

lebenshilfe



2-Säulen-Modell

Einkommen und Existenzsicherung von Menschen mit Behinderungen

Zusammenfassung der Vorstudie

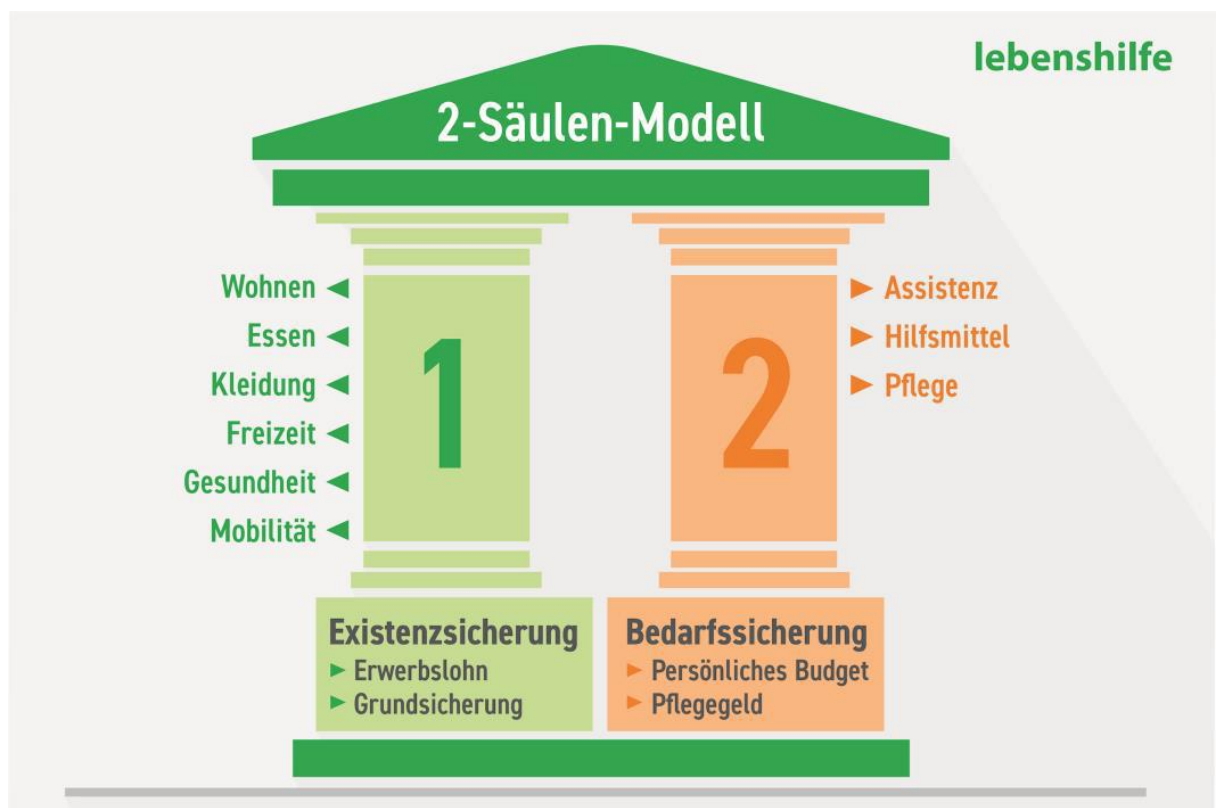
Inhalt

Das 2-Säulen-Modell	3
Zielsetzung und logistische Herausforderungen	5
Umsetzungsschritte zur Etablierung des Modellvorhabens	10
Perspektiven	35
Impressum	36

Das 2-Säulen-Modell

Seit vielen Jahren fordern Menschen mit intellektuellen Behinderungen „Gehalt statt Taschengeld“. Sie wollen als erwachsene und gleichberechtigte Personen an einem inklusiven Arbeitsmarkt teilhaben. Besonders in Werkstätten sollen sie ein Gehalt statt einem Taschengeld erhalten und wie andere erwachsene Personen auch sozialversicherungsrechtlich abgesichert sein. Viele andere Stimmen haben sich diesem Anliegen angeschlossen: diesem Vorhaben widmet sich das 2-Säulen-Modell.

Das **2-Säulen-Modell** geht von einer ressourcen- und fähigkeitsorientierten Bewertung der Erwerbsminderung sowie des Gesundheitszustandes von Menschen mit Behinderungen aus. Es basiert auf zwei Säulen, nämlich einer **Einkommens-Säule**, welche die Existenz sichert, sowie einer **Bedarfssicherungs-Säule**, welche den behinderungsbedingten Mehraufwand abdecken soll (soziale Dienste, Hilfsmittel, Pflegegeld, persönliches Budget, persönliche Assistenz, steuerliche Begünstigungen).



Grafik: 2-Säulen-Modell, © Lebenshilfe

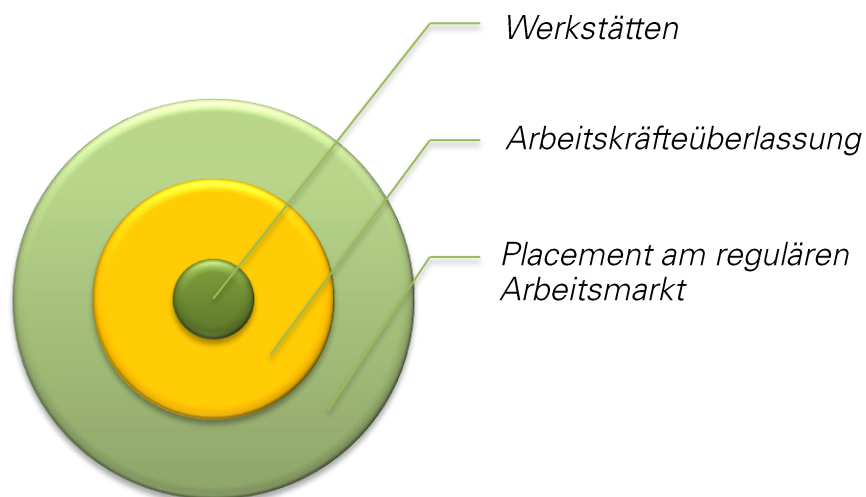
Säule 1: Existenzsicherung

Erwerbslohn statt Taschengeld oder Grundsicherung

Um Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit zu gewähren, eine ihren Ressourcen entsprechende **vollversicherte und angemessen entlohnte Erwerbsarbeit** aufzunehmen, bedarf es der **Beseitigung der automatischen Erwerbsunfähigkeit im Sozialrecht** (Legalvermutung der Arbeitsfähigkeit).

Die Dreiteilung zwischen dem ersten (regulär), zweiten (Transfersysteme) und dritten (dauerhafte öffentlich alimentierte Beschäftigung) Arbeitsmarkt ist durch einen **allgemeinen, inklusiven und durchlässigen Arbeitsmarkt** zu ersetzen.

Die Studie folgt einem „Zwiebelmodell“ des 2-Säulen-Konzeptes: **geschützte Arbeit/geschützte Werkstätte, Arbeitskräfteüberlassung, Placement am regulären Arbeitsmarkt**.



Anstelle der bisherigen Transferleistungen (Waisenpension, Familienbeihilfe u.a.) **treten:**

- **Einkommen aus einer vollversicherten und angemessen entlohnten Beschäftigung**

Das bedeutet einen Zugang zu einem sozialversicherungspflichtigen, dem Arbeitsrecht unterliegenden Beschäftigungsverhältnis mit einem existenzsichernden Arbeitslohn auf Grundlage eines Kollektivvertrags bzw. einen Anspruch auf einen angemessen entlohnten und vollversicherten Werkstätten-Platz, wenn der Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit eine den Ressourcen und Fähigkeiten der Person entsprechende Tätigkeit erlaubt. Es gibt eine Vollenwendung des Arbeitsrechtes. Über die Verwendung des Gehalts kann frei entschieden werden, Ansparungen werden möglich, Wohnen, Essen, Kleidung, Freizeitaktivitäten sind hieraus zu finanzieren.

▪ Grundsicherung

Es gibt einen Anspruch auf existenzsichernde Transferleistung als subsidiäres Mindesteinkommen, wenn der Gesundheitszustand eine Arbeitsanstrengung untersagt oder die Arbeitsfähigkeit der antragstellenden Person so gering ist, dass weder am „ersten“ Arbeitsmarkt noch in einer Werkstatt für Menschen mit Behinderungen ein Arbeitsplatz eingerichtet werden kann, der auf die Bedürfnisse der Person abgestimmt ist.

Säule 2: Bedarfssicherung für den behinderungsbedingten Mehraufwand

Es gibt eine Finanzierung der notwendigen Unterstützung für ein inklusives Leben, wie zum Beispiel:

- Assistenz und Begleitung
- Hilfsmittel oder
- Pflegeleistungen

Die Grundlage davon können Pflegegeld, ein persönliches Budget oder Ansprüche auf Leistungen und bezahlte Hilfsmittel sein. Wesentlich ist: die erhobenen Unterstützungsbedarfe werden durch Rechtsansprüche sichergestellt.

Zielsetzung

Das Ziel des Modellvorhabens (2-Säulen-Modell) liegt darin, sämtliche Personen, die bislang auf Taschengeldbasis in Werkstätten beschäftigt sind, künftig sozialversicherungspflichtig auf reguläre Weise zu beschäftigten und gleichzeitig einen **durchlässigen Arbeitsmarkt** zu schaffen, der einen problemlosen Übergang nach **Fähigkeiten und Wünschen des/der Einzelnen** von Werkstätten in den regulären Arbeitsmarkt und zurück, **ohne pensionsrechtlichen Anspruchsverlust**, ermöglicht. Das **Arbeits- und Erwerbseinkommen ersetzt die bisherigen Taschengeld- und Prämienlösungen** und beseitigt **Abhängigkeiten von Sozial- und Unterhaltsleistungen**. Dadurch soll ein **maximales Maß an Autonomie, Selbstbestimmung und wirtschaftlicher Unabhängigkeit** herbeigeführt werden.

Dies setzt ein **abgestuftes Lohnkosten-Zuschuss-Modell** voraus, zugleich aber auch ein **adaptiertes Normkostenmodell der Kalkulation von Tagsätzen von sozialwirtschaftlichen Unternehmen**, die als freie Träger der Behindertenhilfe Menschen mit Behinderungen regulär beschäftigen.

Das 2-Säulen-Modell der Lebenshilfe Österreich

- will Menschen mit hohem und komplexem Unterstützungsbedarf **berufliche Teilhabe ermöglichen**.
- verfolgt vor diesem Hintergrund die Zielsetzung, durch die Einführung eines **inklusiven Entlohnungssystems** in der Behindertenhilfe, subsidiär ergänzt durch eine materielle Grundsicherung jener Personen, die aufgrund ihrer physisch-psychischen Konstitution zu überhaupt keiner Verrichtung von Arbeit in der Lage sind, zur Umgestaltung der traditionell karitativ ausgerichteten Behindertenpolitik hin zu einem **ermächtigenden** Hilfe- und Unterstützungs-Arrangement beizutragen. Dieses Modell soll den Prinzipien der Selbstbestimmung, wirtschaftlicher Unabhängigkeit und der vollen gesellschaftlichen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen Rechnung tragen.
- zielt auf die Etablierung eines für Menschen mit Behinderungen **durchlässigen Arbeitsmarktes** mit rechtsansprüchlich verbürgten Rückkehroptionen in den „status quo ante“ (materielle Grundsicherung) ohne sozialrechtlichen Statusverlust ab. Menschen mit Behinderungen benötigen einen **inklusiven Arbeitsmarkt mit flexiblen Übergängen** zwischen der Tätigkeit in Werkstätten (mit Eigenwirtschaftsquote), einer assistierten (gemeinnützigen, geschützten, durch „inwork-benefits“ finanzierten) Arbeitskräfteüberlassung sowie dem „placement“ auf dem allgemeinen (vulgo: „ersten“) Arbeitsmarkt. Diese **Übergänge müssen in alle Richtungen durchlässig gestaltet sein** und daher auch in beide Richtungen nutzbar sein. Menschen mit Behinderungen sollen nicht nur zwischen der Tätigkeit in Tagesstrukturen und der Verrichtung von Arbeit in Werkstätten wechseln können, sondern auch aus Werkstätten in eine marktliche Dienstleistung sowie in gewinnorientierte Wirtschaftsbetriebe wechseln können. Deshalb müssen arbeitende Menschen mit Behinderungen generell als „begünstigt Behinderte“ anerkannt sein und als solche arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz genießen. Eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung auf einem durchlässigen Arbeitsmarkt muss auf einer **kollektivvertraglichen Entlohnung** basieren, welche die bisherigen Taschengeld- und Prämienlösungen ersetzt. Nur in jenem Falle, dass ein Mensch mit Behinderungen entweder keiner produktiven Tätigkeit nachgehen will oder dies nicht kann, soll eine Grundsicherung greifen. Allenfalls in diesem Kontext können Prämienlösungen weiterhin Bestand haben.
- will zu einer **transparenten Vereinfachung** des Systems der Behindertenpolitik in Österreich beitragen. Es reduziert die rechtliche Komplexität, die Zahl

unterschiedlicher Transferflüsse und involvierten Behörden. Es setzt sich aus einer allgemeinen Einkommensäule (Einkommen aus Erwerbsarbeit; Grundsicherung) sowie aus einer Transferleistungs-Säule (persönliches Budget, Pflegegeld) ergänzt durch Sachleistungen zusammen. Wesentlich für diese Konstruktion ist das Bestehen eines Rechtsanspruchs auf Geld-, Sach- und Dienstleistungen. Dadurch soll der Mensch mit Behinderungen in die Lage versetzt werden, so weit wie möglich selbständig (Sozial-)Dienstleistungen zu beschaffen. Der Mensch mit Behinderungen wird als co-steuernde/r KundIn von Sozialdienstleistungen verstanden, dem/r Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Diensten zukommt.

