



universität
wien

DISSERTATION

„Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstätigkeiten in der Pensionsversicherung“

Mag^a. Carina Milisits

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Drⁱⁿ. iuris)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstätigkeiten in der Pensionsversicherung

Mag^a. Carina Milisits

INHALTSVERZEICHNIS

Hinweis.....	VIII
Vorwort.....	1
I. Sozialversicherung und Verfassungsrecht	4
A. Kompetenzrechtliche Aspekte.....	4
B. Die Sozialversicherungsgesetze im Überblick	5
C. Die Geschichte der Sozialversicherungsgesetze	7
D. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft.....	9
a. Verordnungen	10
II. Der Entwicklungsprozess der sozialen Alterssicherung.....	13
A. Die gesetzliche Sozialversicherung	15
B. Die Selbstverwaltung	16
a. Sozialversicherung und Selbstverwaltung	17
b. Erkenntnisse des VfGH iZm Selbstverwaltung (Schranken der Selbstverwaltungskörper)	19
C. Organisation der Sozialversicherung und Sozialversicherungsträger	21
III. Der Gleichheitssatz.....	24
A. Einleitung.....	24
B. Grundrechte	24
C. Normative Grundlage des Gleichheitssatzes (Art. 7 B-VG)	25
D. Das Diskriminierungsverbot auf europäischer Ebene	27
IV. Pensionsversicherungsrecht.....	29
A. Allgemeines	29
B. Prinzipien der Pensionsversicherung.....	30
C. Formalversicherung, freiwillige Versicherungen, Selbstversicherung	31

D.	Vorzeitige Alterspensionen im Vergleich.....	31
V.	Die Schwerarbeitsverordnung.....	34
A.	Historischer Abriss	34
B.	Der Begriff „Schwerarbeit“ iSd VO	37
C.	Intention des Gesetzgebers	37
D.	Die Belastungsmomente der Schwerarbeits-VO – Feststellung von Schwerarbeitszeiten.....	41
E.	Alternative Rechtsmeinung zur Zuerkennung von Schwerarbeitszeiten	49
F.	Wahrungsbestimmung und Feststellung.....	51
G.	Abschlagsregelung	52
H.	Meldebestimmungen.....	53
a.	Normative Grundlagen.....	53
b.	Rechtsunsicherheiten iZm der Meldung.....	56
VI.	Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten	65
VII.	Schwerarbeitspension.....	66
A.	Anspruchsvoraussetzungen.....	66
B.	Adressatenkreis	67
C.	Geplante Novellen	67
a.	Kritische Auseinandersetzung mit den beiden Novellen-Entwürfen.....	68
VIII.	Verordnung über die Beobachtung der Entwicklung der Schwerarbeit	70
IX.	Erste Rechtsprechung des OGH iZm Schwerarbeit.....	75
X.	Die Schwerarbeitsverordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht	78
A.	Die Differenzierung zwischen Männern und Frauen aus europarechtlicher Sicht	83
B.	Nationale und internationale Maßnahmen	85

a. Portugal	85
b. Griechenland.....	85
c. Spanien.....	86
d. Italien	87
e. Frankreich.....	88
f. Belgien.....	89
g. Luxemburg.....	89
h. Schweiz	89
XI. Schwerarbeit: Volkswirtschaftliche Kosten und Lebenserwartung, Pensionsübertritt und Arbeitsmarktsituation am Beispiel der Bauwirtschaft (eine Studie des WIFO).....	91
A. Arbeitsplatzbelastungen, arbeitsbedingte Krankheiten und Invalidität (eine Studie des WIFO)	94
XII. Das Nachtschwerarbeitsgesetz.....	95
A. Sozialpolitische Zielsetzung.....	95
B. Voraussetzungen, um als Nachtschwerarbeiter qualifiziert zu werden	96
C. Leistung des Sonderruhegeldes	97
D. Nachtschwerarbeitsmonat	98
E. Die Schwerarbeitsverordnung und das NSchG in Relation.....	99
a. Gemeinsamkeiten	100
b. Die Berufskrankheitenliste (Anlage 1 zum ASVG)	101
c. Die Berufslisten für die Schwerarbeitsverordnung des Tatbestandes der körperlichen Schwerarbeit („Liste 1“ und „Liste 2“)	102
d. Keine normative Kraft der Berufsliste(n)	106
F. Schutzmaßnahmen für das Krankenpflegepersonal	107
XIII. Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitspension.....	112

A.	Allgemeines	112
B.	Der Begriff der Invalidität in Staaten der EU und in der Schweiz	115
C.	Die Entwicklung der Invaliditätspensionen in der österreichischen Gesetzgebung.....	117
D.	Begriffsbestimmungen heute	118
E.	Berufsschutz und Verweisungsfelder.....	120
a.	Berufsschutz	121
b.	Intensität des Berufsschutzes und Größe des Verweisungsfeldes	122
c.	Verweisungsfeld – Unterschied Selbstständige/Unselbstständige.....	125
d.	Erlerner/Angelernter Beruf – OGH-Judikatur	126
F.	Das praktische Problem.....	127
G.	Invaliditätspension: ultima ratio oder Allheilmittel?.....	128
H.	Rehabilitationsmaßnahmen	130
I.	Wann ist jemand (jedenfalls) invalid?.....	131
J.	Der Tätigkeitsschutz gemäß § 255 Abs. 4 ASVG	132
a.	Die Umsetzung des Tätigkeitsschutzes in den Sozialversicherungsgesetzen	134
b.	Die politischen Hintergründe des Tätigkeitsschutzes.....	135
c.	Die Frage der Verweisbarkeit im Zusammenhang mit dem Tätigkeitsschutz	141
d.	Auslegung und Vollziehung anhand zweier Entscheidungen des OGH.....	142
e.	Berufskundliches Sachverständigen-Gutachten zwecks einheitlicher Interpretation des Tätigkeitsschutzes.....	149
K.	Originäre Invalidität	151
L.	Problem der Lohnhälftenregelung.....	152
M.	Judikatur zur Invaliditätspension.....	155

N.	Abschließende Bemerkungen	157
O.	Reaktion der Politik!?!	161
a.	„Invalidität im Wandel“: Neuregelungen – Vorschläge	164
P.	Reformvorhaben in Großbritannien und in den Niederlanden.....	167
XIV.	Alles-Oder-Nichts-Prinzip und Teilpensionsmodell	169
A.	Einleitung	169
a.	Teilpensionsmodelle in der EU und das System in Österreich	169
b.	Beispiel Dänemark:.....	170
c.	Beispiel Finnland:.....	170
d.	Beispiel Niederlande:	171
e.	Beispiel Großbritannien:	171
f.	Beispiel Schweden:.....	172
g.	Österreich:	172
B.	Persönliche Haltung	172
XV.	Neuzuerkennungen Invaliditätspensionen in Österreich (Statistik)	175
XVI.	Abgrenzung Invalidität und Arbeitslosigkeit – praktische Probleme	176
XVII.	Invalidität und Schwerarbeit.....	178
A.	Der Versuch, Schwerarbeit und Invalidität zusammenzufassen	179
B.	Schwerarbeitspension, Invaliditätspension, Sonderruhegeld und „Hacklerpension“	181
C.	Ausnahmefall: Schwerarbeit gem. § 1 Abs. 1 Z 6 der VO und originäre Invalidität.....	182
XVIII.	Die Relation der Schwerarbeitspension zu vorzeitigen Alterspensionen	183
A.	Abschlagsregelung	183
B.	Zeitpunkt des Pensionsantritts	185

C.	Vorschläge	186
XIX.	Die „Hacklerregelung“ und die Schwerarbeits- und Invaliditätspension	188
XX.	Berechnung und Höhe der vorzeitigen Alterspensionen im Vergleich: NSchG, Schwerarbeit, Invaliditätspension, Langzeitversichertenregelung	190
A.	Pensionshöhe in Zahlen	190
B.	Invaliditätspension	190
C.	Schwerarbeitspension.....	191
D.	Langzeitversichertenregelung („Hacklerregelung“)	191
E.	Das Privileg der Langzeitversichertenregelung.....	193
XXI.	Pensionsantritt: Der aktuelle Trend Österreichs, innerhalb der EU und im internationalen Vergleich.....	197
A.	Explosionsartiger Anstieg der „Frühpensionen“	200
B.	Vorschlag der EU-Kommission (Lissabon-Bericht) und die Situation in Österreich	200
C.	Statistik „Pensionsversicherung allgemein“	201
XXII.	Resumee	203
	Anhang 1	208
	Anhang 2.....	211
	Anhang 3.....	217
A.	Abstract (dt.): „Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstätigkeiten in der Pensionsversicherung“	217
B.	Abstract (engl.): „Consideration of especially demanding employment periods in the context of (statutory) pension insurance“	219
C.	Lebenslauf und Wissenschaftlicher Werdegang (Bezug zum Dissertationsthema)	221

Abkürzungsverzeichnis.....	223
Literaturverzeichnis	230

Hinweis

Sprachliche Gleichbehandlung

Im Jahr 2000 wurde eine Interministerielle Arbeitsgruppe (IMAG) „Gender Mainstreaming“ durch Ministerratsbeschluss vom 11.7.2000 eingerichtet. Mit Beschluss des Ministerrates vom 3.4.2002 wurde vom damaligen Vizekanzler und Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Mag. Herbert Haupt, ein Gender Mainstreaming-Arbeitsprogramm verabschiedet. Gegenständliches Arbeitsprogramm beinhaltet u. a. die Verwirklichung des geschlechtergerechten Sprachgebrauches. Schließlich wurde am 9.3.2004 unter der damals amtierenden Bundesministerin für Gesundheit und Frauen, Maria Rauch-Kallat, ein 3. Ministerratsbeschluss zum Thema „Gender Mainstreaming“ gefasst.

Um den Lesefluss nicht zu stören, wird in vorliegender Untersuchung bei personenbezogenen Bezeichnungen die dem grammatikalischen Geschlecht entsprechende Formulierung verwendet. Bei Anwendung auf natürliche Personen ist die dem natürlichen Geschlecht entsprechende Bezeichnung zu verwenden.

Soweit im Text Bezeichnungen nur im generischen Maskulinum angeführt sind, beziehen sie sich auf Männer und Frauen in gleicher Weise. Da die Schwerkraftverordnung allerdings in einigen Bestimmungen klar zwischen Männern und Frauen differenziert (so z. B. beim Arbeitskilokalorienverbrauch bei körperlicher Schwerkraft [§ 1 Abs. 1 Z 4 der VO] oder bei den Meldebestimmungen [§ 5 der VO]), wird dies an den entsprechenden Stellen sprachlich zum Ausdruck gebracht.

Vorwort

Das gesetzliche Pensionsversicherungssystem in Österreich ist ein Rechtsgebiet, das jeden Einzelnen von uns betrifft. Gleichzeitig ist es ein Bereich, der einem steten Wandel unterzogen wird. Kaum eine andere Materie hat in den letzten Jahren für soviel Medienpräsenz gesorgt, wie das Pensionsversicherungsrecht; handelte es sich dabei um die Pensionsharmonisierung oder die Schwerarbeitsverordnung.

Die Berücksichtigung von gesundheitlichen Beeinträchtigungen ist keine Neuheit in der gesetzlichen Pensionsversicherung; Invaliditäts- und Berufsunfähigkeitspensionen gibt es seit der Stammfassung des ASVG, Erwerbsunfähigkeitspensionen seit Inkrafttreten des GSVG und BSVG.

Auch die Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstätigkeiten ist grundsätzlich kein neuer Ansatz im gesetzlichen Pensionsversicherungsrecht. Das Nachtschwerarbeitsgesetz ist seit 1. Juli 1981 in Kraft. Seit 1. Jänner 2007 gibt es eine neue Art einer Alterspension: die Schwerarbeitspension.

Die Verordnung über besonders belastende Berufstätigkeiten (Kurztitel: „Schwerarbeitsverordnung“), BGBl. II Nr. 104/2006, besteht aus nicht mehr als sechs Paragraphen, sorgte aber schon während ihrer Erarbeitung und auch nach der Publikation im Bundesgesetzblatt für viel Diskussionsstoff.

Ich stelle mich der Herausforderung, diese relativ neue, nicht unumstrittene Rechtsmaterie, kritisch zu durchleuchten. Meine Dissertation beschäftigt sich vor allem mit den unterschiedlichen Auswirkungen von Schwerarbeit, Nachtschwerarbeit, geminderter Arbeitsfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit. In diesem Zusammenhang werden auch verfassungsrechtliche Probleme näher beleuchtet. Ein – vor allem aus verfassungsrechtlicher Sicht – nicht unbedeutender Teil der Untersuchung wird dem Verhältnis der oben genannten Pensionsarten zur Langzeitversichertenregelung („Hacklerregelung“) gewidmet.

Ich möchte mich an dieser Stelle bei all jenen bedanken, die mich unterstützt haben, diese Dissertationsarbeit zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen. Hervorheben möchte ich insbesondere meinen sehr guten Freund Dr. Harald Jilke.

Besonderer Dank gilt weiters meinem Dissertationsbetreuer Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal, der mit mir im Vorfeld sehr detailliert die besonderen Probleme des Themengebietes erörtert hat. Auch Herrn Mag. Herbert Haupt, Vizerektor und Bundesminister a.D., möchte ich ein großes Dankeschön aussprechen. Er hat mich mit seinem Wissen über die Historie der Schwerarbeitsverordnung sehr unterstützt. Einen herzlichen Dank richte ich auch an meinen Zweitbegutachter Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Brodil.

Wien, im April 2010

Carina MILISITS

Ich widme diese Arbeit allen, die mein Leben positiv beeinflussen.

I. Sozialversicherung und Verfassungsrecht

A. Kompetenzrechtliche Aspekte

Im österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF 1929¹ sind in drei Bestimmungen sozialversicherungsrechtliche Tatbestände normiert; es sind dies Art. 10 Abs. 1 Z 11, Art. 102 Abs. 2 sowie Art. 126c:

Gem. Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG ist das Sozial- und Vertragsversicherungswesen in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache.

Im Art. 102 Abs. 2 B-VG ist festgeschrieben, dass Angelegenheiten des Sozial- und Vertragsversicherungswesens im Rahmen des verfassungsmäßig festgestellten Wirkungsbereiches unmittelbar von den Bundesbehörden besorgt werden können.

Art. 126c normiert eine Befugnis des Rechnungshofes, die Gebarung der Sozialversicherungsträger zu überprüfen.

Die Kompetenzartikel werden vom VfGH nach der sog. Versteinerungstheorie interpretiert. Das bedeutet, dass der Begriff „Sozialversicherungswesen“ in jener Bedeutung zu verstehen ist, die er im Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Zuständigkeitsvorschrift hatte. Eine systemimmanente Weiterentwicklung wird dadurch zwar nicht ausgeschlossen, doch bleibt der (einfache) Bundesgesetzgeber an die damals maßgebenden Grundelemente des Begriffes „Sozialversicherungswesen“ gebunden².

Neben dem B-VG ist auch das Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten³ zu erwähnen. Der VfGH hat mit Erkenntnis vom 6.12.1990 die Bestimmungen des ASVG betreffend das unterschiedliche gesetzliche Pensionsanfallsalter

¹ B-VG, G vom 1.10.1920, BGBl. Nr. 1 (WV BGBl. 1/1930).

² Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, 1998, 7.

³ BGBl. Nr. 832/1992.

für weibliche und männliche Versicherte als dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz widersprechend aufgehoben⁴.

1914 wurden die Altersgrenzen für Männer und Frauen unterschiedlich festgelegt⁵. Ursprünglicher Gedanke dahinter war, dass Frauen damals bei gleicher Beitragsleistung wie Männer keinen Anspruch auf Leistungen für den hinterbliebenen Ehegatten erwerben konnten. Durch die völlige Gleichstellung von Witwen und Witwern wurde die Begründung obsolet.

Der VfGH erachtet das unterschiedliche Anfallsalter von Männer und Frauen als verfassungswidrig (Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 7 B-VG). Durch das BVG über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten wurde die Differenzierung jedoch verfassungsrechtlich abgesichert. Diese gesetzliche Bestimmung, welche die unterschiedlichen Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten im § 1 als zulässig erachtet, beinhaltet auch Außerkrafttretensregelungen. Mit Schaffung des Pensionsharmonisierungsgesetzes⁶ wird das Regelpensionsantrittsalter von weiblichen Versicherten – beginnend ab 1.1. 2024 – sukzessive in Halb-Jahres-Schritten dem der Männer angepasst.

B. Die Sozialversicherungsgesetze im Überblick

Hauptquellen des geltenden Sozialrechtes sind Gesetze im formellen Sinn⁷. Der Bundesgesetzgeber hat auf Grundlage dieser Bestimmung eine Reihe von Gesetzen erlassen, die das Sozialversicherungsrecht regeln:

- Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG)⁸

⁴ *Milisits/Wolff*, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007, 93f.

⁵ RGBl. 138/1914.

⁶ BGBl. I Nr. 142/2004.

⁷ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts, 2002, 24.

⁸ BG 9.9.1955, BGBl. 189 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz ASVG).

- Das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (GSVG⁹)¹⁰
- Das Bauern-Sozialversicherungsgesetz (BSVG)¹¹
- Das Sozialversicherungsgesetz der freiberuflich selbstständig Erwerbstätigen (FSVG)¹²
- Das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG)¹³
- Das Allgemeine Pensionsgesetz (APG)¹⁴
- Das Notarversicherungsgesetz (NVG)¹⁵
- Das Pensionsgesetz 1965 (PG 1965)¹⁶
- Das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG)¹⁷

„Sozialversicherung im engeren Sinn“ umfasst die drei Bereiche Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung; der Begriff „Sozialversicherung im weiteren Sinn“ inkludiert auch die Arbeitslosenversicherung (AIV). Im Bereich der AIV gibt es keinen eigenen Sozialversicherungsträger. Diese Agenden wer-

⁹ BG 11.10.1978, BGBl. 560 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbstständig Erwerbstätigen (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz GSVG).

¹⁰ Vorläufer war das GSPVG („Geburtsstunde der sozialen Absicherung für Gewerbetreibende“), das am 1.1.1958 in Kraft getreten ist, die leistungsrechtlichen Bestimmungen wurden mit 1.7.1958 wirksam.

¹¹ BG 11.10.1978, BGBl. 559 über die Sozialversicherung der in der Land- und Forstwirtschaft selbstständig Erwerbstätigen (Bauern-Sozialversicherungsgesetz BSVG).

¹² BG 30.11.1978, BGBl. 624 über die Sozialversicherung der freiberuflich selbstständig Erwerbstätigen (FSVG).

¹³ BG 31.5.1967, BGBl. 200 über die Kranken- und Unfallversicherung öffentlich Bediensteter, Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG).

¹⁴ BG 15.12.2004, BGBl. I 142 (Allgemeines Pensionsgesetz [Pensionsharmonisierungsgesetz]).

¹⁵ BG 3.2.1972, BGBl. 66 über die Pensionsversicherung für das Notariat (Notarversicherungsgesetz NVG).

¹⁶ BG 18.11.1965, BGBl. 340 über die Pensionsansprüche der Bundesbeamten, ihrer Hinterbliebenen und Angehörigen (PG 1965).

¹⁷ Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (WV, BReg. vom 14.11.1977, BGBl. 609).

den vom AMS erledigt, einer Bundesorganisation, der die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes obliegt¹⁸.

C. Die Geschichte der Sozialversicherungsgesetze

Die ersten und somit grundlegenden österreichischen Sozialversicherungsgesetze waren das UVG aus dem Jahr 1887, das KVG aus 1888, das Bruderladengesetz aus dem Jahr 1889 sowie das Pensionsversicherungsgesetz der Privatangestellten¹⁹. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des B-VG lagen somit bereits über 30 Jahre Erfahrungswerte in der Sozialversicherungsgesetzgebung vor.

Das ASVG trat am 1.1.1956 in Kraft. Es löste die ehemals reichsdeutschen und die bis dahin beschlossenen österreichischen Vorschriften ab und fasste die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung der Arbeiter und Angestellten zusammen²⁰. Dieses Bundesgesetz regelt diese drei Risikobereiche der in Österreich unselbstständig beschäftigten Personen sowie die Krankenversicherung der Pensionisten nach dem ASVG. Nach dem Inkrafttreten des ASVG wurde die Sozialversicherung schrittweise auch auf den Kreis der Selbstständigen ausgedehnt.

1957 wurde die gesetzliche Pensionsversicherung für gewerblich Selbstständige eingeführt, im Jahr 1966 die Krankenversicherung²¹. Das GSVG regelt die Kranken- und Pensionsversicherung der in Österreich in der gewerblichen Wirtschaft selbstständig erwerbstätigen Personen, der sonstigen in Österreich selbstständig Erwerbstätigen²² und die Krankenversicherung der Bezieher einer Pension nach diesem Gesetz.

Das BSVG regelt die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung der in Österreich in der Land- und Forstwirtschaft selbstständig Erwerbstätigen und

¹⁸ Resch, Sozialrecht, 2005, 41.

¹⁹ RGBl. 1907/I.

²⁰ Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, 1998, 5.

²¹ Dadurch wurden die früheren Meisterkrankenkassen abgelöst.

²² Mit Ausnahme der Versicherten nach BSVG und FSVG.

ihrer mit tätigen Angehörigen sowie die Krankenversicherung der Bezieher einer Pension nach diesem Gesetz. 1965 wurde die Krankenversicherung für bäuerlich Erwerbstätige geschaffen, 1970 die gesetzliche Pensionsversicherung. Vor Inkrafttreten des BSVG war für bäuerlich Versicherte das Landwirtschaftliche Zuschussrentenversicherungsgesetz²³ maßgebliche Rechtsgrundlage *„für im Inland in der Land- und Forstwirtschaft selbständig erwerbstätigen natürlichen Personen und ihrer mittätigen Kinder. Die landwirtschaftliche Zuschussrentenversicherung umfasst die Versicherung für die Versicherungsfälle des Alters, der dauernden Erwerbsunfähigkeit und des Todes...“*

Das Zuschussrentenversicherungsgesetz wurde vom Bauern-Pensionsversicherungsgesetz vom 12.12.1969²⁴ abgelöst und brachte erstmals eine vollwertige Pensionsversicherung für Bauern. Damit bestand auch für Bauern eine Altersvorsorge nach versicherungsmathematischen Grundsätzen mit allen Zusatzleistungen, wie z. B. Ausgleichszulage oder Pflegegeld. Eine Krankenversicherung für selbstständige Bauern wurde mit dem Bauern-Krankenversicherungsgesetz vom 7.7.1965 eingeführt²⁵.

Im FSVG (1979) sind die Regelungen der Kranken- Unfall- und Pensionsversicherung einiger Gruppen im Inland freiberuflich selbstständig Erwerbstätiger festgeschrieben.

Das B-KUVG normiert die Kranken- und Unfallversicherung öffentlich Bediensteter.

Das APG enthält Regelungen über das Pensionskonto, den Anspruch und das Ausmaß der Alterspension, das Ausmaß der Invaliditäts- bzw. Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeitspension, das Ausmaß der Hinterbliebenenpensionen für alle in der Pensionsversicherung nach dem ASVG, GSVG, BSVG

²³ LZVG, BGBl. 293/1957.

²⁴ BPVG 1969, BGBl. Nr. 28/1970.

²⁵ BKVG, BGBl. Nr. 219/1965.

und FSVG versicherten Personen. In der Regel ist das APG nicht auf Personen anwendbar, die vor dem 1.1.1955 geboren sind.

Im NVG sind die Pensionsversicherung der Notare sowie der Notariatskandidaten normiert.

Das PG 1965 regelt die Pensionsansprüche der Bundesbeamten, ihrer Hinterbliebenen und Angehörigen.

D. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft

Das B-VG sieht für die Hoheitsverwaltung bestimmte Rechtsformen des Verwaltungshandelns vor. Es sind dies die Verordnung, der Bescheid, der Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und schließlich die Weisung (interne Norm)²⁶.

Nach dem Stufenbau nach der derogatorischen Kraft befindet sich auf dem höchsten Rang das gesamtändernde Verfassungsgesetz, gefolgt vom teiländernden Verfassungsgesetz, dem einfachen Gesetz, der Verordnung bis hin zu Bescheid und – im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit – das Urteil.

Das Gemeinschaftsrecht kann auf jeder Stufe bzw. jedem Rang nationales Recht verdrängen, wenn es mit diesem nicht vereinbar ist. Dieser Anwendungsvorrang besteht jedoch nicht bei dem höchstrangigen Recht der österreichischen Rechtsordnung, den Grundprinzipien des Verfassungsrechtes. Zu diesen Prinzipien zählen das demokratische, republikanische, bundesstaatliche, gewaltentrennende, rechtsstaatliche und schließlich das liberale Prinzip. Die sechs Prinzipien bilden den sog. „integrationsfesten Verfassungskern“, dem nicht derogiert werden kann.

Veränderungen allein durch den Verfassungsgesetzgeber dürfen bei den sechs Grundprinzipien nicht erfolgen. Ein Verfassungsgesetz, das ein sol-

²⁶ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 2007, 295.

ches Grundprinzip ändert, muss einer Volksabstimmung unterzogen werden²⁷.

a. Verordnungen

Verordnungen (VOs) sind generelle Rechtsnormen, die von Verwaltungsbehörden erlassen werden. Gem. Art. 18 Abs. 2 B-VG kann jede Verwaltungsbehörde aufgrund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen. Dies gilt freilich nur für Durchführungsverordnungen. Diese dürfen G lediglich präzisieren, der Inhalt einer VO muss durch das G bestimmt sein²⁸.

Die VOs der Sozialversicherungsträger werden als Satzungen, jene, die vom HV erlassen werden, als Richtlinien bezeichnet, sofern diese Richtlinien vom HV entsprechend als verbindlich erklärt und publiziert wurden.

Es wird in der österreichischen Rechtslehre zwischen Durchführungsverordnungen, gesetzesergänzenden, gesetzesvertretenden und gesetzesändernden VOs unterschieden.

Gesetzesergänzende VOs dürfen auf bestimmten Gebieten ohne gesetzliche Grundlage erlassen werden, während gesetzesvertretende VOs dazu bestimmt sind, an Stelle eines G Recht zu setzen. Gesetzesändernde VOs haben rechtlich die Kraft, G abzuändern.

Bei der Schwerarbeitsverordnung handelt es sich um eine Durchführungsverordnung. Während die gesetzlichen Bestimmungen in ASVG, GSVG²⁹ und BSVG und APG die versicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen regeln, bleibt die Definition des Begriffes „Schwerarbeit“ ausschließlich

²⁷ Art. 44 Abs. 3 B-VG.

²⁸ Bsp. aus dem Gesundheitsbereich: GesundheitstelematikG (GTelG), BGBl. I Nr. 23/2008, und dazu GesundheitstelematikVO (GTelV), BGBl. II Nr. 451/2008, konkretisiert inhaltlich das GTelG.

²⁹ An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Regelungen auch auf den im FSVG versicherten Personenkreis anwendbar sind, dieses Gesetz hier jedoch nicht gesondert angeführt wird, da die Bestimmungen des FSVG weitgehend auf die im GSVG verweisen.

der VO selbst überlassen³⁰. Die gesetzlichen Bestimmungen finden sich in § 607 Abs. 14 ASVG, § 298 Abs. 13a GSVG, § 287 Abs. 13a BSVG sowie in § 4 Abs. 3 und 4 APG.

Exkurs: Zwischenstaatliche Sozialversicherung

Die Mobilität innerhalb der EU und im Verhältnis zu Staaten außerhalb der EU hat in den letzten Jahren immer mehr zugenommen. Um den Staatsangehörigen größtmögliche Sicherheit und Schutz auf dem Gebiet der Sozialversicherung zu gewährleisten, wurden zum einen bi- und multilaterale Abkommen mit Staaten geschlossen, zum anderen sind die gemeinschaftsrechtlichen Normen der EU auf grenzüberschreitende Sachverhalte anzuwenden³¹.

Bei vorzeitigen Alterspensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit bedeutet das – im internationalen Konnex – Folgendes: Das Vorliegen der Invalidität muss nach österreichischem Recht bestehen. Es gibt keine Bindungswirkung an die Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates³²; jeder Träger eines Mitgliedstaates stellt das (Nicht)Vorliegen von Invalidität für sich fest³³. Damit wird hier das Prinzip der Koordinierung und nicht der Harmonisierung der Sozialversicherungsgesetze der einzelnen Mitgliedstaaten verdeutlicht. In seiner Entscheidung 10 ObS 106/08y stellt der OGH neuerlich klar, dass es keine Bindung an Entscheidungen über die Invalidität eines Versicherten eines anderen Staates für den innerstaatlichen (österreichischen) Rechtsbereich gibt.

³⁰ *Milisits/Wolff*, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007, 174.

³¹ *Milisits/Wolff*, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007, 228.

³² *Milisits* in Jahrbuch 2009, Sozialversicherungsrecht, 101.

³³ Rs 232/82, *Baccini*: Die Antragstellung betrifft nur den Erwerb des Anspruchs auf Invaliditätsleistungen. Die Entscheidung über die Aberkennung des Anspruchs auf Invaliditätsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat ist somit nicht gleichgestellt.

Die Koordinierung der sozialen Sicherheit ist im Art. 42 EGV festgeschrieben. Diese Koordinierung wird durch die Verordnungen 1408/71 und 574/72 ausgeführt. Kernpunkte der Koordination sind das Diskriminierungsverbot (bzw. das Gleichbehandlungsgebot), die Anrechnung der Versicherungszeiten, die innerhalb der Mitgliedstaaten erworben wurden sowie die Exportierbarkeit bestimmter Leistungen, wie z. B. Pensionen.

Die internationalen Beziehungen Österreichs auf dem Gebiet der Sozialversicherung werden seit mehr als 50 Jahren ständig ausgebaut³⁴. Als Instrumentarium für das gewollte Zusammenwirken zwischen Staaten kommen hinsichtlich der Sozialversicherung u. a. Abkommen über die soziale Sicherheit in Betracht.

Zweck dieser Abkommen ist, die – im Hinblick auf ihre Gebietsbeschränktheit bei Auslandsbeziehungen eingeschränkten – innerstaatlichen Gesetzgebungen auszudehnen und die sich für die Wanderarbeitnehmer ergebenden Schwierigkeiten zu überwinden³⁵.

IdR beziehen sich die Abkommen auf alle versicherten Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit (persönlicher Geltungsbereich). Während alle Abkommen die Pensionsversicherung erfassen, bestehen im Bereich der Krankenversicherung große Unterschiede. Ergänzende Regelungen zur Anwendung der zwischenstaatlichen Instrumente enthält das Bundesgesetz betreffend ergänzende Regelungen im Bereich der sozialen Sicherheit im Verhältnis zur EU und anderen Vertragsstaaten³⁶.

³⁴ Quelle: SoSi Sonderheft 07/08 2006, 224.

³⁵ *Siedl* in: Tomandl, System, 776.

³⁶ SV-EG, BGBl. Nr. 154/1994, idF BGBl. I Nr. 119/2006.

II. Der Entwicklungsprozess der sozialen Alterssicherung

Die Alterspension ist die älteste Pensionsart der gesetzlichen Pensionsversicherung. Bis Mitte des 19. Jahrhunderts leitete die agrikulturelle Gesellschaft aus ihren persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen zu den Grundherren rudimentäre Versorgungsleistungen ab. Die gesetzliche Pensionsversicherung wurde noch mit einem Gesetzesbeschluss des Reichsrates der Monarchie 1906 mit Wirkung ab 1.1.1909 eingeführt, galt aber zunächst nur für die Privatangestellten³⁷. Mit Einführung der Reichsversicherungsordnung 1939 wurden auch die Arbeiter von der gesetzlichen Pensionsversicherung erfasst.

1956 mit Schaffung des ASVG und 1958 mit Einbeziehung der Selbstständigen war die nahezu lückenlose Versorgung im Alter gewährleistet.

Hauptaufgabe der gesetzlichen Pensionsversicherung ist der materielle Schutz der Menschen im Alter, bei Invalidität, Berufsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit oder im Falle ihres Todes bzw. des Todes eines nahen Angehörigen. Neben dem Prinzip der Pflichtversicherung³⁸ ist der soziale Ausgleich ein weiteres Element der sozialen Alterssicherung.

Die Pensionsversicherung in Österreich basiert auf drei Säulen:

- gesetzliche Pensionsversicherung (1. Säule),
- betriebliche Altersvorsorge (2. Säule) sowie
- freiwillige private Pensionsvorsorge (3. Säule).

Das österreichische Pensionsversicherungssystem beruht auf dem Prinzip des „Generationenvertrages“ und unterliegt einem Umlageverfahren. Die Finanzierung erfolgt über Beiträge der Versicherten, der Dienstgeber sowie aus öffentlichen Mitteln (Bundesbeitrag aus dem Bundesbudget) und über

³⁷ Rudda, Pensions- und Pflegevorsorge, 2008, 51.

³⁸ Gem. § 10 ASVG beginnt die Pflichtversicherung grundsätzlich mit dem Tag der Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses.

Steuern. Im internationalen Vergleich zählt unser System sowohl quantitativ als auch qualitativ zu den besten der Welt.

Treten im Verhältnis Beitragszahler und Leistungsempfänger Veränderungen aufgrund konjunktureller oder demografischer Faktoren auf, so verändert sich damit auch die finanzielle Basis der Pensionsversicherung, die durch entsprechende Reformschritte ausgeglichen werden muss. Geänderte Rahmenbedingungen müssen angepasst werden, um langfristig Stabilität gewährleisten zu können. Ein wichtiges sozial- und gesellschaftspolitisches Ziel bleibt dabei, die Pensionsversicherung nachhaltig abzusichern.

Es ist gegenwärtig bereits erfreuliche Tatsache, dass Menschen – nicht zuletzt durch den Fortschritt der Medizin – immer länger leben; ein Zustand, der alle glücklich machen sollte³⁹. Dieser positive Umstand bringt konsequenter Weise mit sich, dass die demografische Entwicklung die Pensionsversicherung zwingt, auf diese geänderten Umstände zu reagieren, damit das System auch für nachfolgende Generationen gesichert und leistbar bleibt.

Steigt die Lebenserwartung, so steigt auch proportional die Erwerbsbeteiligung. Ein höheres Beschäftigungsausmaß führt zu höheren Beitragseinnahmen, wodurch sich die Einnahmen-Ausgaben-Relation an sich nicht verschlechtern dürfte. Mit steigenden vorzeitigen Alterspensionen allerdings kommt der Generationenvertrag ins Wanken. Personen, die altersmäßig noch erwerbstätig sein sollten, gehen in Pension. Diese Personen werden verfrüht von Beitragszahlern zu Leistungsempfängern. Wie auch im Lissabon-Bericht⁴⁰ festgehalten, muss diesem Trend entgegengewirkt werden, will man das hohe Niveau im Sozialversicherungsbereich in Österreich langfristig aufrechterhalten und nachhaltig sichern.

³⁹ vgl. Kampagne der Österreichischen Apothekerkammer, Juli 2009: „Es gibt Schlimmeres als alt zu werden: Nicht alt zu werden.“

⁴⁰ s. unten: Vorschlag der EU-Kommission (Lissabon-Bericht) und die Situation in Österreich.

Sozialversicherungsnormen unterliegen einem ständigen Anpassungsdruck, der aus den unterschiedlichsten Gründen, meist demografischer und/oder finanzieller Natur, resultieren kann. Als Beispiel sei die Pensionsharmonisierung 2004 genannt; eine Reform, die einen Paradigmenwechsel hervorrief, die Einführung des APG mit sich brachte, eine unterschiedliche Betrachtung zwischen Personen, die einerseits vor und andererseits nach dem 1.1.1955 geboren wurden, die Errichtung eines Pensionskontos⁴¹ sowie eine neue Art der Pensionsberechnung durch die sog. Parallelrechnung vorsieht.

Auch das Thema „Schwerarbeit“ beschäftigte den öffentlichen Dienst, Politik, Interessenvertretungen sowie die Sozialversicherung von Mitte 2003 bis Anfang 2006 intensiv.

A. Die gesetzliche Sozialversicherung

„Die Sozialversicherung ist und bleibt ein unverzichtbarer Bestandteil der Sozialen Sicherheit als Voraussetzung materiell gesicherter persönlicher Freiheit.

...Reformen sind allerdings notwendig, um die Leistungsfähigkeit und Effektivität längerfristig zu erhalten.“⁴²

Das österreichische System der Sozialversicherung fußt auf drei Säulen:

- Krankenversicherung,
- Unfallversicherung sowie
- Pensionsversicherung.

Die Sozialversicherung schützt den Einzelnen bei folgenden Risiken: Krankheit, Mutterschaft (KV), Arbeitsunfall, Berufskrankheit (UV), Invalidität, Berufsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Alter, Tod (PV) sowie Arbeitslosigkeit (AIV).

⁴¹ Beim Pensionskonto handelt es sich um ein virtuelles Kapitalkonto; das Umlageverfahren wurde beibehalten.

⁴² Cerny in: 100 Jahre Sozialversicherung in Österreich, 1988, 92.

Ein deutlicher Unterschied zwischen gesetzlicher Sozialversicherung und einer privaten Versicherung besteht im Verhältnis Beitragsleistung und individuelles Risiko. Im System der gesetzlichen Sozialversicherung herrscht das Prinzip der kollektiven Äquivalenz von Beitrag und Versicherungsschutz. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von sozialem Ausgleich oder von Umverteilung durch die Sozialversicherung⁴³.

Die gesetzliche Sozialversicherung wandte – dem Sozialbericht 2007-2008 des BMASK zufolge – im Jahr 2007 Mittel in Höhe von € 43,11 Mrd. auf⁴⁴. Damit verfügt die Sozialversicherung über eines der größten Budgets der Republik Österreich. Die Gesamtausgaben aus diesem Bereich machen – gemessen am BIP – 15,8 % aus. Dieses Ausgabenvolumen stellt gegenüber dem Jahr 2006 einen leichten Rückgang dar. Diesen Gesamtausgaben standen im Jahr 2007 Gesamteinnahmen in Höhe von € 42,79 Mrd. gegenüber⁴⁵.

B. Die Selbstverwaltung

Die Sozialversicherung in Österreich wird seit ihrer Errichtung nach dem Prinzip der Selbstverwaltung durchgeführt (Ausnahme: in den Jahren 1939 bis 1947, s. unten). Grundsätzlich sind die Sozialversicherungsträger als Selbstverwaltungskörper organisiert, d. h. die Verwaltung erfolgt durch die unmittelbar Betroffenen bzw. über die gesetzlichen Interessenvertretungen⁴⁶.

Das B-VG regelt jene Rechtserscheinungen, die man als „Selbstverwaltung“ bezeichnet, nicht allgemein; lediglich die gemeindliche Selbstverwaltung ist in den Art. 115 ff. B-VG in Grundzügen normiert⁴⁷. Lehre und Praxis verstehen unter Selbstverwaltung eine Form dezentralisierter mittelbarer Verwal-

⁴³ Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, 1998, 11.

⁴⁴ Im Jahr 2006 betrug der Aufwand vergleichsweise € 41,02 Mrd.

⁴⁵ Im Jahr 2006 betrug die Gesamteinnahmen € 40,96 Mrd.

⁴⁶ Milisits/Wolff, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung, 2007, 27.

⁴⁷ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 2007, 410.

tung. Selbstverwaltung bedeutet die weisungsfreie Besorgung durch eigene Rechtsträger („Selbstverwaltungskörper“). Träger der Selbstverwaltung können insbes. als Körperschaften oder Anstalten strukturiert sein.

Die Sozialversicherungsträger sind als Anstalt organisiert; im Gegensatz zu Körperschaften stehen bei einer Anstalt die Sachmittel im Vordergrund. Die Sozialversicherungsträger und der HV sind juristische Personen des öffentlichen Rechtes, die im Wesentlichen dazu berufen sind, die Sozialversicherungsgesetze zu vollziehen⁴⁸.

a. Sozialversicherung und Selbstverwaltung

Rudolf Sametz, Präsident des HV von 1989 bis 1990, beschrieb die Entwicklung der Sozialversicherung mit seinen eigenen Worten:

„...Aus Vernunft und Einsicht hat unsere Gesellschaft ein System der sozialen Sicherheit entwickelt, das uns viel von unserer Lebensangst genommen und daher viel an zusätzlicher Menschenwürde gegeben hat. Bei allen Mängeln, die diesem System noch anhaften, der Wohlfahrtsstaat ist im besten Sinne seines Wortes Realität geworden. Der österreichischen Sozialversicherung kommt an der Realisierung des Wohlfahrtsstaates der größte Anteil zu...“⁴⁹

Die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern ist ein typisch liberales Element der österreichischen Bundesverfassung. Selbstverwaltung, als zweite Erscheinungsform der öffentlichen Verwaltung, bedeutet nicht die direkte Ausübung dieser vom Staat, sondern von jenen Personengruppen, die unmittelbar betroffen sind. Demnach entsenden Interessenvertretungen von Dienstnehmern und Dienstgebern ihre Vertreter (paritätische Besetzung).

In der sozialen Selbstverwaltung herrscht das Prinzip der indirekten Organbestellung: Die als Versicherungsvertreter bezeichneten Mandatare werden nicht aus der Mitte der Dienstgeber bzw. Dienstnehmer von diesen unmit-

⁴⁸ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 2007, 440.

⁴⁹ *BMAS (Hrsg.)*, 1889-1989 100 Jahre Österreichische Sozialversicherung, 11.

telbar gewählt; sie sind aus dem Kreis gewählter Funktionsträger der zuständigen Interessenvertretungen zu entsenden. Der Staat hat über die Geschäfte bloß ein Aufsichtsrecht, das sich auf die Einhaltung von Gesetz und Satzung von den Sozialversicherungsträgern, beschränkt. Die Aufsichtsbehörde darf nur bei rechtswidrigen Beschlüssen Einspruch erheben.

Aufsichtsbehörde ist – je nach Sozialversicherungszweig – der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (PV) bzw. der Bundesminister für Gesundheit (KV, UV). In wichtigen Angelegenheiten ist auch eine Einvernehmensherstellung der beiden Minister bzw. mit dem Bundesminister für Finanzen herzustellen. Zu sog. „Einvernehmensmaterien“ gehören etwa die Mustersatzung für die Krankenversicherungsträger bzw. Richtlinien für die Befreiung von der Rezeptgebühr.

Exkurs: Stärkung des Aufsichtsrecht des Bundes über die Krankenversicherungsträger

Bis Februar 2010 oblag die Aufsicht über die Krankenversicherungsträger mit einer Versichertenanzahl von bis zu 400.000 den Landeshauptleuten in mittelbarer Bundesverwaltung. Mit Inkrafttreten des 4. SRÄG 2009, BGBl. I Nr. 147, wurde das Aufsichtsrecht des Bundes über die Sozialversicherungsträger gestärkt und ausgeweitet: Seit 1.3.2010 wird die gesamte Aufsicht über die Krankenversicherungsträger unmittelbar vom Bundesministerium für Gesundheit ausgeübt. Weiters erstreckt sich die Prüfung der Aufsichtsorgane gegenüber der Selbstverwaltung neben dem Prinzip der Rechtmäßigkeit auch zusätzlich auf die Kriterien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Versicherungsträger. Der bereits bestehende Prüfungsmaßstab der Zweckmäßigkeit bleibt von diesen Änderungen unberührt. Je nach fachlicher Zuständigkeit bezieht sich das Aufsichtsrecht auf den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, den Bundesminister für Gesundheit und/oder den Bundesminister für Finanzen⁵⁰.

⁵⁰ *Milisits* „4. SRÄG 2009 – Stärkung des Aufsichtsrechts des Bundes über die Sozialversicherungsträger“ in. ASoK 12/2009, 466.

Während der Zeit des Nationalsozialismus, 1939-1945, wurde die Selbstverwaltung beseitigt. Die Verantwortung für die Verwaltung wurde – dem damals herrschenden „Führerprinzip“ entsprechend – einem staatlich bezahlten Leiter des Versicherungsträgers übertragen, dem unterstützend ein Beirat zur Seite stand.

Nach Ende des 2. Weltkrieges wurde im Jahr 1947 die Selbstverwaltung wiederhergestellt. 1948 wurde der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger als Dachverband aller Sozialversicherungsträger gegründet⁵¹. Am 12.11.1949 konstituierte sich im Sitzungssaal des Niederösterreichischen Landhauses in der Herrengasse im 1. Wiener Gemeindebezirk der Vorstand des HV. Erster Präsident war mit *Johann Böhm* ein Gewerkschafter. 1959 folgte ihm *Friedrich Hillegeist* nach, nach dem auch die Straße des Sitzes der Pensionsversicherungsanstalt in Wien benannt ist.

Gesetzliche Grundlage für die Schaffung des HV war das „Bundesgesetz vom 12. Juni 1947 über die Überleitung zum österreichischen Sozialversicherungsrecht – Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz“, BGBl. 142.

Dieses bestimmte: „Alle Sozialversicherungsträger, die Meisterkrankenkassen über ihren Verband, werden zum Hauptverband der Sozialversicherungsträger zusammengefasst.“

b. Erkenntnisse des VfGH iZm Selbstverwaltung (Schranken der Selbstverwaltungskörper)

Für die Selbstverwaltung gibt es freilich Schranken; diese ergeben sich nach Auffassung des VfGH aus dem Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG). Die vom VfGH als erforderlich angesehene Staatsaufsicht muss in erster Linie eine Rechtsaufsicht sein. Konkrete Eingriffs- und Kontrollrechte ergeben sich im

⁵¹ Der HV fungiert auch im zwischenstaatlichen Bereich der Sozialversicherung als Verbindungsstelle für KV, UV und PV.

Bereich der Sozialversicherung durch Ausübung der Aufsichtsrechte durch den Bund (wie oben beschrieben)⁵². Auch der Zuständigkeitsbereich eines Selbstverwaltungskörpers muss streng gruppenbezogen sein. Dieses Erfordernis ergibt sich aus der Versichertennähe, einem Wesenselement der Selbstverwaltung.

Eine dieser Grenzen zulässiger Selbstverwaltung besteht darin, dass sich der eigene – d. h. ohne Bindung an Weisungen staatlicher Organe zu besorgende – Wirkungsbereich eines Selbstverwaltungskörpers auf Angelegenheiten zu beschränken hat, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der zum Selbstverwaltungskörper zusammengeschlossenen Personen gelegen und geeignet sind, von dieser Gemeinschaft besorgt zu werden⁵³.

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 10.10.2003 im Gesetzprüfungsverfahren G 222/02, G 1/03 – betreffend die Organisation des HV – festgehalten, dass gegen die indirekte Organbestellung, welche die soziale Selbstverwaltung kennzeichnet, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Das vom VfGH geforderte Strukturmerkmal der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, nämlich die Bestellung der Organe aus der Mitte der Verbandsangehörigen, ist erfüllt.

Mit Erkenntnis vom 19.07.2006, G 145/05 und V 106, 107/05, hob der VfGH eine Wortfolge in § 340 ASVG, wonach „*vom Hauptverband*“ das System der elektronischen Abrechnung für Vertragsärzte festzulegen ist, als verfassungswidrig auf. Auch die vom HV angeordneten „*einheitlichen Grundsätze über die EDV-Abrechnung der Vertragsärzte*“ sowie die „Organisationsbeschreibung Datenaustausch mit Vertragspartnern“ wurden als gesetzeswidrig aufgehoben.

Die Verfassungswidrigkeit ergibt sich – dem Erkenntnis zufolge – aus dem Umstand, dass der HV im Rahmen der weisungsfreien Selbstverwaltung nur

⁵² 448 ff. ASVG.

⁵³ VfSlg. 8215/1977.

Angelegenheiten regeln darf, die „im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der zum Selbstverwaltungskörper zusammengeschlossenen Personen gelegen sind und geeignet sind, von dieser Gemeinschaft besorgt zu werden“.

Bei der Einführung der elektronischen Abrechnung, die sich an die Vertragsärzte richtet, wurde somit gegen dieses Prinzip verstoßen, da die Berufsgruppe der Ärzte dem HV nicht angehört. Daher ist er auch nicht demokratisch legitimiert, diesen gegenüber verbindliche Regelungen festzulegen.

Der VwGH vertritt in seinem Erkenntnis vom 18.12.2003, ZI. 2002/08/0107, die Auffassung, dass eine Zweckmäßigkeitkontrolle mit dem Prinzip der Selbstverwaltung in einem Spannungsverhältnis steht und daher auf wichtige Angelegenheiten beschränkt sein muss.

C. Organisation der Sozialversicherung und Sozialversicherungsträger

Der Bismarck'schen Gesetzgebung zum Ende des 19. Jahrhunderts nachgebildet, gliedert sich die österreichische Sozialversicherung in die Zweige Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung⁵⁴.

Derzeit gibt es in Österreich insgesamt 22 Sozialversicherungsträger (15 Krankenkassen sowie sieben Versicherungsanstalten), davon 19 Krankenversicherungsträger, vier Unfallversicherungsträger und sechs Pensionsversicherungsträger.

Träger der Pensionsversicherung sind:

- PVA
- VAEB
- BVA
- SVA
- SVB

⁵⁴ Millendorfer in: FS Bundesministerium für soziale Verwaltung und HV, 25 Jahre Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, 1980, 115.

- Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats.

Die Organe der Sozialversicherungsträger sind die Generalversammlung, der Vorstand sowie die Kontrollversammlung.

Drei Träger, die VAEB⁵⁵, die SVB und die BVA⁵⁶, führen alle drei Versicherungszweige, die SVA die beiden Versicherungszweige Kranken- und Pensionsversicherung durch.

Größter Träger des dritten Zweiges, der Pensionsversicherung, ist die PVA⁵⁷. In jedem Bundesland wurde eine Landesstelle mit regionaler Selbstverwaltung eingerichtet. Bis Ende 2002 gab es zwei Träger, die PVA der Arbeiter und die PVA der Angestellten. Im Rahmen der 59. ASVG-Novelle⁵⁸, wurden die beiden Anstalten zu einer, der PVA, fusioniert.

Des Weiteren sind zwei Pensionsinstitute, das Pensionsinstitut für Verkehr und öffentliche Einrichtungen und das Pensionsinstitut der Linz AG als Zuschusskassen des öffentlichen Rechts (basierend auf § 479 ASVG) eingerichtet.

Mit Ausnahme der Gebiets- und Betriebskrankenkassen erstreckt sich der Wirkungsbereich der Versicherungsträger stets auf das gesamte Bundesgebiet.

Der HV ist die Dachorganisation aller Sozialversicherungsträger. Er selbst ist kein Versicherungsträger. Der HV setzt sich aus Verbandsvorstand, Trägerkonferenz (beide sind Verwaltungskörper) sowie der Controllinggruppe, des Sozial- und Gesundheitsforums Österreich und eines Beirates zusammen.

Das System der Notarversicherung unterscheidet sich von den übrigen Pensionsversicherungssystemen ganz wesentlich: Die Finanzierung der

⁵⁵ Fusionierung mit 1.1.2005, 2. SVÄG 2003, BGBl. I Nr. 145.

⁵⁶ Bundespensionsamtübertragungs-Gesetz seit 1.1.2007.

⁵⁷ Die PVA ist für die Auszahlung von rund 1,8 Mio. Pensionen zuständig.

⁵⁸ BGBl. I Nr. 1/2002.

Leistungen erfolgt stets allein durch die Versicherten ohne Beteiligung des Bundes.

Zentral organisierte Versicherungsträger, wie z. B. die Gebietskrankenkassen, weisen lediglich auf Büroebene eine regionale Untergliederung, etwa durch Bezirksstellen, Außenstellen, Regionalbüros und Servicestellen, auf.

Weitere Beispiele für zentral organisierte Versicherungsträger sind die VAEB, die SVB (seit 2001, ihre Hauptstelle ist in Wien, in fast jedem Bundesland ist ein Regionalbüro eingerichtet) und die Versicherungsanstalt des österreichischen Notariates mit ihrem Sitz in Wien.

Dezentral organisierte Versicherungsträger verfügen über Landesstellen mit eigenen Verwaltungskörpern, den Landesstellenausschüssen. Hiezu gehört etwa die PVA. Ihre Hauptstelle ist in Wien, pro Bundesland gibt es eine Landesstelle. Die AUVA, die ihren Sitz in Wien hat, verfügt über vier Landesstellen. Weiters zählen hiezu die BVA mit Sitz in der Bundeshauptstadt und sieben Landesstellen sowie die SVA mit Sitz ebenfalls in Wien und neun Landesstellen.

III. Der Gleichheitssatz

A. Einleitung

Die österreichische Bundesverfassung enthält keine grundrechtliche Verbürgerung sozialrechtlicher Ansprüche (sog. soziale Grundrechte). Vielmehr haben sich für das Sozialrecht besonders die Kompetenzbestimmungen und der Gleichheitssatz als bedeutsam erwiesen⁵⁹.

B. Grundrechte

Grundrechte sind subjektive, verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte. Der Schutz der Grundrechte ist durch den VfGH gewährleistet. Manche Grundrechte enthalten jedoch einen Gesetzesvorbehalt; d. h. der einfache Gesetzgeber darf, wenn besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit dies erfordern, einen Eingriff in die Rechtsposition des Einzelnen vornehmen.

Innerhalb der EU gibt es keinen kodifizierten Grundrechtskatalog. Die „Charta der Grundrechte der EU“, die im Jahr 2000 bei der Regierungskonferenz in Nizza proklamiert wurde, ist rechtlich nicht verbindlich, sie kann jedoch für Auslegungsfragen herangezogen werden.

Wichtige Grundrechtsquellen sind:

- Staatsgrundgesetz 1867 vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder⁶⁰ (StGG 1867). Das StGG 1867 wurde durch Art. 149 Abs. 1 B-VG in die Bundesverfassung rezipiert; es integrierte erstmals dauerhaft einen vollständigen Grundrechtskatalog in die österreichische Verfassung.

⁵⁹ Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts, 2002, 22.

⁶⁰ RGBl. 142/1867 idF BGBl. 684/1988.

- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK⁶¹), ein vom Europarat erarbeiteter multilateraler Staatsvertrag, der in Österreich seit 1964 im Verfassungsrang steht. Ergänzt wird die EMRK durch 13 Zusatzprotokolle (ZPzEMRK). Die EMRK enthält einen vollständigen Grundrechtskatalog, der sich teilweise mit dem StGG 1867 überschneidet, inhaltlich jedoch weiter gefasst ist. Die EMRK gilt in Österreich im Verfassungsrang; die darin festgeschriebenen Rechte sind vor dem VfGH individuell durchsetzbar.

Zwischen dem StGG und der EMRK gilt das Günstigkeitsprinzip: Bestehende innerstaatliche Regelungen (insbes. des StGG) werden durch die EMRK nicht eingeschränkt (Art. 53 MRK)⁶².

Das Pendant zur EMRK ist die Europäische Sozialcharta (ESC) von 1961 (in Kraft seit 1965). In der ESC sind Grundsätze festgeschrieben, die den Schutz von wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten gewährleisten. Hierzu gehört u. a. das Recht auf angemessene Arbeitsbedingungen und Entgelt sowie das Recht auf soziale Sicherheit und Schutz der Familie.

Ungeachtet seiner ständigen Aussage, dass es keinen verfassungsrechtlichen Schutz erworbener Ansprüche gebe, entwickelte der VfGH aus dem Gleichheitssatz den allgemeinen Grundsatz, dass *„die Aufhebung oder Abänderung von Rechten, die der Gesetzgeber zunächst eingeführt hat, sachlich begründet sein muss“*⁶³.

C. Normative Grundlage des Gleichheitssatzes (Art. 7 B-VG)

Die Vorstellung von der Gleichheit aller Menschen stammt aus der Antike und ist Grundlage für die Entstehung der demokratischen Staatsidee. Seit Beginn der Verfassungsentwicklung ist der Gleichheitssatz in Österreich als

⁶¹ 1950 im Rahmen des Europarates abgeschlossen, 1958 von Österreich ratifiziert.

⁶² *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 2007, 636.

⁶³ VfSlg 11.665.

subjektives, verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht normiert⁶⁴. Der Gleichheitssatz ist ein wesentliches Element des liberalen Rechtsstaates; er garantiert Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Rechtssphäre des Einzelnen.

Der Gleichheitssatz ist in Art. 7 B-VG sowie in Art. 2 StGG⁶⁵ verfassungsrechtlich verankert. Er enthält ein Diskriminierungs- und Privilegierungsverbot für die Gesetzgebung sowie ein Sachlichkeitsgebot und ein Willkürverbot für die Vollziehung. Nach dem VfGH ist „Gleiches mit Gleichem“ und „Ungleiches mit Ungleichem“ zu behandeln. Differenzierungen sind nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist das der Fall, wenn eine Unterscheidung nach objektiven Merkmalen erfolgt⁶⁶. Der Gesetzgeber ist durch den Gleichheitssatz verpflichtet, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen.

Interessant v. a. für den Pensionsversicherungsbereich ist der Art. 7 Abs. 1 B-VG, der u. a. Vorrechte aufgrund des Geschlechts verbietet. Dieses normierte Gleichbehandlungsgebot wird insbes. iZm dem unterschiedlichen Regelpensionsalter für Männer und Frauen schlagend.

Art. 2 StGG normiert: „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich.“

Art. 7 Abs. 1 B-VG normiert: „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen...“

Art. 66 Abs. 1 und 2 und Art. 67 StV von St. Germain⁶⁷ normieren, dass alle österreichischen Staatsbürger – unabhängig von ihrer Rasse, Sprache oder

⁶⁴ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 2007, 642.

⁶⁵ StGG 1867: Das StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl. 1867/142 idgF, ist der einzige heute noch größtenteils in Geltung stehende Teil der Dezemberverfassung 1867 und enthält einen Katalog von Grund- und Freiheitsrechten.

⁶⁶ VfSlg 2088, 4140, 4392, 17.143.

⁶⁷ Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich vom 21.7.1920: Verkündung des Vertrages von Saint-Germain-en-Laye.

