

Zeitschrift für

# ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Schriftleitung **Stefan Köck**

Redaktion **Helwig Aubauer, Susanne Auer-Mayer, Elisabeth Brameshuber,  
Wolfgang Brodil, Rolf Gleißner, Harald Kaszanits,  
Christoph Kietabl, Thomas Neumann**

Wissenschaftliches Lektorat **Theodor Tomandl**

November 2020

06

297 – 344

## Schwerpunktbeiträge

### Arbeiter–Angestellte

Harmonisierung Arbeiter–Angestellte im Arbeitsrecht de lege lata

*Katharina Figl* ➔ 299

Kündigung von Arbeitern *Christoph Wiesinger* ➔ 306

Arbeiter und Angestellte im Sozialversicherungsrecht

*Helena Palle* ➔ 309

## Beitrag

Sanktionen bei Verletzung der Bemühungspflichten  
im österreichischen Sozialhilferecht im Lichte des Urteils  
des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum SGB II

*Alexander Leitner* ➔ 318

## Rechtsprechung kommentiert

Relevante erhebliche Ehrverletzungen *Sophie Schwertner* ➔ 327

Symmetriegebot bei der Kündigung und zusätzliche  
DG-Kündigungsrechte *Nora Melzer-Azodanloo* ➔ 333

Vertreter(teil-)haftung für Beiträge: Keine Pro-rata-Anrechnung  
der Insolvenzquote *Rudolf Müller* ➔ 339

## Muster

### COVID-19-Tests bei Mitarbeitern

*Ingomar Stupar* ➔ 343

# Arbeiter und Angestellte im Sozialversicherungsrecht

Während die Rechtslage in der Unfall- und Krankenversicherung zwischen Arbeitern und Angestellten bereits vollständig harmonisiert ist, bestehen beim Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit in der Pensionsversicherung nach wie vor Unterschiede. Aber auch hier verläuft die Trennlinie nicht mehr klar zwischen den Beschäftigtengruppen, was die Frage aufwirft, ob die verbleibende Differenzierung (noch) den Anforderungen des Gleichheitssatzes in Art 7 B-VG entspricht.

Von **Helena Palle**

ZAS 2020/52

§§ 253e, 255, 273  
ASVG

Berufsschutz;  
Verweisungsfeld;  
Rehabilitation;  
Gleichheitssatz

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Definition von Arbeitern und Angestellten im ASVG
- C. Krankenversicherung und Unfallversicherung
  - 1. Entstehung und erste Harmonisierungstendenzen
  - 2. Deutsche RVO 1911 und österreichische ASVG-Stammfassung
  - 3. Harmonisierung des Beitragsrechts im ASVG
  - 4. Zwischenergebnis
- D. Pensionsversicherung
  - 1. Geminderte Arbeitsfähigkeit: historischer Rückblick
    - a) Anfänge der Pensionsversicherung in Österreich
    - b) ASVG-Stammfassung
    - c) Ausgewählte ASVG-Novellen zu §§ 255, 273 ASVG
    - d) Rehabilitation vor Pension
  - 2. Unterschiede in der geminderten Arbeitsfähigkeit nach aktueller Rechtslage
    - a) Berufsschutz und Verweisungsfeld
    - b) Qualifikationsschutz und Berufsfeld in der beruflichen Rehabilitation

- 3. Sachliche Rechtfertigung der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten?
  - a) Arbeiter und Angestellte sind im Wesentlichen gleich
  - b) Keine sachliche Rechtfertigung
  - c) Zwischenergebnis
- E. Fazit

## A. Einleitung

Seit den Anfängen des Sozialversicherungsrechts in Österreich bestehen rechtliche Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten. Der vorliegende Beitrag soll, gegliedert nach Versicherungszweigen, einen historischen Rückblick über die Entwicklung der Differenzierung bieten und die nach wie vor bestehenden Unterschiede beim Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit in der Pension näher erörtern.<sup>1)</sup> Wie sich

1) Freilich können lediglich Auszüge der historischen Entwicklung wiedergegeben werden, die besondere Beachtung verdienen. Alles andere würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Auch werden lediglich die bestehenden Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten nach dem ASVG untersucht, nicht jedoch die Unterschiede zu selbstständig Beschäftigten oder Beamten, daher auch nicht der Wechsel zwischen den Versicherungssystemen. Zur unterschiedlichen Berechnung des Überweisungsbeitrags für Arbeiter

zeigen wird, ist die Untergliederung der Dienstnehmer (DN) in zwei Beschäftigtengruppen nicht zwingend, weshalb auch der Frage nachgegangen wird, ob diese Trennung von Arbeitern und Angestellten im Hinblick auf Art 7 B-VG (noch) sachlich gerechtfertigt ist.

## B. Definition von Arbeitern und Angestellten im ASVG

Nicht alle Regelungen des ASVG finden ungeachtet des Inhalts der Tätigkeit auf alle DN gleichermaßen Anwendung. Vielmehr sind DN in die Beschäftigtengruppen der Arbeiter und der Angestellten unterteilt, an welche das Gesetz in verschiedenen Zusammenhängen anknüpft.

Wenngleich das ASVG lediglich in § 13 ASVG (Arbeiter) und § 14 ASVG (Angestellte) bei der Versicherungszugehörigkeit in der Pension normiert, wie die Abgrenzung der Beschäftigtengruppen zu erfolgen hat, ist diese Einteilung über die Pensionsversicherung (PV) hinaus in allen Zweigen der Sozialversicherung maßgebend.<sup>2)</sup>

§ 14 Abs 1 Z 1 ASVG verweist auf das AngG, weshalb grundsätzlich auch in der Sozialversicherung der Angestelltenbegriff des Arbeitsrechts heranzuziehen ist.<sup>3)</sup> Zusätzlich werden Versicherte miteinbezogen, die „den nach diesen Gesetzen [Anm: AngG, GAngG und TAG] geregelten Beschäftigungsverhältnissen gleichzuhalten sind“.<sup>4)</sup> Dadurch werden in der PV der Angestellten auch Personen erfasst, die nach der Art ihrer Dienstleistung grundsätzlich den angeführten Gesetzen unterliegen würden, aber nicht bei einem entsprechenden Dienstgeber (DG) beschäftigt sind.<sup>5)</sup> Darüber hinaus kann der Versichertenkreis gem § 14 Abs 3 ASVG per Verordnung ausgeweitet werden.<sup>6)</sup> Der sozialversicherungsrechtliche Angestelltenbegriff ist somit weiter als der arbeitsrechtliche Angestelltenbegriff.<sup>7)</sup>

Der PV der Arbeiter gehören gem § 13 ASVG alle DN an, die nicht unter § 14 ASVG oder in die knapp-schaftliche PV fallen. Der sozialversicherungsrechtliche Arbeiterbegriff ist daher als Negativabgrenzung definiert.

Fraglich ist, ob durch privatautonome Vereinbarung des Angestelltenstatus (Angestellte ex contractu) von der gesetzlich vorgesehenen Versicherungszugehörigkeit abgewichen werden kann.<sup>8)</sup> Der VwGH hat dies bejaht.<sup>9)</sup> Diese Judikatur ist in der Literatur auf Kritik gestoßen, da sich die Versicherungszugehörigkeit nicht nach einer privatrechtlichen Vereinbarung richten könne.<sup>10)</sup> Der OGH hat diese Kritik insofern aufgegriffen, als sich zumindest die Beurteilung der geminderten Arbeitsfähigkeit nach § 255 ASVG (Arbeiter) oder § 273 ASVG (Angestellte), als letzter bedeutender Unterschied im Sozialversicherungsrecht,<sup>11)</sup> nicht nach der Vereinbarung zwischen Versicherten und DG, sondern nach dem Inhalt der Tätigkeit richte.<sup>12)</sup> In der Krankenversicherung (KV) ist eine Parteiendisposition hingegen möglich, sodass Angestellte ex contractu lediglich die bis 2015 geltenden niedrigeren Beiträge der Angestellten zu bezahlen hatten.<sup>13)</sup> Da das Sozialversicherungsrecht heutzutage weitestgehend harmonisiert ist, hat die Streitfrage über die

Versicherungszugehörigkeit allerdings ihre Brisanz verloren.<sup>14)</sup>

An dem Umstand, dass Versicherten die Möglichkeit eingeräumt wird, innerhalb gewisser Grenzen über ihre Zugehörigkeit zu einer Beschäftigtengruppe privatrechtlich zu disponieren, zeigt sich jedoch, dass etwaige Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten nicht zwingend zu einer rechtlichen Ungleichbehandlung führen müssen.