- zielt auf eine **Vereinheitlichung** der Rechtsgrundlagen und Leistungsregime der Behindertenhilfe. An die Stelle einer Vielzahl von zum Teil wechselseitig subsidiären Transferleistungen unterschiedlicher Träger sollen über die Bundesländer hinweg gleichartige Leistungen in gleicher Höhe in gleicher Verfahrenslogik gewährt werden.
- ist **personenzentriert**. Es konzipiert die Hilfe vom Menschen mit Behinderungen ausgehend und nicht aus der Perspektive verteilter Kompetenzen, zuständiger Ämter/Behörden oder zu vollziehender Gesetze.
- stellt darauf ab, dass an die Stelle der bisherigen medizinisch-defizitorientierten Einschätzung, wie sie am Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ und den damit verbundenen Ausschließungsmechanismen aus dem Arbeitsmarkt deutlich wird, eine **multidisziplinäre, funktionale und bedarfsorientierte Einschätzung** tritt. Diese geht davon aus, dass Menschen mit Behinderungen **grundsätzlich arbeitsfähig** sind. Sie soll auf die **Fähigkeiten**, Stärken und die **Präferenzen** des Menschen mit Behinderungen abstellen. Dies setzt voraus, eine Einstufung der Ressourcen, Fähigkeiten und Kapazitäten von Menschen mit Behinderungen nach dem Modell der funktionalen Gesundheit (ICF) vorzunehmen. Darin werden die drei Dimensionen der Behinderung (Disability, Impairment, Handicap; Körperfunktionen, Aktivitäten, Partizipation) ganzheitlich erfasst, um den konkreten Unterstützungsbedarf eines Menschen mit Behinderungen zu bemessen, auch und insbesondere, um eine normativ längst als öffentliche Verpflichtung statuierte nicht-diskriminierende Teilhabe der Menschen mit Behinderungen am Arbeitsleben sicherzustellen.
- will Menschen mit Behinderungen im Sinne ihrer **Autonomie** bemächtigen, aus ihrem Status als „ewiges Kind“ herauslösen und unter Berücksichtigung allfällig bestehender Unterhaltsverpflichtungen sowie des zumutbaren Einsatzes eigener Mittel selbständig ökonomisch absichern. Dies entspricht

substantiell den Vorgaben der UN-BRK, aber auch den Intentionen der materiell-rechtlichen Grundlagen der Österreichischen Behindertenhilfe.

- zielt darauf ab, Menschen mit Behinderungen im Sinne der **Normalisierung** die gleichen bzw. gleichartigen Chancen am Arbeitsmarkt zu vermitteln, wie dies Menschen ohne Behinderungen haben. Es zielt darauf ab, in allen Lebensbereichen im Sinne der Realisierung der Zielsetzung sozialer Inklusion jene Unterstützung bzw. Hilfestellung nach Art und Ausmaß zu vermitteln, welche Menschen mit Behinderungen brauchen, um am ökonomischen, sozialen und politischen Leben nach Maßgabe des Einzelfalles teilzuhaben.

Legistische Herausforderungen

- Die Folgen des Ersatzes einer „Taschengeldlösung“ durch eine Modellvariante mit sozialversicherungspflichtiger, tarifär entlohnter Beschäftigung im Rahmen des Sozialrechts der Bundesländer betreffen vor allem die Behindertenhilfe sowie die Sozialhilfe (bzw. bedarfsorientierte Mindestsicherung) in ihrer jeweiligen terminologischen Ausprägung. Hierzu muss die **Möglichkeit einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung** in den behindertenrechtlichen Materien der Bundesländer ausdrücklich als **durchsetzbarer Rechtsanspruch (Justitiabilität)** verankert werden. Zugleich muss die **Höhe eines (Mindest)Lohns gleichförmig verankert** werden, wobei sich die Bezugnahme auf einen **Kollektivvertrag** anbietet. Das Modell muss an die bestehenden Formen der beruflichen Eingliederungshilfe **anschlussfähig** sein, **flexible Übergänge** zwischen Nichtbeschäftigung, Beschäftigung in **Werkstätten/Unternehmen von SPO's**, Beschäftigung im Rahmen einer **Arbeitskräfteüberlassung** sowie im Rahmen eines 'Placement' am **ersten (nunmehr: inklusiven) Arbeitsmarkt**. Es ist im Netzwerk sozialer Hilfe mit Sozialämtern, SMS und AMS daher dafür Sorge zu tragen, dass die Durchlässigkeit zum allgemeinen Arbeitsmarkt sichergestellt ist und bleibt. Dies **setzt Änderungen im Arbeitsmarktrecht (Arbeitslosenversicherungsgesetz, Arbeitsmarktförderungsgesetz, Arbeitsmarktservicegesetz) voraus**.
- Es setzt - wie im Landesbehindertenrecht bereits vorgesehen - ein **individualisiertes Assessment des Gesundheitszustands, der Arbeitsfähigkeit, der Ressourcen und Fähigkeit** der hilfebedürftigen Person voraus, aber auch die Möglichkeit, eine den Bedingungen des Einzelfalles entsprechende Tätigkeit zu vereinbaren bzw. zuzuweisen. Klärungsbedürftig bleibt dabei im Gegensatz aber, sobald eine Person grundsätzlich als erwerbsfähig angesehen

wird, die Pflicht zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft. Klärungsbedürftig sind die Konsequenzen des Nicht-Einsatzes der eigenen Arbeitskraft. Die **Kriterien dieses Assessment** sind mit den **§§ 255, 273 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz und § 8 Arbeitslosenversicherungsgesetz** zu akkordieren.

- Die **Werkstätten, fähigkeitsorientierte Arbeit oder andere geschützte Arbeitsverhältnisse** haben einen den **Bedürfnissen und Möglichkeiten entsprechenden Arbeitseinsatz zu gewährleisten**. Dies setzt im Leistungsvertrag entsprechende Ressourcen, Zuweisungs- und Abrechnungsmodi voraus, zugleich aber auch ein Recht auf Lohnkostenzuschuss der einzelnen hilfebedürftigen Person. Das **Recht auf einen bezahlten und vollversicherten Arbeitsplatz muss also mit einem Recht auf Lohnkostenzuschuss verknüpft werden**. Klärungsbedürftig sind Niveau und Ausmaß der Entlohnung bzw. die Anwendung eines Kollektivvertrages.
- Zugleich müssen Maßnahmen für den Fall eingerichtet werden, dass eine am allgemeinen Arbeitsmarkt aufgenommene Erwerbstätigkeit nicht zufriedenstellend verlaufen ist, um eine **Rückkehrmöglichkeit in den status quo ante** sicherzustellen. Dies erfordert ein hohes Maß an Flexibilität bzw. die leistungsvertragliche Berücksichtigung dieser Durchlässigkeit in den Auslastungsquoten des Leistungserbringers. Hierfür lassen sich bereits eine ganze Reihe positiver Anknüpfungspunkte im Recht der Behindertenhilfe der Bundesländer finden.
- Das 2-Säulen-Modell sieht eine **wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden bzw. 38,5 Stunden**. Dies wird im Hinblick auf die **jeweils individuelle (und volatil) zumutbare Arbeitszeit sozialrechtlich zu modifizieren und differenzieren** sein. Der Transport zur Werkstätte (und zurück in die Wohnstätte) sowie sozialpädagogische und therapeutische Aktivitäten zählen zur Arbeitszeit.
- Wenn Menschen mit Behinderungen sozialversicherungspflichtig zu beschäftigen sind und ihre Eigenleistung als Eigenwirtschaftsquote bei der **Tagsatzkalkulation** in Rechnung zu stellen ist, so ist zu klären, ob und wie der Träger einer Werkstätte ein **leistungsorientiertes Entlohnungssystem** (Grundbezug und Prämie oder Bonus) zur Auszahlung bringen kann.
- Wird das Arbeitsverhältnis beendet, muss der/die ArbeitnehmerIn mit Behinderungen einen **Anspruch auf Arbeitslosengeld** haben sowie **Förderungsleistungen des AMS** in Anspruch nehmen können. Daher sind Personen, die aus anderem Grund als auch jenem der behördlich attestierten Arbeitsunfähigkeit aus einem Beschäftigungsverhältnis ausscheiden,

grundsätzlich **gem. § 8 Abs 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz** als **arbeitsfähig** anzusehen, weshalb auch auf diese Personengruppe **§ 2 Abs 2 Behinderteneinstellungsgesetz** (kurz BEinstG) **anwendbar** sein muss.

Umsetzungsschritte zur Etablierung des Modellvorhabens

Ersatzlose Streichung der dauernden Arbeitsunfähigkeit als sozialrechtliche Kategorie

Durch eine individuelle und ressourcenbetonte statt wie bisher defizitorientierte Bewertung der Arbeitsfähigkeit kann zugunsten von Menschen mit Behinderungen konform mit der UN-Behindertenrechtskonvention (kurz UN-BRK), der Grundrechtecharta (kurz GRC), der Revidierten Europäischen Sozialcharta (kurz RESC) ein **diskriminierungsfreier Zugang zum Arbeitsmarkt** geschaffen werden.

Bekräftigend statuiert das Staatsgrundgesetz 1867 (kurz StGG) das liberale Grundrecht des Einzelnen, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen (Art 6, 18 StGG). Gem. Art 6 StGG kann jede/r Staatsbürger/in unter den **gesetzlichen** (die erforderliche Ausbildung/Qualifikation regelnden) **Bedingungen jeden Erwerbszweig** ausüben. Gem. Art 2 StGG sind vor dem Gesetz alle StaatsbürgerInnen hierbei **gleich** (Gleichheitsgrundsatz) zu **behandeln**. Art 18 StGG normiert ein **Recht auf Freiheit der Berufswahl** und einer entsprechenden **Ausbildung**, sodass es jedermann(frau) freisteht, seinen/ihren Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er/sie will.

Aus **Art 2, 6, 18 StGG iVm Art 7 Bundes-Verfassungsgesetz (kurz B-VG)** resultiert also, dass **alle Menschen mit Behinderungen arbeiten dürfen**. Schranken können diesem Recht nur insofern gesetzt werden, als die Beschränkungen aus verfassungsrechtlich legitimen Gründen geboten und verhältnismäßig sind.¹ Österreich hat über Art 7 Abs 1 B-VG hinaus gem. Art 18 StGG, aber auch Art 24 UN-BRK und Art 2 1. Zusatzprotokoll der Europäischen Menschenrechtskonvention 1 Satz (kurz ZProtEMRK) **sicherzustellen**, dass Menschen mit Behinderungen **gleichwertige Bildungschancen** erhalten und ihnen ein **inklusive, hochwertiger und kostenloser Unterricht** im

¹ Becker (2015): Rechtliche Grundlagen der beruflichen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, in: Becker/Wacker/Banafsche (Hg), Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Baden-Baden, S. 13 ff.