Religion – vor dem G gleich sind und dieselben bürgerlichen und politischen Rechte und Garantien genießen. Damit werden bestimmte Aspekte des Gleichheitssatzes betont, deren völkerrechtliche Garantie nach Zerfall der Monarchie für bestimmte Bevölkerungsgruppen notwendig schien. Es wird jedoch nichts über Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG inhaltlich Hinausgehendes normiert⁶⁸.

Schon in seiner gegenwärtigen Anwendung durch die Judikatur lassen sich im Gleichheitssatz über den negatorischen Aspekt eines Abwehrrechtes hinaus Ansätze einer einklagbaren Verpflichtung des Staates zu Leistungen bzw. zu einem positiven Tun – sowohl auf der Ebene der Vollziehung als auch auf der Ebene der Gesetzgebung – erkennen⁶⁹.

D. Das Diskriminierungsverbot auf europäischer Ebene

Art. 12 EGV⁷⁰ normiert ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet. Konkrete Diskriminierungsverbote enthalten die Bestimmungen der einzelnen Grundfreiheiten. So enthält beispielsweise Art. 39 EGV Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Art. 13 EGV schreibt eine Ermächtigung zur Schaffung sekundärrechtlicher Normen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung fest.

Art. 141 EGV normiert ein für das Arbeits- und Sozialrecht wesentliches Diskriminierungsverbot, nämlich den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben (Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung).

⁶⁸ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 2007, 644.

⁶⁹ *Öhlinger* in: FS Hans Floretta „Arbeitsrecht und soziale Grundrechte“, 1983, 275.

⁷⁰ BGBl. III Nr. 86/1999.

Während die Bestimmungen des StGG 1867 und des B-VG nur auf österreichische Staatsbürger Anwendung finden, beziehen sich die Regelungen nach dem EGV auf alle EU-Bürger. Dabei ist es nicht unproblematisch, die Unionsbürgerschaft für jeglichen Sachverhalt heranzuziehen⁷¹. Denn die Unionsbürgerschaft erwirbt jeder Staatsbürger mit Beitritt seines Heimatstaates zur EU. Spezifisch geltende Bestimmungen des EGV wirken daher in mancher Hinsicht überflüssig bzw. obsolet.

⁷¹ Die Unionsbürgerschaft wurde 1992 durch den Vertrag von Maastricht eingeführt (Art. 17 EGV).

IV. Pensionsversicherungsrecht

A. Allgemeines

Hauptaufgabe der Pensionsversicherung ist, den Versicherten und – nach deren Tod – den Hinterbliebenen durch Gewährung von Pensionsleistungen eine entsprechende Versorgung zu sichern. Das Pensionsversicherungsrecht sieht Leistungen in drei Fällen vor: bei Alter, Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit⁷² und Tod. Während es sich bei den ersten beiden Tatbeständen um Ansprüche auf Eigenpensionen handelt, betrifft der Versicherungsfall des Todes sog. abgeleitete Pensionen, die Hinterbliebenenpensionen. Dazu zählen die Witwen/Witwerpension sowie die Waisenpension und die Abfindung.

Der Versicherungsfall des Alters umfasst unterschiedliche Pensionsarten. Je nach Versicherungsdauer, Geburtsjahrgang und/oder beruflicher Tätigkeit wird hierbei zwischen der normalen Alterspension, der vorzeitigen Alterspension bei langer Versicherungsdauer⁷³, der Langzeitversichertenregelung („Hacklerregelung“⁷⁴), der Korridorpension⁷⁵, der Schwerarbeitspension und dem Sonderruhegeld⁷⁶ unterschieden. Aus dem Versicherungsfall

⁷² Der einfacheren Lesbarkeit zuliebe, wird im Text der Begriff „Invalidität“ bzw. „Invaliditätspension“ ebenso für „Berufsunfähigkeit“ und „Erwerbsunfähigkeit“ bzw. „Berufsunfähigkeitspension“ und „Erwerbsunfähigkeitspension“ verwendet; sollte es an einigen Textstellen inhaltlich notwendigerweise zu Differenzierungen kommen, so wird dies sprachlich zum Ausdruck gebracht.

⁷³ Sukzessives Auslaufen seit 1.7.2004.

⁷⁴ Der Begriff „Hacklerregelung“ sollte nicht mehr verwendet werden, da er in der Bevölkerung einen negativen Beigeschmack auslöste. Nichtsdestotrotz hat sich „Hacklerregelung“ im allgemeinen Sprachgebrauch durchgesetzt; daher wird der Begriff „Hacklerregelung“ auch in dieser Arbeit – zumindest teilweise – weitergeführt.

⁷⁵ Mit dem Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde sichergestellt, dass das Vorliegen der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Korridorpension den Anspruch auf eine Invaliditätspension nicht ausschließt.

⁷⁶ NSchG, BGBl. Nr. 354/1981.

der Minderung der Arbeitsfähigkeit⁷⁷ sind die Invaliditäts- bzw. Berufsunfähigkeitspension und die Erwerbsunfähigkeitspension zu nennen sowie die Knappschaftspensionen aufgrund der Schwere der Tätigkeiten im Bergbau und die Dienstunfähigkeitspension bei der Beamtenschaft. Die beiden letzteren Pensionsarten werden in dieser Untersuchung weitgehend ausgeklammert.

B. Prinzipien der Pensionsversicherung

Im österreichischen Sozialversicherungsrecht herrscht das Prinzip der Pflichtversicherung, d. h. die Versicherung tritt ex-lege mit Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes ein (mit Aufnahme einer selbstständigen oder unselbstständigen Tätigkeit).

Im Bereich der Kranken- und Pensionsversicherung gilt das Antragsprinzip, während in der Unfallversicherung das ex-offo-Prinzip herrscht. Weiters ist das Finalitätsprinzip in der Kranken- und Pensionsversicherung angesiedelt: Bei der Leistungserbringung wird keine Rücksicht auf die Ursache des Eintritts des Versicherungsfalles genommen⁷⁸.

Je nach Art der Beschäftigung (unselbstständig, selbstständig, bäuerlich, freiberuflich) besteht für jeden Einzelnen eine Pflichtversicherung nach dem jeweils für ihn geltenden Sozialversicherungsgesetz (ASVG, GSVG, BSVG, FSVG). Übt jemand nebeneinander mehrere sozialversicherungspflichtige unselbstständige Tätigkeiten aus, die über der Geringfügigkeitsgrenze liegen, so greift das Prinzip der Mehrfachversicherung.

Das Regelpensionsalter beträgt für Männer 65 Lj., für Frauen dzt. noch 60 Lj. Der VfGH hat das unterschiedliche Anfallsalter als verfassungswidrig aufgehoben. Daher wird das Regelpensionsalter für Frauen schrittweise bis

⁷⁷ Der Begriff „Minderung der Arbeitsfähigkeit“ ist an sich als Fachausdruck der vorzeitigen Alterspension konzipiert, die im Jahr 2000 aufgehoben wurde. Bezeichnungen im Text beziehen sich daher nicht auf diese spezielle Art der Alterspension, sondern allgemein auf die Invaliditäts-, bzw. Berufsunfähigkeitspension.

⁷⁸ Das Gegenteil zum Finalitätsprinzip ist das Kausalitätsprinzip, das in der Unfallversicherung herrscht.

zum Jahr 2033 dem der Männer angeglichen, sodass es letztendlich ebenfalls 65 beträgt⁷⁹.

C. Formalversicherung, freiwillige Versicherungen, Selbstversicherung⁸⁰

Neben den Pflichtversicherungen gibt es auch freiwillige Versicherungen. Für den Bereich der Pensionsversicherung kommen dabei Folgende in Betracht: die Weiterversicherung, Selbstversicherung (ab dem 15. Lj.), Selbstversicherung bei geringfügiger Beschäftigung, Selbstversicherung für Zeiten der Pflege eines behinderten Kindes, Selbstversicherung für Zeiten des Besuches einer Bildungseinrichtung, Weiterversicherung für pflegende Angehörige, Selbstversicherung für pflegende Angehörige sowie die Höherversicherung.

Eine Besonderheit ist die Formalversicherung. Diese dient v. a. dem Vertrauensschutz. Eine solche Art der Versicherung kommt dann zustande, wenn eine an sich nichtversicherte Person irrtümlich eine vorbehaltlose Anmeldung bei der Sozialversicherung erstattet und Beiträge leistet. Der Versicherer nimmt die Beiträge gutgläubig an. Diese Versicherung endet mit dem Eintritt in eine gültige Pflichtversicherung oder freiwillige Versicherung. Ein Formalversicherter nimmt die Rechtsstellung eines Pflicht- oder freiwillig Versicherten ein. Erfolgte die Anmeldung bewusst unrichtig, um sich etwa Leistungen aus der Sozialversicherung zu erschleichen, kommt es konsequenterweise zu keiner Formalversicherung.

D. Vorzeitige Alterspensionen im Vergleich

Seit Inkrafttreten des ASVG wurde eine Reihe vorzeitiger Alterspensionen geschaffen und – im Laufe der Zeit – wieder abgeschafft. Schon 1958 wurde für Angestellte die sog. Alterspension bei Arbeitslosigkeit eingeführt, die

⁷⁹ § 16 Abs. 6 APG, § 617 Abs. 11 ASVG iVm BGBl. 832/1992.

⁸⁰ Eine Selbstversicherung ist seit der 50. ASVG-Novelle, BGBl. 676/1991, in allen Zweigen der Sozialversicherung möglich.

ein um fünf Jahre niedrigeres Anfallsalter als das Regelpensionsalter vorsah; Männer konnten diese vorzeitige Pensionsart mit daher 60 Lj., Frauen mit 55 Lj. in Anspruch nehmen. Mit dem SRÄG 1993, BGBl. 335, wurde die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer, die ebenfalls ab dem 60. bzw. 50. Lj. in Anspruch genommen werden konnte, ins sozialversicherungsrechtliche Leben gerufen (§ 253b ASVG).

Mit 1.7.1993 wurde eine vorzeitige Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit sowie gleichzeitig die Gleitpension⁸¹ eingeführt. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Gleitpension wurde mit 1.1.2004 – ohne Übergangsrecht – wieder aufgehoben, da diese vorzeitige Pensionsart kaum in Anspruch genommen wurde.

Die vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit⁸² sowie die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer wurden ebenfalls mit 1.1.2004 aufgehoben; erstere ebenso wie die Gleitpension ohne Übergangsrecht. Aus Gründen des Vertrauensschutzes wurde eine Anhebung des Anfallsalters mit einem Monat pro Quartal vorgesehen, sodass erst mit 1.10.2017 das Regelpensionsalter erreicht wird⁸³.

In der Rs Buchner, C-104/98 (Urteil des EuGH vom 23.5.2000), wurde ein höheres Anfallsalter für Männer bei geminderter Arbeitsfähigkeit (Männer: 57 Lj., Frauen: 55 Lj.) vom EuGH als gemeinschaftswidrig festgestellt. Folge dessen wurde eine Regelung geschaffen, die seit 1.7.2000 das 57. Lj. als vorzeitiges Anfallsalter für beide Geschlechter gleichermaßen vorsieht.

Die Schwerarbeitspension sieht als frühestmögliches Anfallsalter das 60. Lj. für Männer und Frauen vor. Für Frauen ist aktuell die Schwerarbeitspension faktisch zwar erreichbar, aber nicht interessant, da das Erfordernis von 60 Lj. der Regelpension (ohne Abschläge eines früheren Pensionsantritts)

⁸¹ § 253c ASVG Inkraft getreten mit BGBl. Nr. 335/1993 (51. Novelle zum ASVG und Parallelgesetze) und Außerkraftgetreten mit dem BBG 2003, BGBl. I Nr. 71 (§ 253c iVm § 607 Abs. 2 ASVG).

⁸² § 253a iVm § 607 Abs. 2 ASVG idF des BBG 2003.

⁸³ *Rudda*, Pensions- und Pflegevorsorge, 2008, 56.

für das weibliche Geschlecht gleichkommt. Der Personenkreis, der die Schwerarbeitspension in den nächsten Jahren positiv in Anspruch nehmen kann, ist rein männlich. Erst ab 2024 steht diese Pensionsart auch den weiblichen Versicherten offen bzw. erst ab diesem Jahr ist die Schwerarbeitspension eine reale Option eines früheren Pensionsantrittes als nach dem Regelpensionsalter.

Auch die Korridor pension, die seit dem Pensionsharmonisierungsgesetz als eine vorzeitige Alterspension in Anspruch genommen werden kann, ist in den nächsten Jahren nur für männliche Versicherte spruchreif. Eine Korridor pension kann erst ab dem 62. Lj. in Anspruch genommen werden. Hier gilt das zur Schwerarbeitspension Gesagte: Das Regelpensionsalter für Frauen beträgt die nächsten Jahre hindurch noch 60 Lj.

V. Die Schwerarbeitsverordnung

A. Historischer Abriss

Die Idee der Berücksichtigung von Schwerarbeit im Rahmen der gesetzlichen Pensionsversicherung rührt nicht erst aus dem 21. Jahrhundert. Schon in den 1970-er Jahren forderte die freiheitliche Arbeitnehmerbewegung in Hallein eine Sonderregelung für bestimmte, beruflich schwer belastete Arbeitskräfte. Es wurde zu diesem Vorhaben einen Fraktionsbeschluss der FPÖ gefasst. Die freiheitliche Arbeitnehmerschaft der AK Salzburg legte in Folge ihren Fraktionsbeschluss zur Beschlussfassung vor. Dieser wurde allerdings nicht gefasst, sondern verstaubte über 30 Jahre, ehe im Jahr 2003 der damalige Sozialminister und Vizekanzler Mag. Herbert *Haupt* das Vorhaben einer Schwerarbeitsregelung wieder aufgriff.

Neben dem Ziel besonders belastende Berufstätigkeiten gesondert zu erfassen und Arbeitnehmern in diesen Bereichen eine frühere, abschlagsprivilegierte Pensionsmöglichkeit zu gewähren, sollte durch diese neue Regelung auch eine Diskriminierung älterer Arbeitnehmer hintan gehalten werden.

Der „Spatenstich“ zur Verordnung über besonders belastende Berufstätigkeiten, (Kurztitel: Schwerarbeitsverordnung) erfolgte am 1.9.2003. Es fand unter *Haupt*, ein erster Arbeitskreis statt, dem neben den Sozialpartnern u. a. Arbeitsmediziner, Vertreter der Sozialversicherungsträger sowie Vertreter des öffentlichen Dienstes angehörten. Zu Beginn wurde in den Expertenrunden das Hauptaugenmerk auf bestimmte Berufsbilder gelegt, die in ihren Anforderungsprofilen auf die Ausübung von Schwerarbeit schließen lassen konnten. Ein dreidimensionaler Würfel, der die Parameter Arbeitszeit, Alter und Belastung in Relation setzen sollte, wurde erstellt.

Man ging von einer erhöhten Mortalität gewisser Berufsgruppen aus, die sich in Form einer besonderen Regelung im Pensionsrecht widerspiegeln sollte. Versicherungsmathematisch wäre dieser Ansatz richtig, doch die tat-

sächliche berufliche Belastung jedes einzelnen Schwerarbeiters würde so nicht konkret beurteilt werden können.

Ziel und Zweck einer zu erstellenden Schwerarbeitsregelung ist es, eine verkürzte Lebenserwartung durch eine privilegierte Regelung in der Pensionsversicherung auszugleichen. Eine kürzere Lebenserwartung misst sich aber nicht allein am Faktor „Arbeit“. Das soziale Umfeld, die Lebensweise, Gewohnheiten, Freizeitaktivitäten, etc. beeinflussen ebenso die Gesundheit eines Menschen, wie das Arbeitsumfeld und die Arbeit selbst. Sehr bald einigte man sich daher darauf, dass allein das Berufsbild nicht geeignet erscheint, um Schwerarbeit festzustellen.

Jeder Beruf enthält ein bestimmtes Anforderungsprofil; zu dem kommt, dass innerhalb einer Berufsgruppe weiters differenziert werden muss, welche Anforderungen tatsächlich erfüllt werden müssen. Ebenso ist der historische Wandel eines Berufes zu berücksichtigen, insbes. in Branchen, wie z. B. in der Baubranche. Es stellt für die Beurteilung von Schwerarbeit einen entscheidenden Unterschied dar, ob einem Arbeitnehmer Hilfskräfte zur Seite stehen/standen oder nicht.

Die Belastung muss in der Arbeit per se liegen. Daher sind auch Faktoren wie etwa der Arbeitnehmerschutz, der Technologieeinsatz, die Ausstattung etc. in einem Unternehmen entscheidende Parameter, um einen bestimmten Sachverhalt rechtlich richtig – iSd Schwerarbeitsverordnung – zu würdigen. So müssen Grabungsarbeiten nicht immer Schwerarbeit iSd Verordnung sein. Es gibt Unternehmen, die mit höchster Technologie arbeiten und Grabungsarbeiten durch das Bedienen eines „Joysticks“ erledigt werden; andere Firmen haben den Wandel der Zeit noch nicht derart vollzogen; deren Mitarbeiter müssen dieselben Grabungsarbeiten immer noch unter größten manuell schwerbelastenden Bedingungen durchführen.

Daher verständigten sich die Experten bald auf einen anderen Anknüpfungspunkt, nämlich auf jenen der Berücksichtigung von berufsbedingt be-

lastenden Tätigkeiten. Schließlich gab es bereits ein G, das in ähnlicher Weise eine ähnliche Materie regelte und sich bewährt hatte, das NSchG⁸⁴.

Durch etliche Experten-Diskussionsrunden kam man zu dem Ergebnis, dass die Arbeitsbelastung in den letzten Jahren und Jahrzehnten ist nicht geringer geworden ist; lediglich das Bild und die Umverteilung der Belastungen haben sich geändert. Die Schwierigkeit der Beurteilung liegt nicht nur innerhalb eines Berufsbildes, sondern auch innerhalb des Begriffs „schwere Arbeit“. Was als schwer, sehr schwer und weniger schwer zu qualifizieren ist, war ebenso Diskussionsgegenstand in den Arbeitsgruppen wie die Frage, ob oder – ggf. – wie man psychischen Stress messen kann.

Die Anlehnung an das NSchG, das medizinische „Know-How“, das die Arbeitsmediziner in die Arbeitsgruppen einbrachten sowie ein Berufskundler als Fachexperte bildeten die Basis zur Erarbeitung einer Schwerarbeitsverordnung. Geleitet wurden die Sitzungen jeweils vom Sektionschef der Sektion II des Sozialressorts, Dr. Walter *Pöltner*.

Grob gliedern lässt sich der Anwendungsbereich einer Schwerarbeitsregelung folgendermaßen:

Was ist unter dem Begriff „Schwerarbeit“ zu verstehen? Und in diesem Zusammenhang: Welche Meldeverpflichtung obliegt dem Dienstgeber?

Wie werden Schwerarbeitszeiten festgestellt?

Welche (privilegierten) Pensionsansprüche entstehen dem Versicherten durch das Vorliegen von Schwerarbeit?

Am 9.3.2006 wurde die Schwerarbeitsverordnung – nach einem dreijährigen Diskussions- und Verhandlungsprozess – unter dem Langtitel „Verordnung über besonders belastenden Berufstätigkeiten“ im BGBl. II Nr. 104/2006 verlautbart. In Kraft getreten ist die Verordnung mit 1.1.2007.

⁸⁴ BGBl. Nr. 384/1981.

B. Der Begriff „Schwerarbeit“ iSd VO

Meine erste Aufgabe im Rahmen des Vorhabens der Erarbeitung einer Schwerarbeitsverordnung war, eine Um- bzw. Beschreibung des Begriffes „Schwerarbeit“ zu eruieren. Dieses Unterfangen war kein leichtes, denn in der Arbeitswissenschaft gibt es für den Begriff „Schwerarbeit“ keine Definition.

Traditionell wird Schwerarbeit – auch heute noch – mit rein körperlich anstrengender Arbeit verbunden, die sich dadurch manifestiert, dass primär der Stütz- und Bewegungsapparat stark belastet werden. Stand der Wissenschaft ist derzeit jedoch, dass auch die psychischen Belastungen mit einbezogen werden müssen⁸⁵. Problematisch ist diese Einbeziehung insofern, dass psychischer Stress – nach Auskunft von Medizinern – im Gegensatz zu körperlicher Schwerarbeit nicht messbar sei.

Körperliche Schwerarbeit ist in Form des Arbeitskilokalorienverbrauches messbar. Daher hat man sich in diesem Punkt – anders als bei den anderen Belastungsmomenten der VO – darauf geeinigt, bei der Berücksichtigung körperlicher Schwerarbeit auf Berufsbilder zurückzugreifen, allerdings nicht unter Außerachtlassung der jeweiligen historischen Entwicklung bzw. (technischen oder mechanischen) Veränderung.

C. Intention des Gesetzgebers

Die Intention des Gesetzgebers ist eine besondere Berücksichtigung belastender beruflicher Tätigkeiten in der Pensionsversicherung. Die Schwerarbeitspension soll für Selbstständige und Unselbstständige gleichermaßen gelten. Im Gegensatz zu Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits-, und Erwerbsunfähigkeit soll hier zwischen Berufsschutz und sämtlichen Verweisungsmöglichkeiten nicht unterschieden werden. Allen, die die Voraussetzungen für eine Schwerarbeitspension erfüllen, soll diese auch offen stehen. Ob dies mit dieser Regelung gelungen ist, wage ich zu bezweifeln. Aus in dieser Ar-

⁸⁵ *Milisits/Wolff*, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007, 174.

beit noch zu erläuternden Gründen wird diese Pensionsart, die vermeintlich niemanden ausschließt, vermutlich einen kleineren Kreis an Versicherten ansprechen, als andere (vorzeitige) Alterspensionen.

Im geltenden Recht sind zwei Schwerarbeitspensionen vorgesehen, eine nach dem ASVG und eine nach dem APG. Bezogen auf ihre zeitliche Wirkung, auf die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen und die Pensionshöhe sind die Schwerarbeitspensionen unterschiedlich geregelt. Ursprünglich war Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension nicht das Vorliegen von 120 Schwerarbeitsmonaten in den letzten 240 Kalendermonaten vor dem Pensionsantritt; vielmehr war ausschlaggebend, dass in der Hälfte der erforderlichen Beitragsmonate (d. s. 270 von 540 bei Männern und 240 von 480 bei Frauen) Schwerarbeit iSd VO geleistet wurde (nach ASVG und Parallelgesetze). Nach den gesetzlichen Bestimmungen des APG war das Vorliegen von mind. 180 Schwerarbeitsmonaten von insgesamt 540 Versicherungsmonaten vorgesehen.

Ferner sollte die Abschlagsregelung nicht einheitlich sein, sondern sich an der Anzahl der erworbenen Schwerarbeitsmonate orientieren. Auch das Anfallsalter sollte ursprünglich nicht allgemein 60 Lj. betragen; geplant war eine sog. „Verringerungstheorie“ anzuwenden (Verringerung des Lebensalters um einen Monat je vier Schwerarbeitsmonate). Diese Regelungen klingen nicht nur höchst komplex, sie sind es auch; v. a. die Vollziehung einer derartig komplizierten neuen Regelung wäre für die Verwaltung nahezu unmöglich geworden.

Mit der Regierungsvorlage eine SVÄG 2006 wurden diese Regelungen durch die nunmehrigen aktuellen ersetzt. Die Begründung dieser Änderungen teilt sich in zwei Komponenten:

Es sollte primär schwere Arbeit im fortgeschrittenen Alter berücksichtigt werden. Daher wurde das Abstellen auf den Beobachtungszeitraum von 240 Kalendermonaten vor dem Pensionsantritt vereinbart.

Ein zweiter wesentlicher Faktor ist die Administrierbarkeit. Diese wäre – zumindest aktuell – sehr schwierig bis faktisch unmöglich geworden. Selbst der HV speichert seine Daten erst seit den 70-er Jahren elektronisch. Benötigtes Datenmaterial zur Ermittlung weit zurückliegender potentieller Schwerarbeitszeiten wäre somit unmöglich zu beschaffen gewesen. Dadurch wäre den pensionsnahen Jahrgängen die Schwerarbeitspension faktisch nicht offen gestanden. Nicht zuletzt aus Gründen der Sparsamkeit fühlte man sich in der neuen Regelung des kürzeren und stichtagsnäheren Beobachtungszeitraumes bestätigt.

Die Erläuterungen zur Schwerarbeits-VO führen einleitend aus:

„...Die Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz⁸⁶ hat unter Berücksichtigung von berufskundlichen und arbeitsmedizinischen Gutachten sowie nach Anhörung der gesetzlichen beruflichen Interessenvertretungen und unter Bedachtnahme auf die Liste der Berufskrankheiten (Anlage 1 zum ASVG) bis längstens 31. Dezember 2006 mit Verordnung festzustellen, für welche Tätigkeiten die genannten Begünstigungen gelten. Diese Verordnung bedarf der Zustimmung der Bundesregierung.

Darüber hinaus hat die Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz jährlich bis zum 31. Oktober des Folgejahres, erstmals für das Kalenderjahr 2007, der Bundesregierung einen Bericht über die statistischen und finanziellen Auswirkungen dieser Regelung vorzulegen.“

Weiter:

„...Im Rahmen des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde als besondere Art der Alterspension die Schwerarbeitspension nach § 4 Abs. 3 APG eingeführt. Diese Pensionsart kommt ab 1. Jänner 2007 auch für alle Personen in Betracht, die vor dem 1.

⁸⁶ Die Schwerarbeits-VO wurde am 9.3.2006 im BGBl. II Nr. 104 unter Sozialministerin *Haubner* publiziert.

Jänner 1955 geboren sind und somit den Vorschriften der Pensionsharmonisierung grundsätzlich nicht unterliegen.

Mit der gegenständlichen Vorlage wird – nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsklarheit – sowohl die Verordnungsermächtigung nach § 607 Abs. 14 ASVG als auch jene nach § 4 Abs. 4 APG wahrgenommen...“

Die „normale Hacklerregelung“ (Langzeitversichertenregelung) gilt für männliche Versicherte, die vor dem 1.1.1954 und für weibliche Versicherte, die vor dem 1.1.1959 geboren worden sind. Bei Vorliegen von 60. Lj. bzw. 55 Lj. und 540 bzw. 480 Beitragsmonaten, kann eine – auf Lebenszeit – abschlagsfreie Pension in Anspruch genommen werden. Dazu gezählt werden max. 60 Ersatzmonate Kindererziehung, Ersatzmonate des Wochengeldbezugs, max. 30 Ersatzmonate Präsenz- bzw. Zivildienst, Ersatzmonate eines Krankengeldbezugs sowie allfällige Ausübungsersatzzeiten.

Die ASVG-Schwerarbeitspension stellt eine Sonderform der Langzeitversichertenregelung dar und gilt nur befristet, während die Schwerarbeitspension nach dem APG eine eigenständige Pensionsform darstellt und im Dauerrecht verankert ist. Die „Hacklerregelung für Schwerarbeiter“ ist im § 607 Abs. 14 ASVG (und Parallelbestimmungen) als sog. „Einschleifregelung“ konzipiert. Männliche Versicherte, die zwischen 1.1.1954 und 31.12.1958 geboren worden sind und das 60. Lj. vollendet haben, können unter den übrigen Voraussetzungen einer „normalen“ Hacklerregelung“, wenn sie zusätzlich die Kriterien der Schwerarbeitspension erfüllen, diese Pension antreten. Weibliche Versicherte müssen zwischen 1.1.1959 und 31.12.1963 geboren worden sein und das 55. Lj. vollendet haben, um – unter den allgemeinen Voraussetzungen – eine derartige Pensionsart beanspruchen zu können.

Das Neben- bzw. Hintereinanderstehen der beiden Schwerarbeitspensionen (nach ASVG und APG) birgt nicht folgenlose Konsequenzen in sich: So kann eine am (oder vor) 31.12.1963 geborene Frau bei Vorliegen von – den entsprechend im Gesetz festgelegten – Schwerarbeitszeiten und 40 Beitragsjahren mit 55 Lj. am 1.1.2019 eine Schwerarbeitspension nach dem

ASVG in Anspruch nehmen. Eine Frau, die einen Tag später, am 1.1.1964. geboren wurde, kann dagegen erst ab 1.1.2024 bei Vorliegen von Schwerarbeitszeiten und 45 Versicherungsjahren, mit 60 Lj. eine APG-Pension beanspruchen. Im Ergebnis bedeutet das, dass die um einen Tag jüngere der beiden Frauen, fünf Versicherungsjahre mehr benötigt, um aufgrund von Schwerarbeit in Pension gehen zu können.

§ 4 Abs. 4 APG unterscheidet nicht mehr zwischen männlichen und weiblichen Versicherten bzw. nach Geburtsjahrgängen, da das APG für beide Geschlechter das 65. Lj. als Regelpensionsalter vorsieht⁸⁷.

D. Die Belastungsmomente der Schwerarbeits-VO – Feststellung von Schwerarbeitszeiten

Die Belastungsmomente sind in § 1 Abs. 1 der Schwerarbeits-VO taxativ aufgezählt.

„§ 1 Abs. 1: Als Tätigkeiten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen erbracht werden, gelten alle Tätigkeiten, die geleistet werden...

Z 1 „...in Schicht- oder Wechseldienst auch während der Nacht (unregelmäßige Nachtarbeit), das heißt zwischen 22 Uhr und 6 Uhr, jeweils im Ausmaß von mind. sechs Stunden und zumindest an sechs Arbeitstagen im Kalendermonat, sofern nicht in diese Arbeitszeit überwiegend Arbeitsbereitschaft fällt, oder...“

Diese Definition des Schicht- und Wechseldienstes wurde aus dem NSchG übernommen. Unter „Schicht- oder Wechseldienst“ ist die Einbindung in einen periodischen Dienstplan zu verstehen⁸⁸. Ein Tausch unter Arbeitskollegen ist für die Beurteilung des Dienstgebers für die Schwerarbeitsmeldung irrelevant; es kommt auf den – regelmäßig im Vorhinein – erstellten Plan an.

⁸⁷ § 4 Abs. 1 APG.

⁸⁸ *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – Ein Leitfaden für die Praxis, 2008, 22.

Es ist von einer Durchschnittsbetrachtung auszugehen (analog Art. XI Abs. 6 NSchG; s. dazu unten).

Unter „Arbeitsbereitschaft“ ist der Aufenthalt an einem vom Dienstgeber bestimmten Ort mit der Verpflichtung zur jederzeitigen Aufnahme der Arbeit im Bereitschaftsfall zu verstehen. Während der Arbeitsbereitschaft wird keine Tätigkeit verrichtet; eine allfällige Entlohnung für Arbeitsbereitschaft ist irrelevant; dabei handelt es sich um arbeitsrechtliche Normen, die in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen.

Unter „überwiegender Arbeitsbereitschaft“ ist mehr als die Hälfte der Arbeitszeit zu verstehen.

Z 2 „...regelmäßig unter Hitze oder Kälte im Sinne des Art. VII Abs. 2 Z 2 und 3 des Nachtschwerarbeitsgesetzes (NSchG), BGBl. Nr. 354/1981, oder...“

Das Belastungsmoment „Hitze“, das den Organismus besonders belastet, wurde im NSchG gegenüber der ursprünglichen Fassung neu formuliert. Die Einwirkung auf den Organismus muss während des überwiegenden Teils der Arbeitszeit feststellbar sein. Unter „überwiegend“ ist auch hier mehr als die Hälfte der Arbeitszeit zu verstehen.

Typische berufliche Tätigkeiten, die unter diese Belastung subsumiert werden, sind Arbeiten am Hochofen sowie im Bereich Aluguss, Glasindustrie und der Papierindustrie (Papierriss-Wartungsarbeiten). Nicht unter diese Z fallen Arbeiten in den Sommermonaten, da Hitze auf rein klimatische Verhältnisse zurückzuführen ist⁸⁹; hier ist jedoch der Einfluss der Arbeitsvorgänge wesentlich.

Typische Kälte-Arbeitsplätze sind z. B. solche in Tiefkostverteilungszentren der Lebensmittelindustrie, in denen Verpackungs- und Kommissionsarbeiten durchgeführt werden (Logistikzentrum, Hochregallager).

⁸⁹ Solche Arbeiten können aber unter „körperliche Schwerarbeit“ gem. § 1 Abs. 1 Z 4 der VO fallen.

Hitze- und Kältearbeitsplätze müssen dem Arbeitsinspektorat gemeldet werden und sind diesem daher bekannt. Eine Objektivierbarkeit ist aus diesem Grund gegeben.

Z 3 „...unter chemischen oder physikalischen Einflüssen im Sinne des Art. VII Abs. 2 Z 5, 6 und 8 NSchG oder,...“

Diese Z ist iVm § 2 der VO zu sehen.

§ 2 lautet:

„Eine Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 gilt nur dann als besonders belastend, wenn dadurch eine Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 203 ASVG von mindestens 10 % verursacht wurde.“

Sowohl die gesundheitsgefährdende Einwirkung von Erschütterungen – unter Verwendung von Arbeitsgeräten, Maschinen und Fahrzeugen – als auch das Tragen von Atemschutz- bzw. Tauchgeräten und das gesundheits-schädliche Einwirken von inhalativen Stoffen, die zu einer Berufskrankheit iSd Anlage 1 zum ASVG führen können, finden Berücksichtigung bei diesem Belastungsmoment. Zu den inhalativen Schadstoffen zählen z. B. Arsen (und seine Verbindungen), Benzol, Vinylchlorid, Zinkchromat, Asbest, Nickel (und seine Verbindungen), Blei, Phosphor, Quecksilber, Mangan, Ruß, Pech oder Teer. Als zeitliches Mindestausmaß wird bei Atemschutzgeräten vier Stunden und bei Tauchgeräten zwei Stunden Verwendungszeit vorausgesetzt⁹⁰.

Im Vordergrund steht bei dieser Z die MdE iHv 10 % und die Exposition. Die Prüfung der kausalen MdE ist als Vorfrage durch den zuständigen Unfallversicherungsträger nach Antragstellung auf eine Schwerarbeitspension vorzunehmen⁹¹.

⁹⁰ Schwarz/Ziniel, Kommentar zum NSchG, 1997, 71.

⁹¹ § 203 ASVG („Anspruch auf Versehrtenrente“).

Panhözl stellt die Berechtigung dieser Z kritisch in Frage, nämlich ob eine derartige Belastung oder Bedingung im Rahmen der SchwerarbeitsVO noch im Einklang mit den gesetzlichen Grundlagen steht.

„...Eine Erwerbsminderung von mind. 10 % als Folge eines Arbeitsunfalls oder eine Berufskrankheit kann wohl kaum als „belastende Arbeitsbedingung“ iSd zitierten Gesetzes verstanden werden. Es handelt sich dabei um die Folge besonders belastender Arbeitsbedingungen, aber nicht um eine Arbeitsbedingung selbst, deren Definition die Aufgabe der VO ist, womit diese VO-Bestimmung gesetzwidrig wird.“⁹²

Vom ursprünglichen Gedanken der Schwerarbeit auszugehen, ist *Panhözl* mE zu folgen. So wie mE die reine Nacharbeit, die in einem nicht weiter verfolgten Novellenentwurf der SchwerarbeitsVO enthalten war, nicht Gegenstand der VO sein kann, da es sich nicht – wie der Titel der VO sagt – um besonders belastende Tätigkeiten per se handelt, so dürfte auch die Folge einer potentiellen Belastung nicht Eingang ist die Regelung finden. Ebenso verhält es sich mit der Z 6 der SchwerarbeitsVO (das Arbeiten von Menschen mit Beeinträchtigungen, die mind. Anspruch auf Pflegestufe 3 haben).

Folgt man *Panhözl*, so dürfte die Z 6 ebenso nicht in der SchwerarbeitsVO festgeschrieben sein wie die Z 3; bei der Z 6 geht es nämlich um eine originäre Beeinträchtigung; der Betroffene wird wohl nie Schwerarbeit iSd Bestimmung verrichten oder verrichtet haben, und trotzdem findet die VO auf ihn Anwendung.

Pflichtet man also *Panhözls* Meinung bei, so müsste auch die Z 6 ersatzlos gestrichen werden; den Faktor „reine Nacharbeit“ dürfte man künftig iZm Schwerarbeit gar nicht mehr zur Diskussion stellen.

Z 4 „...als schwere körperliche Arbeit, die dann vorliegt, wenn bei einer achtstündigen Arbeitszeit von Männern mindestens 8 374 Arbeitskilojoule [2

⁹² *Panhözl*, Vollziehungsprobleme bei der Schwerarbeitspension, in: DRdA 2/2009, 104.

000 Arbeitskilokalorien] und von Frauen mindestens 5 862 Arbeitskilojoule [1 400 Arbeitskilokalorien] verbraucht werden, oder,...

Diese Z ist iVm § 3 der VO zu sehen:

§ 3 lautet.

„Ob eine bestimmte Tätigkeit als schwere körperliche Arbeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 4 gilt, ist nach den in der Anlage zu dieser Verordnung festgeschriebenen Grundsätzen festzustellen.“

Schwere körperliche Arbeit setzt eine über das normale Kräftepotential hinausgehende Verausgabung der Arbeitskraft voraus. Hier wird von einer Durchschnittsbetrachtung ausgegangen; das individuelle Körpergewicht spielt dabei keine Rolle. Kriterien für die Einstufung sind neben der energetischen Belastung (Herz- und Kreislaufbelastung) auch die Belastung des passiven (Knochen, Gelenke) und aktiven (Sehnen, Muskeln) Stütz- und Bewegungsapparates.

Es gibt umfangreiche medizinische Methoden, um „körperliche Schwerarbeit“ zu beurteilen, wie z. B. Herzfrequenzmessungen über den gesamten Arbeitstag⁹³.

Unter „körperlicher Schwerarbeit“ wird nach dem Lexikon „Begriffe der Arbeitswelt“⁹⁴ Folgendes verstanden:

Eine über das normale Kräftepotential – Intensität und/oder Dauer – hinausgehende Verausgabung von Arbeitskraft;

Arbeit, die die gesamte Körpermuskulatur beansprucht und bei der etwa 6.000 (Frauen) bis 8.000 (Männer) kJ⁹⁵ in acht Stunden verbraucht werden.

Für die Festlegung der Schwerarbeits-Grenze ist die Lage der sog. „Energetischen Dauerleistung“ (des Tages-Arbeitsenergieumsatzes) von Bedeu-

⁹³ *Milisits* in: PV-Info, 03/2007, 6.

⁹⁴ ON-Verlag, 2004.

⁹⁵ Das entspricht etwa 1.440 bis 1.920 kcal/acht Stunden.

tung. Energetische Schwerarbeit liegt vor, wenn bei achtstündiger Arbeitszeit durch die Arbeitsleistung eine bestimmte Menge von Arbeitskilokalorien (Arbeitskilojoule⁹⁶) verbraucht werden. Es wurde bei diesem Tatbestand die eigentliche Linie, das Hauptaugenmerk auf berufliche Tätigkeiten zu legen, verlassen. Es wurden zwei Listen erstellt, die Berufsbilder und deren durchschnittlichen Arbeitskilokalorienverbrauch enthalten und so festlegen, bei welchen Berufen ein entsprechender Arbeitskilokalorienverbrauch und daher das Vorliegen von körperlicher Schwerarbeit jedenfalls anzunehmen ist.

Eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen ist in diesem Fall – nach einem Rechtsgutachten von Verfassungsrechtler *Prof. Öhlinger* – gerechtfertigt, da arbeitsmedizinisch begründet⁹⁷.

Eine Einschränkung erfährt die „körperliche Schwerarbeit“ dadurch, dass kein maschineller Einsatz mit Großgeräten (dazu zählen z. B. Bagger, Kran, LKW) vorliegen darf und nicht überwiegend Planungs-, Organisations-, Kontroll- oder Aufsichtstätigkeiten ausgeübt werden dürfen.

Der Passus „kein maschineller Einsatz mit Großgeräten“ wurde in der Sozialpartnerdiskussion als Präambel zu den Berufslisten eingefügt. Gemeint ist damit, dass bei vorwiegender Fahrtätigkeit – wie z. B. im Forstbetrieb mit LKW oder Harvester oder im Baubereich als Kranführer oder Baggerfahrer – nicht allgemein von Schwerarbeit ausgegangen werden kann. Im Einzelfall wäre dies anhand von Bestätigungen darzulegen. Bei Vorliegen überwiegend manueller Tätigkeit kann entsprechend der Auflistung der Berufe von Schwerarbeit dennoch gesprochen werden.

⁹⁶ Der neuere Begriff für den Arbeitskilokalorienverbrauch ist der Begriff der Arbeitskilojoule; dieser Ausdruck hat sich in der Arbeitsmedizin jedoch nicht durchgesetzt. Man hat sich im Bereich der Schwerarbeit auch aufgrund der einfacheren Werte auf den Begriff „Arbeitskilokalorien“ verständigt.

⁹⁷ ausführlich: s. unten „Die Schwerarbeitsverordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht“.

Z 5 „...zur berufsbedingten Pflege von erkrankten oder behinderten Menschen mit besonderem Behandlungs- oder Pflegebedarf, wie beispielsweise in der Hospiz- oder Palliativmedizin⁹⁸, oder, ...“

Voraussetzung ist ein entsprechender Pflegeberuf in einer entsprechenden Institution, wobei der Pflegeaufwand entscheidend ist. Es kann auch ambulante Pflege vorliegen. Ein tatsächlicher Pflegegeldbezug ist aber nicht Voraussetzung, um diesen Tatbestand zu erfüllen.

Eine Besonderheit stellt diese Z freilich dar, gleichsam eine Ausnahme von der Regel: Teilzeitarbeit ist hier mit umfasst, die Untergrenze, um diese Z zu erfüllen, ist eine Arbeitszeit von mind. vier Stunden/Tag (dies entspricht der Hälfte der Normalarbeitszeit). Diese Interpretation ist einhellige Meinung der Experten, die gemeinsam diese Regelung erarbeitet haben. Es gibt viele, v. a. psychisch belastende Berufstätigkeiten in diesem Bereich, die eine Vollzeitbeschäftigung gar nicht zulassen. Da man sich in den Arbeitsgruppen einig war, niemanden schon im Vorhinein von der Schwerarbeitsregelung ausschließen zu wollen, hat man damit versucht, auch den psychischen Stress beruflicher Tätigkeiten mit zu erfassen.

Z 6 „...trotz Vorliegens einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (§ 14 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970) von mindestens 80 %, sofern für die Zeit nach dem 30. Juni 1993 Anspruch auf Pflegegeld zumindest in Höhe der Stufe 3 nach § 5 des Bundespflegegeldgesetzes, BGBl. Nr. 110/1993, oder nach den Bestimmungen der Landespflegegeldgesetze bestanden hat.“

Schwerarbeit liegt hier aufgrund der Ausgangsposition der beeinträchtigten Person vor. Dieser Tatbestand geht auf eine Forderung der Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation zurück: Durch Behinderungen beeinträchtigte Personen haben es im Erwerbsleben allgemein schwerer; sei es der Weg zum Arbeitsplatz, seien es Hindernisse, mit denen sie am Weg dorthin oder vor

⁹⁸ Hospiz-, Palliativmedizin: Behandlung im fortgeschrittenen Stadium einer unheilbaren Krankheit.

Ort zu kämpfen haben. Unabhängig von einer Barrierefreiheit ist es mühsamer und sicherlich aufwendiger sich von A nach B zu bewegen. Als Beispiel hierfür sei ein Rollstuhlfahrer genannt. Ein weiterer Anwendungsfall für dieses Tatbestandselement sind Kleinwüchsige. Auch für diese Personengruppe ist es aufgrund ihrer Ausgangslage idR anstrengender zu ihrem Arbeitsplatz zu kommen, als für – nach medizinischen Gesichtspunkten – normal große Menschen.

Maßgeblich ist der Pflegebedarf iSd Pflegestufe 3⁹⁹ nach dem BPGG; ein tatsächlicher Bezug ist nicht Voraussetzung. Entscheidend ist der Anspruch auf Pflegegeld für Zeiträume ab Inkrafttreten des BPGG (1.7.1993). Vor Inkrafttreten des BPGG ist als Anknüpfungspunkt die Voraussetzung einer MdE idH von 80 % nach dem BEinstG¹⁰⁰ heranzuziehen.

§ 1 Abs. 2: „Als besonders belastende Berufstätigkeiten gelten jedenfalls auch alle Tätigkeiten, für die ein Nachtschwerarbeits-Beitrag nach Art. XI Abs. 3 NSchG geleistet wurde, ohne dass daraus ein Anspruch auf Sonderruhegeld nach Art. X NSchG entstanden ist.“

Schwerarbeitszeiten iSd SchwerarbeitsVO können mit Nachtschwerarbeitszeiten iSd NSchG kumuliert werden. Fest steht, dass die Zeiten unter die jeweilige gesetzliche Bestimmung fallen müssen und erst danach zusammengerechnet werden, wobei die Tatbestandsmerkmale jeweils für sich erfüllt sein müssen, um schließlich eine Zusammenrechnung wirksam vorzunehmen und diese Zeiten auch tatsächlich als Schwerarbeitszeiten qualifizieren zu können.

Das Vorliegen von Schwerarbeitszeiten stellt eine Anspruchsvoraussetzung dar; es ist das Verfahren in Leistungssachen anzuwenden¹⁰¹. Der Feststellung der Zeiten gem. § 247 Abs. 2 ASVG (und Parallelgesetze) kommt be-

⁹⁹ Dies entspricht einem Pflegebedarf von über 120 Stunden/Monat.

¹⁰⁰ BGBl. Nr. 22/1970.

¹⁰¹ Empfehlung des BMSG betreffend Umsetzung der Schwerarbeitsverordnung durch die Pensionsversicherungsträger vom 26.7.2006, GZ: BMSG-21113/0012-II/A/2/2006.

sondere Bedeutung zu. In sozialer Rechtsanwendung hat jedoch – bei besonderem rechtlichen Interesse – der Pensionsversicherungsträger Verständigungen über die Schwerarbeitszeiten auch vor dem in § 247 Abs. 2 Z 2 ASVG genannten Lj. der versicherten Person weiterzugeben. Schwerarbeitszeiten werden mittels Bescheid durch den zuständigen Pensionsversicherungsträger¹⁰² auf Antrag des Versicherten festgestellt. Einen Antrag auf Feststellung kann man seit 1.7.2006 stellen¹⁰³.

Kritik wurde seitens der Arbeitnehmervertreter geübt, da eine Lücke bis zum 1.1.2007 entstehen würde. Diesem Argument kann – meiner Rechtsauffassung nach – nicht gefolgt werden. Der frühestmögliche Stichtag für die Zuerkennung einer Schwerarbeitspension war der 1.1.2007. Um den Pensionsversicherungsträgern ausreichend Zeit einzuräumen – gerade in den Anfängen einer neuen Regelung – ist es als durchaus legitim zu werten und widerspricht nicht der Rechtssicherheit, dass eine Feststellung ein halbes Jahr vor tatsächlichem Inkrafttreten der Verordnung möglich ist.

E. Alternative Rechtsmeinung zur Zuerkennung von Schwerarbeitszeiten

Unter einer genauen Analyse der Bestimmungen nach dem APG wäre nicht nur eine Feststellung, sondern auch schon eine Zuerkennung einer Schwerarbeitspension ab dem 1.7.2006 möglich gewesen.

§ 4 Abs. 3 APG normiert jene Voraussetzungen, unter denen eine Schwerarbeitspension in Anspruch genommen werden kann. § 16 Abs. 2 APG legt fest, dass diese Bestimmung des § 4 Abs. 3 mit 1.1.2007 in Kraft tritt. § 18 Abs. 1 APG sieht für § 4 Abs. 3 als Datum des Inkrafttretens den 1.7.2006 vor.

¹⁰² § 247 ASVG.

¹⁰³ SVÄG 2006, BGBl. I Nr. 130, normiert in § 627 Abs. 1 Z 1 ASVG (und Parallelgesetze) das Inkrafttreten mit 1.7.2006.

Gem. dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ kann bzw. konnte daher eine Schwerarbeitspension de facto bereits seit 1.7.2006 – rechtlich wirksam – zuerkannt werden.

Die eigentliche SchwerarbeitsVO als Durchführungs-VO, welche die beruflichen Belastungsmomente festlegt, ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten, jedoch bereits im BGBl. publiziert; allein durch die Publikation ist jedoch noch keine rechtliche Verbindlichkeit eingetreten.

Mittels teleologischer Interpretation kann diese alternative Rechtsmeinung bestätigt werden. Diese Auslegungsmethode stellt auf den Zweck des Gesetzes ab (griechisch „telos“: Ziel, Zweck). Dieser ist aus dem G eindeutig und zweifellos erkennbar: Es sollen besonders belastende berufliche Tätigkeiten pensionsrechtlich besonders gewürdigt werden. Auch über die sog. Willens- oder Sinnesinterpretation („historische Auslegung“), die die Absicht des Gesetzgebers widerspiegelt ist eine Zuerkennung ab 1.7.2007 rechtlich vertretbar.

Zu problematisieren ist hier allerdings die – teilweise fehlende – Objektivität der Belastungsmomente. Was iSd erst am 1.1.2007 in Kraft getretenen SchwerarbeitsVO als ein solches Tatbestandselement anerkannt wird, ist am 1.7.2006 ja rechtlich noch nicht verbindlich. Hier müsste ebenfalls auf einer teleologischen und historischen Interpretationsschiene ein vertretbares Ergebnis erzielt werden, das der Intention des Gesetzgebers entspricht. Bei „körperlicher Schwerarbeit“ wird es keine Zweifel geben. Die ex-post-Beurteilung der chemischen und physikalischen Einflüsse wird ebenso objektivierbar sein wie das Arbeiten bei Hitze und Kälte, das Vorliegen von Schicht- und Wechseldienst sowie die berufsbedingte Pflege bestimmter Personengruppen. Das Arbeiten von beeinträchtigten Personen, das ja als einziges Tatbestandsmerkmal auf endogene Faktoren Bezug nimmt, könnte ein Problem werden, da dies nicht typischerweise in einer Schwerarbeits-VO geregelt sein müsste und daher die Anwendbarkeit zu Interpretationsproblemen führen könnte.

Für die übrigen extrogenen Faktoren spricht auch der Zeitraum, in dem Schwerarbeit geleistet werden musste; es werden alle Zeiten ab 1.7.2006 berücksichtigt (arg.: die Feststellung von Schwerarbeit ist ab diesem Tag möglich), d. h. es spricht nichts gegen eine Rückwirkung; eine rückwirkende Betrachtung für Zeiten vor dem 1.7.2006 ist ausdrücklich geboten. Anders wäre es, würden Zeiten erst ab 1.1.2007 gewertet werden. Dann wäre die Schwerarbeitspension ausschließlich eine in die Zukunft wirkende Pensionsart und würde älteren Jahrgängen gar nicht offen stehen.

Fazit dieses Gedankenganges ist, dass aufgrund der „lex posterior derogat legi priori-Regelung“ allfällige Zuerkennungen zwischen 1.7.2006 und 1.1.2007 rechtliche Wirksamkeit haben und das tatsächliche In-Kraft-Treten der Schwerarbeits-VO nicht unabdingbare Voraussetzung für Zuerkennungen ist/war.

F. Währungsbestimmung und Feststellung

Eine sog. „Währungsbestimmung“ bzgl. der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension findet sich im SRÄG 2007¹⁰⁴. In jenen Fällen, in denen nicht sofort bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen auf eine Schwerarbeitspension diese auch tatsächlich angetreten wird, bleibt der einmal erworbene Anspruch jedenfalls gewahrt.

Mit anderen Worten: Wird ein Antrag auf Zuerkennung einer Schwerarbeitspension zu einem späteren Zeitpunkt als zum 60. Lj. gestellt, fallen „ältere“ Schwerarbeitszeiten nicht aus dem Rahmenzeitraum heraus („Rückwirkung“). Eine ähnliche Schutzbestimmung gibt es auch für den Bereich der „Hacklerregelung“ und die „Schwerarbeits-Hacklerregelung“ (keine Anspruchsverwirkung bei späterem Pensionsantritt)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ BGBl. I Nr. 31.

¹⁰⁵ § 607 Abs. 14a ASVG.

Exkurs: Schwerarbeit im EU- bzw. EWR-Raum

Für die Beurteilung, ob Schwerarbeitszeiten vorliegen, sind nicht nur die in Österreich liegenden Schwerarbeitszeiten maßgeblich. Auch Schwerarbeit im EU- bzw. EWR-Raum bzw. in Vertragsstaaten wird für die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen berücksichtigt. Gemäß der pro-rata-temporis-Methode¹⁰⁶ werden die potentiellen Schwerarbeitszeiten, die in den Mitgliedstaaten erworben wurden, im Rahmen eines zwischenstaatlichen Pensionsfeststellungsverfahrens überprüft. Aber auch ausschließlich ausländische Schwerarbeitsmonate können eine Schwerarbeitspension nach österreichischem Recht auslösen. Maßgebend dafür sind aber nicht die ausländischen nationalen Regelungen, sondern die Belastungsmomente der österreichischen Schwerarbeitsverordnung; diese werden zur Beurteilung herangezogen, auch wenn die Arbeit in einem EU-, EWR- oder einem anderen Vertragsstaat erbracht wurde¹⁰⁷. Ausländische Schwerarbeitsmonate sind immer dann zu berücksichtigen, wenn diese vom anderen Mitgliedstaat gleichzeitig auch als Versicherungszeit mitgeteilt werden, da auch nach den österreichischen Rechtsvorschriften Schwerarbeitsmonate nur dann berücksichtigt werden, wenn diese gleichzeitig auch Versicherungsmonate sind¹⁰⁸.

G. Abschlagsregelung

Die Abschlagsregelung bei der Schwerarbeitspension ist nicht einheitlich für alle Versicherten geregelt. Es wird zwischen Personen, die vor dem 1.1.1955 und jenen, die ab dem 1.1.1955 geboren worden sind, unterschieden. Es hängt daher davon ab, ob jemand unter die Pensionsharmonisierung fällt oder nicht.

¹⁰⁶ pro-rata-temporis, lat. „zeitanteilig“, „nach zeitlichem Verhältnis“.

¹⁰⁷ s. dazu: Information des BMSK an den HV.

¹⁰⁸ *Siedl/Spiegel*, Kommentar zum zwischenstaatlichen Sozialversicherungsrecht, Allg. Teil, 31.

Für den „älteren Versichertenkreis“ beträgt der Abschlag pro Monat des früheren Pensionsantritts vor Vollendung des Regelpensionsalters 0,35 % der Leistung. Daher beträgt der Abschlag pro Jahr 4,2 %, max. jedoch 15 % der Leistung¹⁰⁹.

Für jüngere Versicherte, die ab dem 1.1.1955 geboren worden sind, gilt die Parallelrechnung gem. § 15 Abs. 1 APG. Der Abschlag beträgt 0,15 % der Leistung pro Monat des früheren Pensionsantritts vor Vollendung des Regelpensionsalters. Der Abschlag ist daher für diese Versichertengruppe ein wesentlich geringerer, er beträgt 1,8 % pro Jahr. Dieser begünstigte Abschlag kommt jedoch nur für den nach dem APG-Recht ermittelten Teil der Pension zum Tragen, daher max. 9 % der Leistung. Für den nach „altem Recht“ ermittelten Pensionsteil bleibt es beim Abschlag von 0,35 % der Leistung pro Monat des früheren Pensionsantritts.

H. Meldebestimmungen

a. Normative Grundlagen

§ 607 Abs.14 ASVG enthält keine VO-Ermächtigung für die Meldepflicht. § 4 Abs. 4 APG normiert, dass die SchwerarbeitsVO auch Bestimmungen über die Meldung der Schwerarbeitszeiten zu enthalten hat. Auf Grundlage der gesetzlichen Bestimmung des APG sind Meldebestimmungen im § 5 der VO festgeschrieben.

§ 5 lautet:

„Meldung der Schwerarbeitszeiten

§ 5. Die DienstgeberInnen haben dem Träger der Krankenversicherung ab dem 1. Jänner 2007 folgende Daten der bei ihnen beschäftigten männlichen Versicherten, die bereits das 40. Lebensjahr vollendet haben, und weiblichen Versicherten, die bereits das 35. Lebensjahr vollendet haben, gesondert zu melden:

¹⁰⁹ Dies entspricht der Abschlagsregelung bei den Invaliditätspensionen.

1. alle Tätigkeiten, die auf das Vorliegen von Schwerarbeit schließen lassen,
2. die Namen und Versicherungsnummern jener Personen, die Tätigkeiten nach Z 1 verrichten, und
3. die Dauer der Tätigkeiten nach Z 1.

Die Meldung ist jeweils bis Ende Februar des Kalenderjahres, das der Verrichtung der Tätigkeiten nach Z 1 folgt, unter sinngemäßer Anwendung des § 41 ASVG zu erstatten. Personen, die nach dem GSVG oder FSVG oder BSVG versichert sind, haben die Meldung der Schwerarbeitszeiten ab dem 1. Jänner 2007 in gleicher Weise selbst zu erstatten.“

Anknüpfungspunkte für Dienstgeber, ob eine Meldung im Falle des Vorliegens von Schwerarbeit zu erstatten ist, sind – neben den übrigen inhaltlichen Voraussetzungen – das Bestehen einer Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung aufgrund Erwerbstätigkeit sowie Vollbeschäftigung¹¹⁰.

Dem Verordnungstext zufolge handelt es sich um eine altersbezogene Meldung. Diese erfolgt auf elektronischem Wege über ELDA an den Krankenversicherungsträger. Dieser prüft die formellen Kriterien gleichsam auf Plausibilität; erst nach Antragstellung auf eine Schwerarbeitspension wird der zuständige Pensionsversicherungsträger in das Verfahren involviert, der den Inhalt der Meldung prüft; d. h. ob Schwerarbeit im vorliegenden Fall nach Prüfung aller Voraussetzungen vorliegt oder nicht.

