicht erhoben. Alle anderen, als berufskausale Krankheiten, werden der Risikosphäre des Arbeitnehmers zugeschrieben, der bei Eintritt des Versicherungsfalls (der Krankheit) auf die Leistungen aus der Krankenversicherung Anspruch hat. D.h. in Österreich werden einzelwirtschaftlich kontrollierbare Risiken vielmehr externalisiert und auf die Gemeinschaft aller Sozialversicherten bzw. über die Steuerzahler ausgelagert.⁵⁷⁸ Dabei kann auch für Österreich eine dem Verursacherprinzip entsprechende internalisierte Kostenrechnung, die Arbeitgeber in der Arbeitslosen- oder Pensionsversicherung herbeiführen, angestellt werden.

Wie die obigen Statistiken gezeigt haben, werden die Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit begründenden Krankheiten seitens der PV-Träger erfasst, unter den Antragsdaten des Pensionswerbers finden sich auch jene des Dienstgebers, wobei nicht zu verkennen ist, dass viele Anträge aus dem Status der Arbeitslosigkeit gestellt werden. Um Abhilfe zu schaffen, könnten die Erkenntnisse aus den erhobenen Daten zum jährlichen Fehlzeitenreport⁵⁷⁹ gewonnen werden, der im Übrigen eine Gliederung nach Arbeitern und Angestellten vornimmt und einen signifikanten Unterschied in den krankheitsbedingten Fehlzeiten zwischen diesen beiden Gruppen branchenspezifisch ausweist. Arbeiter sind deutlich öfters aufgrund von Krankheit dem Arbeitsplatz fern als Angestellte, das Delta

⁵⁷⁷ Neben der Niederlande ist Finland das einzige europäische Land, dass Experience Rating im öffentlichen Erwerbsunfähigkeitssystem einsetzt.

⁵⁷⁸ *Famira-Mühlberger/Huemer/Mayrhofer*, Die Beschäftigungsquote Älterer im europäischen Vergleich WIFO (2015) 120.

⁵⁷⁹ Seit 2007 wird der Österreichische Fehlzeitenreport als ein von Arbeiterkammer, Wirtschaftskammer und dem Dachverband der Sozialversicherungsträger beauftragtes sozialpartnerschaftliches Projekt durch das WIFO erstellt.

zwischen den beiden Berufsgruppen wird seit den 90er Jahren jedoch geringer und lag im Jahr 2018 bei 1,4 Prozentpunkten.⁵⁸⁰

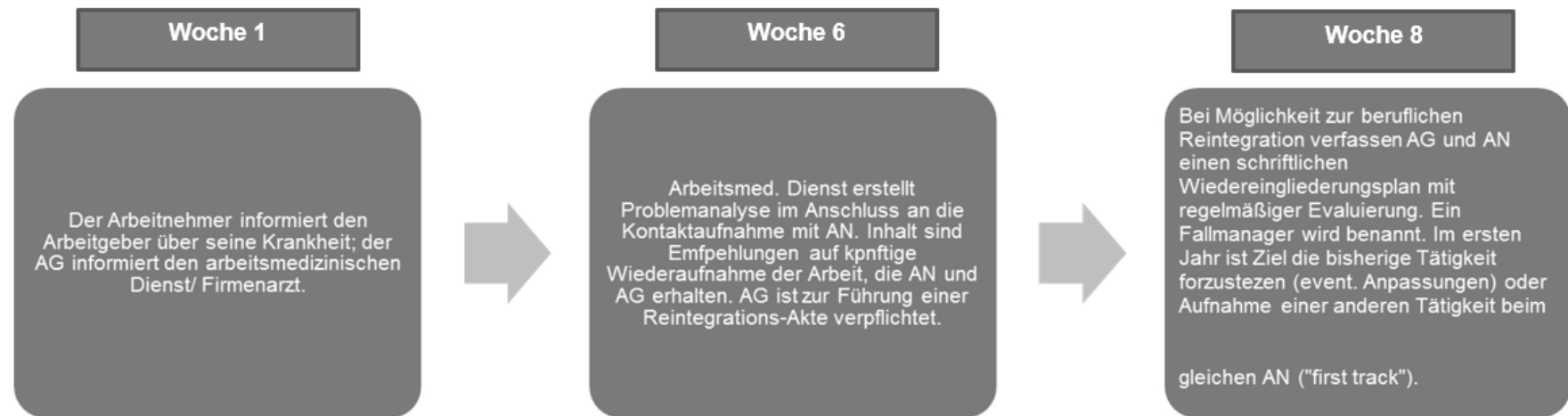
Ein Erklärungsansatz ist, dass das gleiche Krankheitsbild, je nach beruflichen Anforderungen, in einem Fall zur Arbeitsunfähigkeit führen kann und in einem anderen nicht. Ein weiterer Aspekt ist der Konnex zwischen dem Beruf und der gesundheitlichen Belastung am Arbeitsplatz. Der Tätigkeitsbereich von Arbeitern ist durchschnittlich durch eine höhere Unfallgefährdung und höhere Gesundheitsrisiken als jener von Angestellten gekennzeichnet. Eine Auswertung von branchenspezifischen Krankenstandsquoten ist ein sehr heikles Unterfangen, bei dem es viele Aspekte zu berücksichtigen gilt, nur sind Krankenstände ein wichtiger medizinischer Vorlaufindikator von Invalidität und sollten nicht ausgeklammert werden. So werden beispielsweise Kurzkrankenstände von Arbeitern vollständiger erfasst als von Angestellten und verteilen sich die Berufsgruppen nicht homogen auf alle Branchen. Weiters gibt es Branchen mit vielen jungen oder umgekehrt mit vielen älteren Beschäftigten, woraus sich entsprechende Auswirkungen auf die Krankenstandsquoten ergeben.

Es erscheint daher das niederländische Modell einer Ausdehnung der Verpflichtung zur Zahlung des Krankengeldes durch den Arbeitgeber sinnvoll und im Hinblick auf die Prämiendifferenzierung geradezu logisch, da dadurch die Verantwortungskette nicht unterbrochen wird. Die Arbeitgeber sind aktiv gefordert auf das Krankenstandsverhalten ihrer Mitarbeiter zu reagieren und werden zu einer Schlüsselfigur im Bemühen um eine Senkung der Erwerbsunfähigkeitsquoten. Es liegt auf der Hand, dass die betroffenen Personen selbst in diesem Prozess federführend agieren müssen, doch ist es ein gemeinsames Ziel von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, ehebaldigst die Erwerbsfähigkeit zu erlangen. Dafür müssen die betroffenen Personen entsprechend länger im Status der Krankheit verweilen, woraus sich nachteilige Effekte auf die Krankenstandsentwicklung ergeben, jedoch verhindert es den frühzeitigen Wechsel in den Status der Arbeitslosigkeit bzw. in den Rehabilitationsgeldbezug oder gar die Berufsunfähigkeit. Betrachtet man die Zuströme in die BU/IV-Pension in den letzten Jahren, sind „psychiatrische Krankheiten“ bei weiblichen Arbeiterinnen und weiblichen Angestellten die Hauptursache für Invalidität und Berufsunfähigkeit. Dabei handelt es sich in aller Regel um eine multifaktorielle Krankheit, jedoch belegen Untersuchungen eine hohe psychische Belastung aufgrund von Zeitdruck bei Personen, die im Dienstleistungssektor beschäftigt sind. Das Gesundheits- und Sozialwesen ist der Bereich mit den insgesamt höchsten durchschnittlichen Belastungswerten aufgrund von Zeitdruck und Überbeanspruchung, woraus sich ein hoher

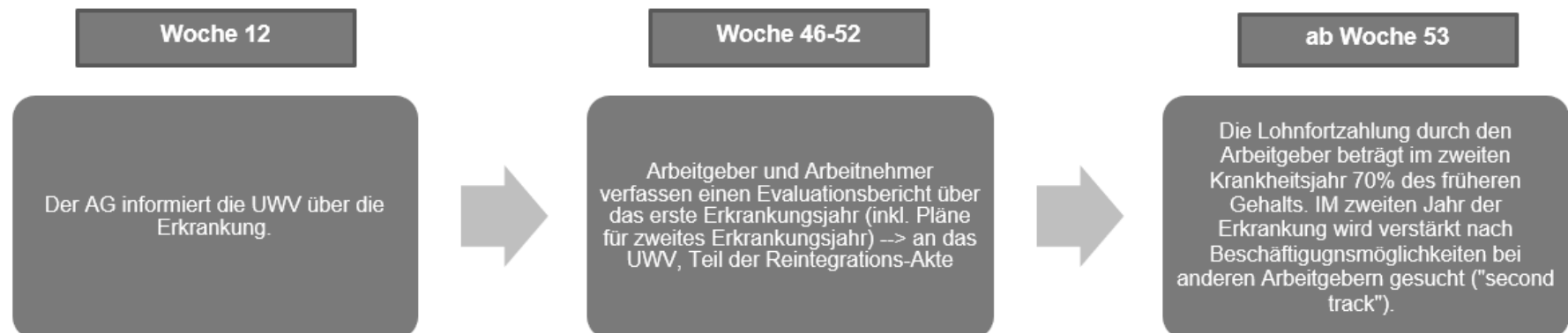
⁵⁸⁰ Beschäftigungsquote Älterer 31.

Frauenanteil in den entsprechenden Statistiken zeigt, da sie die Mehrheit der Beschäftigten in diesen Bereichen darstellen.⁵⁸¹ Die Herausforderung läge in der Quantifizierung des auf die berufliche Tätigkeit entfallenden Anteils psychischer Belastung an der Gesamtbelastung der Versicherten mit diesem Krankheitsbild, um eine risikogerechte Prämienfestsetzung vornehmen zu können. Realistischerweise muss davon ausgegangen, dass ein solches Modell nur dann die Chance zur offenen Diskussion hätte, wenn die österreichische Sozialversicherung um privatwirtschaftliche Versicherungselemente angereichert würde. Dies würde jedoch einen Paradigmenwechsel bedeuten, den man zwar nie ausschließen kann, der aber im konkreten Fall als äußerst unwahrscheinlich zu bewerten ist.

⁵⁸¹ Biffi/ Faustmann/ Gabriel/Leoni/ Mayrhuber/ Rückert, Psychische Belastungen der Arbeit und ihre Folgen (WIFO) 2012 47.



Der AN erhält im ersten Jahr meistens die volle Lohnfortzahlung durch den AG (gesetzliche Verpflichtung sind 70%). AG können sich privat Versicherung, die LFZ wird dann ganz oder teilweise übernommen. Der Versicherungsbeitrag ist abhängig von der erfolgreichen beruflichen Wiedereingliederung der AN.



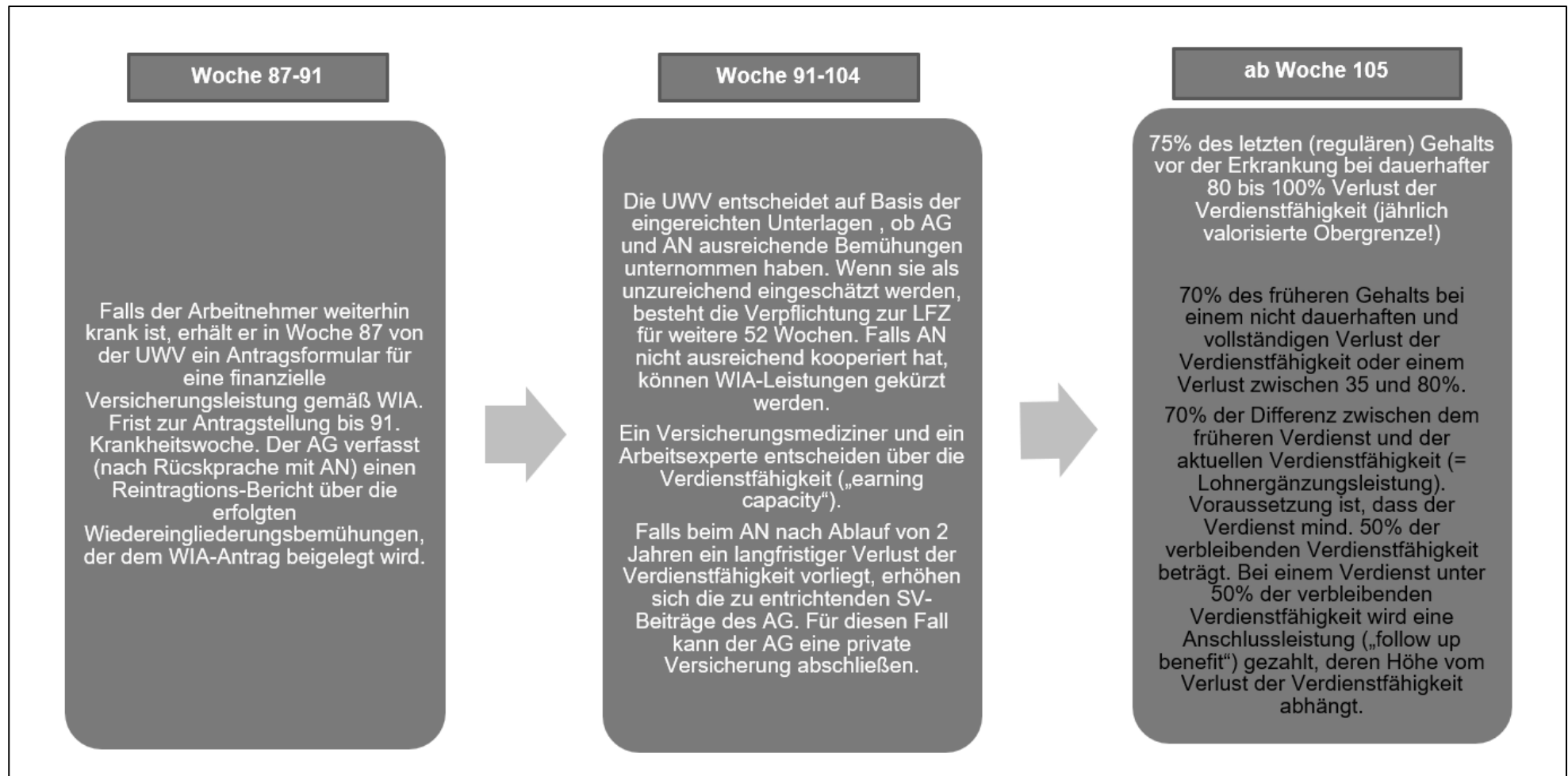


Abbildung 34 – Übersicht WGA-Rente

Quelle: Hans-Böckler-Stiftung – Handout zur Tagung vom 6. Juni 2013

8.3 Deutschland

8.3.1 Allgemeines zum deutschen Wohlfahrtsstaat

Der Grund, weshalb sich Deutschland für einen Rechtsvergleich betreffend Erwerbsminderungsrenten (so der deutsche terminus technicus) mE gut eignet, ergibt sich einerseits aus der Historie der beiden Länder, die in etlichen Zeitabschnitten des 20 und 21. Jahrhunderts Parallelen aufweist. Die Entstehung des deutschen Wohlfahrtsstaates Ende des 19. Jahrhunderts war von Bismarck geprägt, der Ausbau ab Mitte des 20. Jahrhunderts zielte auf den Einbezug weiter Teile der erwerbstätigen Bevölkerung in die Sozialversicherung und Erweiterung der sozialen Leistungssysteme bei gleichzeitigem Abbau sozialer Ungleichheit ab, während die Reformen ab 1975 die Finanzierbarkeit in den Fokus rückte und erste Verschärfungen in Anspruchsvoraussetzungen diverser Leistungen normiert wurden. Mit dem Staatsvertrag von 1990 zwischen BRD und DDR kam eine gewaltige Herausforderung auf die Sozialpolitik zu, da zwei durchwegs verschiedene Sozialsysteme aufeinander trafen und zu vereinheitlichen waren.⁵⁸²

Die Gemeinsamkeiten von Deutschland und Österreich sind in den Herausforderungen der Renten- bzw. Pensionsversicherung zu sehen, allen voran deren nachhaltige Finanzierung. Beide Länder sehen sich mit einer ungünstigen demografischen Entwicklung konfrontiert, da in umlagefinanzierten Systemen das Verhältnis von Beitragszahlern und Leistungsbeziehern für die Finanzierbarkeit von größter Bedeutung ist. Deutschland hat im Unterschied zu Österreich, in Relation, weniger Erwerbstätige in der Pflichtversicherung versichert und verzeichnet ebenso einen Rückgang von „Normalarbeitsverhältnissen“ hin zu „atypischen Beschäftigungsverhältnissen“ oder auch prekären Beschäftigungsverhältnissen und ist vor dem Hintergrund der Interdependenzen zwischen Arbeitswelt, Arbeitsverfassung und sozialen Sicherungssystemen um Fortentwicklung Letztgenannter bemüht. Unter „atypischen Beschäftigungsformen“ werden in Deutschland alle abhängigen Beschäftigungsverhältnisse erfasst, die definitionsgemäß kein Normalarbeitsverhältnis sind, d.h. befristete- oder Teilzeitbeschäftigungen unter 20 Stunden (sofern sie nicht „freiwillig“ aufgrund von Kinderbetreuung vereinbart ist), Leiharbeit, Mini- oder Midijobs und damit keine finanzielle Grundlage für ein selbständiges Leben erwirtschaftbar ist. Als prekäre Beschäftigung gilt eine Tätigkeit, wenn sie gesetzlich und tariflich wenig oder gar nicht geregelt ist und aufgrund der geringen Entlohnung ein hohes Armutsrisiko mit sich bringt. Dabei lässt sich für beide Länder befunden, dass diese

⁵⁸² Schubert/Hegelich/bazant (Hrsg), Handbuch Europäische Wohlfahrtssysteme (2008) 131.

Tätigkeiten von Personen mit geringen beruflichen Qualifikationen ausgeübt werden und wir uns mitten in den Herausforderungen des modernen Wohlfahrtsstaats befinden.⁵⁸³ Unstrittig ist, dass die Armutsverhinderung dabei ein zentrales Ziel ist und dies angesichts der „Erosion von Normalarbeitsverhältnissen“⁵⁸⁴ nicht an Bedeutung verlieren wird.

Bevor das deutsche Rentenrecht und die Rente wegen (teilweiser) Erwerbsminderung näher zu beleuchten sein wird, lohnt es sich einen Blick in die Geschichte des Sozialversicherungsrechts zu werfen und an ausgewählter Stelle das deutsche Arbeitsrecht in die Betrachtungen miteinzubeziehen. Es wurde bereits in den einleitenden Worten kurz auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtslage im deutschen Arbeitsrecht in den 1990er Jahren verwiesen, in welcher die unterschiedlichen Kündigungsfristen zwischen Arbeitern und Angestellten als unvereinbar mit Artikel 3 Abs 1 Grundgesetz angesehen wurden und es zur entsprechenden Angleichung gekommen ist. Die Veränderungen der Arbeitswelt (im Hinblick auf neue Beschäftigungsformen/ Home Office, das zeitliche Ausmaß) und der Erwerbstätigen (Erwerbstätigenstruktur, Tätigkeitswechseln, häufigere Unterbrechungen der Erwerbsbiografien) verlangen zum einen ihren Niederschlag in korrespondierenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen, sind aber aufgrund der Dependenz auch für Sozialversicherungsrecht von großer Bedeutung.

