

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Sonderheft

Schriftleitung Theodor Tomandl, Martin Risak
Redaktion Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Bernhard W. Gruber,
Harald Kaszanits, Thomas Neumann,
Michael Reiner, Franz Schrank

September 2012

5a

285 – 332

Sonderheft

Symposium „Der Oberste Gerichtshof – 25 Jahre Höchstgericht in Sozialrechtssachen“

Beiträge

Der OGH als Sozialversicherungshöchstgericht und das Unionsrecht

Martin Risak ● 289

**Kennt die Rechtsprechung eine Methode der „sozialen
Rechtsanwendung“ im Sozialversicherungsrecht?**

Caroline Graf-Schimek ● 296

Blick aus Deutschland auf Österreichs Sozialgerichtsbarkeit

Eberhard Eichenhofer ● 303

Aktuelle verfahrensrechtliche Probleme im ASG-Verfahren

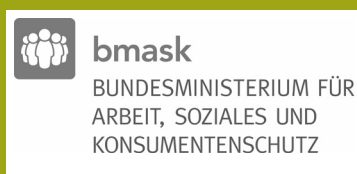
vor dem OGH *Friedrich Fellingner* ● 309

Kritische Betrachtung der Laiengerichtsbarkeit in Sozialrechtssachen

Martin Greifeneder ● 316

**Der OGH als Sozialversicherungshöchstgericht und
der Bezug zu Verfassungs- und Verwaltungsrecht**

Rudolf Müller ● 324



Der OGH als Sozialversicherungshöchstgericht und das Unionsrecht

Grundsätzliches und Vorabentscheidungsersuchen

Als Grenzorgan kommt dem OGH auch die Rolle eines „Hüters des Europarechts“ zu, da der Gerichtshof verpflichtet ist, im Zweifelsfall dem EuGH Fragen der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht und Europarecht zur Vorabentscheidung vorzulegen. Der Beitrag ordnet diese Funktion hinsichtlich des Sozialrechts grundsätzlich ein und stellt die 1998 – 2012 vom OGH eingeleiteten sozialversicherungsrechtlichen Vorlageverfahren systematisch dar.

Von Martin Risak

Inhaltsübersicht:

- A. Der OGH im Gefüge des Europarechts
 - 1. Europarecht und innerstaatliches Recht
 - 2. Europäisches Sozialrecht
 - 3. Das Verhältnis des OGH zum EuGH
- B. Die Vorabentscheidungsersuchen des OGH in Sozialrechtssachen
 - 1. Grundsätzliches
 - 2. Themen der Vorabentscheidungsersuchen
 - a) Inkrafttreten des europäischen Sozialrechts
 - b) Geschlechterdiskriminierung im Pensionsrecht
 - c) Europarechtliche Einordnung „besonderer Sozialleistungen“
 - d) Alterspension und Freizügigkeit
 - 3. Zusammenschau
- C. Ausblick

A. Der OGH im Gefüge des Europarechts

1. Europarecht und innerstaatliches Recht

Das Unionsrecht spielt erst in einer späteren Phase der 25 Jahre, in denen der OGH als Höchstgericht in Sozialrechtssachen fungiert, eine Rolle, genauer gesagt seit dem Beitritt Österreichs zum EWR 1994¹⁾ und dann

1995 zur Europäischen Union.²⁾ Durch den EU-Beitritt wurde der gesamte Rechtsbestand des Gemeinschaftsrechts, wie er zum Beitrittszeitpunkt vorlag, einschließlich des Beitrittsvertrags Bestandteil der in Österreich geltenden Rechtsordnung und war damit seitdem auch grundsätzlich vom OGH als Grundlage für seine Entscheidungen heranzuziehen. Dies ergibt sich vor allem aus zwei Strukturelementen des Gemeinschaftsrechts, nämlich einerseits seinem Anspruch auf autonome Geltung und andererseits seinem Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht.³⁾

Gerade der **Anwendungsvorrang** führt zu einer „neuen“ Qualität von Rechtsnormen, die dem österr Rechtssystem bislang fremd war: Bis zur unmittelbaren Anwendung von EU-Recht lag der österr Rechtsordnung grundsätzlich das Prinzip der Aufhebbarkeit fehlerhafter Rechtsakte zugrunde. Dies bedingt die Einrichtung eines umfassenden Rechtsschutzsystems, das es ermöglicht, fehlerhafte Rechtsakte nachträglich aufzuheben und aus dem Rechtsbestand auszuschneiden. Damit gibt die Rechtsordnung zu erkennen, dass

1) Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen), BGBl 1993/909.

2) EU-Beitrittsvertrag, BGBl 1995/45.

3) Dazu bspw *Moritz*, Zum Stufenbau nach dem EU-Beitritt, ÖJZ 1999, 781; *Baumgartner*, Der Rang des Gemeinschaftsrechts im Stufenbau der Rechtsordnung, JRP 2000, 84.

