



# Der Handlungsspielraum bei Pensionsanpassungen im Lichte des EuGH-Urteils Brachner



Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn

lehrt Arbeits- und Sozialrecht an der Univ. Wien. Zuvor lehrte er Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Humboldt Univ. Berlin sowie Privatrecht an der Univ. Klagenfurt. Er befasst sich u. a. mit Fragen des (Europäischen) Wirtschafts- und Gesundheitsrechtes.

Aus dem Urteil Brachner<sup>1</sup> geht hervor, dass der Ausschluss der Kleinstpensionen von einer außerordentlichen Pensionserhöhung Frauen diskriminiert. Dies lässt fragen, inwieweit auch andere Formen einer differenzierten Pensionsanpassung diskriminieren. Insbesondere ist fraglich, ob Männer diskriminiert werden, wenn höhere Pensionen nicht oder nur weniger erhöht werden. Es geht um den Handlungsspielraum bei der Pensionsanpassung. Diese Frage ist praktisch bedeutsam, weil die Pensionsanpassung derzeit die einzige Möglichkeit der Politik ist, die Höhe der bereits zuerkannten Pensionen zu beeinflussen und auf den „Pensionsbestand“ einzuwirken.

## A) Ausgangslage

Gegenstand des Urteils Brachner war die Pensionserhöhung für das Jahr 2008. Der Anpassungsfaktor für 2008 wurde Ende 2007 mit 1,017 festgesetzt.

Die Politik wollte jedoch eine davon abweichende Pensionsanpassung, die manche Pensionen um mehr als 1,7 % erhöht, andere weniger. Im Ergebnis wurde nach fünf Stufen differenziert.<sup>2</sup> Pensionen unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz von 746 Euro, die sogenannten Kleinstpensionen, wurden um 1,7% erhöht; Pensionen von 746 Euro bis 1.050 Euro wurden um einen Fixbetrag erhöht, der abnehmend einer Erhöhung zwischen 2,81 % und 2 % entspricht. Pensionen von 1.050 bis 1.700 Euro wurden um 2 % erhöht, Pensionen bis 2.161 Euro um einen Prozentsatz, der von 2 % auf 1,7 % absank; Pensionen über 2.161 Euro nur mit einem Fixbetrag und damit um weniger als den Anpassungsfaktor. Die Erhöhung war also bei hohen Pensionen am geringsten, und am höchsten bei Pensionen knapp über dem Ausgleichszulagenrichtsatz. Die Kleinstpensionen wurden hingegen weniger erhöht als alle Pensionen zwischen 746 und 2.160 Euro. Gleichzeitig

<sup>1</sup> EuGH 20. Oktober 2011, Rs. C-123/10; Schlussantrag von Frau GA Trstenjak. Dazu Hutter, ZAS 2012/50, 274; Thomasberger, DRdA 2012, 271.

<sup>2</sup> BGBl. I 101/2007. Vgl. dazu die Darlegung der Rechtslage in OGH 10 Obs 177/08i und OGH 10 Obs 178/09p.

wurde aber der Ausgleichszulagenrichtsatz außerordentlich um 2,89 % erhöht, also um 1,19 Prozentpunkte über dem Anpassungsfaktor. Für Pensionsbezieher, die Ausgleichszulage bezogen, stiegen die Leistungen im Zusammenhang mit der Pensionsversicherung also um 2,89 %, stärker als bei allen anderen Pensionen. Nur 1,7 % mehr erhielten hingegen jene Bezieher einer Kleinstpension, deren gesamtes anrechenbares Einkommen über dem Richtsatz lag. Bei einer Pension von 700 Euro machte die Differenz zur Erhöhung um 2,89 % monatlich 8,33 (11,90 bis 20,23) Euro und jährlich 116,62 Euro aus. Diese Differenz wirkt sich in allen Folgejahren aus, weil sie die Basis für spätere Anpassungen verminderte. In zehn Jahren beträgt die Differenz zumindest 1.166 Euro. Dazu kommt die Differenz aus späteren Anpassungen des Differenzbetrages.

Die Abweichung von der allgemeinen Regelung der Anpassung wurde erst vom Sozialausschuss beschlossen. Zur Begründung wurde neben dem Hinweis, dass die Abweichung auf einer Einigung mit dem Seniorenrat beruhe, nur gesagt: „Die Pensionsanpassung für das Jahr 2008 berücksichtigt sowohl die Interessen der Pensionsbezieher/-innen als auch jene der aktiv Erwerbstätigen, dient der Armutsbekämpfung und ist nicht zuletzt auch dauerwirksam, weil von Einmalzahlungen abgesehen wird. Zu betonen ist auch, dass sie keinerlei Präcedenzwirkung entfaltet, da Basis für die zukünftigen Pensionsanpassungen der Verbraucherpreisindex bleibt.“<sup>3</sup>

Eine Pensionistin, deren Pension 370 Euro betrug, klagte für 2008 eine höhere Anpassung ein, und zwar um den Fixbetrag von 21 Euro. Der OGH und zwei OLG beantragten beim VfGH die Gesetzesaufhebung, weil der Ausschluss der Kleinstpensionen von einer erhöhten Anpassung mit Gleichheitsgrundsatz und Eigentumsgarantie nicht vereinbar sei. Der VfGH wies die Aufhebungsanträge ab, weil er die Bedenken nicht teilte.<sup>4</sup> Insbesondere sah der VfGH es als zulässig an, dass der Gesetzgeber die geringere Erhöhung der Kleinstpensionen durch eine außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulage ausgleichen wollte, und sah die Differenzierung innerhalb der Kleinstpensionen nicht als gleichheitswidrig an.

Der OGH hat daraufhin dem EuGH die Frage vorgelegt, ob der Ausschluss der Kleinstpensionen mit dem Verbot der Geschlechterdiskriminierung ver-

Der Anpassungsfaktor für 2008 wurde Ende 2007 mit 1,017 festgesetzt. Die Politik wollte jedoch eine davon abweichende Pensionsanpassung, die manche Pensionen um mehr als 1,7 % erhöht, andere weniger. Im Ergebnis wurde nach fünf Stufen differenziert.

einbar sei.<sup>5</sup> Er hat dazu statistische Daten vorgetragen, aus denen hervorgeht, dass der Ausschluss von der höheren Anpassung Frauen deutlich mehr treffe als Männer. Die Zahl der weiblichen Kleinstpensionsbezieher sei 2,6-mal so hoch wie jene der männlichen. Überdies sei der Anteil der Kleinstpensionen an den Pensionen der Frauen 2,3-mal so hoch wie der Anteil der Kleinstpensionen an den Pensionen der Männer; 57 % der Frauenpensionen, aber nur 25 % der Männerpensionen seien Kleinstpensionen. Dieser Aspekt war dem VfGH noch nicht vorgetragen worden und konnte daher von diesem nicht berücksichtigt werden.<sup>6</sup>

## B) Urteilsgründe und Verfahrensergebnis

Der EuGH hatte zuerst zu beurteilen, ob die Regelung der Pensionsanpassung unter die Richtlinie 79/7/EWG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit fällt. Der EuGH bejaht dies zutreffend, weil auch die Anpassung zur Festsetzung der Pensionen gehöre. Aus der Tatsache, dass das Urteil in der Folge auch auf die Ausgleichszulage eingeht, folgt aber nicht, dass auch diese Leistung als solche unter die Richtlinie (RL) fällt, weil die Erhöhung der Ausgleichszulage hier nur im Rahmen der Rechtfertigung aufscheint. In der Folge prüfte der EuGH, ob der Ausschluss der Kleinstpensionen von der außerordentlichen Erhöhung mittelbar aufgrund des Geschlechts diskriminiert. Eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 4 RL 79/7 liegt vor, wenn eine nationale Maßnahme zwar neutral formuliert ist, in ihrer Anwendung aber wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt. Daher fragt das Urteil hier, ob der genannte „Nachteil de facto wesentlich mehr Frauen als Männer trifft“. Entscheidend ist bei einer Diskriminierungsprüfung häufig schon das Bilden der

**Der OGH hat die Regelung beim VfGH angefochten, der sie aber nicht aufhob. Darauf legte der OGH (eine andere Rechtsfrage) dem EuGH vor.**

<sup>3</sup> AB 352 BlgNR 23. GP, 4 f.