## C. Krankenversicherung und Unfallversicherung

Die Kranken- und die Unfallversicherung (UV) werden im Folgenden wegen paralleler Entwicklungen zusammen behandelt. Die PV hingegen wird aufgrund der nach wie vor bestehenden Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten gesondert besprochen. Auf die Arbeitslosenversicherung wird mangels Anknüpfung unterschiedlicher Rechtsfolgen an die Beschäftigtengruppe nicht näher eingegangen.

### 1. Entstehung und erste Harmonisierungstendenzen

Die Anfänge der gesetzlichen Krankversicherung in Österreich gehen auf das Krankenversicherungsgesetz für Arbeiter aus 1888<sup>15)</sup> zurück, das sich stark am deutschen Krankenversicherungsgesetz orientiert.<sup>16)</sup> Versichert waren zwar hauptsächlich Industriearbeiter, aber auch „Betriebsbeamte“, die zT dem heutigen Verständnis von Angestellten entsprechen.<sup>17)</sup> Ab 1926 waren Angestellte nach dem neu geschaffenen AngVG 1926<sup>18)</sup> versichert, das bessere Konditionen vorsah. Das zeitnah geschaffene ArbVersG 1927 sollte wegen der Wohlstandsklausel<sup>19)</sup> nicht in Kraft treten, wodurch Arbeiter bspw bei der freien Arztwahl sowie der obligatorischen Familienversicherung lange Zeit schlechter gestellt waren als Angestellte.<sup>20)</sup>

und Angestellte in diesem Zusammenhang vgl § 308 Abs 6 ASVG sowie Zankel, Der sozialversicherungsrechtliche Überweisungsbeitrag, ASoK 2009, 186.

- 2) Schrammel, Der „Angestellte ex contractu“ im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, ZAS 1973, 163 (168); Messiner, Kontroverse um die „Angestellten ex contractu“ im Sozialversicherungsrecht, SozSi 1974, 17 (18).
- 3) Tomandl, Sozialrecht<sup>7</sup> (2019) Rz 59.
- 4) § 14 Abs 1 Z 1 ASVG.
- 5) Pöltner/Pacic, ASVG § 14 Anm 2.
- 6) Soweit ersichtlich ist eine solche Verordnung bisher nicht erlassen worden.
- 7) Felten in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 14 ASVG Rz 3.
- 8) Risak in Tomandl, System 1.2.2.4.2.
- 9) VwGH 13. 2. 1963, 49/62 SozSi 1963, 418; bestätigend VwGH 29. 11. 1974, 539/74 ZAS 1976, 149 (Spielbüchler).
- 10) Grundlegend Krejci, Arbeitsvertrag und Versicherungszugehörigkeit, VersR 1966, 91 (121); Schrammel, ZAS 1973, 168; krit betreffend die Ausführungen Schrammels: Messiner, SozSi 1974, 17 f.
- 11) Siehe D.2.
- 12) OGH 10 Obs 330/88 JBl 1989, 462.
- 13) Panhölzl in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 51 ASVG Rz 16.
- 14) So auch Sonntag in Sonntag, ASVG<sup>11</sup> § 14 Rz 1.
- 15) Gesetz über die Krankenversicherung der Arbeiter vom 30. 3. 1888 RGBl 1888/33.
- 16) Hofmeister, Sozialversicherung (1981) 118 ff.
- 17) Strasser, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 8 FN 3.
- 18) BGBl 1926/388.
- 19) Siehe D.1.a.
- 20) Strasser, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 11 f.

Ebenfalls im Jahr 1888 wurde die UV erstmals mit dem Gesetz betreffend die UV der Arbeiter in der Rechtsordnung verankert.<sup>21)</sup> Sie ist aus dem Bedürfnis nach einem speziellen Haftungsregime für Arbeitsunfälle entstanden, weil das allgemeine Schadenersatzrecht des ABGB als unzureichend empfunden wurde.<sup>22)</sup> Auch wenn Angestellte anfänglich nicht ausdrücklich in die UV einbezogen waren, darf diesem Umstand nicht allzu viel Gewicht beigemessen werden. Die UV war nämlich zunächst keine Personen-, sondern eine **Betriebsversicherung**. Eingeteilt in Gefahrenklassen, war die UV auf Betriebe mit einem gewissen Gefahrenpotenzial für Arbeitsunfälle begrenzt.<sup>23)</sup> Die Beiträge wurden von DG (je nach Gefahrenklasse) und DN – abhängig vom Arbeitsverdienst – gemeinsam geleistet.<sup>24)</sup> Der Kreis der pflichtversicherten Betriebe wurde stetig erweitert;<sup>25)</sup> 1926 wurden schließlich auch Angestellte ausdrücklich in die UV miteinbezogen.<sup>26)</sup> Die UV hat sich somit von einer anfänglichen Betriebsversicherung zu einer Personenversicherung gewandelt, die sowohl Arbeiter als auch Angestellte erfasst.<sup>27)</sup>

## 2. Deutsche RVO 1911 und österreichische ASVG-Stammfassung

Der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im Jahr 1938 stellt in der historischen Entwicklung des Sozialversicherungsrechts eine Zäsur dar. Grundlegende Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung wurden hierzulande anwendbar, wenn auch mit einem „österreichischen Anstrich“. Nach dem Zweiten Weltkrieg kehrte man nicht wieder zur vorherigen Rechtslage zurück.<sup>28)</sup> Vielmehr orientierte sich die Stammfassung des ASVG an der deutschen **Reichsversicherungsordnung von 1911** (RVO 1911). Bei der RVO 1911 handelt es sich um die Kodifikation der ersten Sozialversicherungsgesetze des Deutschen Kaiserreichs, die bei mehreren Ansprüchen an die Zugehörigkeit zu Personengruppen anknüpfte. So gehörten in der KV Arbeiter und Angestellte unterschiedlichen Personengruppen an.<sup>29)</sup>

Auch das **ASVG** fasst alle Versicherungszweige für Arbeiter und Angestellte in einem einheitlichen Gesetz zusammen. Die Anknüpfung an die Beschäftigtengruppe wurde im Leistungsrecht der KV und UV allerdings nicht übernommen.<sup>30)</sup> Trotz dieser **Vereinheitlichungen im Leistungsrecht** erfolgte in der Stammfassung des ASVG noch keine vollständige Harmonisierung, weil das Beitragsrecht nach wie vor an die Beschäftigtengruppenzugehörigkeit anknüpfte.

## 3. Harmonisierung des Beitragsrechts im ASVG

Anknüpfend an die anfangs thematisierte Versicherungszugehörigkeit nach § 13 ASVG (Arbeiter) und § 14 ASVG (Angestellte) normierte die Stammfassung des ASVG in **§ 51 Abs 1** unterschiedliche Beiträge in der KV und UV. Damals bestand in der KV mit einer Beitragshöhe von 7% für Arbeiter und 4,5% für Angestellte ein wesentlicher Unterschied zwischen den Beschäftigtengruppen.<sup>31)</sup> Die Angleichung erfolgte im

Zuge von ungleichen Beitragserhöhungen. Nach vielen kleinen Schritten kam es im **Jahr 2015**<sup>32)</sup> schließlich zur Festlegung eines einheitlichen Beitragssatzes in der KV, der heute 7,65% beträgt.<sup>33)</sup>

In der UV mussten DG zu Zeiten der Stammfassung für Arbeiter 2%, für Angestellte hingegen lediglich 0,5% bezahlen. Seit der 32. ASVG-Novelle von **1977** besteht ein für Arbeiter und Angestellte **einheitlicher UV-Beitrag**,<sup>34)</sup> der sich heute auf 1,2% beläuft.<sup>35)</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Die Harmonisierung der Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten erfolgte in den Versicherungszweigen der Krankheit und des Arbeitsunfalls je nach Beschäftigtengruppe unterschiedlich schnell. Beide Zweige sind bereits seit 1888 gesetzlich verankert. Die Gleichstellung im Beitragsrecht, das zuletzt harmonisiert wurde, erfolgte (im Fall der UV) im Jahr 1977 bzw (im Fall der KV) erst 2015, beinahe 130 Jahre nach der Einführung.