8.3.2 Die Entwicklung der Sicherung bei Erwerbsunfähigkeit in Deutschland unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Aspekte

Die erste materielle Sicherung von gewerblichen Arbeitern im Falle von Krankheit, Invalidität und Alter stammt aus dem Jahre 1881, als die kaiserliche Botschaft als Reaktion auf die „Arbeiterfrage“ in Kraft trat. Sie sollte den Bestrebungen der Sozialdemokratie um Zerschlagung der Arbeitergruppierungen entgegentreten, in dem diese zahlenmäßig im Anstieg befindliche Gruppe an den monarchischen Staat und seine Sozialpolitik gebunden wurde. Die Geburtsstunde der Gesetzlichen Rentenversicherung war im Jahr 1889, als das Gesetz betreffend die Invalidität- und Altersversicherung in Kraft getreten ist, welches das systemische Geflecht von Sozialversicherungen vollendete.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Im Jahr 2012 waren in Deutschland 37% der Erwerbstätigen ohne eine anerkannte Berufsausbildung in einem atypischen Beschäftigungsverhältnis.

⁵⁸⁴ Siehe dazu: *Kreikebohm/ Kolakowski/ Reiber/Rodewald*, Die rentenpolitische Agenda 2030. Die Zukunft der gesetzlichen Alterssicherung vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Veränderungen² (2018) 23.

⁵⁸⁵ Das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter von 1883 und das Unfallversicherungsgesetz von 1884 und das Rentengesetz bildeten den institutionellen Kern.

Als „Gründervater“ dieses Systems fungierte der damalige Reichskanzler Otto von Bismarck, dessen Wirken an dieser Stelle nicht weiters auszuführen ist und dessen Einfluss auf Österreich bereits an vordere Stelle dargestellt wurde. Das Gesetz umfasste neben Arbeitern, Gesellen, Gehilfen und Dienstboten auch Arbeiter in der Land- und Forstwirtschaft und war demnach keine ausschließliches „Industriearbeiterversicherungsgesetz“.⁵⁸⁶

Zunächst wurde ausschließlich das Risiko der Invalidität versichert, der einschlägige § 9 IAVG sah vor, dass als invalide galt, wer nicht mehr imstande war, den geringsten Verdienst eines erwerbsfähigen zu erwirtschaften. Als geringster Verdienst wurde dabei rund 1/3 des bisherigen Lohnes herangezogen, de facto setzte der Anspruch auf Rente volle Erwerbsunfähigkeit voraus (Abstufungen im Sinne einer Teilinvalidität waren nicht vorgesehen). Es galt eine Wartezeit von 5 Jahren, Teilinvalidität gab es nicht, wohl aber die Möglichkeit eines zeitlich limitierten Bezugs. Invalidität wurde somit anhand des erzielbaren Arbeitseinkommens bestimmt, dieses „Mindesteinkommen“ wurde aus einer Mischung von ortsüblichen und bisherigen individuellen Verdiensten bemessen. Personen nach dem vollendetem 70. Lebensjahr erhielten, nach einer Beitragszeit von 30 Jahren, eine Invalidenrente, ohne einen weiteren Nachweis von Erwerbsunfähigkeit. Daraus erschließt sich der damalige Grundgedanke, dass nicht der Ruhestand nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsleben absicherungswürdig ist, sondern eine selbstverständlich angenommene Invalidität, das Alter umschrieb gewissermaßen eine „fingierte Invalidität“. Zum Zeitpunkt dieser Regelung gab es weder eine Verweisung auf den allgemeinen Arbeitsmarkt noch einen Berufsschutz.⁵⁸⁷

Bereits zum damaligen Zeitpunkt wohnte der Rentenversicherung ein Rehabilitationsauftrag inne, der einerseits für nicht krankenversicherte Arbeiter die Möglichkeit zur Einleitung von Heilverfahren vorsah bzw. im Falle von krankenversicherten Arbeitern von deren Krankenversicherungen ein Heilverfahren (gegen Kostenerstattung) verlangt werden konnte, sofern gemäß § 12 IAVG idF RGBI. I 1889⁵⁸⁸ als Folge der Krankheit Erwerbsunfähigkeit zu befürchten war. Als am 1.1.1900 das

⁵⁸⁶ Organisatorisch schuf man für diesen Versicherungszweig eigene Versicherungsanstalten, so wie sie auch in Österreich bestehen, als Körperschaften öffentlichen Rechts, mit Selbstverwaltungskörpern (paritätische Besetzung durch AG und AN). Die Finanzierung setzte sich aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen zusammen, ergänzt um staatliche Zuschüsse.

⁵⁸⁷ Aurich-Beerheide/Brussig/Schwarzkopf, Zugangssteuerung in Erwerbsminderungsrenten (2018) Studie im Auftrag der Hans Böckler Stiftung Nr. 377 69.

⁵⁸⁸ Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung (IAVG) vom 22.06.1889, RGBI. I, S. 97.

Invalidenversicherungsgesetz (IVG) in Kraft getreten ist, wurde mit ihm der Begriff der Erwerbsfähigkeit dahingehend modifiziert, als nunmehr die Arbeitsfähigkeit einen zentralen Aspekt – neben dem weiterhin maßgeblichen Arbeitseinkommen – bildete. Fortan galt gemäß § 5 Abs 4 IVG jene Person als invalid, „deren Erwerbsfähigkeit infolge von Alter, Krankheit oder anderen Gebrechen dauernd auf weniger als ein Drittel herabgesetzt ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn sie nicht mehr im Stande sind, durch eine ihren Kräften und Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit, die ihnen unter billiger Berücksichtigung ihrer Ausbildung und ihres bisherigen Berufes zugemutet werden kann, ein Drittel desjenigen zu erwerben, was körperlich und geistig gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegen durch Arbeit zu verdienen pflegen.“ Diese Bestimmung enthielt erstmals Kriterien der Zumutbarkeit bei der Verweisung wie sie auch das österreichische Recht kennt.

Es gilt sich an dieser Stelle zu verdeutlichen, dass Angestellte bis zum Jahr von dieser Absicherung gegen Invalidität nicht erfasst waren⁵⁸⁹, diese kam erst mit dem Angestelltenversicherungsgesetz 2012 und beinhaltete sogleich eine Besserstellung bei Normierung der Anspruchsvoraussetzungen, als Angestellte Berufsunfähigkeit erlangten, wenn die Arbeitsfähigkeit auf weniger als die Hälfte derjenigen eines gesunden Versicherten mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Erfahrungen herabgesunken war. Die Regelung der Arbeiter beinhaltete im Hinblick auf die Verdienstgrenze eine bewusste Schlechterstellung dieser Erwerbsgruppe, die Besserstellung der Angestellten beruhte auf der Annahme, dass die geistigen Fähigkeiten der Angestellten schneller verschlissen würden als die körperlichen der Arbeiter und Angestellte daher nicht auf den allgemeinen Arbeitsmarkt verweisbar seien.⁵⁹⁰

Das Angestelltenversicherungsgesetz erweiterte im Laufe der Zeit den erfassten Personenkreis, Ende der 1920er Jahre waren auch Angestellte in leitender Stellung, Betriebsbeamte, Werkmeister und andere Angestellten in gehobener oder höherer Stellung sowie Büroangestellte (sofern sie nicht ausschließlich mit Botengängen, Reinigung oder Aufräumung beschäftigt waren) erfasst.⁵⁹¹ Sie enthielt auch von Anbeginn an Leistungen für Witwen, im Zuge der Reformen wurden Arbeiter- und Angestelltenrenten immer mehr

⁵⁸⁹ Zum versicherten Personenkreis zählten Betriebsbeamte, Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, deren regelmäßiger Jahresarbeitsverdienst 2.000 Mark nicht überstieg.

⁵⁹⁰ *Schuler-Harms*, Von der Invalidenrente zur Erwerbsminderungsrente Zeitschrift für Sozialberatung (2018) 21.Jg 2.

⁵⁹¹ Rentenpolitische Agenda 2030 93.

angeglichen, so wurde beispielsweise 1916 die Altersgrenze für die Altersrente in der Invalidenversicherung auf 65 Jahre herabgesenkt.

Relevante Weiterentwicklungen im Rentenrecht gab es in der Ausbauphase, d.h. im Zeitraum 1945 bis 1974, insbesondere die 1957 eingeführte dynamische, lohnorientierte, umlagefinanzierte und beitragsabhängige Rente ist hervorzuheben, da die ihr zugrundeliegenden Prinzipien noch heute die Grundlage der Rentenversicherung sind. Das Rentenreformgesetz 1957 regelte fortan die Arbeiterrenten- und Angestelltenversicherung sowie die Knappschaftsversicherung, es kam zu weitestgehenden Angleichungen des Versicherungs- und Leistungsrechts in der Arbeiter- und der Angestelltenversicherung, deren institutionelle Trennung wurde jedoch beibehalten. Der Invaliditätsbegriff wurde zweigeteilt, als zwischen Versicherten, die in einer zumutbaren Arbeit weniger als die Hälfte von vergleichbaren Beschäftigten verdienen konnten und zwischen Versicherten, die in jeglicher Arbeit überhaupt kein Einkommen bzw. lediglich ein geringfügiges Einkommen mehr erzielen konnten, unterschieden wurde. Die Differenzierung in beiden Versicherungszweigen, in der dargestellten Art und Weise, hatte zwei neue Rentenleistungen zur Folge, wobei Berufsunfähige aufgrund der anders bewerteten Verdienstmöglichkeiten eine Rente in Höhe von 2/3 einer Rente für Erwerbsunfähige erhielten⁵⁹². Auf das dazu von der Rechtsprechung entwickelte Mehrstufenschema soll weiter unten näher eingegangen werden, da es auch gegenwärtig Gültigkeit besitzt und bei der Verweisung von Antragstellern zur Anwendung gelangt. In dem Gesetz wurde erstmals der Grundsatz „Rehabilitation vor Rente“ normiert, Rehabilitation wurde in die gesetzlich festgelegte Liste der Pflichtleistungen aufgenommen und zur wichtigen Aufgabe der Rentenversicherungsträger erklärt.⁵⁹³

Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle⁵⁹⁴ trat im selben Jahr in Kraft und verpflichtete Arbeitgeber bis zu sechs Wochen lang das Delta zwischen Krankgeld und 90% des Nettolohns zu bezahlen, womit eine zaghafte Annäherung an die Rechtstellung der Angestellten erreicht wurde. Interessanterweise waren damals bereits in der Rechtsprechung⁵⁹⁵ erste Stimmen zu vernehmen, die eine unterschiedliche Behandlung zwischen der Arbeitsverhinderung eines Angestellten infolge Krankheit und einer sonstigen, unverschuldeten Arbeitsverhinderung

⁵⁹² Die Erfüllung der Wartezeit von 60 Kalender(!)monaten

⁵⁹³ Deutsche Rentenversicherung Bund, Broschüre 130 Jahre gesetzliche Rentenversicherung (2019) 50.

⁵⁹⁴ BGBl. I 1957.

⁵⁹⁵ BAG vom 18.12.1959, GS 8/58.

eines sonstigen Arbeitnehmers, aus einem in seiner Person liegenden Grund, als willkürlich ansahen, vom großen Senat aber nicht aufgegriffen wurde. Diese sah vielmehr den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in dieser Frage als entscheidend an, die Beurteilung des sozialpolitischen Effekts dieser Differenzierung sei keine Aufgabe des Gerichts. Bemerkenswert ist dennoch, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die Differenzierung von Teilen der Judikative hinsichtlich ihrer Legitimation hinterfragt wurde und augenscheinlich keine sachgerechte Erklärung auf der Hand lag. Eine Erweiterung der Regelung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kam vier Jahre später, als der Krankengeldzuschuss des Arbeitgebers derart angehoben wurde, dass Arbeiter im Krankheitsfall für die ab dem zweiten Krankheitstag Anspruch auf Krankengeld für die Dauer von sechs Wochen hatten. Der Unterschied zwischen Angestellten bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wurde erst im Jahre 1969 beseitigt, als das Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung⁵⁹⁶ beschlossen wurde, welches mit 1. Januar 1970 in Kraft getreten ist. Diese beinhaltete nunmehr einen unabdingbaren Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen.

Die Tatbestandskomponente des „wesentlichen sozialen Abstiegs“ wurde zwar mit der Reform 1957 Teil des Erwerbsminderungsrentensystems, fand allerdings erst einige Zeit später höchstrichterliche Akzeptanz und wurde nach und nach von den Anforderungen an eine Tätigkeit losgelöst und dahingehend angewandt, als die Art der Tätigkeit keine Rolle spielt, solange kein wesentlicher sozialer Abstieg verhindert werden konnte. Wie weit die Auslegung gehen kann, verdeutlichte die Entscheidung zur Verweisung eines Beton- und Stahlbetonbauers auf die Tätigkeit als Hilfsprüfer für Rohmotorengehäuse von Kraftradmotoren, worin nach Ansicht des Gerichts „kein wesentlich geringeres Ansehen“ verbunden sei, da man diese Aufgabe nur vertrauenswürdigen und geschickten Arbeitern übertrage.⁵⁹⁶ Der Vorwurf, dass man bei einer derartigen Auslegung das seiner Intention nach als Schranke gedachte Merkmal gar nicht benötigt, ist meines Erachtens nicht von der Hand zu weisen. Die Verweisung nach alter Rechtslage weist aufgrund ihrer Parallelen jene Schwierigkeiten auf, die auch im österreichischen Recht zu finden sind. Demnach kannte die BU-Rente im Zweig der Arbeiter das sogenannte „Vier-Stufen-Schema“ und sah folgende Skalierung vor:

Die oberste (erste) Stufe erfasste Vorabreiter mit Leitungs- und Führungsaufgaben, die zweite Stufe umfasste Facharbeiter (sowie Arbeiter, die aufgrund langjähriger Erfahrung den Beruf vollwertig ausgeübt, jedoch keine entsprechende Ausbildung mit Abschluss

⁵⁹⁶ Zugangssteuerung 76.

absolviert haben), die dritte Stufe erfasste Anlernberufe, die vierte Stufe umfasste ungelernte Tätigkeiten und untergliederte sich nochmals in „normale“ und „einfachste“ ungelernte Tätigkeiten.

Im Zweig der Angestellten wurde ebenso ein Mehrstufenschema entwickelt, dieses knüpfte aber vorrangig an der Dauer der Ausbildung an und sah eine Verweisung auf die nächst niedrigere Stufe als zulässig an. Die Rechtsfolge dieser Schemata war eine Differenzierung wie im österreichischen Recht, die einen Berufsschutz ausschließlich für Vorarbeiter und Facharbeiter vorsieht (bzw. bei den Angestellten nur in den oberen Stufen) und alle anderen Versicherten davon ausschließt. Durch die Rechtsprechung wurde im Jahr 1969 die „konkrete Betrachtungsweise“ eingeführt, mit der neben dem Gesundheitszustand des Versicherten auch die Verfügbarkeit eines angepassten Arbeitsplatzes bei der Beurteilung von Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeit berücksichtigt wurde. Im Folgenden sollen die wichtigsten Novellierungen der Erwerbsminderungsrenten bis hin zur aktuellen Rechtslage chronologisch dargestellt werden, um die politischen Diskussionen und gesetzgeberischen Maßnahmen zum jeweiligen Zeitpunkt mit jenen in Österreich zu veranschaulichen können.

Ab Mitte der 1980er wurden die Anspruchsvoraussetzungen dahingehend erschwert, als für den Anspruch auf eine EU-Rente, neben der allgemeinen Wartezeit von 15 Jahren, zumindest drei Jahre einer Pflichtversicherung in der Rentenversicherung (als besondere Anspruchsvoraussetzung) vorliegen mussten. Diese Maßnahme brachte bisweilen den stärksten Rückgang bei den Neuzugängen im Bereich der EU- bzw. BU-Renten.⁵⁹⁷ Mit dem Rentenreformgesetz 1992 wurde nicht nur das Rentenrecht in das Sozialgesetzbuch VI (kurz SGB VI) eingeordnet, es wurden damit auch die Rechtsgrundlagen für Arbeiter und Angestellte (§§ 43 bis 45) vereinheitlicht. Initiativ für eine umfassende Vereinheitlichung zeichneten die Mitglieder der Fraktion „Die Grünen“, nach deren Ansicht die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Versicherungsträger sowie die sich daran knüpfenden verschiedenen Organisationsstrukturen in Frage zu stellen sei, die Angleichung der Leistungen sahen sie dabei als „sozialpolitisch wünschenswert“ an.⁵⁹⁸ Schlussendlich wurden durch das Rentenreformgesetz 1992 die bisherigen Bestimmungen der RVO und des AVG in das neue SGB VI überführt und modifiziert. Erwerbsunfähigkeit lag nunmehr vor, wenn „wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit“ keine Erwerbstätigkeit in gewisser Regelmäßigkeit ausgeübt werden konnte oder kein „Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen

⁵⁹⁷ Zugangssteuerung 78.

⁵⁹⁸ Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP - Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992 — RRG 1992) 27.

vom mehr als einem „Siebtel der monatlichen Bezugsgröße“ erzielt werden konnte. Neu war die Tatbestandsvariante der „Behinderung“, zudem wurde der Begriff des „geringfügigen Einkommens“ gesetzlich konkretisiert. Die Adaptierungen wurden sowohl in § 43 SGB VI (Berufsunfähigkeit) als auch § 44 SGB VI (Erwerbsunfähigkeit) vorgenommen.

8.3.3 Die Reform der Erwerbsminderungsrente durch das Rentenreformgesetz 1999

Das deutsche Rentenrecht wurde regelmäßig modifiziert, nachdem es von seiner Systematik grundlegend im Jahre 1992 reformiert wurde (Einführung Umlageverfahren!), stand im Jahr 1999 die umfassende Neuregelung der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten im Mittelpunkt. Hintergrund war einerseits die Verlagerung des Risikos der Arbeitslosigkeit in die Rentenversicherung, wofür in erster Linie die „konkrete Betrachtungsweise“ bei Festlegung des Verweisungsfeldes verantwortlich gemacht wurde. Auf der anderen Seite wurde aufgrund der Erhöhung der Altersgrenzen im Rahmen des RRG 1992 zudem eine verstärkte Inanspruchnahme von EU-Renten und damit die Fruchtlosigkeit der vorgezogenen und beschleunigten Anhebung der Altersgrenzen befürchtet.⁵⁹⁹ Mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (2. SGB-VI-Änderungsgesetz) im Jahre 1996 wurde zwar den einschlägigen Bestimmungen (§§ 43 bis 45 SGB VI) der Passus, wonach „die jeweilige Arbeitsmarktlage nicht zu berücksichtigen“ sei, hinzugefügt⁶⁰⁰, damit sollte jedoch nur eine rasch wirksame Bremse verankert werden.

Die grundsätzliche Einigkeit unter den politischen Akteuren über den Reformbedarf mündete sodann im Rentenreformgesetz 1999 (RRG 1999), dessen Kernstück die Neuordnung der EU-Renten gewesen ist. Ausgehend von der Berufsunfähigkeit für Versicherte, die nicht mehr in der Lage sind, in ihrem bisherigen Hauptberuf oder einem zumutbaren Verweisungsberuf [...] die Hälfte des Einkommens eines gesunden vergleichbaren Versicherten zu erzielen und jenen Versicherten, die auf nicht absehbare Zeit irgendeine Erwerbstätigkeit [...] ausüben können, ergaben sich aufgrund der Bestimmungen über die Zuverdienstgrenzen unbillige Ergebnisse bei den Rentenhöhen. Während Erwerbsunfähige in Ermangelung eines verwertbaren Restleistungsvermögens auf die volle Einkommensersatzleistung angewiesen waren, war die Rente der Berufsunfähigen um 1/3 niedriger im Vergleich zu den EU-Renten. Ein vollständiger

⁵⁹⁹ Von der Heide/Stahl/Wollschläger, Die Neuordnung der Erwerbsminderungsrenten nach dem Rentenreformgesetz 1999 in Deutsche Rentenversicherung Heft 1-2/98 11.