ZAS 2012/54

Art 267 AEUV;
VO 1408/71;
RL 2004/38/EG

Sozialversicherungsrecht;
Europarecht;
Vorabentscheidungsersuchen

zwar mit der Erlassung rechtswidriger, dh fehlerhafter Rechtsakte gerechnet („kalkuliert“) wird, aber bis zur Aufhebung von deren Geltung ausgegangen werden muss (das „Fehlerkalkül“ nach *Merkl*⁴). Eine absolute Nichtigkeit hinsichtlich dieser dem förmlichen Aufhebungsverfahren unterliegenden Rechtsnormtypen scheidet damit aus. Dem liegt rechtspolitisch das Bestreben nach Rechtssicherheit zugrunde, die Rechtsrichtigkeit muss zumindest bis zur Aufhebung dahinter zurücktreten.⁵ Das Europarecht funktioniert jedoch anders – hier tritt die Idee der Rechtsrichtigkeit vor jener der Rechtssicherheit in den Vordergrund: Der EuGH hat festgehalten, dass die einheitliche Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nur bei Vorrang des Gemeinschaftsrechts gewährleistet sei. Demnach haben alle staatlichen Vollzugsorgane, seien dies nun Verwaltungsbehörden oder Gerichte, in dem Fall, dass österr Recht und Gemeinschaftsrecht einander widersprechen, bei ihren Entscheidungen – ohne ein formelles Aufhebungsverfahren – entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen.⁶

Damit sind die österr Gerichte und auch der OGH gefordert, jeden Sachverhalt nicht nur nach österr, sondern auch nach europäischem Gemeinschaftsrecht zu überprüfen und dieses ebenfalls der Entscheidung zugrunde zu legen. Anders als im rein nationalen Rechtsbereich besteht hier aber kein Monopol des VfGH zur Gesetzesprüfung, sondern haben die Gerichte diese in erster Linie selbst vorzunehmen – und dann uU ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) einzuleiten (dazu sogleich unten Punkt A.3.)

2. Europäisches Sozialrecht

Spricht man vom Europäischen Sozialrecht, so wird idR zwischen einem weiteren und einem engeren Begriffsverständnis unterschieden: Versteht man es in einem umfassenden Sinne, so zählt dazu alles, was zur rechtlichen Verwirklichung der europäischen Sozialpolitik, insb der „sozialen Dimension“ der europäischen Integration, dient, und würde auch das Arbeitsrecht mit einschließen.⁷ Europäisches Sozialrecht im engeren Sinn (und in diesem soll es hier verstanden werden) befasst sich mit jenen von der EU gesetzten Normen, die Aspekte der sozialen Sicherheit behandeln, die Ausfluss der Freizügigkeit der Unionsbürger sind.⁸ Es handelt sich somit um den Inbegriff aller EU-Normen, die auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten gestaltend Einfluss nehmen.⁹

Im Kern geht es dabei – und das werden die vom OGH angestrebten und in der Folge kurz zu behandelnden Vorabentscheidungsverfahren gut beleuchten – vor allem um zwei Themenbereiche:

→ Einerseits geht es um die **Koordinierung der nationalen Sozialrechtssysteme**, die dadurch notwendig wird, dass UnionsbürgerInnen von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen. Die Regelungskompetenz für das freizügigkeitsspezifische Sozialrecht findet sich in Art 48 AEUV bzw dessen Vorgängerbestimmungen, die die Grundlage für zahlreiche Verordnungen, insb die VO 1408/71 und 574/72, ist, die

im Wesentlichen durch die VO 883/2004 und 987/2009 abgelöst wurden.¹⁰

- Andererseits spielt das **Antidiskriminierungsrecht**, insb die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau, hinsichtlich der Ausgestaltung der nationalen Sozialsysteme eine nicht zu unterschätzende Rolle.
- Daneben haben auch das EU-Wettbewerbsrecht sowie die Grundfreiheiten (Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit) und die Unionsbürgerschaft einen immer wichtiger werdenden Einfluss auf die nationalen sozialen Sicherungssysteme.

3. Das Verhältnis des OGH zum EuGH

Das Verhältnis der nationalen Gerichte und damit auch des OGH zum EuGH wird vor allem durch Art 267 AEUV bestimmt, wonach der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union entscheidet. Jedes nationale Gericht kann eine derartige Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen; handelt es sich aber um ein Gericht, dessen Entscheidungen – so wie jene des OGH – selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet. Wesentlich ist dabei, ob sich einem solchen Gericht überhaupt eine Frage nach der Auslegung von Unionsrecht stellt – nach der Rsp des EuGH¹¹ besteht nämlich nicht in allen Fällen eine Vorlagepflicht, sondern ist diese nicht gegeben, wenn:

- die sich stellende Frage „nicht entscheidungserheblich ist, dh, wenn die Antwort auf diese Frage, wie sie auch immer ausfällt, keinen Einfluss auf die Entscheidung des Rechtsstreits hat“¹²,
- sich eine „gesicherte Rsp des Gerichtshofes [...] durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist [...] gebildet hat“¹³ (sog „*acte éclairé*-Doktrin“) oder
- „die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts¹⁴ derart offenkundig [ist], dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt“¹⁵ (sog „*acte claire*-Doktrin“).

Hinsichtlich der *acte claire*-Doktrin hält der EuGH fest, dass das innerstaatliche Gericht nur dann davon ausgehen darf, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den

4) *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 293; *ders*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 196.

5) Vgl bspw *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁵ (2011) Rz 119.

6) Siehe *Stolzlechner*, Einführung⁵ Rz 105.

7) Vgl *Fuchs* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵ (2010) Einführung Rz 1.

8) *Fuchs* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵ Einführung Rz 4.

9) *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union⁵ (2006) RN 3.

10) *Schrammel/Winkler*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2010) 216.

11) Grundlegend EuGH 283/8, *CILFIT*, Slg 1982, 3415.

12) EuGH Rs CILFIT Rz 10.

13) EuGH Rs CILFIT Rz 14.

14) Jetzt: Unionsrechts.

15) EuGH Rs CILFIT Rz 16.

EuGH die gleiche Gewissheit bestünde. Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr von einander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft zu beurteilen. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen, und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen.