## D. Pensionsversicherung

Das Beitrags- und Organisationsrecht in der PV ist mittlerweile harmonisiert: Seit 1977 gibt es einen einheitlichen Beitragssatz (derzeit 22,8%)<sup>36)</sup> und seit 2003 besteht nur noch eine Pensionsversicherungsanstalt (PVA), die sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte zuständig ist. Im Leistungsrecht ist zwar insbesondere die Alterspension unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Beschäftigtengruppe ausgestaltet. Beim Versicherungsfall der **geminderten Arbeitsfähigkeit** differenziert das ASVG im Vierten Teil allerdings nach wie vor danach, ob der Pensionsanspruch eines Arbeiters (Abschnitt II) oder eines Angestellten (Abschnitt III) zu beurteilen ist.

Bei Arbeitern knüpft der Anspruch auf Arbeitsunfähigkeitspension gem § 254 Abs 1 Z 1 ASVG an den Begriff der **Invaliddität des § 255 ASVG** an, wohingegen der Anspruch von Angestellten gem § 271 Abs 1 Z 1 ASVG an den Begriff der **Berufsunfähigkeit des § 273 ASVG** anknüpft. Dieser Umstand wirkt sich auch auf den Zugang zu Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation aus.<sup>37)</sup> Ein historischer Rückblick soll die Entwicklung dieser Unterscheidung begrifflicher machen. →

21) RBGI 1888/1; siehe *Hofmeister*, Sozialversicherung 114, 128.

22) *Steiner*, Die Sozialversicherung in Österreich von den Anfängen bis zum Ende der Monarchie (Teil I), *SozSi* 2019, 158 (166).

23) *Steiner*, *SozSi* 2019, 167.

24) *Müller* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 172 ASVG Rz 2/1; *Steiner*, *SozSi* 2019, 168.

25) Insbesondere durch RGBl 1894/168.

26) BGBl 1926/388.

27) *Tomandl* in *Tomandl*, System 2.3.1.A.

28) *Hofmeister*, Sozialversicherung 215, 219f.

29) Vgl § 165 Z 1 und Z 2 RVO 1911.

30) *Tomandl* in *Tomandl*, System 2.3.1.A.

31) *Tomandl*, Die letzten 50 Jahre in der Sozialversicherung, ZAS 2016, 14.

32) BGBl I 2015/118.

33) § 51 Abs 1 Z 1 ASVG.

34) *Hofmeister*, Sozialversicherung 271.

35) § 51 Abs 1 Z 2 ASVG.

36) *Panhözl* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 51 ASVG Rz 23.

37) Siehe D.2.b.

## 1. Geminderte Arbeitsfähigkeit: historischer Rückblick

### a) Anfänge der Pensionsversicherung in Österreich

Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Pension wurden in Österreich erstmals mit dem Privatangestelltenversicherungsgesetz 1906<sup>38)</sup> gesetzlich verankert.<sup>39)</sup> Diese stand jedoch ausschließlich Angestellten offen.<sup>40)</sup> Für Arbeiter wurde zwar im Jahr 1927 eine PV im Gesetz<sup>41)</sup> vorgesehen, das Inkrafttreten hing jedoch von bestimmten wirtschaftlichen Voraussetzungen ab. Diese sogenannte **Wohlstandsklausel** führte dazu, dass die Arbeiterversicherung, die erstmals alle drei Versicherungszweige (KV, UV und Invalidenversicherung) für Arbeiter regulierte, vor dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr in Kraft treten sollte. Erst 1938 mit dem Anschluss Österreichs an Deutschland erfolgte eine Einbeziehung der Arbeiter in die PV durch die RVO 1911.<sup>42)</sup> Heute finden sich die entsprechenden Regelungen der geminderten Arbeitsfähigkeit sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte im ASVG.<sup>43)</sup>

### b) ASVG-Stammfassung

Auch bei der PV lohnt zunächst ein Blick in die **RVO 1911**, weil sich der **Invaliditätsbegriff des § 255 ASVG-Stammfassung** an diese anlehnt. Nach der RVO 1911 gehörten Arbeiter und Angestellte in der PV unterschiedlichen Personengruppen an.<sup>44)</sup> Invalidität lag nach der RVO 1911 vor, wenn der Versicherte nicht mehr im Stande war „durch eine Tätigkeit, die seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht und ihm unter billiger Berücksichtigung seiner Ausbildung und seines bisherigen Berufs zugemutet werden kann, ein Drittel dessen zu erwerben, was körperlich und geistig gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegend durch Arbeit zu verdienen pflegen“.<sup>45)</sup> Für die Arbeitsunfähigkeitspension der Arbeiter knüpfte die Stammfassung des ASVG an diese Definition an, veränderte sie jedoch dahingehend, dass bereits eine Minderung der Arbeitsfähigkeit um die  **Hälfte** für den Anspruch ausreicht.<sup>46)</sup>

Neben der RVO 1911 bestand weiters das Versicherungsgesetz für Angestellte 1911 (**VersAngG 1911**), nach dem insbesondere leitende Angestellte unter einer bestimmten Einkommensgrenze zusätzlich versicherungspflichtig waren. Danach hatten Angestellte Anspruch auf Ruhegeld infolge Berufsunfähigkeit, wenn sie dauerhaft unfähig waren, ihren Beruf wegen körperlicher Gebrechen oder der Schwäche ihrer körperlichen und geistigen Kräfte auszuüben. Weiters wurde normiert, Berufsunfähigkeit sei dann anzunehmen, „wenn seine Arbeitsfähigkeit auf weniger als die Hälfte eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten herabgesunken ist“.<sup>47)</sup> Dieser Begriff der **Berufsunfähigkeit** wurde **§ 273 ASVG-Stammfassung** zugrunde gelegt.

### c) Ausgewählte ASVG-Novellen zu §§ 255, 273 ASVG

§ 255 ASVG wurde seit der Stammfassung 29-mal, § 273 ASVG nicht minder beachtliche 14-mal novel-

liert,<sup>48)</sup> weshalb lediglich die Novellen herausgegriffen werden, die in dem hier interessierenden Zusammenhang von Relevanz sind.