Unterjährige Meldungen sind an sich nicht vorgesehen. Sollten jedoch vereinzelt Fälle auftreten, die eine Meldung während des Kalenderjahres sinnvoll oder gar notwendig machen (wie z. B. das Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis), so kommt der Grundsatz der „sozialen Rechtsanwendung“ zum Tragen.

¹¹⁰ Es wird hier von Vollbeschäftigung iSd KollV ausgegangen; idR wird das eine 38,5-Stunden-Woche sein. Im öffentlichen Dienst spricht man von einer 40-Stunden-Woche.

Exkurs: Soziale Rechtsanwendung

Das Bundesministerium für soziale Verwaltung hat in einem Erlass vom 7.2.1956, Zl. II-13.400-4/56, dazu Folgendes verlautbart:

„Allgemeines Sozialversicherungsgesetz; Soziale Rechtsanwendung.

An alle Sozialversicherungsträger.

Das am 1. Jänner 1956 in Kraft getretene Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, hat zahlreiche Fragen hinsichtlich der Anwendung einzelner Bestimmungen ausgelöst. Insbesondere hat der Übergang vom alten zum neuen Recht auf Grund der Übergangsbestimmungen mehrfach Schwierigkeiten bereitet. Die Versicherten und deren Dienstgeber sind mit den neuen Rechtsvorschriften noch nicht ausreichend vertraut, um ihre Rechte und Pflichten aus der Sozialversicherung im notwendigen Ausmaß wahrnehmen zu können. Von der genauen Kenntnis der einzelnen Vorschriften und dem richtigen Verhalten der Partei hängt unter Umständen der Bestand eines Anspruches oder das Ausmaß einer Leistung ab. Das Bundesministerium für soziale Verwaltung findet sich daher auf Anregung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger veranlasst, den Versicherungsträgern dringend nahe zu legen, den Versicherten und ihren Dienstgebern und auch sonstigen an der Erledigung einer Angelegenheit Beteiligten bei der Geltendmachung ihrer Rechte nach Möglichkeit an die Hand zu gehen und sie erforderlichenfalls über den Inhalt der einzelnen in Betracht kommenden Vorschriften und deren Anwendung entsprechend zu unterrichten. Bei der Entscheidung über die gestellten Anträge wie überhaupt bei der Vollziehung des neuen Gesetzes sollen – soweit dies das Gesetz zulässt – Härten vermieden werden. Die Versicherten sind, wenn aus einem Antrag oder einer anderen Eingabe oder sonst aus ihrem Verhalten erkennbar ist, dass sie sich über die einschlägigen neuen Rechtsvorschriften nicht im Klaren sind, über die Rechtslage aufzuklären und anzuleiten, ihre Anträge entsprechend zu modifizieren, damit sie aus ihrer Unkenntnis des neuen Rechtes keinen Schaden erleiden. In einem solchen Fall soll der Versicherungsträger, wenn dies nach der Sachlage nicht von vornherein

zwecklos erscheint, nicht ohne vorherige Aufklärung des Antragstellers mit einer Ablehnung des Antrages vorgehen.

Bei der Handhabung der neuen gesetzlichen Vorschriften ist darauf Bedacht zu nehmen, dass das Gesetz den Intentionen des Gesetzgebers entsprechend im sozialen Geist angewendet wird. Im Zweifelsfall soll die für den Antragsteller nach gesetzlicher Möglichkeit günstigere Auslegung gewählt werden, so lange nicht die Rechtsprechung sich auf eine bestimmte Auslegung festgelegt hat.

Die Angestellten sind in diesem Sinn anzuweisen.“

Es ist nach Ende eines Kalenderjahres die Meldung für das vorige Kalenderjahr zu erstatten. Erstmals war das im Jahr 2008 für das Jahr 2007 (zwischen 1.1. und 28.2.) der Fall¹¹¹.

Es muss der Dienstgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinn melden¹¹²; im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG trifft diese Pflicht den Überlasser und nicht den tatsächlichen Beschäftigten¹¹³. Problematisch scheint dies in der Realität aus dem Grund zu werden, dass der Überlasser idR nicht weiß, welche konkreten Arbeiten die Arbeitskraft zu verrichten hat; d. h. ob überhaupt Schwerarbeit vorliegen kann. Allein die Branche indiziert kein Vorliegen von Schwerarbeit.

b. Rechtsunsicherheiten iZm der Meldung

Die Bestimmung über die Meldung bei Vorliegen von Schwerarbeit sorgte in den Arbeitsgruppen für sehr viel Diskussionsstoff. Arbeitnehmervertreter plädierten für Sanktionen bei Nicht- oder Falschmelden, Arbeitgebervertreter hingegen sprachen sich strikt dagegen aus. Arbeitnehmervertreter ge-

¹¹¹ Auch wenn die VO schon 2006 im BGBl. publiziert wurde und am 1.1.2007 in Kraft getreten ist, war de facto erst ab 2008 zu melden, da Arbeitgebern keine Pflicht für etwas auferlegt werden sollte, das rechtlich noch nicht verbindlich ist.

¹¹² Definition: § 35 Abs. 1 ASVG.

¹¹³ s. § 3 AÜG.

hen so – mangels Rechtsgrundlage für die Meldung für die Schwerarbeitszeiten nach dem ASVG – von einer planwidrigen Lücke aus.

ME handelt es sich bei den Meldebestimmungen – mangels normierter Sanktionen – um keine Meldepflichten, sondern eher um Meldeobliegenheiten¹¹⁴. Eine gesetzliche Verpflichtung zieht naturgemäß Sanktionen nach sich, wenn man dieser gar nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig nachkommt. Rechtsfolgen für Nicht- oder Falschmelden sind in der Schwerarbeitsverordnung jedoch nicht vorgesehen.

Es ist ein sehr spitzfindiges Problem, das eine Meldeobliegenheit mit sich bringt. Zum einen leiten wir aus gesetzlichen Bestimmungen Rechtsfolgen ab, sonst wären diese obsolet; zum anderen ist auf dem Formular ausdrücklich der Verdacht auf Schwerarbeit zu melden¹¹⁵. Aus einem Verdacht kann man – mE – keine Rechtsfolgen ableiten. Die Frage, die sich jedoch stellt und die notwendigerweise beantwortet werden muss, ist, wer für Negativfolgen einer falschen bzw. gar keiner Meldung einsteht, wenn der Dienstgeber fälschlicher Weise vom Nichtvorliegen von Schwerarbeit ausgegangen ist.

Faktum ist, dass ein Dienstgeber nicht Sachverständiger iSd § 1299 ABGB ist und daher kein strengerer Sorgfaltsmaßstab angelegt werden kann. Natürlich kann man davon ausgehen, dass ein Arbeitgeber idR weiß, welche Arbeiten seine Arbeitnehmer verrichten. Jedoch muss hier ganz deutlich aufgezeigt werden, dass es kleine, mittlere und große Betriebe gibt. Viele

¹¹⁴ Zustimmend *Pöltner*, in: Die Feststellung von Zeiten der Schwerarbeit in: DRdA 5/2007, 3 ff.: „Wenn § 5 davon spricht, dass lediglich Tätigkeiten zu melden sind, die auf das Vorliegen von Schwerarbeit schließen lassen, so schränkt er die Meldeverpflichtung noch weiter ein. Kommen Dienstgeber zu dem Schluss, dass solche Tätigkeiten nicht vorliegen, so verhalten sie sich den Meldebestimmungen konform, auch wenn im entsprechenden Fall Schwerarbeitszeiten vorliegen...Man kann bei diesen „Meldepflichten“ der Dienstgeber wohl nur von einer bestimmten Form einer Obliegenheit sprechen...“

¹¹⁵ So ausdrücklich auf dem für alle Arbeitgeber einheitlich konzipierten Meldeformular des HV vermerkt. arg.: „...Tätigkeiten, die auf das Vorliegen von Schwerarbeit schließen lassen...“

unterschiedliche Anforderungsprofile können dem Dienstgeber eine korrekte Meldung erschweren.

Daher ist zum einen der Interessensvertretung der Dienstgeber beizupflichten, wenn diese sich gegen Sanktionen aussprechen und der Dienstgeber „nach bestem Wissen und Gewissen“ potentielle Schwerarbeiter meldet; nur offenkundiger Missbrauch¹¹⁶ durch den Dienstgeber könnte allfällige Sanktionen auslösen. Zum anderen aber ist auch der Arbeitnehmervertretung zuzustimmen, wenn diese mangelnde Rechtssicherheit iZm der Meldung kritisieren. Als Dienstnehmer hat man kein subjektives Recht auf Erstattung einer Schwerarbeitsmeldung durch seinen Dienstgeber. Dazu kommt, dass das Vorliegen von Schwerarbeit subjektiv oft anders empfunden wird, als es den Kriterien der Schwerarbeitsverordnung entspricht.

Auch, oder gerade, bei der Z 4 („körperliche Schwerarbeit“) kann es ein schweres Unterfangen sein, alle Dienstnehmer aus einer Branche zu melden, wenn man als Dienstgeber weiß, dass nicht jeder seiner Beschäftigten dieselbe schwere Arbeit verrichtet.

Es ist das Willkürelement bei der Meldung mit Sicherheit nicht ausgeschlossen, es wird aber – theoretisch – trotz Nicht- oder Falschmeldens kein Schaden beim Dienstnehmer entstehen, da nicht der Dienstgeber, sondern letztendlich der Pensionsversicherungsträger über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Schwerarbeit entscheidet.

Die Meldung dient daher – rechtlich gesehen – rein als Beweismittel. In einem allfälligen späteren Feststellungsverfahren entscheidet das Gericht aufgrund der Beweislage. Daher kann man sich als „vermeintlich Geschädigter“, falls der Arbeitgeber fälschlich Schwerarbeit (nicht) meldet, nicht an diesem schadlos halten.

Die Begründung ergibt sich – meinem Rechtsverständnis zufolge – daraus, dass die berufliche Tätigkeit als solche und nicht die Meldung konstitutiv für

¹¹⁶ Vorsatz ist – unabhängig davon in welchem Rechtsbereich man sich bewegt – immer strafrechtlich zu verfolgen.

das Vorliegen von Schwerarbeit ist. Die Kausalität der Schwerarbeit gründet sich ja nicht in der Meldung, sondern in der beruflichen, schwer belastenden Tätigkeit selbst¹¹⁷. Die Meldung kann daher nie konstitutiven Charakter haben, sondern ist lediglich ein Indiz für das Vorliegen von Schwerarbeit. Ein weiteres Argument, das gegen die Begründung von Schwerarbeit durch die Meldung spricht, ist, dass das subjektive Empfinden von Dienstgeber und Dienstnehmer selten dasselbe sein wird. Daher scheint es geboten, anhand objektiver Maßstäbe (Gerichtssachverständiger, Berufskundler) eine Prüfung durchzuführen.

So kann trotz Vorliegens von Dienstgeber-Meldungen im Einzelfall der Pensionsversicherungsträger das Vorliegen von Schwerarbeitszeiten nicht anerkennen, wie auch umgekehrt das Fehlen von Dienstgeber-Meldungen eine abschließende positive Feststellung solcher Zeiten durch die Pensionsversicherungsträger nicht hindert¹¹⁸. Im Einzelfall kann es daher möglich sein, den Selbstbeweis antreten zu müssen. Das ist keine Besonderheit der Schwerarbeitsverordnung, das gibt es in jedem gerichtlichen Verfahren. Es gibt kein festgeschriebenes Recht für Dienstnehmer, eine Erfüllung der Melde“verpflichtung“ (in ihrem Sinne) durch ihre Dienstgeber zu erwirken. Noch weniger gibt es das Recht auf Erfüllung der Melde“pflichten“ entsprechend ihrer individuellen Einschätzung.

Faktum ist, dass bei der Feststellung des Vorliegens von Schwerarbeit immer von einer Einzelfallbetrachtung auszugehen ist¹¹⁹.

Panhözl beschäftigt sich in seinem Beitrag im DRdA¹²⁰ mit der Frage, ob bei einem Meldeverstoß die zivilrechtlichen Schadenersatzregelungen zur Anwendung kommen. Gem. § 1294 ABGB führt eine widerrechtliche Hand-

¹¹⁷ s. auch: *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2008, FN 26, 50.

¹¹⁸ *Pöltner*, Die Feststellung von Zeiten der Schwerarbeit in: DRdA 5/2007, 1 ff.

¹¹⁹ vgl. *Milisits* in: Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2009, 109.

¹²⁰ *Panhözl*, Vollziehungsprobleme bei der Schwerarbeitspension, in: DRdA 2/2009, 105f.

lung, sofern sie aus schuldbarer Unwissenheit oder aus Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit resultiert, zum Anspruch, den Ersatz für einen allenfalls erlittenen Schaden zu fordern. Er widerlegt meine Rechtsmeinung zu § 1299 und den Ausschluss der Sachverständigenhaftung eines Dienstgebers¹²¹. *Panhözl's* Meinung nach sei eine Schadenersatzpflicht nicht auszuschließen, wenn ein Dienstgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig Tätigkeiten nicht meldet, die von einem ordentlichen Dienstgeber gemeldet hätten werden müssen.

Panhözl's und meine Rechtsmeinung liegen gar nicht so weit auseinander, wie er es in seinem Beitrag aufzeigt. Ich weise in der FN des Praxisleitfadens ausdrücklich darauf hin, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit – welcher Rechtsbereich auch immer tangiert wird – immer strafbar sind. Wenn *Panhözl* nicht folgen kann, dass „*ausdrücklich nur der Verdacht auf Schwerarbeit zu melden ist*“, so ist das eine Diskrepanz mit dem Formular. Dieses Formular wurde mit den betroffenen Krankenversicherungsträgern sowie mit den Sozialpartnern erarbeitet und auch von allen Versicherungsträgern – den neun Gebietskrankenkassen, der VAEB sowie den sechs Betriebskrankenkassen – begutachtet und befürwortet. Das Meldeformular ist einheitlich für alle Dienstgeber – branchenunabhängig – erstellt worden. Gem. § 31 Abs. 4 Z 6 ASVG wurde das Formular am 27.6.2007 im Vorstandsvorstand des HV beschlossen¹²².

Panhözl leitet aus einem „Verdacht“ Rechtsfolgen ab. Zugegebenermaßen ist die Formulierung auf dem Meldeformular nicht geglückt; sie stellt einen Kompromiss zwischen Arbeitgeber- und –nehmervertreter dar.

Überlegt man einen Schritt weiter, so kommt man zu der Erkenntnis, dass weder in der SchwerarbeitsVO noch in den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen von einem „Verdacht“ die Rede ist. Dieser Ausdruck findet sich – iZm Schwerarbeit – nur auf dem Formular. Die Frage, die man sich

¹²¹ s. *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2008, 50.

¹²² *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2007, 36.

hier allenfalls stellen könnte ist, ob der HV als Adressat einer zivilrechtlichen Klage auf Schadenersatz herangezogen werden kann.

Im Ergebnis würde ich diese Frage mit einem klaren „Nein“ beantworten, da ich – wie unten dargestellt – einen Schaden im Stadium der Meldung nicht erkennen kann. Da die Meldung reine Beweisfunktion hat, hat sie – im Verhältnis zu anderen zulässigen Beweisen vor Gericht – auch keinen höheren Stellenwert, der Schadenersatzansprüche rechtfertigen würde.

Bezogen auf Fahrlässigkeit und Vorsatz kommt man – genau genommen – gar nicht in die Diskussion der Formulierung des Meldeformulars; Handlungen unter Vorsatz sind immer, unter Fahrlässigkeit unter bestimmten Umständen, strafbar.

Panhölzl sieht weiteres im Schutzzweck der Meldebestimmung, den Sachbearbeitern bei den PV-Trägern und den Versicherten den Nachweis über das Vorliegen von Schwerarbeitszeiten zu erleichtern.

Auch diesen Ansatz kann ich nicht teilen. Die Meldung als solche, die wie bereits ausführlich erläutert, eine Kompromisslösung zwischen Arbeitgeber und –nehmer widerspiegelt, soll den Nachweis über das Vorliegen potentieller Schwerarbeitszeiten nicht erleichtern, sie soll lediglich einen Anhaltspunkt in einem späteren Pensionsverfahren bieten, ob Schwerarbeit vorgelegen sein könnte (nach Meinung des Dienstgebers). Eine Erleichterung im Nachweis kann darin nicht gesehen werden. Spräche man von einer „Erleichterung“, so kann man sehr schnell in die Schiene der reinen Willkür gedrängt werden. Aus Tatsachen, nämlich den (Nicht-)Vorliegen von Schwerarbeit, kann keine Erleichterung resultieren.

Da die Meldung, zumindest derzeit, zugegebenermaßen etwas unglücklich formuliert wurde und daher Rechtsfolgen mE grundsätzlich nicht ableitbar sind, kann der Meinung von *Panhölzl* nicht gefolgt werden.

Ein weiteres heikles Detail, das ich näher betrachten möchte, ist der Eintritt eines möglichen Schadens. Wenn *Panhölzl* Schadenersatzansprüche aus einer vorsätzlich oder fahrlässig nicht korrekten Meldung durch den Dienst-

geber bejaht, so stellt sich die eigentliche Frage, wo und wann ein Schaden entsteht. Ich gehe noch einen Schritt weiter, indem ich den Begriff des „Schadens“ genauer analysieren möchte. Welcher Schaden kann aus einer Falschmeldung, die – aus welchem Grund auch immer erfolgt ist – dem Pensionsversicherungsträger vorliegt, resultieren? Die Verwirkung eines früheren Pensionsantrittes aufgrund von Schwerarbeit? Oder die Tatsache, dass – im Falle einer korrekten Meldung – jemand zu lange oder zu kurz tatsächlich Schwerarbeit geleistet hat, ohne dass diese Zeiten pensionswirksam im Sinne eines früheren Pensionsantrittes sind?

Kommt in weiterer Folge das ASG zu der Überzeugung, dass Schwerarbeit – auch bei korrekter Meldung – nicht vorgelegen ist, so trifft den Pensionswerber gar kein Schaden aus einer falschen oder gar keiner Meldung. Um einen Anspruch auf Schadenersatz begehren zu können, muss ein solcher auch eingetreten sein. Die Meldung eines Dienstgebers garantiert noch keinen Pensionsantritt aufgrund von Schwerarbeit.

Worin manifestiert sich der Schaden? Das ist bei dieser Art der Ausgestaltung der Regelung nicht erkennbar. Nicht einmal eine Falschmeldung ist schädlich für ein späteres Pensionsverfahren. Wie bereits erläutert, kann sowohl ein Nicht- oder Nicht richtig-Melden ebenso einen Pensionsantritt nach der Schwerarbeitsregelung nach sich ziehen, wie ein Melden einen Pensionsantritt auch nicht zulassen kann.

Kommt in einem Pensionsantrittsverfahren ein berufskundlicher Sachverständige zu der Ansicht, dass jemand trotz Meldung nicht Schwerarbeiter iSd VO war, so würde auch in solch einem konstruierten Fall – genau genommen – ein Schaden eintreten, nämlich der, dass der Betroffene später in eine vorzeitige Alterspension oder erst in eine Regelpension gehen kann. Würde dann nach *Panhözl* auch ein Schadenersatzanspruch entstehen, etwa wegen entgangener Pensionsfreude? Diese These scheint mir absurd. Vice versa erscheint mir eine Falschmeldung, aus der kein vorzeitiger Pensionsantritt nach der Schwerarbeitsregelung möglich wäre, ebenso wenig schadenersatzpflichtig wie dieser angenommene Fall.

Ich komme daher nach Abwiegen aller pro- und contra-Aspekte für bzw. gegen eine Schadenersatzpflicht aufgrund einer Nicht- oder Falschmeldung zu dem Ergebnis, dass die Meldebestimmungen neu überdacht werden müssen und in einem weiteren Schritt neu normiert werden müssten, will man tatsächlich Ansprüche daraus ableiten. Jedenfalls wird sich die Seite der Dienstgebervertreter vehement gegen Sanktionen bei Falschmeldungen wehren, die Arbeitnehmervertreterseite wird – wie schon in den Arbeitskreisen zur Schaffung einer Schwerarbeitsverordnung – nachhaltig für Sanktionsmöglichkeiten und daraus ableitbaren Schadenersatzansprüchen plädieren.

Ich schlage mich in dieser Diskussion auf die Seite der Dienstgebervertreter, denn Sanktionen ohne Vorliegen einer subjektiven Tatseite (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) vorzusehen, halte ich rechtspolitisch für sehr fragwürdig. Das Vorliegen von Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wird ohnehin immer bestraft. Soll nun auch jeder Dienstgeber, der versehentlich nicht oder falsch gemeldet hat, wie ein „vorsätzlicher Falschmelder“ behandelt werden? Darüber hinaus müsste mit der Sozialversicherung das Gespräch gesucht werden, denn die einheitlichen Formulare, die immerhin im Verbandsvorstand seinerzeit beschlossen wurden, müssten adaptiert werden und erneut beschlossen werden.

Sollte eine Diskussion über die Meldung tatsächlich eskalieren und auf kein gütliches Ende finden, so wäre mE ein möglicher Lösungsansatz, einen erhöhten Dienstgeberbeitrag – wie er im NSchG vorgesehen ist – einzuführen. Dies bräuchte sicherlich eine lange Zeit an Akzeptanz, aber so wäre Objektivität und Rechtssicherheit für Dienstnehmer als auch Dienstgeber gewahrt. Eine Sistierung des Beitrages – wie es im NSchG seit Jahren praktiziert wird – kann auch bei der Schwerarbeitspension analog angewandt werden. Ausgeschlossen muss dann jedenfalls Willkür in die andere Richtung werden, nämlich jene, dass Dienstgeber aufgrund einer erhöhten Beitragszahlung sehr wenige Schwerarbeiter melden. In Anbetracht der bereits jahrelangen funktionierenden Regelung im NSchG bin ich zuversichtlich,

auch für die Schwerarbeitsregelung einen ebenso guten und praktikablen Ansatz zu erarbeiten.

VI. Verordnung der Bundesregierung über besonders belastende Berufstätigkeiten

Parallel zur Schwerarbeitsverordnung wurde von der Bundesregierung eine SchwerarbeitsVO erlassen, die ebenso besonders belastende Berufstätigkeiten definiert¹²³. Im Wesentlichen gleichen sich die beiden Verordnungen, der Adressatenkreis ist ein anderer („öffentlicher Dienst“). Damit verbunden gibt es Abweichungen bei den einzelnen Belastungsmomenten. Es werden von dieser VO der Bundesregierung insbes. Tätigkeiten mit erhöhtem Gefährdungspotential erfasst. Kennzeichnend für diese beruflichen Tätigkeiten ist die Verpflichtung, eine atypische Gefahrenquelle aufzusuchen und in deren erhöhtem Risikobereich zu verharren¹²⁴.

Eigene Berufslisten für die Subsumtion unter „körperliche Schwerarbeit“ gibt es für den öffentlichen Dienst nicht; es wird auf die beiden Listen zur körperlichen Schwerarbeit gem. § 1 Abs. 1 Z 4 der VO BGBl. II Nr. 104/2006 verwiesen.

Beamte fallen künftig unter die Schwerarbeitsregelung, wenn sie in den letzten 240 Kalendermonaten vor dem Pensionsantritt mind. 120 Kalendermonate Schwerarbeit geleistet und das 60. Lj. vollendet haben. Es muss eine ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit von 42 Jahren, gerechnet nach dem 18. Lj., vorliegen. Diese Reduktion um 36 Monate – gegenüber der VO 104/2006 – liegt darin begründet, dass die Berufstätigkeit vor dem 18. Lj. (z. B. Lehrzeit) nicht in die Gesamtdienstzeit eingerechnet wird¹²⁵.

Gesetzliche Grundlage für diese VO, die auf den öffentlichen Dienst Anwendung findet, ist § 15b BDG¹²⁶.

¹²³ BGBl. II Nr. 105/2006.

¹²⁴ *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2007, 46.

¹²⁵ vgl. *Pinngera/Pöltner/Stefanits*, Das neue Pensionsrecht, 2005, Rz. 267.

¹²⁶ BGBl. Nr. 333/1979.

VII. Schwerarbeitspension

Im System der gesetzlichen Pensionsversicherung ist die Schwerarbeitspension eine Alterspension mit besonderen Voraussetzungen. Während die gesetzlichen Bestimmungen in den Sozialversicherungsgesetzen die versicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen regeln, bleibt die Definition des Begriffes „Schwerarbeit“ ausschließlich der Schwerarbeits-VO überlassen. Ergänzt wird dies durch eine Anlage, die die Methode zur Feststellung schwerer körperlicher Arbeit erklärt.

A. Anspruchsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Schwerarbeitspension sind für alle Versicherten dieselben, unabhängig davon, ob für sie die Bestimmungen der „klassischen Sozialversicherungsgesetze“ (ASVG, GSVG, BSVG) oder die des neuen APG zur Anwendung kommen. Es müssen insgesamt 120 Schwerarbeitsmonate¹²⁷ in den letzten 240 Kalendermonaten vor dem Pensionsstichtag vorliegen, wobei eine zeitliche Lagerung innerhalb des Beobachtungszeitraumes keine Rolle spielt. Damit wird der Intention des Gesetzgebers Rechnung getragen, dass die gesundheitliche Belastung der versicherten Personen gerade im fortgeschrittenen Lebensalter besonders hoch ist¹²⁸.

Ein Schwerarbeitsmonat wird erworben, wenn an mind. 15 Tagen in einem Kalendermonat Schwerarbeit verrichtet wurde. Dabei lehnt sich die Betrachtungsweise an die allgemeinen Grundsätze des Pensionsversicherungsrechtes an. Anders verhält es sich in jenen Fällen, in denen jemand z. B. aufgrund des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld versichert ist; hier liegt keine Pflichtversicherung aufgrund einer (aktiven) Erwerbstätigkeit vor. Solche Zeiten sind als Schwerarbeitszeiten bei Antragstellung nicht zu berücksichtigen.

¹²⁷ Im Bereich von ASVG, GSVG und BSVG spricht man von „Beitragsmonaten“, da vor dem Pensionsharmonisierungsgesetz zwischen Beitrags- und Ersatzzeiten unterschieden wurde.

¹²⁸ vgl. die Erläuterungen zur Schwerarbeits-VO.

sichtigen, auch wenn davor Schwerarbeit im Sinne gegenständlicher VO geleistet wurde.

B. Adressatenkreis

Die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension ist mit deren Inkrafttreten seit 1.1.2007 für Männer faktisch gegeben. Weiblichen Versicherten steht diese neue Pensionsart zwar ebenso seit 2007 zu, de facto wird sie aber von diesen erst ab dem Jahr 2024 in Anspruch genommen werden, weil – wie bereits erläutert – bis dahin eine normale, abschlagsfreie Regelpension gilt¹²⁹.

Auf die verfassungsrechtlichen Bedenken wird noch näher eingegangen, insbes. stellt sich die Frage der praktischen Anwendung einer Regelung, die neu geschaffen wurde und erst viele Jahre später für einen nicht unbeachtlichen Teil der Bevölkerung zur Verfügung steht.

C. Geplante Novellen

In den Jahren 2007 (April) und 2008 (März) war jeweils eine Novelle zur Schwerarbeitsverordnung geplant. Über das Begutachtungsstadium kamen jedoch beide nicht hinaus. Neben einigen redaktionellen Klarstellungen, wie z. B. dem Ausschluss von Schwerarbeit bei geringfügiger Beschäftigung oder der analogen Durchrechnung des Art. XI Abs. 6 NSchG, enthielten beide Entwürfe die Berücksichtigung von reiner Nachtarbeit sowie Akkord- und taktgebundener Arbeit und Arbeiten in Monotonie. Inhaltlich sind beide Entwürfe nahezu ident, der zweite Entwurf enthält lediglich zusätzlich eine Berücksichtigung für den Bereich der Berufsfeuerwehren.

¹²⁹ Davor: Invaliditätspension oder Übergangsbestimmungen (vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer). Auch die Korridorpension kommt noch länger nicht in Betracht, da diese erst ab dem 62. Lj. möglich ist (für Frauen daher frühestens im Jahr 2028). Für Frauen gilt bis 2023 ein früheres Regelpensionsalter.

a. Kritische Auseinandersetzung mit den beiden Novellen-Entwürfen

Beide Novellenentwürfe wurden bis dato nicht weiterverfolgt. Das ist meiner Meinung nach grundsätzlich auch richtig, denn verfassungsrechtlich würde jedenfalls die Berücksichtigung von „reiner Nachtarbeit“ im Rahmen der Schwerarbeitspension zum Problem werden.

Verfolgt man die Absicht der beiden Novellen, u. a. „reinen“ Nachtdienst unabhängig von der eigentlichen beruflichen Tätigkeit pensionsrechtlich privilegiert zu berücksichtigen, so stellt dies, meiner Meinung nach, unzweifelhaft einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz dar. Hier würde Gleiches ungleich behandelt werden. Es ist nicht ersichtlich, warum jemand, der in der Nacht arbeitet, als Schwerarbeiter einzustufen sein soll und unter denselben Voraussetzungen eine Schwerarbeitspension in Anspruch nehmen können soll, wie ein anderer Versicherter, der nach einer anderen Z der Schwerarbeitsverordnung zusätzliche Kriterien erfüllen muss. Schon aus dem Titel ist erkennbar, dass es sich bei der Berücksichtigung in dem Fall um eine schwere berufliche Tätigkeit handeln muss (arg. *Schwerarbeitsverordnung*) und nicht ausschließlich die äußeren Arbeitsbedingungen, wie etwa der Faktor Nacht, Anknüpfungspunkt sein sollen.

Abgesehen davon gibt es bereits das NSchG, das solche Fälle berücksichtigt (früherer Pensionsantritt als nach der Schwerarbeitsverordnung möglich).

Was die in den Novellen angesprochenen Bereiche Akkordarbeit, taktgebundene Arbeiten und Arbeiten in Monotonie betrifft, so wäre eine Berücksichtigung jedenfalls arbeitsmedizinisch zu prüfen. Aus Sicht der Sozialversicherung ist ein Belastungsfaktor „Monotonie“ nicht vollziehbar, da nicht eingrenzbar. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz, wie bei der reinen Nachtarbeit, ist jedoch in diesen Fällen nicht erkennbar.

Redaktionelle Klarstellungen, die in den Novellen-Entwürfe vorgesehen waren, wurden leider nicht weiterverfolgt. Das ist insofern bedauerlich, als dass insbes. eine Bestimmung, die aus dem NSchG analog angewendet werden könnte, nicht klar aus dem Verordnungstext per se erkennbar ist. Es handelt

sich dabei um die analoge Anwendung der Durchrechnungsregelung gem. Art. XI Abs. 6 NSchG; relevant ist diese Bestimmung für das Vorliegen von Schicht- und Wechseldienst gem. § 1 Abs. 1 Z 1 der VO:

Verrichtet jemand an mind. sechs Arbeitstagen oder in diesem und dem vorangegangenen Monat an 12 Arbeitstagen oder in diesem und den beiden vorangegangenen Monaten an 18 Arbeitstagen oder bei einem Durchrechnungszeitraum von mehr als drei Monaten in diesem und den letzten fünf vorangegangenen Monaten an 36 Arbeitstagen Schwerarbeit, so ist dieser Monat/sind diese Monate aufgrund der Zusammenrechnung als Schwerarbeitsmonat/e zu qualifizieren.

Dass dies nicht klargestellt wurde, stellt aus Gründen der Rechtssicherheit ein großes Manko dar¹³⁰. Es ist weder für Dienstnehmer noch für Dienstgeber erkennbar, ob diese Regelung des NSchG auch für Schwerarbeiter nach der SchwearbeitsVO Anwendung findet. Auch in den Erläuterungen zur Schwerarbeitsverordnung ist kein Hinweis darauf gegeben.

Politisch kann man durch redaktionelle Klarstellungen nichts „gewinnen“, weshalb diese auch nicht weiterverfolgt wurden; der praktische Nutzen solcher Klarstellungen wird hier leider hintangestellt.

¹³⁰ Eine Aufnahme zur Klarstellung zumindest in den Erläuterungen wäre notwendig (gewesen).

VIII. Verordnung über die Beobachtung der Entwicklung der Schwerarbeit

Die Verpflichtung, einen Bericht betreffend die Auswirkungen in statistischer und finanzieller Hinsicht der Schwerarbeitspension vorzulegen, ist in einer eigenen VO, der „Verordnung über die Beobachtung der Entwicklung der Schwerarbeit“ geregelt¹³¹.

Im Sozialministerium wurde eine Kommission zur Beobachtung der Entwicklung der Schwerarbeit nach den Vorschriften des BMG eingerichtet. Den Vorsitz führt dzt. der Sektionschef der Sektion II im Sozialressort. Die VO lässt Spielraum für weitere Mitglieder offen. So ist ausdrücklich im § 6 Abs. 3 gegenständlicher VO normiert, dass weitere Sachverständige, v. a. solche der Berufskunde, beigezogen werden können.

Die Kommission hat einmal jährlich – jeweils bis Ende September des Folgejahres – dem Sozialminister einen Bericht über die Entwicklung der Vollzugspraxis sowie statistische und finanzielle Auswirkungen der Schwerarbeitspension vorzulegen. Erstmals war dies am 30.9.2008 der Fall.

Eine erste Besprechung der Kommission fand am 21.6.2007 statt. Da die Regelung erst mit 1.1.2007 in Kraft getreten ist und eine erste Berichtspflicht erst ausdrücklich im Jahr 2008 vorgesehen war, gibt es von dieser Sitzung keinen offiziellen Bericht. Sehr wohl aber wurde durch Vertreter der einzelnen Versicherungsträger über das Antragsverhalten – ein halbes Jahr nach Inkrafttreten der Schwerarbeitsverordnung und –pension – berichtet.

Demnach wurden in der PVA zum Stichtag 1.1.2007 insgesamt 83 Anträge gestellt, davon wurden 24 positiv und 10 Anträge negativ erledigt. 700 Überprüfungsverfahren (Bescheid auf Feststellung von Schwerarbeitszeiten) wurden eingeleitet. Größtenteils wurden Schwerarbeitspensionen aufgrund der Z 1 (Schicht- und Wechseldienst) und Z 4 (körperliche Schwerarbeit) beantragt.

¹³¹ BGBl. II Nr. 430/2006.

Die SVB erhielt 187 Anträge, Bescheide wurden zum damaligen Zeitpunkt noch nicht erlassen, Vorschüsse jedoch zuerkannt. Keine Anträge auf Feststellung wurden gestellt. In Frage kommt bei den bäuerlich Versicherten de facto nur die Z 4.

Die SVA hatte drei Anträge, fünf Feststellungen und eine Zuerkennung zu erledigen. Ablehnungen gab es noch keine. Damals war schon – nach Aussage eines Vertreters der SVA – erkennbar, dass die „Hacklerregelung“ für die Versicherten interessanter war.

In der VAEB wurden drei Anträge gestellt, wovon zwei auf eine Knappschaftpension (vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer) umgewandelt wurden; 27 Feststellungsbescheide wurden begehrt. Eine Zuerkennung erfolgte aufgrund der Z 4, eine Ablehnung nach Z 1 der Schwerarbeitsverordnung.

In dem ersten Bericht aus dem Jahr 2008 wurde Folgendes festgehalten¹³²:

Auszug:

„...Im Juni wurden insgesamt 868 Schwerarbeitspensionen – nur an männliche Versicherte – ausbezahlt. Diese verteilen sich fast ausschließlich auf Arbeiter bei der PVA (406 Pensionen) und bäuerlich Versicherte (412 Pensionen).

Die durchschnittliche Schwerarbeitspension betrug im Juni 2008 mit Zulagen und Zuschüssen € 1.375, ohne Zulagen und Zuschüsse € 1.334.

Im 1. Halbjahr 2008 wurden 559 Anträge auf Schwerarbeitspension gestellt; in diesem Zeitraum wurden 423 Anträge mit Zuerkennung und 56 mit Ablehnung erledigt.

Der überwiegende Teil der Zuerkennungen im Jahr 2007 erfolgte nach Ziffer 4 („körperliche Schwerarbeit“).

¹³² *Milisits* in: Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2009, 109.

Stichtagszählung: Mit 7.7.2008 wurden vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger aus der zentralen Versicherungsdatei rund 68.600 Männer und 48.600 Frauen als Personen mit Schwerarbeitszeiten qualifiziert...“

Diese erste statistische Auswertung zeigt eindrucksvoll, dass doch die Objektivität primär entscheidend ist. „Körperliche Schwerarbeit“ gilt als einziges Belastungsmoment als relativ einfach einzuschätzen¹³³. Dienstgeber halten sich an die Berufslisten, ebenso die Pensionsversicherungsträger; daher steht einer – positiven oder negativen – Beurteilung nichts im Wege. Man darf sich aber von dieser ersten Statistik nicht täuschen lassen. Sobald es erste Präzedenzfälle und höchstgerichtliche Judikatur zur Schwerarbeitspension gibt, wird die Statistik sehr schnell eine andere sein. Dazu kommt, dass sämtliche Fälle erst überprüft werden müssen. Auf den zweiten Kommissionsbericht darf man gespannt sein.

Eine Statistik der PVA, die im März 2010 vom Generaldirektor, Dr. *Pinggera*, im Rahmen einer arbeits- und sozialwissenschaftlichen Tagung präsentiert wurde, veranschaulicht Folgendes:

Jahr	Anträge	Zuerkennungen	Ablehnungen
2007	368	190	59
2008	688	546	93
2009	629	533	77

In einer Aufteilung nach Z sieht die Statistik folgendermaßen aus:

462x wurde ein Antrag auf Gewährung einer Schwerarbeitspension nach § 1 Abs. 1 Z 4 der SchwerarbeitsVO gestellt. Eine Schwerarbeitspension aufgrund anderer Z wurde 49x (Z 1), 6x (Z 2), 2x (Z 3), sowie 1x (Z 5) beantragt¹³⁴.

Diese Statistik bestätigt den ersten Trend der Antragstellung: Das Kriterium der Objektivität ist mit Abstand das am häufigsten angesprochene. Interessant ist diese Tatsache v. a. im Hinblick darauf, dass es hier um eine An-

¹³³ Für bäuerlich Versicherte gelangt im Rahmen der Schwerarbeitsverordnung – aufgrund des Tätigkeitsprofils – ausschließlich die Z 4 zur Anwendung.

¹³⁴ *Pinggera* bei der 45. Arbeits- und Sozialrechtstagung in Zell/See, 2010.

tragstellung rein im unselbstständigen Bereich handelt, also Angestellte oder Arbeiter. Berufsbedingte Pflege nach Z 6 der SchwerarbeitsVO war in den ersten drei Jahren gar nie ein Thema für eine Schwerarbeitspension.

Im bäuerlichen Bereich ist man von einem ausschließlichen Tatbestand der „körperlichen Schwerarbeit“ (zu Recht) ausgegangen; die Versichertengemeinschaft ist schon „aus der Natur des Gesetzes und ihrer verrichteten beruflichen Tätigkeiten“ gleichsam nur für dieses Belastungsmoment prädestiniert. Dass sich diese Dominanz der „körperlichen Schwerarbeit“ im unselbstständigen Bereich fortsetzt, ist für mich doch eine Überraschung; daher wird die Entwicklung dieser Regelung in den nächsten Jahren besonders interessant werden.

Ein möglicher Grund für diese Statistik der PVA ist neben der Objektivität des Tatbestandes sicherlich auch die Tatsache, dass primär Frauen in Berufen der berufsbedingten Pflege nach § 1 Abs. 1 Z 5 beschäftigt sind und diese ja nach wie vor eine abschlagsfreie Alterspension mit Vollendung des 60. Lj. in Anspruch nehmen können.

Die Verordnung über die Beobachtung der Entwicklung der Schwerarbeit legt u. a. die Mitglieder, die der Kommission angehören, fest. Für jedes Mitglied ist ein Ersatzmitglied zu bestellen; die Geschäfte der Kommission führt das Sozialressort.

Übersehen wurde bei Erlassung der VO, dass kein Vertreter des BMG der Kommission angehört. Dies wäre jedenfalls geboten, da der KV- und UV-Teil der Sozialversicherung im Gesundheitsressort angesiedelt sind und die Schwerarbeitspension damit durchaus einen Zusammenhang aufweist. Die staatliche Aufsicht über die Kranken- und Unfallversicherungsträger hat der Bundesminister für Gesundheit¹³⁵. Da die Meldungen der Dienstgeber zunächst an den zuständigen KV-Träger erfolgen, sind diese in die Schwerarbeit ebenso involviert wie die PV-Träger. Die UV-Träger prüfen nach ihren Grundsätzen eine MdE. Daher sind auch sie in die Schwerarbeitsregelung

¹³⁵ vgl. § 448 ASVG.

gen involviert. Bemühungen seitens des Gesundheitsministeriums, eine Ergänzung der Verordnung um einen Vertreter des BMG zu erwirken, blieben bisher bedauerlicher Weise ohne Erfolg.

IX. Erste Rechtsprechung des OGH iZm Schwerarbeit

In seinem Urteil vom 29.9.2009, GZ: 10 ObS 128/09k, entschied der OGH erstmals über die Frage der Zuerkennung oder Ablehnung einer Schwerarbeitspension. Konkret geht es im gegenständlichen Fall um das Berufsbild eines Zustellfahrers mit Tiefkühl-LKWs. Gestützt wird das Begehren auf das Belastungsmoment „Kälte“ nach § 1 Abs. 1 Z 2 der Schwerarbeitsverordnung.

Die Zuerkennung auf eine Schwerarbeitspension wurde abgewiesen. Begründet wurde die Entscheidung des OGH damit, dass sich der Kläger (Pensionswerber) nicht überwiegend in begehbaren Kühlräumen bei einer Raumtemperatur von niedriger als -21°C aufgehalten habe und er auch keinem ständigen Wechsel zwischen solchen Kühlräumen und sonstigen Arbeitsräumen ausgesetzt gewesen sei. Neben dem Schlichten der Waren in die Tiefkühlschränke bzw. Tiefkühltruhen seien noch administrative Aufgaben zu erledigen gewesen. Nur ein Drittel der täglichen Gesamtarbeitszeit habe der Kläger im Kühlraum verbracht. Neben der reinen Fahrtätigkeit erfolgte zwar ein Wechsel zwischen Kühlraum und sonstigen Arbeitsräumen, doch dieser erstreckte sich nicht über den gesamten Arbeitstag. Entscheidungswesentlich für den OGH war, dass ein ständiger Wechsel zwischen begehbaren Kühlräumen mit einer niedrigeren Raumtemperatur -21°C und sonstigen Arbeitsräumen oder einem überwiegendem Aufenthalt in solchen Kühlräumen nicht vorlag. Unter „ständig“ versteht der OGH nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „dauernd, stets, laufend, sehr häufig.“

Den Ausführungen des OGH ist ME zu folgen. Da die Definition der „Kälte- bzw. Hitze-Arbeitsplätze“ und deren Voraussetzungen für die Schwerarbeitsregelung gleichlautend aus dem NSchG übernommen wurden, war es Aufgabe des OGH diese bereits bestehenden gesetzlichen Bestimmungen rechtlich zu würdigen und unter den konkreten Sachverhalt zu subsumieren. Die Schwerarbeitsverordnung regelt – gleich wie das NSchG – nicht jede (subjektiv empfundene) Art der Schwerarbeit schlechthin, sondern nur jene, in besonders belastender Form. Ein ständiger Wechsel zwischen Kühlraum

und sonstigen Arbeitsräumen muss sich über den gesamten Arbeitstag erstrecken und eine gewisse Intensität des Wechsels beinhalten, sodass dieser zu einer entsprechend schweren Belastung führt¹³⁶.“

Pro Arbeitstag wechselte der Kläger etwa 20- bis 35-mal; zumindest ein Drittel der täglichen Arbeitszeit verbrachte er im Sitzen durch reine Fahrtätigkeit. Der Kläger führte selbst aus, dass seine verschiedenen Tätigkeiten „dritteln“: ein Drittel seiner Arbeitszeit verbrachte er im Kühlraum, ein Drittel mit Lenken seines LKWs und ein Drittel der Gesamtarbeitszeit entfiel auf die Warenübergabe an seine Kunden.

Ein bloß zeitweiliger Aufenthalt in kühlen Räumen ist nicht gleichzusetzen mit der dauernden Verrichtung von Arbeiten in und an solchen Arbeitsplätzen. Schon in den Arbeitsgremien zur Erstellung einer Schwerarbeitsregelung wurden derartige Fälle konstruiert und diskutiert, in denen bestimmte Tiefkühlwaren-Anbieter – v. a. im ländlichen Bereich – in regelmäßigen Abständen Privatkunden mit Tiefkühlkost beliefern. Fahrtätigkeiten kombiniert mit immer wieder kürzeren Aufenthalten in Laderäumen von LKWs, in denen weniger als -21°C herrschen, fallen nicht unter den Tatbestand der „Kälteeinwirkung“ gem. § 1 Abs. 1 Z 2 Schwerarbeits-VO bzw. Art. VII Abs. 2 Z 3 NSchG.

Ein ähnlich gelagerter Fall ist jener, in dem Mitarbeiter einer bekannten Wiener Feinkostprodukte-Erzeugerfirma, beschäftigt sind. Diese wechseln – nach Angaben der Personalstelle – tagsüber immer wieder von normaler Raumtemperatur in Kühlhäuser, die durchschnittlich -21°C aufweisen. Ich teilte im Rahmen einer meiner Vorträge zum Thema „Schwerarbeit“ mit, dass hier kein Fall eines Belastungsmomentes iSd § 1 Abs. 1 Z 2 der Schwerarbeitsverordnung vorliegt, weil Hauptaugenmerk bei diesen Tätigkeiten zum einen nicht auf einen ständigen Wechsel zwischen „warm und kalt“ und zum anderen nicht auf eine bestimmte Verweildauer in kühlen Be-

¹³⁶ *Milisits* „Erste höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Thema Schwerarbeitspension“ in: ASoK 4/2010, 125 ff.

reichen gelegt wird. Der über den gesamten Arbeitstag ab und zu vorgenommene Wechsel zwischen den Raumtemperaturen stellt kein geeignetes Belastungselement iSd Schwerarbeitsverordnung dar.

Überlegen kann man sich in diesem geschilderten Fall eine Subsumtion unter den Tatbestand der körperlichen Schwerarbeit gem. § 1 Abs. 1 Z 4 der Schwerarbeits-VO, wenn die in diesem Belastungsmoment normierte Arbeitskilokaloriengrenze überschritten wird. Nach Prüfung aller entscheidungsrelevanten Kriterien wird man wohl auch bei diesem Tatbestandsmerkmal zu dem Ergebnis kommen, dass Schwerarbeit iSd Verordnung nicht vorliegt. Wie bereits ausgeführt, liegt ein nicht unwesentlicher Anteil – nämlich ein Drittel eines Normalarbeitstages – an Fahrtätigkeiten vor.

Die Präambel zu den Berufslisten, die Anhaltspunkt für die Beurteilung der „körperlichen Schwerarbeit“ sind, lautet:

„Bei den angeführten Berufsgruppen ist nur insoweit Schwerarbeit anzunehmen, sofern kein maschineller Einsatz mit Großgeräten (wie z. B. Kräne, Bagger, LKWs) vorliegt und auch nicht überwiegend Planungs-, Organisations-, und Kontroll- oder Aufsichtstätigkeiten ausgeübt werden; in diesen Fällen ist a priori nicht von Schwerarbeit auszugehen.“

Der Kläger brachte eine Prüfung nach § 1 Abs. 1 Z 4 der der SchwerarbeitsVO nicht vor. Daher war eine allfällige Subsumtion unter dieses Belastungsmoment rechtlich nicht zu überprüfen.

X. Die Schwerarbeitsverordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht

Verfassungsrechtler *Prof. Öhlinger* erstellte am 17.11.2005 ein Gutachten über sämtliche verfassungsrechtliche Fragen zur Schwerarbeitsverordnung, die ihm vom BMSK gestellt wurden. Dabei untersuchte er u. a., ob die Übergangsbestimmung des § 607 Abs. 14 ASVG und die Parallelbestimmungen in GSVG und BSVG sowie § 4 Abs. 4 APG ausreichend bestimmte Verordnungsermächtigungen enthalten.

Das sog. Bestimmtheitsgebot ist in Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG normiert:

„1) Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.

(2) Jede Verwaltungsbehörde kann auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen.“

Aus dieser Bestimmung leiten Lehre und Rechtsprechung das sog. „Legalitätsprinzip“ ab. Dieses besteht in einem Gebot hinreichender Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen: Gesetze müssen das Handeln der Verwaltungsbehörden, insbes. auch die Erlassung von Verordnungen, „ausreichend determinieren“¹³⁷. Eine nicht hinreichend bestimmte gesetzliche Verordnungsermächtigung ist eine „formalgesetzliche Delegation“ und als solche verfassungswidrig¹³⁸.

In § 607 Abs. 14 ASVG und den Parallelbestimmungen in BSVG und GSVG heißt es im ersten Satz *„Tätigkeiten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen erbracht wurden“*. Aus Sicht des Legalitätsprinzips stellt sich die Frage, ob dieses Tatbestandsmerkmal als Basis für eine Verordnung (in concreto: Schwerarbeitsverordnung) hinreichend bestimmt ist.

¹³⁷ *Rill* in: *Rill/Schäffer* (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht, Kommentar*, 1. Lfg. 2001, Rz. 7.

¹³⁸ *Öhlinger*, *Rechtsgutachten*, 2 f.

Um aus meinem ehemaligen Bereich, der Legistik, zu sprechen, handelt es sich dabei um unbestimmte Gesetzesbegriffe. Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff dann iSd Legalitätsprinzips hinreichend bestimmt, wenn er auslegungsfähig ist. Mit anderen Worten: Wenn unter Heranziehung aller Interpretationsmethoden beurteilt werden kann, wozu das Gesetz die Verwaltungsbehörde ermächtigt¹³⁹. Der unbestimmte Gesetzesbegriff muss in einem Auslegungsprozess bestimmbar sein¹⁴⁰.

Aus Sicht von *Öhlinger* erscheint eine exaktere Determinierung der gegenständlichen Regelung auf der üblichen Abstraktionsebene des Gesetzes kaum möglich. Es sprechen daher die überwiegenden Argumente dafür, dass die gesetzlichen Bestimmungen in ASVG, GSVG und BSVG iSd Legalitätsprinzips ausreichend determinierte Verordnungsermächtigungen enthalten.

Eine Verletzung des Gleichheitssatzes sieht der Verfassungsexperte bei der Schwerarbeitsverordnung nicht verwirklicht:

„Die Begünstigung von Schwerarbeit im Pensionsrecht ist zweifellos sachlich gerechtfertigt und widerspricht damit nicht dem aus Art. 7 B-VG abzuleitenden Gebot der Gleichbehandlung.“

ME ist diese Aussage nicht einfach so stehen zu lassen bzw. muss man hier tiefer in die Materie eindringen. Die Begünstigung bzw. Berücksichtigung von Schwerarbeit als solche widerspricht dem Gleichbehandlungsgebot nicht; diese Auffassung teile ich mit *Öhlinger*. Ein gleichheitsrechtliches Problem ergibt sich aber dann, wenn zum einen nur ein bestimmter Adressatenkreis aufgrund des Geschlechts (hier: Männer) von dieser Begünstigung erfasst ist und zum anderen im Verhältnis zur „Hacklerregelung“ und zur „Hacklerregelung für Schwerarbeiter“ derart unterschiedliche Aus-

¹³⁹ vgl. VfSlg. 14.466/1996.

¹⁴⁰ vgl. VfSlg. 16.911.

wirkungen auftreten, dass diese Regelung sehr wohl unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes näher betrachtet werden muss.

De facto handelt es sich bei dem tatsächlichen Adressatenkreis um eine versteckte Diskriminierung Frauen gegenüber. Im Jahr 2007 trat eine Regelung in Kraft, die erst viele Jahre später für Frauen Wirkung entfalten kann. Natürlich kann hier argumentiert werden, dass Frauen durch das frühere Regelpensionsalter von 60 Lj. ohnehin bevorzugt sind. Das stimmt aus Sicht der PV auch, jedoch aus Sicht der Schwerarbeitspension und ihrer Absicht „schwer arbeitenden Menschen besonders zu berücksichtigen“ erfüllt eine faktisch unanwendbare Regelung für bestimmte Personen einen Diskriminierungstatbestand aufgrund des Geschlechts.

„Die Begünstigung von Schwerarbeit im Pensionsversicherungsrecht“ ist iZm jeglicher Form der „Hacklerregelung“ ein Hohn. Wie in einem eigenen Kapitel aufgezeigt wird, sind im Endeffekt die Voraussetzungen der Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension ebenso „schwer“ und nicht begünstigt. An dieser Stelle darf auf die unterschiedlichen Regelungen bei den Abschlüssen hingewiesen werden.

Betrachtet man also den Gleichheitsaspekt etwas näher, so ist eine „zweifelloso sachlich gerechtfertigte Bevorzugung“ in einem anderen, weil viel differenzierten, Licht zu sehen. Meiner Rechtsmeinung nach bedarf die Schwerarbeitspension, insbes. deren Voraussetzungen, eines erneuten Denkprozesses.

Weiters befasste sich *Öhlinger* mit der Frage, ob die Berücksichtigung von beeinträchtigten Menschen in der Schwerarbeitsverordnung verfassungsrechtlich haltbar ist.

Dazu führte der Gutachter aus, dass es sich dabei um einen Systemwechsel handelt. Dieser sei aber nicht weiter problematisch, denn *„die Terminologie der Schwerarbeitsverordnung schließt endogene Faktoren einer besonderen Belastung nicht eindeutig aus.“*

Aus sozialpolitischer Sicht ist dieser Ansatz sicher richtig und nachvollziehbar. Jedoch ist *Öhlinger* nicht gänzlich beizupflichten. Die Intention des Gesetzgebers geht dahin, dass Elemente, die in der Arbeit selbst bzw. iZm dem Arbeitsvorgang liegen, besonders berücksichtigt werden sollen. Ein Negativfaktor, der in der Person, welche die Arbeit verrichtet, liegt, geht somit an dieser Intention völlig vorbei. Nicht die belastende Arbeit, sondern ein Umstand, der sich in der Person selbst gründet, ist hier ausschlaggebend für eine Berücksichtigung.

Selbstverständlich sollten beeinträchtigte Personen eine besondere Berücksichtigung für ihre lange Arbeitsleistung unter widrigen Umständen erfahren. Das ist meiner Meinung nach jedenfalls geboten. Allerdings sollte es hierfür eine eigene Regelung geben, die ausschließlich auf diesen bestimmten, besonders zu berücksichtigenden Personenkreis anwendbar ist. Analog zum besonderen Kündigungsschutz bzw. ex-lege-Begünstigten sollte es hierfür eine eigene normative Regelung geben. ME ist die Schwerarbeitsverordnung nicht die richtige Stelle dafür.

Eine andere Frage, die sich iZm der Schwerarbeitsregelung stellt, ist die der Differenzierung zwischen Männern und Frauen bei Beurteilung des Arbeitskilokalorienverbrauchs bei körperlicher Schwerarbeit.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist nach dem Gutachter eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen gerechtfertigt, da diese arbeitsmedizinisch begründet ist.

Aus Sicht des EU-Rechts könnte es Zweifel an einer solchen Differenzierung geben. Folgt man dem Argument, dass nach dem EGV eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unzulässig ist, so erfüllt diese Regelung eindeutig einen Diskriminierungstatbestand iSd EU-Rechts.

Ein anderer Ansatz, dem bei der Schwerarbeitsregelung mE eher zu folgen ist, ist der arbeitsmedizinische und daher *Öhlinger* in seiner Argumentation zu folgen. Die österreichische Rechtsordnung geht im Allgemeinen in sämt-

lichen Rechtsgebieten von einer Durchschnittsbetrachtung¹⁴¹ aus. Auch der VfGH versucht mit sog. „Gleichheitsformeln“ eine typisierte Auslegung des Gleichheitssatzes. Zulässig ist es, dass der Gesetzgeber bei einer Regelung von einer Durchschnittsbetrachtung ausgeht und auf den Regelfall abstellt¹⁴²; dass dabei Härtefälle entstehen macht das G nicht gleichheitswidrig¹⁴³.

Es ist freilich nicht so, dass jeder Mensch – aus medizinischer Sicht – gleich beschaffen ist. Auch eine Frau kann stärker als mancher Mann sein. Trotzdem reicht bei dieser Frau ein Arbeitskilokalorienverbrauch von 1.400. Es ist schlichtweg unmöglich, bei jedem und jeder Einzelnen die subjektive Beschaffenheit mit der Arbeitsleistung in Relation zu setzen. Der Begründung aus arbeitsmedizinischer Sicht wird hier eher zu folgen sein, als dem Vorliegen eines Diskriminierungstatbestandes aufgrund des Geschlechts. Inwieweit diese Regelung aus europarechtlicher Sicht als gesetzeskonform beurteilt wird, bleibt abzuwarten.

Bei der Beurteilung von körperlicher Schwerarbeit ist von einer Durchschnittsbetrachtung eines Acht-Stunden-Tages einer Person mit durchschnittlichem Körpergewicht auszugehen¹⁴⁴.

Sehr stark kritisiert wurde auch die angebliche Nicht-Vollziehbarkeit dieser neuen Regelung. Länger zurückliegende Versicherungszeiten würden nicht erfasst werden, Dienstgeber in solchen Fällen nicht mehr erreichbar sein. Es handelt sich bei den Bedenken um Beweisschwierigkeiten.

¹⁴¹ So wird z. B. auch im Strafrecht bei Beurteilung einer mit Strafe bedrohten Handlung ein ordentlicher Durchschnittsmensch als Maßstab herangezogen, wobei hier selbstverständlich keine Differenzierung zwischen Männern und Frauen vorgenommen wird. Hauptaugenmerk in meinen Ausführungen wird auf den Durchschnittsmenschen gelegt.

¹⁴² VfSlg. 3595, 5318, 10.455, 13.659, 16.048.