<sup>4</sup> VfGH 24. September 2009, G 165/08 u. a. Genauer hielt er jene Anträge, die sich nur gegen die Anpassung für Kleinstpensionen und nicht auch gegen die außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulage wendeten, schon für unzulässig. Eine Aufhebung nur des Ausschlusses der Kleinstpensionen von der Erhöhung um den Fixbetrag würde nämlich bei „einem Großteil der Kleinstpensionen, insbesondere auch der Teilpensionen aufgrund zwischenstaatlicher Abkommen, zu einer unverhältnismäßigen Pensionserhöhung um 100 % und mehr führen. Dies bedeutete aber eine völlige Veränderung des Konzeptes des Gesetzgebers von Zusammenspiel prozentueller Erhöhungen und Erhöhungen um Fixbeträge.“

<sup>5</sup> Im Verfahren OGH 10 Ob 178/09p.

<sup>6</sup> Daher ist die Erwähnung der Rechtssache Brachner im Vorlageantrag des OGH 17. Dezember 2012, 9 Ob 15/12i zur Wirkung der Grundrechtecharta nicht sachadäquat.

Vergleichsgruppen. Ein englischer Kommentator hebt denn auch die Bedeutung des Urteils für die Methode zur Bestimmung einer mittelbaren Benachteiligung aufgrund statistischer Daten hervor, weil der EuGH solche Daten hier erstmals genauer verwertet habe.<sup>7</sup> Der EuGH stellt hier primär auf das Verhältnis der Kleinstpensionen zur Zahl der Gesamtpensionen je Geschlecht ab, also auf die Gegenüberstellung von 25 und 57 Prozent. Allerdings schließt er daraus, dass die außerordentliche Pensionserhöhung 75 % der Pensionisten, aber nur 43 % der Pensionistinnen zugutekam. Dieser Schluss ist falsch, weil ein Teil der höheren Pensionen gar nicht oder nur mit 1,7 % erhöht wurde, was der EuGH zwar geschrieben, sonst aber offenbar übersehen hat. Das Zahlenverhältnis dürfte daher eher 60 zu 40 betragen haben; dies bedeutet einen Benachteiligungsfaktor von 1,5 statt, wie vom EuGH angenommen, von 2,7. Jedenfalls in dem unterstellten Zahlenverhältnis sieht das Urteil dann ein stichhaltiges Indiz für eine Benachteiligung der Frauen. Daran ändere sich nichts, wenn man die außerordentliche Anhebung der Ausgleichszulage einbezieht, weil sich das Geschlechterverhältnis dann zum Nachteil der Frauen verändere. 82 % der weiblichen, aber nur 58 % der männlichen Bezieher einer Kleinstpension erhielten nämlich weder die außerordentliche Erhöhung der Pension noch jene der Ausgleichszulage. Die Differenz der Prozentzahlen beträgt hier 24.

Man könnte nun über die vom EuGH vorgenommene Bildung der Vergleichsgruppen lange diskutieren. Wesentlich ist daran vor allem, dass der EuGH fragt, wie sich die Maßnahme *innerhalb* der Gruppen der Frauen und Männer auswirkt. In weiterer Folge stellt er darauf ab, wie sich die Maßnahme jeweils auf Frauen und Männer in Bezug auf eine vom nationalen Recht gebildete Gruppe auswirkt. Diese in der Lehre „isoliert“<sup>8</sup> genannte Betrachtung fragt also nicht, ob die Anpassung 2008 Frauen insgesamt schlechtergestellt hat, sondern blickt nur auf das Geschlechterverhältnis bei Kleinstpensionen. Erweitert man den Blick, so kam die außerordentliche Erhöhung vor allem Pensionen zwischen 746 und 1.700 Euro zugute. In diese Gruppe fielen 43 % der Männerpensionen, aber nur 36 % der Frauenpensionen. Das Einbeziehen dieser Gruppe kehrt daher das Ergebnis der Betrachtung allein der Kleinstpensionen nicht um. Bemerkenswert ist ferner, dass der

EuGH primär auf die unterschiedlichen Anteile bei den besser behandelten Pensionen abstellt, während meist auf das Verhältnis innerhalb der benachteiligten Personen abgestellt wird.<sup>9</sup>

Der Ausschluss der Kleinstpensionen von der außerordentlichen Anpassung war daher vor dem Diskriminierungsverbot nur zulässig, wenn er gerechtfertigt werden konnte. Das Urteil prüft daher die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe. Der erste Rechtfertigungsversuch war, dass Frauen früher in Pension gehen und deshalb geringere Beiträge einzahlen. Der EuGH sieht darin zwar einen Faktor, der die durchschnittlich geringere Pensionshöhe der Frauen erklären kann. Der Ausschluss der Kleinstpensionen könne damit jedoch nicht gerechtfertigt werden, weil die Pensionsanpassung die Kaufkraft der Pensionen erhalten solle; sie sei daher „offenkundig keine Leistung, die eine Gegenleistung für die gezahlten Beiträge darstellt“. Das zuletzt genannte Argument überzeugt auch dann nicht, wenn man es nur auf die außerordentliche Erhöhung bezieht; darauf ist zurückzukommen. Gleichwohl ist die durchschnittlich geringere Beitragsleistung von Frauen kein tauglicher Rechtfertigungsgrund, weil die geringere Höhe der Beiträge schon durch die geringere Höhe der Pensionen berücksichtigt wird.<sup>10</sup> Die Erhöhung aller Pensionen um den gleichen Prozentsatz führt bei höheren Pensionen zu einem höheren Anpassungsbetrag. Es besteht also kein sachlicher Zusammenhang zwischen unterschiedlicher Beitragshöhe und unterschiedlicher Anpassung.

Der zweite Rechtfertigungsversuch war, dass Frauen die Pensionen wegen der höheren Lebenserwartung – und, wie zu ergänzen ist, wegen des früheren Pensionsantrittes – durchschnittlich länger beziehen. Das Urteil verwirft auch diesen Rechtfertigungsversuch. Maßnahmen, welche die längere Bezugsdauer bei der Pensionshöhe berücksichtigen würden, beträfen nämlich das Ziel, das finanzielle Gleichgewicht der Pensionsversicherung „bei der Festsetzung der Pensionen“ zu wahren. Mit diesem Ziel habe aber das Ziel einer Pensionsanpassung, die Kaufkraft zu erhalten, nichts zu tun. Die Argumentation des Urteils zu diesem Punkt ist schwer verständlich, im Ergebnis aber wohl zutreffend. Eine höhere Lebenserwartung könnte vielleicht bei der Bemessung der ersten Pension relevant sein (auch dies ist aber nach dem Urteil Test-Achats<sup>11</sup> zweifelhaft). Zwischen Anpassung der Pensionen

7 Mestre, ELR 12/2011, 372 ff, 376 f. Mestre geht sehr ausführlich auf die Zahlenverhältnisse ein und weist auf die entscheidende Rolle dieser Weichenstellung hin.