Es wäre mehr als lohnend, jene Entscheidungen des OGH einer Untersuchung zu unterziehen, wie das Höchstgericht die Ausnahmen von der Vorlagepflicht an den EuGH interpretiert und tatsächlich anwendet. Dies würde aber den Rahmen dieses Beitrags sprengen, weshalb in der Folge jene Verfahren zu beleuchten sind, in denen der OGH Ersuchen um Vorabentscheidung an den EuGH gestellt hat.

B. Die Vorabentscheidungsersuchen des OGH in Sozialrechtssachen

1. Grundsätzliches

Seit dem EG-Beitritt Österreichs wurden bis dato – soweit überblickt – von den beiden sozialrechtlichen Se-

naten des OGH (Nr 8 und 10)¹⁶⁾ zwölf Ersuchen an den EuGH zur Vorabentscheidung gestellt, wobei in nur zehn Fällen eine Entscheidung erfolgte.¹⁷⁾ Die Vorlageverfahren begannen mit der durch den Instanzenzug bedingten Verzögerung recht bald nach dem Beitritt Österreichs zum EWR.

In der nun folgenden kurzen Analyse werden diese Entscheidungen nicht einfach chronologisch berichtet, sondern wird versucht, sie auf zweckmäßige Weise thematisch zu Gruppen zusammenzufassen und so einzelne Trends herauszuarbeiten. Dabei werden aus Gründen der leichteren Zuordenbarkeit die Parteienbezeichnungen der dem Ersuchen des OGH folgenden EuGH-Entscheidungen verwendet.

16) Jene Entscheidungen zum Unterhaltsvorschuss, die nicht von sozialrechtlichen Senaten des OGH vorgelegt wurden (1 Ob 319/98 p; 7 Ob 348/98 x) und dann in die Entscheidungen EuGH C-85/99, *Offermanns/Offermanns*, und C-255/99, *Humer*, mündeten, werden hier nicht berücksichtigt. Siehe dazu *Nademleinsky*, Der Unterhaltsvorschuss im Anwendungsbereich der WanderarbeitnehmerVO – eine Entwicklung, ÖJZ 2009/73.

17) Der Autor dankt Herrn HR Dr. *Friedrich Fellingner* für wertvolle diesbezügliche Hinweise.

Datum Vorlage beschluss	GZ OGH	Datum EuGH-E	GZ EuGH	Parteien	Schlagwort/Inhalt
31. 3. 1998	10 ObS 462/97 g	23. 5. 2000	C-104/98	<i>Buchner/SVB</i>	Vorz. AP wegen Erwerbsunfähigkeit
30. 3. 1999	10 ObS 14/99 b	–	C-128/99	<i>Kappel/PVArb</i>	Zurückgezogen nach E Rs <i>Buchner</i>
9. 11. 1999	10 ObS 273/99 s	–	C-511/99	<i>Petersilge-Lackner/SVA</i>	Pflegegeld – gestrichen wegen E Rs <i>Jauch</i>
14. 12. 1999	10 ObS 151/99 z	7. 2. 2002	C-28/00	<i>Kauer/PVAng</i>	Erziehungszeiten vor Inkrafttreten
17. 6. 2000	10 ObS 176/02 h ¹⁸⁾	18. 4. 2002	C-290/00	<i>Duchon/PVAng</i>	Unfall vor Inkrafttreten
26. 3. 2002	10 ObS 58/02 f	29. 4. 2004	C-160/02	<i>Skalka/SVA</i>	Ausgleichszulage
23. 7. 2002	10 ObS 321/00 d	4. 3. 2004	C-303/02	<i>Haackert/PVAng</i>	Vorz. AP bei Arbeitslosigkeit
17. 9. 2002	10 ObS 185/02 g	28. 4. 2004	C-373/02	<i>Öztürk/PVArb</i>	AP – Anrechnung ausl Zeiten
27. 5. 2003	10 ObS 345/02 m	21. 2. 2006	C-286/03	<i>Hosse/Land Salzburg</i>	Pflegegeld
14. 11. 2009	10 ObS 122/09 b	10. 3. 2011	C-516/09	<i>Borger/TGKK</i>	Familienleistungen
9. 2. 2010	10 ObS 178/09 p	20. 10. 2011	C-123/10	<i>Brachner/PVA</i>	Ausgleichszulage – Pensionsanpassung
14. 2. 2012	10 ObS 1/12 p	offen	C-140/12	<i>Brey/PVA</i>	Ausgleichszulage – „Sozialhilfeleistung“

Tabelle 1



18) SSV-NF 16/73.

2. Themen der Vorabentscheidungsersuchen

a) Inkrafttreten des europäischen Sozialrechts

Die beiden Rs *Duchon* und *Kauer* betreffen die Frage des Zeitpunkts des Inkrafttretens des koordinierenden europäischen Sozialrechts für Sachverhalte mit Österreich-Bezug. Es ging dabei im Kern um die Auslegung der Übergangsvorschrift des Art 94 VO 1408/71, die Fragen der Anwendung der VO auf Sachverhalte vor deren Inkrafttreten für die jeweiligen Mitgliedstaaten behandelt. Diese Bestimmung regelt sozusagen die Vorfragen der Anwendung von Europäischem Sozialrecht und bildet somit erste Schicht dieser Rechtsmaterie, die Fragen der grundsätzlichen Anwendbarkeit regelt.