Regelsystem als auch darüber hinaus im Sinne **beruflicher Weiterbildungsmöglichkeiten** offen steht. Fähigkeiten und Potentiale der Menschen bilden das **Fundament einer beruflichen Tätigkeit** und sind **ressourcenorientiert und individuell zu fördern**. Adaptierungen in Lehr- und Ausbildungsverhältnissen (z.B. Teilqualifikation, Teillehren etc.) ermöglichen eine optimale Berufsvorbereitung und eine selbstbestimmte Lebensführung.²

Dem **Konzept eines inklusiven Arbeitsmarktes** ist die Dreiteilung zwischen dem ersten, regulären und kompetitiven Arbeitsmarkt, welcher der Funktionslogik des österreichischen Sozialversicherungsrechts zugrunde liegt, dem zweiten Transferarbeitsmarkt, welcher der Funktionslogik des Arbeitsmarktrechts zugrunde liegt und der geschützten, bedarfsgeprüften Beschäftigung in flexiblen Arrangements der fähigkeitsorientierten Aktivität mit ihren Schnittstellen zu tagesstrukturierenden Maßnahmen und beruflicher Eingliederungshilfe, welcher der Funktionslogik der Behindertenhilfe als „Armenhilfe für Arbeitsunfähige“ zugrunde liegt, fremd.

Kernvoraussetzung der Implementierung des 2-Säulen-Modells ist die **Beseitigung der Erwerbsunfähigkeit** (in je unterschiedlicher Terminologie) im Sozialrecht **mittels einer Legalvermutung, wonach jede/r grundsätzlich bis zum behördlich gem. §§ 39, 45 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (kurz AVG) objektivierte(n) Gegenteils als arbeitsfähig gilt**. Dies schließt die Möglichkeit der Etikettierung (qua Feststellungsbescheid) als erwerbsunfähig nicht aus, auferlegt der Behörde bzw. dem Leistungsträger allerdings einen gesonderten Begründungsaufwand.

Davon getrennt ist die Frage zu beurteilen, ob die im Rahmen der medizinischen Attestierung **eingesetzten Mittel geeignet sind, die arbeitsbezogenen Potentiale von Menschen objektiv zu evaluieren, versteht man Behinderung als komplexen sozialen Prozess und individuell-biographische Dynamik**. Gerade im Lichte der Objektivierung individueller Ressourcen durch die Methodologie der ICF muss eine **rein medizinische Betrachtung der Arbeitsfähigkeit** bei jenem Teil der Menschen mit Behinderungen, die mit Unterstützung arbeiten können und wollen bzw. bereits in Werkstätten Arbeitsleistungen erbringen, zu einem **unzulässigen Ausschluss vom Arbeitsmarkt** (Art 6 StGG, Art 18 StGG) führen.

² Lebenshilfe Österreich (2019): Gemeinsam Lernen für alle: Inklusive Bildung für das ganze Leben. Dialogpapier und Inklusionsfahrplan; URL: https://lebenshilfe.at/wp-content/uploads/lhoe-dialogpapier_inklusive-bildung_2019_endgueltig.pdf [25.03.2020]

Exkurs: Beispiel Luxemburg

Während in Österreich primär der Leistungsgedanke³, widergespiegelt als judizielles Postulat der Profitabilität der Arbeit, der Einführung eines Lohnes und damit einhergehend der Zuerkennung der Arbeitsfähigkeit entgegensteht, wird etwa in Luxemburg jegliche **Arbeitsanstrengung** von Menschen mit Behinderungen als solche anerkannt und auch angemessen entlohnt. Dieser Ansatz wäre durch Art 7 B-VG auch in Österreich verfassungsrechtlich gedeckt.

In Luxemburg trat 2013 ein Gesetz⁴ in Kraft, wonach Menschen mit Behinderungen in Werkstätten als **vollwertige ArbeitnehmerInnen** anerkannt und entlohnt werden. Diese Arbeitsverhältnisse unterliegen dem **Arbeitsrecht** und sehen **Zusatzregelungen** vor, die durch die **spezifischen Bedürfnisse** und Fähigkeiten erwerbstätiger Menschen mit Behinderungen notwendig werden. **Lohnkostenzuschüsse** gleichen die reduzierte Erwerbsfähigkeit des/r Arbeitnehmers/in mit Behinderungen aus und garantieren einen **Lohn in angemessener Höhe**. Nur wenn der **Gesundheitszustand** von Menschen mit Behinderungen **jegliche Arbeitsanstrengung verunmöglicht** und sie aufgrund der Schwere ihrer Behinderungen überhaupt keiner Erwerbsarbeit nachgehen können, also auf Österreich übertragen weder auf dem „ersten“ noch auf dem „zweiten“ oder „dritten“ Arbeitsmarkt einer dauerhaften Beschäftigung im Bereich von Werkstätten oder fähigkeitsorientierter Aktivität, erhalten sie ein „Einkommen für schwerstbehinderte Menschen“. Den Werkstätten ist in Luxemburg die Verpflichtung auferlegt, einen den Bedürfnissen und Möglichkeiten des/r Arbeitnehmers/in mit Behinderungen entsprechenden Arbeitseinsatz zu gewährleisten und seinen/ihren Zugang zu Stellen auf dem regulären Arbeitsmarkt zu fördern und gegebenenfalls eine dafür notwendige berufliche Betreuung bzw. Assistenzleistung sicherzustellen. Sollte eine berufliche Eingliederung scheitern, so ist eine Rückkehr in Werkstätten möglich.

Sämtlichen erwerbstätigen Menschen mit Behinderungen ist der Status als „begünstigt Behinderte/r“ einzuräumen

Ein wesentlicher Baustein des 2-Säulen-Modells und des damit verbundenen Konzeptes eines durchlässigen, inklusiven Arbeitsmarktes besteht darin, in

³ OGH 29. 10. 2009, 9 ObA 105/09w, ASoK 2010, 236 = infas 2010 A 49 bzw OGH 18. 2. 2010, 8 ObA 48/09f, Arb 12.868

⁴ Le Gouvernement du Grande-Duché de Luxembourg: Einkommen für Menschen mit Behinderungen. Gesetz vom 12. September 2003. http://www.ogbl.lu/wp-content/uploads/2011/08/Dept_handicapes_revenu_des_personnes_handicapees_de.pdf [25.03.2020]

Abstimmung der Landesrechtslage der Behindertenhilfe sämtlichen Menschen mit Behinderungen, welche einer Erwerbstätigkeit im Rahmen von Beschäftigungsstrukturen bzw. der fähigkeitsorientierten Aktivität nachgehen, den Status als „begünstigt Behinderte/r“ einzuräumen.

Die Realität der Beschäftigungsstrukturen bzw. fähigkeitsorientierter Aktivität plausibilisiert dieses Postulat und ist zudem auch mit **§ 2**

Behinderteneinstellungsgesetz grundsätzlich kompatibel. So ist die **fähigkeitsorientierte Beschäftigung** gesetzlich derart flexibel ausgestaltet, dass damit alles, was der **Weiterentwicklung oder dem Erhalt von Fähigkeiten** dient, also eine individuell fähigkeitsorientierte Tätigkeit in **Vorbereitung auf den freien Arbeitsmarkt durch Erprobungen auf Arbeitsplätzen** oder die fähigkeitsentsprechende Heranziehung zu einer Beschäftigung, die sich den Verhältnissen am freien Arbeitsmarkt zumindest teilweise annähert⁵, abgedeckt werden kann.

Damit können im Rahmen der **fähigkeitsorientierten Beschäftigung** zumindest dem **allgemeinen kompetitiven Arbeitsmarkt ähnliche oder nachgebildete Verhältnisse geschaffen** werden, in denen der OGH die Anwendbarkeit jeglichen Arbeitnehmerschutzes verweigert. Eine **erratische Trennung zwischen fähigkeitsorientierter Aktivität oder der Arbeit in Beschäftigungsstrukturen und profitabler Arbeit** ist daher unsachlich.⁶

Zum zweiten ist die fähigkeitsorientierte Aktivität/ die Arbeit in Beschäftigungsstrukturen eben dadurch gekennzeichnet, dass sie auf einer **relativ selbständigen Arbeitsverrichtung unter Anleitung und behindertenpädagogischer Begleitung** basiert.

Zum dritten wird die **Arbeitsleistung** von Menschen mit Behinderungen im Bereich der fähigkeitsorientierten Aktivität/ der Arbeit in Beschäftigungsstrukturen bereits **ökonomisch in Wert gesetzt** und kann **unter Einrechnung von Lohnkostenzuschüssen auch zu Gewinnen bzw.**, sofern es sich um gemeinnützige Unternehmen handelt die keine Gewinne ausschütten dürfen, zu **Rückstellungs- und Rücklagenbildungen beitragen**.

Ein 2-Säulen-Modell impliziert damit, dass Menschen mit Behinderungen grundsätzlich arbeitsfähig und damit iSd BEinstG begünstigungsfähig sind. Dies **setzt Änderungen im Modus der Einschätzung voraus**, wobei die funktionsbezogene Einschätzung sich darauf stützen müsste, dass die Platzierung

⁵ Vgl. etwa § 11 K-ChG.

⁶ Kietztaibl/Reiner, DRdA 2011, 526.

auf/an einem Arbeitsplatz von einem **Rechtsanspruch des Menschen mit Behinderungen auf Beschäftigung** auszugehen hat.

Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs auf Menschen mit Behinderungen und Vollenwendung des Arbeitsrechtes

Gehen Menschen mit Behinderungen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung im (Hilfs)Betrieb eines sozialwirtschaftlichen Leistungserbringers nach, so ist sicherzustellen, dass sie als ArbeitnehmerInnen qualifiziert sind. **Nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen des Arbeitsverfassungsgesetz (kurz ArbVG) sind ArbeitnehmerInnen** im Sinne der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als **natürliche Personen** anzusehen, die auf Grund eines **privatrechtlichen Vertrages** im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses einem **Arbeitgeber** (physische oder juristische Person) **zur Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet** sind, also ihre **Arbeitskraft weisungsgebunden gegen Entgelt zur Verfügung stehen**. Das ArbVG deckt sich weitgehend mit allgemeinen arbeits(vertrags)rechtlichen Grundsätzen.⁷

Der **Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts** ergibt sich aus **§ 1151 Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (kurz ABGB)**. Laut Abs. 1 dieser Bestimmung entsteht dann ein Dienstvertrag, „wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“. Ein Arbeitsverhältnis ist ein **Dauerschuldverhältnis**, das die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Gegenstand hat. Die Arbeitsleistung erfolgt in persönlicher Abhängigkeit gegenüber dem Arbeitgeber. Der/die ArbeitnehmerIn ist demnach typischerweise in fremde unternehmerische Strukturen eingegliedert. Er/sie ist an Arbeitszeiten, den Arbeitsort und die Arbeitsabfolge gebunden und ist auch einem auf die Person bezogenen Weisungsrecht des Arbeitgebers und entsprechender Kontrolle unterworfen. Der/die ArbeitnehmerIn ist grundsätzlich höchstpersönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet (vgl. § 1153 ABGB), **schuldet ein angemessenes Bemühen, aber keinen Erfolg** und verfügt im Allgemeinen über keine Betriebsmittel. Die Hauptpflicht des Arbeitgebers besteht in der Bezahlung des Entgelts, die des/r Arbeitnehmers/in besteht in der Arbeitsleistung. Synallagmatisch stehen sie in einem **Rechte-Pflichten-Verhältnis (Fürsorgepflicht - Treuepflicht)**.

Indes sind gegenwärtig durch § 36 Abs 2 ArbVG eine Reihe von Personen aus dem Kreis der ArbeitnehmerInnen ausgeschieden worden, die nach dem Arbeitsvertragsrecht zweifellos ArbeitnehmerInnen sind, nach dem ArbVG aber nicht.

⁷ VwGH 3. 12. 1959, Arb 7156 = ÖJZ 1960, 469 = VwSlg 5131; 26. 1. 1961, Arb 7322; 19. 6. 1979 Arb 9795 = ÖJZ 1980, 190 = VwSlg 9878 = ZfVB 1980/2/385; EA Wien 30. 9. 1976 Arb 9522 = ZAS 1977, 81.