8 Diese Betrachtungsweise kann allerdings nicht schon aus dem Satz abgeleitet werden, bei der Prüfung einer Diskriminierung beim Arbeitsentgelt sei auf die einzelne Leistung abzustellen, weil es sich bei Kleinstpensionen nicht um eine besondere Leistung handelt, sondern um eine Teilmenge der Pensionen.

9 Darauf weist Mestre, ELR 12/2011, 377 hin.

10 Dies hat die Kommission auch vorgebracht, der EuGH greift dies aber nicht auf.

11 EuGH 1. März 2011, Rs. C-236/09, Test-Achats, Slg. 2011, I-773.

**Für das Ergebnis einer Diskriminierungsprüfung ist häufig schon das Bilden der Vergleichsgruppen entscheidend. Der EuGH stellt hier wesentlich auf statistische Daten ab.**

(zur Kaufkraftherhaltung) und höherer Lebenserwartung besteht aber kein sachlicher Zusammenhang. Verfehlt wäre jedenfalls die Auffassung (die man dem Urteil vielleicht entnehmen könnte), dass die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts nur bei der erstmaligen Festsetzung der Pension als Rechtfertigungsgrund in Betracht komme, nicht aber – in anderen Fällen als dem vorliegenden – bei der Ausgestaltung der Anpassung. Nur eine willkürliche Betrachtung, die das Wesen einer umlagefinanzierten Pension als Gegenstück zu einer kapitalgedeckten verkennt, könnte bei der Anpassung Überlegungen zum finanziellen Gleichgewicht ausklammern. Überdies würde eine solche Trennung übersehen, dass das Urteil Brachner zur Anwendbarkeit der Richtlinie 79/7 auf die Pensionsanpassung auch diese zur „Berechnung der Leistungen“ gezählt hat, weil auch die Anpassung mit dem Risiko des Alters zusammenhängt.

Drittens wurde zur Rechtfertigung vorgetragen, dass der Nachteil, den der Ausschluss von der Erhöhung darstellt, durch die außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulage ausgeglichen werde. Auf diesen Rechtfertigungsversuch geht das Urteil am ausführlichsten ein, auch er wird aber verworfen. Die außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulage könne das Minus bei der Pensionsanpassung nicht kompensieren, weil kein Zusammenhang zwischen dem Ziel, die Kaufkraft zu erhalten, und der Regelung zur Anrechnung von Einkommen bei der Ausgleichszulage bestehe. Deutlicher ausgedrückt, verfolgen Pensionsanpassung und Ausgleichszulage unterschiedliche Zwecke; daher besteht der Bedarf nach Erhaltung der Kaufkraft auch bei jenen Beziehern von Kleinstpensionen, die keine Ausgleichszulage erhalten. Überdies komme die Erhöhung der Ausgleichszulage überproportional Männern zugute, weil nur 18 % der Bezieherinnen einer Kleinstpension auch Ausgleichszulage beziehen, während dies bei 42 % der Männer der Fall ist. 82 % der Bezieherinnen einer Kleinstpension erhielten daher weder die außerordentliche Erhöhung der Pension noch jene der Ausgleichszulage, während dies bei den Männern nur auf 58 % zutrif.<sup>12</sup>

Die Frage, wie der Ausschluss der Kleinstpensionen mit der außerordentlichen Erhöhung der Ausgleichszulage zusammenhängt, zeigt wohl am deutlichsten die unterschiedlichen Konzepte zur Funktion der Pensionsanpassung und deren Modifikation. Der österreichische Gesetzgeber ging wohl von der Vorstellung aus, das politisch festgelegte Volumen der außerordentlichen Erhöhung solle nach sozialen



© Ray - Fotolia.com

Aspekten verteilt werden, und meinte, all jene Bezieher von Kleinstpensionen bedürften keiner Zugabe, die auch keine Ausgleichszulage beziehen. Dahinter stand wohl die Überlegung, dass diese Personen ohnehin andere Einkommen, eigenes oder das eines Partners, haben<sup>13</sup> und/oder auch in der Vergangenheit nicht auf eigene versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit angewiesen waren. Der Gesetzgeber wollte, wie auch die abnehmende Erhöhung für höhere Pensionen zeigt, mit der außerordentlichen Erhöhung spezifische sozialpolitische Ziele verfolgen, die man als Bedachtnahme auf den Bedarf und insoweit Umverteilung kennzeichnen kann. Der EuGH hingegen sieht nicht nur die normale Anpassung mit dem Anpassungsfaktor, sondern auch die außerordentliche Erhöhung nur als Maßnahme zur Erhaltung der Kaufkraft. Dies entspricht offenkundig nicht dem Inhalt der Pensionsanpassung 2008. Es stehe hier dahin, inwieweit die Fehlvorstellung des Urteils durch die Fragestellung des OGH und/oder die Argumentation der Bundesregierung beeinflusst war.<sup>14</sup> Auch die Bundesregierung dürfte aber vorgetragen haben, dass nur die

**Die außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulage kann die unterdurchschnittliche Erhöhung der Kleinstpensionen nicht rechtfertigen.**

<sup>12</sup> Mestre sieht in diesen Zahlen das „Leitmotiv“ des Urteils, ELR 12/2011, 379.

<sup>13</sup> Ähnliche Überlegungen werden bekanntlich auch im Rahmen des Kündigungsschutzes nach § 105 ArbVG angestellt.

<sup>14</sup> Schlussantrag und Urteil geben die Argumentation der nationalen Regierung leider – auch hier – nicht präzise wieder.

Das österr Recht sieht keine „Volkspension“ vor, die für alle einheitlich ist, sondern eine Pension, deren Höhe sich im Zeitpunkt des Anfalles wesentlich aus dem Wert der Beitragsleistungen ergibt. Maßgebende Bestimmungsfaktoren ist nach dem „alten“ System der Durchschnitt der (aufgewerteten) Beitragsgrundlagen im Bemessungszeitraum und die Anzahl der Versicherungszeiten.

Ausgleichszulage und deren Erhöhung, nicht aber auch die außerordentliche Pensionserhöhung der Armutsbekämpfung diene. Für den EuGH waren die genannten sozialpolitischen Erwägungen zum Diskriminierungsverbot jedenfalls eher irrelevant. Er meint entweder, die Erhöhung solle auch jenen zugutekommen, die ihrer weniger bedürfen, oder er hatte keine Kenntnis von den möglichen Ursachen sehr niedriger Pensionen. Dies belegt die These, dass die Diskriminierungsverbote ein anderes Konzept von Gleichheit verfolgen als das der sozialen Gleichheit.<sup>15</sup> Die fehlende Bereitschaft des EuGH, die außerordentliche Erhöhung des Ausgleichszulagenrichtsatzes als Rechtfertigung zu akzeptieren, könnte überdies durch die Lektüre des VfGH-Erkenntnisses bestärkt worden sein. Darin steht, dass ein beträchtlicher Teil der Kleinstpensionen ins Ausland geht, also an Personen, die von einer Ausgleichszulagenerhöhung auch dann nichts haben, wenn ihr Gesamteinkommen unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegt, weil diese Zulage nur bei gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich gebührt.