Mit der **9. ASVG-Novelle**<sup>49)</sup> im Jahr 1962 wurde der bis dahin geltende Invaliditätsbegriff des § 255 ASVG auf ungelernete Arbeiter eingeschränkt.<sup>50)</sup> Fortan sollten **Arbeiter**, die in **erlernten oder angelernten Berufen** tätig sind, auch die Möglichkeit haben, **Berufsschutz** zu erwerben, vorausgesetzt sie üben diesen für mindestens die Hälfte der Versicherungsmonate während der letzten 15 Jahre vor Antragstellung aus. Erlernte Berufe iSd § 255 ASVG sind solche, die einen Lehrabschluss verlangen.<sup>51)</sup> Was unter angelernten Berufen zu verstehen ist, war anfangs nicht eindeutig.<sup>52)</sup> Schließlich definierte der Gesetzgeber in Abs 2 Satz 1 leg cit, dass darunter Tätigkeiten fallen, „[...] für die es erforderlich ist, durch praktische Arbeit qualifizierte Kenntnisse oder Fähigkeiten zu erwerben, welche jenen in einem erlernten Berufe gleichzuhalten sind“.<sup>53)</sup> In der Praxis bereitet die Beurteilung, ob ein angelernter Beruf vorliegt, jedoch bis heute erhebliche Schwierigkeiten.<sup>54)</sup>

Dennoch war die Einführung des Berufsschutzes für qualifizierte Arbeiter ein wichtiger Schritt zur Beseitigung der Ungleichbehandlung, was auch das tragende Motiv des Gesetzgebers war. Zur Begründung verweisen die Materialien darauf, dass vor einigen Jahrzehnten die Tätigkeit eines Arbeiters eine rein manuelle und ein Berufswechsel daher leichter gewesen sein mag, „die technische und wirtschaftliche Weiterentwicklung hat aber in den letzten Jahren dazu beigetragen, dass der gelernte **Arbeiter** heute über eine Ausbildung verfügt, die ihn **kaum mehr von dem Angestellten unterscheidet**“.<sup>55)</sup> Diese Äußerungen haben bis heute ihre Gültigkeit behalten, bestehen doch fast 60 Jahre später nach wie vor Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten in Bezug auf die Ausgestaltung des Berufsschutzes und die Bestimmung des Verweisungsfelds.<sup>56)</sup>

38) RGBl 1907/1.

39) Zwar wurde bereits im Jahr 1898 das Bruderladengesetz RGBl 1889/127 erlassen, dieses galt jedoch nur für Bergbauarbeiter und normierte keine konkreten Anspruchsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Rente im Falle der dauernden Arbeitsunfähigkeit, siehe *Födermayr*, Geminderte Arbeitsfähigkeit (2009) 13.

40) *Lederer*, Grundriss des österreichischen Sozialrechtes (1929) 501 f.

41) BGBl 1927/125.

42) *Hofmeister*, Sozialversicherung 202, 212 f.

43) Siehe D.2.

44) Vgl § 1226 Z 1 und Z 2 RVO 1911.

45) § 1255 RVO 1911 (Hervorhebung durch die Autorin).

46) *Rudda*, Der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit, in FS Binder (2010) 701 (702).

47) *Födermayr*, Grundsatz der abstrakten Prüfung der Voraussetzungen für die Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit, JAS 2017, 285 (288).

48) Siehe hierzu auf *Tomandl*, ZAS 2016, 11; *Resch* in *Tomandl/Mazal*, Das Invaliditätsproblem (1997) 28 ff; *Mazal*, Pensionierung bei geminderter Arbeitsfähigkeit (1993) 19 ff.

49) BGBl 1962/13.

50) *Pöltner/Pacic*, ASVG § 255 Anm 1.

51) Vgl *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 93.

52) *Mazal*, Pensionierung 22.

53) § 255 Abs 2 Satz 1 ASVG.

54) *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 95.

55) IA 147/A 9. GP Erläut 87 (Hervorhebung durch die Autorin).

56) Siehe D.2.a.

Im Jahr 1980 verbesserte sich mit der 35. ASVG-Novelle die Rechtslage der älteren ungelerten Arbeiter deutlich.<sup>57)</sup> Versicherte, die das 55. Lebensjahr (mittlerweile 60. Lebensjahr) vollendet und mindestens die Hälfte der Beitragsmonate in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag eine gleiche oder gleichartige Tätigkeit ausgeübt haben, können nur noch auf diese, bzw eine im Kernbereich übereinstimmende, Tätigkeit verwiesen werden.<sup>58)</sup> Bei diesem **Tätigkeitschutz**<sup>59)</sup> des neu geschaffenen § 255 Abs 4 ASVG<sup>60)</sup> ist das Verweisungsfeld enger als beim Berufsschutz. Das führte zu einer kurzzeitigen Besserstellung der älteren ungelerten Arbeiter (Tätigkeitsschutz) gegenüber gleichaltrigen qualifizierten Arbeitern und Angestellten („nur“ Berufsschutz). Es verwundert daher nicht, dass der Gesetzgeber drei Jahre später diese Privilegierung auf ältere qualifizierte Arbeiter und Angestellte ausdehnte.<sup>61)</sup> Damit stellte sich unabhängig von der Zugehörigkeit zur Beschäftigtengruppe eine **verbesserte Rechtslage für ältere Versicherte** ein.<sup>62)</sup>

Da ungelerte Arbeiter immer noch benachteiligt waren, wurde mit dem BudgetbegleitG 2011<sup>63)</sup> die sogenannte **Härtefallregelung** geschaffen.<sup>64)</sup> Erklärter Normzweck von § 255 Abs 3 a ASVG ist es, ungelerten Arbeitern, die das 50. Lebensjahr überschritten haben, in einer prekären gesundheitlichen Situation sowie mit einer schlechten Arbeitsmarktprognose konfrontiert sind, den Weg zur Invaliditätspension zu eröffnen.<sup>65)</sup> Dementsprechend eng ist der Anwendungsbereich gefasst.<sup>66)</sup> Für Angestellte gilt die Härtefallregelung gem § 273 Abs 3 ASVG zwar auch, sie findet laut OGH<sup>67)</sup> jedoch zu Recht nur auf solche Angestellten Anwendung, die keinen Berufsschutz erlangt haben. Dass es überhaupt Angestellte gibt, die keinen Berufsschutz haben, ist ebenfalls auf das BudgetbegleitG 2011 zurückzuführen. Im Zuge dessen wurde nämlich die **Prüfung der geminderten Arbeitsfähigkeit bei Angestellten** wesentlich geändert. Nicht mehr die Tätigkeit als Angestellter per se, sondern nur noch die Ausübung der Angestelltentätigkeit im Ausmaß von zumindest 7,5 Jahren in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag führt zum Berufsschutz.<sup>68)</sup> Auch Arbeiter, die in erlernten oder angelernten Berufen tätig waren, mussten fortan diese Schwelle überschreiten.<sup>69)</sup>

Die oftmals als einheitlich bezeichnete Regelung zwischen Arbeitern und Angestellten betreffend die Ausübung einer qualifizierten Tätigkeit über einen bestimmten Zeitraum hinweg führte zwar zu einer weiteren Angleichung bzw Aufweichung der Grenzen zwischen den Beschäftigtengruppen. Das änderte jedoch nichts daran, dass es bei Arbeitern unqualifizierte Tätigkeiten gibt, wohingegen **eine ausgeübte Angestelltentätigkeit niemals unqualifiziert sein kann**. Wurde sie zu kurz ausgeübt, wird zwar kein Berufsschutz gem § 273 Abs 1 ASVG erlangt, an der rechtlichen Beurteilung der Tätigkeit an sich ändert dies jedoch nichts.

#### d) Rehabilitation vor Pension

Der Grundsatz „**Rehabilitation vor Pension**“ ist mit der **32. ASVG-Novelle**<sup>70)</sup> gesetzlich verankert worden. Dieser zielt darauf ab, den Eintritt der verminderten Arbeitsfähigkeit des Versicherten zu vermeiden.<sup>71)</sup> Pro-

blematisch ist, dass die berufliche Rehabilitation auf Beschäftigte mit Berufsschutz zugeschnitten ist, womit ungelerten Arbeitern in der Praxis keine berufliche Rehabilitation zukommt.<sup>72)</sup> Mit dem StruktAnpG 1996<sup>73)</sup> hat sich diese Thematik verschärft, weil fortan jeder Antrag auf eine Pension aus dem Versicherungsfall der verminderten Arbeitsfähigkeit ex lege auch als Antrag auf Maßnahmen der Rehabilitation gilt. Seit dem **BudgetbegleitG 2011** gilt ein solcher Antrag **vorrangig** (und nicht mehr zusätzlich) als ein **Antrag auf Rehabilitation**. Damit einher ging auch die Normierung des **Rechtsanspruchs** auf berufliche Rehabilitation für Arbeiter in § 253 e ASVG bzw für Angestellte in § 270 a ASVG.<sup>74)</sup> Außerdem wurde der Anspruch auf Maßnahmen der Rehabilitation zu einer **negativen Anspruchsvoraussetzung** für eine Pension aufgrund geminderter Arbeitsfähigkeit.<sup>75)</sup> Dadurch wurde der Grundsatz „Rehabilitation vor Pension“ erheblich gestärkt. Die strukturelle Benachteiligung Versicherter ohne Berufsschutz wurde im Zuge der gesetzlichen Novellen jedoch nicht beseitigt.