Die in Österreich pensionsversicherte Frau *Kauer* beehrte 1998 bei der PVAng die Feststellung ihrer Versicherungszeiten. Die PVAng erkannte unter Berufung auf § 227a Abs 3 ASVG Zeiten der Kindererziehung, die sie zwischen 1970 und 1975 in Belgien zugebracht hatte, nicht als Ersatzzeiten an. Nach dieser Bestimmung gelten Zeiten der Kindererziehung in anderen EWR-/EU-Staaten nur dann als Ersatzzeiten, wenn (1) die Kindererziehungszeiten nach Inkrafttreten des EWR-Abkommens (dh nach dem 1. 1. 1994) liegen und (2) hinsichtlich des Kindes ein Anspruch auf Geldleistungen aufgrund des Versicherungsfalles der Mutterschaft nach ASVG (oder anderen Bundesgesetzen) oder ein Anspruch auf Betriebshilfe aufgrund des Betriebshilfegesetzes bestanden hat.

Auf die Frage, ob diese Regelung mit der VO 1408/71 in Einklang steht, antwortete der EuGH, dass eine zeitliche Begrenzung der Anrechenbarkeit von Versicherungszeiten ebenso wie das Erfordernis eines Anspruchs auf Geldleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften Art 94 Abs 2 VO 1408/71¹⁹⁾ widerspreche. Demnach sind bei Feststellung des Anspruchs auf Leistungen auch solche Versicherungszeiten einzu beziehen, die vor Inkrafttreten der Verordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten liegen.

Der österr Staatsbürger *Duchon* erlitt 1968 bei seiner Tätigkeit als Ferialpraktikant in Deutschland einen Arbeitsunfall. Seitdem bezieht er eine deutsche Arbeitsunfallrente für eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50%. Herr *Duchon* beantragte nun die Gewährung einer österr Berufsunfähigkeitspension ab dem 1. 1. 1994 (dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWR-Abkommens). Dieser wurde nicht nur von der PVAng, sondern auch von allen gerichtlichen Instanzen einschließlich dem OGH²⁰⁾ mit der Begründung abgelehnt, dass die Wartezeit von 60 Monaten innerhalb des Rahmenzeitraums von 120 Monaten nicht erfüllt sei. Dies ist zwar bei einem Versicherungsfall, der Folge eines Arbeitsunfalls ist, aufgrund von § 235 Abs 3 lit a ASVG eigentlich auch gar nicht erforderlich; diese Erleichterung bezieht sich jedoch nur auf Personen, die nach ASVG oder anderen österr BG pensionsversichert sind. Der Berufung des Klägers auf die VO 1408/71 und das darin festgelegte Gebot der Berücksichtigung auch ausländischer Zeiten für den Erwerb von Ansprüchen wurde entgegengehalten, dass sich der Arbeitsunfall vor Inkrafttreten der VO ereignet hatte. Der damals angeregten Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH hielt der OGH entgegen, dass der Anspruch vom zeitli-

chen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eben noch nicht umfasst sei und daher die Entscheidung nicht von der Auslegung des Gemeinschaftsrechts abhängt.

Diese Einschätzung ändert sich dann aber, als der OGH neuerlich mit dieser Sache befasst wird, da Herr *Duchon* offenbar nicht lockerließ und einen neuerlichen Pensionsantrag stellte. Diesmal legt der OGH dem EuGH zur Vorabentscheidung vor, der daraufhin ausspricht: Die VO 1408/71 bezieht sich aufgrund ihres Art 94 Abs 3²¹⁾ auch auf Sachverhalte (darunter auch Arbeitsunfälle), die sich vor Inkrafttreten der VO in den einzelnen EG-Staaten ereigneten. Deshalb stehe die VO 1408/71 der Eingrenzung des Personenkreises auf die nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften Versicherten entgegen. Weiters wurde noch festgehalten, dass eine Erstreckung des Rahmenzeitraums um neutrale Zeiten nur für Zeiten des Leistungsbezugs aus der inländischen Unfallversicherung und nicht nach Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ebenfalls dem EU-Recht widerspricht.

b) Geschlechterdiskriminierung im Pensionsrecht

Von großer Relevanz für das österr Pensionssystem waren jene vom OGH dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Rs *Buchner* und *Haackert*, die das geschlechtsspezifisch unterschiedliche Eintrittsalter von zwei Sonderformen der vorzeitigen Alterspension betrafen: jene wegen Erwerbsunfähigkeit und jene wegen Arbeitslosigkeit.

Die in der Rs *Buchner* verfahrensgegenständliche vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit wurde mit 1. 7. 1993 eingeführt, wobei zunächst ein einheitliches Anfallsalter von 55 vorgesehen war, das aber dann mit 1. 7. 1996 ausschließlich für Männer – aus budgetären Gründen – auf 57 angehoben wurde, während es bei Frauen bei 55 Jahren verblieb. Zusätzlich zu dem verlangten Mindestausmaß an Versicherungszeiten war für diese Pensionsart als Voraussetzung noch das Vorliegen von geminderter Arbeitsfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit mit einem Tätigkeitsschutz erforderlich.²²⁾ Als bald stellten Männer (darunter auch Herr *Buchner*) Anträge auf diese Pensionsart unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot bereits ab dem für Frauen vorgesehenen Alter von 55. Auf Ersuchen des OGH sprach der EuGH in seiner Vorabentscheidung aus, dass diese Pensionsart nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art 7 Abs 1 lit a der RL 79/7 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicher-

19) „Für die Feststellung des Anspruchs auf Leistungen nach dieser Verordnung werden sämtliche Versicherungszeiten sowie gegebenenfalls auch alle Beschäftigungs- und Wohnzeiten berücksichtigt, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats vor dem 1. Oktober 1972 oder vor Anwendung dieser Verordnung im Gebiet dieses Mitgliedstaats oder in einem Teil davon zurückgelegt worden sind.“

20) OGH 10 ObS 2334/96 z SZ 70/64.