Im Anschluss an das Urteil hat der OGH der Klage der Pensionistin teilweise stattgegeben. Zugesprochen wurde allerdings nicht die beantragte Erhöhung um den Fixbetrag, sondern eine Erhöhung um 2,81 %, also um jenen Prozentsatz, um den eine Pension in Höhe des Ausgleichszulagenrichtsatzes erhöht wurde.<sup>16</sup> Diese Vorgangsweise liegt realpolitisch nahe, man kann allerdings fragen, ob sie der Struktur eines Diskriminierungsverbotes entspricht. Auch die Erhöhung um 2,81 % war für eine Gruppe gedacht, in der Frauen weitaus stärker vertreten sind als Männer. Erst in der dritten Gruppe, den Pensionen ab 1.050 Euro, sind Männer etwas stärker vertreten. Der OGH hat also die Anpassung der Kleinstpensionen nicht an jene Gruppe angeglichen, in der Männer stärker repräsentiert sind, sondern mit dem höchsten vom Gesetz vorgesehenen Prozentsatz. Dies belegt, dass Diskriminierungsverbote auch bei der Rechtsfolge immer für Überraschungen gut sind. In der Folge wurde die Erhöhung

um 2,81 % auch männlichen Kleinstpensionisten zugesprochen.<sup>17</sup>

Das Urteil Brachner wurde in anderen Mitgliedstaaten kaum kommentiert. Die Website EUR-Lex, die spezifische Beiträge zu den Urteilen nennt, verzeichnet nur vier Beiträge, davon nur einer über mehrere Seiten. Dessen Autor bezeichnet das Urteil als „very courageous ruling“, insbesondere in Bezug auf die Feststellung einer Benachteiligung.<sup>18</sup> Geht man nach der Aufmerksamkeit im Ausland, so scheint Brachner in anderen Ländern wenig Interesse zu finden, was auf geringere Bedeutung schließen lassen könnte. In nicht wenigen Mitgliedstaaten ist dies jedenfalls derzeit verständlich, nämlich in jenen, die Pensionen jüngst gekürzt haben. Allgemein könnte das geringe Interesse aber andeuten, dass das Urteil Brachner einen Sonderfall betreffe, aus dem Allgemeines kaum abzuleiten sei.<sup>19</sup> Dies trifft aber wohl nicht zu.

## C) Zur (Un-)Zulässigkeit unterschiedlicher Pensionserhöhungen

### 1) Allgemeines, insbesondere zur Pensionsanpassung

Fraglich ist also, was aus dem Urteil Brachner für die künftige Gestaltung der Pensionsanpassung folgen kann. Dazu ist primär festzuhalten, dass der Vorwurf gegen die Pensionsanpassung 2008 nicht von einem genuin sozialpolitischen Blickwinkel oder aus dem allgemeinen Gleichheitssatz heraus erfolgte, sondern gleichsam von der Seite her, einem Diskriminierungsverbot. Sozialpolitische Erwägungen spielen bei diesen Verböten nur im Rahmen der Rechtfertigung eine Rolle. Diese Verschiebung der rechtlichen Perspektive indiziert eine Verschiebung des politischen Schwerpunktes. Das Urteil Brachner betrifft dabei nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Das Unionsrecht enthält, insbesondere in Art. 21 GRCh (Charta der Grundrechte der Europäischen Union), aber noch eine Fül-

**Diskriminierungsverbote verfolgen ein anderes Konzept von Gleichheit als das der sozialen Gleichheit.**

<sup>15</sup> Vgl. Somek, *Engineering Equality* (OUP, 2011).

<sup>16</sup> Zum Beispiel. OGH 6. Dezember 2011, 10 ObS 138/11h. Würde der Fixbetrag zugesprochen, so machte der Unterschied bei einer Pension von 700 Euro monatlich 21 Euro und damit 2008 294 Euro aus; das sind 3 % der Jahrespension von 9.800 Euro. Bei niedrigeren Pensionen wären die Unterschiede noch größer. Bei einer Pension von 200 Euro hätte der Fixbetrag von 21 Euro zu einer Erhöhung von 10,5 % geführt.

<sup>17</sup> OGH 6. Dezember 2011, 10 ObS 137/11m.

<sup>18</sup> Mestre, ELR 12/2011, 372–379, 375.

<sup>19</sup> In Österreich hat auf das Urteil Brachner Bezug genommen: VwGH 2. Mai 2012, 2011/08/0371 zur Frage der Rezeptgebührenbefreiung.

le weiterer Diskriminierungsverbote, wie aufgrund des Alters, der ethnischen Herkunft und des Vermögens.

Zu diesen Verboten gibt es derzeit zwar noch kein Sekundärrecht, das sie für den Bereich der sozialen Sicherheit konkretisiert. Aus Art. 51 GRC könnte dann folgen, dass die Verbote in diesem Bereich derzeit für die Mitgliedstaaten noch nicht verbindlich sind. Allerdings bejaht der EuGH eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta nicht nur – wie der Wortlaut des Art. 51 GRC nahelegt – bei der „Durchführung“ von Unionsrecht, sondern stets wenn eine Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Dieser Anwendungsbereich wird tendenziell sehr weit gezogen.<sup>20</sup> Zur sozialen Sicherheit könnte etwa behauptet werden, diese liege aufgrund der VO 883/2004 zur Koordinierung der nationalen Systeme sozialer Sicherheit<sup>21</sup> und der Richtlinie 79/7/EWG zur Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit stets im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dieser RL würde so durch die anderen Verbote der Charta „angereichert“. Faktisch kann man erwarten, dass – unabhängig von einer Legitimation im Primärrecht – die Charta mittelfristig alle Bereiche des nationalen Rechts erreichen wird und daher aus der Charta in Zukunft auch die anderen Diskriminierungsverbote, der Gleichheitssatz und die Eigentumsgarantie bei der Ausgestaltung der Pensionen zu beachten sein werden. Das Urteil Brachner ist dann nur der erste Vorboten eines umfassenden Zugriffs des Unionsrechts und des EuGH auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten. Die Folgen dieses Zugriffs sind in Anbetracht des dichten Geflechts an Normen und der wenig kohärenten Judikatur des EuGH kaum vorhersehbar. Beschränken wir uns daher auf Überlegungen zu Folgen aus dem Urteil Brachner und damit auf die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Auch dazu ist es aber sinnvoll, kurz auf Fragen der Pensionsanpassung im Allgemeinen einzugehen. Das österreichische Recht sieht keine „Volkspension“ vor, die für alle einheitlich ist, sondern eine Pension, deren Höhe sich im Zeitpunkt des Anfalles wesentlich aus dem Wert der Beitragsleistungen ergibt.

Maßgebende Bestimmungsfaktoren sind nach dem „alten“ System der Durchschnitt der (aufgewerteten) Beitragsgrundlagen im Bemessungszeitraum und die Anzahl der Versicherungszeiten. Das „neue“ System des APG ändert daran nur die Art der Berechnung, nicht aber die Maßgeblichkeit der beiden Faktoren. Die Bedeutung dieser beiden Faktoren wurde in den letzten Jahrzehnten konsequent erhöht, insbesondere durch die Beseitigung des Grundbetrages (vgl. § 261 Abs. 2 ASVG 1955) und die Ausdehnung des Bemessungszeitraumes. Man kann dies als Verwirklichung der „beitragsbezogenen“ Pension bezeichnen.<sup>22</sup>

Die durchschnittliche Bezugsdauer der Alterspension hat sich in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich erhöht, überwiegend aufgrund einer höheren Lebenserwartung (zum Zeitpunkt des gesetzlichen Anfallsalters), teilweise auch aufgrund einer Verringerung des Alters, ab dem Alterspensionen (und altersnahe Pensionen wegen geminderter Erwerbsfähigkeit) bezogen werden. Die durchschnittliche Bezugsdauer aller Alterspensionen nach ASVG beträgt derzeit bei Frauen etwa 23 Jahre und bei Männern etwa 17 Jahre; sie hat sich seit 1970 um über sieben Jahre verlängert.<sup>23</sup>

**Das Urteil Brachner könnte Verbote eines umfassenden Zugriffs des EuGH auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten mit Hilfe der Grundrechtecharta sein.**



© benqook - Fotolia.com

20 Jüngst EuGH 26. Februar 2013, C-617/11, Åkerberg Fransson/Aklagaren. Vgl. dazu auch BVerfG vom 24. April 2013, 1 BvR 1215/07: Dem Urteil des EuGH „darf keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stelle. Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche. Vielmehr führt der Europäische Gerichtshof auch in dieser Entscheidung ausdrücklich aus, dass die Europäischen Grundrechte der Charta nur in „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden.“

21 Diese spielt, wie die erwähnten Teilpensionen zeigen, auch bei den Kleinstpensionen eine Rolle.

22 Aufgrund der Ausdehnung des Bemessungszeitraumes und des Wegfalles des Grundbetrages verwirklicht das österreichische Pensionsrecht heute nicht mehr (so stark wie früher) das Konzept des Erhalts des Lebensstandards.