## 2. Unterschiede in der geminderten Arbeitsfähigkeit nach aktueller Rechtslage

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass der Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit Gegenstand zahlreicher Novellen war. Während nach der ASVG-Stammfassung noch klar zwischen den Regelungen für Arbeiter und jenen für Angestellte unterschieden werden konnte, ist die Rechtslage mittlerweile geprägt von Differenzierungen innerhalb der Beschäftigtengruppen und zahlreichen Verweisungen zwischen § 255 und § 273 ASVG. Eine **klare Trennlinie zwischen Arbeitern und Angestellten kann nicht mehr gezogen werden**. Deshalb wird im Folgenden die aktuelle Rechtslage nicht gesondert nach Beschäftigtengruppe dargestellt, sondern danach, ob der Versicherte Berufsschutz genießt und wie sich das Verweisungsfeld zusammensetzt. Dabei müssen die beschäfti-

57) BGBl 1980/585.

58) *Mazal*, Pensionierung 26; *Ivansits*, Berufsunfähigkeit, JAS 2019, 350 (367). Für Beispiele solcher Tätigkeiten siehe *Sonntag* in *Sonntag*, ASVG<sup>11</sup> § 255 Rz 148.

59) *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 169.

60) Der damalige Abs 4 wanderte in den neuen Abs 5, vgl *Mazal*, Pensionierung 26.

61) BGBl 1983/590; zum Verhältnis Berufsschutz und Tätigkeitsschutz bei Angestellten siehe *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 273 ASVG Rz 32.

62) *Mazal*, Pensionierung 29.

63) BGBl I 2010/111.

64) Zuerst befristet, seit BGBl I 2012/12 dauerhaft.

65) *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 148.

66) Siehe ausf *Resch*, Die neue Härtefallregelung der geminderten Arbeitsfähigkeit, *SozSi* 2012, 405 (406).

67) Vgl RIS-Justiz RS0127651.

68) *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 273 ASVG Rz 7.

69) *Pöltner/Pacic*, ASVG § 255 Anm 8.

70) BGBl 1976/704.

71) *Pöltner* in FS Mosler und Pfeil 115 f.

72) Siehe D.2.b.

73) BGBl 1996/201.

74) Der Rechtsanspruch wurde mit BGBl I 2013/3 teilweise aufgehoben und mit BGBl I 2017/29 wieder eingeführt; vgl *Ivansits*, Probleme im neuen beruflichen Rehabilitationsrecht, *ZAS* 2014, 162 (163).

75) *Bergauer* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 300 ASVG Rz 2/2.

gungsspezifischen Voraussetzungen mitgedacht werden. Diese Überlegungen lassen sich auch auf die berufliche Rehabilitation und die damit verbundene Bestimmung des Berufsfelds übertragen.

#### a) Berufsschutz und Verweisungsfeld

Unter **Berufsschutz** versteht man den Schutz vor Verweisung in einen Beruf, der in keinem Zusammenhang mit dem bisherigen steht.<sup>76)</sup> Die Tätigkeiten, deren Ausübung dem Versicherten noch zugemutet und auf die der Antragsteller somit verwiesen werden kann, sind unter dem Begriff **Verweisungsfeld** zusammengefasst.<sup>77)</sup>

Die beiden Begriffe stehen in einem verkehrt proportionalen Verhältnis zueinander: Je stärker der Berufsschutz, desto kleiner ist das Verweisungsfeld<sup>78)</sup> (und umso höher die Wahrscheinlichkeit, dass Anspruch auf eine Pension besteht).

##### → Versicherte mit Berufsschutz

Um Berufsschutz zu erlangen, muss in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag zumindest 7,5 Jahre eine Angestelltentätigkeit oder eine Beschäftigung als Arbeiter in einem erlernten oder angelernten Beruf vorliegen. Hierbei ist auf die konkrete Tätigkeit abzustellen.

Bei **Angestellten** ist lediglich zu prüfen, ob tatsächlich eine Angestelltentätigkeit vorliegt. **Nach der beruflichen Qualifikation** wird für die Frage, ob Berufsschutz erlangt werden kann, **nicht differenziert**. Der Umstand, dass der Versicherte Tätigkeiten iSd § 1 AngG verrichtet, ist allein ausreichend, um Berufsschutz nach § 273 Abs 1 ASVG zu erlangen.<sup>79)</sup> Angestellte werden somit – anders als Arbeiter – pensionsversicherungsrechtlich als homogene Berufsgruppe behandelt.<sup>80)</sup> Wenn Angestellte eine homogene Berufsgruppe bilden, dürfte auch beim Verweisungsfeld grundsätzlich nicht innerhalb der Gruppe differenziert werden. Das Verweisungsfeld bei Angestellten müsste daher eigentlich sämtliche Angestelltentätigkeiten, auch solche mit erheblich geringerem Ansehen oder Gehalt umfassen. Das ist jedoch sozialpolitisch unerwünscht. Verweisungen mit einem unzumutbaren sozialen Abstieg sind bei Angestellten daher unzulässig.<sup>81)</sup> Für die Beurteilung des sozialen Abstiegs wird die zuletzt nicht nur vorübergehend ausgeübte Tätigkeit herangezogen.<sup>82)</sup> Die Einstufung im entsprechenden Kollektivvertrag dient als Hilfsmittel zur Ermittlung des sozialen Werts,<sup>83)</sup> auch wenn ihr lediglich Indizwirkung zukommt.<sup>84)</sup> Auf Verwendungsgruppen unterhalb der bisherigen kann zwar verwiesen werden, womit Einbußen an sozialem Prestige und Entlohnung grundsätzlich hinzunehmen sind.<sup>85)</sup> Ist der Verweisungsberuf jedoch aus gesellschaftlicher Sicht mit einem wesentlich geringeren Ansehen verbunden, ist dies Angestellten nicht zumutbar.<sup>86)</sup>

Bei **Arbeitern**, die Berufsschutz erlangt haben, ist für die Beurteilung einer zulässigen Verweisung nicht auf den sozialen Wert der Arbeit, sondern **ausschließlich auf die berufliche Qualifikation abzustellen**.<sup>87)</sup> Sie können auch auf dem bisherigen Beruf hinsichtlich der Ausbildung und der Aufgabenstellung verwandte Verweisungsberufe verwiesen werden. Auch eine Verwei-

sung von gelernten bzw. angelernten Arbeitern auf verwandte Angestelltentätigkeiten ist möglich, wenn dort das Wissen aus dem Facharbeiterberuf verwertet werden kann und nicht mehr als eine Nachschulung<sup>88)</sup> (nicht: Umschulung) des Arbeiters erforderlich ist.<sup>89)</sup> Das Ansehen in der Gesellschaft oder die kollektivvertragliche Einstufung spielen hierfür keine Rolle.<sup>90)</sup>

War der Versicherte sowohl als Angestellter als auch als qualifizierter Arbeiter tätig, erwirbt er mehrfachen Berufsschutz, was ein breiteres Verweisungsfeld zur Folge hat.<sup>91)</sup> Für das zeitliche Erfordernis der 7,5 Jahre sind die qualifizierten Tätigkeiten berufsgruppenunabhängig zu addieren.<sup>92)</sup>

##### → Versicherte ohne Berufsschutz

Keinen Berufsschutz haben **ungelernte Arbeiter** sowie Versicherte, die zwar in erlernten bzw. angelernten Berufen oder als **Angestellte** tätig sind, jedoch diese **qualifizierte Tätigkeit nicht mindestens 7,5 Jahre** in den letzten 15 Jahren ausgeübt haben. Ihr Verweisungsfeld ist grundsätzlich mit dem Arbeitsmarkt ident.<sup>93)</sup> Diese Versicherten sind somit erst arbeitsunfähig, wenn sie infolge ihres körperlichen oder geistigen Zustands nicht mehr im Stande sind, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihnen unter billiger Berücksichtigung der von ihnen ausgeübten Tätigkeit zugemutet werden kann, wenigstens die Hälfte des Entgelts zu erwerben, das ein körperlich und geistig gesunder Versicherter regelmäßig durch eine solche Tätigkeit zu erzielen pflegt.<sup>94)</sup> Angestellte, die keinen Berufsschutz haben, können daher auch auf Tätigkeiten ungelerner Arbeiter verwiesen werden (sogenannte **Querverweisung**).<sup>95)</sup>

76) *Taudes* in *Graf-Schimek*, Fachlexikon Sozialversicherungsrecht (2014) 114.