⁶⁰⁰ BGBl. I S. 659.

Lohnersatz wurde nicht als erforderlich erachtet, da man davon ausging, dass das Restleistungsvermögen des Versicherten die Erschließung einer weiteren Einkommensquelle aus Erwerbstätigkeit möglich ist. Ein massiver Kritikpunkt war, dass für die meisten Versicherten – wenn überhaupt – ausschließlich EU-Renten zuerkannt wurden und damit das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ galt, woraus sich ein mehr als unbefriedigendes Ergebnis ableiten ließ: in vielen Fällen setzt die Sicherung gesundheitsbedingter Leistungseinschränkungen zu spät ein. Dabei wird dann nicht auf den Einkommensverlust abgestellt, sondern nur, ob der Versicherte noch voll/halbschichtig bis untervollschichtig oder unterhalbschichtig tätig sein kann. Damit ist im Ergebnis nicht die Leistungsfähigkeit versichert, sondern das Erwerbseinkommen.

Neben der sachgerechten Risikoverteilung zwischen Arbeitslosen- und Rentenversicherung kam es zum ersatzlosen Wegfall des Berufsschutzes. Um die Verlagerung der Arbeitslosigkeit in die Rentenversicherung zu verhindern, wurde die Möglichkeit zur Verweisung auf Teilzeitarbeitsplätze eingeräumt, die Voraussetzungen für eine Rente wegen voller Erwerbsminderung sollte erst bei einem Restleistungskalkül von unter drei (Arbeits)stunden täglich gegeben sein. Bei Versicherten mit einem Leistungsvermögen von sechs Stunden und mehr wurde davon ausgegangen, dass sie durch eigne Erwerbstätigkeit am allgemeinen Arbeitsmarkt in der Lage sind selbst für ihren Lebensunterhalt zu sorgen und damit kein Anspruch auf eine EU-Rente resultiert. Als weitere Neuerung ist die Einführung befristeter EU-Renten zu nennen, eine Dauerrente sollte nur mehr dann gewährt werden, wenn schwerwiegende medizinische Gründe vorliegen, die gegen eine Beseitigung der Minderung der Erwerbsfähigkeit sprechen. Die Beweislast dafür hat der Versicherte zu tragen!⁶⁰¹ Die Befristung einer EU-Rente sollte gemäß § 102 SGB VI längstens 3 Jahre umfassen, eine Verlängerung war möglich.

8.3.3.1 Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. November 1981

Die nachstehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁰² ist nicht nur im historischen Kontext der Entwicklung der einschlägigen Rechtsgrundlagen von Bedeutung, sondern auch im Hinblick auf die inhaltlichen Ausführungen von besonderem Interesse, da sich das Bundesverfassungsgericht – im Unterschied zum österreichischen Verfassungsgerichtshof – in der Sache mit der Frage der Ungleichbehandlung und den dargelegten Bedenken auseinandergesetzt hat und sich nicht mit einem Verweis auf die Ordnungssystemjudikatur begnügt hat, wiewohl auch in Deutschland die

⁶⁰¹ Neuregelung Altersrenten 19.

⁶⁰² BVerfG, Beschluss vom 10. November 1981 1 BvL 18/77, BVerfGE 59, 36-52.

Ordnungssystemjudikatur mitsamt den dazu entwickelten Grundsätzen Teil der Rechtsprechung ist.

Der zum damaligen Zeitpunkt in Geltung stehende § 1246 Abs 2 RVO sah vor, dass die Beurteilung der Berufsunfähigkeit unter anderem davon abhängig ist, welche beruflichen Tätigkeiten dem Versicherten unter Berücksichtigung "seines bisherigen Berufs und der besonderen Anforderungen seiner bisherigen Berufstätigkeit" zugemutet werden können. Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hatte in zwei ähnlich gelagerten Fällen⁶⁰³ die Erwerbsfähigkeit von Versicherten im Arbeiterzweig zu beurteilen und dabei verfassungsrechtliche Bedenken vor dem Hintergrund der ungleichen Behandlung der Erwerbsfähigkeit von Versicherten, da das von der Rechtsprechung entwickelte Mehrstufenschema für Angehörige der „oberen Versichertengruppe“ außer den Tätigkeiten der oberen und mittleren Gruppe, nur hervorgehobene Tätigkeiten der unteren Versichertengruppe als zumutbar vorsieht. Dem gegenüber können Angehörige der mittleren Gruppe sämtliche Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarkts zugemutet werden. Dass dabei insbesondere das soziale Ansehen bzw. die soziale Wertschätzung (Sozialprestige), soweit es durch Ausbildung Beruf geprägt ist, der relevante Parameter sei, sei nach Ansicht des LSG mit Art. 3 Abs 1 GG unvereinbar, da es einer zureichenden sachlichen Rechtfertigung fehle. Gegenstand der zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Vorlagen an das Bundesverfassungsgericht war die Frage, ob § 1246 Abs 2 Satz 2 RVO mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 3 Abs 1 GG, vereinbar sei?

Das LSG führte in den Vorlagen zusammenfassend aus, dass auch im Sozialversicherungssystem (als Ordnungssystem) gesetzgeberische Regelungen auf ihre Systemgerechtigkeit als „die vom Gesetz selbst statuierte Sachgesetzlichkeit“ zu überprüfen seien. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lasse sich entnehmen, dass die Struktur der gesetzlichen Rentenversicherung aus dem Beitrags- oder Versicherungsprinzip als einem auf Beitragsleistung und Risikoausgleich gestützten Element und aus dem fürsorgerischen Prinzip des sozialen Ausgleichs bestehe. Auf das Beitragsprinzip lasse sich die aus § 1246 Abs 2 zweiter Satz RVO resultierende Differenzierung nicht zurückführen, da sämtliche Versichertengruppen diesem unterliegen würden und eine höhere Beitragsleistung (aufgrund eines höheren Einkommens) auch in einer entsprechend höheren Rentenhöhe ihre Berücksichtigung erfahre. Ebenso wenig lasse sich auf dem Grundgedanken des sozialen Ausgleiches eine Rechtfertigung ableiten, die im Falle der genannten Bestimmung genau den gegenteiligen Effekt bewirke, die Besserstellung einer Personengruppe mit einem höheren sozialen Rang, deren

⁶⁰³ Landessozialgericht Baden-Württemberg vom 6.9.1977 1 BvL 18/77, 1 BvL 19/77.

Begünstigung von Versicherten „niedrigeren sozialen Ranges“ mitfinanziert werden müsse. Weiters widerspreche die Begünstigung dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs 1 GG, da die (aus Steuermittel bzw. durch Beiträge der Versicherten) aufgebrachten Mittel nicht einem besonderen Bedarf der Begünstigten entsprächen. Abschließend genüge § 1246 Abs 2 zweiter Satz RVO auch nicht den Anforderungen des Art. 20 Abs 3 GG im Hinblick auf die Anforderungen an Klarheit und Justitiabilität, da das Ausmaß des sozialen Ansehens, auf das es im Rahmen der Auslegung des Begriffs der Zumutbarkeit ankomme, ein irrationales soziales Phänomen sei, das in einer modernen Regelung schwerlich als Differenzierungskriterium verwendet und auch nicht überprüfbar verifiziert werden könne.

Das Bundesverfassungsgericht teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken des LSG im Ergebnis nicht, die beanstandete Vorschrift verletze Art. 3 Abs 1 GG nicht. Es gestand jedoch zu, dass „die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu § 1246 Abs 2 RVO äußerst komplex ist“, sich „in ständiger Entwicklung befindet“ und die „Anwendung [...] nicht einfach ist und zu Unsicherheiten führen mag“. Zwischenzeitig sei es jedoch zu erheblichen Modifikationen und Verfeinerungen der Maßstäbe des Bundessozialgerichts gekommen, Ziel dessen sei die Konkretisierung des Begriffs der Zumutbarkeit in § 1246 Abs 2 zweiter Satz RVO. Der Rechtsprechung lasse sich der Anlass und Sinn der unterschiedlichen Verweisungsmöglichkeiten entnehmen, wenn sie die versicherten Arbeiter nach ihrer individuellen beruflichen Qualifikation eigenen Gruppen zuordne und diese Zuordnung für die Beantwortung der Frage nach der Verweisung für maßgeblich halte. Die Rechtsprechung verhindere, dass Arbeiter einen wesentlichen beruflichen Abstieg in Kauf nehmen muss, sie verletze aber nach Ansicht des BVerfG nicht den Grundsatz, dass jede Arbeit ihre eigene Würde habe.

Der Grundsatz, wonach eine Verweisung nur auf eine Tätigkeit der eigenen oder der nächstunteren Berufsgruppe möglich sei, gelte gleichermaßen für alle Berufsgruppen. Die beanstandete Differenzierung folge nicht aus diesem Grundsatz, sondern daraus, dass bei Versicherten der unteren Berufsgruppe ein Abstieg von vornherein nicht in Betracht komme. Darin sei nach dem BVG keine grundlose Verschiedenbehandlung zu erblicken. Ebenso wenig liege weder eine Systemwidrigkeit vor, da es dem Gesetzgeber obliege eine Materie nach einem System zu ordnen, wobei er sich dabei an den Maßstäben der Verfassung zu orientieren habe, eine allfällige Systemwidrigkeit könne nicht automatisch zur Verfassungswidrigkeit führen. Die Tatsache, dass sich der in der Rentenversicherung bestehende Grundsatz des Beitrags- oder Versicherungsprinzips nicht in jeder Regelung gänzlich erschöpfe, führe nicht zur Systemwidrigkeit.

Das vom vorlegenden Gericht angesprochene Prinzip des sozialen Ausgleichs diene nicht dazu, bestimmte Personen, die bei der Selbstgestaltung der eigenen sozialen Sicherheit im Verhältnis zur Durchschnittsbevölkerung schicksalsmäßig auffällig benachteiligt seien, auf

das Niveau der allgemeinen Sicherheit anzuheben. Ebenso sei die Argumentation verfehlt, dass sich die Regelung nicht mit dem Versicherungsprinzip in Einklang bringen lasse, da höhere Einkommen mit entsprechend höheren Beiträgen belastet seien und der Gesetzgeber folglich für Arbeiter der höheren Gruppen das Risiko der Berufsunfähigkeit bereits dann versichert habe, wenn ihnen einfache Tätigkeiten, zu denen sie noch in der Lage wären, nicht zumute. Das Versicherungsprinzip erschöpfe sich nicht ausschließlich in der Wirkungsweise, dass höhere Beiträge zu höheren Renten führen müssen, wenngleich das eine wesentliche Folge des Versicherungsprinzips sei. Abschließend sah das BVG keinen Verstoß gegen Art. 20 Abs 3 GG, da das Prinzip der Zumutbarkeit geeignet sei, gesellschaftliche Entwicklungsprozesse und einen Wandel der sie begleitenden Wertungen aufzunehmen und dürfe sich der Gesetzgeber damit begnügen, den Anforderungen an Normenklarheit und Justitiabilität dadurch gerecht zu werden, dass er der Rechtsprechung mit den in der Regelung ausdrücklich genannten Merkmalen eine Maßstab zur Konkretisierung des Begriffs der Zumutbarkeit an die Hand gegeben habe.

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist für interessierte und fachkundige Juristen von großem Interesse, da sie genau jene Fragen behandelt, die im Rahmen dieser Arbeit an mehreren Stellen aufgeworfen wurden und zu denen es seitens des VfGH's keine Antworten gibt. Wie die obigen Ausführungen zeigen, kommt die Verfasserin zu dem Schluss, dass der Differenzierung von Arbeitern und Angestellten im VF der geminderten AF keine sachgerechten Argumente zugrunde liegen und zu unbilligen Ergebnissen führen kann. Nachdem der Bundesverfassungsgerichtshof zu den vorgebrachten Bedenken Stellung bezogen hat, gebietet es der Anspruch auf umfassende Betrachtung dieser Thematik, sich mit einigen Argumenten auseinanderzusetzen.

Der BVerfG hält in seinen Ausführungen fest, dass die fragliche Bestimmung den Zweck hat, das Versicherungswagnis in den wirtschaftlichen Folgen der Berufsunfähigkeit zu erfassen und nicht die Einschränkung der Leistungsfähigkeit überhaupt – dieser Zugang unterliege dem soziapolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Dazu ist anzumerken, dass der berufsständische Aufbau dieses sozialen Systems den Gesetzgeber keine andere Möglichkeit lässt, als die Ausgestaltung des sozialen Schutzes zu staffeln und die Differenzierungen an einem „schützenswerten Parameter“ festzumachen und das kann nur der Beruf bzw. die ausgeübte Tätigkeit sein. Die Begriffe „Beruf“ und „Stand“ sind dabei richtungsweisend, die Intensität des sozialen Schutzes variiert dabei in Abhängigkeit von der ausgeübten Tätigkeit. Dass damit im Ergebnis eine Ungleichbehandlung von Versicherten feststellen ist, ist nach Ansicht des BVerfG eine bewusste Intention des Gesetzgebers. Es muss eingeräumt werden, dass die traditionelle Aufgabe der deutschen (wie der österreichischen) Rentenversicherung die Leistung von Lohnersatz bei Alter, Invalidität oder Tod ist und der Einkommensverlust der Ansatzpunkt ist, der vom

Gesetzgeber als der maßgebliche gewählt wurde, da gesundheitliche Einschränkungen ohne Einkommensverlust keine Ersatzleistung aus der Renten/Pensionsversicherung auslösen sollen. Folglich hat das BVerfG für die Frage, ob es sachgerecht sei, die Minderung der Erwerbsfähigkeit vom „sozialen Status“ abhängig zu machen, mit Blickwinkel auf die wirtschaftlichen Folgen von Berufsunfähigkeit beurteilt. Diese Blickrichtung lässt das Argument schlüssig scheinen, dass die Erwerbsfähigkeit, als zentraler Gegenstand der Versicherung, bei den Versicherten – je nach ihren körperlichen und/oder geistigen Fähigkeiten – unterschiedlich ist und sich der Grad der Einbußen der Erwerbsfähigkeit eben unterschiedlich eng gestalten könne. Der BVerfG hielt zudem fest, dass in der Rechtsprechung bereits ein Vier-Stufen-Schema entwickelt worden sei („Modifikationen und Verfeinerungen ihrer Maßstäbe“) und wollte damit offenkundig die Einzelfallgerechtigkeit mithilfe des Variantenreichtums des Systems untermauern. Wechselt man hingegen die Perspektive, so lässt sich diese dynamische Entwicklung mit dem vagen Normprogramm erklären, das unstrittig die Aufgabe hat, Rechtssicherheit in Form einer Berechenbarkeit der Rechtsanwendung sicherzustellen.

Im Falle der Zumutbarkeitsregelungen muss sich der Jurist am Puls der Zeit befinden um die Orientierung zu bewahren, da der Beruf ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, der in der sozialen Wirklichkeit vielen Auffassungen unterliegt und dessen Merkmale und Wesensinhalte ebenso wenig statischer Natur sind. Erkennt man im Recht der Erwerbsminderung auch den Zweck zur Absicherung der Folgen gegen eine geminderte Erwerbs(Arbeits)Fähigkeit, dann richtet sich das Augenmerk auch auf die gesundheitliche Komponente und damit auf eine medizinische Dimension. Der BVerfG hat diesen Aspekt in seinen Ausführungen nicht aufgegriffen, sondern hat die in § 1246 RVO normierte Zumutbarkeit von Verweisungsberufen und das von der Rechtsprechung dazu ergangene Mehrstufensystem vor dem Hintergrund legitimiert, dass jede Berufsgruppe eine Verweisung auf die nächstuntere Berufsgruppe hinzunehmen habe, bei der „untersten Berufsgruppe“ komme schlichtweg kein Abstieg mehr in Betracht, darin könne jedoch keine grundlose Verschiedenbehandlung erkannt werden. Dieser Argumentation folgend kann ein Facharbeiter mit gesundheitlichen Einschränkungen (z.B.: nach einem erlittenen Herzinfarkt mit Nahtoderfahrung und anschließenden psychischen Beeinträchtigungen), der in seinem bisherigen Beruf nicht mehr tätig sein kann, für den aber auch kein zumutbarer Verweisungsberuf in Betracht kommt, da auch die nachgeordnete Berufsgruppenstufe gewisse Anforderungen an die jeweiligen Arbeiter stellt, eine Rente erhalten, wo hingegen bei ungelernten Arbeitern mit einer Ablehnung der Rente zu rechnen ist. Zwar sind auch einfachste Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt mit gewissen quantitativen bzw. qualitativen Anforderungen verbunden, aber es handelt sich in aller Regel um Arbeiten, die vielfach rein manueller Natur sind (wenngleich vielfach mit

gewissem Zeitdruck), die auch in sitzender Position verrichtet werden können. Damit ist in der Zusammenschau von gesundheitlicher Einschränkung und zumutbarer Verweisung ein differenziertes Ergebnis vorhanden, das durch den BVerfG unbefriedigend auf dessen Sachlichkeit geprüft wurde. Abschließend möchte ich die Argumentation des BVerfG zum Ordnungssystem herausgreifen, da sich damit einerseits der Brückenschlag zur österreichischen Judikatur durchführen lässt und sich andererseits Anhaltspunkte für die im Rentensystem maßgeblichen Ordnungsparameter respektive deren Bedeutung für die Frage einer Verletzung des Gleichheitssatzes ableiten lassen. Der BVerfG betont in seinen Ausführungen den weiten Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Etablierung eines Ordnungssystems, insbesondere obliege die Festlegung von Systemkriterien für die gewählte Materie.

Analog zur Argumentation des VfGH erachtet der BVerfG die Frage der Zweckmäßigkeit einer Regelung als keine, die im Lichte des Gleichheitssatzes zu beurteilen sei. Die Regelung selbst müsse sich an den Maßstäben der Verfassung messen lassen, könne aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Systemwidrigkeit für verfassungswidrig erklärt werden. Sowohl das Beitrags- oder Versicherungsprinzip als auch jenes des sozialen Ausgleichs seien für das System, der gesetzlichen Rentenversicherung markant, aber es erschöpfe sich nicht in diesen beiden Prinzipien, daher müsse eine Norm, wie § 1246 Abs 2 zweiter Satz RVO, nicht schon deswegen verfassungswidrig sein, weil sie sich zu keinem der beiden Prinzipien zuordnen lässt. Die Argumente des BVerfG vermögen mich nicht zu überzeugen, da die Ausführungen den Eindruck erwecken, dass das Ordnungssystem seine Autorität aus sich selbst zieht und damit für Fragen, die von außen an das System gerichtet werden, nicht zugänglich ist. Das Argument, eine Bestimmung, die sich keiner der beiden wesentlichen Prinzipien des Systems der Rentenversicherung zuordnen lässt, sei deswegen nicht systemwidrig, da sich das System nicht in diesen beiden Prinzipien erschöpfe, wirft zunächst die Frage auf, welchem leg. cit. folglich zuzuordnen sei? Das BVerfG gibt in dieser Entscheidung keinen näheren Aufschluss, sondern versucht die Zumutbarkeit der Verweisung mit dem Rentensystem zu erklären, wobei das System als sakrosankt vorausgesetzt wird.