¹⁴³ VwGH, 31.1.2006, 2004/05/0179.

¹⁴⁴ vgl. *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2008, 25.

Dazu führte der Gutachter aus, dass eine Schwierigkeit mit der neuen Regelung zweifellos gegeben ist. Eine schwierige Vollziehbarkeit macht eine Rechtsnorm aber nicht von vornherein verfassungswidrig und auch nicht unmöglich, sondern es bedarf dafür eines personellen und finanziellen Mehraufwandes¹⁴⁵; das sei eine Frage der Ressourcen und nicht der Verfassungswidrigkeit.

Dass es für die Vergangenheit Beweisprobleme geben wird, war allen Beteiligten bei der Erarbeitung einer Schwerarbeitsverordnung von Anfang an bewusst. Die Alternative zu einer neuen Schwerarbeitsregelung wäre gewesen, diese Regelung nur für künftig zu erwerbende Versicherungszeiten gelten zu lassen. Dies hätte aber bedeutet, dass die erste Schwerarbeitspension erst in Jahrzehnten angefallen wäre. Und da der Bereich der Sozialversicherung – oder um es einzuschränken – gerade die Pensionsversicherung, einem steten Wandel unterzogen wird, wäre eine derartig lang ange setzte Regelung wohl nicht nur obsolet geworden, sondern hätte wahrscheinlich de facto gar nie Rechtskraft erreicht.

A. Die Differenzierung zwischen Männern und Frauen aus europarechtlicher Sicht

Nach Art. 13 EGV darf eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht stattfinden. Eine Unterscheidung zwischen Männern und Frauen beim Zugang zu „körperlicher Schwerarbeit“ ist aus europarechtlicher Sicht eindeutig als Diskriminierung der Männer zu qualifizieren. Die Schwerarbeitsregelung ist für beide Geschlechter anwendbar und muss dafür die gleichen Voraussetzungen aufweisen.

Nicht kompatibel ist die europarechtliche Sicht mit der arbeitsmedizinischen, die *Prof. Öhlinger* in seinem Rechtsgutachten zur Schwerarbeitsverordnung vertritt. Die Sicht aus der Arbeitsmedizin stellt auf die Beschaffenheit eines durchschnittlichen Mannes und einer durchschnittlichen Frau ab.

¹⁴⁵ *Öhlinger*, Rechtsgutachten, 9.

Folgt man dem arbeitsmedizinischen Aspekt, so lässt sich ein Rechtfertigungsgrund der unterschiedlichen Behandlung finden. Eine schiefe Optik hinterlässt die differenzierte Behandlung dennoch. Diese offensichtliche Ungleichbehandlung könnte – über kurz oder lang – zu einer Angleichung des Arbeitskilokalorienverbrauchs führen, um dem europarechtlichen Gleichbehandlungsgebot zu entsprechen.

B. Nationale und internationale Maßnahmen

So wie in Österreich gibt es in einigen anderen EU-Ländern und in der Schweiz gesetzliche Regelungen für SchwerarbeiterInnen. Allgemein wird entweder auf eine bestimmte Anzahl von Beitragsjahren und/oder eine bestimmte Dauer der Verrichtung von Schwerarbeit abgestellt. Das vorzeitige Pensionsanfallsalter ist unterschiedlich hoch und hängt entweder von Geschlecht, Beruf oder der Anzahl der Beitragsjahre ab.

a. Portugal

Grundsätzlich können aus Gründen schwerer körperlicher Arbeit oder gesundheitsschädigender Tätigkeiten Portugiesen und Portugiesinnen mit 65 Lj. und 40 Beitragsjahren eine vorzeitige Alterspension für SchwerarbeiterInnen in Anspruch nehmen. Bestimmte Gruppen von ArbeitnehmerInnen können schon ab dem 55. Lj. ohne Abschläge eine Schwerarbeitspension beanspruchen. Prinzipiell wird jedoch für jedes Jahr des früheren Pensionsantrittes vor dem Regelpensionsalter ein Abschlag von je 4,5 % berechnet. Das entscheidende Kriterium in Portugal ist die Dauer der Ausübung des Berufes.

b. Griechenland

In Griechenland hängt die Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension von der Dauer der Ausübung von Schwerarbeit ab. In einigen Fällen muss Schwerarbeit zusätzlich in einer bestimmten Anzahl von Arbeitstagen innerhalb der letzten Jahre vorliegen.

Ähnlich wie in Österreich wird auch in Griechenland zwischen zwei Versicherungsguppen unterschieden: Versicherungsbeginn vor dem 31.12.1992 und nach dem 1.1.1993.

Bei der ersten Personengruppe beträgt das Regelpensionsalter für Männer 65 Lj., für Frauen 60 Lj. Männer können mit 60 Lj., Frauen mit 55 Lj. eine vorzeitige Alterspension in Form einer Vollpension beziehen, wenn sie insgesamt 4.500 Tage gearbeitet haben und diese gesundheitsschädliche Tätigkeit an mind. 3.600 Tagen ausgeübt wurde, davon an 1.000 Tagen in den

letzten 13 Jahren. 53-jährige SchwerarbeiterInnen haben Anspruch auf eine gekürzte Pension, wenn sie 35 Jahre oder 10.500 Tage Erwerbstätigkeit aufweisen und davon 7.500 Tage Schwerarbeit leisteten.

Bauarbeiterinnen können mit 53 Lj., Bauarbeiter mit 58 Lj., BergbauarbeiterInnen mit 50/55 Lj. die Pension antreten, TaucherInnen, die Unterwasserkonstruktionen bauen und ElektrikerInnen, die in Kraftwerken arbeiten, haben eine Altersgrenze von 55 Lj.

Bei der zweiten Personengruppe wird – wie in Österreich nach dem APG – nicht mehr zwischen Männern und Frauen unterschieden, was das Regel-pensionsalter betrifft. Dieses beträgt für beide Geschlechter 65 Lj., eine vorzeitige Alterspension wegen gesundheitsschädlicher Arbeit können beide ab dem 60. Lj. beanspruchen, wenn sie entweder 4.500 Arbeitstage oder 15 Versicherungsjahre aufweisen, wobei in drei Viertel dieser Zeiten Schwerarbeit vorliegen muss¹⁴⁶. Dabei sind keine Abschläge vorgesehen.

c. Spanien

Im Jahr 2002 führte die spanische Regierung ein flexibles Pensionsanfallsalter ein¹⁴⁷. Regel-pensionsalter ist grundsätzlich das 65. Lj. Arbeitet jemand darüber hinaus, so erhält er bei tatsächlichem Pensionsantritt eine höhere Pension¹⁴⁸.

Eine Art „Schwerarbeitspension“ gibt es in Spanien für MinenarbeiterInnen und für Seeleute. Allerdings wird hier mitunter an den Tatbestand der Arbeitslosigkeit angeknüpft. Jemand, der das 61. Lj. vollendet hat und mind. sechs Monate arbeitslos gemeldet ist, 30 Jahre Sozialversicherungsbeiträge geleistet hat und von seinem Dienstgeber gekündigt wurde, kann eine vorzeitige Alterspension in Anspruch nehmen. Diese Regelung gilt auch allge-

¹⁴⁶ BergbauarbeiterInnen: Bereits ab dem 55. Lj. möglich.

¹⁴⁷ G Nr. 35/2002.

¹⁴⁸ Diese Regelung ist vergleichbar mit dem „Bonus-Malus-Prinzip“ bei der Korridorpension: Arbeitet jemand über das 65. Lj. hinaus, so gebührt ihm ein Bonus von 0,35 %/Monat des längeren Verbleibs im Erwerbsleben.

mein in der gesetzlichen Pensionsversicherung. In der Schwerindustrie wird ab dem 60. Lj. ein Teilpensionsmodell möglich (15 Beitragsjahre und gleichzeitig Teilzeitarbeit). Ohne Abschläge in Kauf nehmen zu wollen, müssen 35 Beitragsjahre vorliegen.

d. Italien

Ein Versicherter kann in Italien vorzeitig aus dem Erwerbsleben ausscheiden, wenn er einer Tätigkeit mit außergewöhnlicher Belastung nachgegangen ist. Seit 2001 gibt es eine „Schwerarbeitsregelung“, nach der Dauer, Zeitpunkt und Art der Schwerarbeit die relevanten Kriterien sind. ArbeitnehmerInnen bestimmter Wirtschaftssektoren, die einer Arbeit mit außergewöhnlicher Belastung nachgehen, haben die Möglichkeit, vorzeitig in Pension zu gehen. Die Alterspension kann um bis zu fünf Jahren vorzeitig in Anspruch genommen werden. Zu den außergewöhnlichen Belastungen werden Nachtschichtschwerarbeiten oder Arbeiten unter extremen Temperaturen gezählt.

Seit 1.1.1996 wird für die Rechtfertigung eines vorzeitigen Pensionsanspruchs die verbleibende Lebenserwartung zum Zeitpunkt der Pensionierung herangezogen: Je höher die Lebenserwartung ist, desto niedriger fällt die Höhe der Pension aus. Bei SchwerarbeiterInnen wird die Lebenserwartung für jeweils sechs Jahre Schwerarbeit um ein Jahr reduziert; das bedeutet eine Steigerung der Pensionshöhe.

ME ist der Ansatz der „Lebenserwartung“ sehr zu hinterfragen zudem pietätlos. Die Pensionshöhe an der Lebenserwartung zu messen ist vielleicht objektiv nachvollziehbar, jedoch eine äußerst bedenkliche Regelung. Ich könnte mir vorstellen, als italienischer Staatsbürger wird man den Gedanken nicht los, dass jedem ein eher kurzes Leben gewünscht wird, um den Zustand der Pension nicht auszuschöpfen.

Es wird in Italien weiters von einer Fördermaßnahme für SchwerarbeiterInnen gesprochen, die auf eine zeitliche Komponente abstellt; die Schwerarbeit musste mind. ein Jahr zwischen dem 8.10.1993 und dem 31.12.2001 erbracht worden sein. Dabei wurde zwischen einfacher, bedingt extremer

und extremer Schwerarbeit unterschieden. Unter extremer Schwerarbeit sind z. B. Arbeiten in Hochdruckbehältern und Taucharbeiten, unter bedingt extreme Schwerarbeit etwa Asbest-Entsorgung von Industrieanlagen oder Arbeiten wie Graben eines Tunnels zu verstehen.

Die Fördermaßnahme verringerte die Alters- und/oder Beitragsgrenzen. Die Wartezeit betrug 20 Jahre, die Altersgrenzen reduzierten sich für 10 Jahre Schwerarbeit um ein Jahr und insgesamt um nicht mehr als zwei Jahre. Die sog. Mindestbeitragszeit verringerte sich für sechs Jahre Schwerarbeit um ein Jahr und insgesamt um max. fünf Jahre.

ME ist der Ausdruck „Fördermaßnahme“ nicht der richtige. Schwerarbeit soll ja in all den Fällen nicht *gefördert* werden; es soll lediglich eine besondere Berücksichtigung in der Pensionsversicherung stattfinden.

e. Frankreich

Grundsätzlich sieht die gesetzliche Pensionsversicherung in Frankreich keine vorzeitige Alterspensionen vor. Öffentliche Vorruhestandsmodelle ermöglichen dennoch ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben. Zwei dieser Modelle betreffen SchwerarbeiterInnen: CATS und CAATA¹⁴⁹.

CATS ist ein Abkommen der Sozialpartner und ermöglicht – seit dem Jahr 2000 – über 55-jährigen ArbeitnehmerInnen, die 15 Jahre lang Schicht- oder Fließbandarbeit geleistet und jährlich mind. 200 Nächte gearbeitet haben, die Inanspruchnahme einer vorzeitigen Alterspension. Die Metall-, Verpackungs-, Plastikgummiindustrie, MinenarbeiterInnen und die Glas-, Textil- und Druckbranche haben CATS in ihre Branchenkollektivverträge übernommen.

CAATA ermöglicht ArbeitnehmerInnen, die mit der Herstellung von asbestartigen Materialien betraut sind, vorzeitig aus dem Erwerbsleben auszuscheiden. Dazu zählen etwa Hafen- oder WerftarbeiterInnen.

¹⁴⁹ CATS: cessation anticipée d`activité pour certains travailleurs salariés;

CAATA: cessation anticipée d`activité des travailleurs de l`amante.

f. Belgien

In Belgien schließen die Sozialpartner für jeweils zwei Jahre branchenübergreifende Abkommen ab. So besteht z. B. in der Bauwirtschaft für über 58-Jährige die Möglichkeit vorzeitig aus dem Arbeitsmarkt auszuscheiden. Seeleute können mit 60 Lj. und Piloten und Pilotinnen mit 55 Lj. eine vorzeitige Alterspension antreten. Bei MinenarbeiterInnen ist es von der Dauer der Schwerarbeit und davon abhängig, ob sie über oder unter Tag gearbeitet haben; je nachdem können sie zwischen dem 55. und 60. Lj. vor dem Regelpensionsalter in Pension gehen.

g. Luxemburg

In Luxemburg werden SchichtarbeiterInnen gesondert behandelt. Diese können ab dem 57. Lj. in Pension gehen, wenn sie mind. 20 Jahre lang Wechselschichtarbeit oder Nachtarbeit verrichtet haben¹⁵⁰.

h. Schweiz

In der Schweiz wird für ArbeitnehmerInnen im Bauhauptgewerbe seit 2002 eine Übergangsrente nach Vollendung des 60. Lj. bis zum Erreichen des Regelpensionsalters gewährt, wobei dies mit max. fünf Jahren begrenzt ist. Allgemeine Voraussetzungen sind die Arbeit in einem Bauhauptgewerbe mind. 15 Jahre innerhalb der letzten 20 Jahre und davon die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug ununterbrochen. Eine gekürzte Überbrückungsrente ist dann möglich, wenn eine zehnjährige Tätigkeit innerhalb der letzten 20 Jahre und davon die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug ununterbrochen vorliegt.

Dieser internationale Streifzug durch die diversen Schwerarbeitsregelungen zeigt deutlich, dass unter den Begriff „Schwerarbeit“ nach wie vor primär die körperliche Schwerarbeit subsumiert wird. Einige Systeme ähneln den Kriterien der Schwerarbeitsverordnung in Österreich, wobei in keinem der ange-

¹⁵⁰ Dieses Modell entspricht weitgehend dem NSchG in Österreich.

fürten Länder auf beruflich belastenden Tätigkeiten als solche Hauptaugenmerk gelegt wird. Anknüpfungspunkt ist jeweils der Beruf.

Der Begriff der „begrenzten Tätigkeitsdauer“ eröffnet das Problemfeld bzw. die Abgrenzungsproblematik zwischen der Beobachtung eines Berufes und der beruflich belastenden Tätigkeit. Nicht alle ausgeübten Berufe, von denen man in erster Linie von Schwerarbeit ausgeht, sind tatsächlich schwer und können nur begrenzt ausgeübt werden. Wie schon in unseren nationalen Regelungen zur Schwerarbeit ausgeführt, ist beispielsweise Kellner nicht gleich Kellner. Und daher Gastgewerbe nicht gleich Gastgewerbe. Primäre Betrachtung gilt es auf die Tätigkeit als solche zu legen, diese zu werten und entsprechend zu berücksichtigen oder nicht.

Genau aus diesem Grund sind wir in der Arbeitsgruppe damals vom ursprünglichen Gedanken der Berufsbilder abgewichen und legten das Hauptaugenmerk auf belastende berufliche Tätigkeiten. ME ist das, v. a. im Vergleich zu den internationalen Maßnahmen der richtigere, weil fairere Weg, Schwerarbeit als solche zu qualifizieren und pensionsrechtlich entsprechend zu würdigen.

XI. Schwerarbeit: Volkswirtschaftliche Kosten und Lebens- erwartung, Pensionsübertritt und Arbeitsmarktsituation am Beispiel der Bauwirtschaft (eine Studie des WIFO)

Eine Studie des WIFO aus dem Jahr 2004 beschäftigt sich mit älteren Arbeitskräften in belastungsintensiven Tätigkeitsbereichen und stellt auch einen internationalen Vergleich an. Dabei wird einleitend betont, dass die öffentliche Diskussion im Pensionsversicherungsbereich fast ausschließlich Reformen des Pensionssystems beinhaltet. Belastungen in der Arbeitswelt hingegen bzw. Verbesserungen der Arbeitsbedingungen werden stiefmütterlich behandelt und kaum thematisiert.

Spezielle Regelungen für den Bereich der Pensionsversicherung für Beschäftigte in belastungsintensiven Tätigkeitsbereichen existieren fast ausschließlich in den südeuropäischen Mitgliedsländern der EU. Dort sind sie auf bestimmte Berufsgruppen, wie etwa Fischer, Balletttänzer, Arbeiter im Bergbau oder der Marine, begrenzt. Nur in Finnland werden umfangreiche Programme umgesetzt, die eine altersgerechte Gestaltung der Arbeitsbedingungen in den Mittelpunkt stellt. Der Gesundheitsschutz und der Aus- bzw. Umstieg der belastungsintensiven und gesundheitsgefährdenden Tätigkeitsfelder sind wichtige Schlüsselfaktoren, um betroffenen Beschäftigten einen längeren Verbleib im Erwerbsleben zu ermöglichen.

In der Studie des WIFO wird v. a. eine Grundüberlegung der Schwerarbeitsverordnung bestätigt: Die Arbeitswelt ist einem ständigen Wandel unterworfen; die Struktur von Aufgaben- und Tätigkeitsfeldern sowie von Berufen per se ändern sich.

Es wird auch der Aspekt der Umwelteinflüsse thematisiert. Diese haben sich – der Studie nach – in einem Vergleich zu 1994 kaum geändert. Der Aspekt „Umwelteinfluss“ und sonstige berufliche Belastungen sind gemeinsam zu betrachten und zu werten. Schädigenden Umwelteinflüssen sind Arbeiter in überdurchschnittlichem Maße nach wie vor ausgesetzt.

Der Belastungswandel von körperlicher Schwerarbeit hin zu psychischen Belastungen wird in Frage gestellt. Auch in Bereichen, in denen körperliche Belastung zunimmt, wird angegeben, dass Stress und Arbeitsdruck zugenommen hätten. Diese beiden Belastungsfaktoren vermischen sich in vielen Bereichen, was die Belastungssituation als solche und die damit verbundene Gesundheitsgefährdung drastisch erhöht.

Eine Umfrage der „Dublin Foundation“¹⁵¹ über die Arbeitsbedingungen zeigt auf, dass von Stress und hohem Arbeitstempo in überdurchschnittlichem Maße die Berufsgruppen Maschinenbediener, Hilfsarbeitskräfte sowie Handwerker besonders betroffen sind.

Nach der Studie des WIFO gab es in den letzten Jahrzehnten drei große Veränderungsprozesse, die falsche Prognosen der Auswirkungen mit sich brachten:

Anwachsen des Dienstleistungssektors (Prognose: Abnahme von körperlicher Schwerarbeit)

Technisierung in Produktion und Dienstleistung (Prognose: Abnahme von körperlicher Schwerarbeit)

Einführung von neuen Formen der Arbeitsorganisation (Einführung von Gruppenarbeit, Erhöhung des Entscheidungsspielraumes auf den unteren Ebenen eines Unternehmens).

Aber: Traditionelle Arbeitssysteme spielen in der Arbeitswelt nach wie vor eine wichtige Rolle. Es darf auch nicht vergessen werden, dass die Erhöhung des Entscheidungsspielraumes mit einer Intensivierung der Arbeit einhergeht, was wiederum Druck und Stresssituationen hervorrufen kann.

Höhere Arbeitszufriedenheit aufgrund interessanter Arbeit mischt sich mit negativen gesundheitlichen Auswirkungen. Viele Dienstleistungssparten, wie z. B. Reinigungsgewerbe, Handel oder Pflege sind nach wie vor mit ho-

¹⁵¹ Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, 1975 gegründet.

hen psychischen und emotionalen Belastungen verbunden. Auch in anderen Bereichen, wie etwa der Informations- und Kommunikationstechnologie, wird durch die Automatisierung von Tätigkeiten die Arbeit körperlich erleichtert. Durch die Beschleunigung der Produktion erfolgt jedoch wieder eine Verdichtung von Arbeit. Der neue Denkansatz der kapitalorientierten Unternehmensführungsstrategien lässt den Druck auf die Arbeitskräfte weiterhin erhöhen.

Eine Intensivierung der Arbeit bedeutet gleichzeitig auch eine Ausdehnung der Arbeitszeit, die häufig in eigener Verantwortung liegt. In Deutschland beispielsweise kam es in den 90-er Jahren zu einem deutlichen Anstieg von unbezahlten Überstunden.

Zusammenfassend kommt das WIFO zu dem Ergebnis, dass laut österreichischem Mikrozensus der Belastungsaspekt „andere schwere körperliche Anstrengung“ von 1995 auf 1999 von 24,7 % auf 27,3 % angestiegen ist. Gleichzeitig sind die psychischen Belastungen, die sich v. a. durch zunehmenden Zeit- und Termindruck sowie hohem Arbeitstempo manifestieren, stark angewachsen. Die Gestaltung des Arbeitsplatzes, die Arbeitsbedingungen, Laufbahngestaltung, Arbeitsanforderungen sind Parameter, die die Arbeit auch zu psychischer Schwerarbeit machen können. Nicht nur die biologische Ausstattung bzw. das individuelle Gesundheitsbewusstsein der Betroffenen ist ausschlaggebend für die Arbeitsfähigkeit.

Das Phänomen der „begrenzten Tätigkeitsdauer“ bedeutet, dass in belastungsintensiven Tätigkeitsbereichen die gesundheitlichen Risiken so hoch sind, dass diese nur zeitlich begrenzt ausgeübt werden können; die gesundheitlichen Risiken durch Arbeit sind ungleich verteilt: Bestimmte Berufsgruppen sind stärker belastet als andere. Dazu zählen nach einer Eva-

luierung des WIFO z. B. die Bauarbeit, Pflege¹⁵², Gastgewerbe, Transportarbeiten.

A. Arbeitsplatzbelastungen, arbeitsbedingte Krankheiten und Invalidität (eine Studie des WIFO)

Im Dezember 2008 legte das WIFO neuerlich eine Studie zu Arbeitsplatzbelastungen, arbeitsbedingte Krankheiten und Invalidität vor. Von elf Belastungsfaktoren sind in Österreich nur drei (Staub, Chemikalien, Strahlung) leicht rückläufig. Die Lärmbelastung ist gleichbleibend, Vibration, hohe und niedrige Temperaturen, schwere Lasten, Tragen von Schutzausrüstung steigen leicht, schmerzhaftige Haltungen, repetitive Bewegungen steigen deutlich an¹⁵³.

Anhand dieser beiden Studien, die vier Jahre auseinanderliegen, ist erkennbar, dass eine Regelung, die schwer belastende Tätigkeiten erfasst, unabdingbar erscheint. Es ist aber genauso offensichtlich, dass die gesetzliche Pensionsversicherung nicht primärer Adressat derartiger Belastungsfaktoren sein kann. Vorbeugender Arbeitsschutz, betriebliche Gesundheitsförderung, bessere Gesundheitsvorsorge, adäquate arbeitszeitrechtliche Regelungen, regelmäßige Pausenmöglichkeiten und auch deren Einhaltung seitens der Arbeitnehmer etc. sind einige Aspekte, die die Belastungsfaktoren erträglicher machen oder gar mildern können. Selbstverständlich rechtfertigen schwere berufliche Belastungen einen privilegierten Pensionsantritt; doch damit ist für die Betroffenen nicht alles abgegolten, was möglich oder notwendig ist. Körperliche Einschränkungen, gesundheitliche Beeinträchtigungen durch jahrelange Schwerarbeit schränken in der Lebensführung ein. Werden derartige Belastungen durch die eben beschriebenen Maßnahmen abgefedert, so nützt dies der betroffenen Versichertengemeinschaft in zweierlei Hinsicht, nämlich einen früheren und gesunden Pensionsantritt.

¹⁵² Diese Evaluierung deckt sich mit dem Belastungsmoment des § 1 Abs. 1 Z 5 der Schwerarbeits-VO. Hier kann man ebenfalls von einer begrenzten Tätigkeitsdauer im Palliativ- oder Hospizbereich sprechen.

¹⁵³ Biffi/Leoni/Mayrhuber, 15.

XII. Das Nachtschwerarbeitsgesetz

A. Sozialpolitische Zielsetzung

Mit dem NSchG wurde seinerzeit ein neuer Weg beschritten, gesundheitsbelastende Erwerbstätigkeiten im Pensionsversicherungsrecht neu zu erfassen. Es wird nach Arbeitnehmergruppen und beruflichen Belastungskriterien unterschieden. Auch die Arbeitsmarktprobleme in der Schwerindustrie Anfang der 80-er Jahre trugen nicht unwesentlich zur Schaffung des NSchG bei. Ob dieser Weg des NSchG eine vorübergehende Nebenlinie der Sozialpolitik gewesen ist oder der Anfang einer differenzierten Sozialpolitik gesetzt wurde, der entweder auf gesetzlicher oder auf kollektivvertraglicher Ebene eine berufsspezifische Auseinanderentwicklung arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Grundansprüche bringen wird, kann derzeit noch nicht endgültig beurteilt werden¹⁵⁴.

In seiner Stammfassung war das Nachtschicht-Schwerarbeitsgesetz (so wie es damals benannt wurde), die Leistung des Sonderruhegeldes betreffend, befristet vorgesehen. Grund hierfür war die Annahme der Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Laufe der Zeit. In den 80-er Jahren wurde diese Befristung immer wieder verlängert, bis sie schließlich mit der Novelle 1992 aufgehoben wurde¹⁵⁵.

Die Novelle 1992 trat mit 1.1.1993 in Kraft; mit dieser wurde u. a. der Titel des Gesetzes in „Nachtschwerarbeitsgesetz“ geändert. Die Voraussetzungen der Schichtarbeit und die Arbeit in einem Nachtschichtbetrieb entfielen. Ebenso wurde durch diese Novelle der für das Vorliegen von erschwerenden Arbeitsbedingungen durch Lärm erforderliche Schallpegelwert von 90 db(A) auf 85 dB(A) gesenkt¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Schwarz/Ziniel, Kommentar zum NSchG, 1997, 55.

¹⁵⁵ vgl. Nov. zum NSchG BGBl. 666/1983; SRÄG 1988, BGBl. Nr. 609/1987; NSchG-Nov. 1990, BGBl. 414/1990; NSchG-Nov. 1992, BGBl. Nr. 473/1992.

¹⁵⁶ vgl. *Tastl* (In der Hitze der Nacht) in: NÖDIS, 06/2006.

Das Nachtschicht-Schwerarbeitsgesetz wurde in seiner ersten Fassung wegen praktischer Unanwendbarkeit oft kritisiert. Im Jahr 1992 waren es etwa 350 Sonderruhegeldbezieher und insgesamt 10.000 Versicherte. Durch die Änderung eines Nachtschicht-Schwerarbeitsgesetzes in ein Nachtschwerarbeitsgesetz hat sich die Zahl des Versichertenkreises um ca. 50 % erhöht. Waren 1992 in allen Wirtschaftsklassen 10.210 Dienstnehmer nach dem NSchG erfasst, so betrug 1994 diese Zahl 15.446. Zahlenmäßig am stärksten war der Anstieg in den Wirtschaftsklassen Metall, Papier und Pappe und Chemie¹⁵⁷.

In Österreich waren im Jahr 2003 ca. 15.000 Personen als NachtschwerarbeiterInnen registriert¹⁵⁸. Im Jahr 2009 waren ca. 19.000 Personen nach dem NSchG versichert; 1.500 Personen haben Sondergeld bezogen.

Das Nachtschicht-Schwerarbeitsgesetz wurde lediglich als Instrument zur Berücksichtigung der krassesten Belastungsfälle und nur für unselbstständig Beschäftigte geschaffen. Die Erwartungen der Bevölkerung waren zu groß. Diese nicht erfüllten Erwartungen führten zu einer Fülle von Vorstößen einzelner Berufsgruppen zur Aufnahme in das Gesetz v. a. unter dem Aspekt, durch vorzeitige Pensionierung Gesundheits- und Arbeitsmarktprobleme in einer bestimmten Branche mildern zu können¹⁵⁹.

B. Voraussetzungen, um als Nachtschwerarbeiter qualifiziert zu werden

Nachtschwerarbeit leistet jemand, der in einem gewissen Zeitraum bestimmte, im NSchG taxativ aufgezählte, Tätigkeiten verrichtete. Durch kollektivvertragliche Vereinbarungen können sonstige Arbeiten der Nachtschwerarbeit gleichgestellt werden, wenn sie eine außergewöhnliche Bean-

¹⁵⁷ Schwarz/Ziniel, Kommentar zum NSchG, 1997, 59.

¹⁵⁸ Quelle: Studie WIFO, Schwerarbeit „Schwerpunkt Bau“, 2004.

¹⁵⁹ Schwarz/Ziniel, Kommentar zum NSchG, 1997, 52.

spruchung mit sich bringen oder wenn Arbeitnehmer der Einwirkung durch Schadstoffe oder Strahlen ausgesetzt sind¹⁶⁰.

Gem. Art. X Abs. 1 NSchG hat der Versicherte nach Vollendung des 57. Lj. und die Versicherte nach Vollendung des 52. Lj. Anspruch auf Sonderruhegeld, wenn er/sie in den letzten 360 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 180 Monate Nachtschwerarbeit geleistet hat oder wenn er/sie am Stichtag insgesamt mind. 240 Monate¹⁶¹ nach dem NSchG vorweisen kann (unabhängig von der Lagerung der Beitragsmonate). Die Belastungsmomente sind in Art. VII Abs. 2 NSchG abschließend aufgezählt. Es darf am Stichtag keine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit über der Geringfügigkeitsgrenze¹⁶² ausgeübt werden.

C. Leistung des Sonderruhegeldes

Das Sonderruhegeld kommt nur für unselbstständig Beschäftigte in Betracht und gebührt iHd Invaliditätspensionen. Auch die Abschläge werden wie bei einer Invaliditätspension berechnet (4,2 %/Jahr); diese sind mit 15 % gedeckelt. Es wird bei der Berechnung davon ausgegangen, dass der Versicherte am Stichtag alle notwendigen Voraussetzungen erfüllt und ein Anspruch daher auf die Leistung bestanden hätte.

Die Leistungen des Sonderruhegeldes erhöhten sich von 2005 zu 2006 um 6 %. Die vorläufige Erfolgsrechnung 2007 (Stand: 30.6.2007) beträgt € 37.083.226, während den Pensionen aus dem Titel „geminderte Arbeitsfähigkeit“ Pensionsaufwendungen von € 5.059.869.971¹⁶³ gegenüberstehen.

¹⁶⁰ PVA, Infolder Nr. 16 (Sonderruhegeld), 2009.

¹⁶¹ Eingefügt mit der Novelle 1992 zum NSchG.

¹⁶² Wert 2009: € 357,74 mtl.

¹⁶³ Im Vergleich dazu beträgt der Gesamtaufwand aller PV-Träger für die Alterspensionen € 16.273.832.066; Quelle: Quartalsbericht BMSK, Abt. II/6, 3. Quartal 2007.

Hat eine Bezieherin das 55. Lj. bzw. ein Bezieher des Sonderruhegeldes das 60. Lj. vollendet und am Stichtag die Voraussetzungen für eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer erfüllt, so gebührt anstelle des Sonderruhegeldes ab diesem Monatsersten die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer. Ist dies nicht der Fall, so geht nach Erreichen des Regelpensionsalters das Sonderruhegeld in eine Alterspension über.

Im Gegensatz zur Schwerarbeitspension hat der Dienstgeber, in dessen Betrieb Nachtschwerarbeit geleistet wird, einen erhöhten Dienstgeberbeitrag (dzt. 2 % der allgemeinen Beitragsgrundlage) zu leisten¹⁶⁴. Dieser Beitrag ist auch von den Sonderzahlungen (Urlaubs- und Weihnachtsgeld) zu entrichten¹⁶⁵. Mit der Novelle 1992 wurde der NSchG-Beitrag von 2,5 % auf 2 % der Bemessungsgrundlage gesenkt und seitdem nicht mehr erhöht.

Eine Sistierung der Erhöhung des Nachtschwerarbeitsbeitrages wurde im Rahmen des Arbeitsmarktpakets 2009¹⁶⁶ bis 2012 verlängert (Art. 9: Änderung des NSchG; Art. XIII Abs. 12 neu: „Art. XI Abs. 5 ist in den Kalenderjahren 1997 bis 2012 nicht anzuwenden.“).

D. Nachtschwerarbeitsmonat

Ein Nachtschwerarbeitsmonat liegt vor, wenn innerhalb eines Kalendermonats an mindestens sechs Arbeitstagen Nachtschwerarbeit verrichtet wurde. Wurde dieses Erfordernis nicht erfüllt, so kommt das Prinzip der Durchrechnung gem. Art. XI Abs. 6 zur Anwendung: Wurde in einem Durchrechnungszeitraum bis zu drei Monaten 18 Mal Nachtschwerarbeit geleistet, so werden diese drei Monate als Nachtschwerarbeitsmonate qualifiziert. Oder: Ein Versicherter leistete in einem und dem unmittelbar vorangegangenen Kalendermonat an insgesamt zwölf Arbeitstagen Schwerarbeit iSd NSchG.

¹⁶⁴ Art. XI Abs. 3 NSchG.

¹⁶⁵ *Milisits*, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2008, 42.

¹⁶⁶ BGBl. I Nr. 90/2009.

Wie bei der Schwerarbeit bleiben solche Arbeitsunterbrechungen¹⁶⁷, welche die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nicht beenden, außer Betracht; die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung muss aufgrund Beschäftigung aufrecht sein. Mit anderen Worten: Nachtschwerarbeit wird auch dann als solche gewertet, wenn der Dienstnehmer wegen einer entgeltspflichtigen Dienstverhinderung Nachtschwerarbeit tatsächlich nicht verrichten konnte. Es gilt das Ausfallsprinzip.

Unter Nachtarbeit iSd NSchG versteht man die Verrichtung von Arbeit zwischen 22 Uhr und 6 Uhr mind. sechs Stunden, sofern in die Arbeitszeit nicht regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt (§ 5 AZG).

Was unter dem Begriff „erheblich“ zu verstehen ist, ist Auslegungssache und auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Erheblich wird das Ausmaß jedenfalls dann sein, wenn die Arbeitsbereitschaft mehr als ein Drittel der Arbeitszeit einnimmt¹⁶⁸.

Literatur und Rechtsprechung¹⁶⁹ definieren Arbeitsbereitschaft als Achtsamkeit im Zustand der Entspannung. Das bloße Warten auf einen möglichen Arbeitseinsatz zur Aufnahme einer Tätigkeit wird zwar arbeitsrechtlich als Arbeitszeit qualifiziert, nicht jedoch als belastendes Merkmal iSd NSchG.

E. Die Schwerarbeitsverordnung und das NSchG in Relation

Die Bestimmungen des NSchG erfuhren durch das Inkrafttreten einer Schwerarbeits-VO keine Änderungen; Beitragszeiten nach dem NSchG sind dem zuständigen Krankenversicherungsträger weiterhin zu melden. Eine zusätzliche Meldung für dieselbe Tätigkeit als Schwerarbeitszeit ist allerdings nicht erforderlich.

Die Begriffe für „Schwerarbeit“ nach dem NSchG und nach der Schwerarbeitsverordnung decken sich nicht. Wie der Titel des Gesetzes (NSchG)

¹⁶⁷ Wochenende, Feiertage, Urlaub, Erkrankung.

¹⁶⁸ Schwarz/Ziniel, Kommentar zum NSchG, 1997, 62.

¹⁶⁹ VwGH, Z 91/19/0248-2050 und VwGH, Z 92/18/0446.

schon hinweist, muss nach dem NSchG neben der Schwerarbeit zusätzlich der Faktor Nacht vorliegen. Gem. der Schwerarbeitsverordnung gilt Schwerarbeit auch bei Tag- und Wechseldienst.

Beiden Pensionsarten ist gemein, dass eine Kombination einzelner Tatbestände bzw. Z (z. B. drei Nachtdienste/Monat und ein Verbrauch von 1.300 Arbeitskilokalorien) nicht möglich ist; jede Ziffer/jeder Tatbestand muss für die Beurteilung des (Nicht-)Vorliegens von Schwerarbeit für sich zur Gänze erfüllt sein. Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Verordnungstextes, der die Tatbestände alternativ aufzählt (arg. „oder“).

Während nach dem NSchG ein sog. Nachtschwerarbeitsbeitrag des Dienstgebers geleistet werden muss, fallen nach der Schwerarbeitsverordnung für den Dienstgeber keine zusätzlichen Kosten an.

Auch betreffend die Meldung durch den Dienstgeber, gibt es Unterschiede: Nach den Bestimmungen des NSchG hat dieser eine Kopie der Meldung dem Nachtschwerarbeiter sowie dem Betriebsrat auszuhändigen¹⁷⁰. Diese Pflicht trifft Dienstgeber von Schwerarbeitern nicht.

a. Gemeinsamkeiten

Es besteht zwischen diesen der Schwerarbeits-VO und dem NSchG inhaltlich – nicht zuletzt wegen der teilweisen identen Belastungsmomente – ein enger Zusammenhang.

Es wurden insgesamt fünf Belastungsmomente des NSchG in die Schwerarbeitsverordnung übernommen: § 1 Abs. 1 Z 2, 3 iVm § 2, 4 iVm § 4 und 6:

Besonders starke Hitze- oder Kälteeinwirkung,

Verwendung von Arbeitsgeräten, die durch gesundheitsgefährdende Erschütterung auf den Körper einwirken (10 %-ige MdE als Voraussetzung),

regelmäßiges mind. während vier Stunden der Arbeitszeit Tragen von Atemschutzgeräten oder während 2 Stunden Tauchgeräte (10 %-ige MdE),

¹⁷⁰ vgl. Art. VIII NSchG.

ständiges gesundheitsschädliches Einwirken von inhalativen Schadstoffen, die zu einer Berufskrankheit führen können (10 %-ige MdE) sowie schwere körperliche Arbeit (Verbrauch von mind. 2.000 bzw. 1.400 Arbeitskilokalorien).

b. Die Berufskrankheitenliste (Anlage 1 zum ASVG)

Eine Aktualisierung der Anlage 1 zum ASVG („Berufskrankheitenliste“) ist sowohl iSd Schwerarbeitspension als auch des NSchG dringend erforderlich. Die Anlage enthält zum einen völlig veraltete Berufskrankheiten, zum anderen fehlen „neue“, in der Arbeitswelt auftretende Berufskrankheiten. Mit dem SRÄG 2006¹⁷¹ wurden einige dieser „neuen“ Berufskrankheiten in die Anlage 1 aufgenommen. Hierzu zählen z. B. bösartige Neubildungen des Rippenfells, des Herzbeutels und des Bauchfells durch Asbest, bösartige Neubildungen der Lunge durch Asbest, bösartige Neubildungen des Kehlkopfes durch Asbest sowie allergieinduzierte anaphylaktische Reaktionen nach Latex- Sensibilisierung

Eine heikle Tatsache stellt diese „Veralterung“ der Berufskrankheitenliste insbes. in Anbetracht dessen dar, dass diese Anlage normativen Charakter hat. Abschließend wird auch diese Liste – gleich wie die Berufslisten im Zusammenhang mit der Schwerarbeits-VO – trotz ihrer rechtlichen Verbindlichkeit nie sein, da immer wieder, den unterschiedlichen Arbeitsbedingungen entsprechende Änderungen eintreten werden. Dennoch sollte eine regelmäßige Evaluierung – etwa ein Mal pro Jahr – stattfinden, auch wenn die Generalklausel des § 172 Abs. 2 ASVG sämtliche Berufskrankheiten inkludiert und eine Aktualisierung der Anlage 1 nicht notwendigerweise mit einer positiven Feststellung einer Berufskrankheit zusammenhängt.

¹⁷¹ BGBl. I Nr. 131.

- c. Die Berufslisten für die Schwerarbeitsverordnung des Tatbestandes der körperlichen Schwerarbeit („Liste 1“ und „Liste 2“)

Ursprünglich sollte den Pensionsversicherungsträgern zur Verfahrenserleichterung für die Beurteilung körperlicher Schwerarbeit ein Arbeitsbehelf zur Verfügung gestellt werden, die sog. Berufslisten („Liste 1“ und „Liste 2“; s. ANHANG 2). Diese Berufslisten enthalten Differenzierungen innerhalb einzelner Berufsgruppen. Liste 1 findet auf Männer und Frauen, Liste 2 nur auf Frauen Anwendung. Die Listen haben keinen normativen Charakter und dienen Dienstgebern und Pensionsversicherungsträgern gleichsam als Hilfsmittel. Bei welchen Berufen ein – der Z 4 der Schwerarbeitsverordnung – entsprechender Arbeitskilokalorienverbrauch jedenfalls anzunehmen ist, ist aus diesen beiden Listen ersichtlich.

Die Berufslisten sind eine Methode der Verfahrensstraffung, definieren „Schwerarbeit“ jedoch keinesfalls abschließend, sondern sie sind lediglich als Hilfe in einem Pensionsfeststellungsverfahren zu betrachten; sie sollen das Beweisverfahren unterstützen. Ein weiterer Grund, dass man sich bei „körperlicher Schwerarbeit“ an Berufe anlehnte, ist das Vorliegen der Objektivität.

Beide Listen – wie umfangreich auch immer sie gestaltet sind – können nie abschließend sein. Vielmehr sind sie ein kleiner Ausschnitt aller denkbaren gesundheitsbelastenden Berufsbilder. Nachdem sich diese stets ändern können und auch werden, wird dieser Kreis einer ständigen Weiterentwicklung und Evaluierung durch den HV unterzogen.

Seit Entstehen der Berufslisten wurden diese bislang zwei Mal novelliert bzw. ergänzt; das erste Mal im Oktober 2008 und das zweite Mal im März 2009. Der Ausschuss „Alterssicherung“ des HV hat – nach Anhörung der Interessenvertretungen – am 24.3.2009 die Aufnahme von Starkstrom-

monteuren und Ölpressern in die Berufslisten zur Schwerarbeit beschlossen¹⁷².

Grundlage der Berufslisten 1 und 2 bilden die in der Anlage zur Schwerarbeits-VO dargelegten Grundsätze für die Feststellung des Vorliegens einer schweren körperlichen beruflichen Tätigkeit. In einem ersten Schritt war es Aufgabe eines berufskundlichen Sachverständigen, die Berufsbilder in einzelne Tätigkeiten zu splitten und diesen einen prozentuellen Anteil an der Gesamttätigkeit zuzuordnen.

Die Gliederung, die seitens des Berufskundlers vorgenommen wurde, unterteilt sich in Handarbeit, Einarmarbeit, Zweiarbeit und Körperarbeit. Diese Tätigkeiten werden wieder unterteilt in Sitzen, Knien, Hocken, Stehen, gebückt Stehen, Gehen oder Steigen (je nach Körperhaltung). Aufgrund dieser Tätigkeitsbeschreibungen wurde sodann der Arbeitsenergieumsatz berechnet.

Da schon die Beschreibung der Tätigkeiten nie eine exakte sein wird bzw. kann, bezogen auf ein Berufsbild nur auf sehr allgemein gehaltene, im Durchschnitt zu beobachtende Tätigkeitsmerkmale eingeschränkt ist, wird klar, dass die daraus resultierende Berufsliste nur eine Orientierungshilfe in einem Verwaltungsverfahren sein kann¹⁷³. Damit soll den Normunterworfenen das Verfahren dargelegt werden, nach dem die jeweils angegebenen Erwerbstätigkeiten geprüft werden. Gleichzeitig wird damit sichergestellt, dass die Pensionsversicherungsträger bei der Feststellung körperlicher Schwerarbeit nach einheitlichen Grundsätzen vorgehen.

Es können auch in diesen Berufslisten nicht enthaltene berufliche Tätigkeiten als Schwerarbeit qualifiziert werden, lediglich das Feststellungsverfahren ist in diesen Fällen komplexer.

¹⁷² Quelle: PV-Info 6/2009, 7.

¹⁷³ *Pöltner*, Die Feststellung von Zeiten der Schwerarbeit in: DRdA 5/2007, 1 ff.

Der berufskundliche Gutachter analysierte die Aufgaben und Tätigkeiten sowie die Arbeitsbedingungen und Arbeitsmittel einer Berufsgruppe. Daraufhin wurde das Anforderungsprofil der Entwicklung in den letzten 20 Jahren untersucht (Körperstellung, die Art der Arbeit, ob Handarbeit, Einarmarbeit, Zweiarbeit, Körperarbeit, die im Sitzen, Knien, Hocken, Stehen oder gebückt stehen verrichtet wird); es wurden zudem Interviews mit Dienstgebern und Dienstnehmern durchgeführt und Erhebungen aufgenommen.

In der Arbeitswissenschaft wurden Verfahren zur Energieumsatzermittlung v. a. in den 80-er Jahren entwickelt und erforscht. Die Genauigkeit der Verfahren erlaubte damals wie heute lediglich eine grobe überschlagsmäßige Bestimmung des Arbeitsenergieumsatzes, wenn nicht umfangreiche Reihenmessungen mit unterschiedlichen Probanden vorgenommen werden können.

Es wurden die Gruppenbewertungstabellen nach *Spitzer, Hettinger und Kaminsky* herangezogen¹⁷⁴. Dieses Verfahren ermöglicht die überschlagsmäßige Ermittlung des Arbeitsenergieumsatzes von Arbeitstätigkeiten über die Parameter Körperstellung bzw. Bewegung und die Art der Arbeit. Dementsprechend war es erforderlich, dass die körperlichen Beanspruchungen des jeweiligen Berufsbildes in einer tabellarischen Bewertungsmatrix unterteilt werden. Die Unterteilung erfolgte für jedes Jahrzehnt getrennt in Handarbeit, Einarmarbeit, Zweiarbeit und Körperarbeit mit Aufteilung im Sitzen, Knien, Hocken, gebückt stehen, gehen und steigen ohne Last.

Innerhalb dieser Matrix ist des Weiteren in körperliche Belastungen nach Stufe 1 (= leichte Gewichtsbelastung), Stufe 2 (= mittelschwere Gewichtsbelastung), Stufe 3 (= schwere Gewichtsbelastung) und allenfalls Stufe 4 (= überschwere Gewichtsbelastung) aufzufächern und prozentuell bezogen

¹⁷⁴ *Spitzer, Hettinger, Kaminsky*, Tafeln für den Energieumsatz bei körperlicher Arbeit, 6. Auflage, 1982, 141 ff.

auf einen Acht-Stunden-Tag anteilmäßig zu belegen. Die Summe der prozentuellen Belegung ist mit 100 % vorgegeben. Die Unterteilung in leichte, mittelschwere oder schwere Teilarbeiten einzelner Gliedmaßen braucht sich nicht damit zu decken, was üblicherweise als leichte, mittelschwere oder schwere Gesamtarbeit bezeichnet wird.

So ist z. B. eine schwere Einarmarbeit aus energetischer Sicht durchaus als leichte Gesamtarbeit anzusehen, obwohl sie örtlich bezogen auf die eingesetzte relativ kleine Muskelgruppe der Arme sehr ermüden kann. Aus diesen aufgelisteten Parametern lässt sich mit den Mittelwerten der von *Spitzer, Hettinger und Kaminsky* aufgestellten Gruppenbewertungstabelle eine Matrix mit den Energieumsätzen in Kilokalorien erstellen.

Es wurden zu jedem einzelnen Berufsbild fachbezogene und strukturierte Interviews mit Berufsträgern aus unterschiedlichen Regionen Österreichs und – soweit berufsbildbezogen möglich – auch aus unterschiedlichen Unternehmen, geführt. Veränderungen in den Aufgabenstellungen, die sich in den einzelnen Berufsbildern im Zeitlauf ergeben haben, wurden soweit als möglich mitberücksichtigt. Aus diesen gesamten gutachterlichen Vorbereitungen wurden sodann die Berufslisten erstellt, die den notwendigen Kalorienverbrauch enthalten¹⁷⁵.

Als Beispiele für einem ständigen Wandel unterzogene Berufe sind die jüngst im BGBl. publizierten Ausbildungsordnungen der Berufsbilder Hafner und Platten- und Fliesenleger¹⁷⁶ zu erwähnen. Beide Berufe sind in der Liste 1 der Berufslisten enthalten und somit für Männer und Frauen gleichermaßen gültig. Durch Verordnungen des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend werden die Lehrberufe regelmäßig an die geänderten Anforderungen der Unternehmen angepasst.

¹⁷⁵ Quelle: Rechtsgutachten von *Dr. Zheden*, berufskundlicher Sachverständiger, 2007.

¹⁷⁶ BGBl. II Nr. 192/2009 bzw. 198/2009.

„Gerade in Berufen mit schnellem technischem Fortschritt ist eine laufende Adaptierung der Ausbildungsinhalte wichtig. Nur so können die Unternehmen die Facharbeiter, die sie brauchen, auch ausbilden....“¹⁷⁷

Ein Beispiel einer Evaluierung durch den berufskundlichen Sachverständigen *Dr. Zheden*: Gutachterlich untersucht wurde das Berufsbild eines Pannenfahrers/einer Pannenfahrerin. Auftraggeber war der ÖAMTC. Mit Berücksichtigung aller Parameter kam der Gutachter zu dem Ergebnis, dass PannenfahrerInnen am Land über 2.000 Arbeitskilokalorien, PannenfahrerInnen im großstädtischen Bereich hingegen zwar mehr als 1.400, jedoch weniger als 2.000 Arbeitskilokalorien verbrauchen¹⁷⁸.

An diesem Beispiel sieht man sehr deutlich, dass jedes einzelne, mit dem Berufsbild in unmittelbarem Zusammenhang stehende Kriterium, eine entscheidende, wenn nicht sogar *die* entscheidende Rolle spielt, wie hoch der Arbeitskilokalorienverbrauch tatsächlich im Durchschnitt ist.

d. Keine normative Kraft der Berufsliste(n)

Die Berufslisten haben keine normative Wirkung. Rechtliche Verbindlichkeit der Berufslisten würde zwar möglicherweise die Vollziehung zunächst erleichtern, jedoch würden mE künftig große Probleme entstehen, wenn einzelne Berufsbilder oder gar Berufsgruppen aus der Liste gestrichen bzw. neue aufgenommen werden sollen. Darüber hinaus stünde eine rechtliche Durchsetzbarkeit im Widerspruch zu der Tatsache, dass die Liste nach oben offen ist und nicht alle denkmöglichen Berufsbilder untersucht wurden.

Findet sich jemand in dieser Berufsliste nicht, ist er aber dennoch der Meinung, Schwerarbeiter zu sein, so ist er nicht von vornherein ausgeschlossen diese Pension beantragen und in weiterer Folge u. U. auch in Anspruch nehmen zu können. Die Berufsliste soll lediglich ein Anhaltspunkt für die Sachbearbeiter der Pensionsversicherungsträger sein. Es darf auch darauf

¹⁷⁷ OTS 0189 5 CI 0211 MWA0002 WI.

¹⁷⁸ Quelle: Gutachten erstellt von *Dr. Zheden* im Rahmen einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung der Berufslisten, 2007.

hingewiesen werden, dass manche Berufsbezeichnungen vielleicht nicht mehr zeitgemäß sind oder es mit der Zeit werden. Eine laufende Wartung und Evaluierung – federführend durch den HV – wird vorgenommen.

Im Laufe der Zeit hat sich herausgestellt, dass die Berufslisten nicht nur für die Sachbearbeiter bei den Pensionsversicherungsträgern eine Hilfestellung sein können; auch für die Dienstgeber, denen die jährliche Meldung obliegt, bieten sie einen objektiven Anhaltspunkt.

F. Schutzmaßnahmen für das Krankenpflegepersonal

Das Krankenpflegepersonal wurde in das NSchG mit der Novelle 1992 mit einbezogen. Der neue Art. V steht mit den anderen Bestimmungen des NSchG in keinem inhaltlichen Zusammenhang, sondern enthält berufsspezifische entlastende Maßnahmen für Dienstnehmer, die in der Nacht in Krankenanstalten¹⁷⁹ beschäftigt sind.

Die Arbeitsleistungen müssen nicht während der gesamten Nacht und nicht mind. sechs Stunden erbracht werden, um unter diesen Art. V subsumiert zu werden. Es darf jedenfalls nicht – den allgemeinen Bestimmungen im NSchG folgend – regelmäßig und in erheblichem Ausmaß Arbeitsbereitschaft vorliegen¹⁸⁰. Es reichen jedenfalls vier Stunden Betreuungs- und Behandlungstätigkeiten. Für diese Berufsgruppe gelten jedoch Maßnahmen der Reduzierung der Jahresarbeitszeit (Urlaub) bzw. des Sonderruhegeldes nicht. Vorgesehen ist eine Entlastung in Form einer Zeitgutschrift.

Dazu sind Präventivmaßnahmen – wie z. B. die Gewährung von Kuraufenthalten unter erleichterten Bedingungen – durch die Sozialversicherungsträger wie bei anderen Nachtschwerarbeitern vorgesehen, sofern die Betroffenen nach dem ASVG versichert sind. Für jede Nachtarbeit gilt ein zweistündiges Zeitguthaben.

¹⁷⁹ § 1 KAKuG, BGBl. Nr. 1/1957.

¹⁸⁰ Bis zu einem Drittel Arbeitsbereitschaft schadet nicht, *Schwarz/Ziniel*, Kommentar zum NSchG, 1997, 94.

Exkurs: Psychische Erkrankungen

Da psychische Erkrankungen in den letzten Jahren dramatisch angestiegen sind, befasse ich mich in einem eigenen Kapitel speziell mit dieser Krankheit. Sowohl für den Anwendungsfall der Schwerarbeitspension als auch für den der Invaliditätspension gewinnt diese Art der Erkrankung leider immer an Bedeutung.

Die Zunahme psychischer Belastung kann u. a. auch daher rühren, dass dies Folge von einer erhöhten Sensibilität gegenüber dem Thema sein kann. Der Prozess kann dementsprechend schwer nachgewiesen werden¹⁸¹. In den OECD-Ländern treten fast 40 % eine vorzeitige Alterspension wegen psychischer Erkrankungen an. In der Schweiz wird jede zweite Invaliditätspension aufgrund psychischer Belastungen in Anspruch genommen¹⁸².

Die Zunahme psychisch bedingter Erkrankungen wird auch zum Problem für die Sozialversicherung in Österreich. Der Anteil jener Personen, die wegen psychischer Probleme die Invaliditätspension beansprucht haben, hat sich in den vergangenen Jahren dramatisch erhöht.

„Psychische Erkrankungen sind inzwischen einer der häufigsten Ursachen für Berufsunfähigkeit, Krankenstände und Frühpensionierungen¹⁸³.“ Die Dauer von Krankenständen bei psychiatrischen Erkrankungen beträgt durchschnittlich 31,4 Tage. Die Neuzugänge in die Invaliditätspension – v. a. wegen psychischer Erkrankungen – hat sich in den vergangenen zehn Jahren von 15.023 auf 30.111 verdoppelt; jeder Vierte ist jünger als 50 Jahre.¹⁸⁴

¹⁸¹ Auszug aus WISO 03/2007, 210 ff.

¹⁸² Dr. Prinz, Direktion für Beschäftigung und Soziales, OECD, Enquete „Invalidität im Wandel“, 5.2.2008.

¹⁸³ Gleitsmann bei der Tagung „Moderne Herausforderungen im Job“ am 10.3.2010.

¹⁸⁴ Quelle: OTS 0234 5 CI 0470 PWK0004 WI.

Nach Stand im Dezember 2008 sind für Invaliditätspensionen folgende Krankheitsursachen kausal¹⁸⁵:

- 19,2 % Psychiatrische Krankheiten¹⁸⁶
- 13,9 % Krankheiten des Kreislaufsystems
- 34,6 % Krankheiten des Skeletts, der Muskeln und des Bindegewebes
- 32,3 % sonstige Ursachen

Im Jahr 1993 betrug der Anteil an Erkrankungen des Bewegungs- und Stützapparates bei Arbeitern 42 %, bei Angestellten 35 %, psychiatrische Leiden bei Arbeitern 14 %, bei Angestellten 15 %. Herz- und Kreislauferkrankungen entfielen auf 16 % bei den Arbeitern und 15 % bei Angestellten¹⁸⁷.

Während bei Arbeitern ein Prozentsatz von 30,8 % aufgrund von Krankheiten des Bewegungsapparates eine Invaliditätspension in Anspruch nimmt, beanspruchen 42,4 % der Angestellten eine Berufsunfähigkeitspension wegen psychiatrischer Krankheiten¹⁸⁸.

Depressive Erkrankungen zählen neben Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Magen-Darm-Leiden zu den drei am weitesten verbreiteten Krankheiten weltweit. Aus sozioökonomischer Sicht sind Depressionen ein bedeutender Faktor, da sie die häufigste Ursache für Erwerbsunfähigkeit darstellen¹⁸⁹.

Laut Berechnungen der „London School of Economics“ verursachen psychische Erkrankungen von Arbeitnehmern in der EU jährlich einen ökonomischen Schaden von € 136 Mrd. Laut der aktuellen Studie „Indigo“ versuchen zwei Drittel der psychisch Erkrankten langfristig am Arbeitsmarkt nicht mehr Fuß zu fassen.

¹⁸⁵ Quelle: SoSi, 7/8 2009, 387.

¹⁸⁶ Im Jahr 2007 waren es 18,1 %; Quelle: SoSi, 7/8, 2008, 396.

¹⁸⁷ Tomandl/Mazal, Das Invaliditätsproblem, 1997, 50 ff.

¹⁸⁸ Quelle: PV 2009, Informationsmaterial der PVA.

¹⁸⁹ Initiative „Arznei und Vernunft“, 2006.