77) Siehe ausf zur Bestimmung des Verweisungsfelds von qualifizierten und nichtqualifizierten AN: *Tomandl*, Invalideitätspensionen, *SozSi 2/2021* (noch nicht erschienen).

78) *Mazal*, Pensionierung 15.

79) Vgl OGH 10 ObS 71/06y SSV-NF 20/48, seitdem wurde jedoch normiert, dass die Angestelltentätigkeit für mind 7,5 Jahre ausgeübt werden muss.

80) *Ivansits*, JAS 2019, 353.

81) *Freudenthaler*, Berufsunfähigkeits- und Invalideitätspension, ZAS 2011, 163 (165); vgl zum unzumutbaren sozialen Abstieg RIS-Justiz RS0084890.

82) Auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit ist nicht abzustellen, wenn sie nur über eine verhältnismäßig kurze Zeit ausgeübt wurde, vgl *Födermayr*, Geminderte Arbeitsfähigkeit 135 f.

83) *Födermayr*, Geminderte Arbeitsfähigkeit 140.

84) *Freudenthaler*, ZAS 2011, 165.

85) *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 273 ASVG Rz 20.

86) *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 273 ASVG Rz 16.

87) Vgl *Ivansits*, JAS 2019, 353.

88) *Sonntag* in *Sonntag*, ASVG<sup>11</sup> § 255 Rz 99.

89) Vgl *Kollenz/Stickler*, Verweisung auf den Fachverkauf statt Invalideitätspension? ASoK 2014, 376. *Födermayr*, Geminderte Arbeitsfähigkeit 42 ff; Beispiele für Verweisungen siehe *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 128 f.

90) *Tomandl*, Invalideitätspensionen, *SozSi 2/2021* (noch nicht erschienen).

91) RIS-Justiz RS0084393.

92) *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 113, 124.

93) *Pöltner/Pacic*, ASVG § 255 Anm 10.

94) Beachtet werden im Zuge dessen va Größe des Arbeitsmarkts, Anmarschweg, Wohnort, Krankenstände, zusätzliche Arbeitspausen, vgl *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 50–89.

95) OGH 10 ObS 152/14x SSV-NF 29/5.

Die Prüfung der Arbeitsunfähigkeit erfolgt **abstrakt**. Das hat zur Folge, dass berufungsgeschützte DN auf Tätigkeiten verwiesen werden können, die zwar theoretisch vorhanden sind, auf deren Arbeitsplatz der Versicherte jedoch faktisch keinen Zugang hat.<sup>96)</sup> Das Risiko, dass der Versicherte keinen Job findet, ist nicht der Pensions-, sondern der Arbeitslosenversicherung zuzuordnen. Zur Abfederung von dadurch entstehenden Härtefällen besteht heute die berufsgruppenunabhängige **Härtefallregelung**,<sup>97)</sup> die jedoch in der Praxis keine Anwendung findet.<sup>98)</sup>

#### → Tätigkeitsschutz

Darüber hinaus genießen **ältere Versicherte** Tätigkeitsschutz, unabhängig davon, welcher Beschäftigtengruppe sie zugehörig sind und ob sie Berufsschutz haben. Er greift ab dem 60. Lebensjahr (unter gewissen Voraussetzungen) und erleichtert den Zugang zur Arbeitsunfähigkeitspension.<sup>99)</sup>

#### → Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die berufsständische Gliederung der Sozialversicherung keine unüberwindbare Barriere ist, wenn Querverweisungen zwischen ungelernten Arbeitern und unqualifizierten Angestellten zulässig sind. Die **Trennlinie** verläuft nicht (mehr) zwischen den Beschäftigtengruppen, sondern eher **zwischen Personen mit Berufsschutz und solchen ohne**. So sind die jüngeren Regelungen wie der Tätigkeitsschutz und die Härtefallregelung bereits harmonisiert. Dennoch sind die nach wie vor bestehenden Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten bei der **Erlangung des Berufsschutzes** sowie der **Bestimmung des Verweisungsfelds** in der Arbeitsunfähigkeitspension nicht zu vernachlässigen.

Die Besserstellung von Personen, die Berufsschutz erlangt haben, führt naturgemäß dazu, dass Versicherte bestrebt sind, einen einmal erlangten Berufsschutz zu behalten. Das führt zu einem Spannungsverhältnis mit Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation, deren Ziel es ist, die Arbeitsfähigkeit des Versicherten wiederherzustellen, indem auf andere Berufe umgeschult wird.

### b) Qualifikationsschutz und Berufsfeld in der beruflichen Rehabilitation

Nach dem Grundsatz **Rehabilitation vor Pension** ist eine Pension aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit erst zuzusprechen, wenn Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation nicht zumutbar oder nicht zweckmäßig sind. Darüber hinaus muss die angedachte Maßnahme der beruflichen Rehabilitation geeignet sein, um die geminderte Arbeitsfähigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu beseitigen oder zu vermeiden.

#### → Versicherte mit Berufsschutz

Auch Personen mit Berufsschutz haben nach der Rsp<sup>100)</sup> Anspruch auf berufliche Rehabilitation. Dem Gesetz sei eine Einschränkung dahingehend, dass dem Versicherten im Rahmen der beruflichen Rehabilitation nur eine Berufsausübung im Rahmen des Verweisungsfelds ermöglicht werden soll, nämlich nicht zu entnehmen. Somit knüpft die Rehabilitation nicht notwendigerweise an den bisherigen Beruf an.<sup>101)</sup> Da-

durch wird der **Berufsschutz aufgeweicht**. Zu beachten ist ein etwaiger Berufsschutz jedoch bei dem Kriterium der Zumutbarkeit einer Rehabilitationsmaßnahme. Anhand eines beweglichen Systems ist die Zumutbarkeit an der Dauer und am Umfang der Ausbildung des Versicherten sowie an Inhalt und Dauer der Maßnahme zu messen.<sup>102)</sup> Somit schützt § 253 e ASVG den Versicherten davor, nicht seiner Qualifikation entsprechend eingesetzt zu werden.<sup>103)</sup> Dieser sogenannte **Qualifikationsschutz** überlagert einen etwaigen Berufsschutz nach § 255 Abs 1 ASVG bzw § 273 ASVG, weil sich der Anspruch auf Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation und jener auf eine Arbeitsunfähigkeitspension gegenseitig ausschließen und zweiterer subsidiär ist.