8.3.3.2 Wegfall des Berufsschutzes

Die Entscheidung des BVerfG vermochte die Kritiker nicht zu überzeugen, zumal ein Aspekt, der in der Entscheidung jedoch nicht von Relevanz gewesen ist, den Vorwurf einer gleichheitswidrigen Differenzierung nach sozialem Status weiterhin aufrechterhielt: die Möglichkeit des Bezugs einer Berufsunfähigkeitsrente trotz fehlenden Einkommensverlustes. Da der Anspruch auf die Rente bereits dann erfüllt war, wenn der

Versicherte nicht mehr im Hauptberuf oder einem zumutbaren Verweisungsberuf tätig sein konnte, kam es im Ergebnis nicht selten zur Rentenleistung neben einem Erwerbseinkommen (aus sonstiger Tätigkeit), wodurch die Bezeichnung „Prestigeersatzrente“⁶⁰⁴ geboren wurde. Auch wenn das BVerfG in § 1246 RVO im Jahr 1981 (!) keine Verfassungswidrigkeit feststellen konnte, so herrschte im Vorfeld der Reform 1999 weitestgehend Einigkeit über die sozialpolitisch unerwünschten Effekte des bestehenden Rentensystems.

Ein ganz zentraler Aspekt der Reform war daher die Abschaffung des Berufsschutzes, dessen Aufrechterhaltung nunmehr doch⁶⁰⁵ als ein durch Ausbildung oder Status erworbenes Privileg erachtet wurde, das weder zeitgemäß noch sachgerecht ist. Die damalige SPD hatte gegen die rasche Abschaffung verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die in Art. 14 GG verankerte Eigentumsgarantie, die die Anwartschaften auf Erwerbsminderungsrenten schützt und in die nur eingegriffen werden kann, wenn dies durch übergeordnete Gründe des öffentlichen Interesses, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist. Seitens der SPD wurde der Vorstoß gemacht, dass das bisherige Recht der BU-Renten für Versicherte weiterhin Geltung haben sollte, die bei In-Kraft-treten der neuen Rechtslage das 40. Lebensjahr vollendet und die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt haben um den Vertrauensschutz zu wahren.⁶⁰⁶ Diesem Ansinnen wurde entgegen gehalten, dass die beschlossene Reform bereits lange angekündigt war und der Wegfall des Berufsschutzes eine Ungleichbehandlung von Versicherten beendet, woraus sich eine verfassungsrechtliche Legitimation ableite. Die amtliche Begründung zum Entwurf RRG 1999⁶⁰⁷ führt dazu aus, dass die Reform die Ungleichbehandlung von Versicherten beseitigt, die wegen der Verweisbarkeit auf den allgemeinen Arbeitsmarkt nicht in den Genuss der Berufsunfähigkeitsrente kommen können, wogegen Versicherte mit besondere Ausbildung diese beanspruchen können, da die Verweisung auf einen anderen Beruf als unzumutbar angesehen wird. In seinem Bericht der Regierungskommission hält *Niemeyer* fest, dass es aus Gründen der Gleichbehandlung nicht länger zu rechtfertigen ist, dass Versicherte trotz gleicher Beitragsleistung, nur weil sie geringer qualifizierte Tätigkeiten

⁶⁰⁴ *Ruland/Rische*, Die Erwerbsminderungsrente als Möglichkeit zur Reform der Sicherung bei Berufs- und Erwerbsunfähigkeit in Deutsche Rentenversicherung Heft 1/80 17.

⁶⁰⁵ Der damalige Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Herbert Ehrenberg (SPD), äußerte sich zu den Vorlagebeschlüssen dahingehend, dass die fragliche Vorschrift im Einklang mit dem Grundgesetz stehe.

⁶⁰⁶ Neuordnung Erwerbsminderungsrenten 14.

⁶⁰⁷ BR-Drucksache 603/97 49.

verrichten, nicht in den Genuss der Berufsunfähigkeitsrente kommen können, aber dennoch an ihrer Finanzierung beteiligt werden.⁶⁰⁸ Letztendlich handelt es sich bei der Frage, ob es ein System mit oder ohne Berufsschutz sein soll und wenn ja, wo die Grenze der Zumutbarkeit des Berufsschutzes zu ziehen ist, um eine politische Entscheidung.

Nach dem Ende der Ära Helmut Kohl wurde das RRG 1999 von der rot-grünen Koalition ausgesetzt und mit einigen Änderungen sodann am Ende des Jahres 2000 verabschiedet.⁶⁰⁹ Der Problemdarstellung des damaligen Gesetzesentwurfes ist zu entnehmen, dass „insbesondere die Rente wegen Berufsunfähigkeit zunehmend in die Kritik geraten, die sich zu einer Prestigerente für Versicherte mit besonderer Qualifikation in herausgehobenen Positionen entwickelt hat.“⁶¹⁰ Das ab 2001 geltende Recht der Erwerbsminderungsrenten brachte daher den angestrebten Systemwechsel für ab dem 2. Jänner 1961 geborene Versicherte zur zweistufigen Erwerbsminderungsrente mit sich, seit diesem Zeitpunkt wird zwischen der Rente wegen teilweiser bzw. voller Erwerbsminderung unterschieden.⁶¹¹ Die bisherige Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung bei Berufsunfähigkeit gemäß § 240 SGB VI können nur noch Versicherte (mit obigen Geburtsdaten) erhalten, wenn sie weder in ihrem bisherigen noch in einem zumutbaren Verweisungsberuf sechs Stunden täglich arbeiten können. Diese Vertrauensschutzregelung zum Berufsschutz⁶¹² bedingt einen „Parallelbetrieb“ aus alter und neuer Rechtslage bis Mitte 2027⁶¹³, danach findet ausschließlich die Rechtslage ohne Berufsschutz Anwendung,

8.3.4 Renten wegen geminderter Erwerbsfähigkeit nach geltender Rechtslage

Das „neue System“ sieht, je nach Grad der Minderung des Leistungsvermögens, eine volle EM-Rente vor, deren Zweck ein vollwertiger Ersatz für das fehlende Arbeitsentgelt ist. Die

⁶⁰⁸ Niemeyer, Zur Neuordnung der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Ausarbeitung eines Berichts in der Regierungskommission „Fortentwicklung der Rentenversicherung (1997) 18.

⁶⁰⁹ Gesetz zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20.12.2000, BGBl. I, 1827.

⁶¹⁰ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, BR-Drucksache 14/4230.

⁶¹¹ Schuler-Harms, Von der Invalidenrente zur Erwerbsminderungsrente in Zeitschrift für Sozialberatung, Sonderheft 2012, 21. Jg. 4.

⁶¹² Vgl. § 240 SGB VI als Sonderregelung zu § 43 SGB VI

⁶¹³ Ein am 1.1.1961 geborener Versicherter kann frühestens ab 01.07.2027 in Altersrente (Erreichen Regelaltersgrenze) gehen.

Renten wegen geminderter Erwerbsfähigkeit haben Einkommensersatzfunktion, je nach Rentenausmaß handelt es sich um einen Ausgleich bzw. um einen vollen Ersatz.

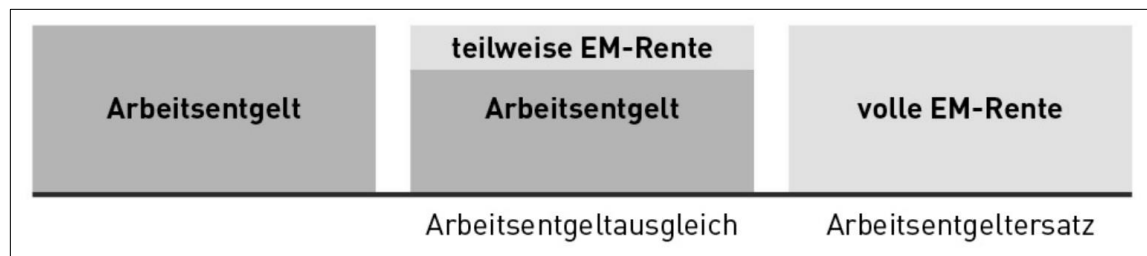


Abbildung 35 – Einkommensersatzfunktion von Renten wegen geminderter Erwerbsfähigkeit

Quelle: Benen/Traube, Rente wegen geminderter Erwerbsfähigkeit in DRV Bund, Studententext 17 Stand 2020 5.

Die in § 43 SGB VI normierten Anspruchsvoraussetzungen sehen vor, dass Versicherte

- die Regelaltersgrenze⁶¹⁴ noch nicht erreicht haben,
- teilweise oder voll erwerbsgemindert nach § 43 Abs 1 oder Abs 2 SGB VI sind,
- in den letzten 5 Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung zumindest drei Jahre Pflichtbeiträge haben und
- vor Eintritt der Erwerbsminderung die allgemeine Wartezeit erfüllt haben.

8.3.4.1 Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung

Gemäß § 43 Abs 1 SGB VI sind Versicherte teilweise erwerbsgemindert, wenn sie *wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens sechs Stunden täglich erwerbstätig⁶¹⁵ zu sein*. Die Ursache der Erwerbsminderung muss in einer Krankheit oder einer Behinderung liegen, andere Gründe, wie beispielsweise Lebensalter oder mangelnde Wettbewerbsfähigkeit, fallen nicht unter die Bestimmung.

Das Ausmaß der rechtserheblichen EM iS von § 43 Abs 1 SGB VI ist dann gegeben, wenn der/die Versicherte nicht mehr in der Lage ist, *täglich mindestens sechs Stunden*

⁶¹⁴ Seit 2012 wird die Regelaltersgrenze für Geburtsjahrgänge ab 1947 und jünger stufenweise auf das 67. Lebensjahr angehoben.

⁶¹⁵ Als Erwerbstätigkeit wird dabei eine auf Gewinn abzielende Verrichtung von Arbeit gesehen, d.h. die Arbeit muss dem Zweck dienen Entgelt zu erzielen und den eigenen Lebensunterhalt damit zu bestreiten.

erwerbstätig zu sein. Die Erwerbsfähigkeit muss daher nicht mehr auf weniger als die Hälfte eines vergleichbaren gesunden Versicherten gesunken sein, sondern sie muss auf unter 6 Stunden gegenüber der eines vergleichbaren gesunden Versicherten gesunken sein. Weist der Versicherte ein Restleistungsvermögen von mindestens 6 Stunden im bisherigen oder zumutbaren Verweisungsberuf auf, besteht kein Rentenanspruch. Von diesen Versicherten wird erwartet, dass sie ihre Leistungsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verwerten können, das Risiko keinen entsprechenden Arbeitsplatz zu finden wird in diesen Fällen grundsätzlich nicht von der Rentenversicherung getragen. Gemäß § 43 Abs 3 SGB VI ist nicht erwerbsgemindert, wer *unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes* mindestens sechs Stunden täglich erwerbstätig sein kann; dabei ist die jeweilige Arbeitsmarktlage nicht zu berücksichtigen,⁶¹⁶ da ein offener Arbeitsmarkt vermutet wird. Hingegen ist bei einem Restleistungsvermögen von täglich drei bis unter sechs Stunden die konkrete Arbeitsmarktsituation („konkrete Betrachtungsweise“) zu beachten. In Anbetracht eines de facto verschlossenen Teilzeitarbeitsmarktes für leistungsgeminderte Versicherte, erhält dieser – an sich teilweise erwerbsgeminderte – Personenkreis eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, die vom Rentenversicherungsträger administriert und der Bundesagentur für Arbeit mitfinanziert wird.⁶¹⁷

Die Beurteilung der Verweisbarkeit unter den Gesichtspunkten der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes hat in der weiter zurückliegenden deutschen Judikatur⁶¹⁸ zur Entwicklung der sogenannten „Seltenheits- oder Katalogfälle“ geführt. Darunter sind jene Fälle zu verstehen, „in denen der Versicherte zwar noch eine Vollzeittätigkeit ausüben kann

- aber nicht unter den in den Betrieben üblichen Bedingungen (z.B. der rechtliche Rahmen von Arbeitsverhältnissen und tatsächliche Übungen – Fallkonstellation 1)
- aber sein Vermögen, eine Arbeitsstelle aufzusuchen („Wegefähigkeit“), relevant eingeschränkt ist (Fallkonstellation 2).“ Bei Umständen, die eine der beiden Fallkonstellationen entsprechen, ist von einer vollen Erwerbsminderung auszugehen, ohne dass es der Prüfung von Verweisungstätigkeiten bedarf.

Bei den weiteren Katalogfällen sind hingegen Verweisungstätigkeiten anzuführen, wobei vorab zu prüfen ist, ob bei einem stark eingeschränkten Leistungskalkül (und damit einer

⁶¹⁶ Diese Klausel wurde im Rahmen des 2. SGB VI-ÄndG eingefügt.

⁶¹⁷ Im Gesetzesentwurf zur Reform der Rente wegen geminderter Erwerbsfähigkeit (siehe FN 597) wurde die „Sachgerechte Verteilung des Arbeitsmarktrisikos zwischen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung durch Erstattungsleistungen der Bundesanstalt für Arbeit an die Rentenversicherung“ als bedeutende Maßnahme zur Beseitigung der einseitigen Risikostreuung zu Lasten der Rentenversicherung in diesem Bereich festgelegt.

⁶¹⁸ BSG, Beschluss vom 19.12.1996 – GS 2/95-BSGE 80, 24.

beschränkten Verweisbarkeit auf leichte Tätigkeiten) eine Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen vorliegt oder eine schwere spezifische Leistungsbehinderung gegeben ist. Hintergrund ist die stark in Zweifel zu ziehende Chance mit einem stark eingeschränkten Leistungskalkül einen Arbeitsplatz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu finden. Die nachstehenden 5 Fälle betreffend die Einsetzbarkeit von Versicherten

- nur in einem Teilbereich des Tätigkeitsfeldes,
- nur auf Schonarbeitsplätzen,
- nur auf Arbeitsplätzen, die an Berufsfremde nicht vergeben werden,
- nur in Aufstiegspositionen,
- nur auf Arbeitsplätze, die in sehr geringer Zahl auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorkommen.⁶¹⁹

In diesen Fällen ist die Benennung einer Verweisungstätigkeit vorgesehen, wofür es jedenfalls einer Bewertung im Einzelfall bedarf, inwieweit die vorliegenden Einschränkungen nach Art und Schwere die Einsetzbarkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt beeinflussen.⁶²⁰ Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei Versicherten mit einer Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen oder einer schweren Leistungsbehinderung, wie beispielsweise Blindheit, der Rentenversicherungsträger stets zu prüfen hat, ob es tatsächlich Tätigkeiten für den eingeschränkt einsetzbaren Versicherten gibt.

8.3.4.2 Rente wegen voller Erwerbsminderung

Gemäß § 43 Abs 2 SGB VI sind Versicherte voll erwerbsgemindert, wenn sie wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Ihnen gleichgestellt sind erwerbsgeminderte Personen [...], die wegen Art oder Schwere der Behinderung nicht auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt tätig sein können und schließlich Versicherte, die bereits vor Erfüllung der allgemeinen Wartezeit voll erwerbsgemindert waren, in der Zeit einer nicht erfolgreichen Eingliederung in den allgemeinen Arbeitsmarkt. Das Mindestmaß von täglich 3 Stunden korrespondiert mit den

⁶¹⁹ Eine Erweiterung des „Kataloges“, bei denen eine Einsetzbarkeit nur mehr auf ungelernte körperlich leichte Tätigkeiten gegeben ist, wurde in oben angeführter Entscheidung vom BSG abgelehnt.

⁶²⁰ Das Pendant dieser Regelung bzw. dieser Judikaturlinie ist die in § 255 Abs 3a ASVG normierte Härtefallregelung bzw. die österreichische Rechtsprechung zum Ausschluss vom Arbeitsmarkt, die angesichts ihrer engen Konzeptionen kaum Anwendungsfälle verzeichnet.

Anspruchsvoraussetzungen für eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung, in der eine Leistungsgrenze von unter 3 Stunden gefordert wird. Ein Versicherter, dessen Leistungskalkül nicht mehr für eine Tätigkeit von mindestens 3 Stunden täglich ausreicht, steht der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung⁶²¹ und fällt damit in die Risikosphäre der Rentenversicherung.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Rentenreform 2001 die tief greifendste in der Geschichte der Erwerbsminderungsrenten gewesen ist, mit ihr wurde ein Wandel in der Systemausrichtung vorgenommen. War bei Einführung der Invalidenrenten 1889 noch die Absicherung gegen eine Minderung der Fähigkeit einem Erwerb nachzugehen der wesentliche Zweck der EM-Renten, so soll sie heute den Verlust der Fähigkeit eine regelmäßige Beschäftigung ausüben zu können, absichern.

Im „Nachtrag“ zu den Veränderungen im Leistungsrecht der Rentenversicherungen, erfolgte im Jahr 2005 eine Organisationsreform, mit der nicht nur die zersplitterte Landschaft an Sozialversicherungsträgern⁶²² vereinheitlicht wurde, sondern auch ein einheitlicher Versichertenbegriff in der RV⁶²³ eingeführt wurde. Die Zusammenfassung der Arbeiterrenten- und Angestelltenversicherung stand bereits im Rahmen des RRG 1992 zur Diskussion, wurde jedoch aufgrund erheblicher Mehrbelastungen für die Versicherungsträger nicht weiter verfolgt.⁶²⁴ Das änderte jedoch nichts am über Parteigrenzen hinweg vorhandenen Willen zur Schaffung eines einheitlichen Versichertenbegriffes, der seinerseits in einer entsprechend modernen Organisationsstruktur zur Anwendung gelangen sollte. So war es schlussendlich nicht überraschend, dass in der Gesetzesbegründung des Organisationsreformgesetzes⁶²⁵ der Wegfall der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten in der Rentenversicherung als wesentliches Reformziel angeführt wurde. Seit 1.1.2005 gilt im deutschen Rentenrecht ein einheitlicher Versichertenbegriff, mit 1.10.2005 traten die organisationsrechtlichen

⁶²¹ Gemäß § 138 Abs 5 SGB III steht zur Verfügung, wer „eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für sie oder ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann [...]

⁶²² Seit 2005 sind alle Rentenversicherungsträger in der „Deutschen Rentenversicherung Bund“ sowie in der „Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See“, verteilt auf 14 Regionalträger (vormals 22 Landesversicherungsanstalten) zusammengefasst.

⁶²³ Gesetz zur Organisationsreform in der gesetzlichen Rentenversicherung (RVOrg) BGBl I 66/2004

⁶²⁴ Göbel, Zehn Jahre nach der Organisationsreform – Rückblick und Umsetzungsergebnisse in RV aktuell 4/2015 82.

⁶²⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Organisationsreform in der gesetzlichen Rentenversicherung BR-Drucksache 430/04.

Vorschriften und am 1.1.2006 die neue Finanzverfassung in Kraft.⁶²⁶ In § 127 SGB VI wurden die neuen Zuständigkeiten normiert, welche die Versicherten nach einem Quotenschlüssel den verschiedenen Trägern zuordnet, unabhängig vom beruflichen Status der Versicherten (Zuordnung an die Regionalträger zu 55%, an die Deutsche Rentenversicherung Bund zu 40% und an die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See zu 5%).

8.3.5 Das Rehabilitationsrecht in der Rentenversicherung

Dem deutschen Gesetzgeber ist die Abbildung sich verändernder gesellschaftlicher Strukturen in den Bestimmungen des Leistungs- und Organisationsrechts der Rentenversicherung gelungen, hingegen wurde das Rehabilitationsrecht lange Zeit eher „stiefmütterlich“ behandelt⁶²⁷ und insbesondere dessen präventiver Ansatz verkannt. Die folgenden Ausführungen zum deutschen Reha-Recht sind insoweit von besonderem Interesse für die gegenständliche Arbeit, da es (Reha)Leistungen in einem System ohne Berufsschutz beinhaltet und dabei insbesondere die Frage nach Leistungen zur Teilhabe für ungelernte Versicherte aufgeworfen wird.