Angststörung und Depression gehören zu den häufigsten psychischen Erkrankungen¹⁹⁰. Diese Krankheiten zählen zu den wichtigsten Ursachen für Berufsunfähigkeit und Frühpension. Rund 56 % aller Befragten sind aufgrund ihrer Erkrankung berufsunfähig, davon 23 % bereits in Frühpension¹⁹¹.

Am 20.4.2009 wurde der „Erste Österreichische Patientenbericht Angststörung und Depression“ im Rahmen einer Pressekonferenz vorgestellt. Die Daten und Fakten psychischer Erkrankungen sind dabei besorgniserregend. Psychische Erkrankungen gehören mittlerweile zu den wichtigsten Ursachen für Berufsunfähigkeit, Krankenstände und Frühpensionierungen. Zumindest jeder 10. Patient, der einen Hausarzt konsultiert, leidet unter einer behandlungsbedürftigen Depression.

Aus der Pressemitteilung zum ersten österreichischen Patientenbericht „Angststörung und Depression“ 2009:

„Angststörungen und Depression gehören zu den häufigsten psychischen Erkrankungen. Laut Weltgesundheitsorganisation (WHO) entwickelt sich die Depression zur „Krankheit des Jahrhunderts“. Dabei ist nicht nur eine genetische Prädisposition Ursache für das Leiden. Stress, Druck sowie Probleme in Familie und Arbeit können zu extremen Beeinträchtigungen des psychischen Wohlbefindens von Menschen führen. Psychische Erkrankungen gehören mittlerweile zu den wichtigsten Ursachen für Berufsunfähigkeit, Krankenstände und Frühpensionierungen...“

Laut WHO werden Depressionen bis zum Jahr 2015 nach Herz-Kreislauf-Erkrankungen bereits die 2. Stelle der Volkskrankheit einnehmen. Einer Umfrage zufolge vergehen durchschnittlich 2,5 Jahre von den ersten Symp-

¹⁹⁰ Psychische Erkrankungen sind nur zu 50 % mit den dzt. am Markt angebotenen Medikamenten behandelbar (Dr. Severin Schwan, Chief Executive Officer Roche Gruppe, im Zuge einer Expertendiskussion der Plattform Gesundheitswirtschaft Österreich am 8.6.2009).

¹⁹¹ Quelle: Zitat aus „1. Österreichischer Patientenbericht Angststörung und Depression 2009“.

tomen bis zur Therapie. Der volkswirtschaftliche Schaden ist neben den persönlichen Qualen der betroffenen Personen hoch.

Eine längere Krankheitsdauer bedingt notwendigerweise einen längeren Arbeitsausfall, der – im worst case – auch ein dauerhafter sein kann. Subsumiert man nun die Erkenntnisse unter das Thema und rückt man diese Problematik ein wenig ins sozialversicherungsrechtliche Licht, so ist dabei zum einen die Krankenversicherung, zum anderen aber auch der pensionsversicherungsrechtliche Zweig betroffen. (Temporärer) Arbeitsausfall und Inanspruchnahme einer Invaliditätspension gehen zu Lasten des Arbeitsmarktes und der Pensionsversicherung. Eine Absicherung im Alter – eigentliche Aufgabe der Pensionsversicherung – ist dabei in weitere Ferne gerückt, ist man sich der Tatsache bewusst, dass die Krankheit „Despression“ immer mehr junge Menschen betrifft.

Ein interessanter Vergleich zu den psychischen Erkrankungen bietet sich mit einem ebenfalls aktuell erschienen Bericht, dem „Ersten Österreichischen Asthma-Patientenbericht“: Demzufolge sind 8 % aller Betroffenen in einer Invaliditätspension¹⁹². Verglichen mit psychischen Erkrankungen ist das ein relativ geringer Prozentsatz, bedenkt man v. a., dass es sich bei Asthma um eine chronische Krankheit handelt.

¹⁹² Quelle: „1. Österreichischer Asthma-Patientenbericht“, erschienen im April 2009.

XIII. Invaliditäts-, Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitspension

A. Allgemeines

In vielen Staaten wird das Invaliditätsrisiko in das System der Alterssicherung einbezogen, so z. B. in Österreich, Deutschland, Dänemark, Italien und Portugal. In diesen Ländern wird das Invaliditätsrisiko daher strikt vom Krankheitsrisiko getrennt¹⁹³.

Im Unterschied zu den Leistungen aus den Versicherungsfällen des Alters gebührt die Invaliditätspension grundsätzlich unabhängig vom Lebensalter des Versicherten. Ausschlaggebend sind vielmehr der beeinträchtigte Gesundheitszustand und die dadurch geminderte berufliche Leistungsfähigkeit von mind. 50 % des Betroffenen¹⁹⁴. Zudem muss die gesundheitliche Beeinträchtigung voraussichtlich mind. sechs Monate andauern.

Die Pensionsleistungen werden namentlich wie folgt benannt:

- Invaliditätspension (Arbeiter)
- Berufsunfähigkeitspension (Angestellte)
- Knappschafts(voll)pension
- Erwerbsunfähigkeitspension (Selbstständige, bäuerlich Versicherte).

In der Untersuchung wird einheitlich der Begriff „Invalidität“ bzw. „Invaliditätspension“ verwendet; besondere Abweichungen für Fachausdrücke werden an den entsprechenden Stellen erwähnt.

Explizit ausgeklammert wird in dieser Arbeit eine besondere Form der Invalidität, die mE inhaltlich gar nicht zu dieser Pensionsart zählen sollte: die Invalidität wegen Kindererziehung. Versicherte Frauen, die das 55. Lj. vollendet haben, gelten nach § 254 Abs. 2 ASVG im Falle des Todes ihres Ehe-

¹⁹³ *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem, 1997, 16.

¹⁹⁴ *Milisits/Wolff*, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007, 113.

mannes als invalid, wenn sie mind. vier Kinder lebend geboren haben. Der Ehefrau wird die geschiedene Frau gleichgestellt, wenn ihr der Ehegatte zum Zeitpunkt seines Todes Unterhalt aufgrund bestimmter Rechtstitel zu leisten hatte¹⁹⁵. Diese Pension wird aus den eigenen Versicherungszeiten der Witwe berechnet. Ein allfälliger Witwenpensionsanspruch kann zusätzlich bestehen.

Die Frage der Arbeitsfähigkeit ist eine juristische und nicht durch Mediziner zu beurteilen. Eine Minderung der Arbeitsfähigkeit kann in unterschiedlichem Ausmaß auftreten. Je nach Schwere und Grad einer Behinderung wird auch der Einkommensausfall durch die gesundheitliche Beeinträchtigung unterschiedlich hoch sein. Anders als im Bereich der Unfallversicherung, die neben Voll- auch Teilrenten vorsieht, herrscht in der Pensionsversicherung das Alles-oder-Nichts-Prinzip: Entweder jemand erhält die volle Invaliditätspension oder diese fällt nicht an bzw. wieder weg, falls eine Beschäftigung aufgenommen wird, die über der Geringfügigkeitsgrenze liegt.

Schon in der Stammfassung des ASVG sind die Leistungsansprüche für einen krankheitsbedingten Ausfall des Erwerbseinkommens für Unselbstständige, die einem privatrechtlichen Dienstverhältnis unterliegen, normiert. Anders als in der Unfallversicherung spielt die Ursache der Erwerbsminderung keine Rolle (Unfall, Krankheit, Gebrechen)¹⁹⁶. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zur Unfallversicherung ist, dass im UV-Bereich der Prozentsatz der erlittenen Minderung der Erwerbsfähigkeit abstrakt bestimmt wird, ohne Rücksicht auf die konkret ausgeübte berufliche Tätigkeit der versehrten Person.

Grundsätzlich wird eine Invaliditätspension befristet – max. 24 Monate – zuerkannt. Wird eine Invaliditätspension befristet zuerkannt, bessert sich aber der Gesundheitszustand des Versicherten nicht, so kann er drei Monate vor

¹⁹⁵ *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem, 1997, 10.

¹⁹⁶ *Resch*, Sozialrecht, 2005, 100.

Wegfall der Pension einen Antrag auf Weitergewährung zu stellen¹⁹⁷. Etwa drei Viertel der Neuzuerkennungen erfolgen für höchstens 24 Monate¹⁹⁸.

In beiden Fällen – sowohl bei befristet als auch unbefristet zuerkannten Pensionen – gilt, dass, sobald sich der Gesundheitszustand des Betroffenen gebessert hat und die für die Leistungsgewährung entscheidenden Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind, es zu einer Nachuntersuchung und zur Entziehung der Pension kommen muss. Mit Erreichen des Regelpensionsalters ist eine Entziehung nicht mehr zulässig.

Eine sog. Mitwirkungspflicht des Betroffenen im Verfahren wegen Berufsunfähigkeitspension setzt ein ausdrückliches Verlangen des zuständigen Versicherungsträgers voraus; so entschieden vom OGH, 10 ObS 134/07i und 10 ObS 136/07h:

„Dass sich der Kläger zur Beseitigung seiner Berufsunfähigkeit einer Alkoholentziehungskur unterziehen müsse, setzt ein entsprechendes Verlangen des Sozialversicherungsträgers voraus¹⁹⁹.“

Mit der 9. ASVG-Novelle²⁰⁰ wurde der Begriff der Invalidität neu gefasst. Im Zuge der Anpassung des Pensionsversicherungsrechtes der Arbeiter an dasjenige der Angestellten wurde der Invaliditätsbegriff für die Arbeiter in erlernten und angelernten Berufen an den Berufsunfähigkeitsbegriff der Angestellten angeglichen.

Der Invaliditätsbegriff ist im Gemeinschaftsrecht nicht vereinheitlicht (s. Art 37 ff der Verordnung (EWG) 1408/71), weshalb vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich jeder Mitgliedstaat die Invalidität nach seinen eigenen Rechtsvorschriften zu prüfen hat.

¹⁹⁷ § 256 Abs. 1 ASVG.

¹⁹⁸ *BMSK (Hrsg.)*, Sozialschutz in Österreich, 2006, 58.

¹⁹⁹ DRdA, 2008, 174.

²⁰⁰ BGBl. 13/1962.

In einigen Ländern wird die Lage auf dem Arbeitsmarkt ausdrücklich im System berücksichtigt (z. B. in Großbritannien, Frankreich, Dänemark). In Deutschland steht dies zwar nicht im Gesetz, wurde aber von der Rechtsprechung in den sechziger Jahren eingeführt²⁰¹.

B. Der Begriff der Invalidität in Staaten der EU und in der Schweiz²⁰²

In *Italien* gibt es zwei unterschiedliche Begriffe von „Invalidität“: „Invalidita“ liegt vor, wenn die Erwerbsfähigkeit auf weniger als ein Drittel der Erwerbsfähigkeit eines Durchschnittsmenschen reduziert ist, „Inhabilita“ liegt bei völliger Erwerbsunfähigkeit vor.

In *Deutschland* wird zwischen Erwerbsunfähigkeits- und Berufsunfähigkeitsrente unterschieden. Eine Erwerbsunfähigkeitsrente setzt eine totale Erwerbsunfähigkeit voraus, während die Berufsunfähigkeitsrente auf ein Absinken der Arbeitsfähigkeit des Betroffenen auf die Hälfte vergleichbarer Arbeitnehmer abstellt.

In *Spanien* gibt es bei dauernder Invalidität fünf abgestufte Grade, die von der „dauernden teilweisen Unfähigkeit zur Ausübung des gewöhnlichen Berufes“ bis hin zur „großen Invalidität“ reichen. Darüber hinaus gibt es auch den Zustand der „vorübergehenden Invalidität“, bei dem eine Aussicht auf Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit innerhalb bestimmter Fristen besteht.

Die *Niederländische* Sozialversicherung sieht im Rahmen einer Pensionsversicherung, die 1957 in Kraft getreten ist, Altersrenten, und im Rahmen von Arbeitslosenversicherungssystemen Leistungen bei geminderter Arbeitsfähigkeit vor.

Schweden hat ein sog. Basispensionssystem, das Sicherung in Form von Alterspensionen, vorübergehenden bzw. dauernden Erwerbsunfähigkeitspensionen und Hinterbliebenenpensionen gewährleistet. Über die Basis-

²⁰¹ Tomandl/Mazal, Das Invaliditätsproblem, 1997, 22.

²⁰² vgl. Tomandl/Mazal, Das Invaliditätsproblem, 1997, 20 f.

pension hinaus haben schwedische Staatsbürger und in Schweden lebende Ausländer Ansprüche auf zusätzliche Pensionen im Bereich der Alters-, der Erwerbsunfähigkeits- und der Hinterbliebenenpension²⁰³.

Die Arbeitsunfähigkeitspension in Schweden übernimmt nach dem gesetzlichen System Funktionen der Arbeitslosenversicherung in der Weise, als dass arbeitslose Personen zwischen dem 60 und 64 Lj. unter bestimmten Voraussetzungen ohne besondere medizinische Untersuchung eine Arbeitsunfähigkeitspension beziehen.

In *Dänemark*²⁰⁴ ist Grundlage für die Absicherung bei Invalidität das Sozialpensionsgesetz, in das auch das Invaliditätspensionsgesetz aufgenommen wurde. In den Schutzbereich der dänischen Alters- und Krankheitssicherung fällt die gesamte dänische Wohnbevölkerung, es handelt sich dabei um eine sog. Volksversicherung. Invaliditätspensionen werden im Anschluss an Gewährung des Krankengeldes aus der obligatorischen Krankenversicherung geleistet.

Die *Schweiz* kennt eine gesonderte Invalidenversicherung, in der Arbeitsunfähigkeitspensionen normiert sind. Die Schweizer Alters- und Hinterlassenenversorgung sieht hingegen Alterspensionen vor.

Eine Reform der Invalidenversicherung enthält folgende Eckpunkte: neue Maßnahmen für psychisch Erkrankte, klare Vorgaben der Voraussetzungen, um Missbrauch und Fehlanreize hintanzuhalten (eine Pension darf nie attraktiver wie eine Erwerbstätigkeit sein), strengere, aber faire Beurteilung des Pensionsanspruchs sowie berufliche Vermittlung und Beratung²⁰⁵.

²⁰³ *Mazal*, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit, 1993, 57 f.

²⁰⁴ Quelle: *Tomandl*, Anlage zum Gutachten „Ein Modell zur Neuordnung der sozialen Sicherung bei Invalidität, 2000, 5 ff.

²⁰⁵ *Neumann* im Zuge einer Enquete „Invalidität im Wandel“, 5.2.2008.

C. Die Entwicklung der Invaliditätspensionen in der österreichischen Gesetzgebung

ASVG

Berufsschutz für Angestellte gab es schon in der Stammfassung der ASVG. Während durch den Invaliditätsbegriff für Arbeiter praktisch kein Berufsschutz gewährt wurde, genossen Angestellte im Rahmen der Berufsunfähigkeit sowie Arbeiter und Angestellte in Bergbetrieben im Rahmen der Dienstunfähigkeit hohen Berufsschutz²⁰⁶. Mit der 9. ASVG-Novelle²⁰⁷ wurde der Berufsschutz auf gelernte und angelernte Arbeiter ausgedehnt. Mit der 25.²⁰⁸ und der 32.²⁰⁹ Novelle zum ASVG wurde auf Beitragsmonate anstelle von Versicherungsmonaten abgestellt; der § 255 Abs. 1 bis 3 ASVG gilt bis heute unverändert. Mit der 35. ASVG-Novelle²¹⁰ fand eine wesentliche Erleichterung des Zugangs zur Invaliditätspension für über 55-jährige Arbeiter Eingang in das Gesetz; durch die 39. Novelle zum ASVG²¹¹ wurde diese Neuregelung auch auf Angestellte ausgedehnt. Mit der 51. ASVG-Novelle²¹² wurde die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit eingeführt und im Jahr 2000 (SVÄG 2000²¹³) wieder aufgehoben.

GSVG

Nach der Stammfassung des GSPVG, BGBl. 292/1957, hatte eine versicherte Person nur dann Anspruch auf eine Erwerbsunfähigkeitspension, wenn sie dauernd außer Stande war, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen. Diese gesetzliche Bestimmung gilt bis heute unverändert. Durch die

²⁰⁶ *Mazal*, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit, 1993, 19 f.

²⁰⁷ BGBl. 13/1962.

²⁰⁸ BGBl. 385/1970.

²⁰⁹ BGBl. 704/1976.

²¹⁰ BGBl. 585/1980.

²¹¹ BGBl. 590/1983.

²¹² BGBl. 335/1993.

²¹³ BGBl. I Nr. 43/2000.

18. GSPVG-Novelle²¹⁴ wurde die Verweisung für ältere Versicherte, die das 55. Lj. vollendet hatten, eingeschränkt. Die 19. GSVG-Novelle²¹⁵ modifizierte die ursprüngliche Bestimmung dahingehend, als dass ein Versicherter, der das 50. Lj. vollendet hat und dessen persönliche Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebs notwendig war, bereits dann als erwerbsunfähig gilt, wenn er dauernd außer Stande ist, einer solchen selbstständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die eine ähnliche Ausbildung sowie gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie jene Erwerbstätigkeit erfordert, die der Versicherte zuletzt durch mind. 60 Monate hindurch ausgeübt hatte.

BSVG

Seit seiner Stammfassung, BGBl. 559/1978, besteht ein Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitspension, wenn der Versicherte dauernd außer Stande ist, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen. Durch die 18. BSVG-Novelle²¹⁶ wurde die vorzeitige Alterspension wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit eingeführt und im Jahr 2000 wieder aufgehoben.

D. Begriffsbestimmungen heute

Arbeiter

Jemand gilt iSd § 255 Abs. 1 ASVG als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit in Folge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich oder geistig gesunden Versicherten mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem Beruf, in den er verwiesen werden kann, herabgesunken ist.

Berufsschutz besteht nur dann, wenn der Betroffene überwiegend in einem erlernten oder angelernten Beruf tätig war. Überwiegend war der Versicherte in einem erlernten oder angelernten Beruf tätig, wenn er diese Tätigkeit

²¹⁴ BGBl. 447/1969.

²¹⁵ BGBl. 336/1993.

²¹⁶ BGBl. 337/1993.

während der letzten 15 Jahre länger als zur Hälfte der Beitragsmonate ausgeübt hat²¹⁷.

Wenn ein Hilfsarbeiter seinen bisherigen Beruf in Folge seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr ausüben kann, darf er auf jede andere Tätigkeit, die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihm unter billiger Berücksichtigung der von ihm bisher ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, verwiesen werden²¹⁸. Hier käme die Lohnhälfteregelung zur Anwendung.

Bei Arbeitern wird zwischen erlernten, angelernten und nicht erlernten Berufen unterschieden.

Gem. § 255 Abs. 7 ASVG gibt es insbes. für ungelernete Arbeiter mit Vollendung des 57. Lj. – unter bestimmten Voraussetzungen – den Tätigkeitschutz²¹⁹.

Angestellte

Berufsunfähigkeit liegt vor, wenn die Arbeitsfähigkeit der versicherten Person in Folge ihres körperlichen oder geistigen Zustandes so weit gesunken ist, dass sie weniger als die Hälfte derjenigen eines gesunden Versicherten beträgt, der über eine vergleichbare Berufsausbildung und gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Es muss berücksichtigt werden, dass nur auf andere Tätigkeiten innerhalb derselben Berufsgruppe verwiesen werden kann (sog. Verweisungsberufe). Ab dem 57. Lj. gilt der Tätigkeitschutz wie bei Arbeitern.

Gewerbetreibende

Vor Vollendung des 50. Lj. gelten jene Personen als erwerbsunfähig, denen es aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht möglich ist, irgendeiner regelmäßigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das Besondere – oder vielleicht

²¹⁷ Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, 1998, 83.

²¹⁸ BMSK (Hrsg.), Sozialschutz in Österreich, 2006, 57.

²¹⁹ Der Tätigkeitsschutz wird in einem eigenen Kapitel gesondert behandelt.

besser: Seltsame – daran ist, dass der Gewerbetreibende keinen Berufsschutz genießt und daher auf den gesamten Arbeitsmarkt – für selbstständige und unselbstständige Arbeiter – verweisbar ist. Dabei kommt es auf die Erlangung eines tatsächlichen Arbeitsplatzes nicht an.

Nach Vollendung des 50. Lj. gelten jene Gewerbetreibende als erwerbsunfähig, deren persönliche Arbeitsleistung zur Erhaltung des Betriebes notwendig war und denen es aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht möglich ist, eine selbstständige Erwerbstätigkeit auszuüben, die ähnliche Voraussetzungen und Kenntnisse erfordert, wie jene, die in den letzten 60 Kalendermonaten ausgeübt wurde. Hier gilt der Berufsschutz.

Ab dem 57. Lj. gilt der Tätigkeitsschutz wie bei Arbeitern und Angestellten.

Bauernschaft

Als erwerbsunfähig gilt ein bäuerlich Versicherter, wenn er wegen seines beeinträchtigten Gesundheitszustandes keinem regelmäßigen Erwerb nachgehen kann. Dabei wird nicht nur die Befähigung zu einer selbstständigen, sondern auch zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit in Betracht gezogen. Auch hier ist die versicherte Person auf den allgemeinen Arbeitsmarkt verweisbar und hat keinen Berufsschutz. Ab dem 57. Lj. gilt der Tätigkeitsschutz wie bei Arbeitern, Angestellten und Gewerbetreibenden.

GSVG- und BSVG-Versicherte können vor Antragstellung auf eine Erwerbsunfähigkeitspension die bescheidmäßige Feststellung der Erwerbsunfähigkeit beantragen²²⁰; ASVG-Versicherte haben diese Möglichkeit nicht²²¹.

E. Berufsschutz und Verweisungsfelder

Bei der Prüfung, ob eine Invaliditätspension zusteht oder nicht, ist zu unterscheiden, ob der Betroffene einen erlernten, angelernten oder keinen erlernten Beruf ausgeübt hat; je nachdem besteht Berufsschutz oder nicht. In

²²⁰ § 133a GSVG, § 124a BSVG.

²²¹ *Milisits/Wolff*, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007, 121.

einer seiner Entscheidungen stellt der OGH klar, dass die Tätigkeit einer Hausbesorgerin keine Tätigkeit in einem erlernten oder angelernten Beruf darstellt²²².

Ein erlernter Beruf ist ein Beruf, auf den ein Lehrverhältnis vorbereitet hat. Das Lehrverhältnis muss auch den gesetzlichen Vorschriften entsprechend durch eine Gesellenprüfung abgeschlossen worden sein.

Ein angelernter Beruf liegt vor, wenn die versicherte Person 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.

So hat der OGH in seinem Urteil, 10 ObS 66/07i, entschieden, dass die Klägerin durch die erfolgreiche Absolvierung ihrer zweijährigen Ausbildung zur Altenhelferin und Pflegehelferin mit 1.200 Stunden Theorie und 1.200 Stunden Praxis einen Berufsschutz nach § 255 Abs. 1 ASVG erworben hat.

a. Berufsschutz

Berufsschutzsysteme sind relativ weit verbreitet, etwa in Deutschland, Österreich und Frankreich²²³.

Unter Berufsschutz wird das Maß jener Tätigkeiten verstanden, deren Ausübung dem Versicherten trotz Einschränkung seiner Körper- bzw. Geisteskräfte zugemutet wird. Er stellt einen Vergleich zum bisher ausgeübten Beruf her²²⁴. Unter Berufsschutz versteht man weiters den Schutz vor Verweisung in einen anderen Beruf, wenn der bisherige Beruf aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeübt werden kann.

²²² 10 ObS 121/06a.

²²³ *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem, 1997, 22.

²²⁴ *Mazal*, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit, 1993, 15.

Speziell bei der Beurteilung der Invalidität steht die Berufsschutzkomponente im Vordergrund²²⁵. Berufsschutz genießen grundsätzlich nur unselbstständig Erwerbstätige. Von einer versicherten Person werden in solch einem Fall ein völliger Berufswechsel und ein unzumutbarer sozialer Abstieg nicht erwartet. Diese Zumutbarkeit bedarf jedenfalls einer Einzelfallbetrachtung. Beim Fall der Berufsunfähigkeit werden Entgelterwägungen durch Bezugnahme auf einen sozialen Abstieg anhand der kollektivvertraglichen Verwendungsgruppen stärker berücksichtigt.

In 10 ObS 133/07t stellt der OGH klar, dass eine Diplomkrankenschwester auf die Tätigkeit einer Ambulanzschwester verwiesen werden kann, ohne dadurch den Berufsschutz einer Diplomkrankenschwester zu verlieren, weil es sich bei der Tätigkeit einer Ambulanzschwester um eine Teiltätigkeit aus dem Berufsbild der Diplomkrankenschwester handelt.

b. Intensität des Berufsschutzes und Größe des Verweisungsfeldes

In Bezug auf die Größe des Verweisungsfeldes können vier große Gruppen unterschieden werden²²⁶:

Selbstständige der gewerblichen Wirtschaft und der Land- und Forstwirtschaft, Arbeiter in ungelernten Berufen,

Angestellte, Arbeiter in ge- und angelernten Berufen,

Dienstunfähigkeit in der knappschaftlichen Pensionsversicherung²²⁷ sowie ältere Erwerbstätige (ab dem 57. Lj.).

Ungelernte Arbeiter, die durch den Tätigkeitsschutz ein gewisses „Privileg“ genießen sollen, sind solche, die nicht überwiegend in einem Lehrberuf oder in einem diesen gleichzuhaltenden Beruf tätig sind bzw. waren. Eine

²²⁵ *Hon.-Prof. Matthias Neumayr* bei einer Enquete des HV und der PVA am 1.12.2006.

²²⁶ *Hon.-Prof. Matthias Neumayr*, bei einer Enquete des HV und der PVA, 1.12.2006.

²²⁷ Die Dienstunfähigkeit in der knappschaftlichen Pensionsversicherung wird in dieser Arbeit ausgeklammert.

Verweisung auf den gesamten Arbeitsmarkt ist in solch einem vorliegenden Fall nicht mehr zulässig.

Ist Invalidität bei Ausübung nicht erlernter bzw. nicht angelernter Berufe zu prüfen, so darf die versicherte Person auf jede andere Tätigkeit, die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihr unter billiger Berücksichtigung der von ihr bisher ausgeübten Tätigkeit zugemutet werden kann, verwiesen werden. Voraussetzung für die Verweisungsmöglichkeit ist, dass es den jeweiligen Verweisungsberuf in Österreich überhaupt gibt und – in diesem Zusammenhang – das Vorliegen von 100 abstrakten Arbeitsplätzen österreichweit²²⁸.

In bestimmten Fällen kann von der versicherten Person auch eine Wohnsitzverlegung bzw. ein Wochenpendeln verlangt werden; aber auch eine Verweisung auf eine Teilzeitarbeit schließt die Rechtsprechung des OGH nicht aus.

In einer aktuellen Entscheidung des OGH, 10 ObS 51/08k, setzt sich dieser mit der Frage des Tagespendelns und mit der Definition des „regionalen Arbeitsmarktes“ auseinander. In dem konkreten, vom OGH zu beurteilenden Fall, ist dem Versicherten Wochenpendeln bzw. gar Wohnsitzverlegung aufgrund seiner Einschränkung nicht zumutbar.

Grundsätzlich geht der OGH jedoch davon aus, dass Tagespendeln bzw. sogar eine Wohnsitzverlegung – je nach medizinischem Leistungskalkül – jedenfalls zumutbar sein kann. Denn: *„Die Lage des Wohnorts im Einzelfall stellt nämlich ein persönliches Moment dar, das bei der Prüfung der Frage, ob Invalidität besteht, außer Betracht zu bleiben hat.“*²²⁹

Interessant ist die erste Rechtsprechung des OGH zur Frage eines ausreichenden Arbeitsmarktes bei medizinisch begründeter Unfähigkeit zum

²²⁸ Zur Problematik der abstrakten Verweisbarkeit s. unten.

²²⁹ RIS-Justiz RS0084871.

Wohnsitzwechsel eines Versicherten im EU-Ausland unter Berücksichtigung der europarechtlichen Aspekte (§ 255 ASVG iVm Art. 12 EGV):

„Selbst wenn einem ständig im Ausland wohnhaften Versicherten ein Übersiedeln oder Auspendeln nach Österreich wegen seines eingeschränkten Leistungskalküls nicht mehr zumutbar ist, sind bei Inanspruchnahme einer Leistung aus der österreichischen Pensionsversicherung (hier: Invaliditätspension) die Verweisungsmöglichkeiten auf dem österreichischen Arbeitsmarkt entscheidend.“²³⁰

Lässt der Gesundheitszustand die Ausübung zumutbarer Verweisungsberufe zu, so liegt keine Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit vor und es besteht kein Anspruch auf eine Invaliditätspension. So kann – nach Rechtsprechung des OGH – eine gelernte Einzelhandelskauffrau, die zuletzt als Verkäuferin im Lebensmittelhandel tätig war, diese Tätigkeit aber aufgrund der damit verbundenen Hebe- und Tragebelastungen nicht länger ausüben kann, auf die Tätigkeit einer Informationsangestellten in Handel verwiesen werden, weil diese Tätigkeiten derselben Berufsgruppe zuzuordnen sind²³¹.

Als vom „allgemeinen Arbeitsmarkt“ ausgeschlossen gelten Versicherte etwa dann, wenn sie beispielsweise wegen ihrer Leiden nur bei besonderem Entgegenkommen eines Dienstgebers Arbeit finden könnten, wenn sie wegen Gehbehinderungen keine öffentlichen Verkehrsmittel benutzen könnten oder auch wenn sie – unabhängig von der Lage des Wohnortes – eine Wegstrecke von mehr als 500m zu Fuß nicht zurücklegen können (ständige Rechtsprechung des OGH).

So gilt auch ein ungelernter Hilfsarbeiter trotz Gehbehinderung nicht als invalid iSd § 255 Abs. 3 ASVG, wenn er ohne wesentliche Einschränkung öf-

²³⁰ 10 ObS 101/06k.

²³¹ 10 ObS 186/06k; ARD 5824/10/2007.

fentliche Verkehrsmittel benützen und mit angemessener Geschwindigkeit eine Wegstrecke von jeweils zumindest 500m zu Fuß zurücklegen kann²³².

Wer einen Beruf zwar erlernt, diesen aber im Beobachtungszeitraum nicht oder nicht überwiegend ausgeübt hat, genießt keinen Berufsschutz. Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber der Ausbildung allein noch keine privilegiierende Wirkung zubilligt. Es kommt vielmehr darauf an, dass der Versicherte das Erlernte in der Praxis auch anwendet. Dass es in der Frage des Berufsschutzes letztlich nur auf den tatsächlichen Einsatz bestimmter Kenntnisse und Fähigkeiten ankommt, zeigt auch die Gleichstellung angelernter Tätigkeiten (ständige Rechtsprechung des OGH).

c. Verweisungsfeld – Unterschied Selbstständige/Unselbstständige

Ob der Antragsteller einen Verweisungsberuf ausüben kann, hängt in erster Linie von seinem verbleibenden medizinischen Leistungsvermögen ab. Ausgangspunkt ist das medizinische Leistungskalkül. Der Versicherte muss fähig sein, einen Verweisungsberuf unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes auszuüben²³³.

Die grundlegende Fragestellung ist, inwieweit eine Verwertung der Restarbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf oder in einem anderen Beruf, dem sog. Verweisungsberuf, dem Versicherten zumutbar ist, bevor eine Leistung der Pensionsversicherung in Anspruch genommen werden kann oder muss. Dabei kommt es nicht zuletzt auf die persönliche Einstellung des Betroffenen an, ob er eine Pensionsleistung vorzeitig annehmen *darf* oder *muss*.

Bei der Prüfung der Tätigkeiten, auf die der Versicherte verwiesen werden kann, sind zwei Merkmale wesentlich, die gleichzeitig vorliegen müssen: eine objektives, die Leistungsfähigkeit, und ein subjektives, die Zumutbarkeit²³⁴.

²³² 10 ObS 74/08x.

²³³ *Schrammel* in: Wie schlank kann soziale Sicherheit sein?, 1998, 72.

²³⁴ *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, I. Band, 1965, 269.

Das Verweisungsfeld stellt jenen Bereich dar, der dem Pensionswerber noch zugemutet werden kann. Hat jemand einen erlernten/angelernten Beruf überwiegend ausgeübt, so ist er beschränkt verweisbar. Trifft diese Ausbildung nicht zu, so ist er auf den gesamten Arbeitsmarkt grundsätzlich verweisbar.

Bei den Selbstständigen spielen eine zumutbare Änderung der Tätigkeit sowie die Ausstattung des Betriebes eine entscheidende Rolle. Im Bereich der Erwerbsunfähigkeit wird zwischen zwei Verweisungsfeldern differenziert: Eine totale Erwerbsunfähigkeit liegt vor, wenn jemand aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, *einer* Erwerbstätigkeit nachzugehen. Relative Erwerbsunfähigkeit liegt dann vor, wenn jemand *seinem bestimmten* Erwerb nicht nachgehen kann. Diese Art der Erwerbsunfähigkeit beinhaltet sowohl medizinische als auch berufskundliche Aspekte²³⁵.

Diese Unterscheidung nach rein medizinischen bzw. medizinischen und berufskundlichen Parametern zeigt deutlich, dass bei den unselbstständig Erwerbstätigen eine größere Solidarität herrscht, als bei Selbstständigen. Unselbstständige müssen nicht „ganz kaputt“ sein; je geringer die Ausbildung ist, umso mehr nimmt der Solidaritätsgedanke ab. Das zeigt die Trennung zwischen Selbstständigen, bei denen Eigenverantwortung, zu Unselbstständigen, bei denen Solidarität groß geschrieben wird.

Eine Ausnahme erfährt der Versichertenkreis nach dem BSVG: Für Angehörige eines Betriebsführers, die in seinem Betrieb mitarbeiten, wird das Recht für Selbstständige angewandt, obwohl diese selbstverständlich nicht Betriebsführer sind, sondern de facto unselbstständig Beschäftigte.

d. Erlernter/Angelernter Beruf – OGH-Judikatur

OGH, 10 ObS 6/08t:

„...Ein angelernter Beruf muss nicht einem gesetzlich geregelten Lehrberuf entsprechen. Der Erwerb von Spezialkenntnissen auf einem – relativ eng –

²³⁵ *Mazal* bei der 44. Arbeits- und Sozialrechtstagung in Zell/See, 2009.

begrenzten Aufgabengebiet sowie ein hohes Maß an Verantwortung reichen für die Qualifizierung als „angelernten Beruf“ nicht aus. Ein Versicherter, der in der Erzeugung von Feuerwerks- und Hagelabwehrraketen und beim Abschießen von Feuerwerken tätig war, übt angesichts des Umstands, dass die dafür notwendigen Kenntnisse trotz der erforderlichen mehrjährigen praktischen Tätigkeit nicht mit denen in einem Lehrberuf vergleichbar sind, keinen angelernten Beruf aus...“

Ähnlich: OGH, 10 ObS 204/06g:

„...Ein angelernter Beruf ist zu verneinen, wenn dem Kläger nach dem Ergebnis eines Berufstests die wesentlichen Kenntnisse eines Berufskraftfahrers [z. B. internationaler Güterverkehr] fehlen...“²³⁶

Der OGH verfolgt in der Frage des Berufsschutzes eine sehr restriktive Rechtsmeinung. Diese Haltung des OGH wird in einer aktuellen Entscheidung klar zum Ausdruck gebracht: In 10 ObS 28/08b stellt er klar, dass dem Versicherten kein Berufsschutz zukommt, weil die von ihm erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der Polyesterverarbeitung nicht jenen eines gelernten Kunststoffverarbeiters entsprechen.

F. Das praktische Problem

Eines der Hauptprobleme – und daher dringend reformbedürftig – stellt das (Nicht-)Vorliegen eines Berufsschutzes bzw. die Beurteilung der Frage nach Verweisungen dar. Verweisungen werden von den ordentlichen Gerichten abstrakt beurteilt. Das bedeutet, der gesamte Arbeitsmarkt in Österreich wird herangezogen. Gibt es mehr als 100 Arbeitsplätze österreichweit für einen möglichen Verweisungsberuf, so ist eine Verweisung zulässig. Ob der Pensionswerber tatsächlich einen Arbeitsplatz erlangt, ist nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem ASG. Schon der VwGH hat es zum damals in Ös-

²³⁶ aus: ZAS Nr. 2a 03/2009, 108.

terreich geltenden § 1254 RVO abgelehnt, zu überprüfen, ob sich eine konkrete Arbeitsmöglichkeit bietet²³⁷.

Ein riesiges und bis dato unlösbares Problem stellt die Judikatur iZm Verweisungen v. a. in jenen Fällen dar, in denen kein Berufsschutz besteht. Ob Berufsschutz besteht, entscheidet sich nämlich aufgrund der Art der tatsächlich ausgeübten Beschäftigung in den letzten 15 Jahren vor Pensionsantragstellung²³⁸. Überwiegt in diesem Beobachtungszeitraum eine nicht-qualifizierte Beschäftigung, so geht ein allenfalls früher bestandener Berufsschutz verloren. Die Gründe, die zu einem Berufswechsel geführt haben, sind nach Auffassung des OGH unbeachtlich²³⁹.

G. Invaliditätspension: ultima ratio oder Allheilmittel?

Man muss bei Antragstellern – ohne Vorurteile zuschüren – sehr genau prüfen, ob es sich um Versicherte handelt, die in einer Invaliditätspension den letzten Ausweg oder das „Tor zum Glück“ sehen. Sektionschef *Pöltner* hat im Rahmen des Projektes „Invalidität im Wandel“, das vom BMSK im Jahre 2007 initiiert wurde, von sog. „Pensionsneurotikern“ gesprochen: Hat man sich ein Mal mit dem Gedanken an die Pension angefreundet, so ist diese das einzige Ziel, das man verfolgt. Im Kopf manifestiert sich der Gedanke der Pension, nicht der des Verbleibes im Erwerbsleben.

Im Zuge einer Enquete „Invalidität im Wandel“, die im Februar 2008 in Krems stattgefunden hat, wurde u. a. die Invaliditätspension im Kontinuum „Prävention – betriebliche Gesundheitsförderung – Rehabilitation – betriebliche Integration“ als „ultima ratio“ dargestellt. Es müssten demzufolge vielmehr Maßnahmen im Vorfeld gesetzt werden, sodass es gar nicht zum Zustand der Arbeitsunfähigkeit eines Erwerbstätigen kommt.

²³⁷ *Tomandl*, Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, 2002, 9.

²³⁸ Hier ist eine Parallele zur Schwerarbeit zu sehen: Auch bei Prüfung des Vorliegens von Schwerarbeit wird auf die Art, d. h. Schwere der Tätigkeit in den letzten Jahren vor dem Pensionsantritt abgestellt. Bei der Schwerarbeit ist der Beobachtungszeitraum etwas weiter definiert.

²³⁹ *Tomandl*, Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, 2002, 26.

Es ist ein Paradigmenwechsel vorzunehmen. Das Prinzip, das mit dem StrukturanpassungsG 1996, BGBl. Nr. 201, ins Leben gerufen wurde, „Rehabilitation vor Pension“²⁴⁰, muss tatsächlich gelebt werden. Erst wenn trotz durchgeführter medizinischer und beruflicher Rehabilitationsmaßnahmen eine Wiedereingliederung in das Berufsleben nicht möglich ist, fällt eine Invaliditätspension an. Dabei muss natürlich die Ausgangsposition gerade für ältere, vermeintlich invalide, Dienstnehmer am Arbeitsmarkt realistisch betrachtet werden.

Vor diesem Grundsatz war es der versicherten Person freigestellt, ob sie eine Pension oder die Rehabilitation in Anspruch nimmt²⁴¹.

ME muss das Entstehen von Invalidität natürlich per se verhindert werden. Nicht zuletzt wegen des Gesundheitszustandes des Betroffenen selbst und dessen finanzielle Einbußen durch eine – in den üblichen Fällen nicht sehr hohe – Invaliditätspension, sondern auch allgemein aufgrund der Erhaltung der Arbeitskraft im Erwerbsleben und des gesetzlichen Pensionssystems als solches, muss eine Invaliditätspension als letzter Ausweg gesehen werden.

Positive Anreize zum Verbleib im Erwerbsleben auch für in ihren Gesundheitszustand beeinträchtigte Personen müssen geschaffen und an die aktuelle Situation angepasst werden. Prävention und Rehabilitation sind nicht nur „gut klingende“ Schlagworte des 21. Jahrhunderts, diese müssen auch aktiv belebt und in Folge gelebt werden.

Maßnahmen im Vorfeld der Pensionsversicherung würden einerseits vermutlich zu einer Abnahme an Invaliditätspensionisten führen; andererseits wird bei solchen Diskussionen leider immer wieder vergessen, dass ein invalider Mensch auch in seiner Lebensqualität eingeschränkt ist. Auch bei Bezug einer Pension bleibt dieser Zustand in den meisten Fällen bestehen oder verbessert sich nur gering. Dass es soweit gar nicht kommen muss,

²⁴⁰ § 361 ASVG und Parallelbestimmungen.

²⁴¹ vgl. *Kaufmann* in: 100 Jahre österreichische Sozialversicherung, 1989, 315 ff.

sollte durch positive Maßnahmen aufgezeigt werden. Der Mensch selbst steht in der Sozialversicherung im Mittelpunkt. Als gesunder, arbeitsfähiger Mensch ist die Lebensqualität, die gesellschaftliche Stellung eine hochwertigere, als die eines Invaliditätspensionisten.

Positive Maßnahmen dürfen aber nicht nur im Erwerbsleben erbracht und allein auf Dienstgeber übertragen werden. Invalidität kann auch ihre Ursache durch die Gestaltung der Privatsphäre haben oder durch Umwelteinflüsse eintreten. Die Maßnahmen müssen daher auch auf diesen Ebenen zum Zug kommen und greifen. ME sollte es schon im jugendlichen Alter Aufklärung und Beratung der Berufswahl geben. Es kann nie ausgeschlossen werden, einen – wie sich später herausstellen kann – falschen Beruf – aus welchen Gründen auch immer – zu wählen. Beratungsgespräche können jedoch solche Fehlentscheidungen hintanhalten.

Bei längeren oder wiederholten Krankenständen wäre die Einschaltung eines Rehabilitationsteams, das sowohl Dienstgeber als auch Dienstnehmer berät, als positive Maßnahme zu werten. Berufliche Rehabilitation im Betrieb selbst unter Gewährung einer Finanzierungsspritze „von außen“ wäre eine weitere Möglichkeit, die Arbeitskraft zu erhalten und Invalidisierungen vorzubeugen.

H. Rehabilitationsmaßnahmen

Mit der 9. ASVG-Novelle wurde der Leistungsrahmen der Pensionsversicherung durch Rehabilitationsmaßnahmen erweitert²⁴². Die Gewährung von Rehabilitation ist eine Pflichtaufgabe der Pensionsversicherung, jedoch hat der Einzelne keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf darauf. Es wird zwischen drei Rehabilitationsarten – medizinische, berufliche, soziale – unterschieden, die jeweils einen Schwerpunkt beinhalten: Die medizinische Rehabilitation umfasst beispielsweise stationäre Aufenthalte in Reha-zentren der Sozialversicherungsträger oder auch die Versorgung mit

²⁴² BM für soziale Verwaltung (Hrsg.), 10 Jahre ASVG, 1965, 7.

Körperersatzstücken, orthopädischen Behelfen und anderen Hilfsmitteln. Die berufliche Rehabilitation soll einen Beeinträchtigten in die Lage versetzen, seinen früheren oder einen neuen Beruf auszuüben²⁴³. Zur beruflichen Rehabilitation zählt etwa die Einschulung in Betrieben bei gleichzeitiger Gewährung von Lohnkostenzuschüssen an den Dienstgeber oder aber – bei Bedarf – eine behindertengerechte Anpassung des Arbeitsplatzes. Soziale Rehabilitationsmaßnahmen stellen auf zusätzliche Maßnahmen ab, die über medizinische und berufliche Maßnahmen hinaus zur Erreichung des Rehabilitationszweckes beitragen²⁴⁴. Dazu zählen z. B. Zuschüsse zu einer Führerscheinausbildung oder – bei Bedarf – ein Darlehen für den Ankauf oder die Adaptierung einer behindertengerechten Wohnung.

Für die Dauer der Rehabilitation gebührt dem Versicherten Übergangsgeld²⁴⁵ iHd fiktiven Invaliditätspension.

Eine Entscheidung des OGH iZm Rehabilitationsmaßnahmen und Invalidität:

„Hat es der Pensionsversicherungsträger im Verfahren auf Gewährung einer Invaliditätspension unterlassen, einem Versicherten der seinen erlernten Beruf (hier: Kraftfahrer) nicht mehr ausüben kann, Maßnahmen der Rehabilitation anzubieten, kann er im anschließenden gerichtlichen Verfahren nicht mehr den Einwand erheben, der Versicherte wäre rehabilitierbar“²⁴⁶.

I. Wann ist jemand (jedenfalls) invalid?

Die Frage der geminderten Arbeitsfähigkeit bzw. der Erwerbsunfähigkeit sowie die Festlegung des Verweisungsfeldes sind Rechtsfragen.

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist dauernde Invalidität jedenfalls dann anzunehmen, wenn mindestens sieben Wochen Krankenstand/Jahr

243 § 303 iVm § 198 ASVG.

244 § 304 iVm § 201 ASVG.

245 § 306 ASVG.

246 10 ObS 157/07x.

erwartet werden. Es reicht nach höchstgerichtlicher Judikatur also eine auf sieben Wochen lautende Krankenstands*prognose* aus, um Invalidität zu bejahen. In solch einem Fall ist auch dem Dienstgeber eine Beschäftigung des Versicherten nicht zumutbar²⁴⁷. Es wird daher auch auf den Dienstgeber und seinen Betrieb Rücksicht genommen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Umstände des Einzelfalles bei Beurteilung einer Arbeitsunfähigkeit jedenfalls genauer zu betrachten sind. So werden zwar häufigere, aber kurz andauernde Krankenstände vom Dienstgeber leichter zu verkraften sein (was v. a die Organisation innerhalb des Betriebes betrifft), während lang andauernde Arbeitsausfälle sicherlich ein Problem innerhalb des Betriebes darstellen.

Gem. § 256 Abs. 2 ASVG ist eine Pension ohne zeitliche Befristung zuzuerkennen, wenn aufgrund des körperlichen oder geistigen Zustandes dauernde Invalidität anzunehmen ist. Der OGH hat in seinem Urteil vom 20.3.2007, 10 ObS 206/06a, Folgendes entschieden: Bestehen bei alkoholkranken Versicherten Chancen, durch eine Alkoholentzugs- und Entwöhnungsbehandlung ihre Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt – zumindest teilweise – wiederherzustellen, kann die Invaliditätspension nur befristet für die Dauer von längstens 24 Monaten zuerkannt werden²⁴⁸.

J. Der Tätigkeitsschutz gemäß § 255 Abs. 4 ASVG

Mit dem SVÄG 2000, BGBl. I Nr. 43, wurde die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (§ 253d ASVG²⁴⁹) mit Ablauf des 30.6.2000 abgeschafft und durch die neue Regelung des § 255 Abs. 4 ASVG ersetzt. Nach dieser neuen Bestimmung soll Dienstnehmern ab dem

²⁴⁷ So z. B. in: 10 ObS 52/06d Der OGH bejaht auch einen Ausschluss vom allgemeinen Arbeitsmarkt, wenn die regelmäßig zu erwartenden kurbedingten Krankenstände im Fall einer anteiligen Berücksichtigung der alle drei bis vier Jahre im Ausmaß von jeweils rund drei Wochen anfallenden Kuraufenthalte die Siebenwöchengrenze erreichen (s. auch 10 ObS 31/96).

²⁴⁸ s. ARD, Nr. 5782/13/2007, 10.

²⁴⁹ Eingeführt wurde diese gesetzliche Bestimmung durch das SRÄG 1993, BGBl. Nr. 335.

vollendeten 57. Lj. ein erleichterter Zugang zur Invaliditäts- bzw. Berufsunfähigkeitspension geschaffen werden (§ 255 Abs. 4 ASVG gilt gem. § 273 Abs. 2 ASVG auch in der Pensionsversicherung der Angestellten). Unabhängig von der Ausbildung der versicherten Person soll auf ihre berufliche Entwicklung Rücksicht genommen werden. § 255 Abs. 4 bzw. § 273 Abs. 2 ASVG stellt – ebenso wie ihre „Vorgängerbestimmung“ (§ 253d ASVG) – nicht auf die Anforderungen an einem bestimmten Arbeitsplatz, sondern auf die abstrakte „Tätigkeit“ mit dem am allgemeinen Arbeitsmarkt typischerweise gefragten Inhalt, ab.

Nach § 133 Abs. 3 GSVG, § 124 Abs. 2 BSVG gilt für Gewerbetreibende bzw. für bäuerlich Erwerbstätige ab Vollendung des 57. Lj. der gleiche Tätigkeitsschutz wie im ASVG.

Personen, die das 57. Lj. vollendet haben, gelten als erwerbsunfähig, wenn sie durch Krankheit oder Gebrechen außer Stande sind, jene Tätigkeit auszuüben, die in den letzten 15 Jahren (180 Kalendermonaten) mind. 10 Jahre (120 Kalendermonate) hindurch ausgeübt wurde. Dabei sind zumutbare Änderungen dieser Tätigkeit zu berücksichtigen. Bei Selbstständigen ist in Hinblick auf die Möglichkeit einer zumutbaren Änderung die sachliche und personelle Ausstattung ihres Betriebes zu berücksichtigen. Eine gewisse Einschränkung an selbstständiger/eigenverantwortlicher Tätigkeit sowie einen gewissen Verlust an Einkommen und Sozialprestige muss die versicherte Person beim Tätigkeitsschutz allerdings akzeptieren.

Ein anderer Tätigkeitsbereich als der bisherige ist jedenfalls unzumutbar, wenn dieser eine wesentliche Änderung des beruflichen Umfeldes der versicherten Person bedeuten würde. Hierzu zählen nicht nur berufliche Tätigkeiten, sondern auch das arbeitskulturelle Umfeld; ebenso ist die soziale Komponente nicht außer Acht zu lassen.

Die neue Bestimmung ist jedenfalls enger gefasst als die bereits aufgehobene vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (s. unten Anlassfall „Buchner“, Urteil des EuGH). Als Beispiel seien die Frauen zu er-

wähnen, die das 57. Lj. vollendet haben müssen, um von der Regelung Gebrauch machen zu können (die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit konnte von Frauen ab dem 55. Lj. in Anspruch genommen werden).

Zusammenfassend kann man sagen, dass der Tätigkeitsschutz dort wirken soll, wo der Berufsschutz versagt.

a. Die Umsetzung des Tätigkeitsschutzes in den Sozialversicherungsgesetzen

Die legislative Anordnung im SVÄG 2000 lautet (Auszug):

Artikel 1

Änderung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes

Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/155, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 26/2000, wird wie folgt geändert:

...

6. § 253d wird aufgehoben.

7. § 255 Abs. 4 lautet:

„(4) Als invalid gilt auch der (die) Versicherte, der (die) das 57. Lebensjahr vollendet hat, wenn er (sie) infolge 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 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch ausgeübt hat, nachzugehen. Dabei sind zumutbare Änderungen dieser Tätigkeit zu berücksichtigen.“

8. Die bisherigen Abs. 4 und 5 des § 255 erhalten die Bezeichnungen „(5)“ und „(6)“.

...

28. Nach § 586 wird folgender § 587 samt Überschrift angefügt:

*„Schlussbestimmungen zu Art. 1 des Sozialversicherungs-
Änderungsgesetzes 2000, BGBl. I Nr. xxx*

§ 587. (1) Die § 255 Abs. 4 bis 6, ...treten mit 1. Juli 2000 in Kraft.

(2) Die § 253d, ...treten mit Ablauf des 30. Juni 2000 außer Kraft.

...“

b. Die politischen Hintergründe des Tätigkeitsschutzes

Am 31.5.2000 wurde von den Abgeordneten Silhavy und Öllinger im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH vom 23.5.2000, Rs. Buchner, Rs. C-104/98²⁵⁰, ein Entschließungsantrag eingebracht. Darin wird die Bundesregierung aufgefordert, eine geschlechtsneutrale Regelung für Männer und Frauen ab dem 55. Lj. vorzulegen. Dabei soll auf die bisher ausgeübte berufliche Tätigkeit so Rücksicht genommen werden, dass eine Verweisung nur mehr auf vergleichbare Tätigkeiten erfolgen kann und ab dem 57. Lj. für beide Geschlechter eine eingeeengte Verweisung auf die zuvor ausgeübte Tätigkeit maßgeblich ist.

In den Gesetzesmaterialien (Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, AB 187, XXI. GP) wird die Neuregelung unter anderem als flankierende Maßnahme zur Abfederung von Härten begründet:

(Auszug aus dem AB)

„...Weiters wurde mit Stimmenmehrheit folgende Ausschussfeststellung angenommen:

Der Ausschuss für Arbeit und Soziales geht davon aus, dass mit § 255 Abs. 4 (§ 273 Abs. 3) ASVG insbesondere für ungelernte Arbeiter und Angestellte in niedrigen Verwendungsgruppen ein wirksamer Berufsschutz geschaffen werden soll. Ein anderer Tätigkeitsbereich als bisher ist jedenfalls unzumutbar, wenn er eine wesentliche Änderung des beruflichen Umfelds

²⁵⁰ In der Rs. Buchner, Rs. C-104/98, wurde das unterschiedliche Anfallsalter für Frauen und Männer bei der vorzeitigen Alterspension (55 bzw. 57 Lj.) wegen Erwerbsunfähigkeit (BSVG) als europarechtswidrig festgestellt. Der OGH ersuchte gem. Art. 234 EGV den EuGH um Auslegung (Vorabentscheidungsverfahren).

des Versicherten bedeuten würde, wie z. B. das Erlernen gänzlich neuer Tätigkeiten oder der Verweis auf eine Tätigkeit, die in einem anderen arbeitskulturellen Umfeld erbracht werden muss (z. B. Bauhilfsarbeiter in der Textilbranche).

Im Ergebnis soll mit der neuen Regelung auch bewirkt werden, dass entgegen der bisherigen Judikatur zu ungelernten Arbeitern die berufliche Entwicklung des Anspruchswerbers bei der Anspruchsprüfung berücksichtigt wird und beispielsweise für eine Person, die im Baubereich ungelernete Tätigkeiten verrichtet hat, der Verweis auf die Tätigkeit als Portier ausgeschlossen sein soll...“

...

„Zu den Abänderungen und Ergänzungen gegenüber dem Antrag 123/A ist Folgendes zu bemerken:

...Aufgrund des am 23. Mai 2000 verkündeten Urteils des EuGH in der Rechtssache C-104/98, Buchner, wird die österreichische Rechtslage, nach der das Anfallsalter für die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (wegen Erwerbsunfähigkeit) für Frauen 55, für Männer 57 Jahre beträgt, als dem EG-Recht widersprechend angesehen, da dieser geschlechtsspezifische Unterschied der Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (Abl. 1979, L 6, S 24) widerspricht. Nach der vorhergehenden Judikatur des EuGH zu dieser Richtlinie hat dieses Urteil zur Folge, dass das benachteiligte Geschlecht so lange Anspruch auf dieselben Vergünstigungen hat, als der nationale Gesetzgeber die EG-Widrigkeit nicht behoben hat. Daher haben de facto aufgrund dieses Urteils auch Männer einen Anspruch auf diese vorzeitige Alterspension bereits nach Vollendung des 55. Lj.

Mit Rücksicht darauf, dass im Entwurf eines SRÄG 2000 ohnehin die Aufhebung des § 253d ASVG samt Parallelbestimmungen mit Wirksamkeit vom

1. Oktober 2000 vorgesehen ist, erweist es sich als notwendig, im Interesse der Rechtssicherheit sofort wirksame gesetzliche Maßnahmen zu setzen:

Entsprechend den im Entwurf eines SRÄG 2000 vorgesehenen Maßnahmen soll die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (wegen Erwerbsunfähigkeit) aufgehoben werden, und zwar bereits mit Wirksamkeit vom 1. Juli 2000. Für noch nicht 57-jährige männliche Versicherte, die nicht schon bis zum Ablauf des 22. Mai 2000 einen Antrag auf vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (wegen Erwerbsunfähigkeit) gestellt haben, sondern erst das am 23. Mai 2000 verkündete einschlägige Urteil des Europäischen Gerichtshofes, mit dem das unterschiedliche Anfallsalter für Männer und Frauen bei dieser Pensionsart als dem EG-Recht widersprechend erklärt worden ist, zum Anlass genommen haben, einen solchen Antrag zu stellen, soll die vor dem 23. Mai 2000 maßgebliche Rechtslage weiterhin gelten.

Als flankierende Maßnahme zur Abfederung von Härten infolge der Aufhebung der vorzeitigen Alterspension geminderter Arbeitsfähigkeit (wegen Erwerbsunfähigkeit) soll unter einem der Berufsschutz für Personen, die das 57. Lebensjahr bereits vollendet und durch zehn Jahre während der letzten 15 Jahre vor dem Pensionsstichtag eine bestimmte Tätigkeit ausgeübt haben, verbessert werden. Können diese Personen aufgrund einer Krankheit (eines sonstigen Gebrechens) die besagte Tätigkeit nicht mehr ausüben, so gelten sie unter den erwähnten Voraussetzungen als invalid (berufs- bzw. erwerbsunfähig), es sei denn, dass ihnen im konkreten Fall noch eine Änderung dieser Tätigkeit bzw. eine Umorganisation des Betriebes in sachlicher wie personeller Hinsicht zugemutet werden kann.“

Im Plenum des Nationalrates wurde das SVÄG am 7.6.2000 beschlossen und auf den Tag genau, einen Monat später, im BGBl. I als Nr. 43 kundgemacht.