Zu diesen gehören **Personen**, die vorwiegend zu ihrer Erziehung, **Behandlung, Heilung** oder **Wiedereingliederung** beschäftigt werden, **sofern sie nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind** sowie Personen, deren Beschäftigung vorwiegend durch religiöse, karitative oder **soziale Motive** bestimmt ist, **sofern sie nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind**.

Die Beschäftigung im Rahmen von Erziehung, Behandlung, Heilung oder **Wiedereingliederung** ist nur dann vom Geltungsbereich der Betriebsverfassung **ausgenommen**, wenn ihr **kein Arbeitsvertrag** zu Grunde liegt. Es handelt sich nach den Materialien⁸ v.a. um körperlich oder psychisch kranke bzw. suchtkranke Personen, die aus therapeutischen Gründen beschäftigt oder im Rahmen der **Rehabilitation umgeschult** werden. Entscheidend ist somit nicht, welche Beschäftigung die Betroffenen ausüben, sondern welche **Motive der Beschäftigung** zu Grunde liegen.⁹

Liegt ein Arbeitsvertrag vor, so ist davon auszugehen, dass auch Menschen mit Behinderungen ArbeitnehmerIn-Status zukommt, wenn sie nach Maßgabe ihrer individuellen Befähigungen produktiv beschäftigt sind, also Anstrengungen unternehmen, um Güter und Dienstleistungen herzustellen/zu erbringen. Ohnehin wird vom Gesetzgeber für die Beschäftigung im Betrieb kein (!) bestimmter Rechtstitel (z.B. schriftlicher Arbeitsvertrag) gefordert.¹⁰ Es ist also **gleichgültig**, auf Grund welchen **Rechtstitels** die Beschäftigung im Betrieb erfolgt.¹¹ Auch ein **tatsächliches, mündlich-konkludent zustande gekommenes Beschäftigungsverhältnis** (ohne Bestand eines förmlichen Dienstvertrages), das durch persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten gegenüber dem/r BetriebsinhaberIn gekennzeichnet ist, reicht zur Begründung der **Arbeitnehmer-Eigenschaft** aus.

Im Vordergrund des § 36 Abs 1 ArbVG steht das **Interesse am Schutz der die Arbeit verrichtenden Person**. Es schadet daher auch nicht, wenn der Vertrag wegen Mangels der **Geschäftsfähigkeit** eines der beiden Partner nicht wirksam oder wegen Gesetzesverstoßes ungültig ist. Auch die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nimmt dem/r Beschäftigten grundsätzlich nicht die

⁸ 840 BlgNR 13. GP 69

⁹ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ Rz 24 zu § 36 ArbVG

¹⁰ VwGH 3. 12. 1959 Arb 7156 = ÖJZ 1960, 469 = VwSlg 5131; 26. 1. 1961 Arb 7322; EA Wien 30. 9. 1976 Arb 9522 = ZAS 1977, 8; 17. 12. 1977 ZAS 1978, 81 = Arb 9641; Martinek, DRdA 1953, H 6, 10; Bydlinski, JBl 1962, 578; Tomandl, Arbeitsrecht 1⁴, 48 f; Marhold, Kollektivarbeitsrecht², 144

¹¹ VwGH 3. 12. 1959 Arb 7156

Arbeitnehmer-Eigenschaft nach § 36 Abs 1 ArbVG.¹² Für die Frage, ob eine in einem Betrieb beschäftigte Person unter den II. Teil fällt, ist irrelevant, ob die Beschäftigung den **Lebensberuf** abbildet oder **wie lang die tatsächlich geleistete wöchentliche Arbeitszeit** ist.¹³

Besonderes Gewicht kommt der Kündigungsproblematik zu. Grundsätzlich wird beim Kündigungsschutz zwischen **Personen mit Behinderungen** und „**begünstigt behinderten**“ Personen unterschieden. Für Menschen mit Behinderungen gilt der **reguläre Kündigungsschutz**. Grundsätzlich gilt also, dass Behinderungen nicht automatisch „besonderen Kündigungsschutz“ bedeuten. Besonderen, „**erhöhten**“ **Kündigungsschutz** haben nur jene Menschen mit einem Grad der Behinderung von zumindest 50%, welche den **Begünstigtenstatus** beantragt und per Feststellbescheid verliehen bekommen haben. Es wird also von Bedeutung sein, Menschen mit Behinderungen, die in einer Werkstätte oder im Kontext von Beschäftigungsstrukturen erwerbstätig sind, den Status als „begünstigt Behinderte/r“ zu verleihen.

Wie erörtert zwingt die Judikaturlinie des OLG Linz¹⁴ sowie des OGH¹⁵, die bisher Begehren von Klägern in der **Hilfe durch geschützte Arbeit**, sie seien als ArbeitnehmerInnen nach **Maßgaben des Arbeitsrechts** zu behandeln, **zur Gänze abweist**, zu einer **legislativen Klarstellung**.

Die Gerichte argumentieren, dass **Dienste für einen anderen** geleistet werden, also **ökonomische Wertproduktion** und **Werttransaktionen** stattfinden müssen. Gegenstand eines Arbeitsvertrages kann, so folgern die Gerichte, nur eine Tätigkeit sein, an deren Durchführung der Vertragspartner ein eigenes, **ökonomisches Interesse** hat, das **über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen** hinausreicht.

Alleine schon das Interesse der öffentlichen Wohlfahrtsträger an einer langfristig stabilen rechtlichen und ökonomischen Absicherung von Menschen mit Behinderungen geht über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen hinaus. Die öffentlichen Träger sind nach allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts

¹² Nur eine Arbeitsleistung, die in grober Weise gegen die Moral oder den Anstand verstößt, nimmt den auf diese Weise Beschäftigten den AN-Charakter iS des II. Teils des ArbVG.

¹³ VwGH 3. 12. 1959 Arb 7156 = ÖJZ 1960, 469 = VwSlg 5131; 26. 1. 1961 Arb 7322; 21. 9. 1988 RdW 1989, 202; EA Wien 9. 2. 1966 Arb 8192; 30. 9. 1976 Arb 9522 = ZAS 1977, 81.

¹⁴ OLG Linz 10. 3. 2009, 12 Ra 5/09f bzw OLG Linz 26. 5. 2009, 11 Ra 31/09x.

¹⁵ OGH 29. 10. 2009, 9 ObA 105/09w, ASoK 2010, 236 = infas 2010 A 49 bzw OGH 18. 2. 2010, 8 ObA 48/09f, Arb 12.868.

angehalten, Leistungen zweckmäßig, wirtschaftlich und sparsam zu erbringen. Dies schließt aus, Menschen mit Behinderungen jahrzehntelang in einem erzwungenen Status der Untätigkeit bzw. Abhängigkeit von Dritten zu halten, ihre wie auch immer beschaffene „Resterwerbsfähigkeit“ brach liegen zu lassen und Menschen mit Behinderungen lebenslang von bedarfsgeprüften Leistungen abhängig zu machen. Dies ist schlicht unwirtschaftlich, wobei es für die öffentliche Hand zumindest aufwandsneutral ist, Lohnkosten zu bezuschussen oder Menschen mit Behinderungen direkt bedarfsgeprüft zu alimentieren.

Für die Beurteilung der Erwerbstätigkeit in Beschäftigungsstrukturen/fähigkeitsorientierter Aktivität ist der Judikatur folgend entscheidend, ob das Interesse des Tätigen an der Möglichkeit zu arbeiten oder das Interesse der Empfängerin an den Arbeitsleistungen die Beziehung prägt. Diese Abwägung läuft darauf hinaus zu prüfen, ob die Arbeit für das Unternehmen **gewinnbringend** erfolgt oder eine **Minderleistung** erbracht wird, deren Entlohnung einen **(öffentlichen) Zuschuss erfordert**. Ein Arbeitsvertrag scheidet in dieser Argumentationsfolge aus, wenn der nicht-ökonomische (austauschfremde) Zweck dominiert, wenn also die Tätigkeit **primär im Eigeninteresse** der tätigen Person erfolgt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der andere Teil **beträchtliche Aufwendungen** für die **Betreuung** bei der **Tätigkeit** hat, aber auch wenn die Dienste leistende **Person „unter der Verantwortung einer Einrichtung“** steht. Die Gewährung eines (regelhaft geringen) **Taschengeldes** führt daher noch **nicht** zur **Qualifikation** als Arbeitsvertrag.

Die **Minderleistung**, die durch einen öffentlichen (Lohnkosten)Zuschuss kompensiert wird, bedarf indes noch einer gesonderten Anmerkung. Überträgt man nämlich diese Kriterien auf ein Werkstättenmodell, in dem Menschen mit Behinderungen sozialversicherungspflichtig beschäftigt werden, Produkte hergestellt und Dienstleistungen erbracht werden sowie eine Eigenwirtschaftsquote generiert wird, die im Rahmen eines Leistungsvertrags kalkulatorisch abgebildet wird, so wird deutlich, dass diese Judikaturlinie im Kontext des 2-Säulen-Modells weitgehend am Sachverhalt vorbeigeht.

Es liegt im 2-Säulen-Modell ein den Kriterien des ABGB entsprechender Arbeitsvertrag vor, weil auf dessen Grundlage **fremdbestimmte** Arbeit geleistet wird. Gerade die Arbeit einer Person mit Behinderungen in einer sozialwirtschaftlichen Unternehmung, die ihrerseits von Auftragslagen und extern bestimmten Auftragsinhalten abhängig ist, ist „abhängige, fremdbestimmte Arbeit“. Auch hier findet sich das Element „persönlicher Abhängigkeit“, sobald ein **Direktionsrecht** vereinbart und ausgeübt wird. Die Arbeitsleistung wird für den **anderen**, nämlich den **sozialwirtschaftlichen Beschäftigten** erbracht. Auch im 2-Säulen-Modell verfolgt die sozialwirtschaftliche Organisation ein **eigenes ökonomisches Interesse** an ihrem ökonomischen

Fortbestand, ermöglicht durch eine definierte Eigenwirtschaftsquote oder nachzuweisende Erfolgskennzahlen, welches „über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen“ hinausreicht. Auch hier können Gewinne eben unter Einrechnung von Lohnkostensubventionen erwirtschaftet (Gewinne werden nicht „produziert“) werden.

In gemeinnützigen sozialwirtschaftlichen wie gewinnwirtschaftlichen Unternehmungen sind **Menschen mit und ohne Behinderungen in funktional gleicher Weise „an der Möglichkeit zu arbeiten“ interessiert**. In beiden Fällen liegt ein „Interesse der Empfängerin (Beschäftigter) an den Arbeitsleistungen die Beziehung präge“ vor und in beiden Fällen werden Unternehmen regelhaft (!) gefördert und Lohnkosten subventioniert. In beiden Fällen kann die Arbeit mehr Wert erzeugen als sie dem Arbeitgeber an Löhnen eben auch unter Einrechnung der Lohnkostensubventionen kostet. Zum zweiten aber ist die Annahme, nur ein Arbeitsverhältnis ohne Lohnkostenzuschuss, aus welchem dem Beschäftigter Gewinne erwachsen, sei der Anwendung von Arbeitsrecht zugänglich, absurd. 2016 lag das gesamtstaatliche Fördervolumen zugunsten von Unternehmen durch Bund und Länder bei 14,6 Mrd €. ¹⁶ Diese Förderungen werden abgesehen von der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit mit der Erhaltung von Arbeitsplätzen begründet, sind also Lohnkostenzuschüsse, ohne die dem Arbeitgeber ggf. kein Gewinn mehr aus einem Arbeitsverhältnis erwüchse. Niemand aber würde dem Ansinnen nähertreten, jedes direkt oder indirekt subventionierte Arbeitsverhältnis aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts auszuschließen.

Folgt man der Argumentationslinie der Gerichte, so fiele **jede öffentliche Subvention zur Fortführung von Beschäftigungsverhältnissen in Unternehmen** von Branchen, die von massiven Absatzkrisen betroffen sind, unter das Kriterium, dass hier „der nicht-ökonomische (austauschfremde) Zweck dominiert“, weil „die Tätigkeit primär im Eigeninteresse der tätigen Person erfolgt“, die etwa im Falle der Lohnkostensubvention bei Kurzarbeit genau darin liegt, das Unternehmen vor dem Konkurs zu bewahren und die vorhandenen Arbeitsplätze zu sichern, obwohl die Beschäftigten betriebswirtschaftlich betrachtet jedenfalls vorübergehend „Minderleister“ verkörpern. Im Falle der arbeitsmarktpolitisch begründeten und aus Versicherungsbeiträgen/Mitteln des AMS finanzierten Kombi-Löhne bzw. Lohnkostenzuschüsse überwiegt regelhaft klar das „Interesse am Wohlergehen des Tätigen“.