Ausgehend vom konkreten Qualifikationsschutz werden die Berufe bestimmt, auf die der Versicherte rehabilitiert werden kann. Dieses sogenannte **Berufsfeld** entspricht nicht dem Verweisungsfeld der geminderten Arbeitsfähigkeit, sondern muss, um der beruflichen Rehabilitation einen Anwendungsbereich zu verschaffen, zwangsläufig **über das Verweisungsfeld hinausgehen**.<sup>104)</sup> Lässt die verbleibende Arbeitsfähigkeit des Versicherten nämlich die Verweisung innerhalb seines Verweisungsfelds zu, besteht mangels Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch auf Arbeitsunfähigkeitspension, weshalb die berufliche Rehabilitation nicht mehr zu prüfen ist. Erst wenn eine Verweisung nicht mehr möglich ist, ist zu beurteilen, ob die berufliche Rehabilitation auf Berufe außerhalb des Verweisungsfelds (jedoch innerhalb des Berufsfelds) zweckmäßig und dem Versicherten zumutbar ist. Dabei darf das bisherige Qualifikationsniveau nicht wesentlich unterschritten werden.<sup>105)</sup> Hauptanwendungsbereich ist die **Querrehabilitation von qualifizierten Arbeiter- auf Angestelltentätigkeiten**,<sup>106)</sup> die im Zuge der Verweisung beim Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit aufgrund der benötigten Umschulung (und somit über die zulässige Nachschulung hinausgehend) nicht zulässig wäre. Rehabilitationen von Angestelltentätigkeiten auf leichtere Arbeitertätigkeiten werden zumeist am Gesundheitszustand des Versicherten scheitern, obwohl diese theoretisch möglich wären.

Als Ausgleich zur Beschränkung des Berufsschutzes<sup>107)</sup> muss bei Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt

96) Ausf *Födermayr*, Grundsatz der abstrakten Prüfung der Voraussetzungen für die Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit, JAS 2017, 285 (285 ff).

97) Siehe D.1.c.

98) *Tomancl*, Invaliditätspensionen, SozSi 2/2021 (noch nicht erschienen).

99) Siehe oben D.1.c.

100) RIS-Justiz RS0113672.

101) *Födermayr/Resch* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 255 ASVG Rz 216.

102) *Sonntag*, Zum Vorrangverhältnis von beruflicher Rehabilitation und Berufsschutz, *ecolox* 2017, 1003 (1005).

103) *Sonntag*, *ecolox* 2017, 1007.

104) *Ivansits*, ZAS 2014, 163.

105) *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 253 e ASVG Rz 13/1.

106) *Ivansits*, ZAS 2014, 164.

107) *Neumayr*, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht, *öRdA* 2005, 471 (485).

mit hoher Wahrscheinlichkeit möglich sein. Von der abstrakten Prüfung der Arbeitsunfähigkeit wird somit abgegangen und die Vermittelbarkeit auf den Rehabilitationsberuf am Arbeitsmarkt berücksichtigt.<sup>108)</sup>

#### → Versicherte ohne Berufsschutz

Versicherte ohne Berufsschutz sind erst arbeitsunfähig, wenn sie nicht mehr imstande sind, (irgend-)eine ihnen zumutbare und auf dem Arbeitsmarkt noch bewertete Tätigkeit zu verrichten, weil ihr Verweisungsfeld grundsätzlich mit dem Arbeitsmarkt ident ist. Deshalb sind unqualifizierte Arbeiter und Angestellte ohne Berufsschutz in der Regel nicht arbeitsunfähig iS des Versicherungsfalls der geminderten Arbeitsfähigkeit. Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation scheiden daher von vornherein aus, weil eine Verweisung innerhalb des Verweisungsfelds möglich und die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht notwendig ist. Das führt zur sozialpolitisch problematischen Situation, dass **Versicherte ohne Berufsschutz keinen Zugang zur beruflichen Rehabilitation haben.**<sup>109)</sup> Diesem Umstand wird mittels Sonderbestimmung (§ 253 e Abs 1 Satz 1 ASVG) entgegengewirkt, die Versicherten, die zwar keinen Berufsschutz haben, dennoch aber über einen gewissen Zeitraum qualifiziert tätig waren, einen Anspruch auf berufliche Rehabilitation gewährt.<sup>110)</sup> Als qualifizierte Tätigkeiten gelten wiederum sämtliche Angestelltentätigkeiten sowie die Tätigkeit als Arbeiter in erlernten oder angelernten Berufen.

Da Arbeiter – im Gegensatz zu Angestellten – unqualifiziert tätig sein können und dadurch schwerer Berufsschutz erlangen, werden **Arbeiter beim Zugang zur beruflichen Rehabilitation im Ergebnis benachteiligt**, obwohl die gesetzliche Regelung nicht auf die Beschäftigtengruppe abstellt.

#### → Zwischenergebnis

Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation ermöglichen die Querrehabilitation von qualifizierten Arbeitern auf Angestelltentätigkeiten innerhalb des Berufsfelds. Die Trennlinie verläuft auch in der beruflichen Rehabilitation nicht zwischen den Beschäftigtengruppen, sondern eher zwischen Personen mit Berufsschutz und solchen ohne. Nicht Arbeiter per se, sondern unqualifizierte Versicherte haben faktisch keinen Zugang zu Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation. Personen ohne Berufsschutz sind jedoch oft Arbeiter, weil Angestellte leichter Berufsschutz erwerben können.

### 3. Sachliche Rechtfertigung der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten?

#### a) Arbeiter und Angestellte sind im Wesentlichen gleich

Der Gleichheitssatz des **Art 7 B-VG** verlangt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Die aufgezeigten unterschiedlichen Regelungen von Arbeitern und Angestellten müssten somit auf Unterschiede im Tatsächlichen zwischen den Beschäftigtengruppen zurückzuführen sein, um dem Gleichheitssatz zu entsprechen. Diese werden jedoch immer weniger und folglich wird auch die Abgrenzung zwischen Arbeitern und Angestellten zunehmend schwieriger.<sup>111)</sup> Die Kategorisierung in **geistig tätige Angestellte** und **manuell tä-**

**tige Arbeiter** entspricht schon lange **nicht mehr der Realität.**<sup>112)</sup> Innerhalb beider Beschäftigtengruppen gibt es heutzutage hochqualifizierte DN und solche, die stark repetitive Tätigkeiten ohne das Erfordernis der Eigenständigkeit ausüben. Ob es tatsächlich eine „funktionale“ Angestellten- bzw. Arbeitertätigkeit gibt, ist zumindest in Zweifel zu ziehen.<sup>113)</sup> Auch der Umstand, dass der Wechsel der Versicherungszugehörigkeit von Arbeitern zur PV der Angestellten durch Vertrag bei gleichbleibender Tätigkeit – wenn auch innerhalb der aufgezeigten Grenzen – möglich sein soll, spricht gegen faktische Unterschiede zwischen den Beschäftigtengruppen. Darüber hinaus gibt es **Querweisungen** und **Querrehabilitationen** zwischen Arbeiter- und Angestelltentätigkeiten. Wie sich gezeigt hat, ist die Unterscheidung vielmehr historisch bedingt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Einteilung in Beschäftigtengruppen zu Beginn der Sozialversicherungsgesetzgebung auf Unterschiede im Tatsächlichen zurückzuführen war. Heute sind Arbeiter und Angestellte im Wesentlichen als gleich zu betrachten. Folgt man dieser Ansicht, wird **Gleiches ungleich behandelt**, was einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, um Art 7 B-VG zu entsprechen.

#### b) Keine sachliche Rechtfertigung

Sachlich gerechtfertigt sind Differenzierungen nur, wenn sie durch einen objektiven, im Tatsächlichen liegenden, vernünftigen Grund bedingt und nicht unverhältnismäßig sind.<sup>114)</sup> Die Suche nach solch einem Grund gestaltet sich durchaus schwierig. Zu rechtfertigen gilt es, dass **sämtliche Angestelltentätigkeiten ex lege qualifizierte Tätigkeiten** sind, die durch **Zeitablauf** zum Berufsschutz führen, während es **unqualifizierte Arbeitertätigkeiten** gibt, durch die **niemals** Berufsschutz erlangt werden kann.