Mit dem SVÄG 2005, BGBl. I Nr. 132, sah der Gesetzgeber auch eine Berücksichtigung unselbstständiger Erwerbstätigkeiten beim Tätigkeitsschutz im Rahmen der Erwerbsunfähigkeit vor (§ 133 Abs. 3a GSVG, § 124

Abs. 2a BSVG). Weiters erfolgte im SVÄG 2005 die Streichung der Bestimmungen über den Wegfall der Invaliditätspension nach erfolgreicher Rehabilitation.

Danach ist auf das Erfordernis der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach § 133 Abs. 3 GSVG bzw. § 124 Abs. 2 BSVG eine gleichartige unselbstständige Erwerbstätigkeit in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag im Ausmaß von höchstens 60 Kalendermonaten anzurechnen. Damit soll auch bei Selbstständigen die Anrechnung von Zeiten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Rahmenzeitraum ermöglicht werden, wobei zur Anknüpfung an die Selbstständigkeit verlangt wird, dass in der Hälfte der erforderlichen Zeit – d.h. durch 60 Monate hindurch – eine selbstständige Berufsausübung vorliegt.

Die legislative Anordnung im SVÄG 2005 lautet (Auszug):

Artikel 2

Änderung des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (31. Novelle zum GSVG)

Das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 560/1978, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 71/2005, wird wie folgt geändert:

...

31. Im § 133 wird nach Abs. 3 folgender Abs. 3a eingefügt:

„(3a) Auf das Erfordernis der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach Abs. 3 erster Satz ist eine gleichartige unselbstständige Erwerbstätigkeit in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag im Ausmaß von höchstens 60 Kalendermonaten anzurechnen.“

37. Nach § 310 wird folgender § 311 samt Überschrift angefügt:

Schlussbestimmungen zu Art. 2 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xx/2005 (31. Novelle)

§ 311. (1) Es treten in Kraft:

mit 1. Jänner 2006 die §§ 133 Abs. 3a, ...in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xx/2005

...

Artikel 3

Änderungen des Bauern-Sozialversicherungsgesetzes (31. Novelle zum BSVG)

Das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 559/1978, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 71/2005, wird wie folgt geändert:

...

27. Im § 124 wird nach Abs. 2 folgender Abs. 2a eingefügt:

„(2a) Auf das Erfordernis der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach Abs. 2 erster Satz ist eine gleichartige unselbständige Erwerbstätigkeit in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag im Ausmaß von höchstens 60 Kalendermonaten anzurechnen.“

32. Nach § 299 wird folgender § 300 samt Überschrift angefügt:

„Schlussbestimmungen zu Art. 3 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xx/2005 (31. Novelle)

§ 300. (1) Es treten in Kraft:

mit 1. Jänner 2006 die §§ 124 Abs. 2a, ...in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xx/2005

...

Aus den Erläuterungen (EB zur RV 1111 BlgNR 22. GP 14):

„...Sowohl § 255 Abs. 4 ASVG als auch § 133 Abs. 3 GSVG und § 124 Abs. 2 BSVG verlangen für das Vorliegen von Invalidität bzw. Erwerbsunfähigkeit ab Vollendung des 57. Lebensjahres u. a., dass in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag mindestens 120 Kalendermonate hindurch „eine Tätigkeit“ ausgeübt wurde (Tätigkeitsschutz); in § 133 Abs. 3 GSVG und § 124 BSVG wird diese Tätigkeit allerdings durch den Begriff „selbständige Erwerbstätigkeit“ konkretisiert.

Nunmehr hat der Oberste Gerichtshof mit Entscheidung vom 8. März 2005 festgestellt (10 Ob S 4/05), dass bei Anwendung des § 255 Abs. 4 ASVG auch Zeiten einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach dem GSVG bei der Prüfung, ob eine Tätigkeit 120 Monate ausgeübt wurde, zu berücksichtigen sind, da dies der Wortlaut des § 255 Abs. 4 ASVG zulasse. Hingegen stelle § 133 Abs. 3 GSVG ausdrücklich auf eine selbständige Erwerbstätigkeit ab.

Entgegen der bisherigen Vollzugspraxis dürfen somit nach § 133 Abs. 3 GSVG bzw. § 124 Abs. 2 BSVG inhaltlich gleichartige unselbständige Erwerbstätigkeiten laut Höchstgericht nicht auf das Erfordernis der 120 Kalendermonate angerechnet werden. Dies würde zu einer Benachteiligung von Versicherten nach dem GSVG und BSVG gegenüber jenen nach dem ASVG führen.

Dieses unbefriedigende Ergebnis soll durch eine entsprechende Ergänzung der §§ 133 GSVG und 124 BSVG, mit der auch bei Selbständigen die Anrechnung von Zeiten der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Rahmenzeitraum ermöglicht wird, vermieden werden. Zur Anknüpfung an die Selbständigkeit wird verlangt, dass in der Hälfte der erforderlichen Zeit (d. h. durch 60 Monate) eine selbständige Berufsausübung vorliegt.“

...

Damit soll nach den Gesetzesmaterialien im Hinblick auf die Entscheidung des OGH vom 8.3.2005, 10 ObS 4/05v, auch bei Selbständigen die Anrechnung von Zeiten der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Rahmenzeitraum ermöglicht werden, wobei zur Anknüpfung an die Selbstständigkeit verlangt wird, dass in der Hälfte der erforderlichen Zeit – d.h. durch 60 Monate – eine selbstständige Berufsausübung vorliegt.²⁵¹

Ab dem 57. Lebensjahr gilt der gleiche Tätigkeitsschutz wie im ASVG (§ 255 Abs. 4).

²⁵¹ ÖJZ, 2006, 12, 506 ff.

GSVG- und BSVG-Versicherte können im Übrigen vor Antragstellung auf eine Erwerbsunfähigkeitspension die bescheidmäßige Feststellung der Erwerbsunfähigkeit beantragen, gesetzlich normiert in § 133a GSVG bzw. § 124a BSVG. ASVG-Versicherte hingegen haben diese Möglichkeit nicht.

c. Die Frage der Verweisbarkeit im Zusammenhang mit dem Tätigkeitsschutz

Die Frage, ob eine Verweisungstätigkeit eine „zumutbare Änderung“ der iSd Tätigkeitsschutzes nach § 273 Abs. 2 iVm § 255 Abs. 4 ASVG maßgebenden „einen“ Tätigkeit darstellt, kann grundsätzlich nur anhand des konkreten Einzelfalles beurteilt werden.

Unabhängig von der Ausbildung des Versicherten soll auf seine berufliche Entwicklung Rücksicht genommen werden. Für den Berufsschutz und damit für die Verweisung auf noch zumutbare Berufe bei gegebenem gesundheitlichem Leistungskalkül ist die zuletzt überwiegend ausgeübte Tätigkeit heranzuziehen. Je schwerer diese Tätigkeit war, umso eher ist bei gegebenem Leistungskalkül eine Verweisung auf eine solche Tätigkeit ausgeschlossen und eine Invaliditätspension kann zuerkannt werden.

Bei der Beurteilung der Verweisbarkeit nach § 273 Abs. 2 iVm § 255 Abs. 4 ASVG kommt es nach der Rechtsprechung darauf an, mit welchem Maß an Verantwortung eine Tätigkeit verbunden war. Dabei sind Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit Kriterien hierfür, dass eine Verweisung auf deutlich untergeordnete Tätigkeiten nicht zumutbar ist (vgl. das Kriterium der „sozialen Zumutbarkeit“ iZm Verweisungstätigkeiten bei „normaler Invaliditätspension“).

Wie bereits erwähnt, muss die betroffene Person eine gewisse Einschränkung an selbstständiger/eigenverantwortlicher Tätigkeit sowie einen gewissen Verlust an Einkommen und Sozialprestige beim Tätigkeitsschutz akzeptieren.

Unzumutbar ist jedenfalls – nach ständiger Rechtsprechung des OGH – eine wesentliche Änderung des beruflichen Umfeldes der versicherten Per-

son. Hierzu gehören etwa das Erlernen gänzlich neuer Tätigkeiten oder der Verweis auf eine Tätigkeit, die in einem anderen kulturellen Umfeld erbracht werden muss. Daher ist es z. B. unzumutbar einen Bauhilfsarbeiter in der Textilbranche unterzubringen. Hingegen kann ein Buschauffeur auf die Tätigkeit eines Apothekenzustellers verwiesen werden, da der „Kern der Tätigkeit“, nämlich das Lenken von Kraftfahrzeugen, unverändert bleibt²⁵².

Eine gravierende Lohneinbuße kann ein Kriterium für die Unzumutbarkeit einer Verweisung darstellen. Die Prüfung der Frage der Zumutbarkeit einer solchen Lohneinbuße hat auch in diesem Fall grundsätzlich abstrakt zu erfolgen. Es ist daher nicht vom individuellen früheren Verdienst des Versicherten bei seinem konkreten Dienstgeber, sondern vom Durchschnittsverdienst gleichartig Beschäftigter auf dem Arbeitsmarkt auszugehen.

d. Auslegung und Vollziehung anhand zweier Entscheidungen des OGH

Beide in Folge zu besprechenden Judikate des OGH beschäftigen sich mit der Frage und Intensität des Tätigkeitsschutzes. Während es in der Entscheidung 10 ObS 99/05i um die Frage der Berücksichtigung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit iZm dem Tätigkeitsschutz geht, wird im Urteil 10 ObS 76/06h das Problem der gemischten Gesamttätigkeit (Angestellten- und Arbeitertätigkeiten) behandelt; es wird u. a. erläutert, was unter dem Begriff „eine Tätigkeit“ zu verstehen ist.

OGH, 17.2.2006, 10 ObS 99/05i

In seinem Urteil vom 17.2.2006, GZ: 10 ObS 99/05i, fällt der OGH die Entscheidung, der Revision der klagenden Partei nicht Folge zu geben.

In gegenständlichem Verfahren geht es um die Nicht-Gewährung einer Invaliditätspension.

Sachverhaltsdarstellung:

²⁵² 10 ObS 113/08b.

Die Klägerin hat keinen Beruf erlernt. Im Zeitraum von 1972 bis 1974 war sie in Österreich in einer Konservenfabrik als Hilfsarbeiterin beschäftigt. In den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag war die Klägerin in ihrem Heimatstaat Jugoslawien als Landwirtin tätig; dort erwarb sie 179 Versicherungsmonate. Die Pensionsversicherungsanstalt lehnte den Antrag der Klägerin auf Zuerkennung einer Invaliditätspension ab. Auch das Erstgericht wies die dagegen angestregte Klage ab mit der Begründung, die Klägerin genieße keinen Berufsschutz iSd § 255 Abs. 1 bzw. 2 ASVG, weil sie keinen erlernten oder angelernten Beruf ausgeübt habe. Auch komme ein Tätigkeitsschutz iSd § 255 Abs. 4 ASVG nicht in Betracht. Dies deshalb nicht, weil sie im Beobachtungszeitraum nicht 120 Beitragsmonate in einem Arbeiterberuf erworben habe.

Auch das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes habe eine Ausdehnung des Tätigkeitsschutzes auf selbstständige Erwerbstätigkeiten dann nicht zu erfolgen, wenn im Beobachtungszeitraum überhaupt keine im Inland nach dem ASVG versicherungspflichtige unselbstständige Beschäftigung vorgelegen sei und sich die Leistungszuständigkeit der PVA nur aus der Anwendbarkeit internationaler Sozialversicherungsabkommen ergäbe.

Die Revision erklärte das Berufungsgericht für zulässig, jedoch nicht für berechtigt.

Der OGH stellte in seinem Urteil fest, dass ein Tätigkeitsschutz nach § 255 Abs. 4 ASVG in solchen Fällen nur dann in Betracht kommt, wenn im maßgebenden Beobachtungszeitraum der letzten 180 Kalendermonate vor dem Stichtag auch Zeiten einer unselbstständigen Beschäftigung nach dem ASVG vorliegen.

II. Das Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Jugoslawien

Das zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Jugoslawien geschlossene Abkommen über soziale Sicherheit vom 5.6.1998 ist nach

Ratifizierung am 1.5.2002 in Kraft getreten und am 4.6.2002 im BGBl. III Nr. 100 kundgemacht worden. Die Bestimmungen dieses Abkommens, die sich auf den Erwerb und die Gewährung von Leistungen aus der sozialen Sicherheit beziehen, sind ab dem 1.10.1996 auf Personen anzuwenden, auf die das zwischen den beiden Vertragsstaaten vor diesem Zeitpunkt in Geltung gestandene Abkommen über soziale Sicherheit anzuwenden war (Art. 37 Abs. 3 des Abkommens).

Art. 19 des gegenständlichen Abkommens enthält Regelungen über die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten. Hängt nach den Rechtsvorschriften eines Vertragsstaates der Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben eines Leistungsanspruches von der Zurücklegung von Versicherungszeiten ab, so hat der zuständige Träger dieses Vertragsstaates – soweit erforderlich – die nach den Rechtsvorschriften des anderen Vertragsstaates zurückgelegten Versicherungszeiten zu berücksichtigen, als wären es nach den von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften zurückgelegte Versicherungszeiten, soweit sie nicht auf dieselbe Zeit entfallen. Damit ist nicht bloß die Anrechnung von Versicherungszeiten im anderen Staat (z. B. für die Erfüllung der Wartezeit), sondern auch die Gleichstellung von im anderen Vertragsstaat zurückgelegten Versicherungszeiten angeordnet, sodass davon auszugehen ist, dass in Serbien erworbene Beitragszeiten auch hinsichtlich der beruflichen Qualifikation für die Frage des Berufsschutzes so zu beurteilen sind wie die in Österreich zurückgelegten Versicherungszeiten.

Zur Entscheidung des OGH

Der OGH stellt klar, dass ein Tätigkeitsschutz nach dem ASVG nur dann in Betracht kommt, wenn im maßgebenden Beobachtungszeitraum jedenfalls auch Zeiten einer unselbstständigen Beschäftigung vorliegen²⁵³.

Nach Rechtsprechung des OGH sind bei Anwendung des § 255 Abs. 4 ASVG auch Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach dem GSVG

²⁵³ ÖJZ 12/2006, 506 ff.

bei Prüfung der Frage, ob eine Tätigkeit 120 Monate hindurch ausgeübt wurde, zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz ist in gleicher Weise auch auf Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Landwirtin anzuwenden, für die eine Pflichtversicherung nach dem BSVG in Österreich besteht.

Die im maßgebenden Beobachtungszeitraum als selbstständige Landwirtin in Jugoslawien erworbenen Versicherungszeiten sind gemäß Art. 19 Abk SozSi Jugoslawien auch für die Frage des Tätigkeitsschutzes so zu beurteilen, wie wenn sie in Österreich zurückgelegte Versicherungszeiten aufgrund selbstständiger Erwerbstätigkeit wären.

Mit dem SVÄG 2005, BGBl. I Nr. 132, hat der Gesetzgeber auch eine Berücksichtigung unselbstständiger Erwerbstätigkeiten beim Tätigkeitsschutz im Rahmen der Erwerbsunfähigkeit vorgesehen (§ 133 Abs. 3a GSVG, § 124 Abs. 2a BSVG). Danach ist auf das Erfordernis der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach § 133 Abs. 3 GSVG bzw. § 124 Abs. 2 BSVG eine gleichartige unselbstständige Erwerbstätigkeit in den letzten 180 Kalendermonaten vor dem Stichtag im Ausmaß von höchstens 60 Kalendermonaten anzurechnen. Damit soll auch bei Selbstständigen die Anrechnung von Zeiten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Rahmenzeitraum ermöglicht werden, wobei zur Anknüpfung an die Selbstständigkeit verlangt wird, dass in der Hälfte der erforderlichen Zeit – d.h. durch 60 Monate hindurch – eine selbstständige Berufsausübung vorliegt.

Demnach gilt ein Land(Forst)wirt auch dann als erwerbsunfähig, wenn er das 57. Lj. vollendet hat und durch Krankheit oder Gebrechen die selbstständige land(forst)wirtschaftliche Tätigkeit nicht mehr ausüben kann. Hier greift somit der sog. „Berufsschutz“. Ein über 57-jähriger Bauer/Forstwirt darf daher nicht mehr auf außerlandwirtschaftliche/außerforstwirtschaftliche Berufe verwiesen werden. Auch wenn er trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung noch andere Berufe ausüben könnte, ist das für die Pensionsbeurteilung nicht relevant, weil er eben seinen Beruf nicht mehr ausüben kann. Es wird allerdings darauf Bedacht genommen, ob die sachliche oder personelle Ausstattung im jeweiligen Betrieb geändert werden kann.

Nach ständiger Rechtsprechung hat der zuständige Pensionsversicherungsträger bei der Feststellung von Leistungsansprüchen nur eigenes Recht anzuwenden. Im Falle der Zuständigkeit der SVA bzw. der SVB kommt für die Prüfung daher nur der Versicherungsfall der Erwerbsunfähigkeit gemäß § 133 GSVG bzw. § 124 BSVG in Frage; ein Versicherungsfall nach dem ASVG (Invalidität, Berufsunfähigkeit) kommt demnach nicht in Betracht.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies Folgendes: Bei der Klägerin liegen im maßgeblichen Beobachtungszeitraum der letzten 180 Kalendermonate vor dem Stichtag unbestritten ausschließlich Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit vor. Daher kommt ein Tätigkeitsschutz nach § 255 Abs. 4 ASVG nicht in Betracht.

Der Revision musste ein Erfolg versagt werden.

Anmerkung: Wären ausschließlich Zeiten nach dem BSVG vorgelegen, hätte der Tätigkeitsschutz gegriffen und es wäre der Pensionswerberin eine Pension zuerkannt worden.

OGH, 17.8.2006, 10 ObS 76/06h

Im Verfahren vom 17.8.2006, GZ: 10 ObS 76/06h, geht es um einen Fall der Berufsunfähigkeitspension.

Sachverhaltsdarstellung:

Der Versicherte (in weiterer Folge: der Kläger) hat keinen Beruf erlernt. Er war in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag zunächst 10 Jahre als technischer Angestellter in der Lagermeisterei beschäftigt, danach drei Jahre als Schichtleiter und zuletzt zwei Jahre als Lagerverwalter tätig. Im Rahmen seiner Beschäftigungen musste er neben typischen Angestelltentätigkeiten – wie z. B. Kundenbetreuung oder Einteilung von Arbeitsgruppen im Lager – auch manuelle Arbeiten – wie z. B. Ein- und Auslagern von Waren oder Heben von Lasten – verrichten.

Dem medizinischen Leistungskalkül zufolge kann er nur noch leichte und mittelschwere Arbeiten verrichten; stark belastende manuelle Arbeiten kann der Kläger in Hinblick auf die Hebe- und Tragebelastung nicht mehr durchführen. Er wäre aber weiterhin in der Lage als technischer Angestellter in einer Lagermeisterei oder als Lagerverwalter zu arbeiten.

Die Klage auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension wurde sowohl in erster als auch in zweiter Instanz abgewiesen mit der Begründung, der Versicherte könne noch verschiedene unqualifizierte Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verrichten. Beispielhaft aufgezählt werden Portier, Presser und Stanzer.

Während des Verfahrens vor dem Erstgericht vollendete der Kläger das 57. Lj. Somit kommt für ihn – zusätzlich zur Prüfung, ob Berufsunfähigkeit vorliegt – eine Prüfung nach § 255 Abs. 4 bzw. § 273 Abs. 2 ASVG („Tätigkeitsschutz“) in Betracht.

Zur Entscheidung des OGH

§ 273 Abs. 2 ASVG, § 255 Abs. 4 ASVG: Hat ein Versicherter im maßgeblichen Zeitraum von 15 Jahren vor dem Stichtag sowohl Angestellten-, als auch Arbeitertätigkeiten ausgeübt und gehörten beide Tätigkeiten zum Kernbereich der Gesamttätigkeit des Versicherten in diesem Zeitraum, ist für die Beurteilung des Tätigkeitsschutzes nach § 273 Abs. 2 iVm § 255 Abs. 4 ASVG diese aus Angestellten- und Arbeitertätigkeiten zusammengesetzte, gemischte Gesamttätigkeit maßgebend. In diesem Fall liegt eine Berufsunfähigkeit des Versicherten auch dann vor, wenn der Versicherte zwar Angestelltentätigkeiten, nicht jedoch die Arbeitertätigkeiten – auch nicht unter Berücksichtigung zumutbarer Änderungen dieser Tätigkeit – noch länger ausüben kann.²⁵⁴

Der Eintritt des Versicherungsfalls der geminderten Arbeitsfähigkeit ist ausschließlich nach der tatsächlichen Tätigkeit des Versicherten zu beurteilen.

²⁵⁴ ARD 5738, 2007, 9 f.

Es kommt daher nicht darauf an, ob er als Arbeiter oder Angestellter eingeordnet war, sondern ob er Arbeiter- oder Angestelltentätigkeiten verrichtet hat²⁵⁵.

Entscheidend für die Frage, ob der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit gemäß § 255 Abs. 4 iVm § 273 Abs. 2 ASVG zu beurteilen ist, ist ob der Versicherte im entsprechenden Zeitraum der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag überwiegend Angestellten- oder Arbeitertätigkeiten verrichtet hat.

Werden von dem Versicherten im Rahmenzeitraum mehrere verschiedene Tätigkeiten ausgeübt, so kann nach ständiger Rechtsprechung nur bei Überseinstimmung der wesentlichen Tätigkeitselemente (des sog. „Kernbereichs“) von „einer“ Tätigkeit iSd § 255 Abs. 4 ASVG gesprochen werden. Auch für die Beurteilung der Frage, inwieweit dem Versicherten Änderungen dieser Tätigkeiten zuzumuten sind, wurde in der Judikatur bereits mehrfach ausgesprochen, dass eine Verweisung iSd § 255 Abs. 4 ASVG jedenfalls dann als zumutbar anzusehen ist, wenn die Verweisungstätigkeit bereits bisher als eine Teiltätigkeit ausgeübt worden ist, diese Teiltätigkeit bereits ein wesentliches Element (=Kernbereich) der bisherigen Tätigkeit gebildet hat und das Arbeitsumfeld dem bisherigen ähnlich ist, soweit dafür ein Arbeitsmarkt besteht²⁵⁶.

Für die Beurteilung des Tätigkeitsschutzes nach § 255 Abs. 4 iVm § 273 Abs. 2 ASVG wäre unter der Voraussetzung, dass sowohl die Angestellten- als auch die Arbeitertätigkeiten zum Kernbereich der Gesamttätigkeit des Klägers innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag gehörten, diese aus Angestellten- als auch Arbeitertätigkeiten zusammengesetzte, gemischte Gesamttätigkeit maßgebend.

²⁵⁵ vgl. 10 ObS 116/03m.

²⁵⁶ vgl. 10 ObS 54/05x.

Eine Aufspaltung dieser Gesamttätigkeit in eine Angestelltentätigkeit einerseits und in eine Arbeitertätigkeit andererseits würde dem durch § 255 Abs. 4 iVm § 273 Abs. 2 ASVG geschaffenen Tätigkeitsschutz nicht Rechnung tragen. In solch einer Fallkonstellation würde eine Berufsunfähigkeit der versicherten Person iSd § 255 Abs. 4 iVm § 273 Abs. 2 ASVG auch dann vorliegen, wenn der Versicherte zwar die Angestelltentätigkeiten, nicht jedoch die Arbeitertätigkeiten – auch nicht unter zumutbarer Änderungen dieser Tätigkeit – noch ausüben könnte.

Im vorliegenden Fall kommt daher der Frage, ob die vom Kläger im maßgebenden Zeitraum zu verrichteten Lagerarbeiten ein wesentliches Element (=Kernbereich) seiner Tätigkeit dargestellt haben oder ob ihnen nach der Gewichtung im Arbeitsverlauf oder nach ihrem zeitlichem Umfang nur eine untergeordnete Bedeutung in der bisher ausgeübten Tätigkeit zugekommen ist, eine entscheidungswesentliche Bedeutung zu. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Klärung der Frage, ob ein Versicherter Berufsschutz genießt, in allen Fällen, in denen ausgehend vom Bestehen eines Berufsschutzes die Verweisbarkeit in Frage gestellt ist, eine unabdingbare Entscheidungsvoraussetzung. Das Gericht hat in diesem Fall aufgrund des § 87 Abs. 1 ASGG die Frage des Berufsschutzes von Amts wegen zu überprüfen und hierüber Feststellungen zu treffen. Diese Erwägungen müssen in gleicher Weise auch für die Frage eines Tätigkeitsschutzes gelten.

Das Verfahren erweist sich aus den dargestellten Gründen als ergänzungsbedürftig.

e. Berufskundliches Sachverständigen-Gutachten zwecks einheitlicher Interpretation des Tätigkeitsschutzes²⁵⁷

Vor Inkrafttreten der Bestimmung des „Tätigkeitsschutzes“ ab dem 57. Lj. wurden zwischen dem HV und Vertretern der Pensionsversicherungsträger Gespräche geführt, um eine einheitliche Vorgangsweise bei der Beurteilung von Berufsbildern bzw. einer zulässigen Verweisung in den Versicherungs-

²⁵⁷ Quelle: *Rudda* in: *SoSi*, 10/2000, 856 ff.

fällen der geminderten Arbeitsfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit zu gewährleisten.

Man einigte sich darauf, dass z. B. Büroaufräumer, Reinigungskräfte in einem Krankenhaus, Aufräumer, Bediener in einem Privathaushalt, Raumpfleger bei einem Reinigungsunternehmen und Ordinationsaufräumer als „eine Tätigkeit“ zu sehen sind, weil es sich um sehr ähnliche Tätigkeiten handelt. Hingegen ist bei Raumpfleger und Küchenhilfe nicht mehr „eine Tätigkeit“ zu verstehen.

Als weiteres Beispiel seien Tätigkeiten als selbstständige Sachbearbeiter und später Abteilungsleiter-Stellvertreter genannt, die als „eine Tätigkeit“ zu qualifizieren sind. Es handelt sich um sehr ähnliche Tätigkeiten; die Folgetätigkeit des Abteilungsleiter-Stellvertreters enthält wesentliche Teiltätigkeiten bzw. Teilelemente des selbstständigen Sachbearbeiters.

Der Begriff „hindurch“ ist derart zu verstehen, als dass in den letzten 180 Monaten vor dem Stichtag 120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung im Rahmen dieser Tätigkeit erworben worden sein müssen, wobei dieses Erwerben nicht in einem durch erfolgen muss, da ja bei vorübergehender Arbeitslosigkeit diese Bestimmung obsolet wäre.

Unter „Erlernen gänzlich neuer Tätigkeiten“ ist der Erwerb von Kenntnissen und Fähigkeiten zu verstehen, die der Anspruchswerber bisher in seinem Berufsleben nicht anwenden und nutzen musste.

Gemeinsame Begriffsdefinitionen sind bei dieser Regelung, die ja für Selbstständige gleichermaßen wie für Unselbstständige gilt, sehr wichtig, da eine einheitliche Vollziehung ansonsten nicht möglich wäre. Man sieht an diesem Beispiel, dass man sich bereits über sieben Jahre vor Inkrafttreten einer Schwerarbeitsverordnung im Vorfeld einer neuen Bestimmung ebenso in Arbeitsgruppen auf bestimmte auszulegende Begriffe und Vorgangsweisen verständigt hat, um eine einheitliche Vollziehung zu gewährleisten, und zwar unabhängig davon, welchem Versicherungsträger der Betroffene angehört. Eine Parallele zur Schwerarbeitsverordnung kann hier durchaus ge-

zogen werden. Auch die Schwerarbeitspension gilt für Selbstständige wie für unselbstständig Beschäftigte. Divergierende Vollzugspraxen sind möglichst hintanzuhalten und zu vermeiden.

K. Originäre Invalidität

An sich darf Invalidität erst im Zuge des Erwerbslebens eintreten, um als solche iSd Sozialversicherung auch qualifiziert zu werden und Ansprüche daraus abzuleiten. Einer Anregung der Volksanwaltschaft folgend wird auch Menschen, die bei Eintritt in die Erwerbstätigkeit aufgrund bereits vorhandener gesundheitlicher Einschränkungen, eine bestimmte Zeit jedoch einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind, ebenso eine Invaliditätspension zuerkannt.

Im Rahmen des 2. SVÄG 2003, BGBl. I Nr. 145, wurde ein Anspruch auf Gewährung einer Invaliditätspension auch bei sog. „originärer Invalidität“ geschaffen. Menschen, die bei Eintritt in die Erwerbstätigkeit aufgrund ihrer starken gesundheitlichen Einschränkungen grundsätzlich arbeitsunfähig waren, aber dennoch über lange Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind, wurde es durch diese Gesetzesänderung, die am 1.1.2004 in Kraft getreten ist, ermöglicht, eine Invaliditätspension in Anspruch zu nehmen.

Voraussetzung dafür ist, dass sie mindestens 120 Beitragsmonate (Versicherungsmonate) der Pflichtversicherung erworben haben und eine weitere Verschlechterung des Gesundheitszustandes sie zum Ausscheiden aus der Beschäftigung zwingt.

Diese Maßnahme solle einen Anreiz für Behinderte darstellen, sich in den regulären Arbeitsmarkt aktiv zu integrieren und auf diese Weise einen Anspruch auf eine Pension aus einem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit zu erwerben (310 BlgNR 22. GP)²⁵⁸.

Der Grund der Beschäftigungsaufgabe des originär Invaliden nach Erwerb von 120 Beitragsmonaten der Pflichtversicherung beeinflusst nicht die Zuer-

²⁵⁸ ZAS, 01/2007, 22 ff.

kennung der Invaliditätspension. Vor allem kann dem G nicht das Erfordernis der Verschlechterung des Gesundheitszustandes gegenüber dem Zeitpunkt des Beschäftigungsantritts entnommen werden²⁵⁹.

L. Problem der Lohnhälftenregelung

Mit der „gesetzlichen Lohnhälfte“ wird eine Mindesteinkommensgrenze statuiert, deren Unterschreitung dem Versicherten nicht mehr zugemutet wird²⁶⁰. Zu dieser „gesetzlichen Lohnhälfte“ hat der OGH ausgeführt, dass als Vergleichsmaßstab der übliche Verdienst heranzuziehen ist, den ein gesunder Versicherter durch die Verweisungstätigkeit als Vollbeschäftigter regelmäßig in er Normalarbeitszeit erzielen kann. Der an der Höhe des regelmäßig erzielbaren Entgelts zu messenden vollen Arbeitsfähigkeit der typisierten Vergleichsperson ist sodann die nach demselben Kriterium zu messende individuelle Arbeitsfähigkeit des Versicherten gegenüberzustellen²⁶¹. Es erhält also jemand, der 50 % seiner Erwerbsfähigkeit verliert, keine Pension, sondern derjenige, der die Lohnhälfte im Vergleich zu Gesunden nicht erreicht. Aufgrund des Anspruches auf den kollektivvertraglichen Lohn kann eine Lohnhälftenregelung nur bei Teilzeit-Erwerbstätigen auftreten.

Die Lohnhälftenregelung ist daher faktisch als totes Recht zu betrachten. Im Bereich der Angestellten wird auf den sozialen zumutbaren Abstieg abgestellt, dabei bleibt die Rechtsprechung aber weit hinter der 50 %-Grenze zurück, denn die Unterschiede in den Gehältern zweier aufeinanderfolgender Verwendungsgruppe sind wesentlich geringer.

Nach der Judikatur herrscht der Grundsatz, dass ein bisher vollbeschäftigter Versicherter auf eine Teilzeitarbeit verweisbar ist, wenn er dabei wenigstens die Hälfte dessen verdienen kann, was ein gesunder Beschäftigter erzielen kann. Die bisherigen Verdienstmöglichkeiten des Versicherten bleiben da-

²⁵⁹ *Binder* in: DRdA 3/2007, Juni, 222.

²⁶⁰ Materialien zur 9. ASVG-Novelle, 517 BlgNR 9. GP.

²⁶¹ 10 ObS 109/06m, *Bleichenbach* in: ZUVO 01/2007, Artikel-Nr. 9, 16 f.

bei außer Betracht, es ist nur auf die Einkommensverhältnisse bei einer Vollbeschäftigung abzustellen. Kann eine versicherte Person durch eine Teilzeitbeschäftigung in der Hälfte der Arbeitszeit noch die Hälfte eines gesunden, die konkrete Verweisungstätigkeiten verrichtenden vollzeitbeschäftigten Versicherten erzielen, liegt keine Berufsunfähigkeit vor²⁶².

Ein Urteil des OGH aus dem Jahr 2006: 10 ObS 90/06t:

„...Es ist daher als Vergleichsmaßstab zur Erzielung der Lohnhälfte iSd § 255 Abs. 3 ASVG nicht das bisherige (allenfalls über dem Kollektivvertrag liegende) Einkommen des Versicherten heranzuziehen, sondern nur zu prüfen, welches Einkommen der Versicherte durch die konkret in Betracht kommende Verweisungstätigkeit zu erzielen in der Lage ist und welches Einkommen ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch diese Tätigkeit zu erzielen pflegt. Dabei ist (arg: „regelmäßig“) auf den Durchschnittsverdienst gleichartig Beschäftigter abzustellen, wobei einzelne Spitzenverdienste außer Betracht zu bleiben haben...“

Ein weiteres Urteil des OGH aus dem Jahr 2006: 10 ObS 199/06x:

„...Die Verweisung eines ungelernten Arbeiters ist auch auf Tätigkeiten zulässig, durch die er nur ein Einkommen erzielen kann, das unter dem allgemeinen Existenzminimum liegt. Es ist allein ausschlaggebend, ob er durch die Verweisungstätigkeit wenigstens die Hälfte des Entgelts verdienen kann, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit erzielt...“

§ 255 Abs. 3 ASVG stellt in Bezug auf die zumutbare Entgelthöhe im Verweisungsberuf (nur) auf die gesetzliche Lohnhälfte als Mindesteinkommensgrenze ab. Auf diese Weise wird ein gewisser Zusammenhang zwischen Beitrags- und Leistungsseite gewahrt²⁶³.

²⁶² vgl. OGH, 10 ObS 22/03p.

²⁶³ ARD, Nr. 5752/10/2007, 10.

Seit der 9. Novelle zum ASVG steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass die für ungelernte Arbeiter neu gestaltete Lohnhälfteregelung auch für Angestellte und qualifizierte (angelernte) Arbeiter gilt. Durch diese gemeinsame Fehlleistung des Gesetzgebers und der Gerichte kam es zu dem unsinnigen Ergebnis, dass die Höhe des durch die Minderung der Arbeitsfähigkeit eintretenden Einkommensverlustes weder konkret noch abstrakt berücksichtigt wird²⁶⁴.

Tomandl sieht iZm der Lohnhälfteregelung noch ein weiteres Problem, das schließlich diese Regelung obsolet macht: Da es keine Branche gibt, in dem die tatsächlichen Löhne 100 % über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn liegen, wurde die Lohnhälfteregelung bei einer Verweisungsmöglichkeit auf eine Vollzeitbeschäftigung unanwendbar. Die Rechtsprechung stellt daher – mit Ausnahme einer Verweisung auf Teilzeitarbeit – nur darauf ab, ob ein zumutbarer Verweisungsberuf vorliegt, welche finanziellen Auswirkungen das Wechseln auf diesen neuen Beruf für den Versicherten hat, wird dabei jedoch nicht beachtet.

Bei den Angestellten findet die Theorie doch zu einer sinnvollen und – wie ich meine – realitätsbezogenen – Lösung. Es wird der soziale Abstieg berücksichtigt. Dabei wird nicht auf das Einkommensverhältnis zwischen einem gesunden und einem kranken Menschen im Verweisungsberuf abgestellt, vielmehr wird die berufliche Stellung des Verwiesenen (Angestellten) berücksichtigt, nämlich wie sich diese durch die Verweisung ändern würde. Eine Stufe im Kollektivvertrag niedriger laut Verwendungsgruppenschema (Mindestgehälter) ist laut ständiger Rechtsprechung zulässig, eine weitere Herabsetzung wird als unzumutbarer sozialer Abstieg gewertet und ist daher nicht zulässig.

Bei den Arbeitern kommt es auf den – schon oben präzisierten – Verweisungsberuf an, der nicht einmal ein konkreter sein muss. Gibt es einen ein-

²⁶⁴ *Tomandl*, Was Sie schon immer über die Sozialversicherung wissen wollten, 2005, 129.

zigen Verweisungsberuf und 100 abstrakte Arbeitsplätze österreichweit, so ist der Anfall einer Invaliditätspension ausgeschlossen. Auf mögliche Gehaltseinbußen in dem vorgeschlagenen Verweisungsberuf wird dabei nicht Bedacht genommen.

M. Judikatur zur Invaliditätspension

Der OGH entschied in seinem Urteil vom 5.6.2007, 10 ObS 42/07k, dass ein Tai-Chi-Lehrer keinen Anspruch auf eine Invaliditätspension hat, der mehr als 120 Kalendermonate im Beobachtungszeitraum aufweist; doch korrespondieren mit diesen Zeiten einer Tätigkeit keine Versicherungs- oder Beitragsmonate. Zeiten einer Tätigkeit, die keine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung begründen können daher nicht berücksichtigt werden.

Ebenso verhält es sich bei der Tätigkeit als Hausfrau/Hausmann: Wer nicht in das Sozialversicherungssystem integriert ist, solle mit einer nicht versicherten Tätigkeit auch nicht in den Genuss des § 255 Abs. 4 ASVG kommen, selbst wenn die gleiche Tätigkeit später in einem der Sozialversicherungspflicht unterliegenden Dienstverhältnis ausgeführt wird (als HaushälterIn)²⁶⁵.

Eine Verweisung iSd § 255 Abs. 4 ASVG idF BGBl. I Nr. 43/2000, muss dann als zumutbar angesehen werden, wenn die Verweisungstätigkeit bereits bisher als Teiltätigkeit ausgeübt wurde und das Arbeitsumfeld dem bisherigen ähnlich ist. Die zumutbaren Änderungen der Tätigkeit sind offenkundig eng zu interpretieren, da § 255 Abs. 4 ASVG – trotz der Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen – ein Äquivalent für die aufgehobene Bestimmung des § 253d ASVG über die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit bilden sollte, wobei aber der Gesetzgeber den Zugang zu dieser neuen Form der „Frühpension“ gegenüber der alten Bestimmung erschweren wollte.

²⁶⁵ ARD Betriebsdienst, Nr. 5806/3/2007, 4.

Ein Beispiel des OGH dazu: Einer Kindergärtnerin, die auch bisher immer (u. a.) mit administrativen Aufgaben betraut war, kann die Verweisung auf die Tätigkeit einer Kindergartenleiterin in größeren Kindergärten und Horten mit ausschließlich administrativen Aufgaben zugemutet werden (10 ObS 348/02b).

Eine wesentliche Änderung des beruflichen Umfeldes ist unzumutbar. Mit der Verweisung eines Bauschlossers auf die Tätigkeiten eines Einstellers an CNC-gesteuerten Maschinen oder eines Fertigungsprüfers wird der Rahmen der „zumutbaren Änderung“ überschritten (10 ObS 421/02p).

Die Verweisung eines Bäckers in einem Kleinbetrieb auf die Tätigkeit eines Bäckers in einem Mittelbetrieb ist zumutbar (10 ObS 338/02g).

Eine „Einheitlichkeit“ der Tätigkeit wird bei einer Übereinstimmung der wesentlichen Elemente der tatsächlich verrichteten Tätigkeiten zu bejahen sein. Insoweit besteht somit im Ergebnis kein wesentlicher Unterschied zur früheren Rechtsprechung zu § 253d ASVG. Mit der neuen Regelung des § 255 Abs. 4 ASVG soll bei der Anspruchsprüfung allerdings auch die berufliche Entwicklung des Anspruchswers/der Anspruchswerberin berücksichtigt werden (10 ObS 280/03d).

Die Verweisung eines Muldenkippfahrers in einem Steinbruch auf die Tätigkeit eines Zustellers ist nicht zumutbar (10 ObS 12/04v).

Anders: Die Verweisung eines LKW-Fahrers auf die Tätigkeit eines Klein-LKW-Fahrers oder Zustellers ist zumutbar (10 ObS 186/03f).

Voraussetzung für die Verweisbarkeit auf eine (auf dem Arbeitsmarkt nachgefragte) Teiltätigkeit der bisherigen Tätigkeit ist, dass dieser Teiltätigkeit weder nach der Gewichtung im Arbeitsverlauf noch nach ihrem zeitlichen Umfang nur eine untergeordnete Bedeutung in der bisher ausgeübten „einen“ Tätigkeit zugekommen ist (10 ObS 8/04f).

Bei der Beurteilung der Verweisbarkeit nach § 273 Abs. 2 iVm § 255 Abs. 4 ASVG kommt es darauf an, mit welchem Maß an Verantwortung eine Tätigkeit verbunden war. Wurde die bisherige Tätigkeit selbstständig und eigen-

verantwortlich ausgeführt, wäre eine Änderung auf eine deutlich untergeordnete, nur nach Weisungen und Vorgaben zu verrichtende Tätigkeit, nicht zumutbar (10 ObS 134/04k).

Dem Umstand, dass die in Frage kommenden Verweisungstätigkeiten im Vergleich zu der „einen“ ausgeübten Tätigkeit in eine um eine Stufe niedrigere kollektivvertragliche Verwendungsgruppe einzureihen sind, kann allein keine entscheidende Bedeutung zukommen. Im konkreten Zusammenhang bei höher qualifizierten Angestelltentätigkeiten ist vielmehr maßgeblich, ob in der bisher ausgeübten „einen“ Tätigkeit einerseits und in der möglichen Verweisungstätigkeit andererseits die anzuwendenden Berufskennnisse, das Maß an Verantwortung, Kontakten mit anderen Personen (Mitarbeiter, Kunden) und Führungsaufgaben sowie die Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit in der Arbeitsverrichtung ähnlich sind (10 ObS 52/05b).

Der Tätigkeitsschutz, der im § 255 Abs. 4 ASVG festgeschrieben ist, reicht zwar weiter als der Berufsschutz – weil er auf die konkret ausgeübte Tätigkeit abstellt – bezweckt aber keinen Schutz des Arbeitsplatzes in seiner konkreten, individuellen arbeitsvertraglichen Ausgestaltung. Der im konkreten Fall vom Dienstgeber vorgenommenen Einstufung in die höchste Arbeitswertgruppe oder das bezahlte Gehalt kann keine maßgebende Bedeutung zuerkannt werden, da sie nicht die Wertigkeit des Klägers wiedergibt, sondern im Ernstfall auf sozialen Rücksichten (lange Dauer der Betriebszugehörigkeit) beruht²⁶⁶.

N. Abschließende Bemerkungen

In seiner Entscheidung vom 27.6.2006, 10 ObS 90/06t, stellte der OGH fest, dass nicht vom individuellen früheren Verdienst des Versicherten bei seinem konkreten Dienstgeber, sondern vom Durchschnittsverdienst gleichartig Beschäftigter auf dem Arbeitsmarkt auszugehen ist. *„Nur diese Betrachtungsweise entspricht der in der Pensionsversicherung herrschenden abs-*

²⁶⁶ OGH, 10 ObS 90/06t.

trakten Ermittlung der Minderung der Arbeitsfähigkeit und ermöglicht eine weitgehend gleiche Beurteilung vergleichbarer Fälle.“

So geht die österreichische Rechtsprechung auch von der – bereits oben dargestellten – abstrakten Beurteilung bei der Verweisung auf 100 Arbeitsplätze österreichweit (wenn kein Berufsschutz besteht) aus; d. h. das Risiko einen Arbeitsplatz zu finden, ist im Bereich der Arbeitslosenversicherung angesiedelt; die Kompetenz wird vom Pensionsversicherungsträger gleichsam auf das Arbeitsmarktservice ex lege überwältzt.

In *Deutschland* hingegen wird die Lage am Arbeitsmarkt mitberücksichtigt. Dort wird daher – anders als in Österreich – die Abgrenzung der Risikobereiche von AIV und PV heftig diskutiert²⁶⁷.

Diese Judikatur in Österreich ist nicht unumstritten. So liegt es auf der Hand, dass es für ältere versicherte Personen oftmals faktisch unmöglich ist, einen abstrakten Arbeitsplatz konkret zu erlangen, der den Anforderungen des jeweils in Betracht kommenden Leistungskalküls entspricht.

Eine Abstrahierung bei der Verweisung bedeutet, dass es zu keiner Berücksichtigung der konkreten Einsetzbarkeit auf dem Arbeitsmarkt kommt. Es wird auch nicht berücksichtigt, ob Arbeitsplätze frei sind. Weiters finden in dieser Beurteilung auch die regionale Verteilung von Arbeitsplätzen und die Kosten der Erreichbarkeit sowie die familiäre Situation des Verwiesenen keine Berücksichtigung.

OGH, 10 ObS 101/06k: (ähnlich 10 ObS 125/03k):

Ein interessantes Urteil, das einen Auslandsbezug aufweist; nicht nur, was den Erwerb ausländischer Versicherungszeiten betrifft, sondern auch den Wohnsitz der versicherten Person. Dieser ist im Ausland gelegen (Slowenien). Der OGH hat ausgesprochen, dass auch für einen im Ausland wohnhaften Versicherten bei Inanspruchnahme einer Leistung aus der österreichischen Pensionsversicherung die Verweisungsmöglichkeiten auf dem all-

²⁶⁷ *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem, 1997, 76.

gemeinen österreichischen Arbeitsmarkt entscheidend sind. Selbst bei einem im Inland wohnhaften Versicherten ist die besondere Lage seines Wohnsitzes unerheblich. Eine Berücksichtigung wäre nur dann gegeben, wenn dem Versicherten aus medizinischen Gründen eine Wohnsitzverlegung nicht zumutbar wäre.

Auch die Rechtsprechung des deutschen Bundessozialgerichts geht in diese Richtung: Für die Bestimmung der Verweisbarkeit wird rein auf den deutschen Arbeitsmarkt abgestellt, weil die Versicherungspflicht auf die in Deutschland ausgeübten Beschäftigungen beschränkt ist und die Leistung einen Einkommensersatz für Versicherte gewähren soll, die auf dem inländischen Arbeitsmarkt nicht mehr zumutbar auf eine Beschäftigung verwiesen werden könnten. Zudem würden zahlreiche Ermittlungsschwierigkeiten damit verbunden sein und auf die erheblichen unterschiedlichen Verhältnisse auf ausländischen Arbeitsmärkten könne man auch nicht Rücksicht nehmen. Versicherte würden daher nicht gleich behandelt werden.

Es ist zu beobachten, dass die meisten Fälle beim AMS enden und zwar so lange, bis der Anspruch auf eine gesetzliche (vorzeitige) Pension gegeben ist. Dies führt wiederum dazu, dass die Betroffenen – teilweise eine geraume Zeit hindurch – Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe beziehen, weil der Arbeitsmarkt für sie de facto nicht offen steht.

§ 8 Abs. 1 AIVG lautet:

„Arbeitsfähig ist, wer nicht invalid beziehungsweise nicht berufsunfähig im Sinne der für ihn in Betracht kommenden Vorschriften der §§ 255, 273 beziehungsweise 280 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes ist.“

Als Argument pro abstrakte Verweisung kann etwa gesehen werden, dass der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit nicht von der konjunkturellen Lage am Arbeitsmarkt abhängig sein soll. Aber daraus resultiert eine Leistungsverschiebung von der PV zur AIV.

Es ist ernsthaft zu hinterfragen, ob die derzeitige Rechtslage für die Betroffenen – und in weiterer Folge auch für den Staat Österreich – zeitgemäß und realistisch ist.

ME ist diese Frage mit einem klaren „Nein“ zu beantworten. Eine Überwälzung von Risiko und Kosten kann kein befriedigendes Ergebnis sein. Daher wäre es längst an der Zeit das System zu überdenken. Nach Einschätzung der OECD be- und verhindert der Berufsschutz Arbeitsmarktflexibilität²⁶⁸. Daher bleibt auch die von einigen Experten angedachte „Lockerung des Berufsschutzes“ ein Risiko des AMS.

Hinterfragen wir eine Aufweichung oder Lockerung des Berufsschutzes bei invaliden Schwerarbeitern: Bis auf die gängige Judikatur des OGH, dass Facharbeiter wie z. B. Maurer, Maler usw. als Fachmarktverkäufer tätig sein können, um ihren Berufsschutz zu wahren, würde ein Schwerarbeiter nur auf seine typischen beruflichen Tätigkeiten verwiesen werden dürfen. Als Beispiel sei hier der Berufsjäger genannt, der idR nicht nur Wild erlegt, sondern auch für die Hege und Pflege desselben zuständig ist. So muss er z. B. Salzlecken montieren bzw. immer wieder befüllen, unabhängig von der (Un-)Wegsamkeit des Waldes. Würde ein Berufsjäger nun auf jegliche Berufe verwiesen werden können, so käme in seinem speziellen Bereich wohl keine adäquate „leichtere“ Profession in Betracht.

Anzudenken wäre, den Berufsschutz zur Gänze abzuschaffen und den Grundsatz der generellen Verweisung auf den allgemeinen Arbeitsmarkt zu vertreten. Über arbeitsmarktpolitische Begleitmaßnahmen, wie Unterstützung für Dienstgeber und Lohnstützungen für Dienstnehmer, wären ebenfalls nachzudenken. Was freilich nicht passieren soll ist eine Verweisung auf eine gänzlich andere Tätigkeit bzw. eine solche, mit der ein sozialer Abstieg notwendigerweise verbunden ist. Trotz Lockerung oder gar Abschaffung

²⁶⁸ Dr. Prinz, Direktion für Beschäftigung und Soziales, OECD, Enquete „Invalidität im Wandel“, 5.2.2008.

des Berufsschutzes muss ein realistisches Gleichgewicht aller Versicherten gewahrt bleiben.

Tomandl/Mazal sehen es als sinnvoller als den Berufsschutz an, „von jüngeren Antragstellern auf eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit Umschulungen und Umstellungen auch auf weniger angesehene Berufe zu verlangen und diese Anforderungen schrittweise mit zunehmenden Alter zu lockern“²⁶⁹.

Dieser Rechtsansicht kann jedenfalls gefolgt werden. Zum einen würden derartige Regelungen der Beschäftigungspolitik und – durch Beitragszahlungen – der Sozialversicherung zugute kommen, zum anderen profitieren von einer solchen Bestimmung die älteren, in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkten Personen. Diese müssen sich nicht – kurz vor ihrer Pensionierung – auf (tatsächlich meist aussichtslose) Berufe verweisen lassen, Arbeitslosengeld bzw. in weiterer Folge – u. U. – Notstandshilfe beziehen und warten, bis für sie – dann endlich – die Alterspension anfällt.

Man würde durch den Vorschlag von *Tomandl/Mazal* auch ein Gleichgewicht zwischen den Generationen herstellen und in gewisser Weise auch den Generationenvertrag bestätigen: Junge, in ihrer Arbeitsfähigkeit beeinträchtigte Menschen, leisten durch ihre Beschäftigung Beiträge zur Sozialversicherung, ältere beeinträchtigte Personen leisteten idR bereits ihre Beiträge in früheren, ebenfalls jüngeren Jahren. Wird ein „Ausgleich der Generationen“ nicht nur allgemein im System der gesetzlichen Pensionsversicherung, sondern auch im eingeschränkteren Bereich der Invaliditätspensionen geschaffen.

O. Reaktion der Politik!?!

Wie die Politik auf längst reformbedürftige Kapitel der Sozialversicherung reagieren möchte und ausgedienten Systemen gegensteuern will, ist zum einen im Regierungsprogramm für die XXIII. GP festgeschrieben; eine Er-

²⁶⁹ *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem, 1997, 98.

weiterung des Kataloges findet sich im aktuellen Regierungsprogramm für die XXIV. GP.

Im Kapitel „Soziale Herausforderungen und Gesundheit“ ist unter „Soziales“ Folgendes festgehalten (XXIII. GP):

„Invaliditätspensionen

Eine Arbeitsgruppe bestehend aus Sozialpartnern, Regierungsvertretern und anderen Experten, soll bis 1.1.2008 Vorschläge zu einer Neuordnung des Invaliditätspensionsrechts erarbeiten.

Bei der Zuerkennung der Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit (in weiterer Folge Invaliditätspensionen) werden verschiedene Berufsgruppen ungleich behandelt. Auch in diesem Bereich ist eine Harmonisierung anzustreben. Für ältere Personen, die wegen ihrer geminderten Arbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt sind, aber die Anforderungen für eine Invaliditätspension noch nicht erfüllen, ist zu prüfen, ob eine Verbesserung erreicht werden kann.“

Die Entwicklung der Neuzugänge bei der Invaliditäts- und Berufsunfähigkeitspension, aber auch die stark unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten zu dieser Versicherungsleistung für die einzelnen Berufsgruppen, macht eine Neuregelung der Materie unumgänglich²⁷⁰.

Es wurde auf Grundlage dieser Maßnahmen ein Projekt „Invalidität im Wandel“ im BMASK eingerichtet, dem auch die Federführung obliegt. Das Projekt gliedert sich in drei Cluster, die sich unterschiedlichen Themen der Invalidität auseinandersetzen sollen. Dabei wird insbes. auf Rehabilitation, die Schnittstellenproblematik und die ständige Rechtsprechung des OGH iZm Invaliditätspensionen Augenmerk gelegt.

Ein erster Endbericht aller drei Arbeitsgruppen, den Zeitraum September 2007 bis Juli 2008 umfassend, wurde im Juni 2009 präsentiert. Dieser Bericht ist gleichsam als Zwischenbericht zu sehen, denn ein Ende des Versu-

²⁷⁰ Pinggera in: Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2009, 95 f.

ches, neue, der Zeit angemessene Regelungen zu schaffen scheint noch nicht absehbar zu sein.

Für die XXIV. GP wurden folgenden Maßnahmen im Regierungsprogramm festgeschrieben:

„Invalidität und Schwerarbeit

Invalidität

(Unter dem Begriff Invalidität wird auch Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit verstanden.)

Eine Arbeitsgruppe bestehend aus Sozialpartnern, Regierungsvertretern und anderen Experten hat in der letzten Gesetzgebungsperiode Vorschläge zu einer Neuordnung des Invaliditätsrechts erarbeitet. Darauf aufbauend soll das Organisationsrecht, das Präventionsrecht und das Invaliditätsrecht reformiert werden.

Folgende Ziele sollen insbesondere erreicht werden:

- Intensivierung und Modernisierung der beruflichen Rehabilitation zur Erhaltung

bzw. Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit.

- Der Berufsschutz soll durch einen Rechtsanspruch auf eine zumutbare berufliche Rehabilitation überlagert werden, wobei der Berufsschutz an sich durch diese Maßnahme nicht in Frage gestellt wird.

- Qualifizierter Schutz für Menschen mit erheblichen Gesundheitsschäden (Härtefallregelung bei eingeschränktem Leistungskalkül).

- Verbesserung der materiellen Absicherung von InvaliditätspensionistInnen durch faire Berücksichtigung von Zurechnungszeiten.

- Verbesserung der Verfahrensqualität und des Schnittstellenmanagements in der Verwaltung (z. B. Gesundheitsstraße).

Eine Verbindung zwischen der Schwerarbeitspension und der Invaliditätspension wird angestrebt.

Schwerarbeit

Nach Vorliegen des in der ersten Jahreshälfte 2009 über die Lebenserwartung von SchwerarbeiterInnen zu erwartenden Gutachtens, wird eine Arbeitsgruppe unter Einbeziehung der Sozialpartner eingerichtet, die belastende Tätigkeiten wie z. B. regelmäßige Nachtarbeit, Akkordarbeit und psychisch belastende Tätigkeiten bewertet und die Schwerarbeiterpensionsregelung weiter entwickelt. In diesem Zusammenhang ist auch die Meldung der Schwerarbeitszeiten durch Dienstgeber zu evaluieren. Die Abschlagsregelungen bei Schwerarbeits- und Invaliditätspensionen sollen fair und auch im Hinblick auf andere Pensionsarten stimmig gestaltet werden.

Langzeitversichertenregelung

Die derzeitige Langzeitversichertenregelung endet abrupt am 31. Dezember 2013. Die Bundesregierung erarbeitet bis zum Ende des Jahres 2009 eine Neuregelung, die das abrupte Ende vermeidet und durch eine leistbare Regelung ersetzt.“

...

a. „Invalidität im Wandel“: Neuregelungen – Vorschläge

Im für das Projekt „Invalidität im Wandel“ federführenden Sozialministerium wurde bereits ein erster Formulierungsvorschlag erarbeitet und ein Gutachter aus dem Bereich der Berufskunde beauftragt, diesen Formulierungsvorschlag unter berufskundlichen Aspekten weiterzuführen bzw. unterstützend mitzuwirken. Aus urheberrechtlichen Gründen und mangels Öffentlichkeit des Gutachtens darf ich das Gedankengut des Gutachters in meiner Arbeit leider nicht verwerten. Ich möchte aber trotzdem meine eigenen Gedanken dazu einbringen.

Wie unten im Kapitel „Teilpensionsmodell“ genauer erläutert wird, spreche ich mich im Falle eines Invalidisierungszustandes grundsätzlich für einen,

wenn dem Leistungskalkül entsprechend – teilweisen – Verbleib im Erwerbsleben trotz Einschränkungen aus. Letztendlich wäre ein solches Modell nicht nur für den Arbeitsmarkt und das System der Sozialversicherung die bessere Alternative zur „vollen Invaliditätspension“, auch der Betroffene selbst wäre kein Pensionist in dem Sinn, er ist nach wie vor – wenn auch eingeschränkt – Erwerbstätiger und daher aktiv in das Erwerbsleben integriert.

Denkbar wäre den Begriff der „leichteste körperliche Tätigkeiten“ in das Gesetz aufzunehmen und so den Kreis der Verweisungen zu erweitern. In der sozialgerichtlichen Praxis wird von den medizinischen Sachverständigen ein Leistungskalkül von konkreten Hebe- und Trageleistungsbeschränkungen, die unter den Grenzwerten der „leichten körperlichen Tätigkeiten“ liegen, angegeben²⁷¹. Den Begriff „leichteste körperliche Tätigkeiten“ gibt es in der sozialgerichtlichen Praxis noch nicht.