Bleibt das letzte Teil-Kriterium, nämlich die Annahme, dass der Arbeit gebende Teil **„beträchtliche Aufwendungen für die Betreuung bei der Tätigkeit“** habe, gerade wenn

¹⁶ Grossmann (2018): Förderungen in Österreich: Definitionen, Volumina und Vorschläge zur Effizienzsteigerung. Studie im Auftrag des Fiskalrates, Wien.

die Dienste leistende Person „unter der Verantwortung einer Einrichtung“ steht. Hier wird man wohl zu differenzieren haben. Gerade (rest)erwerbsfähige Personen benötigen eben keine „beträchtlichen Aufwendungen für die Betreuung bei der Tätigkeit“, zumal auch sie an einer weitgehend selbständigen Aufgabenerledigung interessiert sind. Hier wäre also im Einzelfall zu **differenzieren**. Die Argumentationslinie der Judikatur überzeugt nicht, versucht man sie auf ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu übertragen. Sie macht zugleich deutlich, dass derartige Beschäftigungsverhältnisse aber sehr wohl den formalen Kriterien und inhaltlichen Austauschlogiken eines Arbeitsvertrages zu entsprechen haben werden.

Das 2-Säulen-Modell schließt die Möglichkeiten der Erbringung von Dienstleistungen außerhalb der Werkstätten, des assistierten Placement am regulären Arbeitsmarkt aber auch die Möglichkeit der Arbeitskräfteüberlassung mit ein.

Arbeitskräfteüberlassung unterliegt den besonderen arbeitsrechtlichen Regelungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und bedarf einer behördlichen Genehmigung. Im Bereich des Arbeitnehmerschutzes gilt der Beschäftiger als Arbeitgeber. Für die überlassenen ArbeitnehmerInnen müssen alle Vorsichtsmaßnahmen wie für die eigenen ArbeitnehmerInnen getroffen werden. Der Überlasser hat dem Beschäftiger zur Einhaltung des persönlichen Arbeitnehmerschutzes alle maßgeblichen Informationen über die einzelnen ArbeitnehmerInnen zu geben. Dies setzt im gegenständlichen Fall ein gesondertes Arrangement voraus. Für die Dauer der Überlassung kommen zudem Bestimmungen des Kollektivvertrages der Branche des Beschäftigertreibes zur Anwendung.

Einkommen soll entweder in einer Werkstätte für Menschen mit Behinderungen oder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt lukriert werden können. Werden Menschen mit Behinderungen in einer Werkstätte beschäftigt, so muss eine **flexible Option auf Einkommen ohne Arbeitsanstrengung** für Menschen mit hohem und komplexem Unterstützungsbedarf und jene Menschen mit Behinderungen die nicht arbeiten können eingeräumt bleiben.

Sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung mit Pensionsanspruch auf kollektivvertraglicher Basis und Zugang zu Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Erworbene Pensionsansprüche gehen nicht verloren.

DienstnehmerInnen sind vor Arbeitsantritt bei der **Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK) anzumelden**. Als Dienstnehmerin/Dienstnehmer im Sinne des ASVG gilt jedenfalls, wer im Sinne des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG

1988) lohnsteuerpflichtig ist, unerheblich, aus welchen Quellen der Arbeitgeber diese Löhne finanziert. Losgelöst von der (strittigen) Frage der Geltung arbeitsrechtlicher Maßgaben für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen führt jedenfalls bereits eine **Meldung des/r Dienstnehmers/in mit Behinderungen bei der ÖGK gem. § 4 ASVG zur Vollversicherung**.

DienstnehmerInnen sind nach ASVG in KV, PV und UV vollversichert, haben Anspruch auf Kranken- und Wochengeld und sind arbeitslosenversichert.

Eine gesonderte Fallkonstellation liegt darin, dass Menschen mit Behinderungen, die jahrelang erfolgreich im **Arbeitsleben integriert** waren und Sozialversicherungsbeiträge eingezahlt haben, **rückwirkend als „nicht arbeitsfähig“ eingestuft** werden können und, sofern in diesem Falle der verkürzte Anwartschaftszeitraum von 10 Jahren (120 Monate) unterschritten wird, keine Pensionsansprüche (mehr) geltend machen können. Dies deshalb, weil die eingezahlten Beiträge **verfallen**; es wird also vom Gesetzgeber eine **durchgehende Arbeitsunfähigkeit** (auf rechtlich unzulässige Weise) **retrospektiv angenommen**, weil auf Leistungen der Sozialversicherung ein eigentumsförmiger Anspruch besteht.

Diese **Versorgungslücke** kann durch die **Einführung eines 2-Säulen-Modell geschlossen** werden, was sich auch grundrechtlich begründen lässt. Bis 1997 galt der verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsschutz (Art 5 StGG und Art 1 des 1.ZProtEMRK) nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nur für "vermögenswerte Privatrechte", nicht jedoch für öffentlich-rechtliche (wie etwa sozialversicherungsrechtliche) Ansprüche.¹⁷ Der Verfassungsgerichtshof hat sich¹⁸ in Abkehr von seiner bisherigen Judikatur der vom EGMR vorgenommenen Qualifikation des Anspruchs auf Notstandshilfe als vermögenswertes Recht iSd Art 1 1.ZPMRK angeschlossen. Ausschlaggebend dafür war der vom EGMR hervorgehobene Umstand, dass es sich bei der Notstandshilfe um eine Sozialversicherungsleistung handle, der eine (vorher zu erbringende) Gegenleistung des Anspruchsberechtigten gegenübersteht.¹⁹

Derart einklagbare **Ansprüche auf Sozialleistungen** sind vom **Schutzbereich des Art 1 1. ZPMRK erfasst**.²⁰ Die Zwangszugehörigkeit zu einem Alterspensionssystem auf der Grundlage einer Zwangsmitgliedschaft zu einer Berufsorganisation kann eine

¹⁷ 10ObS238/97s; 10ObS318/98g; Bsw55707/00; Bsw10373/05; Bsw16149/08; Bsw57028/00; Bsw37452/02 vom 09.09.1997.

¹⁸ Erkenntnis vom 11. 3. 1998, G 363/97; siehe: JBI 1998, 438

¹⁹ OGH 20.10.1998 10 ObS 318/98g.

²⁰ EGMR 15.09.2009 Bsw 10373/05.

berechtigte Erwartung begründen, **Pensionsbezüge** zum Zeitpunkt der Pensionierung beziehen zu dürfen, und stellt daher **Eigentum iSv Art 1 1.ZP MRK** dar.²¹

Forderungen aus dem Sozialversicherungsverhältnis sind demnach ein **Schutzobjekt der Eigentumsgarantie**. Auch wenn die nach ständiger Rechtsprechung des EGMR²² aus Sozialversicherungsbeiträgen erwachsenden Rechte vermögenswerte Rechte (iSv Art 1 1.ZPMRK) sind, so kann diese Bestimmung doch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie einer Person einen Anspruch auf eine Pension bestimmter Höhe einräumt. Der **Gesetzgeber** ist also ohnehin **gefordert**, eine dem **ZPMRK konforme Rechtslage herzustellen**.

Die Vereinheitlichung eines Regimes sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung wird darauf zu gründen sein, den **privaten Trägern (Leistungserbringern) der fähigkeitsorientierten Aktivität ausdrücklich aufzutragen**, ein **sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu begründen** und die **Anwendbarkeit eines Kollektivvertrages** vorzugeben. Ferner wird die **Anerkennung von „Einrichtungen der geschützten Arbeit“** (im weitesten Sinn) sowie die **leistungsvertragliche Abwicklung ihrer Sozialdienstleistungen** davon abhängig zu machen sein, dass **Arbeitsrecht vollumfänglich angewendet** wird, **spezifische Arbeitszeit- und Pausenregeln im Rahmen von Betriebsvereinbarungen** umgesetzt werden und eine entsprechende **Staffelung von Erwerbseinkommen je nach Arbeitszeitquanten** vorgesehen wird. Dies schließt auch die **betriebsrätliche Vertretung** von arbeitenden Menschen mit Behinderungen ein.

Inklusive Umgestaltung der Berufsunfähigkeitspension

Eine Kernnorm im Kontext der Implementierung des 2-Säulen-Modells liegt in der Definition der dauernden Arbeitsunfähigkeit bzw. der Invalidität/Berufsunfähigkeit. Wie dargetan ist die Etikettierung der „dauernden Arbeitsunfähigkeit“ rechtlich unterdeterminiert. Sie resultiert praktisch entweder aus einer im Rahmen der Früherfassung resultierenden bescheidförmigen Etikettierung als „behindert“ im Landesbehindertenrecht oder aus einer (sozial)medizinischen Attestierung. Eben dies spiegelt sich auch in der Konzeption der begünstigten Behinderung, die ein Mindestniveau der Erwerbsminderung einzieht, die Bestimmung der Arbeitsunfähigkeit aber einem medizinischen Einstufungs-Procedure überantwortet, welches den Zielsetzungen der UN-BRK entspricht.

²¹ Klein gg. Österreich; EGMR 03.03.2011 Bsw 57028/00.

²² Bsw60669/00; Bsw23960/02; Bsw55707/00; Bsw46368/06; Bsw49151/07; Bsw57028/00; Bsw37452/02; Bsw53080/13; Bsw13341/1.

Die Operationalisierung des Begriffs der Invalidität/Berufsunfähigkeit spiegelt sich etwa in § 8 AIVG, wonach nicht arbeitsfähig ist, wer invalid (§ 255 ASVG) oder berufsunfähig (§ 273 ASVG) ist. Arbeitsfähig ist jedenfalls nicht, wer eine Leistung aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit oder der Erwerbsunfähigkeit bezieht. Arbeitsfähig ist weiters nicht, wer die Anspruchsvoraussetzungen für eine derartige Leistung erfüllt. Jemand, der nicht arbeitsfähig ist, hat weder Anspruch auf Arbeitslosengeld gem. § 7 Abs 1,2 AIVG noch Zugang zu AMS-Förderungsleistungen.

Systematisch ist dabei auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass bereits beschäftigt gewesene Personen erwerbsunfähig werden. Öffnet man den Arbeitsmarkt für Menschen mit Behinderungen in generalisierter Weise, dann ist nicht nur die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts in allen Werkstätten sicherzustellen sowie der Zugang zu sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung auf Grundlage eines Lohnkostenzuschuss-Modell zu verbürgen, sondern auch die Figur der Berufsunfähigkeit auf inklusive Weise neu zu gestalten.

Gegenwärtig gilt gem. § 273 Abs 1 ASVG eine **versicherte Person** dann als **berufsunfähig**, wenn

1. deren Arbeitsfähigkeit infolge ihres **körperlichen** oder **geistigen Zustandes** auf **weniger als die Hälfte** derjenigen einer körperlich und geistig gesunden versicherten Person von **ähnlicher Ausbildung** und **gleichwertigen Kenntnissen** und **Fähigkeiten** herabgesunken ist, und
2. innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag (§ 223 Abs 2 ASVG) in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit als Angestellte/r oder nach **§ 255 Abs 1 ASVG (Arbeiter)** ausgeübt wurde.²³

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist also jemand weder angelernte/r ArbeiterIn noch Angestellte/r, so gilt die versicherte Person auch dann als **berufsunfähig**, wenn sie infolge ihres **körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande** ist, durch eine **Tätigkeit**, die **auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet** wird und die ihr unter billiger Berücksichtigung der von ihr **ausgeübten Tätigkeiten zugemutet** werden kann, wenigstens die **Hälfte des Entgeltes zu erwerben**, das eine **körperlich und geistig gesunde versicherte Person** regelmäßig durch eine **solche Tätigkeit zu erzielen** pflegt.²⁴

Hier wird klarzustellen sein, dass die Erzielung eines Einkommens aus Lohnkostenzuschüssen nicht zur Einstufung als arbeits- oder berufsunfähig führen kann. Zugleich wird sicherzustellen sein, dass ein bedingter Rechtsanspruch auf Beschäftigung in Beschäftigungsstrukturen/ bei fähigkeitsorientierter Aktivität unter Einrechnung eines Lohnkostenzuschusses eingeräumt wird.