21) „Ein Leistungsanspruch wird auch für Ereignisse begründet, die vor dem 1. Oktober 1972 oder vor Anwendung dieser Verordnung im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder in einem Teil davon liegen, soweit Absatz 1 nicht etwas anderes bestimmt.“

22) Siehe Spiegel, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das unterschiedliche Pensionsalter für Frauen und Männer, öRdA 2004, 3 (5).

heit²³⁾ falle. Danach können nämlich die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung einer Altersrente und etwaige Auswirkungen darauf auf andere Leistungen vom Anwendungsbereich der RL ausgenommen werden. Die vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit sei aber keine Altersrente: Zwar hänge sie vom Erreichen eines bestimmten Alters ab, sie werde aber nur Personen gewährt, die infolge Krankheit oder anderer Gebrechen außer Stande seien, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Auch sei das unterschiedliche Anfallsalter nicht objektiv erforderlich, um zu verhindern, dass das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit gefährdet werde, oder um die Kohärenz mit dem System der Altersrenten zu gewährleisten. Das unterschiedliche Alter wurde nämlich primär aus Haushaltsüberlegungen eingeführt, was eine Diskriminierung nicht rechtfertigen könne – auch eine Beseitigung der Diskriminierung hätte keine Auswirkungen auf das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit. Eine Beschränkung der zeitlichen Wirkungen des Urteils lehnte der EuGH mit der Begründung ab, dass zum Zeitpunkt der Einführung des geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Eintrittsalters bereits EuGH-Rsp vorlag, die es ermöglichte, die Übereinstimmung mit der RL zu prüfen. Allein finanzielle Konsequenzen reichten zu einer Beschränkung nicht aus. Diese Entscheidung mit weitreichenden kostenmäßigen Konsequenzen für die Pensionsversicherungsträger führte bekanntlich zu einer hektischen Aktivität des Gesetzgebers, der um eine Reparatur bemüht war, was nicht ohne Pannen vonstattenging. Im Ergebnis waren dann alle Höchstgerichte (so auch der VfGH und der VwGH) mit diesen Themenkomplex befasst.²⁴⁾

Im Gefolge der soeben dargestellten Rs *Buchner* wurde in mehreren Verfahren versucht, das unterschiedliche Eintrittsalter auch bei den anderen Arten der vorzeitigen Alterspension europarechtlich zu Fall zu bringen. Während der OGH die vorzeitige Alterspension wegen langer Versicherungsdauer dem EuGH gar nicht vorlegte,²⁵⁾ kam es im Fall der **vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit** zu einem Vorabentscheidungsersuchen. Der EuGH hielt in der **Rs Haackert** fest, dass diese Pensionsart den Zweck habe, den Anfall der Alterspension für Fälle vorzuziehen, in denen die Wiedereingliederung des/der Versicherten in den Arbeitsprozess innerhalb eines bestimmten Zeitraums infolge Alters, Krankheit, vermindelter Leistungsfähigkeit oder aus anderen Gründen nicht oder nur schwer möglich ist. Diese Leistung bezweckt folglich, Personen ein Einkommen zu sichern, die vor Erreichen des Pensionsalters nicht wieder in den Arbeitsmarkt integriert werden können. Unter diesen Umständen könne das unterschiedliche Eintrittsalter für Männer und Frauen als objektiv notwendig angesehen werden, um die Kohärenz zwischen der Alterspension und der vorzeitigen Alterspension bei Arbeitslosigkeit zu gewährleisten. Die Ausnahme in Art 7 Abs 1 lit a RL 79/7 finde somit Anwendung und die Differenzierung sei zulässig.

Als bislang letzte Entscheidung im Zusammenhang mit der Geschlechterdiskriminierung kann jene in der **Rs Brachner** angesehen werden, die einen Aspekt der

mittelbaren Diskriminierung behandelt: Im Rahmen der **Pensionsanpassung 2008** wurden Kleinstpensionen geringer als reguläre Pensionen erhöht; die Ausgleichszulage wurde ebenfalls außertourlich erhöht. Frau *Brachner* bezog eine Kleinstpension, aber – wegen der Anrechnung des Ehegatteneinkommens – keine Ausgleichszulage. Sie beantragte eine Anpassung ihrer Pension anhand des Prozentsatzes der regulären Pensionserhöhung: Da die niedrigere Erhöhung von Kleinstpensionen va Frauen beträfe, stelle diese eine mittelbare Diskriminierung dar. Der OGH legte diese Rechtsfrage dem EuGH vor, der daraufhin ausführt, dass die geringere Pensionserhöhung statistisch erwiesenermaßen wesentlich mehr Frauen als Männer betreffe und damit eine mittelbare Diskriminierung vorliege. Da die Pensionsanpassung beitragsunabhängig erfolge und zum Ziel habe, die Kaufkraft der PensionistInnen zu stärken, sei der frühere Pensionsantritt sowie die längere Lebenserwartung von Frauen kein Rechtfertigungsgrund. Aber auch die Erhöhung der Ausgleichszulage könne nicht als Rechtfertigung herangezogen werden, da sie der Sicherung des Existenzminimums diene und somit einem anderen Ziel als der Pensionsanpassung folge. Mangels Rechtfertigung haben demnach betroffene Frauen Anspruch auf Erhöhung ihrer Kleinstpension gemäß dem regulären Anpassungssatz.