23 Daten dazu sind schwer erhältlich und Statistiken dazu hängen auch davon ab, welche Pensionen einbezogen werden.

Es ist naheliegend, dass in einem umlagefinanzierten Pensionssystem die Pensionshöhe, die sich bei Pensionsanfall ergibt, nicht während der gesamten Bezugsdauer gleich bleiben kann. Insbesondere bedarf es einer Anpassung der Höhe bei Inflation, um die Kaufkraft zu erhalten. Überdies wurde in verschiedenen Ländern immer wieder gefordert, auch Pensionsbezieher an einer Steigerung des Lebensstandards oder der Produktivität und damit an Steigerungen der durchschnittlichen Beitragsgrundlage teilhaben zu lassen. Die meisten Mitgliedstaaten sehen (daher) heute vor, dass die Anpassung zumindest weitgehend nach generellen Regeln erfolgt, also nicht aufgrund politischer Ad-hoc-Entscheidungen. Die allgemeine Regelung sieht eine Orientierung der Anpassung entweder an der Entwicklung der Preise oder an jener der Arbeitseinkommen vor. Für die Pensionisten war im Laufe der Jahre zu manchen Zeiten das eine günstiger, zu anderen Zeiten das andere. Manche Staaten haben (deshalb) den Ansatzpunkt der Anpassung geändert, teilweise wiederholt. In Österreich hat sich die Anpassung bis 2004 an der Lohnentwicklung orientiert,<sup>24</sup> seither sieht das Gesetz (§ 108f ASVG) die Orientierung an der Preisentwicklung vor. In den meisten Mitgliedstaaten sehen die allgemeinen Regeln eine Erhöhung aller Pensionen mit demselben Prozentsatz vor. Nur selten findet man eine nach Pensionshöhe unterschiedliche Anpassung. Diese wird dann in der Regel niedrige Pensionen mehr aufwerten als höhere. Eine solche „sozial gestaffelte“ Anpassung kann durch unterschiedlich hohe, degressive Prozentsätze (so z. B. in Italien) oder durch Fixbeträge (so derzeit in der Slowakei) erfolgen. In vielen Ländern wurde und wird von der allgemeinen Regelung allerdings aufgrund der Krise abgewichen; in manchen kam es zu zuweilen deutlichen Einschnitten auch in laufende Renten, was die Bedeutung der allgemeinen Regeln zur Anpassung minderte oder konterkarierte.

Die vom Urteil Brachner beurteilte Regelung schloss Kleinstpensionen von einer außerordentlichen Erhöhung aus. Sehr geringe Pensionen wurden daher nur mit dem „normalen“ Prozentsatz und damit weniger aufgewertet als der Großteil der Pensionen über dem Ausgleichszulagenrichtsatz. Aus dem Urteil folgt jedenfalls, dass Kleinstpensionen nicht von einer außerordentlichen Erhöhung ausgeschlossen werden dürfen. Die Überlegungen dazu sind sicher auf den Fall übertragbar, dass kleinere Pensionen von der ordentlichen Erhöhung ausgenommen würden. Allerdings wird dieser Fall kaum eintreten. Schon die vom Urteil Brachner beurteilte



Konstellation war ungewöhnlich. Die geringere Aufwertung der absolut höheren Pensionen durch die Anpassung 2008 war aber nicht Gegenstand des Verfahrens, und diese Konstellation wurde – soweit zu sehen – vom EuGH auch noch in keinem anderen Verfahren beurteilt. Man muss daher fragen, wie nach dem Urteil Brachner eine Anpassung zu beurteilen ist, die niedrigere Pensionen gegenüber höheren bevorzugt.

Der OGH wurde schon 2012 mit der Frage befasst, ob die Nichterhöhung der höheren Pensionen für 2008 Männer diskriminiert. Ein Pensionist mit einer Pension über 2.800 Euro hat vor dem OGH eine Erhöhung seiner Pension für 2008 mit dem vollen Anpassungsfaktor gefordert und sich auf Brachner gestützt.<sup>25</sup> Der OGH hat die Klage mit sehr kurzer Begründung abgewiesen. Dies war wohl deshalb möglich, weil die Klage nicht näher ausführte, warum die Pensionsanpassung 2008 bei Höchstpensionen mittelbar aufgrund des Geschlechts diskriminiere. Die Revision hatte offenbar nur gesagt, aus dem Urteil Brachner folge, dass „das Diskriminierungsverbot keine aufgrund der Höhe der Pension unterschiedliche Erhöhungsregelung gestattet und jede Diskriminierung innerhalb jeder Gruppe und damit auch innerhalb der Pensionisten verbietet.“ Der OGH sagt treffend, dass das Urteil Brachner dies nicht ausführe. Allerdings ist damit noch offen, was rechtens ist, wenn man genauer hinblickt.

24 Vgl. zur Entwicklung Tomandl in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, 0.6.4.

25 OGH 10 ObS 175/11z.

**Fraglich ist, was sich aus dem Urteil Brachner für eine geringere Erhöhung (nicht der Kleinstpensionen, sondern) der höheren Pensionen ergibt.**



© nicolasjoseschirado - Fotolia.com

## 2) Benachteiligung durch unterschiedliche Erhöhung

### a. Varianten unterschiedlicher Erhöhung

Eine „sozial gestaffelte“ Anpassung kann sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Es empfiehlt sich, dazu verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden. Die erste Unterscheidung erfolgt danach, ob das nationale System eine generelle Regelung enthält, die eine Anpassung – zur Erhaltung der Kaufkraft und/oder zur Anpassung an die Lohnentwicklung – vorsieht. Bei Variante I ist dies der Fall, bei Variante II nicht. Man kann Variante I als *regelgeleitete Anpassung* und Variante II als *Ad-Hoc-Anpassung* bezeichnen. Innerhalb der Variante I lassen sich sodann wieder zwei Untergruppen unterscheiden, und zwar nach dem Verhältnis zu dem vorgesehenen Anpassungssystem. Bei der Variante IA werden höhere Pensionen – vereinzelt – vom „regulären“ Anpassungsmechanismus ausgenommen, indem sie geringer erhöht werden (prozentuell oder mit einem Fixbetrag) oder gar nicht erhöht werden. Bei der Variante IB werden alle Pensionen, auch die höheren, dem regulären Mechanismus entsprechend angepasst, niedrige Pensionen werden aber zusätzlich außerordentlich erhöht. Man kann Variante IA als *Abgehen vom regulären Mechanismus* (bei höheren Pensionen) und Variante IB als *zusätzliche Erhöhung niedriger Pensionen* bezeichnen. Die österr. Pensionsanpassung 2008 kombinierte die Varianten IA und IB, indem sie niedrige Pensionen

(mit Ausnahme der Kleinstpensionen) zusätzlich erhöhte und gleichzeitig die höchsten Pensionen nicht einmal mit dem Anpassungsfaktor erhöhte; Der EuGH hat diese Kombination – wie gesagt – zu wenig beachtet. Sieht ein Staat an sich eine regelgeleitete Anpassung vor, weicht er aber wiederholt ad hoc davon ab, so nähert sich dies der Variante II an, und die tatsächliche Lage kann in Variante II übergehen.