Die Erbringung medizinischer Rehabilitationsleistungen konzentrierte sich lange Zeit auf die Beseitigung oder Linderung von invaliditätsbegründenden Einschränkungen, wo hingegen das moderne Rehabilitations- und Präventionsrecht⁶²⁸ den Erhalt der Erwerbsfähigkeit im Fokus hat. Entsprechend dem österreichischen Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ ist auch in Deutschland das Prinzip „Reha vor Rente“ verankert (vgl. § 9 Abs 2 SGB VI). Im SGB IX sind die Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen umfassend geregelt, in § 5 sind die Leistungsgruppen normiert, welche Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (= berufliche Rehabilitation), unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen, Leistungen zur Teilhabe an Bildung und Leistungen zur sozialen Teilhabe vorsehen. Die Leistungsgesetze der Reha-Träger (wie beispielsweise die gesetzlichen Krankenkassen oder die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung) enthalten zudem spezifische Regelungen zur Rehabilitation, die konkrete Zuständigkeit in diesem gegliederten Rehabilitationssystem ergibt sich nicht immer aus dem Grund und dem Ziel der jeweiligen Reha-Maßnahme, sondern ist zum Teil historisch begründet.⁶²⁹ Reha-Leistungen in der Rentenversicherung

⁶²⁶ Zehn Jahre nach der Organisationsreform 84.

⁶²⁷ Rentenpolitische Agenda 235.

⁶²⁸ Zum österreichischen MBOR-Konzept siehe Kapitel 3.5.

⁶²⁹ LSG Niedersachsen-Bremen 2. Senat vom 24.01.2018, L 2 R 178/17.

haben stets die Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt bzw. den Erhalt der Erwerbsfähigkeit zum Ziel. Die in § 10 SGB VI normierten persönlichen Voraussetzungen für Leistungen zur Teilhabe haben Versicherte erfüllt,

1. deren Erwerbsfähigkeit wegen Krankheit oder körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung erheblich gefährdet oder gemindert ist und
2. bei denen voraussichtlich
 - a) bei erheblicher Gefährdung der Erwerbsfähigkeit eine Minderung der Erwerbsfähigkeit durch Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben abgewendet werden kann,
 - b) bei geminderter Erwerbsfähigkeit diese durch Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben wesentlich gebessert oder wiederhergestellt oder hierdurch deren wesentliche Verschlechterung abgewendet werden kann,
 - c) bei teilweiser Erwerbsminderung ohne Aussicht auf eine wesentliche Besserung der Erwerbsfähigkeit durch Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben
 - aa) der bisherige Arbeitsplatz erhalten werden kann oder
 - bb) ein anderer in Aussicht stehender Arbeitsplatz erlangt werden kann, wenn die Erhaltung des bisherigen Arbeitsplatzes nach Feststellung des Trägers der Rentenversicherung nicht möglich ist.

Die in Ziffer 1 angeführte Erwerbsfähigkeit ist die Fähigkeit, den bisherigen Beruf oder die bisherige Tätigkeit weiter ausüben zu können, dies ist grundsätzlich der zuletzt (wann auch immer) innegehabte Arbeitsplatz. Im Unterschied zur Erwerbsminderung gemäß § 43 SGB VI kommt es bei § 10 Abs 1 nicht auf eine etwaige Einsetzbarkeit der Versicherten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt an, sondern auf die Erwerbsfähigkeit des Versicherten in Bezug auf die bisher ausgeübte(n) Tätigkeit(en). Folglich kann einem ungelernten Versicherten, der seine Tätigkeit aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen nicht weiter ausüben kann, der Anspruch auf Rehabilitationsmaßnahmen nicht mit der Verweisbarkeit auf eine andere Tätigkeit verwehrt werden.⁶³⁰ Eine derartige Gesetzesauslegung hätte die Ausgrenzung von Versicherten zur Folge, die rentenrechtlich dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzuordnen sind und kann nicht mit den Aufgaben der Leistungen zur Teilhabe in Einklang gebracht werden.

Neben den persönlichen Voraussetzungen sehen die Bestimmungen über die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für Leistungen zur Teilhabe gemäß § 11 Abs 1 SGB VI (und damit in der Zuständigkeit der Rentenversicherung gelegen) die Erfüllung

⁶³⁰ Grundlegend dazu: BSG Urteil vom 29.2.1968 - 4 RJ 423/66

einer Wartezeit von 15 Jahren oder den Bezug einer Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vor. Die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für Leistungen zur Prävention und zur medizinischen Rehabilitation nach Abs 2 leg cit. haben Versicherte auch erfüllt, die

1. in den letzten zwei Jahren vor der Antragstellung sechs Kalendermonate mit Pflichtbeiträgen für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit haben,
2. innerhalb von zwei Jahren nach Beendigung einer Ausbildung eine versicherte Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit aufgenommen und bis zum Antrag ausgeübt haben oder nach einer solchen Beschäftigung oder Tätigkeit bis zum Antrag arbeitsunfähig oder arbeitslos gewesen sind oder
3. vermindert erwerbsfähig sind oder bei denen dies in absehbarer Zeit zu erwarten ist, wenn sie die allgemeine Wartezeit erfüllt haben.

Der Rentenversicherungsträger hat im Vorfeld zur Auswahl der konkreten Maßnahmen zur Teilhabe am Arbeitsleben eine Prognoseentscheidung zu erstellen, bei der die gesundheitlichen Einschränkungen sowie die Eignung des Versicherten berücksichtigt werden. Bei der Auswahl von Ermessensleistungen der aktiven Arbeitsförderung, wie beispielsweise die Förderung der beruflichen Weiterbildung nach § 97 ist unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, die für den Einzelfall am besten geeignete Leistung zu wählen. Es muss ein Beruf angestrebt werden, in dem eine gesundheitliche Gefährdung möglichst vollständig und auf Dauer vermieden wird.⁶³¹ So kann ein Rentenversicherungsträger einem Versicherten, der eine Ausbildung zum Immobilienmakler auf eigene Kosten absolviert, die Erstattung der Kosten mit der Begründung verwehren, dass er im Hinblick auf seine „psychische Minderbelastbarkeit nicht uneingeschränkt gesundheitlich geeignet ist“.⁶³²

Die Entscheidung, ob Leistungen zur Teilhabe im konkreten Einzelfall zu gewährend sind, unterliegt einer nachprüfenden, gerichtlichen Kontrollmöglichkeit, die *Auswahl* der Maßnahme fällt in den Ermessensspielraum des Rentenversicherungsträgers, der nach Maßgabe der obigen Ausführungen die Auswahl zu treffen hat. Auch das Rehabilitationsrecht geht bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzung, ob die Erwerbsfähigkeit bedroht oder beeinträchtigt ist, als auch bei der Auswahl einer konkreten Rehabilitationsleistung grundsätzlich von dem zuletzt innegehabten Arbeitsplatz (!) aus und bedarf daher keiner dem Berufsschutz entspringenden Erwägungen. Die von

⁶³¹ LSG Berlin-Brandenburg 18. Senat vom 28.02.2011, L 18 AL 310/09.

⁶³² SG Stuttgart vom 27.01.2016, S 22 R 4019/13.

Rentenversicherungsträgern geäußerten Bedenken hinsichtlich einer Privilegierung von ungelernten Versicherten ggü. Facharbeitern, weil die rehabilitationsrechtlich relevante Minderung der Erwerbsfähigkeit berufsbezogen sei und damit bei Facharbeitern auf die gesamte berufliche Qualifikation abgestellt werde – wurden von der Judikatur nicht geteilt. Das BSG hielt dazu fest, dass der Aspekt der „Berufsbezogenheit“ grundsätzlich auf Versicherte in ungelernten Tätigkeiten ebenso anwendbar ist wie auf Versicherte in qualifizierten Berufen, „denn typische Anforderungsprofile können nicht nur die Ausübung qualifizierter (Ausbildungs-)Berufe, sondern auch die Verrichtung ungelernter Tätigkeiten prägen. Letztere haben regelmäßig ebenfalls - losgelöst von einer konkreten Arbeitsstelle - ein bestimmtes Leistungsprofil und beinhalten damit typische, vom Versicherten zu bewältigende Kernaufgaben und Verrichtungsmerkmale, die sich zwar nicht auf bestimmte Ausbildungsinhalte beziehen werden, aber durch die konkrete Tätigkeit vorgegeben sind und praktisch erworbene Fähigkeiten, Fertigkeiten und Kenntnisse verlangen. Hiervon abzugrenzen sind die spezifischen Belastungen und Anforderungen an einem konkreten Arbeitsplatz, die nicht berufstypisch sind und daher unberücksichtigt bleiben müssen.“

8.3.6 Best Practice Deutschland

Die Abkehr vom Berufsschutz im deutschen Rentenrechts war eine (sozial)politische Entscheidung, vielmehr sogar eine Notwendigkeit, die sich bereits in den 1980er Jahren abgezeichnet hat. Das Verfahren vor dem BVerfG im Jahr 1981 brachte zwar keine Verfassungswidrigkeit der unterschiedlichen Verweisungsmöglichkeit von Personen mit/ohne Berufsschutz zutage, zeigte jedoch deutlich die Problematik im geltenden Recht auf, welches im Ergebnis vielfach als unbefriedigend empfunden wurde. Der Umstieg auf ein Leistungsrecht, in welchem die Frage des Grades der Erwerbsminderung von Versicherten ausschließlich von der verbleibenden Restarbeitsfähigkeit auf dem gesamten Arbeitsmarkt abhängig gemacht wird und beruflicher Status, Ausbildung und Zumutbarkeit unberücksichtigt bleiben, bedarf zwingend eines breiten Konsens auf Sozialpartnerebene⁶³³.

Die konkrete Ausgestaltung eines solchen Erwerbsminderungsrechts muss jedenfalls unter Einbindung von Experten auf dem Gebiet des Rentenrechts erfolgen um nicht in den Verdacht zu geraten ein „fauler Kompromiss“ der beteiligten Akteure zu sein. Letztendlich bedeutet der Wegfall des Berufsschutzes eine Verschärfung und Verschlechterung für jene, die im alten System mithilfe des Berufsschutzes einen erleichterten Zugang zu einer Berufsunfähigkeitsrente gehabt hätten und die durch das „neue“ System (und deren

⁶³³ Europäische Wohlfahrtssysteme 145.

Verweisungsmöglichkeiten) eine finanzielle Einbuße erleiden, da sie gezwungen werden, Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verrichten. Dass ein solcher Umstieg politisch nicht leicht durchzusetzen ist liegt auf der Hand, insbesondere dann, wenn sich kein unmittelbarer Handlungsauftrag aufgrund höchstgerichtlicher Rechtsprechung ableiten lässt. In Deutschland wurde die Diskussion um den Berufsschutz über Parteigrenzen hinweg als Frage der Systemgerechtigkeit geführt und lässt sich – soweit von der Verfasserin überblickt – kaum ein Hinweis auf beharrliches Festhalten am Berufsschutz finden. Vielmehr wurden nahezu von sämtlichen im Parlament vertretenen Parteien Bedenken am bis dahin gültigen System geäußert und auch von Rentenexperten als „reformbedürftig“ gesehen.⁶³⁴

In Österreich trifft das Vorhaben zur Abschaffung des Berufsschutzes hingegen auf regen Widerstand, wobei dieser nicht nur auf gewerkschaftlicher Seite zu finden ist, es ist auch mit parteipolitischem Gegenwind zu rechnen und man kann wohl davon ausgehen, dass sich daran so rasch nichts ändern wird. Jene kritischen Stimmen in Deutschland, die dem „neuen“ System der Erwerbsminderungsrenten nichts abgewinnen konnten, warfen den politischen Akteuren vor, sich mit dem Systemwechsel dem der Grundsicherung innenwohnenden Fürsorgeprinzip zu verschreiben und damit das Leistungsniveau in der Rentenversicherung deutlich zu senken. Es ist richtig, dass die Verdienstmöglichkeit keinen Beurteilungsmaßstab für die Feststellung von Erwerbsminderung darstellt und es zu deutlichen Verschlechterungen bei der Höhe des Erwerbseinkommens kommen kann. Dazu ist ergänzend anzumerken, dass die Pensionshöhen in Deutschland generell deutlich geringer sind als in Österreich und diese lediglich 12 und nicht 14-mal jährlich ausgezahlt werden. Die Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung ist darauf ausgelegt, dass parallel zum Bezug der Rente eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird und es damit zu einer Kumulation von Rente und Erwerbseinkommen kommt.

Die nachstehende Abbildung verdeutlicht den erheblichen Unterschied in den monatlichen Rentenhöhen, der sich uA aus den unterschiedlich Beitragssätzen zur gesetzlichen Rentenversicherung ergibt (Ö: 22,8% D: 18,6%), aus der Miteinbeziehung nahezu aller Erwerbstätigen in Österreich (auch Selbständige und Beamten!) und den unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen (Versicherungsdauer) ergibt. In Deutschland beziehen zum Stichtag 31.12.2019 1.815.258 Personen eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, davon entfallen 665.766 Renten auf männliche und 749.529 auf weibliche Versicherte⁶³⁵,

⁶³⁴ *Ruland/Rische*, Die Erwerbsminderungsrente als Möglichkeit zur Reform der Sicherung bei Berufs- und erwerbsunfähigkeit in Deutsche Rentenversicherung 1/80 12.

⁶³⁵ <https://statistik-rente.de/drv/> (Aufruf am 17.02.2021)

in Österreich entfallen auf die insgesamt 129.470 BU-/IV-Pensionen 87.033 auf männliche und 42.437 auf weibliche Versicherte. Der Anteil von erwerbsgeminderten Renten bzw. Pensionen am Gesamtrenten(pensions)bestand liegt in beiden Ländern bei rund 6,5 (Ö) bzw. 7 (D) Prozent.

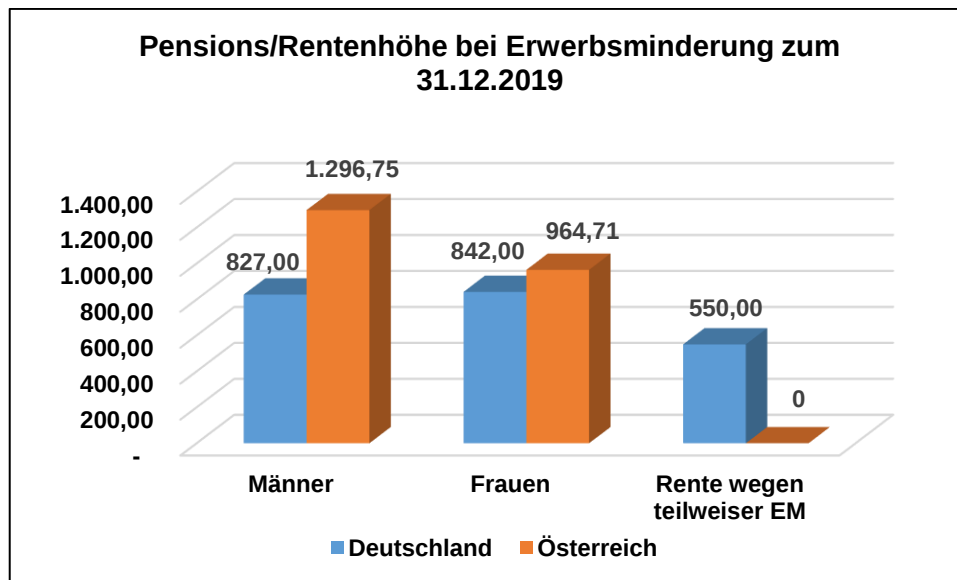


Abbildung 36 – Pensions-/Rentenhöhe bei Erwerbsminderung zum 31.12.2019

Quelle: Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV), Abt. Statistik (2020), PVA, Abt. Statistik (2020)

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Leistungen bei Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und zur Änderung anderer Gesetze kam der Gesetzgeber der Forderung nach wirtschaftlicher Besserstellung von Beziehern von EM-Renten nach, in dem er die Zurechnungszeit für Rentenzugänge (vom 62. Lebensjahr) schrittweise auf das vollendete 65. Lebensjahr verlängert hat. Ziel ist es, Erwerbsgeminderte langfristig so zu stellen, als ob sie drei weitere Versicherungsjahre in ihrer Erwerbsbiografie haben.⁶³⁶

Der Erfolg von Pensions- bzw. Rentenreformen im Erwerbsminderungsrecht wird anhand der Zuerkennungszahlen der Folgejahre gemessen, der sich idealerweise in einem signifikanten Rückgang darstellt. Auf die Zahl der Anträge haben Reformen in aller Regel keinen merkbaren Einfluss und sind auch rückläufige Zuerkennung stets dahingehend zu hinterfragen, aus welchem Status die Anträge gestellt werden und ob sich die Versicherten weiterhin im Erwerbsstatus befinden oder arbeitslos sind. Für Deutschland und die große Rentenreform kann jedenfalls festgehalten werden, dass sich nach Inkraft-Treten der

⁶³⁶ BT-Drucksache 18/11926.

Reform die EM-Zahlen rückläufig entwickelt haben: das Verhältnis von EM-Renten zu den Renten wegen Alters hat sich dabei von 11,2% (1995) auf 6,2% (2019) reduziert.

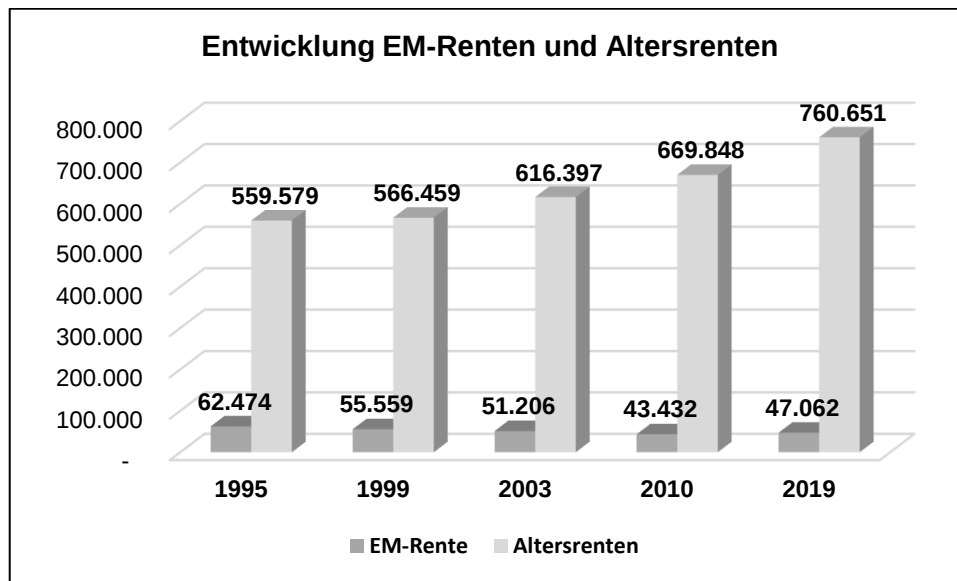


Abbildung 37 – Entwicklung EM-Renten und Altersrenten

Quelle: DRV Bund

Daraus lässt sich meines Erachtens die Erkenntnis gewinnen, dass der Wegfall des Berufsschutzes einen direkten Einfluss auf die Zahl der EM-Renten hatte, nicht gesagt werden kann jedoch, ob die von der Rentenversicherung abgelehnten Versicherten weiterhin bzw. neuerlich im Erwerbstätigkeitsstatus waren. In der Gesamtschau verdeutlicht die deutsche Rechtslage für ab 02.01.1961 geborene Versicherte, dass sowohl ein Rentenrecht als auch ein Rehabilitationsrecht ohne eine Differenzierung der Arbeitnehmerschaft auskommt, dies jedoch das Hintanstellen von Partikularinteressen und das Überwinden historisch bedingter Strukturen voraussetzt.