c) Europarechtliche Einordnung „besonderer Sozialleistungen“

Bei dieser dritten Fallgruppe geht es um die Frage, wie Sozialleistungen, die außerhalb der Kernleistungen der Sozialversicherung gewährt werden, namentlich die Ausgleichszulage, das Pflegegeld und das Kinderbetreuungsgeld, in den Katalog der VO 1408/71/EWG und in der Folge dann auch der sie ersetzenden VO 883/2004/EG eingeordnet werden können, was insb die Frage ihrer Exportmöglichkeit betrifft.

i. **Ausgleichszulage:** Nachdem der EuGH auf Vorlage des LG Feldkirch in der **Rs Jauch**²⁶⁾ entschieden hatte, dass das österr Pflegegeld weder eine Sonderleistung noch eine beitragsunabhängige Leistung darstellt und deshalb exportpflichtig ist, wurde mit gewisser Spannung die Entscheidung des EuGH zum vom OGH angestrebten Vorabentscheidungsverfahren in der **Rs Skalka** erwartet, das die Frage der Ausgleichszulage zum Inhalt hatte. Für manche uU überraschend verneinte der EuGH die Exportpflicht dieser Leistung. Die Ausgleichszulage stelle eine nicht beitragsfinanzierte Sonderleistung iSd Art 4 Abs 2a VO 1408/71 dar, die zu den Leistungen der Sozialen Sicherheit „hinzutrete“. Sie habe insofern den Charakter einer Sozialhilfeleistung, als sie bei unzureichender Pensionsleistung eine Existenzuntergrenze sicherstellen solle.

Ebenfalls die Ausgleichszulage betrifft das noch laufende Vorlageverfahren in der **Rs Brey**, das der OGH mit Beschluss vom 14. 2. 2012²⁷⁾ eingeleitet hat und welches sozusagen die andere Richtung betrifft, nämlich inwieweit EU-Bürgern, die Bezieher einer ausländi-

23) ABI L 1979/6, 24.

24) Siehe dazu insb *Spiegel*, öRdA 2004, 3 und 116.

25) OGH 10 Obs 334/01 t öRdA 2003/17 (zust *Wolfsgruber*).

26) EuGH C-215/99, Slg 2001, I-01901.

27) OGH 10 Obs 1/12 p ARD 6218/5/2012.

schen (Kleinst-)Pension sind, die Ausgleichszulage vor-
 enthalten werden kann. Konkret geht es um die Frage,
 ob die Ausgleichszulage eine „Sozialhilfeleistung“ iSd
 Art 7 Abs 1 lit b UnionsbürgerRL 2004/38/EG darstellt.
 Diese Bestimmung sieht ein Aufenthaltsrecht von Uni-
 onsbürgern in einem anderen Mitgliedstaat von über
 drei Monaten ua nur dann vor, wenn sie für sich und
 ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenz-
 mittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts
 keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats
 in Anspruch nehmen müssen. Das österr Niederlas-
 sungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)²⁸⁾ enthält in Um-
 setzung der RL in § 51 Abs 1 Z 2 den Passus, „so dass
 sie während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistun-
 gen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen
 müssen“. Die Einbeziehung der Ausgleichszulage ist
 durch das Budgetbegleitgesetz 2011²⁹⁾ mit Wirkung ab
 1. 1. 2011 erfolgt. In den Materialien³⁰⁾ wurde darauf
 hingewiesen, dass die Ausgleichszulage eine Mischlei-
 stung darstelle, die dadurch gekennzeichnet sei, dass
 sie zum einen der sozialen Sicherheit diene und zum
 anderen Sozialhilfecharakter aufweise. Aufgrund dieses
 „hybriden Charakters“ sei die Ausgleichszulage als So-
 zialhilfeleistung iSd Art 7 Abs 1 lit b der EU-Bürger-
 RL 2004/38/EG zu sehen und die vorgeschlagene
 Gleichbehandlung der Ausgleichszulage mit Sozialhilfe-
 leistungen unionsrechtlich zulässig. Auch wenn der
 OGH daran wohl keine massiven Zweifel hegen dürfte,
 so legt er dennoch vor, da ihm die Klärung dieser Frage
 dann doch ein wenig unklar erscheint: Einerseits habe
 der EuGH in der Rs *Trojani*³¹⁾ darauf hingewiesen, dass
 selbst bei echten Sozialhilfeleistungen eine Leistungs-
 verweigerung für andere Unionsbürger, solange der
 Aufenthalt als rechtmäßig betrachtet werde, nicht in
 Betracht komme. Andererseits habe der EuGH aber
 bei anderen sozialen oder vergleichbaren Leistungen
 (Studienbeihilfen) auch ausgesprochen, dass die Vo-
 raussetzung des Nachweises eines gewissen Grades an
 Integration des betreffenden Unionsbürgers in die Ge-
 sellschaft des Aufenthaltsstaats einem legitimen Zweck
 dienen könne.³²⁾

ii. Pflegegeld: Wie bereits angesprochen, ist das
 Pflegegeld nach dem BPGG als Annex zu einer Sozial-
 versicherungsleistung nach der Entscheidung in der
 Rs *Jauch* weder eine Sonderleistung noch beitragsun-
 abhängig und somit exportpflichtig. Die **Rs Hosse** betrifft
 nun das Pflegegeld nach dem Salzburger PGG. Der Va-
 ter der Klägerin des Ausgangsverfahrens ist deutscher
 Staatsangehöriger und arbeitet als Lehrer beim Land
 Salzburg. Er wohnt mit der Klägerin, seiner schwer be-
 hinderten Tochter, in Deutschland nahe der österr
 Grenze. Deren Antrag auf Pflegegeld nach dem SPGG
 lehnte die zuständige Behörde ab, da dieses einen österr
 Hauptwohnsitz der pflegebedürftigen Person voraus-
 setze.