Weiters könnte ein Anforderungsprofil leichtester Tätigkeiten dahingehend konkretisiert werden, als dass auch die Arbeitshaltung und eine Zeitspanne sowie das Ausmaß dieser angegeben wird. Beispielsweise könnte eine leichteste Tätigkeit in überwiegend sitzender Arbeitshaltung, regelmäßigem Haltungswechsel bzw. mehrfachen Pausen und unter einfachem Zeitdruck erstellt werden.

Bei Ungelernten könnte auch als Zusatzkriterium ein „einfaches geistiges Anforderungsprofil“ als Verweisungsmöglichkeit aufgegriffen werden. Darunter könnten etwa Hilfsarbeiten mit kurzer Unterweisung sowie gelegentlicher Anleitung und Überwachung verstanden werden. Berufliche einfachste Tätigkeiten, die dem konkret erstellten Leistungskalkül entsprechen sollen den Verbleib im Erwerbsleben ermöglichen

ME ist eine solche weitere Differenzierung eines gesundheitlich beeinträchtigten Menschen in seinem Leistungskalkül durchaus sinnvoll. Der Verbleib

²⁷¹ Grenzwerte: „Leichte körperliche Tätigkeiten“ haben einen Mittelwert beim Anheben von max. 10 kg und/oder Tragen max. 5kg.

im Erwerbsleben ist in vielen Fällen auch mit einer gesundheitlichen Einschränkung möglich; dieser Tatsache müsste ein realistischer Zugang am Arbeitsmarkt gegenüberstehen.

Damit wäre nicht nur ein positiver Ansatz für die arbeitsmarktpolitische Situation gegeben, auch die betroffene Person selbst erfährt dadurch ein für sie positives psychologisches Element: Sie ist nicht arbeitsunfähig, sondern in ihrer Arbeitsfähigkeit etwas eingeschränkt, was einen Verbleib im ursprünglichen Beruf zwar nicht möglich macht, aber durch eine Änderung der Tätigkeit eine „absolute“ Invalidisierung verhindert wird. Rein psychologisch gesehen, fühlt sich der Betroffene nicht krank, sondern wie jeder andere (gänzlich) gesunde Erwerbstätige, der einem geregelten Erwerbsleben nachgeht.

Etwas realitätsfremder und schwieriger erscheint mir die tatsächliche Umsetzung des Reformgedankens der Politik, wie oben beschrieben. Solange am Grundsatz der „abstrakten Verweisung“ festgehalten wird, wird aber eine neue, viel weiter gefasste Verweisungsmöglichkeit tatsächlich nicht Fuß fassen können. Die Rechtsprechung müsste parallel zu einer allfälligen gesetzlichen Novellierung eine Änderung erfahren.

Für den Versicherten müsse die objektive Möglichkeit bestehen, tatsächlich einen Arbeitsplatz zu erhalten und mit dem daraus erzielten Einkommen seinen Lebensunterhalt zu bestreiten²⁷².

Ein erster Zwischenstand der Arbeiten des Projektes „Invalidität im Wandel“ wurde am 6.2.2008 bei einer Enquete präsentiert. Dabei wurde die Schnittstellenproblematik aufgezeigt. „Zu invalid bzw. krank, um zu arbeiten, zu wenig krank bzw. invalid, um pensioniert zu werden“ ist das Hauptproblem, um das sich alle Gedankengänge und Änderungsversuche drehen. Laut einer Erhebung der PVA aus dem Jahre 2007 beziehen 76 % aller Antragsteller bereits zum Antragszeitpunkt eine Leistung aus der AIV.

²⁷² Tomandl, Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, 2002, 62.

Ein weiterer sehr wichtiger Aspekt ist die medizinische Beurteilung der Invalidität. Ein dafür eigens eingerichtetes Kompetenzzentrum wäre eine Möglichkeit, den Antragstellern viele Wege und Zeit zu ersparen und eine gewisse Objektivität zu gewährleisten.

Ich komme zu dem Schluss, dass ein Reformvorhaben ein durchaus realistischer Denkansatz ist, der v. a. die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigt und so ein Stück zu seinem Selbstbewusstsein beitragen kann. Eine Änderung der abstrakten Verweisbarkeit, zumindest ein wenig in Richtung Konkretisierung, scheint aber dringend geboten, möchte man den ewigen Teufelskreis PV-AIV endgültig durchbrechen.

P. Reformvorhaben in Großbritannien und in den Niederlanden²⁷³

In *Großbritannien* trat 1995 ein neues System von Arbeitsunfähigkeitsleistungen in Kraft. Seitdem wird zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Leistung²⁷⁴ bei Arbeitsunfähigkeit unterschieden. Dieses System wurde eingeführt, da von 1976 bis 1986 die Ausgaben für „invalidity benefits“ um 50 % gestiegen sind. Nunmehr werden – je nach Dauer der Invalidität – die Leistungen in drei unterschiedlich hohen Sätzen gewährt.

In den *Niederlanden* wurden Anfang der 90-er Jahre drei Gesetze erlassen, die dem explosionsartigen Anstieg von Erwerbsunfähigkeitsrentenbezieher entgegenwirken sollten²⁷⁵. Es handelte sich dabei um a) ein Gesetz zur Reduzierung der Zahl der Erwerbsunfähigkeitsrenten, b) ein Gesetz zur Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten sowie c) ein Gesetz zur Reduzierung von Ansprüchen auf Erwerbsunfähigkeitsrenten. Diese Gesetzesreform sollte ein weiteres Anwachsen der Invalidenzahlen verhindern, allerdings hat

²⁷³ vgl. *Tomandl/Mazal*, Der Invaliditätsbegriff, 1997, 25 ff.

²⁷⁴ „short term incapacity benefit“ bzw. „long term incapacity benefit“.

²⁷⁵ 1989 war die Zahl der Erwerbsunfähigkeitsrentenbezieher in den Niederlanden doppelt so hoch wie in Italien und Großbritannien und dreimal so hoch wie in Frankreich.

die Anzahl an Erwerbsunfähigen so drastisch abgenommen, dass große Bedenken dagegen bestehen.

XIV. Alles-Oder-Nichts-Prinzip und Teilpensionsmodell

A. Einleitung

In Österreich herrscht im Pensionsversicherungsbereich das „Alles oder Nichts-Prinzip“, das v. a. von *Prof. Tomandl* heftig kritisiert wird. Ist jemand nur teilinvalid, kann diese Person also leichtere Tätigkeiten sehr wohl noch verrichten, so könnte sie – bei weiterem Verbleib im Erwerbsleben – eine Teilpension beanspruchen. Somit würde die Arbeitskraft zumindest teilweise erhalten bleiben und der Einkommensverlust würde durch eine Teilpension wettgemacht.

Im Gegensatz zur PV gibt es im Bereich der UV eine Teilrente (zwischen 20 und 100 %), aber keinen Berufsschutz. Die Praxis beruft sich darauf, dass bei der Feststellung der MdE die Auswirkungen der Versehrtheit auf den gesamten Arbeitsmarkt geprüft werden²⁷⁶.

Am Beginn meiner Untersuchung habe ich festgehalten, dass es Aufgabe der PV ist, den Einkommensausfall zu ersetzen. Soll das tatsächlich geschehen, so müsste man schon aus dieser Grundüberlegung heraus prüfen, ob der Antragsteller seinen Beruf zumindest noch teilweise ausüben kann oder ob er beruflich Veränderungen aufgrund seines geänderten gesundheitlichen Zustandes vornehmen müsste und welche Auswirkungen diese ggf. hätten.

Als pro-Argumente für ein Teilpensionsmodell können hier, wie oben, die Beschäftigungspolitik und die Beitragszahlungen in der Sozialversicherung (wenn auch geringer) angeführt werden.

a. Teilpensionsmodelle in der EU und das System in Österreich

Teilpensionssysteme gibt es u. a. in Schweden, Dänemark, und den Niederlanden. Vorteile sind zweifelsohne die Teilzeitbeschäftigung als Alternative zum gänzlichen (vorübergehenden) Ausstieg aus dem Erwerbsleben sowie

²⁷⁶ *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem, 1997, 102f.

die Erleichterung eines (allfälligen) Wiedereinstieges in die Vollbeschäftigung.

Eine Gefahr, die sich darin allerdings verbergen kann, sieht das WIFO²⁷⁷ darin, als dass dies Anreize für eine verminderte Beschäftigung wären, obwohl eine Vollzeitbeschäftigung möglich wäre (durch Besserung des Gesundheitszustandes). Ein Umkehrschluss könnte nach dieser Studie also wieder zur Invaliditätspension hin und von der Vollbeschäftigung weg führen.

b. Beispiel Dänemark:

Teilinvaliden werden am Arbeitsmarkt wie gesunde Dienstnehmer behandelt. Bezugsberechtigt ist die gesamte Bevölkerung. Begriffsdefinition einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit: Die Arbeitsfähigkeit ist soweit reduziert, dass der eigene Lebensunterhalt nicht mehr finanziert werden kann. Fehlgeschlagene Wiedereingliederungsversuche sind ein weiteres Indiz für eine Einschränkung der Erwerbsfähigkeit.

Das Modell einer Teilpension sieht in Dänemark folgendermaßen aus: Es werden „Flexjobs“ angeboten. Das sind Teilzeitstellen mit Lohnsubvention von 50 % bzw. 67 % auf Vollzeitlohn, wobei sich die Subvention am Arbeitslosengeld orientiert.

Im Jahr 2000 gab es auf ein solches Teilpensionsmodell 9.000 Anspruchsberechtigte, 2005 waren es schon 45.000.

Bei Erreichen des Regelpensionsalters werden die vorzeitigen Pensionen eingestellt und durch die Alterspension ersetzt.

c. Beispiel Finnland:

Bezugsberechtigt ist auch in Finnland die gesamte Bevölkerung. Begriffsdefinition einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit: Eine Teilpension gebührt bei

²⁷⁷ Studie 2006 „Invaliditäts-/Erwerbsunfähigkeitspensionen: Internationale Erfahrungen und Analysen für Österreich“, erstellt von: *Guger, Mayrhuber, Platsch*; präsentiert am 1.12.2006 bei einer Enquete des HV und der PVA.

einem Verlust von mind. zwei Fünftel der Arbeitsfähigkeit; ab dem 60. Lj. findet auch eine Berücksichtigung von „sozialen Gründen“ statt (seit der Reform 2005).

Experience Rating²⁷⁸: Firmen tragen bis zu 80 % der Kosten der Invaliditätspension bis zur Umwandlung in eine Alterspension (65. Lj.).

d. Beispiel Niederlande:

Teilinvaliden werden am Arbeitsmarkt wie gesunde Dienstnehmer behandelt. Bezugsberechtigte Personen sind Dienstnehmer, Selbstständige, Studierende, Arbeitslose und seit Kindheit Betroffene. Der Begriff der Invalidität (Reduktion der Verdienstkapazität) wird wie folgt definiert: Jede Form der Behinderung, nicht nur die berufliche.

Es gibt unterschiedliche Fälle einer Teilpension:

Eine Teilpension gebührt bei einer verminderten Arbeitsfähigkeit um 35-80 % ab 80 % Vollpension oder

Teilpension + Lohn bis zur Höhe des Lohns vor Invaliditätspensionsbezug oder

Teilpension + (Teil)Arbeitslosengeld bis 70 % des Lohns vor der Invaliditätspension

e. Beispiel Großbritannien:

In Großbritannien ist die gesamte Erwerbsbevölkerung bezugsberechtigt. Seit 1995 gibt es den Begriff der „Arbeitsunfähigkeitsrente“. Unter „New Deal 50 plus“ werden Umschulungen und Weiterbildungsmöglichkeiten verstanden. Es wurden Pilotprojekte und verstärkt individuelle Hilfen gestartet, die eine Steigerung der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt um 8 % in sechs Monaten zur Folge hatten.

²⁷⁸ Def. „Experience Rating“: Koppelt Kosten von Invalidität, Unfallrisiko und Arbeitslosigkeit an ihre betrieblichen Ursachen; bindet Beiträge der Arbeitgeber an die Beanspruchung (FIN, USA, NL).

f. Beispiel Schweden:

Eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit wird in Schweden als ein Teil der KV betrachtet. Bezugsberechtigt ist die Gesamtbevölkerung. Bei einer sog. „sickness allowance“ ist die Arbeitsfähigkeit um mind. ein Viertel reduziert, bei „sickness compensation“ handelt es sich um mind. ein Jahr eingeschränkte Arbeitsfähigkeit (für Personen zwischen 30-64). Beide Leistungen können als Teilleistungen (zu 36 %, 53% oder 69 % des Grundbetrags) bezogen werden.

g. Österreich:

Hier in Österreich sind alle Personen in Beschäftigung, Ausbildung, freie Dienstnehmer, Selbstständige, Bauern sowie freiwillig Versicherte bezugsberechtigt. Es gibt die Begriffe der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit muss mind. 50 % betragen. Für gelernte/angelernte Arbeiter und Angestellte kommt ein Berufsschutz zum Tragen (Einschränkung des Verweisungsfeldes).

B. Persönliche Haltung

ME kann man dem Ansatz eines Teilpensionsmodells durchaus etwas abgewinnen, bedenkt man v. a. die demographische Entwicklung auf der einen und die Entwicklung in Österreich, was den Trend des Antritts vorzeitiger Alterspension betrifft, auf der anderen Seite. Diese beiden Parameter passen – zumindest irgendwann nicht mehr – zusammen.

Zum einen lebt man länger, zum anderen arbeitet man kürzer. Dieser Trend wird über kurz oder lang zu einem „finanziellen Kollaps des gesetzlichen Pensionsversicherungssystems“ führen; geringer Erwerb von Versicherungsjahren und lange Pensionsbezugsdauer widersprechen dem Gedanken des Generationenvertrages.

Entfallen heute auf 1.000 Personen im erwerbsfähigen Alter 24 % 60-jährige und ältere Personen, so wird dieser prozentuelle Anteil im Jahr 2030

voraussichtlich auf 35,8 % steigen. Der Anteil der älteren Menschen wird daher von einem Viertel auf über ein Drittel anwachsen²⁷⁹.

Das Problem, das sich bei einem Teilpensionsmodell stellt, ist die Frage der prozentualen Wertigkeit der Invalidität. Es muss ein Maßstab, gleichsam eine Orientierungshilfe, gefunden werden, nach welchen Kriterien die Invalidisierung bestimmt wird und wie die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit beziffert wird. Eine Möglichkeit wäre die Anlehnung an den Grad der Behinderung nach dem BEinstG.

Eine Teilarbeitsfähigkeit könnte aus medizinischer Sicht durchaus in Prozenten oder in noch möglichen Arbeitsstunden festgestellt werden; dafür bedürfe es einer verbesserten Zusammenarbeit zwischen Ärzten, Patienten, Berufskundler, Psychologen und Familienangehörigen²⁸⁰.

Welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der langfristigen Nutzung von Beschäftigungspotenzialen zukommt, wurde u. a. durch eine Studie des WIFO belegt. Auch die EU hat sich für eine wesentliche Anhebung der Erwerbsquote bis 2010 und eine nachhaltige Finanzierung der Altersicherung ausgesprochen²⁸¹. Der Arbeitsmarkt wird als zentraler Ansatzpunkt angesehen, um den absehbaren Entwicklungen im Pensionssystem zu begegnen. Die Erhöhung der Erwerbsbeteiligung ist notwendig, um den Erhalt des Generationenvertrages und somit unseres Pensionssystem zu garantieren. Dieses Vorhaben ist nur dann möglich, wenn es politische Entscheidungsträger gibt, die dieses Ziel mittragen und sich dafür engagieren.

Nicht kompatibel ist ein Teilpensionsmodell mE mit dem Berufsschutz. Eine Art „Statussicherung“ verhindert das Entstehen einer Teilarbeit und einer Teilpension. Für Hilfskräfte wäre diese Variante eine durchaus positive Alternative zur „Vollpension“, da die soziale Schichtung eine andere wäre, als eine gänzliche Pension. Arbeitsrechtlich würden Teilinvaliden, die einer Be-

²⁷⁹ Quelle: SoSi, 7/8, 2009, 389.

²⁸⁰ Tomandl, Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, 2002, 81 f.

²⁸¹ Quelle: SoSi, 7/8, 2009, 389.

schäftigung nachgehen, denselben Anspruch auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt haben wie gesunde Versicherte. Freilich sollte es für Dienstgeber, die solche Personen beschäftigen, Zuschüsse bzw. Förderungen geben.

XV. Neuzuerkennungen Invaliditätspensionen in Österreich (Statistik)

Im Jahr 2007 traten rund 30.500 Personen aus gesundheitlichen Gründen eine Invaliditätspension an. Dies entspricht 34,7 % aller Neuzuerkennungen²⁸². Männer weisen mit 42,8 % eine höhere Invalidisierungsquote auf als Frauen (26,1 %).

Von den rund 81.000 Invaliditäts-Neupensionisten zwischen 1998 und 2005 nahmen 1.200 Frauen und 4.300 Männer eine Rehabilitation vor der Invaliditätspension in Anspruch²⁸³.

Die Zahl der Pensionen aus der gesetzlichen Pensionsversicherung ist im Jahre 2008 um 27.769 auf 2.153.173 gestiegen. Die größten Zuwächse gegenüber dem Vorjahr waren bei den Alterspensionen und bei den Invaliditätspensionen festzustellen.

Interessant ist diese aktuelle Statistik insofern, als noch Anfang der 90-er Jahre die Quote an Neuzugängen von Invaliditätspensionisten nicht als Problem der gesetzlichen Pensionsversicherung gesehen wurde. *„Unzweifelhaft problematischer ist das extreme Ansteigen der Alterspensionen²⁸⁴.“* Damals und die Jahre zuvor zeigte sich ein konstantes, nicht besorgniserregendes Bild des Anstiegs an Invaliditätspensionen. *„Blickt man auf die Invaliditätspension als Teil des Gesamtsystems, so ist die Entwicklung dieser Pensionen tendentiell sogar leicht rückläufig – keinesfalls aber in dramatischer Weise steigend.“²⁸⁵*

²⁸² Sozialbericht 2007-2008, 35.

²⁸³ Quelle: WIFO, 1.12.2006.

²⁸⁴ Mazal, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit, 1993, 61.

²⁸⁵ Mazal, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit, 1993, 61.

XVI. Abgrenzung Invalidität und Arbeitslosigkeit – praktische Probleme

ME müsste der Begriff der „Invalidität“ neu definiert werden. Die in den Sozialversicherungsgesetzen Begriffsdefinition ist eine doch sehr weite, die nicht „Invalidität“ abstuft, je nach Schwere der Gesundheitsbeeinträchtigung, sondern pauschal auf ein Herabsinken der Arbeitsfähigkeit von mehr als 50 % abstellt.

Es ist keine neue Erkenntnis, dass die Verfahren bzw. die Praxis der Verfahren Berufsschutz, Verweisungsmöglichkeiten, etc. betreffend, nicht nur unbefriedigend und nicht mehr zeitgemäß, sondern auch nicht realistisch sind. Eine abstrakte Verweisung bedeutet in der Realität meist den Gang zum AMS. Dies stellt lediglich eine Risikoüberwälzung von der Pensionsversicherung in den Arbeitslosenversicherungsbereich dar und ist kein Lösungsansatz.

Die Chance einen konkreten Arbeitsplatz zu erlangen, gehört nicht zum Risikobereich der Pensionsversicherung, sondern zu jenem der Arbeitslosenversicherung. Die finanzielle Überwälzung belastet jedenfalls den Steuerzahler. Das kann zu keiner Lösung eines immer häufiger auftretenden Problems der heutigen Gesellschaft führen.

„Kranke“ gelten einerseits beim AMS als unvermittelbar und werden in Folge an die Pensionsversicherungsträger verwiesen. „Arbeitsunfähigkeit“ aus medizinischer Sicht bedeutet nicht zwingend, dass Invalidität/Berufsunfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit iSd Pensionsversicherung vorliegen muss.

Der durch das StrukturanpassungsG 1996 normierte Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ greift realiter nicht. Prinzipiell werden Pensionen aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit vorerst befristet zuerkannt; danach ist immer häufiger der Status der Arbeitslosigkeit gegeben.

Der Begriff „Arbeitsunfähigkeit“ iSd AIVG²⁸⁶ ist gleichzusetzen mit dem Invaliditätsbegriff des ASVG. Eine gemeinsame Begutachtung von Pensionsversicherungsträgern und AMS wäre daher nicht nur geboten, sondern – nicht zuletzt aus Gründen der Zweckmäßigkeit für Betroffene, Sozialversicherung und AMS und (zeitlicher) Sparsamkeit – unabdingbar, weil es ja um *eine* Person und deren Gesundheitszustand geht. Abgesehen von kostspieligen Verfahren, kommt es durch getrennte Begutachtungen zu zeitlichen Verzögerungen, die meist in Form eines Übergangsgeldes finanziert werden müssen.

Eine Vereinheitlichung der Zuerkennungs- bzw. Ablehnungskriterien der PV-Träger und deren Praxis wären einerseits wünschenswert, andererseits würde eine derartige Harmonisierung auf Widersprüche stoßen, die in den unterschiedlichen zweifelsohne Versichertenkreisen gegeben sind. Eine Koordinierung der einzelnen Kriterien wäre denkbar, eine einheitliche Praxis nahezu nicht vollziehbar.

²⁸⁶ § 8 AIVG.

XVII. Invalidität und Schwerarbeit

Wie bei der Schwerarbeit wird auch der Begriff der Invalidität sehr subjektiv ausgelegt. Jeder, der eine derartige Pension beantragt, fühlt sich als Schwerarbeiter bzw. als zu krank, um noch weiter zu arbeiten. Böse Überraschungen durch die Ablehnung beim Pensionsversicherungsträger bzw. bei Erhalt eines negativen Urteils vor Gericht sind die Folge. Medizinische und berufskundliche Sachverständige entscheiden im Wesentlichen über das Vorliegen von Invalidität bzw. Schwerarbeit. Beiden Pensionsarten ist – formell – gemein, dass eine Bekämpfung des Bescheides des zuständigen Pensionsversicherungsträgers ein Verfahren vor dem ASG nach sich zieht.

Ein Antrag auf Invaliditätspension kann grundsätzlich jederzeit vor – und natürlich theoretisch auch nach²⁸⁷ – dem 60. Lj. gestellt werden. In dieser Hinsicht und in der Abschlagshöhe (nach dem nach APG-Recht ermittelten Teil) unterscheiden sich diese beiden Pensionsarten.

Sind am Stichtag die Voraussetzungen für die normale Alterspension oder die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer erfüllt, so besteht kein Anspruch auf eine Invaliditätspension²⁸⁸.

Anders als für den Begriff der Schwerarbeit, gibt es für den Begriff der Invalidität eine gesetzliche Definition. Gem. § 255 Abs. 1 ASVG gilt ein Versicherter 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 herabgesunken ist.

Ein entscheidender Unterschied zur Schwerarbeitspension ist die Befristung einer Invaliditätspension. Eine Invaliditätspension wird grundsätzlich für längstens 24 Monate ausgesprochen. Nur wenn aufgrund des körperlichen

²⁸⁷ Ausschließlich für Männer „interessant“.

²⁸⁸ Sind die Anspruchsvoraussetzungen für eine Korridorpension erfüllt, so ist ein Antrag auf Invaliditätspension zulässig.

oder geistigen Zustandes eines Versicherten dauernde Invalidität anzunehmen ist, wird eine solche Pension ohne zeitliche Befristung zuerkannt.

A. Der Versuch, Schwerarbeit und Invalidität zusammenzufassen

Im BMASK wurde ein Projekt, Schwerarbeitspension und Invaliditätspension – als Teil des aktuellen Regierungsprogrammes – zusammenzuführen und weiterzuentwickeln gestartet. Dieses Vorhaben betrachte ich als sehr kritisch.

Wie oben festgestellt, deckt sich der Adressatenkreis, auf den beide Pensionsarten zutreffen können, weitgehend. Aus jahrelang erbrachter körperlicher Schwerarbeit sind Invaliditätsfolgen nicht selten. Dennoch darf man ein entscheidendes Merkmal nicht außer Acht lassen: Invalidität besteht vorher und weiter, auch nach (Nicht-) Gewährung einer vorzeitigen Alterspension. Invalidität ist ein Krankheitsaspekt. Schwerarbeit ist keine Krankheit, sondern die Tatsache, dass jemand viele Jahre hindurch schwer gearbeitet hat. Ob dieser Schwerarbeiter als Folge dessen krank ist oder nicht ist hier absolut irrelevant. Beim Vorliegen von Schwerarbeit wird mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit eine gesundheitliche Beeinträchtigung angenommen; eine akute Erkrankung kann Folge der schweren belastenden beruflichen Tätigkeit sein. Der Schwerarbeiter ist aber a priori nicht invalid.

Anknüpfungspunkt bei der Schwerarbeit ist die rein berufliche Tätigkeit, nicht eine gesundheitliche Beeinträchtigung²⁸⁹. Wenn jemand so schwer arbeitet, dass er in Folge krank ist, so stellt er einen Antrag auf Gewährung einer Invaliditätspension; zu einer Schwerarbeitspension kommt er erst gar nicht.

Was viel mehr Bedeutung hätte, wäre die Frage einer realistischen Angleichung dieser beiden Pensionsarten auszuarbeiten. ME müssten hier in erster Linie bei der sog. „Abschlagsregelung“ Änderungen vorgenommen werden. 1,8 % (Schwerarbeitspension) zu 4,2 % (Invaliditätspension) und 0 %

²⁸⁹ Eine Ausnahme bildet die Z 3 der Schwerarbeits-VO (Vorliegen einer 10-%igen MdE durch „chemische und physikalische Einflüsse“).

(„Hacklerregelung“) an Abschlägen ergibt ein verzerrtes Bild. Dazu kommt, dass der verminderte Abschlag bei der Schwerarbeitspension zum einen nur für ab 1.1.1955 Geborene und zum anderen nur für den APG-Teil gilt.

Panhözl spricht iZm den unterschiedlichen Abschlagsregelungen von einem Wertungswiderspruch. „Dass die „Hacklerregelung“ abschlagsfrei in Anspruch genommen werden kann und die Schwerarbeitspension nicht, stellt einen Wertungswiderspruch dar. Zudem sind die Abschläge bei der Schwerarbeitspension äußerst komplex geregelt...“²⁹⁰

Ein erster Schritt wäre, die Schwerarbeitspension „in sich“ einheitlich zu regeln. Wie oben beschrieben, sollte nicht zwischen älteren und jüngeren Personen unterschieden werden, was die Abschlagsregelung betrifft. Als zweiter Schritt müsste eine Evaluierung der Verhältnismäßigkeit zwischen Schwerarbeits- und Invaliditätspensionen stattfinden, wobei dieser Schritt ein zukünftiger wäre, der wahrscheinlich erst nach 2013 – mit Ende der „Hacklerregelung“ Aussagekraft hätte.

Eine weitere, heikle Tatsache ist, dass die Pensionsversicherung Auffangbecken für viele Sachverhalte und Tatbestände ist, die in den anderen Zweigen der Sozialversicherung angesiedelt wären. So ist es bei Beurteilung einer Invalidität gleichgültig, woher diese stammt. Rührt sie von einem Freizeitunfall, so ist hierfür nicht die Unfallversicherung zuständig, die nur Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten²⁹¹ umfasst; automatisch ist der Pensionsversicherungsträger leistungszuständig. Psychische Krankheiten sind in unserer Gesellschaft immer noch ein Tabu-Thema. Eine verabsäumte entsprechende Behandlung, die in der Krankenversicherung anzusiedeln wäre, mündet wieder in der Pensionsversicherung (Invalidität).

Gesundheit am Arbeitsplatz und Präventivmaßnahmen sind die Schlagwörter zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Neben Ernährung, Bewegung und der

²⁹⁰ *Panhözl*, Vollziehungsprobleme bei der Schwerarbeitspension, in: DRdA 2/2009, 101.

²⁹¹ s. Anlage 1 zum ASVG.

Gelegenheit zur Entspannung ist die soziale Gesundheit ein zentrales Element für eine gedeihliche betriebliche Umgebung. Studien weisen für Investitionen in die betriebliche Gesundheitsförderung (BGF) eine Win-Win-Win-Situation aus. Arbeitnehmer bleiben langfristig gesund, motiviert und arbeitsfähig. Davon profitieren Mitarbeiter, Betriebe und die Gesellschaft. Die betriebliche Gesundheitsförderung bewirkt aufgrund ihres nachhaltigen Ansatzes eine Senkung der Krankenstände um bis zu 25 %²⁹².

Die Pensionsversicherung kann nicht das auffangen, was im Vorfeld verabsäumt wurde (BGF, KV, Arbeitsmedizin). Frühe arbeitsmedizinische Intervention, Anpassungen an den Arbeitsplatz (v. a. arbeitsmedizinischer Natur) und die Arbeitsbedingungen sind nur wenige von vielen möglichen und notwendigen Maßnahmen. Altersgerechte Arbeitsplätze, Flexibilität innerhalb eines Unternehmens, Zusammenspiel zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer würden die Invaliditätsrate bestimmt eindämmen.

Man sieht hier sehr deutlich, dass die Pensionsversicherung Bereiche abdecken muss, die eigentlich schon viel früher angefallen sind. Auch diesem Trend ist entgegenzuwirken, will man den eigentlichen Aufgabenbereich der Pensionsversicherung weiterhin effektiv erfüllen.

B. Schwerarbeitspension, Invaliditätspension, Sonderruhegeld und „Hacklerpension“

Das Nebeneinander dieser vier Pensionsarten stellt freilich ein Problem der Methodik dar. So knüpfen all diese vorzeitigen Alterspensionen u. a. an die allgemeine Anspruchsvoraussetzung der Versicherungsdauer an, während die Invaliditätspensionen den gesundheitlichen Aspekt, der in der Person selbst liegt, in den Vordergrund rückt. Ein Vergleich bzw. Gegenüberstellen von diesen Voraussetzungen, die zum einen auf exogene, zum anderen auf endogene Faktoren abstellen, ist schon dem Wesen nach nicht geboten.

²⁹² Quelle: OTS 0234 5 CI 0470 PWK0004 WI.

Der Vergleich Sonderruhegeld – Schwerarbeitspension – Hacklerregelung ergibt eine Diskriminierung durch eine paradoxe Logik: Je schwerer die Zugangsvoraussetzungen, desto höher sind auch die Abschläge²⁹³.

C. Ausnahmefall: Schwerarbeit gem. § 1 Abs. 1 Z 6 der VO und originäre Invalidität

Das Arbeiten von gesundheitlich beeinträchtigten Personen wird im Rahmen der Schwerarbeitspension insofern berücksichtigt und pensionsrechtlich gewürdigt, als dass hier auf einen endogenen Faktor abgestellt wird, der in der Person selbst liegt. Dies wurde von *Öhlinger* verfassungsrechtlich als unbedenklich erachtet.

Ein ähnlicher Ansatz lässt sich aus der originären Invalidität ableiten. Der Fall der originären Invalidität stellt ebenso auf einen endogenen Faktor ab, der schon zum Zeitpunkt des Eintritts ins Berufsleben in der Person bestanden hat. Dieses Kriterium weicht wesentlich vom eigentlichen Gedanken der Invaliditätspension ab.

Beide Pensionsarten berücksichtigen in erster Linie eine Beeinträchtigung, die in der Person selbst liegt. Der Gedanke bei der Schwerarbeit geht auf die Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation zurück, die originäre Invalidität wurde von der Volksanwaltschaft angeregt. Beide Pensionsarten haben das Ziel, behinderte Personen in den Arbeitsmarkt zu integrieren, um so einen eigenen Pensionsanspruch erwerben zu können.

Das sind Maßnahmen, die nicht nur die sozialversicherungsrechtliche Komponente positiv beleuchten; auch der Arbeitsmarkt wird dadurch belebt; auch für die betroffenen Personen selbst ist eine berufliche Integration meiner Meinung nach ein wichtiger Schritt für ein gestärktes Selbstbewusstsein.

²⁹³ *Panhözl*, Vollziehungsprobleme bei der Schwerarbeitspension, in: DRdA 2/2009, 102.

XVIII. Die Relation der Schwerarbeitspension zu vorzeitigen Alterspensionen

In gewisser Weise inhaltlich eng verbunden mit der Schwerarbeitspension sind zum einen die Langzeitversichertenregelung, zum anderen die Invaliditätspension; und zwar in der Weise, als dass der Personenkreis, auf den alle drei Arten der (vorzeitigen) Alterspensionen anwendbar wäre, völlig ident sein kann. Abgeschwächt wird der Vergleich durch die unterschiedlichen, teilweise sehr gravierenden Auswirkungen bei Pensionsantritt.

Insbes. wäre in weiterer Folge näher auf die Abschlagsregelung und das Pensionsantrittsalter einzugehen.

A. Abschlagsregelung

Der Abschlag für die Inanspruchnahme einer Pension vor dem Regelpensionsalter beträgt für je zwölf Monate 4,2 % (0,35 % pro Monat eines früheren Pensionsantritts vor dem Regelpensionsalter) der Pension²⁹⁴; eine Deckelung von max. 15 % ist vorgesehen²⁹⁵.

Der wesentliche finanzielle Unterschied der einzelnen Pensionsarten, manifestiert sich in der Abschlagsregelung. Der Abschlag wirkt sich auf die Pensionshöhe aus.

Der Abschlag ist bei der Schwerarbeitspension nicht einheitlich geregelt. Der privilegierte Abschlag von 1,8 %/Jahr gilt nur für die Pensionsberechnung nach dem APG, d. h. für den im Rahmen der Parallelrechnung ermittelten APG-Pensionsanteil, daher erst ab Jahrgang 1955.

Bei der Invaliditätspension beträgt der Abschlag 4,2 %/Jahr, also 0,35 %/Monat, max. jedoch 15 %. Bei Invaliditätspensionisten, die meist

²⁹⁴ Dafür ist gem. einem „Bonus-Malus-System“ auch eine Erhöhung um 0,35 % jeden weiteren Monat des Verbleibes im Berufsleben nach Erreichung des Regelpensionsalters vorgesehen, max. jedoch 12,6 %.

²⁹⁵ Diese „Verlustdeckelung“ wie in ASVG, GSVG und BSVG ist nach dem APG nicht vorgesehen.

aufgrund ihres Lebensalters ein relativ geringes Ausmaß an Versicherungsmonaten aufweisen, werden fiktiv Versicherungsmonate bis zum 60. Lj. hinzugerechnet (sog. „Zurechnungszuschlag“). Es dürfen 60 % der höchsten zur Anwendung kommenden Bemessungsgrundlage nicht überschritten werden.

Personen, die die Voraussetzungen für die Langzeitversichertenregelung erfüllen, müssen überhaupt keinen Abschlag in Kauf nehmen.

Ein Beispiel zur Abschlagsregelung:

Ein Mann, geboren am 13.1.1949, erreicht am 13.1.2009 das 60. Lj.; er hat 540 Beitragsmonate erreicht. Für ihn gilt das „Altrecht“, d. h. die Rechtslage vor der Pensionsharmonisierung, da er am 1.1.2005 das 50. Lj. bereits erreicht hatte.

Einen Antrag auf Zuerkennung einer vorzeitigen Alterspension stellt der Pensionswerber am 15.1.2009, der Stichtag ist am folgenden Monatsersten, daher am 1.2.2009.

Folgende Pensionsarten und Voraussetzungen sowie finanziellen Auswirkungen kämen im vorliegenden Fall in Betracht:

Pensionsart	Invaliditätspension	„Hacklerpension“	Schwerarbeitspension
Voraussetzungen	Vorliegen von 180 Beitragsmonaten oder 300 Versicherungsmonaten oder 60 Versicherungsmonaten innerhalb der letzten 120 Versicherungsmonate	Vorliegen von 540 Beitragsmonaten (Männer) – bestimmte Ersatzzeiten sind teilweise anrechenbar	Vorliegen von 540 Versicherungsmonaten
Zusatzvoraussetzungen	Gesundheitszustand: Invalidität (Berufsunfähigkeit)	Keine Versicherungspflicht am Stichtag	10 Jahre Schwerarbeit (nach dem Gesetz entsprechend gelagert)
Anrechenbarkeit	Arbeitslosen- und Krankengeldbezug dort, wo Versicherungsmonate vorliegen müssen	Krankengeld generell	Versicherungsmonate
Abschläge	4,2 %/Jahr, gedeckelt mit 15 %	(bis 31.12.2013) keine	4,2 %/Jahr, gedeckelt mit 15 % (wie Invaliditäts- bzw. Berufsunfähigkeitspension)
Summe Bruttopension	€ 1.361,70	€ 1.602,00	€ 1.361,70

Zur Rechnung: Die Bemessungsgrundlage wird mit € 2.000 (brutto) zum Stichtag 1.2.2009 angenommen. Der Versicherte weist 45 Beitragsjahre (540 Beitragsmonate) auf. Der Steigerungsbetrag beträgt 1,78 %.

$$45 \times 1,78 = 80,10 \%$$

Für € 1.000 sind das € 801, für € 2.000 daher € 1.602.

Für die Invaliditäts- und Schwerarbeitspension ist von diesem Betrag ein Abschlag zu berechnen. Dieser beträgt pro Jahr des vorzeitigen Pensionsantritts 4,2 % (0,35 %/Monat). Diese (ungünstige) Abschlagsregelung gilt auch für die Schwerarbeitspension, da der privilegierte Abschlag hier – aufgrund des Alters und Pensionsantrittes des Betroffenen – nicht zur Anwendung kommt.

Der Abschlag ist – wie in der Tabelle beschrieben – 15 % für die fünf Jahre des früheren Pensionsantrittes; d. s. € 240,30 weniger als die für die „Hacklerpension“ errechnete Bruttosumme, daher € 1.361,70 (1.602 – 240,30).

An diesem Beispiel wird ganz deutlich veranschaulicht, dass finanzielle Einbußen bei Pensionsarten, die mit einer zusätzlichen Einschränkung (Invalidität) bzw. Belastung (Schwerarbeit) bei einem Pensionsantritt vor dem gesetzlichen Regelpensionsalter einhergehen, bei einer „normalen“ „Hacklerregelung“ hingegen keine Abschläge zur Anwendung kommen.

B. Zeitpunkt des Pensionsantritts

Das Pensionsantrittsalter ist die zweite Komponente, – neben der Abschlagsregelung – die für den Einzelnen eine entscheidende Rolle spielt, wenn es darum geht, eine Pension ins Auge zu fassen.

Auch wenn in die Schwerarbeit in der heutigen Zeit typischerweise psychische Belastungen mit einbezogen werden müssen, so wird doch der Groß-

teil aller Schwerarbeitspensionisten zu manuell schwer arbeitenden Menschen gehören²⁹⁶.

So wird vom eigentlichen Adressatenkreis nur ein Bruchteil aller potentiellen Schwerarbeiter die Schwerarbeitspension in Anspruch nehmen können. Besonders körperlich schwer arbeitende Menschen werden nicht bis zum 60. Lj. im Erwerbsleben verbleiben können, da sie vorher aus gesundheitlichen Gründen eine Invaliditätspension beanspruchen (müssen)²⁹⁷.

C. Vorschläge

Ein realistischer, weil leistbarer Schritt, wäre, eine Angleichung der Abschlagsregelung bei Schwerarbeits-, Invaliditäts-, und Hacklerregelung. Nächster Gedankengang wäre sich zu überlegen, wie hoch die Abschläge sein dürfen bzw. müssen. Faktum ist: Das Pensionssystem muss leistbar bleiben. Es soll aber gleichzeitig für die Pensionisten leistbar bleiben. Es könnte ein Mittelwert aller derzeitigen Abschläge ermittelt werden.

Bei einer Invaliditätspension gehe ich realistischerweise davon aus, dass das System des Zurechnungszuschlags aufrecht bleiben muss. Eine fiktive Zurechnung ist hier jedenfalls geboten, da man schon sehr früh in jungen Jahren invalid werden kann und eine bestimmte Kaufkraft – außerhalb einer jährlichen Pensionsanpassung – jedenfalls garantiert werden muss. Den Zurechnungszuschlag würde man – für bestimmte Jahrgänge – weitgehend abschaffen können, entscheide sich die Politik für die oben beschriebenen

²⁹⁶ Im Übrigen war der erste Versicherte, der von der PVA eine Schwerarbeitspension erhielt, ein Bauspengler aus der Steiermark. Er erfüllte – neben den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen – die Z 4 der Schwerarbeits-VO („körperliche Schwerarbeit“).

²⁹⁷ Der Fehlzeitenreport 2006 des WIFO zeigt u. a. auf, dass Krankheiten des Muskel-Skelett-Systems einen hohen arbeitsbedingten Verursachungsanteil haben. Aus der Krankenstandsstatistik des HV ist ersichtlich, dass rund 15 % der Krankenstandsfälle und 22 % der Krankenstandstage auf Erkrankungen des Muskel-Skelett-Systems zurückzuführen sind.

Umschulungsmaßnahmen für Jüngere und damit deren Verbleib im Erwerbsleben trotz gesundheitlicher Beeinträchtigungen.

Bei der Schwerarbeitspension und der Langzeitversichertenregelung stimmt das Verhältnis der Abschläge überhaupt nicht; die Gründe wurden bereits erläutert. Hier ist als erste Maßnahme die Abschlagsfreiheit bei Inanspruchnahme einer „Hacklerregelung“ gänzlich aufzuheben. Zu überlegen wäre eine Abschlagsregelung wie bei der Invaliditätspension.

Eine Herabsetzung des Anfallsalters für die Schwerarbeitspension ist nicht denkbar, sehr wohl aber eine einheitliche Abschlagsregelung für die Schwerarbeitspension. Ein Abschlag von einheitlich 0,15 %/Monat (1,8 %/Jahr) wäre leistbar und auch nachvollziehbar. Eine gänzliche Abschlagsfreiheit ist aus finanzieller Sicht abzulehnen, es sollte aber innerhalb ein- und der selben Pensionsart kein Unterschied zwischen pensionsnahen und stichtagsferneren Personen gemacht werden.

XIX. Die „Hacklerregelung“ und die Schwerarbeits- und Invaliditätspension

Es widerspricht mE dem Gebot der Gleichbehandlung, wenn eine Pensionsart wie die Langzeitversichertenregelung, immer wieder um Jahre verlängert wird, sodass sie de facto schon fast als Dauerrecht in die Sozialversicherungsgesetze eingeht.

Die Frage, die in diesem Zusammenhang aufgeworfen wird ist, ist Folgende: Ist eine vorzeitige Alterspension wirklich ein Pensionsprivileg? Diesen Ansatz kann man von zwei Seiten betrachten. Sieht man die Dauer des Pensionsbezuges vorrangig, so kann man durchaus von einem Privileg dahingehend sprechen, dass eine versicherte Person, die vor dem Regelpensionsalter in Pension geht, im Verhältnis zu Alterspensionisten relativ länger eine Pension beziehen und mehr Freizeit genießen.

Sieht man jedoch die finanzielle Seite bzw. die Bedingungen einer vorzeitigen Alterspension so wird man wohl vorsichtiger mit dem Begriff „Privileg“ in diesem Zusammenhang umgehen. Denn zum Bezug einer Invaliditätspension kommen nicht nur Abschläge, auch die Krankheit bleibt weiterhin bestehen. Der Aspekt der Lebensqualität ist hier ein nicht zu vernachlässigender.

Und hier spielt wieder einmal die Langzeitversichertenregelung eine wesentliche Rolle: Bei dieser vorzeitigen Alterspension ist von einem Privileg durchaus zu sprechen. Denn: Neben einem vorzeitigen Pensionsantritt muss ein „Hacklerpensionist“ keine Abschläge in Kauf nehmen und das auf Lebenszeit; d. h. er geht früher in Pension, hat keine um Abschläge verminderte Pension und auch keine Befristung (wie beispielsweise idR die Invaliditätspensionisten). Noch dazu kommt idR keine Einschränkung durch Krankheit, d. h. die Lebensqualität ändert sich nicht unmittelbar durch diesen Pensionsantritt, zumindest idR nicht zum Negativen.

Dies veranschaulicht einmal mehr den Systembruch in der gesetzlichen Pensionsversicherung, v. a. dass eine Verhältnismäßigkeit der einzelnen vorzeitigen Alterspensionsarten hier nicht mehr gegeben ist.

Das stellt in der Bevölkerung zu Recht ein verzerrtes Bild unseres Pensionssystems dar und ist verfassungsrechtlich bedenklich. Wie gesagt, unabhängig von der nachhaltigen Finanzierung, stärkt es wohl nicht das Vertrauen der Bevölkerung, wenn eine abschlagsfreie vorzeitige Pensionsart ins Dauerrecht übernommen wird, die realistischer Weise nur von einem eingeschränkten Versichertenkreis, nämlich von Versicherten, die ab dem 15. Lebensjahr einer Beschäftigung nachgegangen sind, in Anspruch genommen werden kann. Ein eingeschränkter Personenkreis erfährt Privilegien, die anderen nie – aus objektiven Gründen wie z. B. Studium – zuteil werden können. Einzig und allein durch einen sog. Einkauf von „einkaufsfähigen“ Schul- und Studienzeiten²⁹⁸ könnte die Langzeitversichertenregelung auch von anderen Personen beansprucht werden.

²⁹⁸ Eingekauft werden können Schulzeiten einer höheren Lehranstalt (z. B. (Real)Gymnasium, HAK, HTL, etc.), bis zu drei Jahre. Studienzeiten können bis zu sechs Jahre nachgekauft werden, also insgesamt neun Jahre, wobei beachtet werden muss, dass für vor dem 1.1.1955 Geborene ein Risikozuschlag dazu kommt: Je näher man am Pensionsstichtag ist, umso teurer wird der Einkauf. Für ab 1.1.1955 Geborene fällt dieser Zuschlag weg.

XX. Berechnung und Höhe der vorzeitigen Alterspensionen im Vergleich: NSchG, Schwerarbeit, Invaliditätspension, Langzeitversichertenregelung

A. Pensionshöhe in Zahlen²⁹⁹

Nach Stand von Dezember 2008 beträgt eine durchschnittliche Pension aus dem Versicherungsfall des Alters bei Männern € 1.419, bei Frauen € 842. Eine durchschnittliche Pension aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit beträgt bei Männern € 1.113, bei Frauen € 631. Die meisten vorzeitigen Alterspensionisten gibt es in Oberösterreich, gefolgt von der Steiermark und Niederösterreich. Insgesamt gibt es 450.656 Invaliditäts(Berufsunfähigkeits)-Erwerbsunfähigkeitspensionisten; im Verhältnis dazu 1,185.183 Alterspensionen.

Die Pensionshöhe hängt im Wesentlichen von zwei Faktoren ab: Dem Einkommen des Versicherten sowie der Dauer der Versicherung.

Ähnlich wie bei der normalen Alterspension erfolgt eine Berechnung nach Anzahl der erworbenen Versicherungsmonate, der Höhe der Bemessungsgrundlage sowie dem tatsächlichen Pensionsanfallsalter der versicherten Person.

B. Invaliditätspension

Ein früher Pensionsantritt zieht konsequenterweise eine geringe Pensionshöhe nach sich. Daher gibt es in dem Fall eine besondere Regelung: die Zurechnungsmonate. Es wird fingiert, der Versicherte hätte bis zu seinem 60. Lj. gearbeitet.

Mit anderen Worten: Für die Ermittlung des Steigerungsbetrages werden nicht nur die tatsächlich erworbenen Versicherungszeiten herangezogen, sondern auch alle (fingierten) Monate bis zum 60. Lj.

²⁹⁹ Quelle: HV, Die österreichische Sozialversicherung in Zahlen, 08/2009, 20 ff.

Es kommt weiters eine Verlustdeckelung zur Anwendung: Die Pensionsabschläge betragen 4,2 %/Jahr (d. s. 0,35 %/Monat) vor Erreichen des Regelpensionsalters. Die Gesamtverluste sind jedoch mit 15 % gedeckelt.

Pensionen wegen geminderter Erwerbsfähigkeit können bei Erreichen der Altersgrenze für die gesetzliche Alterspension in eine Alterspension umgewandelt werden, sofern nach dem Pensionsstichtag (immer ein Monatsersster) noch zumindest ein voller Beitragsmonat erworben wurde³⁰⁰.

C. Schwerarbeitspension

Die durchschnittliche Schwerarbeitspension betrug im Juni 2008 (inkl. Zulagen und Zuschüssen) € 1.375³⁰¹. Eine Unterscheidung zwischen männlichen und weiblichen Versicherten erübrigt sich mangels Anwendbarkeit für Frauen.

D. Langzeitversichertenregelung („Hacklerregelung“)

Die Langzeitversichertenregelung wurde im Rahmen der Pensionsreform 2000³⁰² ins Leben gerufen. Sozialpolitischer Hintergrund damals war die Vermeidung von Härtefällen, nachdem das vorzeitige Alterspensionsantrittsalter für Männer und Frauen um jeweils 1,5 Jahre angehoben wurde. Im Rahmen des BBG 2003, BGBl. I Nr. 71, wurden sämtliche vorzeitige Alterspensionen³⁰³ abgeschafft, stattdessen als „Ausgleich“ die Schwerarbeitspension und die Verlängerung der Langzeitversichertenregelung beschlossen. Zielgruppe sollten insbes. manuell arbeitende Menschen sein, die seit ihrem 15. Lj. im Berufsleben standen. Die ursprüngliche Langzeitversichertenregelung (bis zur Pensionsharmonisierung) sah Abschlagsregelungen vor: Der Abschlag betrug – wie bei einer Invaliditätspension

³⁰⁰ Gleich in: Grüne Welt [Fachzeitschrift der LAK NÖ], 04/2009, 15.

³⁰¹ Quelle: Bericht der Kommission.

³⁰² BGBl. I, Nr. 92/2000.

³⁰³ Dazu gehören: vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer (schrittweise Anhebung des Anfallsalters ab 1.7.2004), Gleitpension, vorzeitige Alterspension bei Arbeitslosigkeit.

4,2 %/Jahr bzw. 0,35 %/Monat – allerdings nicht vom Regelpensionsalter an gerechnet, sondern vom jeweils geltenden Eintrittsalter für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer.

Mit der Pensionsreform 2004 wurde die Langzeitversichertenregelung nicht nur ausgedehnt, sondern es wurde auch die Abschlagsfreiheit eingeführt. Mit dem SRÄG 2007, BGBl. I Nr. 31, wurde die Abschlagsfreiheit bis 2010 verlängert. Jüngst wurde die Langzeitversichertenregelung wieder verlängert und zwar bis zum 31.12.2013³⁰⁴. Es sind bei dieser – vorläufig – letzten Verlängerung keine Ausschleifregelungen vorgesehen. Verfassungsrechtlich ist das mE aus folgenden Gründen nicht unbedenklich:

Alle (ehemaligen) vorzeitigen Alterspensionen sahen bzw. sehen Ausschleifregelungen vor³⁰⁵. Das bedeutet im Ergebnis, dass nach Vollendung des 60. bzw. 55. Lj. Männer, die bis zum 31.12.1953 und Frauen, die bis zum 31.12.1958 geboren wurden, unter den übrigen Voraussetzungen eine abschlagsfreie vorzeitige Alterspension in Anspruch nehmen können. Die ASVG-Schwerarbeitspension gilt für Frauen daher erst nach dem Auslaufen der „Hacklerregelung“; das ist dzt. für Frauen, die vom 1.1.1959 bis zum 31.12.1963 geboren sind. Im Zuge des SRÄG 2008 wurde nicht nur eine Verlängerung des abschlagsfreien Pensionsantritts bis 31.12.2013 normiert, es wurden auch die Ersatzmonate für Langzeitversicherte erweitert: Zeiten eines Krankengeldbezuges sowie Ausübungsersatzzeiten nach dem GSVG bzw. BSVG³⁰⁶ werden als Beitragszeiten qualifiziert und als solche angerechnet.

Die Tatsache, dass Zeiten des Bezuges von Krankengeld zur „Hacklerregelung“ gezählt werden, steht in gefährlichem Widerspruch zur

³⁰⁴ SRÄG 2008, BGBl. I Nr. 129.

³⁰⁵ vgl. auch *Milisits* in: ZAS, 2a 03/2009, FN 2, 102.

³⁰⁶ Ausübungsersatzzeiten sind Zeiten der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit bzw. einer Tätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft vor Einführung der Pflichtversicherung in der PV nach dem GSVG bzw. BSVG (§ 116 Abs. 1 Z 1 GSVG, § 107 Abs. 1 Z 1 BSVG).

Behandlung der Invaliditätspensionen. In einem Urteil des OGH³⁰⁷ hat dieser jüngst entschieden, dass Zeiten der Arbeitslosigkeit sowie Zeiten des Bezuges von Krankengeld nicht als Zeiten der Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit iSd § 255 Abs. 4 ASVG gewertet und daher nicht auf die nach dieser Gesetzesstelle erforderliche Mindestdauer der Ausübung der Tätigkeit von 120 Kalendermonaten angerechnet werden können³⁰⁸.

Für die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen zur Erfüllung einer Langzeitversichertenpension, nämlich das Erfordernis von 540 bzw. 480 Beitragsmonaten, werden jedoch Zeiten des Krankengeldes berücksichtigt. Eine offensichtliche Ungleichbehandlung im Verhältnis zur Invaliditätspension liegt hier vor.

Rechtssicherheit iZm Ausschleifregelungen ist nicht unbeachtlich. Jeder soll und muss die Möglichkeit haben, sich auf geänderte rechtliche Verhältnisse einzustellen; Stichtagsnahe Jahrgänge sind hiebei besonders schützenswert. Eine derartige Regelung ohne Ausschleifregelung widerspricht schon allein deshalb der Rechtssicherheit, als dass jemand, der einen Tag nach Ende der Langzeitversichertenregelung das 60. Lj. erreicht, zur Gänze in das „normale“ Schema fällt und er nur mehr – unter den übrigen Voraussetzungen – vor dem Regelpensionsalter eine Schwerarbeitspension oder ab dem 62. Lj. eine Korridor pension in Anspruch nehmen kann; beides natürlich nur mit Abschlügen.

E. Das Privileg der Langzeitversichertenregelung

*Neumann/Schindler*³⁰⁹ sprechen von sozialpolitischen Verwerfungen der Langzeitversichertenregelung. Langzeitpensionisten können früher und abschlagsfrei in Pension gehen. In einem Berechnungsbeispiel zeigen die

³⁰⁷ 10 ObS 2/08d.

³⁰⁸ Novellierungswunsch der AK.

³⁰⁹ *Neumann/Schindler* „Die „Hacklerregelung“ – ein Pensionsprivileg“ in: ASoK 12/2008, 476 ff.

beiden Autoren auf, dass ein „normaler“ Alterspensionist, der mit 65 Lj. die Pension antritt um rund € 167.000 mehr an Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern zahlt, als ein Pensionist, der die Langzeitversichertenregelung in Anspruch nimmt. Berechnet man sodann den fiktiven Saldo (Lebenspensionseinkommen minus eingezahlter Steuern und Beiträge), so ergibt sich für einen Langzeitversicherten ein Vorteil von über € 170.000.

In ihrem Resümee halten die beiden Autoren Folgendes fest:

„Die Verlängerung der Langzeitversichertenregelung und die Berücksichtigung von Zeiten, die keine Beitragszeiten sind, führen dazu, dass eine Anhebung des Pensionsalters weiter verschoben und die abgeschaffte vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer in modifizierter Form weitergeführt wird. Die Langzeitversichertenpension kann aufgrund ihrer zahlreichen Begünstigungen aus individueller Betrachtung nur nachdrücklich empfohlen werden, bei Berücksichtigung von Aspekten der Gerechtigkeit und der nachhaltigen Finanzierung der Altersvorsorge sowie Generationengerechtigkeit ist sie jedoch äußerst kritisch zu betrachten.“

Es ist den beiden Autoren beizupflichten, dass aus individueller Sicht die Inanspruchnahme einer Langzeitversichertenregelung sicher die beste Pensionsvariante ist.

Ein Bericht der PVA vom 16.8.2009 bestätigt die Attraktivität der Langzeitversichertenregelung. Im 1. Halbjahr 2009 wurden insgesamt 15.000 Anträge auf Gewährung einer „Hacklerregelung“ gestellt; das sind fast so viele, wie im gesamten Vorjahr. Diese Statistik zeigt deutlich das, was ich in meinen Analysen festgestellt habe: Jeder versucht (natürlich) früher in Pension zu gehen und das ohne Abschläge. Und genau diese Explosion gefährdet das gesetzliche Pensionsversicherungssystem enorm.

Was das System „Pensionsversicherung“ als solches betrifft, so ist – v. a. die Verlängerung einer abschlagsfreien vorzeitigen Alterspension – mE gewissermaßen als Systembruch zu betrachten. Das System wird ausgehöhlt, weil unanwendbar und quasi obsolet gemacht. V. a. ist die sozialpolitische

Zielsetzung einer solchen Regelung ernsthaft und kritisch zu hinterfragen. Welche Versichertengruppen sollen privilegiert werden und v. a. warum? „Die Langzeitversichertenregelung wird zur Regelpension³¹⁰.“

Es liegt auf der Hand, dass es nicht realistisch ist, eine solche Regelung dauerhaft finanzieren zu können. Dabei müssen andere Personengruppen entscheidende Einbußen in Kauf nehmen; sei es die jüngere Generation, seien es andere (vorzeitige) Alterspensionisten. Durch eine privilegierte Pensionsform wird das System nicht nur aus seinem Gleichgewicht gebracht, der Solidaritätsgedanke, den der Generationenvertrag automatisch mit sich bringt, geht immer mehr verloren. Dabei ist eine generationenübergreifende Solidarität unabdingbar in der gesetzlichen Pensionsversicherung.