9 Mögliche Wege einer Neugestaltung des Versicherungsfalls der geminderten Arbeitsfähigkeit

Die Darstellung der geltenden Rechtslage hat die Verfasserin zu dem Ergebnis gebracht, dass der für Arbeiter in § 255 Abs 1 und 2 sowie der für Angestellte in § 273 Abs 1 ASVG verankerte Berufsschutz nicht den aus Art 7 B-VG ergehenden Anforderungen an gleichheitskonforme Regelungen entspricht. Selbst jene fachkundigen Juristen, die im Berufsschutz keine gleichheitsrechtliche Problematik orten, räumen ein, dass der soziale Schutz von unqualifizierten Versicherten geringer ist als von Versicherten mit

Berufsschutz.⁶³⁷ Das führt unweigerlich zu der Schlussfolgerung, dass es zumindest für unqualifizierte Versicherte eines zusätzlichen Schutzmechanismus bedarf, um das Schutzniveau dieses Personenkreises zu erhöhen. Dies würde bedeuten, ein „Äquivalenz“ zum Berufsschutz für unqualifizierte Versicherte einzuführen, das Abhilfe für jenes Delta schafft, das auf den fehlenden Berufsschutz zurückzuführen ist. Eine solche Vorgehensweise erachte ich im Hinblick auf die Erfordernisse an die Systemgerechtigkeit für nicht zielführend, da sie ja der Intention folgen, ein an sich ungerechtes System ein Stück weit gerechter zu gestalten.

Die §§ 255 und 273 wurden seit der Stammfassung des ASVG mehrfach novelliert und dienten einige Maßnahmen der Angleichung der Leistungssysteme beider Zweige (Angleichung des Invaliditätsbegriffs gemäß § 255 Abs 1 und 2 an § 273 Abs 1, Verlängerung des Beobachtungszeitraums im Zweig der Angestellten), ergänzend dazu wurden von der Judikatur die Möglichkeiten zur Verweisung von qualifizierten Versicherten sukzessive erweitert, um unbillige Ergebnisse des Berufsschutzes abzufedern. Diese Aspekte unterstreichen die ausgeführten Bedenken am derzeitigen Regelungssystem und verdeutlichen die Notwendigkeit keine weiteren Korrekturen im bestehenden System vorzunehmen, sondern sollen einen Anstoß liefern, um einen komplett neuen Ansatz zu wählen.

9.1 Grundsätzliche Überlegungen

Überlegungen und Vorschläge zu einer Neuausrichtung des „Invaliditätsrechts“ sind freilich nicht neu und wäre es vermessen an dieser Stelle die Darbietung gänzlich neuer Ideen in Aussicht zu stellen, zumal sich bereits *Bert Rürüp* im Rahmen des vom damaligen Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales in Auftrag gegebenen Gutachtens⁶³⁸ für die Einführung eines Teilpensionsmodells aussprach und im Jahr 2002 eine von der damaligen Regierung eingesetzte Kommission ausführlich mit den verschiedenen Möglichkeiten zur Gestaltung eines neuen Rechts auseinandergesetzt und entsprechende Grundlagen geliefert hat.⁶³⁹ Knapp 20 Jahre später haben die Ansätze für einen neuen Invaliditätsbegriff nichts an Aktualität eingebüßt, auch wenn seither viele

⁶³⁷ Sonntag, Entgeltschutz statt Berufsschutz im Recht der geminderten Arbeitsfähigkeit? ,ASoK 2018, 442ff

⁶³⁸ Rürüp, Perspektiven der Pensionsversicherung in Österreich – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales (1997) 172.

⁶³⁹ Tomandl, Die Vorschläge der Pensionsreformkommission vom 9. DEZEMBER 2002, SozSi Heft 3/2003, 96

Reformen den damaligen Empfehlungen der Kommission Rechnung getragen haben, wie beispielsweise die „möglichst frühe Prävention und erfolgreiche Rehabilitation unter Einbindung von bisherigen Arbeitgebern und Arbeitsmedizinern“⁶⁴⁰ oder die Möglichkeit zur beruflichen Rehabilitation für sämtliche Berufsgruppen⁶⁴¹, die Vorschläge zur Neufassung des Invaliditätsbegriffs wurden hingegen nicht aufgegriffen. Die diesbezüglichen Möglichkeiten sind begrenzt, letztendlich ist man auf der Suche nach Anknüpfungspunkten für die Beurteilung einer pensionsbegründenden Invalidität auf die verbleibende Arbeitskraft, das zu erzielende Entgelt oder eine Kombinationsmöglichkeit beschränkt.

9.2 Das Teilpensionsmodell

Ausgehend vom Ziel der Pensionsversicherung, invalid/berufsunfähig gewordenen Versicherten einen Ausgleich für den gesundheitsbedingten Ausfall des Erwerbseinkommens zu bieten, muss die Festlegung, unter welchen Voraussetzungen Versicherte als invalid/berufsunfähig gelten, neu bewertet werden. Dieser Beurteilung ist die Überlegung zugrunde zu legen, dass die Minderung der Arbeitsfähigkeit in verschiedenen Abstufungen auftreten kann und mit entsprechend (eingeschränkten) Möglichkeiten diese Arbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt einzusetzen korreliert. Hier ist kein grundlegend neuer Gedanken in der Sozialversicherung angesprochen, dieser ist im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung seit deren In-Kraft-treten⁶⁴² verwirklicht und wurde insbesondere von *Tomandl* als Leiter der Arbeitsgruppe „Invalidität“ auch in der PV forciert.⁶⁴³ Die Höhe der Versehrtenrente wird dort nach dem Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) bemessen, einen Berufsschutz kennt die Unfallversicherung nicht, vielmehr wird die Auswirkung der Behinderung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt beurteilt. Die MdE wird in Prozentsätzen ausgedrückt und von Fachärzten beurteilt, wobei für diese Beurteilung im Wesentlichen die unfallbedingten bzw. berufskrankheitsbedingten Funktionseinschränkungen maßgeblich sind. Lediglich vollständigkeitshalber sei angemerkt, dass die Versehrtenrente auch in jenen Fällen gebührt, in denen der/die Versicherte gar keinen Einkommensausfall erleidet. Gemäß § 203 ASVG besteht Anspruch auf Versehrtenrente, wenn die Erwerbsfähigkeit des Versehrten durch die Folgen eines Arbeitsunfalles oder einer Berufskrankheit über drei Monate nach dem Eintritt des

⁶⁴⁰ *Rudda*, Neuregelung der Rehabilitation und Invaliditäts-(Erwerbsunfähigkeits-)Pension, *SozSi* Heft 3/2003, 103

⁶⁴¹ *BMASK (Hrsg)*, Invalidität im Wandel (2009) 241.

⁶⁴² Vgl. § 205 Abs 2 Z 2 ASVG idF BGBl 1955/189.

⁶⁴³ *Panhölzl*, Reform der Invaliditätspensionen, *DRdA* 2001Heft 274, 567.

Versicherungsfalles hinaus um mindestens 20 % vermindert ist. Entsprechend gebührt die Versehrtenrente, für die Dauer der Minderung der Erwerbsfähigkeit, in Höhe von mind. 20 %, ein Anspruch auf Vollrente (in Höhe von 2/3 der Bemessungsgrundlage) besteht bei völliger Erwerbsunfähigkeit. Das Konzept der Teilrenten aus der Unfallversicherung (als erste Sparte der gesetzlichen Sozialversicherung in Österreich) wurde von der Pensionsversicherung nicht übernommen, es gilt vielmehr das nicht überzeugende „Alles oder nichts Prinzip“⁶⁴⁴. Personen, die aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr auf Vollzeitbasis erwerbstätig sein können, aber auch nicht als invalid/berufsunfähig gelten, müssen aufgrund der Verweisungsregelungen auf leichtere (zumeist schlechter entlohnte) Tätigkeiten ausweichen. In diesem Tätigkeitsfeld befinden sie sich sodann in direkter Konkurrenz mit den dort tätigen, gesunden Arbeitnehmern, mit dem offensichtlichen Nachteil einer gesundheitlichen Einschränkung.

Die im Rahmen der rechtsvergleichenden Analyse untersuchten Modelle aus Deutschland und den Niederlanden sind Teilpensionsmodelle ohne Berufsschutz, bei denen die Restarbeitsfähigkeit mithilfe einer Beschäftigung auf Teilzeitbasis verwertet werden soll. Wird eine solche Teilzeitbeschäftigung nicht gefunden, gebührt Teilarbeitslosengeld, woraus der komplementäre Zusammengang zwischen diesem Risiko der PV und der Arbeitslosenversicherung verdeutlicht wird.

9.2.1 Das Arbeitszeitmodell

Bei reinen Arbeitszeitmodellen wird der Grad der Invalidität anhand des Arbeitszeitkalküls bemessen und auf Basis der Verrichtung einer leichten Tätigkeit beurteilt, in welchem zeitlichen Ausmaß die versicherte Person weiterhin erwerbstätig sein kann. Dabei gebührt – analog zum deutschen Modell – eine volle Invaliditäts/Berufsunfähigkeitspension, wenn lediglich eine leichte Erwerbstätigkeit für die Dauer von bis zu 3 Stunden täglich verrichtet werden können. Eine 50%-ige Teilpension gebührt für Versicherte, wenn er eine leichte Tätigkeit zwischen 3 und 6 Stunden täglich verrichten kann und keine Pension gebührt, wenn täglich noch mehr als 6 Stunden eine leichte Tätigkeit ausgeübt werden kann. Aus gleichheitsrechtlicher Sicht bietet dieses Modell den Vorteil, dass alle Versichertengruppen auf den gesamten Arbeitsmarkt verwiesen werden, unabhängig von deren Ausbildung oder beruflichem Status. Der große Nachteil dieses System ist zweifelsohne die ungenügende Erfassung von Einkommensverlusten, die durch den neuen Beruf eintreten können. Insbesondere für Versicherte mit hohem Einkommen, kann eine sehr deutliche finanzielle Einbuße mit einer neuen Tätigkeit verbunden sein, wodurch diese Gruppe im Ergebnis

⁶⁴⁴ Tomandl, Paradigmenwechsel in der Pensionsversicherung, ZAS 2006/17, 104ff.

überdurchschnittlich stärker die Auswirkungen der Verweisung zu spüren bekommt als Versicherte mit geringeren/niedrigen Einkommen. Dieses Modell vermag daher im Ergebnis weder aus sozialpolitischen noch aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen zu überzeugen und verkennt zudem die Lohnersatzfunktion von Pensionsleistungen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit.

9.2.2 Das Einkommensmodell

Dieses Modell setzt an einem Vergleich des Einkommens vor der Invalidität mit jenem, welches von der versicherten Person in der zumutbaren neuen Beschäftigung erzielt werden kann. Entgeltschutzerwägungen sind von der Rechtsprechung bei der Berufsunfähigkeit gemäß § 273 Abs 1 ASVG in Form der Verhinderung des sozialen Abstiegs für Angestellte mit Berufsschutz längst etabliert und auch in der knappschaftlichen PV hängt die Zumutbarkeit der Verweisung gemäß § 278 ASVG davon ab, ob die versicherte Person *„noch andere im wesentlichen gleichartige und nicht erheblich geringer entlohnte Tätigkeiten“* verrichten kann. Ziel eines „Entgeltschutzes“ ist der Ausgleich des betragslichen Deltas zwischen den beiden Einkommen, wobei sich die bisherigen Vorschläge bei der Frage der Auswahl des „bisherigen Entgelts“ unterscheiden. *Tomandl* hat seinerzeitig angeregt, dass beim Einkommensmodell die Differenz zwischen dem Altverdienst (d.h. die bisherige Bemessungsgrundlage) und dem Neuverdienst (Durchschnitt der KV-Löhne aus 3 Verweisungsberufen) maßgeblich sein soll.⁶⁴⁵

Eindeutig ist jedenfalls der Anknüpfungspunkt; es kann nur jenes Entgelt sein, welches aus der zuletzt nicht bloß vorübergehend ausgeübten Tätigkeit generiert wurde. Problematisch erachte ich den Vorschlag die konkrete Bemessungsgrundlage heranzuziehen, da die Frage der Erreichung der Lohnhälfte gemäß § 255 Abs 2 ASVG in ständiger Rsp dahingehend bewertet wird, dass dabei nur *„vom Durchschnittsverdienst gleichartiger Beschäftigter“* ausgegangen werden kann und *„einzelne Spitzenverdienste außer Betracht zu bleiben haben.“*⁶⁴⁶ Eine weitere Orientierung für ein Einkommensmodell für alle Versicherten in der PV könnte der in § 9 Abs 3 AIVG normierte Entgeltschutz bieten, der ergänzend zum qualifikationsbezogenen Berufsschutz (der jedoch lediglich in den ersten 100 Tagen besteht) in den ersten 120 Bezugstagen von ALG vorsieht, dass *„eine Beschäftigung in einem anderen Beruf oder eine Teilzeitbeschäftigung nur zumutbar [ist], wenn das sozialversicherungspflichtige Entgelt mindestens 80% des der letzten Bemessungsgrundlage für das Arbeitslosengeld entsprechenden Entgelts beträgt.“* Es ist

⁶⁴⁵ Neuregelung der Rehabilitation und Invaliditäts(Erwerbsunfähigkeits)pension 109.

⁶⁴⁶ RS0084824.

*Neumayr*⁶⁴⁷ zuzustimmen, wenn er betont, dass sich Zweck, Anlass und Dauer der Leistungen von Arbeitslosen- bzw. Pensionsversicherung beträchtlich unterscheiden, dennoch könnten Entgeltschutzerwägungen für die Frage der Zumutbarkeit einer Tätigkeit sämtlicher Arbeiter und Angestellten zum Tragen kommen.

Der Wegfall des Berufsschutzes und die Einführung eines Entgeltschutzes für alle Versicherten stellt, nach der Ansicht von *Sonntag*,⁶⁴⁸ neuerlich ein verfassungsrechtliches Problem dar, da damit nunmehr wesentlich Ungleiches (Qualifizierte und unqualifizierte Versicherte) gleich behandelt würde und das ebenso wenig mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist wie die derzeitige Ungleichbehandlung. Dem ist insoweit beizupflichten, als die Einführung des Entgeltschutzes im bestehenden System sehr rasch in diesen Verdacht geraten würde und eine gleichheitsrechtliche Prüfung wohl zum gleichen Befund führen würde, wie jene des Berufsschutzes. Die Einführung eines Entgeltschutzes sollte jedoch unter der Voraussetzung eines gänzlich neuen „Invaliditätsrechts“ erfolgen, in dem der Gesundheitszustand der Versicherten das maßgebliche Kriterium darstellt und mit dem Entgeltschutz die maßgebliche Bezugsgröße hätte.

Die Ausführungen zur deutschen Rechtslage haben gezeigt, dass ein Rentensystem nicht sakrosankt sein muss, Ungerechtigkeiten im System können zwar mit zusätzlichen Schutzelementen abgefedert werden, sie bleiben jedoch ein Indiz dafür, dass „auf der anderen Seite“ dieses Systems Privilegien bestehen, die nicht aufgegeben werden sollen. In diesem Lichte ist auch der Vorschlag von *Sonntag*⁶⁴⁹ zu bewerten, der einen Entgeltschutz für unqualifizierte Versicherte als sinnvolle Maßnahme beschreibt, die im Falle von qualifizierten Versicherten unvereinbar mit der Funktion der Pensionsleistung sei. Er kommt zu dem Schluss, dass der Berufsschutz und die diesbezüglichen Intentionen des Gesetzgebers nach wie vor Gültigkeit haben. Bedenken in Richtung Entgeltschutz wurden von *Panhölzl* dahingehend geäußert, dass das Modell für Personen mit geringen Einkommen und Teilzeitkräften nicht anwendbar sei. Es ist ihm so weit beizupflichten, als im Rahmen eines Einkommensmodells tatsächlich/offenbar (?) keine taugliche Methodik zur Berücksichtigung von Einkommensverlusten möglich ist. Damit ist aber gleichermaßen ein anderer bedeutsamer Punkt angesprochen, der in den letzten Jahren sehr häufig in Diskussionen um Reformen (im Sozialversicherungsrecht, aber auch Versorgungssystemen) eingebracht wird: die fehlende Berücksichtigung von individuellen

⁶⁴⁷ *Neumayr*, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht, DRdA 2005, 471

⁶⁴⁸ *Sonntag*, Entgeltschutz.

⁶⁴⁹ Ebenda 442.

Lebensentscheidungen. Ein Sozialversicherungssystem soll – wie im Übrigen jedes System – nicht von der Ausnahme weg hin zur Regel konzipiert werden, sondern umgekehrt. Konsequenterweise muss ein Invaliditätssystem – ausgehend vom Regelfall – derart konzipiert werden, dass es den Großteil der Erwerbstätigen abbildet und das Risiko von Invalidität/Berufsunfähigkeit anhand von Arbeitsverhältnissen auf Vollzeitbasis⁶⁵⁰ berücksichtigt. Ich verkenne dabei nicht, dass rund 30% Teilzeitarbeitskräfte keinen geringen Anteil für das Postulat der Ausnahme darstellt, sodass es jedenfalls einer gewissen Berücksichtigung in der Konzeption eines Systems bedarf. Diese Gruppe jedoch als Argument für die Untauglichkeit eines Modells heranzuziehen, erachte ich für den falschen Zugang. Es ist statistisch belegt, dass sich diese 30% nahezu zur Gänze auf Frauen konzentrieren und eine nachvollziehbare Motivation dahintersteht; die Wahrnehmung von Betreuungspflichten ist – und daran wird sich selbst bei optimistischer Einschätzung so rasch nichts ändern – eine Frauen“domäne“. Folglich könnten Regelungen, in denen Teilzeittätigkeiten unberücksichtigt bleiben, Gefahr laufen gleichheitswidrig zu sein, da Frauen mittelbar diskriminiert werden.

Aus Sicht des Gesetzgebers gilt es daher abzuwägen, inwieweit (ob) ein Ersatz für bestimmte Ereignisse oder Phasen im Leben von Versicherten durch die Versichertengemeinschaft aufgebracht wird oder als individuelle Entscheidung einer Person gilt. So hat der Gesetzgeber beispielsweise mit der Einführung von Kindererziehungszeiten im Rahmen der 51. Novelle zum ASVG⁶⁵¹ im Jahr 1993 die pensionsrechtliche Auswirkungen von individuellen und gleichermaßen wohl „gesellschaftlich erwünschten“ Lebensentscheidungen im Pensionsrecht abgedeckt, in dem er die Zeiten der Kindererziehung für längstens 48 Monate gemäß § 227a Abs 1 ASVG jenem Elternteil zurechnet, der das Kind tatsächlich und überwiegend im Inland erzogen hat.⁶⁵² Man könnte an dieser Stelle weitere Beispiele dafür anführen, dass im Pensionsrecht solche „ausgleichenden Effekte“ ihren Niederschlag finden (Stichwort: Schwerarbeit), das würde jedoch zu weit vom eigentlichen Punkt führen. Die Entscheidung für die Verrichtung von Teilzeitarbeit ist, wie bereits angeführt, größtenteils auf die

⁶⁵⁰ Im Jahresdurchschnitt 2019 lag die Teilzeitquote im Bereich der unselbständig Erwerbstätigen bei 28,5%. Gemessen an sämtlichen Erwerbstätigen (also inklusive der Selbständigen) bei 28%. Siehe dazu:

http://pic.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/arbeitszeit/teilzeitarbeit_teilzeitquote/index.html (Aufruf am 10.03.2021).

⁶⁵¹ BGBl 1993/335.

⁶⁵² Näheres zur historischen Entwicklung siehe: Marek, Berücksichtigung der Kindererziehungszeiten in der Pensionsversicherung (1995) DRdA 45.Jg, 227.