Wie schon das Pflegegeld nach dem BPGG in der Rs
Jauch und die Leistungen aus der deutschen Pflegever-
 sicherung in der Rs *Molenaar*³³⁾ qualifizierte der EuGH
 auch das Pflegegeld nach dem Salzburger PGG als eine
 Leistung bei Krankheit und damit nicht als „Sonderlei-
 stung“. Auch wenn das Salzburger Pflegegeld möglicher-
 weise anderen Regeln unterliege als das Bundespflege-
 geld, so sei das Pflegegeld doch von der gleichen Art

wie diese Leistung. Folglich habe das Land Salzburg –
 sofern alle sonstigen Anspruchsvoraussetzungen gege-
 ben sind – das Landespflegegeld zu bezahlen; die
 Wohnsitzklausel des SPGG sei unbeachtlich.

iii. Kinderbetreuungsgeld: In der Rs *Borger* war
 dann das Kinderbetreuungsgeld europarechtlich, dh
 in die VO 1408/71/EWG einzuordnen. Frau *Borger*
 hatte nach dem Ende der zweijährigen Elternkarenz
 nach MSchG mit ihrem österr Arbeitgeber eine weitere
 Karenzierung für ein halbes Jahr vereinbart und danach
 das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Gegen Ende der ersten
 Karenz zog Frau *Borger* zu ihrem Mann in die Schweiz,
 der dort erwerbstätig war. Daraufhin widerrief die
 TGKK den Bezug des Kinderbetreuungsgeldes. Fraglich
 war vor allem die Frage, ob die karenzierte Arbeitneh-
 merin als Arbeitnehmerin iSd VO 1408/71 anzusehen
 sei. Der EuGH weist unter Berufung auf seine Vorjudi-
 katur in der Rs *Dodl* und *Oberhollenzer*³⁴⁾ hin, wonach
 für die ArbeitnehmerInneneigenschaft nach der VO das
 Bestehen eines Arbeitsverhältnisses irrelevant ist, da es
 insoweit darauf ankommt, ob eine Person im Rahmen
 eines der in Art 1 lit a leg cit genannten allgemeinen
 oder besonderen Systeme für die soziale Sicherheit ge-
 gen ein oder mehrere Risiken freiwillig versichert oder
 pflichtversichert ist. Dass sie während der Karenzierung
 zu ihrem in der Schweiz erwerbstätigen Ehemann zieht,
 steht dem – aus Sicht des EuGH – ebenso wenig entge-
 gen wie der Umstand, dass zum Zeitpunkt des Pensi-
 onsantritts die Kindererziehungszeiten in Österreich
 nicht hier, sondern in einem anderen Staat angerechnet
 werden könnten.

d) Alterspension und Freizügigkeit³⁵⁾

Ein wenig zwischen den bislang behandelten Fällen
 steht die letzte hier darzustellende Entscheidung, jene
 in der Rs *Öztürk*, die einen türkischen Staatsbürger be-
 trifft, der dem diesbezüglichen Assoziationsabkommen
 unterliegt. Konkret ging es um die Frage, ob die Nicht-
 gewährung einer vorzeitigen Alterspension bei Arbeits-
 losigkeit in Österreich an einen in Deutschland leben-
 den türkischen Staatsangehörigen mit dem Hinweis
 auf fehlende Bezüge aus der österr Arbeitslosenversi-
 cherung während der letzten 15 Monate vor dem Stich-
 tag iSd (damaligen, mittlerweile aufgehobenen) § 253 a
 ASVG rechtfertigen kann oder ob dies gegen das
 Gleichbehandlungsgebot des Art 3 Abs 1 des Beschlus-
 ses Nr 3/80 des Assoziationsrates verstößt.

Zunächst stellte der EuGH klar, dass letztere Be-
 stimmung gegenüber jedem Mitgliedstaat angerufen
 werden kann, in dem ein türkischer Staatsangehöriger
 Rechte im Bereich der sozialen Sicherheit erworben
 oder Versicherungs-, Wohn- oder Beschäftigungszeiten
 zurückgelegt hat – und dies auch dann, wenn er zum
 betreffenden Zeitpunkt in diesem Staat nicht mehr
 wohnt. Das Diskriminierungsverbot des Assoziations-

28) BGBl I 2005/100.

29) BGBl I 2010/111.

30) ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 160.

31) EuGH C-456/02, *Trojani*, Slg 2004, I-07573.

32) EuGH C-209/03, *Bidar*, Slg 2005, I-02119.

33) EuGH C-160/96, *Molenaar*, Slg 1998, I-843.

34) EuGH C-543/03, *Dodl* und *Oberhollenzer*, Slg 2005, I-5049 – Vor-
 lage durch das OLG Innsbruck.