Das ASVG orientiert die reguläre Pensionsanpassung derzeit klar an der Inflationsrate und damit an der Erhaltung der Kaufkraft.<sup>26</sup> Es enthält derzeit keinen Hinweis darauf, dass die reguläre Pensionsanpassung die Pensionen etwa langsam angleichen und damit nivellieren sollte. Ähnlich ist die Lage in Bezug auf das Ziel der Armutsbekämpfung. Das österreichische Pensionsrecht baut auf dem Gedanken der beitragsorientierten Pensionshöhe auf und der Einfluss dieser Überlegung wurde in den letzten Jahrzehnten verstärkt. Der Abwehr von Armut dient im Rahmen des Pensionsrechts nur die Ausgleichszulage. Auch die Regelung der Anpassung entsprechend der Inflationsrate enthält offenkundig keinen spezifischen Beitrag zur Armutsbekämpfung. Das österreichische System verwirklicht daher grundsätzlich Variante I.

Die folgenden Ausführungen befassen sich daher primär mit dieser Variante, und dazu primär mit Variante IA. Allerdings hat es in einigen Jahren des letzten Jahrzehntes Abweichungen vom Grundmodell gegeben; sollten diese überhandnehmen, so würde sich die Lage faktisch der Variante II annähern.

### b. Prima-facie-Benachteiligung

Entsprechend dem Vorgehen im Urteil Brachner ist auch bei einer sozial gestaffelten Anpassung primär nach den Auswirkungen der Regelung auf die Gruppen der weiblichen und männlichen Pensionsbezieher zu fragen. Die Pensionen der Männer sind aufgrund der durchschnittlich höheren Arbeitsentgelte und damit Beitragsgrundlagen und der durchschnittlich längeren Erwerbsdauer im Durchschnitt höher als jene der Frauen. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gilt auch zugunsten der Männer.<sup>27</sup> Die Zahlen für 2013 zeigen, dass zwar 21 % der Pensionisten eine Pension über 2.200 Euro beziehen, aber nur 4 % der Pensionistinnen; bei den Pensionen zwischen 1.700 und 2.200 Euro betragen die Zahlen 20 und 8 Prozent. Eine Anpassung dieser beiden Gruppen von Pensionen, die unter dem Anpassungsfaktor bleibt (etwa durch einen Fixbetrag), betrifft daher fünf- bzw. 2,5-mal so vie-

**Besteht eine Regel, wonach Pensionen inflationsorientiert anzupassen sind, und werden hohe Pensionen geringer erhöht, so benachteiligt dies prima facie Männer.**

<sup>26</sup> In Österreich ist die Entwicklung der Beitragsgrundlagen zwar für die Aufwertung früherer Beitragsgrundlagen (§ 108 Abs. 2 ASVG) maßgebend, nicht aber für die Anpassung der Pensionen.

<sup>27</sup> Zum Beispiel EuGH 23. Mai 2000, C-104/98, Buchner, Slg 2000, I-0362.



© Yantra - Fotolia.com

le Männer wie Frauen, gemessen am Anteil an der Gesamtzahl der Pensionen. Das Verhältnis der beiden Anteile ist daher auch in der zweithöchsten Gruppe ähnlich groß wie bei Kleinstpensionen und bei der höchsten Gruppe deutlich größer. *Die statistischen Daten legen daher prima facie nahe, dass eine sozial gestaffelte Anpassung zulasten der höheren Pensionen Männer benachteiligt.*<sup>28</sup> Dies gilt für alle drei oben genannten Varianten. Für Beamtenpensionen wäre die Frage noch gesondert zu beurteilen, weil die durchschnittliche Pensionshöhe der Frauen hier weit näher an jener der Männer liegt als in der Pensionsversicherung.

### c. Benachteiligung bei normativer Betrachtung

Legen die Daten eine Benachteiligung nahe, so ist fraglich, ob die Annahme einer Benachteiligung durch einen Rückgriff auf die normative Umschreibung der mittelbaren Diskriminierung zu korrigieren ist. Danach kommt es darauf an, ob das verwendete Kriterium zumindest abstrakt geeignet ist, eine aufgrund des missbilligten Merkmals – hier das Geschlecht – gebildete Gruppe zu benachteiligen.

(1) Das Ziel einer regulären Pensionsanpassung, die sich an der Änderung der Lebenshaltungskosten orientiert, ist, wie der EuGH wiederholt betont, die Erhaltung der Kaufkraft. Versteht man Kaufkraft hier in Relation zur Höhe der Pension, dann besteht der Bedarf nach Erhaltung der Kaufkraft bei höheren Pensionen im gleichen Ausmaß wie bei niedrigen. Nur wenn man Kaufkraft absolut im Sinne eines Mindeststandards versteht, könnte man sagen, eine ungleiche Anpassung würde Männer nicht benachteiligen. Das Urteil Brachner unterscheidet aber (in den Rz 89 ff., insbes. 95) sehr deutlich zwischen dem Zweck der Ausgleichszulage, der Sicherung eines sozialen Minimums, und dem Zweck der Anpassung, nämlich der Erhaltung der Kaufkraft.

Das Urteil folgt hier der Argumentation der österreichischen Regierung. Das Urteil geht sogar davon aus, dass die außerordentliche Erhöhung der Kaufkraft diene. Dies spricht klar dafür, dass Kaufkraft hier relativ zu verstehen ist. Dies entspricht auch der Funktion der Pensionsanpassung nach ASVG. Zweitens könnte versucht werden, schon die Benachteiligung mit dem Argument zu verneinen, die überproportionale Schlechterstellung von Männern mit höheren Pensionen durch eine ungleiche Anpassung spiegle nur wider, dass Männer durchschnittlich einen höheren Arbeitsverdienst und längere Versicherungszeiten haben. Man dürfe daher nicht fragen, ob Männer in der Gruppe der Personen mit höherer Pension überproportional vertreten sind. Vielmehr wäre nur zu fragen, ob die Männer mit höherer Pension im Vergleich zu Frauen mit höherer Pension schlechtergestellt wurden, was eindeutig zu verneinen sei und ist. Es geht also um die Wahl der richtigen Vergleichsgruppen – eine Frage, die häufig das Ergebnis der Prüfung vorwegnimmt. Ein Vergleich nur innerhalb aller Bezieher mit höherer Pension wird nun vielen als naheliegend erscheinen. Allerdings wäre diese Gruppenbildung auch in der Rechtssache Brachner möglich gewesen. Sie hätte dazu geführt, dass Frauen mit Kleinstpension gegenüber Männern mit Kleinstpension nicht benachteiligt werden, weil beide Gruppen gleich behandelt wurden. Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung greift aber in der Regel weiter aus und möchte eben auch verdeckte Benachteiligungen und Diskriminierungen aufspüren. Darin liegt sein Reiz und seine politische Nützlichkeit, aber eben auch die Gefahr, daraus eine Büchse der Pandora zu machen. Diese Gefahr hat die Verfechter dieses Konzepts aber bisher kaum zur Mäßigung angehalten; es bestehe ja die Möglichkeit der Rechtfertigung.

Folgt man den üblichen Überlegungen zur Diskriminierung (und der Vergleichsgruppenbildung, wie sie im Anlassfall durch den EuGH erfolgt), so ist eine sozial gestaffelte Erhöhung nach Variante IA, die für höhere Pensionen vom regulären Mechanismus abgeht, daher auch bei einer an der Definition mittelbarer Diskriminierung orientierten Beurteilung geeignet, Männer zu benachteiligen. Sie ist nur zulässig, wenn sie gerechtfertigt werden kann.