²³ § 255 Abs. 2 dritter und vierter Satz sowie Abs. 2a sind anzuwenden.

²⁴ § 255 Abs. 3a und 3b sowie Abs. 4 bis 7 gilt entsprechend.

Rechtsanspruch auf eine Grundsicherung im Falle einer gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit

Eine Grundsicherung lässt sich in Form eines Grundeinkommensmodells auf Basis einer eigenständigen sozialrechtlichen Grundlage oder alternativ wie im vormaligen SMEK-Modell des Oberösterreichischen Chancengesetzes (kurz Oö ChG) als monetäre Leistung im Rahmen des Landes-Behindertenrechts alternativ mit erheblichen Modifikationen im Hinblick auf die spezifischen Ausgangsbedingungen von Menschen mit Behinderungen im Kontext der Sozialhilfe / Bedarfsorientierten Mindestsicherung etablieren.

Zugang zu berufsunterstützenden Maßnahmen nach Ausscheiden aus der Werkstatt

AMS: passive Leistungen und Förderregime

Die behördliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit führt **zum Verlust des Zugangs zu berufsunterstützenden Maßnahmen und Rehabilitation für den Arbeitsmarkt**, aber auch zum **Verlust des Rechtsanspruchs auf Bezug von Arbeitslosengeld/Notstandshilfe**.

Unterstützungs-, Beratungs- und Förderleistungen wie das Netzwerk Berufliche Assistenz, Produktionsschulen, Jobcoaching sowie andere Angebote stehen nur „arbeitsfähigen“ Menschen zur Verfügung. Wird also Personen auf der Gesundheitsstraße bescheidförmig „Arbeitsunfähigkeit“ attestiert, haben sie nicht nur keine Chance auf bezahlte Arbeit, sondern auch keine Möglichkeit, Unterstützung bei der Arbeitssuche durch geförderte (subventionierte) Beratungsangebote von NEBA (Netzwerk Berufliche Assistenz) zu erhalten. Hierzu gehören das Jugendcoaching, Produktionsschulen, die Berufsausbildungsassistenz oder die Arbeitsassistenz und das Jobcoaching. Denn diese Förderprogramme zur Arbeitsintegration können nur von grundsätzlich „arbeitsfähigen“ Personen in Anspruch genommen werden. Den Betroffenen bleibt daher nur der Weg in die Beschäftigungstherapie ohne Anspruch auf Gehalt, Krankenversicherung und Pension. Sie bleiben damit lebenslang von Sozialleistungen abhängig.

In einem als „**Zwiebelmodell**“ **ausgestalteten 2-Säulen-Modell** sind - wie dargetan - eine Werkstättenbeschäftigung, externe Dienstleistungserbringung, geschützte Arbeit auf einem regulären Arbeitsplatz allenfalls mit Assistenzleistungen und die Vermittlung in den allgemeinen (regulären) Arbeitsmarkt vorgesehen, der Erwägung folgend, dass ein „**inklusive Arbeitsmarkt**“ **fließende Übergänge** zwischen dem jeweiligen Status

ermöglichen soll und daher auch das **Förderregime des AMS** zur Anwendung kommen soll.

AIVG (Arbeitsfähigkeit, Berufsunfähigkeit)

Gem. § 8 AIVG gilt als **arbeitsfähig**, wer **nicht invalid** und **nicht berufsunfähig** im Sinne des ASVG ist. Als **berufsunfähig** gilt die versicherte Person, deren Arbeitsfähigkeit infolge ihres körperlichen oder geistigen Zustandes auf **weniger** als die **Hälfte** derjenigen einer **körperlich und geistig gesunden versicherten Person** von **ähnlicher Ausbildung** und **gleichwertigen Kenntnissen** und Fähigkeiten herabgesunken ist, wenn zudem innerhalb der **letzten 15 Jahre** vor dem Stichtag (§ 223 Abs. 2) in zumindest **90 Pflichtversicherungsmonaten** eine Erwerbstätigkeit als **Angestellte/r** oder nach § 255 Abs. 1 ASVG (Kriterium: überwiegende Tätigkeit) ausgeübt wurde.

War der/die Versicherte **überwiegend** in **erlernten (angelernten)** Berufen tätig, gilt er/sie gem. § 255 Abs 1 ASVG als **invalid**, wenn seine/ihre Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die **Hälfte** derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten in jedem dieser Berufe herabgesunken ist.

§ 255 Abs 2 dritter und vierter Satz sowie Abs 2a sind anzuwenden. Gem. § 255 Abs 2 ASVG liegt ein **angelernter** Beruf vor, wenn die versicherte Person eine **Tätigkeit** ausübt, für die es erforderlich ist, durch praktische Arbeit **qualifizierte Kenntnisse** oder Fähigkeiten zu erwerben, die jenen in einem **erlernten Beruf** gleichzuhalten sind. Eine überwiegende Tätigkeit (s.o.) liegt vor, wenn innerhalb der letzten 15 Jahre vor dem Stichtag (§ 223 Abs. 2) in zumindest 90 Pflichtversicherungsmonaten eine Erwerbstätigkeit in erlernten (angelernten) Berufen oder als Angestellte/r ausgeübt wurde. Liegen zwischen dem Ende der Ausbildung und dem Stichtag **weniger als 15 Jahre**, so muss zumindest in der Hälfte der Kalendermonate, jedenfalls aber für **zwölf Pflichtversicherungsmonate**, eine Erwerbstätigkeit in erlernten (angelernten) Berufen oder als Angestellte/r vorliegen. Liegen zwischen dem Ende der Ausbildung und dem Stichtag **mehr als 15 Jahre**, so verlängert sich dieser Rahmenzeitraum um Versicherungsmonate nach § 8 Abs. 1 Z 2 lit. a, d, e und g ASVG, um Monate des Bezuges von Übergangsgeld nach § 306 ASVG sowie um höchstens 60 Monate des Bezuges von Rehabilitationsgeld nach § 143a ASVG und von Umschulungsgeld nach § 39b AIVG. Als Ende der Ausbildung gelten der Abschluss eines Lehrberufes, der Abschluss einer mittleren oder höheren Schulausbildung oder Hochschulausbildung sowie der Abschluss einer dem Schul- oder Lehrabschluss vergleichbaren Ausbildung, jedenfalls aber der Beginn einer Erwerbstätigkeit nach Abs. 1 oder als Angestellte/r.

Liegen die **Voraussetzungen** nach **§ 273 Abs 1 ASVG nicht** vor, so gilt die versicherte Person auch dann als **berufsunfähig**, wenn sie infolge ihres körperlichen oder geistigen Zustandes nicht mehr imstande ist, durch eine Tätigkeit, die auf dem Arbeitsmarkt noch bewertet wird und die ihr unter billiger Berücksichtigung der von ihr ausgeübten Tätigkeiten zugemutet werden kann, wenigstens die **Hälfte des Entgeltes** zu erwerben, das eine **körperlich und geistig gesunde versicherte Person regelmäßig** durch eine solche Tätigkeit zu **erzielen** pflegt. § 255 Abs. 3a und 3b sowie Abs. 4 bis 7 gilt entsprechend.

Arbeitsfähig ist jedenfalls gem. § 8 Abs 1 AIVG **nicht**, wer eine **Leistung** aus dem **Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit** oder der **Erwerbsunfähigkeit** bezieht. Arbeitsfähig ist weiters nicht, wer die **Anspruchsvoraussetzungen** für eine derartige Leistung erfüllt.

Arbeitslose sind, wenn sich **Zweifel** über ihre **Arbeitsfähigkeit** ergeben oder zu klären ist, ob bestimmte Tätigkeiten ihre Gesundheit gefährden können, verpflichtet, sich **ärztlich untersuchen** zu lassen. Die Untersuchung der Arbeitsfähigkeit hat an einer vom **Kompetenzzentrum** Begutachtung der **Pensionsversicherungsanstalt** festgelegten Stelle stattzufinden. Die Untersuchung, ob bestimmte Tätigkeiten die Gesundheit einer bestimmten Person gefährden können, hat durch eine/n geeignete/n Arzt/Ärztin oder eine geeignete ärztliche Einrichtung zu erfolgen. Wenn eine ärztliche Untersuchung nicht bereits eingeleitet ist, hat die regionale Geschäftsstelle bei Zweifeln über die Arbeitsfähigkeit oder über die Gesundheitsgefährdung eine entsprechende Untersuchung anzuordnen. Wer sich **weigert**, einer derartigen Anordnung Folge zu leisten, erhält für die Dauer der Weigerung **kein Arbeitslosengeld**.

Das Arbeitsmarktservice hat gem. § 8 Abs 3 AIVG **Bescheide** der Pensionsversicherungsträger und **Gutachten** des Kompetenzzentrums Begutachtung der Pensionsversicherungsanstalt zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit **anzuerkennen** und seiner weiteren Tätigkeit **zu Grunde zu legen**.

Auf Personen, die der Verpflichtung zur ärztlichen Untersuchung gemäß Abs. 2 Folge leisten, sind § 7 Abs. 3 Z 1, Abs. 5, Abs. 7 und Abs. 8, § 9 und § 10 sowie Abs. 1 AIVG bis zum Vorliegen des Gutachtens zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, längstens jedoch außer bei Vorliegen besonderer Gründe für drei Monate, nicht anzuwenden. Wenn auf Grund des Gutachtens anzunehmen ist, dass Arbeitsfähigkeit nicht vorliegt, so verlängert sich dieser Zeitraum bis zur bescheidmäßigen Feststellung des Pensionsversicherungsträgers, ob berufliche Maßnahmen der Rehabilitation zweckmäßig und zumutbar sind.

Zu transformierende Bestimmungen/ Problemlagen:

AMFG

Ein Rechtsanspruch auf Arbeitsvermittlung besteht ebenso wenig wie ein Rechtsanspruch auf Vermittlung eines bestimmten Arbeitsplatzes oder einer bestimmten Arbeitskraft gem. § 3 AMFG.

§ 2 Ziff 6 AMFG folgend sind bei der Arbeitsvermittlung die Fähigkeiten, Wünsche, die psychische und physische Eignung und die sozialen Verhältnisse der Arbeitsuchenden einerseits, sowie die Wünsche der Arbeitgeber und die Erfordernisse des Arbeitsplatzes andererseits zu berücksichtigen. Arbeitsuchende dürfen gem. § 2 Ziff 7 leg.cit. nur zu Arbeiten vermittelt werden, die ihren körperlichen Fähigkeiten angemessen sind, ihre Gesundheit und Sittlichkeit nicht gefährden und angemessen entlohnt sind, wobei als angemessen eine Entlohnung dann gilt, wenn sie den jeweils anzuwendenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Bestimmungen entspricht. Zu einer der Feststellung der Eignung des Arbeitsuchenden vorausgehenden psychologischen oder ärztlichen Untersuchung bedarf es der Zustimmung der Arbeitsuchenden, bei Minderjährigen auch der Erziehungsberechtigten.

AMSG

Das Arbeitsmarktservice hat gem. § 32 AMSG seine Leistungen in Form von Dienstleistungen zu erbringen, deren Zweck die Vermittlung von Arbeitsuchenden auf offene Stellen, die Beschäftigungssicherung und die Existenzsicherung im Sinne des § 29 ist. Gem. § 29 AMSG hat das Arbeitsmarktservice das Ziel zu verfolgen, im Rahmen der Vollbeschäftigungspolitik zur Verhütung und Beseitigung von Arbeitslosigkeit, unter Wahrung sozialer und ökonomischer Grundsätze im Sinne einer aktiven Arbeitsmarktpolitik auf ein möglichst vollständiges, wirtschaftlich sinnvolles und nachhaltiges Zusammenführen von Arbeitskräfteangebot und -nachfrage hinzuwirken und dadurch die Versorgung der Wirtschaft mit Arbeitskräften und die Beschäftigung aller Personen, die dem österreichischen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen, bestmöglich zu sichern. Dies schließt die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz während der Arbeitslosigkeit im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen ein.