Fraglich ist, ob es wahrscheinlicher ist, dass Arbeiter gemindert arbeitsfähig werden. Es könnte dann im **Interesse der Versichertengemeinschaft** liegen, Arbeitern den Zugang zu einer Arbeitsunfähigkeitspension zu erschweren, um Kosten zu sparen. Tatsächlich sind im Jahr 2018 mehr als zwei Drittel der geminderten Arbeitsunfähigkeitspensionen auf Arbeiter entfallen,<sup>115)</sup> obwohl lediglich 40% der unselbständig Versicherten im selben Jahr Arbeiter waren.<sup>116)</sup> Zu beachten gilt es hier jedoch, dass diese Zahlen die zugesprochenen Arbeitsunfähigkeitspensionen erfassen. Daher sind insbesondere jene ungelerten Arbeiter nicht miteinbezogen, die keinen Zugang haben und auf die sich die Ungleichbehandlung primär bezieht, weshalb es schwierig ist, aus diesen Zahlen einen objektiven Grund für die verbleibende Unterscheidung auszumachen.

108) *Burger/Ivansits*, Medizinische und berufliche Rehabilitation in der Sozialversicherung, öRdA 2016, 106 (115).

109) *Pöltner* in FS Mosler und Pfeil 114.

110) *Födermayr* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 253 e ASVG Rz 9.

111) *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>9</sup> § 1 AngG Rz 15.

112) *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>9</sup> § 1 AngG Rz 14.

113) Vgl *Drs*, Arbeiter und Angestellte 47 ff.

114) *Drs*, Arbeiter und Angestellte 90.

115) Statistisches der österreichischen Sozialversicherung 2019 (2019) Tabelle 3.08.

116) Statistisches der österreichischen Sozialversicherung 2019 Tabelle 3.01.

chen. Des Weiteren ist der **häufigste Grund** der Arbeitsunfähigkeit mit rund 39,8% der Krankheitsgruppe „**psychische und Verhaltensstörungen**“ zuzuordnen, Tendenz steigend.<sup>117)</sup> Dieser Grund hängt jedoch nicht von der Beschäftigungsgruppe ab, sondern kann auf alle Versicherten gleichermaßen zutreffen. Auch zeigt die Entwicklung der **UV**, dass der Tätigkeit als **Arbeiter kein höheres Risiko** inhärent ist, die eine unterschiedliche Behandlung zwingend erfordert, weil die Beschäftigtengruppen in der UV seit mehreren Jahrzehnten unterschiedslos behandelt werden. Gleichzeitig kann auch ein **zu stark ausgeprägter Berufsschutz** die Versichertengemeinschaft belasten, indem Angestellte Arbeitsunfähigkeitspensionen beziehen, obwohl ihre Arbeitskraft bei einer anderen Tätigkeit noch sinnvoll einsetzbar wäre. Der Schutz der Versichertengemeinschaft vor hohen Kosten infolge einer hohen Anzahl an Arbeitsunfähigkeitspensionen kann die derzeitige Ausgestaltung des Berufsschutzes differenzierend nach Beschäftigtengruppe daher sachlich nicht rechtfertigen. Unterschiedlich hohe **Beiträge** können die Differenzierung ebenfalls nicht rechtfertigen, weil das Beitragsrecht bereits **vollständig harmonisiert** ist.

Zu überlegen wäre, ob die Unterscheidung durch Gründe der **Verwaltungsökonomik** gerechtfertigt werden kann. Es ist sicherlich einfacher, bei Angestellten lediglich den Zeitablauf zu prüfen, als auf die Qualifikation abzustellen. Das gilt jedoch gleichermaßen für Arbeitertätigkeiten, womit auch bei Arbeitern leidlich auf die Ausübung irgendeiner Arbeitertätigkeit für mindestens 7,5 Jahre abgestellt werden müsste. Dann mutiert der Berufsschutz jedoch zu einem Berufserfahrungsschutz. Auch die Verwaltungsökonomik vermag die Unterscheidung somit nicht zu rechtfertigen.

### c) Zwischenergebnis

Der Berufsschutz soll Versicherte davor schützen, auf Tätigkeiten verwiesen zu werden, die in keinem Zusammenhang mit ihrem bisherigen Beruf stehen. Dieser **Schutzgedanke trifft auf Arbeiter und Angestellte gleichermaßen zu**, wofür auch die zahlreichen Angleichungen des Gesetzgebers sprechen. Für den Erwerb von Berufsschutz ist die Zuordnung zu einer **Beschäftigtengruppe** aufgrund der aufgezeigten Abgrenzungsproblematik **kein taugliches Kriterium**. Bezeichnenderweise wird dieses Kriterium im Ergebnis auch nicht mehr genutzt, vielmehr verläuft die Trennlinie – wie dargestellt – zwischen Versicherten mit und solchen ohne Berufsschutz. Die Ungleichbehandlung zwischen

Arbeitern und Angestellten kann auch nicht durch das Interesse der Versicherungsgemeinschaft an niedrigen Kosten, Verwaltungsökonomik oder das Beitragsrecht sachlich gerechtfertigt werden. Die gesetzliche Fiktion, dass **sämtliche Angestelltentätigkeiten qualifizierte Tätigkeiten** sind, die durch Zeitablauf zum Berufsschutz führen, während es unqualifizierte Arbeitertätigkeiten gibt, durch die niemals Berufsschutz erlangt werden kann, **verstößt somit gegen den Gleichheitssatz**.

### E. Fazit

- Die Untergliederung in Arbeiter und Angestellte im österreichischen Sozialversicherungsrecht ist historisch bedingt und geht bereits auf die Anfänge der Sozialgesetzgebung zurück.
- Während die Regelungen zwischen Arbeitern und Angestellten in den Versicherungszweigen der Krankheit und des Arbeitsunfalls heute vollständig harmonisiert sind, bestehen im Leistungsrecht der PV beim Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit nach wie vor Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten.
- Infolge zahlreicher ASVG-Novellen verläuft die Trennlinie heute allerdings nicht mehr zwischen den Beschäftigtengruppen, sondern eher zwischen Versicherten mit Berufsschutz und solchen ohne. Das gilt auch für die berufliche Rehabilitation.
- Um Berufsschutz zu erlangen, müssen Arbeiter mindestens 7,5 Jahre in den letzten 15 Jahren in erlernten oder angelernten Berufen tätig gewesen sein. Bei Angestellten führen im gleichen Zeitraum hingegen sämtliche Angestelltentätigkeiten zum Erwerb von Berufsschutz.
- Die gesetzliche Fiktion, dass sämtliche Angestelltentätigkeiten qualifizierte Tätigkeiten sind, während es bei Arbeitern auch unqualifizierte Tätigkeiten gibt, kann nicht aus Gründen der Verwaltungsökonomik, des Beitragsrechts oder des Interesses der Versichertengemeinschaft sachlich gerechtfertigt werden.
- Will der Berufsschutz an der erworbenen Qualifikation anknüpfen, muss er dies unabhängig von der Beschäftigtengruppe tun, um dem Gleichheitssatz des Art 7 B-VG zu entsprechen.

<sup>117)</sup> Statistisches der österreichischen Sozialversicherung 2019 Kapitel 3, 4.

### → In Kürze

Das Organisations- und Beitragsrecht ist mittlerweile für Arbeiter und Angestellte in allen Versicherungszweigen harmonisiert. Wenngleich es im Leistungsrecht der UV und KV durch die Einführung des ASVG zur Vereinheitlichung gekommen ist, knüpft das ASVG im Leistungsrecht der PV beim Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit bis heute an die Beschäftigtengruppe an. Nach zahlreichen Novellen verläuft die Trennlinie jedoch auch hier nicht mehr zwischen den Beschäftigtengruppen, sondern zwischen Versicherten, die Berufsschutz haben, und solchen ohne. Die Unterschiede zwischen Arbeitern

und Angestellten bestehen vielmehr im Hinblick auf die Erlangung von Berufsschutz und die Bestimmung des Verweisungsfelds. Diese Differenzierungen sind nicht sachlich gerechtfertigt iSd Art 7 B-VG.

### → Zum Thema

#### Über die Autorin:

Helena Palle, LL. M. (WU) BSc (WU), ist Universitätsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien. Kontaktadresse: Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Schenkenstraße 8–10, 1010 Wien. Tel: +43 1 4277 35635, E-Mail: helena.palle@univie.ac.at