(2) Bestärkt wird diese Auffassung, wenn man auf die Grundstruktur des österreichischen Pensionssystems Bedacht nimmt. Dazu ist hier relevant, ob die Pensionen insgesamt eine Art Gegenleistung für die bezahlten Beiträge sind und ob auch die *Anpassung* als solche *Gegenleistung* angesehen werden kann.

<sup>28</sup> Auf die Problematik der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung bei niedrigerer Erhöhung höherer Pensionen haben bereits Hutter (ZAS 2012, 281) und Thomasberger (DRdA 2012, 276) hingewiesen.

**Auch eine normative Betrachtung ändert nichts daran, dass Männer hier benachteiligt werden.**

Man kann diese Frage nicht kategorisch mit ja oder nein beantworten, vielmehr geht es um ein Mehr oder Weniger, und die konkrete Antwort hängt wesentlich von der Ausgestaltung des jeweiligen Pensionssystems ab. Eine für alle einheitliche Volkspension wird weit weniger Gegenleistung sein als eine Pension, deren Höhe sehr stark von der durchschnittlichen Höhe der Beitragsgrundlagen und der Dauer der Beitragsleistung abhängt. Für Österreich trifft das Zweite zu („beitragsgerechte Ausgestaltung“).<sup>29</sup> Die zuweilen vorgebrachte These, alle Pensionisten hätten denselben Bedarf nach einer Pensionserhöhung, sodass eine Erhöhung durch einen Fixbetrag angebracht sei, würde nämlich – nimmt man sie ernst – nicht erst für die Anpassung greifen müssen, sondern schon für die Pensionsbemessung und daher für eine einheitliche Volkspension sprechen; dies entspricht aber nicht dem österreichischen System. Eine differenzierte, „soziale“ Anpassung entspricht daher nicht der Grundstruktur des österreichischen Pensionssystems.

Auch der EuGH geht davon aus, dass die Pension Gegenleistung für die eingezahlten Beiträge ist.<sup>30</sup> Daher hat er bisher auch keine Bedenken, dass die Pensionen der Frauen durchschnittlich niedriger sind als jene der Männer, wenn und soweit sie unterschiedliche Beitragsleistungen widerspiegeln. Das Urteil Brachner enthält allerdings eine Wendung, die darauf schließen lassen könnte, dass die Anpassung der Pensionen (zur Erhaltung der Kaufkraft) keine Gegenleistung für die eingezahlten Beiträge sei. Eine sozial gestaffelte Anpassung dürfte nun leichter zu rechtfertigen sein, wenn man die Anpassung nicht als Gegenleistung für die Beiträge sieht. Es ist jedoch unklar, ob sich die fragliche Urteils Wendung nur auf eine außerordentliche Erhöhung oder auch auf die reguläre Anpassung bezieht. Die Auffassung, die Erhöhung sei keine Gegenleistung, ist im Urteil nun nicht nur ohne Begründung und, wie bemerkt, für das Ergebnis auch nicht notwendig. Sie wäre auch verfehlt, jedenfalls wenn man sie auf die reguläre Anpassung oder deren Kürzung bzw. Entfall bezieht, also auf Variante IA anwendet.<sup>31</sup> Jedem Lehrbuch der Sozialpolitik oder Wohlfahrtsökonomik kann man entnehmen, dass die Absicherung gegen das Inflationsrisiko eines der beiden, wenn nicht das Hauptargument für die Vorzugswürdigkeit einer Altersvorsorge nach dem Umlagesystem im Vergleich zu einer kapitalgedeckten Privatvorsorge ist;<sup>32</sup> das andere Hauptargument ist

das Anlagerisiko am Kapitalmarkt, das manche Ökonomen gerne ausblenden. Auch in der Sache ist eine gewisse Pensionsanpassung Teil der Gegenleistung für die Beiträge in einem Umlagesystem, weil die Beiträge der zahlenden Generation *ceteris paribus* mit der Kaufkraft ebenfalls steigen und eine Pension, die nur bei Pensionsantritt der Beitragsleistung entspricht, durch Inflation drastisch entwertet würde, und zwar umso mehr, je länger die Pensionisten leben. Pensionsanpassung ist ein notwendiger Bestandteil eines Pensionssystems, in dem Beiträge eine Anwartschaft begründen und das auf dem Umlageverfahren basiert.

Geht man davon aus, dass auch die Anpassung eine Gegenleistung für die Beitragsleistungen ist, dann benachteiligt jedenfalls eine ungleiche Anpassung nach Variante IA die Bezieher höherer Pensionen und damit derzeit überwiegend Männer nicht nur bei der Erhaltung der Kaufkraft, sondern auch in Bezug auf die Gegenleistung für die Beiträge.

(3) Bei Variante IB werden alle Pensionen nach der allgemeinen Regelung angepasst, auch die höchsten, niedrige Pensionen werden aber zusätzlich erhöht. An der statistischen, nahegelegten Benachteiligung ändert sich nichts. Eine Benachteiligung auch bei normativer Betrachtung kann bei Variante IB nicht so klar bejaht werden wie bei Variante IA. Die außerordentliche Erhöhung dient hier nicht der Kaufkrafterhaltung, sondern der Kaufkrafterhöhung bzw. der Umverteilung; überdies beeinträchtigt Variante IB nicht die Funktion der Anpassung als Gegenleistung für die Beiträge. Dies könnte dafür sprechen, dass hier die Vergleichsgruppen anders zu bilden sind. Da das Ziel nicht die Kaufkrafterhaltung ist, liegt es nahe, nicht nur auf das Geschlechterverhältnis in der Gruppe der dadurch Benachteiligten zu blicken, sondern auf alle Pensionen. In dieser Gruppe wird die zusätzliche Erhöhung oder der

**Auch die Pensionsanpassung ist „Gegenleistung“ für die geleisteten Beiträge.**

Geht man davon aus, dass auch die Anpassung eine Gegenleistung für die Beitragsleistungen ist, dann benachteiligt jedenfalls eine ungleiche Anpassung nach Variante IA die Bezieher höherer Pensionen und damit derzeit überwiegend Männer nicht nur bei der Erhaltung der Kaufkraft, sondern auch in Bezug auf die Gegenleistung für die Beiträge.

<sup>29</sup> Allerdings handelt es sich nicht um eine Gegenleistung wie bei einem Kaufvertrag, sondern wie bei einer Versicherung, weil das Pensionssystem das Risiko der Langlebigkeit trägt, während die Beitragszahler jenes der Kurzlebigkeit tragen.

<sup>30</sup> EuGH C-352/06 Bosmann, Slg. 2008, I-3827 Rn. 29; C-228/07 Jörn Petersen, Slg. 2008, I-06989 Rn. 43. Der VfGH hat anderes vertreten; z. B. VfSlg 16.007/2000.

<sup>31</sup> Auch Mestre zweifelt an der These des EuGH von der fehlenden Gegenleistung, und zwar auch in Bezug auf die außerordentliche Erhöhung; ELR 12/2011, 378.

<sup>32</sup> Zum Beispiel Baar, *Economics of the Welfare State* (4. Auflage, OUP, 2004), 192 ff.

Ausschluss davon Männer aber nicht mehr benachteiligen. Bei Variante IB könnte daher schon das Vorliegen einer Benachteiligung zu verneinen sein. (4) Auch bei Variante II besteht aufgrund der statistischen Daten eine Prima-facie-Benachteiligung der Männer. In Bezug auf eine normative Beurteilung der Benachteiligung fehlt hier zwar die regelgeleitete Anpassung, insbesondere zur Erhaltung der Kaufkraft, als normativer Hintergrund. Allerdings spricht auch hier für eine Benachteiligung aus normativer Sicht, dass bei Fehlen einer regelgeleiteten Anpassung – also anders als bei Variante IB – jede Erhöhung als Gegenleistung für die geleisteten Beiträge angesehen werden muss, weil eine Differenzierung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Erhöhung nicht möglich ist.