Dienstleistungen zur Vorbereitung, Ermöglichung oder Erleichterung einer solchen Vermittlung oder Beschäftigungssicherung sind im Besonderen laut §32 Abs 2 AMSG

1. Information über den Arbeitsmarkt und die Berufswelt,
2. Beratung bei der Wahl des Berufes,
3. Unterstützung bei der Herstellung oder Erhaltung der Vermittlungsfähigkeit von Arbeitskräften,

4. Unterstützung der Qualifizierung von Arbeitskräften und
5. Unterstützung von Unternehmen bei der Suche und Auswahl geeigneter Arbeitskräfte sowie der Gestaltung der innerbetrieblichen Arbeitskräfteplanung,
6. Unterstützung von Arbeitssuchenden bei der Suche und Auswahl eines Arbeitsplatzes und
7. Unterstützung von Unternehmen und Arbeitskräften bei der Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.

Einmalige oder wiederkehrende finanzielle Leistungen an und für Personen (Beihilfen) dienen gem. § 34 Abs 2 AMSG dem Zweck

1. die Überwindung von kostenbedingten Hindernissen der Arbeitsaufnahme,
 2. eine berufliche Aus- oder Weiterbildung oder die Vorbereitung auf eine Arbeitsaufnahme,
 3. die (Wieder)eingliederung in den Arbeitsmarkt, und
 4. die Aufrechterhaltung einer Beschäftigung
- zu fördern. Auf derartige Beihilfen besteht kein Rechtsanspruch.

Für Beihilfen, deren Zweck die Abgeltung des Lohnausfalles bei Kurzarbeit ist, gelten die Bestimmungen des Arbeitsmarktförderungsgesetzes.

SMS - Förderregime

Auf der Grundlage des BEinstG werden einerseits eine Reihe unspezifischer Förderungen durch das Sozialministeriumservice (SMS) sowie das Arbeitsmarktservice (AMS) im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt. Hierzu gehört etwa die Eingliederungsbeihilfe nach § 34 AMSG. Diese Beihilfen dienen der Überwindung von kostenbedingten Hindernissen der Arbeitsaufnahme, der Aus- oder Weiterbildung oder die Vorbereitung auf eine Arbeitsaufnahme, der (Wieder)eingliederung in den Arbeitsmarkt sowie der Aufrechterhaltung einer Beschäftigung. Auf diese Beihilfen besteht kein Rechtsanspruch.

Daneben besteht eine Reihe von behinderungsspezifischen Förder-Formen, etwa der Inklusionsbonus für Lehrlinge, der Betriebe bei der Aufnahme von Lehrlingen mit einem gültigen Behindertenpass unterstützt, oder die Inklusionsförderung, mit der Unternehmen, die „begünstigt Behinderte“ einstellen, gefördert werden. Auch UnternehmerInnen mit einem Grad der Behinderung von 50% können zur Gründung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und zur Abgeltung eines laufenden behinderungsbedingten Mehraufwands Zuschüsse erhalten. Dies dient, sofern persönliche, rechtliche und fachliche Voraussetzungen vorliegen, der Verbesserung der wirtschaftlichen Lage von Menschen mit Behinderungen sowie der Sicherstellung des Lebensunterhaltes. Die Beschaffung und Instandsetzung von unmittelbar mit der

Berufsausübung zusammenhängenden, die Behinderungen ausgleichenden technischen Arbeitshilfen können als arbeitsplatzbezogene Förderung gefördert werden.

Die **Inklusionsförderung** ist ein Lohnkostenzuschuss des SMS, der an Unternehmen gezahlt wird, die „**begünstigte** Behinderte“ **beschäftigen**. Die Höhe der Inklusionsförderung beträgt 30 % des Bruttogehalts, maximal € 1.000,-, und kann 12 Monate lang bezogen werden. Diese Förderhöhe gilt für alle Unternehmen, die der Einstellungspflicht unterliegen, d.h. die mehr als 25 MitarbeiterInnen beschäftigen. Für Betriebe, die MitarbeiterInnen mit Behinderungen anstellen, obwohl sie nicht dazu verpflichtet sind, weil sie weniger als 25 Beschäftigte haben, greift die „InklusionsförderungPlus“, das bedeutet eine Erhöhung des Förderbetrags um 25 %.

Wegfall der Unterhaltsverpflichtung von Angehörigen eines erwachsenen Menschen mit Behinderungen durch Einkommen und Grundsicherung

Die derzeitige Rechtslage steht dem Wohl der Menschen mit Behinderungen und deren Absicherung insofern entgegen, als sie aufgrund des landesgesetzlich vorgeschriebenen (regelmäßig geringen) Taschengeldes und der Bestimmungen zum Kostenersatz/Beitragsleistungen im Sinne des Subsidiaritätsprinzips sowie der Anrechnungen des Vermögens und Leistungen Dritter in Verbindung mit der faktischen Berufszugangsbeschränkung keine Ansparungen vornehmen können, sohin auch nicht über ihr Eigentum frei verfügen können und in die **Selbsterhaltungsunfähigkeit gedrängt** werden (Art 5 StGG).

In diesem Kontext ist fraglich, ob die **lebenslange Unterhaltsverpflichtung** von Angehörigen von Menschen mit Behinderungen iSd Art 5 StGG und Art 7 B-VG legitim und verfassungsrechtlich unbedenklich ist, da diese Vermögensverschiebung durch die faktische Zugangsbeschränkung zum Arbeitsmarkt bedingt, eine wesentliche Vermögenseinschränkung darstellen könnte, die im Sinne der Sonderopfertheorie zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Eigentums Angehöriger von Menschen mit Behinderungen führt, die andere Angehörige so nicht trifft, sofern eine Arbeitsfähigkeit bei individuell und ressourcenorientierter Bewertung nach dem sozialen Modell der Behinderungen besteht.

Verfassungskonforme Ausgestaltung von Eigenleistungen im Recht der Behindertenhilfe

Mit E v 1. 3. 2013, G 106/12 und G 17/13 hat der VfGH § 10 Abs 1 Z 1 und Abs 5 Staatsbürgerschaftsgesetz²⁵ als verfassungswidrig aufgehoben, weil die Voraussetzung der Selbsterhaltungsfähigkeit für die Erlangung der Staatsbürgerschaft gegen Art 7 Abs 1 dritter Satz B-VG verstößt, da hier keine Vorsorge getroffen wurde, dass Ausnahmesituationen einer unverschuldeten (sic!) Notlage Berücksichtigung finden können, weshalb im Ergebnis Menschen mit Behinderungen durch diese Regelung diskriminiert werden.

Dieses Kalkül wird man auch auf den Sachverhalt von bescheidförmig vorgeschriebenen **Eigenleistungen im Recht der Behindertenhilfe** anwenden müssen. Auch hier ist zu **prüfen**, ob die **funktionale Gleichstellung von Kostenbeiträgen im Verhältnis zwischen Menschen mit Behinderungen (Behindertenhilfe) und solchen ohne Behinderungen (Sozialhilfe) Erstere diskriminiert**, weil sie einer sachlichen Rechtfertigung bedarf. Dieses Sachlichkeitskriterium kann nicht aus den Zielsetzungen des Art 7 B-VG alleine, sondern nur aus der Verknüpfung zwischen Art 7 B-VG mit den erklärten bzw. aus EB oder Motiven einer Regierungs-Vorlage erschlossen werden.

Schaffung eines bundesweiten Modells eines Lohnkostenzuschusses²⁶

Das österreichische B-VG regelt die Agenda der Arbeitsmarktpolitik nicht materiell, sondern kompetentiell in Art 10 Abs 1 Ziff 8 (Angelegenheiten von Gewerbe und Industrie, Arbeitsmarkt), Ziff 11 (Arbeitsrecht, Sozialversicherung, Arbeitslosenversicherung, Arbeitsmarktpolitik) sowie Art 11 Abs 1 Ziff 9 B-VG (Arbeiterrecht, Arbeiter- und Angestelltenschutz). Es ist daher sowohl Bund wie auch Ländern unbenommen, einfachgesetzliche Rechtsgrundlagen in Kraft zu setzen, um Arbeitsplätze für die beschriebenen Zielgruppen zu schaffen oder zu finanzieren.

²⁵ BGBl 1985/311.

²⁶ Der **Lohnkostenzuschuss** bezweckt den **finanziellen Ausgleich einer behinderungsbedingten Leistungsminderung**, um eine **Chancengleichheit** für Menschen mit Behinderungen am **allgemeinen Arbeitsmarkt** herzustellen. Dadurch soll einer Ausgrenzung von Menschen mit Behinderungen vom Arbeitsmarkt entgegengewirkt, Diskriminierung verhindert sowie **Inklusion gefördert** werden.

Erweitert man den Arbeitnehmerbegriff auf jene Personen, für die Arbeitgeber dauerhaft Lohnkostenzuschüsse aus dem Titel der fähigkeitsorientierten Aktivität oder in Beschäftigungsstrukturen auf Grundlage der Bestimmungen der Behindertenhilfegesetz (in je unterschiedlicher Terminologie) der Bundesländer erhalten, so wären Menschen mit Behinderungen auch aus der regulären Arbeitsmarktförderung begünstigt. Indes wären einige Anpassungen und Klarstellungen in bestehenden Materiengesetzen erforderlich. Dies betrifft nicht nur die Terminologie „gesundheitslich beeinträchtigter Personen“ oder die Figur „verminderter Eingliederungschancen“. Es betrifft auch die Konzeption der vorübergehenden Kurzarbeit bzw. damit verbundenen Kurzarbeitsbeihilfen als Lohnkostenzuschüsse, welche um ein Modell der dauerhaften unregelmäßigen bzw. diskontinuierlichen Arbeit zu ergänzen wäre, die ebenfalls das Gesamtarbeitszeitausmaß reduziert.

Es ist die **Erwerbstätigkeit in Werkstätten** durchgängig als **Rechtsanspruch auf Dienstleistung und Lohnkostenzuschuss auszugestalten** und die **Durchlässigkeit zur Arbeitskräfteüberlassung** oder dem **Placement auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt sicherzustellen**. Deshalb hat sich ein Rechtsanspruch auf Beschäftigung auch auf unterstützende Maßnahmen (persönliche Assistenz, Lohnkostenzuschüsse etc.) zu erstrecken. Vergleichbar der Frauenquote ist ein **Maßnahmenprogramm positiver Diskriminierung zugunsten von Menschen mit Behinderungen** erforderlich, welches durch die **Ermächtigung des Art 7 B-VG legitimiert** werden kann.

Art 7 Abs 1 Satz 3 **schützt** Menschen mit Behinderungen sowohl vor **Ungleichbehandlung** als auch einer sie **benachteiligenden schematischen Gleichbehandlung**. Letzteres ist der Fall, wenn Menschen mit Behinderungen durch fehlende Rücksichtnahme auf ihren psychophysischen Status (der Trias von Disability, Handicap, Impairment folgend) einen behinderungsbedingten Nachteil erleiden.²⁷ Laut Pöschl wird der **einfache Gesetzgeber** gem. Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG zu einer **Bevorzugung** von Menschen mit Behinderungen **ermächtigt**. Diese Ermächtigung bezieht sich eben nicht nur auf jene Begünstigungen, die erforderlich sind, um unzulässige Benachteiligungen abzuwenden. Sie erfasst vielmehr auch und gerade die Einräumung von Vorteilen mit dem Ziel der Kompensation behinderungsbedingter Nachteilslagen im Sinne der Integration, Inklusion und Normalisierung. Anders als die Benachteiligung bedarf die Bevorzugung von Menschen mit Behinderungen aber keiner gesonderten „Rechtfertigung“. „Sie ist vielmehr schon durch die faktisch schlechtere Ausgangslage von Menschen mit Behinderungen begründbar und erfährt

²⁷ Pöschl: Gleichheitsrechte § 14. Menschen mit Behinderung. S.585ff.; URL: https://staatsrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_staaatsrecht/Poeschl/Publikationen/Paragr_aph_14_Gleichheitsrechte_Poeschl.pdf [28.10.2019]

durch die Staatszielbestimmung des Art. 7 Abs.1 Satz 4 B-VG noch zusätzliche Legitimation.“²⁸

Für das **2-Säulen-Modell** ist einerseits die Konzeption eines **fließenden Übergangs** zwischen Beschäftigungsstrukturen/fähigkeitsorientierter Aktivität, geschützter Werkstätten, integrativem Betrieb und geschütztem Arbeitsplatz mit Lohnkostenzuschuss von Bedeutung; andererseits basiert das Modell auf einer **Abgangsdeckung der Minderleistung** bei Annahme einer sozialversicherungspflichtigen, tarifär entlohnten Beschäftigung. Grundlage der Gewährung von Lohnkostenzuschüssen zur Ausgestaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse in einem 2-Säulen-Modell kann ein flexibles, auf den Einzelfall **abgestimmtes Komposit der beruflichen Eingliederungshilfe im Rahmen der Behindertenhilfe** der Bundesländer sein. Als **Modellvorlage** hierfür eignet sich **§ 22 Oö ChG (Assistenzplan)**, der zur Festlegung der kurz- und mittelfristigen Ziele der individuellen Betreuung und Hilfe (wir sprechen in diesem Zusammenhang von Unterstützung) und der dafür notwendigen Leistungen und Maßnahmen auf Basis der Darstellung des persönlichen Hilfebedarfs ein Assistenzplan zu erstellen ist. Dieser Assistenzplan hat die Wünsche und Bedürfnisse des Menschen mit Behinderungen sowie seine Entwicklungsmöglichkeiten besonders zu berücksichtigen. Eine **Assistenzkonferenz** zu der Betroffene, Angehörige, ExpertInnen aus Sozialarbeit, Psychologie, Psychotherapie, Heil- und Sonderpädagogik, Medizin, Pflegedienste oder Berufsberatung sowie Peer-Beraterinnen geladen sind, entscheidet auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens. Dieser Assistenzplan ist fortlaufend zu überprüfen und zu adaptieren.