35) SVSlg 52.271 = wbl 2004/170 = ZER 2005/100 = ecollex 2004, 995.

abkommens richtet sich gegen unmittelbare und verschleierte Formen der Diskriminierung. Das Erfordernis des Bezugs von Leistungen aus der österr Arbeitslosenversicherung könne von inländischen ArbeitnehmerInnen leichter erfüllt werden als von türkischen WanderarbeitnehmerInnen mit Versicherungszeiten in Österreich. Es bedürfe deshalb nicht der Feststellung, dass die fragliche Regelung praktisch einen wesentlich größeren Anteil dieser WanderarbeitnehmerInnen betreffe, sondern es genüge die Eignung der nationalen Norm, eine solche Wirkung hervorzurufen. Eine Rechtfertigung der strittigen Voraussetzung für eine vorzeitige Alterspension als Maßnahme im Rahmen der nationalen Beschäftigungspolitik wurde vom EuGH im Hinblick darauf abgelehnt, dass die Höhe der Leistung von Beiträgen zum Renten-/Pensionsversicherungssystem des betreffenden Mitgliedstaats abhängig sei. Damit hält der Gerichtshof fest, dass das Erfordernis des Bezugs von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung eines konkreten Mitgliedstaats während eines bestimmten Zeitraums vor Antragsstellung auf Erhalt einer vorzeitigen Altersrente gegen das Diskriminierungsverbot gem Art 3 Abs 1 des Beschlusses Nr 3/80 des Assoziationsrates verstößt.

3. Zusammenschau

Die hier kurz dargelegten Entscheidungen zeigen, dass wesentliche grundlegende, das europäische Sozialrecht betreffende EuGH-Entscheidungen mit Österreich-Bezug durch den OGH angestoßen wurden. Anders als bei rein innerstaatlichen Sachverhalten geht es dabei in erster Linie nicht darum, ob ein Leistungsanspruch besteht oder nicht, sondern um die Vorfrage, ob eine österr Norm überhaupt Anwendung findet oder ob diese unangewendet bleiben muss, da sie europäischem Sozialrecht widerspricht. Interessant ist, dass die Vorlageverfahren des OGH in der überwiegenden Mehrzahl in dem Sinne erfolgreich waren, als der EuGH zumeist die Europarechtswidrigkeit der relevierten österr Normen feststellte – ein gutes Indiz für das juristische „Gespür“ des OGH und dafür, dass auf europäischer Ebene die vom OGH aufgeworfenen Zweifel an der Europarechtskonformität der einzelnen Regelungen geteilt werden.

Obwohl nur eine geringe Zahl an Verfahren besteht, so kann man doch, wenn man so will, einen gewissen **Trend** ableiten: Nachdem sich die früheren Entscheidungen eher mit der Klärung von Grundsatzfragen zur Anwendung des Europarechts und zur europarechtlichen Einordnung von Leistungen beschäftigten, sind nunmehr aktuelle Gesetzesänderungen und deren Vereinbarkeit mit dem Europarecht Gegenstand der Vorlageverfahren.³⁶⁾

C. Ausblick

Wie auch sonst im Europarecht zeigt sich auch im Zusammenhang mit den vom OGH angestrebten sozialrechtlichen Vorlageverfahren ein doppeltes Spannungsverhältnis: einerseits zwischen dem gesamt-europäischen Interesse an der Schaffung eines gemeinsamen Wirtschaftsraums und einzelstaatlichen Interessen, die darauf abzielen, ihre sozialen Sicherungssysteme vor allem ihren Staatsbürgern bzw jenen Personen, die ihm sonst irgendwie nahestehen, vorzubehalten. Andererseits wird auch die Spannung zwischen der Schaffung eines gemeinsamen Marktes und der sozialen Dimension, die dessen negative Effekte insb auf die einzelnen Arbeitenden eindämmen soll, offensichtlich.

Der OGH erfüllt hier eine wichtige Funktion, indem er als Grenzorgan dem EuGH österr Normen vorlegt, die zT von einer Österreich-protektionistischen Haltung getragen werden – damit gibt das Höchstgericht einen wesentlichen Anstoß zur Weiterentwicklung des österr Sozialrechts in Richtung europäischer Integration. Gerade in Zeiten der Austerität ist zu befürchten, dass bei den sozialversicherungsrechtlichen Sparaktivitäten dem Gesetzgeber die eigenen Bürger näher stehen werden als jene aus anderen EU-Staaten; sollte der Gesetzgeber dieser Versuchung erliegen, sind auch diesbezüglich weitere Vorabentscheidungsansuchen zu erwarten.

36) Siehe auch *Spiegel*, Soziale Dienstleistungen – Gefahren durch das EU-Recht, öRdA 2008, 188.

→ In Kürze

Die bislang vom OGH vorgelegten und vom EuGH im Wege von Vorabentscheidungen erledigten Verfahren lassen einen gewissen Trend erkennen: Nachdem sie sich zu Beginn eher mit der Klärung von Grundsatzfragen zur Anwendung des Europarechts und zur europarechtlichen Einordnung von Leistungen beschäftigten, sind nunmehr aktuelle Gesetzesänderungen und deren Vereinbarkeit mit dem Europarecht zu klären. Als Grenzorgan gibt der OGH durch seine Vorabentscheidungsansuchen wesentliche Anstöße zur Weiterentwicklung des österr Sozialrechts in Richtung europäischer Integration.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.

Kontaktadresse: Schenkenstrasse 8 – 10, 1010 Wien.
Tel: +43 (0)1 42 77-356 04, Fax: +43 (0)1 42 77-93 56,
E-Mail: martin.risak@univie.ac.at,
Internet: www.univie.ac.at/arbeitsrecht

Vom selben Autor erschienen:

Pensionsreform 2003/Altersteilzeit aktuell (2004, gem mit *Jungwirth* und *Schrank*); Arbeitszeit NEU (2007, gem mit *Standecker* und *Gether*); Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008); Austrian Labour Law (2010); Praxishandbuch Arbeitsvertragsgestaltung (gem mit *Gerlach*, *Schrank* und *Höfle*).

Literatur:

Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union³ (2006); *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵ (2010); *Schrammel/Winkler*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2010); *Spiegel*, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das unterschiedliche Pensionsalter für Frauen und Männer, öRdA 2004, 3.