Die – von vielen Seiten – politisch immer wieder geforderte Transferierung der abschlagsfreien Langzeitversichertenregelung ins Dauerrecht ist ein gefährliches Unterfangen. Man muss bedenken, dass in erster Linie Versicherte, die ab dem 15. Lj. einen Lehrberuf erlernt haben, die geforderten 540 bzw. 480 Versicherungsmonate erwerben können. Somit ist der Adressatenkreis deckungsgleich, der eine Langzeitversichertenregelung, eine Invaliditätspension und auch eine Schwerarbeitspension in Anspruch nehmen könnte. Da nur eine dieser vorzeitigen Pensionsarten abschlagsfrei ist, wird sich wohl jeder Versicherte für die Langzeitversichertenregelung entscheiden.

Sehr kritisch hat sich mit der Verlängerung der „Hacklerregelung“ auch der Generaldirektor der PVA; Dr. Pinggera, auseinandergesetzt³¹¹: „...Die bisherige Möglichkeit eines vorzeitigen Pensionsantritts aus diesem Titel hat sich auf Jahrgänge beschränkt, die nicht in den Wirkungsbereich des APG gefallen sind. Nunmehr kommen vier Jahrgänge in den Genuss der

³¹⁰ Ein Zitat von mir, das ich in diversen Arbeitsgruppen und Verhandlungsrunden immer wieder betonte.

³¹¹ Pinggera in: Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2009, 93.

„Hacklerregelung“, auf die die Differenzierung zwischen Versicherungszeiten und Beitragszeiten nicht mehr anzuwenden ist. Zeiten einer Teilpflichtversicherung (z. B. Zeiten der Arbeitslosigkeit) wären demnach zur Erlangung der Antrittsvoraussetzungen anzurechnen...“

Man hat mit der Pensionsreform 2003³¹² nur scheinbar die vorzeitigen Pensionen abgeschafft. „Mit der Pensionsreform 2003 wurden alle vorzeitigen Alterspensionen abgeschafft, dennoch war noch nie die Palette der Möglichkeiten, vorzeitig in die Alterspension zu gehen, so breit wie derzeit³¹³.“

De facto gibt es dzt. nur eine interessante vorzeitige Pensionsart: die Langzeitversichertenregelung. Daneben gibt es die Alterspension und wenn jemand krank ist, die Invaliditätspension. Alle anderen (vorzeitigen) Pensionsarten sind faktisch irrelevant, solange die abschlagsfreie „Hacklerregelung“ in Anspruch genommen werden kann.

Pinggera thematisiert in seinem Beitrag im Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2009 auch das zweite, mir besonders heikel erscheinende, Problem der „Hacklerregelung“, nämlich das plötzliche Ende mit Ende 2013. Eine Lösung ist für Herbst 2009 geplant. Wichtig erscheint dies v. a. deshalb, da sich viele Versicherte in einem sehr unangenehmen und für sie teilweise nicht nachvollziehbaren Zustand befinden; insbes. für stichtagsnahe Versicherte kommt dzt. erschwerend hinzu, dass aufgrund der aktuellen Wirtschaftslage der Zeitpunkt des Pensionsantritts nicht dispositiv gewählt werden kann.

Eine rasche und sinnvolle Lösung wäre wünschenswert, um nicht zu sagen unabdingbar.

³¹² BBG 2003, BGBl. I Nr. 71.

³¹³ *Pöltner*, Die Feststellung von Zeiten der Schwerarbeit in: DRdA 5/2007, 4.

XXI. Pensionsantritt: Der aktuelle Trend Österreichs, innerhalb der EU und im internationalen Vergleich³¹⁴

In einer APA-Meldung dieses Jahres wurde in einem Vergleich, den die OECD angestellt hat, folgender Trend deutlich:

Die Österreicher zählen zu den „Frühpensionsweltmeistern“; nur die Franzosen treten noch früher den Ruhestand an. Das hat ein Anfang Mai veröffentlichter Vergleich der in Paris angesiedelten Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) ergeben. Ebenfalls interessant: Im Gegensatz zu den offiziellen Reformplänen und – übrigens – auch gegen den internationalen Trend, ist das Pensionsantrittsalter in den vergangenen Jahren noch weiter gesunken.

Zu den Zahlen im Detail: Im Durchschnitt aller 30 OECD-Staaten gehen Männer mit 63,5 Lj. in Pension, Frauen mit 62,3 Lj. (alle Zahlen beziehen sich auf 2007). In Österreich arbeiten aber sowohl Männer als auch Frauen deutlich kürzer: Männliche Österreicher gehen im Durchschnitt mit 58,9 Lj. in Pension, Frauen mit 57,9 Lj. Noch kürzer gearbeitet wird nur in Frankreich (wo Männer schon mit 58,7 Lj. ihren Ruhestand antreten) bzw. in Polen und der Slowakei (wo Frauen bereits mit 57,7 bzw. 54,5 Lj. in Pension gehen).

Spitzenreiter im internationalen Vergleich ist Mexiko, wo Männer im Durchschnitt 73 Jahre alt werden, bis sie in Pension gehen können. Mexikanische Frauen müssen noch länger arbeiten, und zwar bis 75. Ähnlich lange im Beruf stehen die Koreaner (Männer gehen mit 72,2 Lj. in Pension, Frauen mit 67,9 Lj.) und die Japaner (69,5 Lj. bei Männern bzw. 66,5 Lj. bei Frauen). Zumindest bis über 65 Lj. müssen Männer in Portugal, Island, Irland, der Schweiz sowie in Schweden und Neuseeland arbeiten.

Während die Menschen angesichts der steigenden Lebenserwartung in vielen Ländern länger arbeiten müssen, ist das tatsächliche Pensionsalter seit

³¹⁴ Stand: Mai 2009.

2002 in Österreich gesunken. Die OECD hat jeweils die Jahre 2002 und 2007 verglichen: Das Pensionsantrittsalter österreichischer Männer ist in dieser Zeit um ein dreiviertel Jahr (0,7) gesunken, jenes der Frauen um ein Jahr. Und das, obwohl die Lebenserwartung der Männer von 2002 bis 2007 um 1,4 Jahre gestiegen ist, jene der Frauen um ein Jahr.

Im Durchschnitt der 30 OECD-Staaten ist das Pensionsantrittsalter der Männer von 2002 bis 2007 übrigens um 0,3 Jahre gestiegen. Die Frauen gehen sogar um 0,9 Jahre später in Pension. Besonders stark gestiegen ist das Pensionsalter u. a. in Schweden, wo Männer mittlerweile mit durchschnittlich 65,7 Lj. in Pension gehen (ein Anstieg um 2,2 Jahre). Schwedische Frauen arbeiten mittlerweile bis 62,9 Lj. (ein Plus von 0,9 Jahren).

Dieser Trend in Österreich, der mit Polen und der Slowakei sowie mit Frankreich anhält, ist in meinen Augen ein gefährlicher. Denn die demografische Entwicklung widerspricht eindeutig dem „Frühpensionsverhalten“ der Österreicher. Das bedeutet konsequenter Weise, dass sehr bald sehr tiefe Einschnitte – insbes. finanzielle Einbußen und möglicherweise auch ein Anheben des Regelpensionsalters – stattfinden werden müssen, um das System weiterhin aufrecht zu erhalten.

Der OECD-Bericht 2007 enthält des Weiteren folgende brisante Details: In Österreich ist nur knapp ein Drittel der 55-64-Jährigen erwerbstätig. Der OECD-Schnitt liegt bei 52 %, wobei die skandinavischen Länder rund 70 % Erwerbstätige aufweisen. Invalide sollten nicht einfach in Pension geschickt werden, sondern es sollte vielmehr kompatible Beschäftigungen geben. Im Jahr 2006 traten in Österreich aufgrund gesundheitlicher Probleme rund 430.000 Neuzugänge die Invaliditätspension an.

In einer Mitte Juni 2009 veröffentlichten Studie der OECD³¹⁵ wird der bereits oben dargestellte Trend verschärft: Österreich gibt innerhalb der 30 OECD-Länder nach Italien den größten Anteil seiner Wirtschaftsleistung für Pensionsleistungen aus. Im Jahr 2005 betragen die Gesamtaufwendungen für die

³¹⁵ Quelle: APA vom 23.6.2009, 0175 5 II 0329 WI.

Alterssicherung laut einer Studie der OECD 12,6 % des BIP, im OECD-Schnitt waren es 7,2 % des BIP. Diese Ausgaben gemessen am BIP sind nur in Italien mit 14 % höher als in Österreich. Knapp weniger gibt Frankreich für die Pensionen aus (12,4 %). Deutschland folgt mit 11,4 % BIP-Anteil, die Schlusslichter sind die Slowakei (6,2 %) und Großbritannien (5,7 %).

Unter allen 27 EU-Staaten hat Österreich die dritthöchsten Ausgaben für Pensionsleistungen³¹⁶.

Exkurs: Europäische Studie betreffend Erkrankungen des Bewegungsapparates³¹⁷

Eine Studie aus der Untersuchung „Work Foundation“, die im September 2009 in Brüssel präsentiert wurde, besagt, dass 49 % aller Krankenstandstage in der EU und 60 % aller Fälle von Invalidität auf Erkrankungen des Bewegungsapparates zurückzuführen sind. Diese Studie zeigt nicht nur das Leid der Betroffenen, sondern auch die jährlichen Kosten auf. Das sind rund 240 Mrd. Euro bzw. 2 % des EU-BIP. Diese Untersuchung wurde in 25 Staaten durchgeführt; 170 Mio. Beschäftigte, wovon etwa ein Sechstel durch eine chronische Erkrankung zumindest teilweise im Arbeitsleben eingeschränkt ist. Durch Leiden wie Arthrosen, Rückenbeschwerden, chronische Polyarthritiden komme es in Großbritannien zu 9,5 Mio. Krankenstandstage durch diese Leiden. Insgesamt in Europa haben rund 100 Mio. solche Krankheiten, 40 Mio. davon stehen im Erwerbsleben, etwa 40 % davon sind von Invalidität bedroht.

³¹⁶ Quelle: APA vom 15.10.2009, 0110 5 II 0468.

³¹⁷ Quelle: APA 0033 5 CA 0205 XA, 30.9.2009.

A. Explosionsartiger Anstieg der „Frühpensionen“³¹⁸

Einen enormen Zuwachs an „Frühpensionisten“ verzeichnet Österreich Jahr 2009: Die verlängerte und ausgedehnte Langzeitversichertenregelung erreichte im Februar einen Anteil von rund 63 % aller vorzeitigen Alterspensionen. Einen Rekordwert haben auch die Invaliditätspensionen zu verbuchen: Es waren im selben Zeitraum (Februar 2009) insgesamt 451.167 Personen, die eine Invaliditätspension erhalten haben.

Im Jahr 2006 wurden in Österreich insgesamt 31.224 Invaliditätspensionen und 50.793 Alterspensionen zuerkannt³¹⁹. Diese Relation der Neuzuerkennungen der Invaliditätspensionen zu den normalen Alterspensionen ist erschreckend.

Diese Statistik hat nichts mit der demografischen Entwicklung zu tun. Politische Entscheidungen sind u. a. dafür maßgeblich verantwortlich, dass v. a. der Antritt der Langzeitversichertenregelung derartig steigen kann. In einer Zeit, in der regelmäßig Reformen das Pensionsversicherungsrecht prägen, die demografische Entwicklung schon beinahe nur mehr negativ gesehen wird, obwohl wir uns alle daran erfreuen sollten, länger zu leben, wird eine vorzeitige Alterspension wie die abschlagsfreie Langzeitversichertenregelung ohne weiteres verlängert und der Zugang erleichtert.

B. Vorschlag der EU-Kommission (Lissabon-Bericht) und die Situation in Österreich

Eine Empfehlung der EU-Kommission – nicht zuletzt aufgrund der Finanzkrise – betrifft die Verschärfung der Bedingungen für das Erreichen einer vorzeitigen Alterspension. Verbesserte Anreize für ältere Arbeitnehmer, verstärkte arbeitsbezogene Ausbildung etwa werden dabei besonders hervorgehoben.

³¹⁸ Quelle: APA 0176 5 II 0317, 25.3.2009.

³¹⁹ Quelle: *Neumann* in einem Referat im Zuge einer Enquete „Invalidität im Wandel“, 5.2.2008.

Diese Empfehlung – wohl gemerkt wie das Wort schon sagt, nicht für die Mitgliedstaaten bindend – geht in eine andere Richtung als die der aktuellen Entwicklung in Österreich: Es wurden sämtliche vorzeitige Alterspensionen abgeschafft, wie z. B. die Gleitpension per 31.12.2003 oder die – noch sukzessiv auslaufende vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer³²⁰ per 1.7.2004, andere jedoch wieder aus der Taufe gehoben. Dazu gehören die Korridorpension und auch die Schwerarbeitspension, nicht zu vergessen die Langzeitversichertenregelung.

Entfielen im Jahr 2000 noch 18,3 % der Ausgaben (netto) auf Pensionen, so werden es 2010 22,8 % sein³²¹.

C. Statistik „Pensionsversicherung allgemein“

Die Gesamtausgaben der gesetzlichen Pensionsversicherung betragen im Jahr 2007 € 28,62 Mrd. Das ist eine Steigerung gegenüber dem Jahr 2006 von 4,6 %. Von den Gesamteinnahmen 2007 stammten € 23,11 Mrd.³²² aus Beiträgen für Versicherte. Die Beiträge für Selbstständige stiegen um 2,1 %, die für Unselbstständige um 5,4 %. Diese Steigerung wird zum einen auf die Zunahme von Versicherungsverhältnissen, zum anderen auf die Beitragsgrundlagensteigerung zurückgeführt. Im Jahresdurchschnitt 2007 betrug die Anzahl der Versicherungsverhältnisse in der gesetzlichen Pensionsversicherung 3,431.308. Der Großteil dieser Versicherungsverhältnisse sind Pflichtversicherungsverhältnisse³²³.

Im Jahresdurchschnitt 2008 entfielen auf 1.000 Pensionsversicherte 607 Pensionen, 594 bei den Unselbstständigen und 686 bei den Selbstständigen. Im Dezember 2008 wurden an 5.197 Männer eine Korridorpension und an 1.299 Männer eine Schwerarbeitspension ausbezahlt.

³²⁰ Ab 1.4.2014 entspricht das Anfallsalter bei Männern und Frauen bereits dem Regelpensionsalter von 65 bzw. 60 Lj.

³²¹ WIFO, Aussendung APA 0060 5 II 0459 WI.

³²² D. s. 80,8 %.

³²³ Quelle: Sozialbericht 2007-2008, 31 f.

Im Jahr 2008 wurden 73.311 Anträge auf Zuerkennung einer Invaliditäts- bzw. Berufsunfähigkeits- bzw. Erwerbsunfähigkeitspension gestellt. Von diesen Anträgen entfielen 66.980 auf die PV der Unselbstständigen und 6.332 auf die PV der Selbstständigen. Es wurden von den Pensionsversicherungsträgern 30.316 Anträge positiv erledigt, d. s. 43,6 % Zuerkennungsquote; die Ablehnungsquote beträgt demnach 56,4 %³²⁴. Nach den Erfahrungen der letzten Jahre bringen etwa 60 % der abgewiesenen Antragsteller Klage beim ASG ein; ca. ein Viertel ist dabei erfolgreich (zuerkennendes Urteil oder Vergleich).

³²⁴ Quelle: SoSi, 09/2009, 422 ff.

XXII. Resumee

Dem Titel dieser Arbeit entsprechend kann an dieser Stelle Folgendes festgehalten werden: Besonders belastende Erwerbstätigkeiten werden in der österreichischen gesetzlichen Pensionsversicherung berücksichtigt. Es kommen hierfür die Invaliditätspension sowie die Schwerarbeitspension in Betracht, ggf. auch das Sonderruhegeld (dieses gilt jedoch eingeschränkt nur für Unselbstständige). Bei all diesen Pensionsarten müssen von der betroffenen versicherten Person Abschläge in unterschiedlicher Höhe (1,8 - 4,2 %/Jahr des früheren Pensionsantritts vor dem Regelpensionsalter) in Kauf genommen werden.

Stellt man nun diesen Pensionsarten die abschlagsfreie „Hacklerregelung“ gegenüber, so ergibt dies folgendes Bild: Die „Hacklerregelung“ klingt zwar ihrem Namen nach so, als würde sie körperlich und manuell schwer arbeitende Menschen erfassen, tatsächlich weist aber diese Pensionsart zwingend keinen inhaltlichen Zusammenhang mit „besonders belastenden Erwerbstätigkeiten“ auf, sondern ist eine privilegierte Pensionsart, die allen offensteht, die bis zu einem gewissen Jahrgang geboren sind und eine bestimmte Anzahl an Versicherungsjahren aufweisen (540 bzw. 480 Versicherungsmonate).

Im Zuge sämtlicher Vorbereitungsarbeiten zur Erstellung einer Schwerarbeitsregelung ist mir etwas ganz deutlich aufgefallen: Es wird weitgehend erwartet, dass die Pensionsversicherung das wettmachen soll, was in anderen Bereichen, wie etwa der Krankenversicherung, nicht oder zu wenig beachtet wurde. Im Zuge der Erstellung der Berufsbilder wurden seitens der Gewerkschaften und Innungen von Sitzung zu Sitzung neue Berufsbilder in die Diskussion mit eingebracht, die *„jedenfalls gutachterlich zu untersuchen sind.“*

Sobald die Diskussionen rund um eine neue Regelung, die Schwerarbeit berücksichtigen soll, publik wurde, griffen diese die Medien sofort auf und kritisierten das eine oder andere Berufsbild. Unzählige Anfragen von priva-

ten Personen erreichten – auf telefonischem, elektronischem und postalischem Wege – das Sozialministerium.

Großes Unverständnis machte sich breit, wenn es abgelehnt wurde, das eine oder andere Berufsbild in die Liste mit aufzunehmen. Bei all den Anfragen wurde deutlich, dass Unmut rein darüber geäußert wurde, dass gerade sein oder ihr Beruf scheinbar weniger zähle, als andere, weil: „*anstrengend sei er jedenfalls*“. Die Möglichkeit im Pensionsrecht als Schwerarbeiter eingestuft werden zu können, hat sich im Bewusstsein der Menschen verankert. Kaum einer der Kritiker blickte hinter die Kulissen. Denn die allgemeinen Voraussetzungen, um überhaupt in das Blickfeld der Belastungsmomente oder der Berufslisten zu gelangen, würden von nicht einmal der Hälfte aller Intervenienten erfüllt. Selbst wenn ein Beruf in die Berufsliste(n) aufgenommen wird, muss die versicherte Person 45 Versicherungsjahre aufweisen oder – nach dem „alten“ Recht – 45 Beitragsjahre, wobei Kinderersatzzeiten und Zivil- und Präsenzdienstzeiten in gewissem Ausmaß angerechnet werden. Die Aufnahme in die Berufsliste(n) ist noch bei Weitem nicht das Tor zu einer früheren Pension als nach dem Regelpensionsalter.

Ein anderes Manko, das in der Regelung der Berücksichtigung von Schwerarbeit selbst liegt, ist die Verfehlung des eigentlichen Zweckes des Bestehens derselben in der gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich. Jeder Nebenerwerbsbauer, der eine bestimmte Größe bzw. einen bestimmten Einheitswert an Grundstücken besitzt, das möglicherweise sogar verpachtet sein kann, kann Schwerarbeiter sein. Er unterliegt ab einem Einheitswert von über € 2.400 der Vollversicherungspflicht in der Sozialversicherung nach den Bestimmungen des BSVG. So kann jemand z. B. Angestellter sein, in diesem Beruf nie in Berührung von Schwerarbeitsmomenten iSd VO gekommen sein, und doch als Schwerarbeiter eine Schwerarbeitspension in Anspruch nehmen. Dieses „Schlupfloch“ wurde bei Ausarbeitung gegenständlicher Regelung nicht bedacht, gehörte aber mE dringend gestopft, um den eigentlichen Zweck und die tatsächlichen Schwerarbeiter nicht zu untergraben.

Die Pensionsversicherung ist nicht die richtige Materie, die sämtliche Versäumnisse in und während des Erwerbslebens ausgleichen kann. Genau diese Tatsache ist das große Problem, mit dem gerade die Schwerarbeitsverordnung zu kämpfen hat. Es wurde eine neue Pensionsart ins Leben gerufen, die nach Ansicht der Bevölkerung alle Probleme lösen soll. Erst auf den zweiten Blick wird erkannt, dass nur eine Handvoll Versicherte unter die Schwerarbeitspension fallen kann.

Der Bereich der Berücksichtigung besonders belastender Erwerbstätigkeiten in der Pensionsversicherung steht vor sehr großen Problemen. Zum einen sind veraltete und längst reformbedürftige Strukturen immer noch Alltag (Invalidität), zum anderen versucht man mit neuen, innovativen und vermeintlich attraktiven Pensionsarten (Schwerarbeit) zu werben.

Solange es die „Hacklerregelung“ gibt, wird die Schwerarbeitspension für viele potentiell Betroffene totes Recht sein. Schon allein aufgrund der Abschlagsfreiheit stellt die Langzeitversichertenregelung eine deutlich günstigere Alternative dar. Interessant ist die Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension einzig für ältere Arbeitslose, die bereits in früheren Erwerbsjahren die erforderlichen 120 Schwerarbeitsmonate erfüllten.

Die allgemeinen Voraussetzungen (540 bzw. 480 Versicherungsmonate) sind bei Langzeitversicherten- und Schwerarbeitspension dieselben, es entfällt aber bei ersterer der zusätzliche Faktor einer Schwerarbeit. Zudem ist die „Hacklerregelung“ abschlagsfrei auf Lebenszeit. Es grenzt schon an Hohn, die Schwerarbeitspension – zumindest bis zum Jahr 2013 – als eine attraktive Pensionsart zu bewerben, die zum einen Abschläge beinhaltet und zum anderen die nächsten Jahre (bis 2024) praktisch nur auf männliche Versicherte anwendbar ist. Als Potential bleiben für die Inanspruchnahme einer Schwerarbeitspension nur jene Versicherten, die zwar 540 Versicherungsmonate, jedoch nicht 540 Beitragsmonate und diesen gleichgestellte Monate in ihrem Erwerbsleben aufweisen³²⁵.

³²⁵ *Milisits* in: Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2009, 110.

Das NSchG ist das einzige G, das sich schon knapp 30 Jahre bewährt. Klare Voraussetzungen und Abgrenzungen mit anderen Berufsbildern führen dazu, dass Nachtschwerarbeiter mit anderen Versicherten nicht in Konkurrenz stehen können. Für besondere Belastungen gebühren besondere Pensionsprivilegien. Die allgemeinen Voraussetzungen sind für die Betroffenen nicht nur theoretisch erfüllbar, Männer wie Frauen werden gleichermaßen berücksichtigt.

Es ist zu befürchten, dass die Schwerarbeitspension obsolet wird, noch bevor sie im System der Alterspensionen richtig Fuß gefasst hat. Geplante Neuregelungen des Invaliditätsrechts, die Fortführung der „Hacklerregelung“ (zumindest bis 31.12.2013) und die langjährige Unanwendbarkeit für weibliche Versicherte, drängen ein vermeintlich innovatives Projekt in den Hintergrund. Auch die oben erläuterten verfassungsrechtlichen Bedenken könnten die Schwerarbeitspension zu Grabe tragen.

In einer jüngst erschienenen Presseaussendung vom 12.2.2010 (APA0039 5 II 0705 WI) wird von einem Auslaufen der „Hacklerregelung“ gesprochen. Ab dem Jahr 2014, also nach Beendigung der abschlagsfreien Langzeitversichertenregelung, soll das Antrittsalter sukzessive um sechs Monate angehoben werden, bis bei Männern das 62. Lj. und bei Frauen das 57. Lj. erreicht ist. Auch Abschlüsse seien vorgesehen.

Die Lebensjahre 62 bzw. 57 erinnern sehr stark an das Antrittsalter zur Korridorpension; die Anhebung der Altersgrenze um sechs Monate erinnert an die sukzessive Anhebung des Regelpensionsalters der Frauen. ME sind beide Ansätze nicht tauglich, eine gerechte Pensionsantrittslösung herbeizuführen. Die Korridorpension für Männer würde obsolet, da die Abschlüsse für „Hackler“ vermutlich geringer ausfallen werden; für Frauen wäre dieser scheinbare Lösungsansatz erneut ein Schritt gegen eine Schwerarbeitsregelung, die erst drei Jahre später in Anspruch genommen werden kann. Würde man sozialpolitisch etwas Vernünftiges erreichen wollen, so müsste das Pensionsanfallsalter für schwerarbeitende Frauen mind. um vier Jahre herabsenken, um irgendwie einen Ansporn für die Verrichtung von Schwer-

arbeit erreichen zu können. Die andere Seite ist die finanzielle Komponente: Ein Herabsenken des Anfallsalters wird aus budgetärer Sicht faktisch unmöglich sein. Hier stellt sich erneut die Frage des Nebeneinanderbestehens einzelner Pensionsarten: Wird das vom Sozialminister angedachte Modell der „Hacklerregelung neu“ in Kraft gesetzt, so wird die Korridor pension an Anwendungsgebiet verlieren. Für Frauen wird die Schwerarbeitsregelung immer weiter „nach hinten“ geschoben, sodass man hier tatsächlich schon von „totem Recht“ sprechen muss.

Ich möchte es nicht verabsäumen darauf hinweisen, dass der Begriff der „Gerechtigkeit“ ein zentraler in der Rechtswissenschaft ist. Gerade in der Pensionsversicherung – ein Thema das jeden betrifft oder betreffen wird – darf man die Gerechtigkeit nicht außer Acht lassen; das muss gelebtes Recht sein. Aber man muss dabei auch bedenken, dass Gerechtigkeit nicht nur gemacht, sondern sichtbar gemacht werden muss. Und dieses Sichtbarmachen ist wohl die größte und schwierigste Herausforderung des gesamten Pensionsversicherungsrechtes. Denn mE ist aus den ausführlich dargelegten Gründen, Gerechtigkeit (dzt.) nur sehr eingeschränkt vorhanden. Daher ist auch deren Sichtbarmachen ein schwieriges Unterfangen.

„Es gibt viele Krankheiten, aber nur eine Gesundheit. Es gibt viele Pensionsarten, aber für jeden Versicherten nur eine Pension.“

Im Sinne jedes einzelnen Versicherten, der Gerechtigkeit, und des Vertrauens in unser Sozialversicherungssystem sowie der Rechtssicherheit im Rechtsstaat Österreich, sollten diese Sätze den Entscheidungsträgern beim Erlassen von Gesetzen stets vor Augen sein.

Anhang 1

BUNDESGESETZ- BLATT

FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH

 Jahrgang 2006

Ausgegeben am 9. März 2006

 Teil II

 104. Verordnung: **Schwerarbeitsverordnung**

104. Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz über besonders belastende Berufstätigkeiten (Schwerarbeitsverordnung)

Auf Grund

1. des § 607 Abs. 14 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 155/2005;
2. des § 298 Abs. 13a des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG), BGBl. Nr. 560/1978, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 155/2005;
3. des § 287 Abs. 13a des Bauern-Sozialversicherungsgesetzes (BSVG), BGBl. Nr. 559/1978, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 155/2005;
4. des § 4 Abs. 4 des Allgemeinen Pensionsgesetzes (APG), BGBl. I Nr. 142/2004, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 132/2005,

wird mit Zustimmung der Bundesregierung verordnet:

Besonders belastende Berufstätigkeiten

§ 1. (1) Als Tätigkeiten, die unter körperlich oder psychisch besonders belastenden Bedingungen erbracht werden, gelten alle Tätigkeiten, die geleistet werden

1. in Schicht- oder Wechseldienst auch während der Nacht (unregelmäßige Nachtarbeit), das heißt zwischen 22 Uhr und 6 Uhr, jeweils im Ausmaß von mindestens sechs Stunden und zumindest an sechs Arbeitstagen im Kalendermonat, sofern nicht in diese Arbeitszeit überwiegend Arbeitsbereitschaft fällt, oder
2. regelmäßig unter Hitze oder Kälte im Sinne des Art. VII Abs. 2 Z 2 und 3 des Nachtschwerarbeitsgesetzes (NSchG), BGBl. Nr. 354/1981, oder
3. unter chemischen oder physikalischen Einflüssen im Sinne des Art. VII Abs. 2 Z 5, 6 und 8 NSchG oder
4. als schwere körperliche Arbeit, die dann vorliegt, wenn bei einer achtstündigen Arbeitszeit von Männern mindestens 8 374 Arbeitskilojoule (2 000 Arbeitskilokalorien) und von Frauen mindestens 5 862 Arbeitskilojoule (1 400 Arbeitskilokalorien) verbraucht werden, oder
5. zur berufsbedingten Pflege von erkrankten oder behinderten Menschen mit besonderem Behandlungs- oder Pflegebedarf, wie beispielsweise in der Hospiz- oder Palliativmedizin, oder
6. trotz Vorliegens einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (§ 14 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970) von mindestens 80 %, sofern für die Zeit nach dem 30. Juni 1993 An-

spruch auf Pflegegeld zumindest in Höhe der Stufe 3 nach § 5 des Bundespflegegeldgesetzes, BGBl. Nr. 110/1993, oder nach den Bestimmungen der Landespflegegeldgesetze bestanden hat.

(2) Als besonders belastende Berufstätigkeiten gelten jedenfalls auch alle Tätigkeiten, für die ein Nachtschwerarbeits-Beitrag nach Art. XI Abs. 3 NSchG geleistet wurde, ohne dass daraus ein Anspruch auf Sonderruhegeld nach Art. X NSchG entstanden ist.

Tätigkeiten unter chemischen oder physikalischen Einflüssen

§ 2. Eine Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 gilt nur dann als besonders belastend, wenn dadurch eine Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 203 ASVG von mindestens 10 % verursacht wurde.

Schwere körperliche Arbeit

§ 3. Ob eine bestimmte Tätigkeit als schwere körperliche Arbeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 4 gilt, ist nach den in der Anlage zu dieser Verordnung festgeschriebenen Grundsätzen festzustellen.

Schwerarbeitsmonat

§ 4. Ein Schwerarbeitsmonat ist jeder Kalendermonat, in dem eine oder mehrere Tätigkeiten nach § 1 Abs. 1 zumindest in jenem Ausmaß ausgeübt wurden, das einen Versicherungsmonat im Sinne des § 231 Z 1 lit. a ASVG begründet. Arbeitsunterbrechungen bleiben dabei außer Betracht, solange die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weiter besteht.

Meldung der Schwerarbeitszeiten

§ 5. Die DienstgeberInnen haben dem Träger der Krankenversicherung ab dem 1. Jänner 2007 folgende Daten der bei ihnen beschäftigten männlichen Versicherten, die bereits das 40. Lebensjahr vollendet haben, und weiblichen Versicherten, die bereits das 35. Lebensjahr vollendet haben, gesondert zu melden:

1. alle Tätigkeiten, die auf das Vorliegen von Schwerarbeit schließen lassen,
2. die Namen und Versicherungsnummern jener Personen, die Tätigkeiten nach Z 1 verrichten, und
3. die Dauer der Tätigkeiten nach Z 1.

Die Meldung ist jeweils bis Ende Februar des Kalenderjahres, das der Verrichtung der Tätigkeiten nach Z 1 folgt, unter sinngemäßer Anwendung des § 41 ASVG zu erstatten. Personen, die nach dem GSVG oder FSVG oder BSVG versichert sind, haben die Meldung der Schwerarbeitszeiten ab dem 1. Jänner 2007 in gleicher Weise selbst zu erstatten.

In-Kraft-Treten

§ 6. Diese Verordnung tritt mit 1. Jänner 2007 in Kraft.

Haubner

Anlage

Grundsätze für die Feststellung des Vorliegens einer schweren körperlichen Arbeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 4

1. Begriffsbestimmung und Kriterien

Schwere körperliche Arbeit setzt eine in Bezug auf die Intensität oder Dauer der Belastung über das normale Kräftepotential hinausgehende Verausgabung von Arbeitskraft voraus, bei der die gesamte Körpermuskulatur beansprucht wird.

Kriterien für die Einstufung von beruflichen Tätigkeiten als schwere körperliche Arbeit sind neben der energetischen Belastung sowie der Herz- und Kreislaufbelastung auch die Belastung des passiven und aktiven Stütz- und Bewegungsapparates, also der Knochen und Gelenke sowie der Sehnen und Muskeln.

2. Bewertung von Tätigkeiten als Schwerarbeit nach der energetischen Belastung

2.1. Arbeitsenergieumsatz-Grenzen von 8 374 Kilojoule (2 000 Kilokalorien) pro Tag bei Männern und 5 862 Kilojoule (1 400 Kilokalorien) pro Tag bei Frauen

Der Arbeitsenergieumsatz ergibt sich aus dem Gesamtenergieumsatz pro Arbeitstag abzüglich des Grundenergieumsatzes (differiert vor allem in Abhängigkeit vom Körpergewicht), dem Freizeitenergieumsatz (der je nach Freizeit-Aktivität unterschiedlich ist) und einem kleinen Anteil für Energieverluste.

Für die Festlegung der Schwerarbeits-Grenze ist die Lage der „Energetischen Dauerleistungsgrenze“, die mit dem Tages-Arbeitsenergieumsatz gleichzusetzen ist, von Bedeutung. Sie liegt für Männer bei 8 374 Kilojoule (2 000 Kilokalorien) pro Tag, für Frauen bei 5 862 Kilojoule (1 400 Kilokalorien) pro Tag (gerundete Durchschnittswerte).

2.2. Einstufung von beruflichen Tätigkeiten als schwere körperliche Arbeit

Die Einstufung von beruflichen Tätigkeiten als „energetische Schwerarbeit“ erfolgt nach folgenden Grundsätzen:

Die Arbeitsenergieumsatz-Richtwerte werden nach arbeitsmedizinischen Standards ermittelt. Auf dieser Grundlage werden Tätigkeitsbeschreibungen mit ihren Jouleverbrauchswerten erstellt und hinsichtlich ihrer Dimensionen umgerechnet.

Schließlich wird geprüft, ob durch die mit einem bestimmten Beruf verbundenen Tätigkeiten (Tätigkeitsbilder) die vorgegebene Kilojoulegrenze (8 374 bei Männern bzw. 5 862 bei Frauen) pro Tag erreicht oder überschritten wird.

Anhang 2

Fassung September 2007

„Körperliche Schwerarbeit“ iSd § 1 Abs. 1 Z 4 der Verordnung über besonders belastende Berufstätigkeiten

Allgemeines:

Bei den angeführten Berufsgruppen ist nur insoweit Schwerarbeit anzunehmen, sofern kein maschineller Einsatz mit Großgeräten (wie z.B. Kräne, Bagger, LKWs) vorliegt und auch nicht überwiegend Planungs-, Organisations-, Kontroll- oder Aufsichtstätigkeiten ausgeübt werden; in diesen Fällen ist a priori nicht von Schwerarbeit auszugehen.

Liste 1

x > 2.000 kcal (8.374 kJ)

Ackerbäuerin/Ackerbauer

BäckerIn (gemischte Tätigkeiten)

BauhilfsarbeiterIn

BauhilfsarbeiterIn AsphaltiererIn

BauhilfsarbeiterIn SchwarzdeckerIn

BauspenglerIn

BautischlerIn

BergarbeiterIn im Tagbau

BerufsjägerIn

Beton- und SchalungsbauerIn

Blech-, Portal- und StahlbauschlosserIn

BodenlegerIn

BohrarbeiterIn im Salzbergwerk

Bohrmann

DachdeckerIn

DachdeckerIn mit Spezialaufgaben (BlitzschutzanlagenbauerIn, Kirchdach-
abdeckung)

EisenbiegerIn und – flechterIn

ElektrowicklerIn

Erdöl- und ErdgasgewinnerIn

ErntehelferIn (Obst und Diverses manuell)

EstrichherstellerIn

FleischverarbeiterIn (ausgenommen Zerlegung und Verarbeitung in Betrie-
ben mit maximal 5.000 kg Fleisch/Woche bzw. ausgenommen bei geringem
körperlichen Einsatz wie z.B. Zuschneiden, Salzen, Füllen,...)

FördererIn

ForstarbeiterIn (auch mit erheblichem technischem Einsatz)

FräserIn

GartenarbeiterIn (gewerbliche/r LandschaftsgärtnerIn)

GerüsterIn

Gesundheitshilfsdienst (Sanitätshilfsdienste)

Glasbe- und verarbeiterIn (überwiegend Fenster im Fassadenbau)

Gleiserhaltung

Gleisneubau

GrobmechanikerIn (IndustrieanlagenbauerIn mit Montage)

GussputzerIn (ausgenommen Leichtmetalle)

HafnerIn

HauerIn

HilfsarbeiterIn im Holzbereich (mit überwiegend manueller Tätigkeit)

HilfsarbeiterIn im Metallbereich

HilfsarbeiterIn in Mühlen

InstallateurIn mit Ausnahme von Servicetätigkeiten und ausschließlicher
Einstellungs- und Justierarbeit (Sanitär-, Gas-, Wasser-, Heizung-, Lüftung-
und Klimainstallation)

Kabelerzeugung

LagerarbeiterIn (ohne überwiegende Staplertätigkeit/andere maschinelle Unterstützung)

LandarbeiterIn (Pflanzenbau einschl. gärtnerische Pflanzenproduktion, Tierhaltung)

LedererzeugerIn und LederarbeiterIn (überwiegend händische Bearbeitung)

LeichenbestatterIn

Leitungsmonteur/in (Hochspannungsleitungen)

MalerIn und AnstreicherIn (mit Bodenverlegungsarbeiten)

Matrose/in (Transport/Fracht, d.h. nicht Personenverkehr) Binnenschifffahrt

Matrose/in (Transport/Fracht, d.h. nicht Personenverkehr) Hochseeschifffahrt

MaurerIn

MaurerIn FeuerungsmaurerIn

MaurerIn im Tunnelbau

MechanikerIn Schwermaschinen und LKWs

MüllkübelentleererIn

ÖlerIn und SchmiererIn

PaketzustellerIn

PflastererIn mit Randsteinsetzarbeiten

Platten- und FliesenlegerIn

SchlepperIn

SchmiedIn (Eisen- und StahlschmiedIn)

SpanerIn

SteinarbeiterIn (ohne überwiegend maschinelle Unterstützung)

SteinmaurerIn

TapeziererIn Bereich Möbel

TaucherIn im Brücken- und Kraftwerksbau (sofern nicht nach § 1 Z 3 der VO berücksichtigt)

TiefbauerIn und StraßenbauerIn mit Spezialaufgaben (Kanalbau, Brunnenbau)

TierzüchterIn

UniversalschweißerIn (ohne stationäre Schweißanlagen)

VerladerIn

VerschieberIn

WarenzustellerIn Elektrogeräte

WarenzustellerIn Maschinen

WarenzustellerIn Möbel

Wildbach- und LawinenverbauerIn

WinzerIn

ZimmererIn

Liste 2

$x > 1.400 \text{ kcal (5.862 kJ)} < 2.000 \text{ kcal (8.374 kJ)}$

Ambulante Händlerin

Bäckerin (allgemein) ohne Spezialisierung

Bäckerin: Ofenarbeiterin (mit überwiegend technischer Unterstützung)

Bauendreinigerin

Briefzustellerin mit überwiegender Gehleistung

Chemiehilfsarbeiterin

Drahtzieherin (Baudraht)

Elektroinstallateurin (mit Ausnahme von Servicetätigkeiten)

Fleischhauerin im Verkauf mit manueller Zerlegungstätigkeit

(darunter fallen nicht: Ladnerin, Wurstverkauf)

Fleischerin Bereich Schlachtung (darunter fällt nicht: Geflügel)

Gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege (Krankenpflegefachdienst)

Flugzeugmechanikerin

Gepäckverladerin (mit überwiegend Staplerfahrt/anderer maschineller Unterstützung)

Getreidemüllerin

Glasbe- und Verarbeitung Bereich Montage und Reparatur

Glasformenbau

Heimhilfe

Hilfsarbeiterin in der Zuckerherstellung

Kellnerin

Kfz-Spenglerin (Karosseriebautechnikerin)

Köchin

Küchengehilfin

Kunststein- und Betonwarenerzeugerin

Lackiererin (Spritzlackiererin, Spritzkabinen)

Ledererzeugerin und Lederarbeiterin Finish (Schleifen, Bügeln)

Lohndienerin

Lüftungsspenglerin

Magazin-, Lagerfachleute, Expedientin

Masseurin

Mechanikerin Bereich Kraftfahrzeuge

Mechanikerin Bereich Leichtmaschinen und Motorrad

Möbeltischlerin

Paketzustellerin

Papiermacherin (Papiertechnikerin)

Pflegehilfe

Physiotherapeutin, MTF- Sparte Physiotherapie

Rauchfangkehrerin

Raumpflegerin und Gebäudeinnereinigerin (sofern nicht ausschließlich
Büroreinigung)

Restauratorin (Gebäude, Fassaden, Denkmäler)

Saat- und Pflanzenzüchterin

Sägewerkerin

Schaustellerin

Schwarzabwäscherin

Steingewinnerin (mit überwiegend maschineller Unterstützung)

Steinmetzin

Stubenfrau

Tapeziererin Bereich Wände

Walzerin

Warenzustellerin Bereich Lebensmittel/Hauszustellung

Werkzeugmacherin

Anhang 3

A. Abstract (dt.): „Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstätigkeiten in der Pensionsversicherung“

Die Berücksichtigung von gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Erwerbsleben eines Versicherten ist keine Neuheit in der gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich; Invaliditätspensionen gibt es seit der Stammfassung des ASVG. Selbstständig und unselbstständig Erwerbstätige haben – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – Anspruch auf eine Invaliditäts,- bzw. Berufsunfähigkeits,- bzw. Erwerbsunfähigkeitspension.

Die Berücksichtigung von besonders belastenden Erwerbstätigkeiten ist grundsätzlich auch kein neuer Ansatz im gesetzlichen Pensionsversicherungsrecht. Mit Inkrafttreten des Nachtschwerarbeitsgesetzes wird jenen Personengruppen eine Pension vor dem gesetzlichen Anfallsalter gewährt, die – neben allgemeinen Voraussetzungen – zwei besondere Voraussetzungen erfüllen müssen: Die Arbeit muss in der Nacht verrichtet werden und schwer im Sinne des Gesetzes sein.

Ein völlig neuer Weg, besonders belastenden Erwerbstätigkeiten in der Pensionsversicherung zu berücksichtigen, wurde am 1.1.2007 beschritten: Die Schwerarbeitspension. Besonders belastende Berufstätigkeiten, die in einer eigenen Verordnung taxativ normiert sind, sollen einen früheren Pensionsantritt als den nach dem Regelpensionsalter ermöglichen. Neben allgemeinen Voraussetzungen müssen diese abschließend definierten Tätigkeiten eine gewisse Dauer aufweisen und innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verrichtet worden sein.

Nun stehen drei Pensionsarten offen, die allesamt in irgendeiner Weise belastende berufliche Tätigkeiten und/oder gesundheitliche Beeinträchtigungen – mehr oder weniger attraktiv – in der Pensionsversicherung berücksichtigen.

All diesen Pensionsarten steht nun die sogenannte „Hacklerregelung“ (Langzeitversichertenregelung) gegenüber. Diese Pensionsart, die – neben allgemeinen Voraussetzungen – nur an bestimmte Jahrgänge anknüpft, wurde ursprünglich befristet eingeführt, nunmehr bereits bis Ende 2013 verlängert. Ein gewisser Widerspruch zu den oben beschriebenen Pensionsarten ist erkennbar und verfassungsrechtlich nicht unbedenklich, v. a. betreffend die Abschlagsfreiheit bei der Langzeitversichertenregelung im Gegensatz zu Abschlägen der übrigen Pensionsarten, die dazu noch besondere und erschwerende Bedingungen bzw. gesundheitliche Defizite enthalten.

Mangelnde Rechtssicherheit ist die Folge eines Systems, das in den letzten Jahren durch die Verlängerung einer abschlagsfreien vorzeitigen Pensionsart immer mehr ins Wanken geraten ist.

Der Gerechtigkeitsaspekt geht hier durch diese Entwicklung verloren. Gerade die gesetzliche Pensionsversicherung betrifft (irgendwann) jeden, das ist eine Thematik, mit der sich (irgendwann) jeder auseinandersetzen muss. Die derzeitige Situation läuft Gefahr, unser an sich sehr gutes Pensionssystem zu kippen und durch besondere Privilegien unfinanzierbar zu machen.

B. Abstract (engl.): „Consideration of especially demanding employment periods in the context of (statutory) pension insurance”

The consideration of health impairments periods during working life is a well known concept to Austrian statutory pension insurance. Disability pensions [*Invaliditätspensionen*] have been part of the General Social Security Act [*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*] from its very first version on. Employed or self-employed persons are entitled to receive a disability pension or a pension due to incapacity to work [*Erwerbsunfähigkeitspension*].

Also the consideration of especially demanding employment periods is actually not innovative, as the Night Heavy Labour Act [*Nachtschwerarbeitsgesetz*] (NHLA) – enacted in 1981 – grants pensions to those persons who meet two special requirements, regardless whether they have reached statutory retirement age or not. Those two special requirements are: the work done must have been heavy in terms of the NHLA and it must have been done during night.

However substantially new grounds have been broken by considering especially demanding periods in the context of (statutory) pension insurance on January 1st 2007: the date the heavy labour pension [*Schwerarbeitspension*] was introduced. Especially demanding professional activities, which are exhaustively listed in a Federal Regulation, allow for retirements before the general pension age. Aside from general requirements that must be met, those professional activities have to be carried out for some duration and within a certain period.

Therewith three different types of varying attractive pensions that take somehow demanding professional activities and/or health impairments into account stand open.

These three types of pensions are accompanied by the long term insured settlement [*“Hacklerregelung”*], which – aside from general preconditions – is only linked to certain age cohorts. Originally this regulation referencing to the years of birth should only be limitedly applied but later on the temporal

scope of application was extended till the end of 2013. Some inconsistencies to the above mentioned types of pensions might be discovered, which are worth discussing from the constitutional law point of view as for example the early retirement reductions [*Abschläge*] (ERR). Whereas long term insured do not have to accept ERRs, recipients of the other pension types do have to, although they had faced special and heavy working conditions and/or health impairments.

Legal certainty result from a system, that became more and more instable during the past years through prolonging a pension type without ERR.

Due to that development the aspect of justice is going to disappear in the context of the statutory pension insurance, a system which actually affects anyone of us (sometime). At the very moment, our actually very good pension system is endangered to collapse because of extra privileges that are unaffordable.

C. Lebenslauf und Wissenschaftlicher Werdegang (Bezug zum Dissertationsthema)

Mag. Carina Milisits:

Geboren am 13.1.1978 in Wien, besuchte ich nach der Volksschule das Sigmund-Freud-Gymnasium. Nach bestandener Matura im Mai 1996, inskribierte ich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Wien. 2001 beendete ich das Studium, anschließend absolvierte ich das neunmonatige Gerichtspraktikum.

Danach trat ich in den Bundesdienst als Referentin in der legistischen Abteilung der Sektion II (Sozialversicherung) im Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz ein. In dieser Funktion liegt auch mein persönlicher Zugang zu vorliegender Materie. Als Mitarbeiterin in der Legistik-Abteilung administrierte ich gemeinsam mit Sektionschef Dr. Pöltner die einzelnen Besprechungsrunden, durch Recherchen im Vorfeld zur Erstellung einer Schwerarbeitsverordnung konnte ich meine Erkenntnisse in den Arbeitsgruppen entsprechend einbringen und zur Diskussion stellen. Das Verfassen sämtlicher Resümeeprotokolle der Arbeitsgruppen, Erstellen von Positionspapieren und in der Funktion als „Kommunikationszentrum“ der Arbeitsgruppen, hatte ich die Möglichkeit das Thema von vielen Facetten zu beleuchten.

Vor allem die in den Diskussionsrunden oft kritisierten Punkte und – zur Schwerarbeitsverordnung alternativ – aufgezeigten anderen Möglichkeiten schwer arbeitende Menschen privilegiert zu erfassen, veranlassten mich, dieses Thema noch einmal näher zu durchforsten, die eine oder andere Idee weiter zu entwickeln und mögliche Lösungsansätze aufzuzeigen.

Nachdem es zu gegenständlicher Thematik noch keine wissenschaftlichen Arbeiten gibt, stellte ich mich der Herausforderung, diese neue, durchaus komplexe Rechtsmaterie, kritisch zu durchleuchten. Es ist mir vor allem ein Anliegen, einen Blick auch über die Grenzen Österreichs zu werfen und Systeme sämtlicher EU-Länder zu besprechen und Vergleiche mit Öster-

reich zu ziehen. Eine durchaus kritische Betrachtungsweise zur „Hacklerregelung“ lässt sich in meiner Arbeit kaum vermeiden.

Während meiner Tätigkeit im Sozialministerium habe ich ein Fachbuch zum Thema „Schwerarbeit“ verfasst, das in erster Linie Dienstgeber, aber auch andere interessierte Personen, ansprechen sollte. Der Titel lautet „Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis“, erschienen im Dezember 2007 im Verlag Linde Wien.

Laufend veröffentliche ich – seit etwa fünf Jahren – Beiträge im Rahmen der Rubrik „Neues aus der Gesetzgebung“ betreffend Neuerungen im Bereich der Sozialversicherung in der ASoK. Vorträge in großem und kleinem Rahmen zum Thema „Schwerarbeit“ prägten das erste Jahr vor und des Inkrafttretens der Schwerarbeitsverordnung.

Weiters bin ich Mitautorin des Fachbuches „Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich“, erschienen im März 2007, Verlag Linde Wien.

Im Februar 2008 wechselte ich ins Büro der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend, Dr. Andrea Kdolsky, und war Referentin für Angelegenheiten der Sozialversicherung; insbes. lag der Schwerpunkt im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung.

Seit Dezember 2008 bin ich als Fachexpertin für Sozialversicherungsrecht im Bundesministerium für Gesundheit tätig.

Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811
Abs.	Absatz
a.D.	außer Dienst
AK	Arbeiterkammer
AIV	Arbeitslosenversicherung
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, BGBl. 609 (WV)
APA	Austria Presse Agentur
APG	Allgemeines Pensionsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (Fachzeitschrift)
arg.	Argumentum
Art.	Artikel
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASoK	Arbeits- und SozialrechtsKartei (Fachzeitschrift)
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz 1955, BGBl. 189
AUVA	Allgemeine Unfallversicherungsanstalt
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, BGBl. Nr. 196/1988
AZG	Arbeitszeitgesetz
BBG 2003	Budgetbegleitgesetz 2003, BGBl. I Nr. 71
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz, BGBl. Nr. 333/1979
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1970
BG	Bundesgesetz

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BIP	Bruttoinlandsprodukt
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz 1967, BGBl. 200
BKVG	Bauern-Krankenversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 219/1965
BlgNR	Beilagennummer
BM	Bundesministerium
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMG	Bundeministeriengesetz (Stammfassung: BGBl. Nr. 76/1986 (WV))
BMSK	Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz
BMVG	Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz, BGBl. I Nr. 100/2002
BPVG 1969	Bauern-Pensionsversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 28/1970
BReg.	Bundesregierung
BSVG	Bauern-Sozialversicherungsgesetz 1978, BGBl. 559
BVA	Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter
BVG	Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten, BGBl. Nr. 832/1992
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz 1920 in der Fassung von 1929
bzw.	beziehungsweise
dB	Dezibel (logarithmiertes Verhältnis zweier elektr. Größen)

d. h.	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit (Fachzeitschrift)
d. s.	das sind
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, BGBl. III Nr. 86/1999
ELDA	Elektronisches Datensammelsystem
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
FSVG	Sozialversicherungsgesetz der freiberuflich selbständig Erwerbstätigen 1978, BGBl. 624
G	Gesetz(e)
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GKK	Gebietskrankenkasse
GP	Gesetzgebungsperiode
GSPVG	Gewerbliches Selbständigen-Pensionsversicherungsgesetz 1957
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz 1978, BGBl. 560
GZ	Geschäftszahl
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptverband der österr. Sozialversicherungsträger

idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
insbes.	Insbesondere
iZm	im/in Zusammenhang mit
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBl. Nr. 1/1957
kcal	Kilokalorien
kJ	Kilojoule
KoIV	Kollektivvertrag
KV	Krankenversicherung
KVG	Krankenversicherungsgesetz 1888, RGBl. 33
LAK NÖ	Landarbeiterkammer Niederösterreich
lfd.	Laufend
LG	Landesgericht
Lj.	Lebensjahr
LZVG	Landwirtschaftliches Zuschussrentenversicherungsgesetz, BGBl. 293/1957
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
mE	meines Erachtens
Mio.	Million(en)
Mrd.	Milliarde(n)
mtl.	Monatlich
Nov.	Novelle
NÖDIS	Magazin der niederösterreichischen GKK für Dienstgeber

Nr.	Nummer
NSchG	Nachtschwerarbeitsgesetz, BGBl. Nr. 354/1981
NVG	Notarversicherungsgesetz 1972, BGBl. 66
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof
OTS	Original Text Service
PG	Pensionsgesetz 1965, BGBl. 340
PV	Pensionsversicherung
PVA	Pensionsversicherungsanstalt
PV-Info	Fachzeitschrift für Personalverrechnung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechts-Informationen-System
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz.	Randziffer
sog.	sogenannte/er/es
SoSi	Soziale Sicherheit (Fachzeitschrift der österreichischen Sozialversicherung)
SRÄG	Sozialrechts-Änderungsgesetz
StGG	Staatsgrundgesetz, RGBl. Nr. 142/1867
StGKK	Steiermärkische Gebietskrankenkasse
StV	Staatsvertrag
SVA	Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft
SVÄG	Sozialversicherungs-Änderungsgesetz
SVB	Sozialversicherungsanstalt der Bauern

SV-EG	Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz, BGBl. Nr. 154/1994
SV-ÜG	Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz 1947
u. a.	unter anderem
UrlG	Urlaubsgesetz
UV	Unfallversicherung
UVG	Unfallversicherungsgesetz 1888, RGBl. I
v. a.	vor allem
VAEB	Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg.	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
vgl.	vergleiche
vH	von Hundert
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
WIFO	Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung
WISO	Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften
WV	Wiederverlautbarung
Z	Ziffer(n)
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
z. B.	zum Beispiel
Zl.	Zahl
ZPO	Zivilprozessordnung

ZProtMRK Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Literaturverzeichnis

Bücher, Gesamtdarstellungen und Beiträge

BMAS (Hrsg.), 1889-1989 100 Jahre Österreichische Sozialversicherung, 1989.

BMASK (Hrsg.), Invalidität im Wandel, 2009.

BMSK (Hrsg.), Sozialbericht 2007-2008.

BMSK (Hrsg.), Sozialschutz in Österreich, 2006.

BM für soziale Verwaltung, 10 Jahre ASVG, 1965.

BM für soziale Verwaltung und Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (FS), 25 Jahre Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, 1980.

Gleich in: Grüne Welt, Magazin der NÖ Landarbeiterkammer, 04/2009.

Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, 1998.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 100 Jahre Sozialversicherung in Österreich, 1988.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Die österreichische Sozialversicherung in Zahlen, 03/2009.

Karl/Marko, Jahrbuch Sozialversicherungsrecht, 2009.

Mazal, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit, 1993.

Milisits in: ASoK, 12/2009.

Milisits in ASoK: 04/2010.

Milisits in: Grüne Welt, Magazin der NÖ Landarbeiterkammer, 07/2006.

Milisits in: Grüne Welt, Magazin der NÖ Landarbeiterkammer, 10/2006.

Milisits in: PV-Info, Fachzeitschrift für Personalverrechnung, 03/2007.

Milisits in: PV-Info, Fachzeitschrift für Personalverrechnung, 11/2007.

Milisits, Schwerarbeitsverordnung – ein Leitfaden für die Praxis, 2008.

Milisits/Wolff, Handbuch zur gesetzlichen Pensionsversicherung in Österreich, 2007.

Milisits in: ZAS, 2a, 03/2009.

Neumann/Schindler in: ASoK, 12/2008.

Öhlinger, FS für Hans Floretta, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, 1983.

Öhlinger, Rechtsgutachten zur Schwerarbeitsverordnung, 2005.

Panhözl, Vollziehungsprobleme bei der Schwerarbeitspension in: DRdA 2/2009.

Pinggera/Pöltner/Stefanits, Das neue Pensionsrecht, 2005.

Pöltner, Die Feststellung von Zeiten der Schwerarbeit in: DRdA 5/2007.

Poperl, ASVG und APG Sozialversicherungshandbuch, Loseblattsammlung 2006.

PV-Info, Fachzeitschrift für Personalverrechnung, 06/2009.

PVA, Informationsbroschüren, Diverse, 2009.

Resch, Sozialrecht, 3. Auflage, 2005.

Rudda, Pensions- und Pflegevorsorge, 2008.

Schwarz/Zinief, Kommentar zum NSchG, 1997.

Siedl/Spiegel, Kommentar zum zwischenstaatlichen Sozialversicherungsrecht (Ifd.).

Spiegel, Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung in: Das neue Sozialrecht der EU, 2005.

Tastl in: NÖDIS, Juni 2006.

Teschner/Widlar/Pöltner, Allgemeine Sozialversicherung ASVG, Loseblattsammlung seit 1956.

Teschner/Widlar/Pöltner, Kommentar zum APG, Loseblattsammlung 2006.

Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts, 5. Auflage, 2002.

Tomandl, (Hrsg.) System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Loseblattsammlung seit 1976.

Tomandl, Was Sie immer schon über die Sozialversicherung wissen wollten, 2005.

Tomandl, Wie schlank kann soziale Sicherheit sein?, 1998.

Tomandl/Mazal, Das Invaliditätsproblem, 1997.

Tomandl/Schrammel (Hrsg.), Die Invalidität im österreichischen Sozialrecht, 2002.

Walter, Mayer, Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 2007.

Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, I. Band, 1965.