Strategisch lassen sich für die Implementierung eines 2-Säulen-Modells im Wesentlichen zwei **Anknüpfungspunkte** finden:

- Zum ersten könnte man den Begriff des „**integrativen Betriebes**“ im BEinstG so erweitern, dass auch **derzeit „nicht-begünstigte Behinderte“** dort selbst sozialversicherungspflichtig regulär beschäftigt werden. Dies setzt zugleich voraus, dass der Korpus des Individualarbeitsrechts auf sämtliche in Werkstätten beschäftigte Menschen mit Behinderungen anwendbar sein muss.
- Zum zweiten könnte man die auf Beschäftigungsstrukturen abzielende Begriffe im Landesbehindertenrecht vereinheitlichend so fassen, dass diese Beschäftigung sozialversicherungspflichtig ausgestaltet sein muss, tarifär entlohnt werden muss, Arbeitsrecht auf die gegenständlichen Beschäftigungsverhältnisse anwendbar sein muss und die Betroffenen einen

²⁸ Ebd., S.587.

individuellen Anspruch auf Lohnkostenzuschuss im Ausmaß ihrer Minderleistung haben. Regelmäßig umfasst die berufliche Eingliederungshilfe Aspekte der Ausbildung und beruflichen Eingliederung.

Umstellung des öffentlichen Beschaffungswesens durch Bevorzugung sozialwirtschaftlicher Unternehmen, welche Menschen mit Behinderungen beschäftigen

Werden Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen der Sozialwirtschaft sozialversicherungspflichtig beschäftigt, so besteht ein wesentliches Instrument der Steuerung der Marktposition dieser Unternehmen in einer gezielten Beschaffungspolitik, welche die Auftragslage dieser Unternehmen stabilisiert und damit auch die Beschäftigungschancen von Menschen erhöht.

Anlässlich der RL 2014/24/EU wurde das österreichische Vergaberecht um behinderungspolitische und soziale Aspekte erweitert. § 23 sowie § 196 BVergG sehen einen **Vorbehalt von Aufträgen zugunsten sozialer und beruflicher Integration** vor. Demnach können öffentliche bzw.

SektorenauftraggeberInnen bei der Auftragsvergabe vorsehen, dass an diesem Verfahren nur geschützte Werkstätten, integrative Betriebe oder sonstige Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von sonstigen benachteiligten Personen ist, teilnehmen dürfen. Sie können zudem auch vorsehen, dass die Erbringung von Aufträgen im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen zu erfolgen hat, wobei mindestens 30% der ArbeitnehmerInnen jenes den Auftrag ausführenden Unternehmens Menschen mit Behinderungen oder sonstige benachteiligte ArbeitnehmerInnen sein müssen.

EG 36 der RL 2014 führt zu **Art. 20 der RL 2014/24/EU** aus: „Beschäftigung und Beruf tragen zur Integration in die Gesellschaft bei und sind zentrale Elemente für die Gewährleistung von Chancengleichheit. In diesem Zusammenhang können geschützte Werkstätten eine wichtige Rolle spielen. Das gilt auch für andere **soziale Unternehmen**, deren **Hauptanliegen die Förderung der gesellschaftlichen und beruflichen Eingliederung oder Wiedereingliederung von Personen mit Behinderungen** [...] ist. Es ist jedoch möglich, dass solche Werkstätten oder Unternehmen nicht in der Lage sind, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu erhalten. Es ist daher angemessen, vorzusehen, dass die Mitgliedstaaten das Recht, an Verfahren zur **Vergabe von öffentlichen Aufträgen** oder von bestimmten Auftragslosen

teilzunehmen, derartigen **Werkstätten oder Unternehmen vorbehalten** können oder die Ausführung eines Auftrags geschützten Beschäftigungsprogrammen vorbehalten können.“²⁹

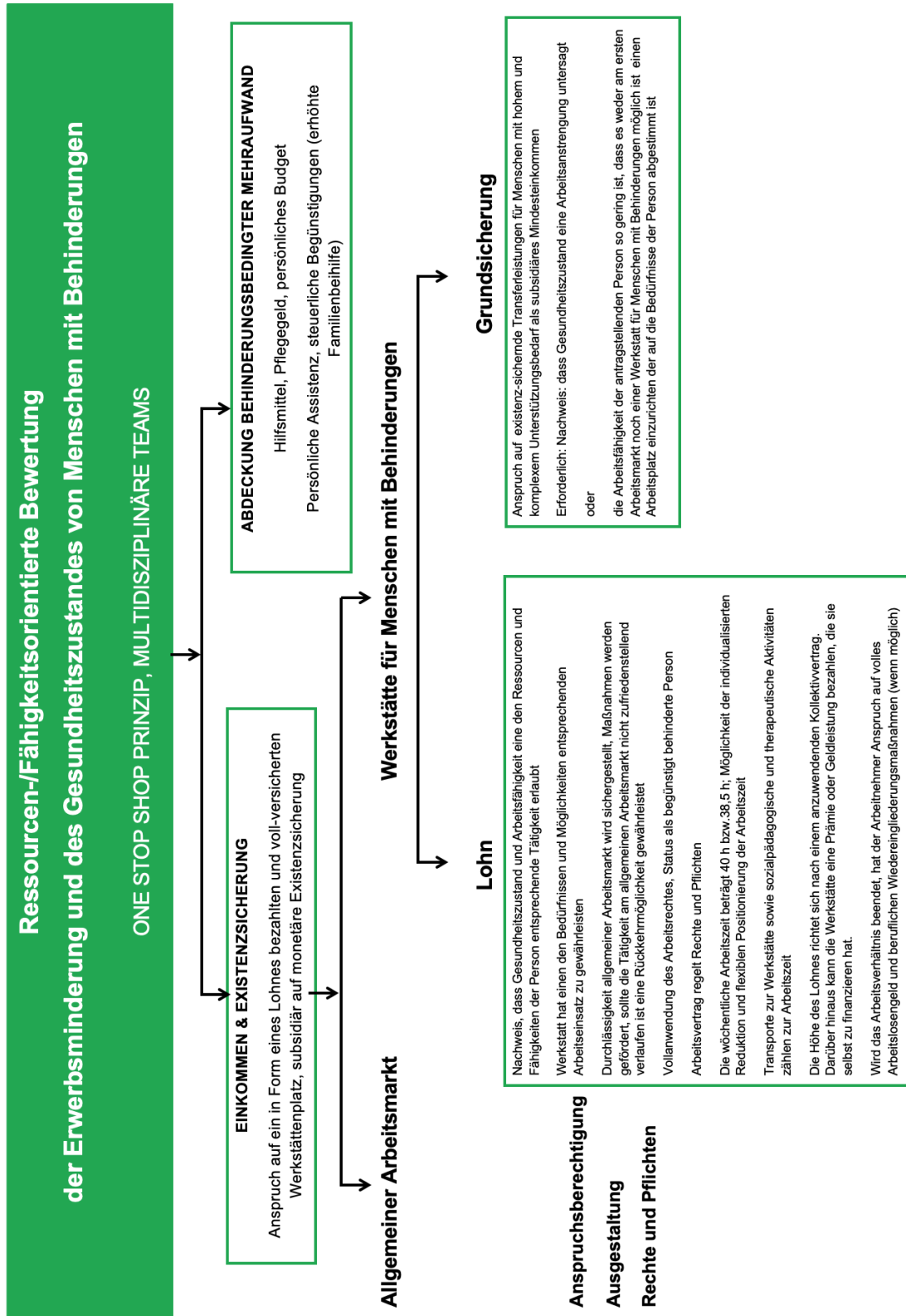
Bedenken gegen eine Bevorzugung von Integrativen Betrieben bei der **Vergabe öffentlicher Aufträge** sind seit dem EWR/EU-Beitritt nicht mehr berechtigt³⁰, das muss natürlich auch für jegliche andere Betriebe gelten die Menschen mit Behinderungen beschäftigen

Das Vergaberecht ist ein geeignetes Instrument Barrierefreiheit umfänglich zu verwirklichen. Das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium „**Design for All**“, wurde in Umsetzung des Art. 42 Abs. 1 vierter und fünfter Abs. der RL 2014/24/EU durch **§ 107 des Bundesvergabegesetzes** in nationales Recht umgesetzt.

²⁹ Bundesvergabegesetz 2018 . 69 der Beilagen XXVI. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen.

[https://www.justiz.gv.at/file/2c94848a66ede4910167984ef76d7487.de.0/vergaberechtsreformgesetz%202018%20erläuterungen%20\(kopie\).pdf](https://www.justiz.gv.at/file/2c94848a66ede4910167984ef76d7487.de.0/vergaberechtsreformgesetz%202018%20erläuterungen%20(kopie).pdf) [28.10.2019]

³⁰ EuGH 31/87, Beentjes, Slg 1988, 4635; ähnlich auch EuGH C-448/01, Wienstrom, EuZW 2004, 81.



³¹ Grafik: © Lebenshilfe, Inhalt angelehnt an der Broschüre „Einkommen für Menschen mit Behinderung. Gesetz vom 12. September 2003“³².

³¹ Le Gouvernement du Grande-Duché de Luxembourg: Einkommen für Menschen mit Behinderungen. Gesetz vom 12. September 2003. http://www.ogbl.lu/wp-content/uploads/2011/08/Dept_handicapes_revenu_des_personnes_handicapees_de.pdf [25.03.2020]

Perspektiven

Die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit für alle Menschen mit Behinderungen erfordert eine Abkehr der in Österreich primär karitativ ausgerichteten Behindertenpolitik hin zu einer Politik der Aktivierung und der Ermöglichung beruflicher Teilhabe im Sinne eines zur Gänze durchlässigen und inklusiven Arbeitsmarktes als immanenter Bestandteil einer selbstbestimmten Lebensführung.

Anzustreben ist eine arbeitsrechtliche Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, die in Werkstätten tätig sind, mit jenen ArbeitnehmerInnen, die am sogenannten regulären Arbeitsmarkt tätig sind, unter Wahrung erworbener Ansprüche und der Möglichkeit, aus Arbeitsversuchen am regulären Arbeitsmarkt in Werkstätten oder überhaupt in den Bezug einer existenzsichernden monetären Leistung zurückzukehren.

³² Le Gouvernement du Grande-Duché de Luxembourg: Einkommen für Menschen mit Behinderungen. Gesetz vom 12. September 2003. http://www.ogbl.lu/wp-content/uploads/2011/08/Dept_handicapes_revenu_des_personnes_handicapees_de.pdf [25.03.2020]

Unsere Vision

Die Vision der Lebenshilfe Österreich ist eine inklusive Gesellschaft, in der alle Menschen in ihrer Vielfalt und Unterschiedlichkeit anerkannt und wertgeschätzt zusammenleben.

Lebenshilfe Österreich
Favoritenstraße 111 / 10
1100 Wien

Tel: +43 1 81 22 642 - 0
Fax: +43 1 81 22 642 - 85
ZVR-Zahl: 599047772

office@lebenshilfe.at

www.lebenshilfe.at
www.facebook.com/lebenshilfe.inklusion