Wahrnehmung von Betreuungspflichten zurückzuführen, kann aber auch aus anderen Motiven erfolgen; ein gutes Partnereinkommen, ein höheres Ausmaß an Freizeit oder die Kombination aus selbst- und unselbständiger Tätigkeit könnten ebenso der maßgebliche Grund sein. Vor diesem Hintergrund ist eine Regelung, die grundsätzlich am Status der Vollarbeitszeit anknüpft und davon ausgehend gestaffelte Teilpensionsvarianten in Abhängigkeit vom Einkommensverlust vorsieht, legitim. Ob es möglich ist, für Teilzeitphasen – analog zur Kinderziehungszeitanrechnung für 4 Jahre, in denen sich der Versicherte der Kindererziehung gewidmet hat, durch „Hochrechnung auf ein Vollzeiteinkommen“ eine Gleichbehandlung mit Vollzeittätigen zu schaffen, wäre aus versicherungsmathematischer Sicht zu prüfen.

10 Resümee

Das Ziel dieser Arbeit war die Untersuchung der Frage, ob die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten in den gesetzlichen Bestimmungen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit gemäß § 255 bzw. § 273 ASVG verfassungsrechtliche Probleme aufwirft und ob die Beibehaltung dieser Differenzierung mit den Anforderungen der Arbeitswelt im 21. Jahrhundert in Einklang zu bringen ist? Kernstück der Betrachtungen war dabei der Berufsschutz, der Versicherte vor einer beliebigen Verweisung auf andere Tätigkeiten schützen soll, sofern die bisherige Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr weiter ausgeübt werden kann. Dieses Verweisungsfeld, d.h. die Summe von Berufen, auf die ein Versicherter verweisbar ist, ist umso kleiner, desto höher/besser qualifiziert der Versicherte ist. Ein Leistungsanspruch aus der gesetzlichen PV soll erst dann realisiert werden, wenn dem Versicherten die Fortsetzung seiner bisherigen Tätigkeit bzw. die Ausübung einer anderen Tätigkeit nicht mehr zumutbar ist, die Pensionsleistung dient als *ultima ratio*. Versicherte ohne berufliche Ausbildung bzw. solche, die nicht eine qualifizierte Beschäftigung über einen längeren Zeitraum ausgeübt haben, können auf jede andere am Arbeitsmarkt bewertete Tätigkeit verwiesen werden, da sie keinen Berufsschutz genießen. Das führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass eine körperliche oder geistige Einschränkung in einem Fall zu einer Pensionsleistung führt und in einem anderen Fall nicht.

Wie sich einleitend gezeigt hat, basiert die Unterscheidung der Arbeitnehmer im Sozialversicherungsrecht auf der zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgten Normierung sozialer Schutzbestimmungen für Angestellte bzw. Arbeiter. Sie waren in den vergangenen Jahrhunderten aufgrund ihrer geradezu „typischen“ Tätigkeitsmerkmale, Angestellte übten traditionell Tätigkeiten mit besonderer Vertrauensstellung, unter der Voraussetzung bestimmter kognitiver Fähigkeiten, aus. Hingegen war die Tätigkeit des Arbeiters stets mit

körperlicher Anstrengung verbunden und konnten vergleichsweise einfacher zugeordnet werden. Die Entwicklung der Pensionsversicherung nach Berufsständen ist daher ursächlich für die heutige Bestimmung der Leistungszuständigkeit und der zur Anwendung gelangenden Bestimmungen.

Die Darstellung der historischen Entwicklung des sozialen Schutzes von Arbeitern und Angestellten bis hin zur Normierung des ASVG im Jahre 1955 verdeutlicht die geradezu schleppende Etablierung eines gesetzlichen Pensionsversicherungssystems für Arbeiter im Vergleich zu den fortlaufenden Bemühungen um Verbesserungen im bestehenden Pensionsversicherungssystem für Angestellte. Mit dem ASVG wurde eine Kodifikation der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung für einen Großteil der Versichertengemeinschaft erreicht, die - trotz aller Fortschrittlichkeit und Bemühung – keine gänzliche Vereinheitlichung aller Versichertengruppen erzielen konnte.

Die Weiterentwicklung der gesetzlichen Grundlagen zum Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit hat gezeigt, dass die einschlägigen Bestimmungen in zahlreichen Novellen adaptiert und zum Teil auch neu systematisiert wurden. So wurde bereits im Rahmen der 9. Novelle zum ASVG in § 255 Abs 1 ein Berufsschutz für überwiegend in erlernten oder angelernten Berufen tätige Arbeiter normiert, der bis dahin ausschließlich für Angestellte im Gesetz verankert war. Aus systematischen Erwägungen wurden auch einige Korrekturen im Berufsunfähigkeitsrecht der Angestellten (Stichwort: qualifizierte Ausübungsdauer) vorgenommen, der Berufsschutz rückte nur selten in den Mittelpunkt der Betrachtungen um eine gänzliche Neuregelung oder gar Abschaffung. Die Einführung der Härtefallregelung konnte diese Lücke im Schutz von ungelernten Arbeitskräften ebenso wenig schließen, wie die seitens der Judikatur entwickelten Grundsätze zur Verweisung und Vermeidung sozialer Härten, zumal gezielte Schutzmechanismen, wie der unzumutbare soziale Abstieg, nur für qualifiziert tätige Angestellte eingebaut wurde.

Die Ausführungen zu den unterschiedlichen Verweisungen im 5. Kapitel der Arbeit zeigen nicht nur die von der Rsp. entwickelten Grundsätze zu den Möglichkeiten, Versicherte in anderen Berufen und Branchen einzusetzen, sie verdeutlichen auch die großen Herausforderungen, die in der Zuordnung von Arbeitnehmern mit vielfältigen Tätigkeitsinhalten liegt. Es offenbart sich dabei, dass die stringente Einordnung in „Arbeiter“ oder „Angestellter“ nicht ohne weiteres möglich ist, sondern es oftmals detaillierter Nachfragen vom Pensionsversicherungsträger bzw. der Arbeits- und Sozialgerichte bedarf, um feststellen zu können, aus welchen Tätigkeiten sich ein mögliches Verweisungsfeld zusammensetzt.

Die zahlreichen Novellen zum ASVG, insbesondere jene in den letzten 15 Jahren, sind den stetigen Bemühungen um eine Reduktion der Zuerkennungen von krankheitsbedingten Pensionsleistungen geschuldet und lassen eines erkennen: sie setzen stets beim qualifizierten Versicherten an, dessen längst möglicher Verbleib im Erwerbsleben das Ziel einer Reform ist. Dazu wurden, sinnvollerweise, Prävention und Rehabilitation als Schlüssel zur Hintanhaltung von Berufsunfähigkeit und Invalidität identifiziert und in das Pensionsversicherungssystem eingebaut, in dem man den Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ gesetzlich verankert und eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung – die Absolvierung einer zumutbaren beruflichen Rehabilitation – in die Bestimmungen aufgenommen hat. Im Rahmen des 6. Kapitels wurde herausgearbeitet, dass das Rehabilitationsrecht zunächst nur auf berufsgeschützte Versicherte ausgerichtet war, nur für diese Gruppe wurde ein Rechtsanspruch auf berufliche Rehabilitation eingeräumt, alle anderen Versicherten sind ex lege auf andere Hilfstätigkeiten verweisbar sind und wurde damit (vermeintlich) kein rehabilitationsrechtlicher Handlungsbedarf identifiziert. Dabei verkannte der Gesetzgeber jedoch, dass insbesondere im Segment der Hilfstätigkeiten hohe Invalidisierungsraten bestehen und berufliche Rehabilitation auch Auf- sowie Umschulungen zu qualifizierteren Tätigkeiten beinhaltet. Die Adaptierungen im Rehabilitationsrecht erfolgten sodann aufgrund der Vorstöße, die aus der Praxis herrührten, die das Problem der bislang fehlenden Rehabilitation von Versicherten, ohne qualifizierte Tätigkeiten im Rahmen eines Projekts aufgegriffen haben und mit umfangreichen Statistiken zu belegen vermochten.

Die Auswirkungen der anzuwendenden Bestimmungen des Leistungsrechts sollten sodann im Rahmen der beiden Fallbeispiele herausgearbeitet werden und offenbaren, dass ähnliche Tätigkeitseinhalte zu unterschiedlichen sozialversicherungsrechtlichen Zuordnungen führen können. Gerade im Bereich der kaufmännischen Tätigkeiten gibt es eine Reihe von Hilfstätigkeiten, die zu einer Zuordnung als Hilfskraft führen können, die keinen Berufsschutz genießt und verweisbar ist. Bei einem zeitlichen Überwiegen qualifizierter Tätigkeiten, besteht hingegen Berufsschutz und damit eingeschränkte Verweisbarkeit, obwohl die Unterschiede im Tatsächlichen oft nur marginal sind.

Ehe im 7. Kapitel der Arbeit die verfassungsrechtlichen Aspekte der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten beim VF der geminderten AF aufgezeigt werden, wurde die Differenzierung auch einer weiter gefassten sozialversicherungsrechtlichen Betrachtung und einer sozialpolitischen Bewertung zugeführt. Mithilfe ausgewählter Statistiken wurde der Frage nachgegangen, wie sich die Situation für Arbeiter und Angestellte in anderen Zweigen des Sozialversicherungssystems darstellt. Dabei wurde offensichtlich, dass Arbeiter, allen voran weibliche Hilfskräfte in einem sehr hohen Ausmaß von Arbeitslosigkeit

betroffen sind, ihr Erwerbseinkommen und ihre Pensionen am geringsten ist und die Unfallhäufigkeit von männlichen Arbeitern am höchsten ist.

Mit einem Abriss zur Entwicklung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, allen voran dem Gleichheitssatz, spannt das Kapitel zu den verfassungsrechtlichen Aspekten den Bogen von der allgemeinen Prüfung von Gesetzen anhand des Gleichheitssatzes hin zu der im Sozialversicherungsrecht angewandten Ordnungssystemjudikatur. Diese Besonderheit in der Rsp. des Verfassungsgerichtshofes spart die eigentliche Prüfung der einschlägigen Rechtsgrundlagen aus und verweist vielmehr auf die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Er hat dies zwar unter Bedachtnahme auf wesentliche Systemgrundsätze vorzunehmen, aber „innerhalb“ eines gewählten Systems kann er weitestgehend frei agieren. Um sich nicht dem Verdacht einer oberflächlichen Betrachtung der Gegebenheiten auszusetzen, galt es daher eine eigene Meinung zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Rechtslage zu finden, immerhin wird das Risiko von Berufsunfähigkeit bzw. Invalidität von der Versichertengemeinschaft getragen, die mit ihren Beiträgen – die für Arbeiter und Angestellte in identer Höhe zu leisten sind – die Sozialversicherungssysteme zu einem erheblichen Teil mitfinanziert. Die Suche nach einem sachlichen Grund für die Differenzierung wurde anhand der vom VfGH bei gleichheitsrechtlichen Prüfungen herangezogenen Bewertungsparameter vorgenommen, im Ergebnis konnte kein stichhaltiger, sachlicher Grund für die Differenzierung gefunden werden.

Dass ein für alle Versichertengruppen identes Erwerbsminderungsrecht realisierbar ist, wenn es abseits der politischen Diskussionen um wohlerworbene Rechte und Standesdenken konzeptioniert wird, haben die Ländervergleiche mit den Niederlanden und Deutschland gezeigt. Das Beispiel der Niederlande zeigt einen gänzlichen anderen Weg in der Bewertung von Erwerbsminderungen als Österreich oder Deutschland, da einerseits die Rolle des Arbeitsgebers als bedeutsamer Akteur im Prozess aufgegriffen wurde und andererseits eine Differenzierung der Prämien in Abhängigkeit von der Risikoanfälligkeit für Erwerbsminderung der jeweiligen Branche vorgenommen wird. Die Verantwortung von Arbeitgebern ist im österreichischen Sozialversicherungssystem in der Unfallversicherung abgebildet, in der Pensionsversicherung kommt ihm ausschließlich die Rolle eines Beitragsleistenden zu. Der Blick auf die deutsche Rechtslage lohnt sich besonders, da die dortige Rechtsentwicklung gezeigt hat, dass das von der Rechtsprechung entwickelte Mehrstufenschema für Angehörige der „oberen Versichertengruppe“ die stark eingeschränkte Verweisung auf Tätigkeiten der „unteren Versichertengruppe“ in einem verfassungsrechtlich bedenklichen Licht erscheinen lassen. Im Unterschied zum VfGH hat sich das BVerfG eingehend mit den Bestimmungen auseinandergesetzt und kam zu dem Ergebnis, dass keine Verfassungswidrigkeit vorliegt, da die fragliche Bestimmung den

Zweck hat, das Versicherungswagnis in den wirtschaftlichen Folgen der Berufsunfähigkeit zu erfassen und nicht die Einschränkung der Leistungsfähigkeit. Auch der BVerfG betonte den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der sich jedoch – im Unterschied zu Österreich – in weiterer Folge zu einer grundlegenden Rentenreform im Jahre 1999 entschloss und das System der vollen und teilweisen Erwerbsminderung unter gänzlicher Außerachtlassung berufsschutzrechtlicher Komponenten.

Das letzte Kapitel widmete sich der Suche nach den Möglichkeiten zur normativen Neugestaltung des VF der geminderten AF und kehrt dabei zu jenen Reformansätzen zurück, die bereits im Jahr 2002 Arbeitsinhalt der eingesetzten Kommissionen waren. Daher sollen die abschließenden Ausführungen einen Anlass geben, das Einkommensmodell neuerlich aufzugreifen, da der Gedanken eines teilweisen Ersatzes der Differenz zwischen dem Alt- und Neuverdienst am ehesten geeignet erscheint, ein für alle Arbeiter und Angestellten gerechten Invaliditätsbegriff zu schaffen.

Abschließend gilt es festzuhalten, dass die Frage, ob ein Versicherter Berufsschutz genießt oder nicht, nicht das Zünglein an der Waage bei der Beurteilung eines Anspruchs auf Leistung aus der gesetzlichen Pensionsversicherung sein sollte. Die Verfasserin gelangt zu dem Ergebnis, dass die geltende Rechtslage nicht im Einklang mit dem verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitssatz zu bringen ist, da die, der Rechtslage zugrundeliegende Differenzierung, keine sachliche Rechtfertigung findet.

Abbildungsverzeichnis:

Abbildung 1: Zuerkannte Pensionsleistungen aus dem Titel der Härtefallregelung	63
Abbildung 2: Verfahrensablauf bei Anträgen auf Berufsunfähigkeits- bzw. Invaliditätspension von Versicherten unter 50 Jahren	72
Abbildung 3: Verfahrensablauf bei Anträgen auf Berufsunfähigkeits- bzw. Invaliditätspension von Versicherten über 50 Jahren	72
Abbildung 4: Altersschichtung im Rahmen der beruflichen Rehabilitation im Jahr 2013.....	120
Abbildung 5: Anträge auf berufliche Rehabilitation ohne Pensionsantrag mit Antragsdatum im Jahr 2013.....	120
Abbildung 6: Im Jahr 2013 begonnene Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation	121
Abbildung 7: In Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation befindliche Personen im Jahr 2013	121
Abbildung 8 – Berufs und Invaliditätspensionen.....	122
Abbildung 9 – „IP-NEU“ ANTRÄGE	122
Abbildung 10 – „IP-NEU“ ANTRÄGE/ERLEDIGUNG	123
Abbildung 11 – Verteilung Rehabilitationsgeld Stand 2017	123
Abbildung 12 – Besondere Abspracheerfordernisse	136
Abbildung 13 – Besondere Abspracheerfordernisse	141
Abbildung 14 - Vergleich der Jahresbruttoverdienste von Personalverrechnerin und Wachorgan im Zeitverlauf (eigene Berechnung)	148
Abbildung 15: Entwicklung des Beschäftigtenstandes nach Status und Geschlecht	152
Abbildung 16: Entwicklung des Medianeinkommen von Arbeiter und Angestellten im Vergleich.....	154
Abbildung 17: Durchschnittspensionshöhen nach Geschlecht und Zweig der PV im Dezember 2021	154
Abbildung 18: – Höhe von Pensionen krankheitshalber nach sozialversicherungsrechtlichem Status im Jahr 2020 (eigene Grafik).....	155
Abbildung 19: Entwicklung der Arbeitslosenquote von 1990 bis 2020 nach Ausbildung.....	156
Abbildung 20: Krankenstände von Arbeitern und Angestellten im Dezember 2021	157
Abbildung 21: Krankenstände von Arbeitern und Angestellten im Dezember 2020	158
Abbildung 22: Schadensfälle nach Berufsgruppen im Jahr 2020	159
Abbildung 23 – Neuzugänge BU/IV Pensionen 2018/2019 (Angestellte).....	194
Abbildung 24 – Zeitliche Entwicklung der Krankheitsgruppen (Angestellte)	194
Abbildung 25 - Neuzugänge BU/IV Pensionen 2018/2019 (Arbeiter)	195
Abbildung 26 - Zeitliche Entwicklung der Krankheitsgruppen (Arbeiter)	195
Abbildung 27 – Ablehnungsgründe bei Erstanträgen auf BU-Pension (Angestellte).....	196
Abbildung 28 – Ablehnungsgründe bei Erstanträgen auf IV-Pension (Arbeiter).....	197

Abbildung 29 – Zuerkennungen Rehab-Geld 2019 (Angestellte)	198
Abbildung 30 – Zuerkennungen Rehab-Geld 2019 (Arbeiter).....	198
Abbildung 31 - Beschäftigte nach Wirtschaftsklassen	202
Abbildung 32 – Arbeitsbeeinträchtigungssystem vor 1996	222
Abbildung 33 – Prozess WGA-Rente	226
Abbildung 34 – Übersicht WGA-Rente.....	233
Abbildung 35 – Einkommensersatzfunktion von Renten wegen geminderter Erwerbsfähigkeit	250
Abbildung 36 – Pensions-/Rentenhöhe bei Erwerbsminderung zum 31.12.2019	259
Abbildung 37 – Entwicklung EM-Renten und Altersrenten	260

Quellenverzeichnis

Bücher, Gesamtdarstellungen und Beiträge:

Aarts/de Jong, Invalidenversicherung: Europäische Entwicklungstendenzen zur Invalidität im Erwerbsalter II in *Bundesamt für Sozialversicherung (Hrsg) Beiträge zur Sozialen Sicherheit* (1999).

Aurich-Beerheide/Brussig/Schwarzkopf, Zugangssteuerung in Erwerbsminderungsrenten (2018) Studie im Auftrag der Hans Böckler Stiftung Nr. 377.

Baryli, Zur Sozialgeschichte der Angestellten in Österreich, in *Beiträge zur historischen Sozialkunde, Verein für Geschichte und Sozialkunde (Hrsg)* (1983).

Beck, Invaliditätspension NEU, ZAS 2017/47.

Biffi/ Faustmann/ Gabriel/Leoni/ Mayrhuber/ Rückert, Psychische Belastungen der Arbeit und ihre Folgen, Wirtschaftsforschungsinstitut (2012).

Binder, EB zu OGH 22.12.2005, 10 ObS 108/05p, RdA 2007.

Brauneder, Verfassungsentwicklung 1848-1918 in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995).

Brügel, Soziale Gesetzgebung in Österreich von 1848 bis 1918 (1919).

Buhs, Die Rechtsüberleitung 1945 (Dissertation Universität Wien 1961).

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg), Sozialbericht 2011-2012.

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Hrsg), Invalidität im Wandel. Endbericht der Arbeitsgruppe zur Neugestaltung des Invaliditätsrechts (2009).

Bulla-Wagner/Pinggera, Die Änderungen in der Pensionsversicherung 2010 in *Karl/Marko-Herzeg/Aschauer (Hrsg)*, Jahrbuch Sozialversicherungsrecht (2011).

Burger/Ivansits, Medizinische und berufliche Rehabilitation in der Sozialversicherung DRdA 2/2013.

Choholka/Juch/Rudda/Souhrada/Sulz.B. acher, Strukturanpassungsgesetz - Änderungen im Sozialversicherungsrecht SozSi (1996) 471.

Croner, Die Angestellten in der modernen Gesellschaft. Eine sozialhistorische und soziologische Studie (1954).

Czerny, Das Angestelltenversicherungsgesetz nach dem Stande von Mitte Februar 1929 (1929).

Davy/Fuchs/Hofmeister/Marte/Reiter, Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (1990)

De Brito, Benützung eines PKW im Familienverband zur Erreichung des Arbeitsplatzes zumutbar RdA 2010/35.

De Groot/Koning, Assessing the Effects of Disability Insurance Experience Rating: The Case of the Netherlands, Discussion Paper No. 9742 (2016) Institute for the Study of Labor 7.

De Rijk: Prävention von Arbeitsbeeinträchtigung in den Niederlanden. Eine Schlüsselrolle für Arbeitgeber – Teil I: Niederländische Eigenheiten des Arbeitsmarkts und Arbeitsbeeinträchtigungspolitik aus historischer Perspektive; Beitrag D9-2019 unter www.reha-recht.de ; 16.05.2019 Aufruf vom 12.08.2020.

Deutscher Bundestag (Hrsg.), Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP - Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992 — RRG 1992) 27.

Deutsche Rentenversicherung Bund (Hrsg.), Broschüre 130 Jahre gesetzliche Rentenversicherung (2019) 50.

Dittrich/Tades, Arbeitsrecht (Losebl), 142. Erg.-Lfg, Entscheidungen E zu § 1 AngG.

Drs, Arbeiter und Angestellte: verfassungsrechtliche Aspekte arbeitsrechtlicher Ungleichbehandlung (1999).

Drs in Neumayr/Reissner (Hrsg.), ZellKomm³ (2018) § 1 AngG Rz 19.

Enzelsberger/Kollenz, § 255 Abs 3a und 3b ASVG – ein Jahr Härtefallklausel, ZAS 2012 36.

Enzlberger zu 10ObS78/96, DRdA 1996/21.

Famira-Mühlberger/Huemer/Mayrhuber, Die Beschäftigungsquote Älterer im europäischen Vergleich, Wirtschaftsforschungsinstitut (2015).

Födermayr, Geminderte Arbeitsfähigkeit (2009).

Freudenthaler, Die Zumutbarkeit eines sozialen Abstiegs im Verweisungsfeld und das psychologische Gutachten im Sozialgerichtsverfahren, ZAS 2011/28.

Fürböck, Rehabilitation in der Sozialversicherung, ZAS 1979 83.

Gleitsmann, Änderungen im Leistungsrecht der Pensionsversicherung durch das ASRÄG 1997. Eine Übersicht über die wichtigsten Ergebnisse der Pensionsreform 1997 ASok (1998)

Göbel, Zehn Jahre nach der Organisationsreform – Rückblick und Umsetzungsergebnisse in RV aktuell 4/2015 82.

Grandl, Die Geschichte der Sozialversicherungsselbstverwaltung in Österreich; in Schriftenreihe des Instituts zur Erforschung der Geschichte der Gewerkschaften und Arbeiterkammern, ÖGB Verlag (2004).

Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994) in Juristische Schriftenreihe Bd 67, 73

Hackenberg, Niederländische Sozialhilfe- und Arbeitsmarktpolitik. Mythos – Modell – Mimesis (2001)

Halder, Innenpolitik im Kaiserreich 1871-1914 (2003).

Herrnritt, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1909).

Hofmeister, Ein Jahrhundert Sozialversicherung in Österreich (1981) 56.

Hoke, Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte² (1996) 350.

Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes OZW 1991, 72.

Jabornegg/Resch, Rehabilitation vor Rente ZAS 1999, 65.

Karl, Rehabilitation in der Pensionsversicherung DRdA 2008, 103.

Kassegger, Die Entwicklung des Sozialversicherungsrechts der Arbeiter und Angestellten in der ersten Republik (Uni Graz, Diss 1997) 70

Kaufmann, Der Berufsschutz des gelernten und angelernten Arbeiters in der Pensionsversicherung, SozSi 1970, 87.

Kelsen, Österreichisches Staatsrecht (1923) 163f.

Kim, Die Entstehung für die Pensionsversicherung der Angestellten in Österreich mit ihrem Einfluss auf Deutschland und ihre historische Bedeutung, (Diss, Uni Wien 2010) 133ff

Klein, Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten, (Bericht von einem Symposium zu diesem Thema am 20. und 21.10.1988 an der Universität Passau) RdA 1989, 68.

Kollenz/ Stickler, Verweisung auf den Fachverkauf statt Invaliditätspension? Eine kritische Bestandsaufnahme. ASoK 2014, 376

Korinek, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 84.

Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: FS Melichar, 1983 39 ff (48 f).

Kreikebohm/ Kolakowski/ Reiber/Rodewald, Die rentenpolitische Agenda 2030. Die Zukunft der gesetzlichen Alterssicherung vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Veränderungen² (2018)

Lederer, Die Privatangestellten in der modernen Wirtschaftsentwicklung (1912)

Lederer, Grundriss des österreichischen Sozialrechts² (1932) 511.

Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage² (1959) 28

Löschnig in *Löschnig (Hrsg)*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 4/061.

Löschnigg, Begriff „kaufmännische Dienste“, DRdA 1984, 43.

Marek, Berücksichtigung der Kindererziehungszeiten in der Pensionsversicherung (1995) DRdA 45.Jg, 227.

Mayer-Maly, Arbeiter und Angestellte (1969) 38.

Mazal, Kündigungsfristen und Gleichheitssatz, *ecolex* 1990, 495.

Mazal, Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, *DRdA* 2009, 483.

Mazal, Gleichbehandlung: Diskriminierung oder positive Maßnahme. Überlegungen zum „Karfreitagsproblem“ *ZAS* 2016/47.

Mazal, Die soziale Sicherung für den Fall der Invalidität in Österreich, Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich in *Reinhard/Kruse/von Maydell* (Hrsg), Invaliditätssicherung im Rechtsvergleich; Studien aus dem Max-Planck-Institut (Nr.18), Baden-Baden 1998, 365-400.

Mazal, Arbeitsrechtliche Aspekte im aktuellen Regierungsprogramm. Unbestimmtheit als Indiz für Dissens oder als Chance für Neues? *ecolex* 2020, 269.

Melas/Gabler/Steinbach/Rodler/Bakule, Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG), in *Soziale Sicherheit* (1955) 8. Jg. Heft 9/10

Migisch, Unterschiede und Widersprüche bei den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsfähigkeit, *DRdA* 1972, 20 28.

Müller, Kommentar zu OLG Wien 4.5.1982, 31 R 73/82 *ZAS* 1983 194.

Neumann/Sagasser, Rehabilitation neu, *taxlex* 2011 98.

Neumayr, Wann steht ein Versicherter dem Arbeitsmarkt zur Verfügung? *ZAS* 2003/34.

Neumayr, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht *RdA* 2005, 471.

Niemeyer, Zur Neuordnung der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Ausarbeitung eines Berichts in der Regierungskommission „Fortentwicklung der Rentenversicherung (1997) 18.

Noll, Sachlichkeit statt Gleichheit? Eine rechtspolitische Studie über Gesetz und Gleichheit vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof (1996) 56

OECD (Hrsg.), „Assessment and recommendations“ in *Mental Health and Work*; Austria OECD Publishing (2015), Paris.

OECD (Hrsg.), *Sickness an Disability Schemes in the Netherlands*; Country memo as a background paper für the *OECD Disability Revue* (2007) 6.

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) 351.

Panhözl, Neuregelung des Bereichs Invalidität und Rehabilitation, RdA 2011 39.

Panhözl, Aktuelle Sozialpolitik. Der aufgeschobene Entwurf zum SVÄG 2014, DRdA 5/2014

Panhözl, Weiterhin keine Bescheidpflicht bei pflichtgemäßem Ermessen der Pensionsversicherung DRdA 2016/39 349.

Panhözl, Reform der Invaliditätspensionen, DRdA 2001/ 274, 567

Peissl, Das „bessere Proletariat“ – Angestellte im 20. Jahrhundert (1994) 21.

Pletzenauer, Die Entwicklung der Rehabilitation im Pensionsrecht der Arbeiter und Angestellten ab 1907, DRdA 2/2013

Petrovic, Das Sozialversicherungsrecht in der „Ostmark“ in *Ulrike Davy et al. (Hrsg.)*, Nationalsozialismus und Recht. Rechtsetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, Wien 1990

Pfeil, OGH 21.12.1993, 10 Ob S 56/93, ZAS 1995/24.

Pöltner, Das Sozialrechts-Änderungsgesetz 2012. Invalidität im Wandel, ZAS 2013/3.

Pöltner, Neue rechtliche Grundlagen der Rehabilitation in der Sozialversicherung in *Auer-Mayer/Felten* (Hrsg) Diskussionen und Reflexionen zum Sozialrecht und Arbeitsrecht. Festband für Rudolf Mosler und Walter J. Pfeil (2019) 109.

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008)

PVA (Hrsg.), Rechnungsabschluss der PVA, 2018.

PVA (Hrsg.)/Abteilung Hauptstelle Statistik und Controlling, IP Monitoring-Bericht 2015.

PVA (Hrsg.)/ Abteilung Hauptstelle Statistik und Controlling, Ablehnungen VF der geminderten Arbeitsfähigkeit bei Erstanträgen ab Jahrgang 1964.

Rauch, Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff – Anmerkungen zu den im Regierungsprogramm vorgesehenen „Schaffung eines modernen einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs“ ASoK (2007) 268.

Rechnungshof (Hrsg.) „Invaliditätspension Neu“ Reihe BUND 2017/33, 69

Resch, Die neue Härtefallregelung der geminderten Arbeitsfähigkeit, Soziale Sicherheit 9/2012 407.

Resch in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm ASVG § 253e Rz 2.

Reese, Mittag, Berufliche Wiedereingliederung und soziale Sicherung von erwerbsgeminderten Menschen in den Niederlanden und in Deutschland – Ein Vergleich, Handout zur Tagung der Hans Böckler Stiftung „Erwerbsminderung: krank- ausgeschlossen-arm?“ am 6. Juni 2013 in Berlin 7.

Rudda, Neuregelung der Rehabilitation und Invaliditäts-(Erwerbsunfähigkeits-)Pension, SozSi Heft 3/2003, 103

Ruland/Rische, Die Erwerbsminderungsrente als Möglichkeit zur Reform der Sicherung bei Berufs- und Erwerbsunfähigkeit in *Deutsche Rentenversicherung (Hrsg)* Heft 1/80 17.

Rürüp, Perspektiven der Pensionsversicherung in Österreich – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales (1997) 172.

Schäffle, Kapitalismus und Socialismus mit besonderer Rücksicht auf Geschäfts- und Vermögensformen“ (1870), Die Grundsätze der Steuerpolitik und die schwebenden Finanzfragen Deutschlands und Oesterreichs (1880).

Schefbeck, Verfassungsentwicklung 1918-1920 in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 92.

Schmid, Aufgaben und Funktion der Selbstverwaltung in der gesetzlichen Sozialversicherung (2001).

Schmitz, Die Angestelltenversicherung I (1948) 9.

Schrammel, Kommentar zu OLG Wien 9.4.1980, 34 R 73/80, ZAS 1981 74.

Schrammel, Zur Problematik der Verweisbarkeit in der PV und UV, ZAS 1984 83.

Schrank, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 84.Lfg (2020) Kap.2 Rz18.

Schrattbauer, Berufsschutz in Pflegeberufen, ÖZPR 2012/10.

Schubert/Hegelich/Bazant (Hrsg.), Handbuch Europäische Wohlfahrtsysteme (2007) 467.

Schuler-Harms, Von der Invalidenrente zur Erwerbsminderungsrente, Zeitschrift für Sozialberatung, 21. Jg.1.

Sonntag, Zu einer möglichen Neugestaltung des Berufsschutzes – Weiterentwicklung zum Entgeltschutz, *ecolex* 2018, 748.

Sonntag, Entgeltschutz statt Berufsschutz im Recht der geminderten Arbeitsfähigkeit? Schafft die Ablöse des Berufsschutzes durch einen Entgeltschutz mehr Transparenz und Gerechtigkeit?, *ASoK* 2018, 442ff.

Talos, in *FS 100 Jahre Österreichische Sozialversicherung*, Materielle Sicherung durch Sozialversicherung, 198.

Teschner in *Tomandl (Hrsg.)*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1980, 33. Erg-Lfg. 2018, 402/3.

Tomandl, Was Sie schon immer über die Sozialversicherung wissen wollten (2005)

Tomandl, Die Verweisung im Recht der Pensionsversicherung, in *Tomandl/Schrammel (Hrsg.) Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht* (2002)

Tomandl (Hrsg.), Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, in *Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht* (2002)

Tomandl, Sozialrecht⁶ (2009)

Tomandl, Bemerkungen zum Witwerpensions-Erkenntnis des VfGH, *ZAS* 1980 203.

Tomandl/Aigner, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse, *ZAS* 1997 1.

Tomandl, Der VfGH zum Ruhen von Beamtenpensionen *ZAS* 1988, 181.

Tomandl, Die Vorschläge der Pensionsreformkommission vom 9. Dezember 2002, *SozSi* Heft 3/2003.

Tomandl, Paradigmenwechsel in der Pensionsversicherung, *ZAS* 2006/17, 104ff.

Traindl, Die rechtlichen Aspekte des neuen Invaliditätsbegriffes auf Grund der 9. Novelle zum ASVG *SozSi* 1962, 277 (278).

Van Sonsbeek/Gradus, Estimating the effects of recent disability reforms in the Netherlands (2013), *Oxford Economic Papers*, Oxford University Press 64 (4) 5

Visser/Hemerijck, Ein holländisches Wunder? Reform des Sozialstaates und Beschäftigungswachstum in den Niederlanden in *Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung* Köln, Band 34 (1998)

Von der Heide/Stahl/Wollschläger, Die Neuordnung der Erwerbsminderungsrenten nach dem Rentenreformgesetz 1999 in *Deutsche Rentenversicherung* Heft 1-2/98 11.

Walter, Bundesverfassungsrecht, Rz 1348.

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) 642.

Wank, Arbeiter und Angestellte: zur Unterscheidung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (1992) 64.

Weißensteiner, Berufsschutz: OGH Judikatur zur Verweisbarkeit in den Versicherungsfällen der geminderten Arbeitsfähigkeit nach dem ASVG, DRdA 5/1999 403.

Weißensteiner, Verweisung auf Teilzeitarbeitsplätze, RdA 1992, 484.

Wiesinger, Der Facharbeiterbegriff im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, ARD 6710/5/2020.

Windisch-Graetz, OGH 21.12.1993, 10 ObS 56/93 DRdA 1994/50.

Internetquellen:

<http://derstandard.at/2000003186917/Was-Personalverrechner-verdienen>

(Aufruf am 26.09.2014)

https://www.wko.at/branchen/handel/kollektivvertrag_handelsangestellte.html

(Aufruf am 5.11.2019)

http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/forum6/vortrag-typisierung-d.pdf

(Aufruf am 22.6.2014).

<https://statistik-rente.de/drv/>

(Aufruf am 17.02.2021)

http://pic.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/arbeitszeit/teilzeitarbeit_teilzeitquote/index.html

(Aufruf am 10.03.2021).

<http://derstandard.at/2000003186917/Was-Personalverrechner-verdienen>

(Aufruf 26.9.2014)

<http://www.ams.at/bis/StammbetriebDetail.php?noteid=106>

(Aufruf 22.10.2014)

<http://www.kollektivvertrag.at/kv/wachorgane-bewachungsgewerbe-arb>

(Aufruf 27.10.2014)

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ALG	Arbeitslosengeld
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AngG	Angestelltengesetz
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
AUVA	Allgemeine Unfallversicherungsanstalt
BSG	Bundesozialgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
BSVG	Bäuerliches-Sozialversicherungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BU / bu	Berufsunfähigkeit / berufsunfähig
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
IV / iv	Invalidität / invalid
iSd	im Sinne des
iZm	im Zusammenhang mit
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
PV / PVA	Pensionsversicherung / Pensionsversicherungsanstalt
RGBI	Reichsgesetzblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
R-ÜG	Reichs-Überleitungsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch

SRÄG	Sozialrechtsänderungsgesetz
StGBI.	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtssprechung
SVÄG	Sozialversicherungsänderungsgesetz
VF	Versicherungsfall
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung

Abstract

Die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten ist in der österreichischen Arbeitswelt nach wie vor ein vertrautes Bild, die auch in der gesetzlichen Pensionsversicherung ihren Niederschlag findet. Das Leistungsrecht der Pensionsversicherung sieht für den Fall eines gesundheitsbedingten Abfallens bzw. Ausfalls der Arbeitsfähigkeit eine Geldleistung vor, die als Ersatz für das wegfallende Entgelt den Lebensunterhalt sichern soll, wobei diese gesundheitliche Einschränkung ein gewisses Ausmaß erreicht haben muss. Der Gesetzgeber hat bei der Normierung des Versicherungsfalles der geminderten Arbeitsfähigkeit bewusst alternative Formen und damit Leistungsvoraussetzungen in Abhängigkeit von der Zugehörigkeit eines Versicherten zu einem Versicherungszweig geschaffen. Das dem „Invaliditätsrecht“ zugrundeliegende Berufsschutzsystem bevorzugt aufgrund seiner Ausgestaltung die qualifizierten Arbeitnehmer, hingegen haben unqualifizierte, oftmals körperlich stark beanspruchte Versicherte, einen erschwerten Zugang zu den Leistungen der gesetzlichen Pensionsversicherung. Der Berufsschutz stellt - entsprechend seiner Bezeichnung - einen Schutz vor Verweisung auf andere Berufe dar, wenn der bisherige Beruf vom Versicherten aus gesundheitlichen Gründen nicht weiter ausgeübt werden kann. Dies führt im Ergebnis dazu, dass unqualifizierte Versicherte mit einem Verweisungsfeld konfrontiert werden, das nahezu mit dem gesamten Arbeitsmarkt ident ist. Anhand einer Darstellung der seitens der Judikatur entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit und Zumutbarkeit einer Verweisung können auch die im Tatsächlichen bestehenden Unterschiede aufgezeigt werden. Dies wirft folglich die Frage nach der Sachlichkeit im Hinblick auf Art 7 B-VG auf, zumal der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber bindet und dieser die Differenzierungen in den Bestimmungen über den Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit im Zuge zahlreicher Novellen entschärft, jedoch nicht gänzlich aufgegeben hat. Der VfGH hat sich bereits mit dieser Ungleichbehandlung befasst, doch lässt sich aus der dazu entwickelten Ordnungssystemjudikatur wenig gewinnen und bedarf es daher eines Blickes über die nationalen Grenzen, um einerseits den Weg des deutschen Gesetzgebers zur Abkehr vom Berufsschutzsystem zu skizzieren und um andererseits gänzlich andere Zugänge im Umgang mit Invalidität zu veranschaulichen. Der österreichische Gesetzgeber hat unter Mitwirkung profunder Kenner der Materie mehrere Lösungsvorschläge zur Neugestaltung des „Invaliditätsrechts“ erarbeiten lassen, auf eine Umsetzung darf gewartet werden.