### 3) Zur Frage der Rechtfertigung

Jedenfalls für die Varianten IA und II ist daher zu fragen, ob die dadurch verwirklichte Benachteiligung der Männer (mit hohen Pensionen) gerechtfertigt werden kann.

#### a. Keine Rechtfertigung als „spezifische Vergünstigung“

Da die Benachteiligung von Männern mit höheren Pensionen durch eine ungleiche Anpassung letztlich auf Unterschieden im Erwerbsleben beruht, werden manche vorbringen, die geringere Erhöhung der höheren Pensionen sei eine Art „positiver Diskriminierung“, welche eine Benachteiligung der Frauen im Arbeitsleben ausgleiche. Die RL 79/7 erlaubt in Art. 7 – jedenfalls vorübergehend – Ausnahmen vom Gebot der Gleichbehandlung wie ein ungleiches Eintrittsalter (lit. a). Allerdings nennt Art. 7 die danach zugelassenen Ausnahmen taxativ, eine unterschiedliche Anpassung ist jedenfalls nicht ausdrücklich genannt.<sup>33</sup> Bei Anwendung der RL 79/7 ist nun aber Art. 23 Abs. 2 GRC zu bedenken. Danach steht der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen. Allerdings ist fraglich, ob bereits diese abstrakte Freistellung die Bestimmungen der RL ändert. Bejaht man dies, dann wären auch im Bereich der sozialen Sicherheit alle „spezifischen Vergünstigungen“ für das benachteiligte Geschlecht zulässig.<sup>34</sup> Diese Ausnahme könnte an sich auch unterschiedliche Regelungen zur Anpassung erlauben. Allerdings dürfte sie hier nicht eingreifen. Eine ge-

ringere Anpassung höherer Pensionen belastet auch Frauen mit höherer Pension. Die Maßnahme ist also nicht ausreichend spezifisch, um eine spezifische Vergünstigung zugunsten der Frauen zu sein; es fehlt am konkreten Bezug zwischen Ungleichheit im Erwerbsleben und der Bevorzugung.<sup>35</sup> Überdies dürfte Art. 7 der RL 79/7 nur die Aufrechterhaltung von Ausnahmen legitimieren, nicht auch neue spezifische Vergünstigungen; es ist fraglich, inwieweit dies durch Art. 23 Abs. 2 GRC überspielt wird. Das eben Gesagte gilt für alle Varianten.

#### b. Nivellierung und Solidarität als Rechtfertigung?

Das Ziel einer ungleichen Anpassung nach Variante IA könnte nun sein, die relative Kaufkraft in unterschiedlichem Ausmaß zu erhalten. Dies allein ist allerdings kaum ein für die Rechtfertigung taugliches Regelungsziel, weil es noch nichts über den Grund der ungleichen Anpassung sagt. Als spezifischeres Ziel ist dann an Existenzsicherung und Armutsbekämpfung zu denken. Allerdings trägt eine geringere Erhöhung der höheren Pensionen für sich allein zu diesen Zielen nichts bei, weil sie an den niedrigen Pensionen nichts ändert. Erst wenn man zusätzlich davon ausgeht, dass für die Pensionsanpassung eines bestimmten Jahres nur ein fester Betrag zur Verfügung steht und dieser aufgeteilt werden muss, kommt man zu einem Zusammenhang. Dann kann man sagen, nur die geringere Erhöhung der höheren Pensionen erlaube eine höhere Anhebung der niedrigen Pensionen. Das Ziel ist dann aber nicht allein die Erhaltung der Kaufkraft, sondern die Verteilung der möglichen Gesamtanpassung auf die verschiedenen Gruppen der Pensionisten, die von der proportionalen Verteilung abweicht und in Richtung einer Nivellierung der Pensionen umverteilt.<sup>36</sup>

Die nivellierende Wirkung einer einmaligen ungleichen Anpassung mag absolut gesehen gering sein. Werden aber höhere Pensionen mehrmals, etwa innerhalb von dreißig Jahren alle drei Jahre, um nur einen Prozentpunkt geringer angehoben, so führt dies zu einer Nivellierung im Ausmaß von weit mehr als 10 Prozent, weil spätere Erhöhungen auf dem Vorjahresbetrag aufbauen. So dürfte die Reduktion im Beispiel deutlich über 20 Prozent liegen. Fraglich ist sohin, ob eine ungleiche Anpassung vor einem Diskriminierungsverbot durch das Ziel der Nivellierung und damit einer Umverteilung (auch) im Wege der Pensionen gerechtfertigt werden kann.

<sup>33</sup> Man kann sie wohl auch nicht unter Art. 7 lit. d subsumieren, wo von Zuschlägen für die unterhaltsberechtigten Ehefrau die Rede ist. Diese Ausnahme könnte allenfalls für eine Erhöhung der Kleinstpensionen relevant sein, wenn eine Ausgleichszulage wegen des Ehegatteneinkommens nicht anfällt.

<sup>34</sup> Dies könnte auch schon im dritten Erwägungsgrund der RL 79/7 angelegt sein. Danach steht sie besonderen Bestimmungen „nicht entgegen, die sich auf den Schutz der Frau wegen Mutterschaft beziehen“ und „in diesem Rahmen zugunsten der Frauen“ darauf abzielen, „die tatsächlich bestehenden Ungleichheiten zu beseitigen“.

<sup>35</sup> Vgl. dazu z. B. Rebhahn in Schwarze, EUV/AEUV Kommentar Art. 157 Rz 51.

<sup>36</sup> Hutter (ZAS 2012, 281) sieht „eine gewisse Tendenz hin zur Existenzsicherung und Armutsbekämpfung“.

Ob dies möglich ist, steht in Anbetracht der wenig vorhersehbaren Judikatur des EuGH in den Sternen. Derzeit kann man dazu Folgendes erwägen.

(1) Relevant könnte primär sein, inwieweit eine ungleiche Anpassung mit den *Grundstrukturen der nationalen staatlichen Altersvorsorge* vereinbar ist. Der EuGH betont zunehmend bei allen Gelegenheiten, in denen es auf Rechtfertigung ankommt, die Frage, ob die geprüfte Regelung „kohärent“ ist.<sup>37</sup> Wie dargelegt, entspricht eine ungleiche Anpassung nicht der Grundstruktur, weil der Grundgedanke der ungleichen Anpassung – insbesondere bei häufiger Anwendung – auf eine einheitliche Pension hinausläuft. Allerdings ist fraglich, ob diese Inkohärenz mit dem Gesamtsystem schon ausreicht, um die Rechtfertigung zu verneinen. Denkbar wäre insbesondere, dass das Erfordernis der Kohärenz sich eher nur auf die konkrete Maßnahme (hier: ungleiche Anpassung) bezieht. Dann ist weiter zu überlegen.

(2) Zu erwägen ist, die ungleiche Anpassung mit dem Argument zu rechtfertigen, die Summe der für eine Anpassung zur Verfügung stehenden Mittel reiche nicht aus, um bei Kleinpensionen die Kaufkraft ausreichend zu erhalten oder gar zu erhöhen und gleichzeitig auch höhere Pensionen mit dem gleichen Prozentsatz zu erhöhen. Vorgebracht würden also *finanzielle Grenzen des Staates*. Der EuGH hat es allerdings bislang stets abgelehnt, finanzielle Schwierigkeiten zur Rechtfertigung heranzuziehen.<sup>38</sup> Ich halte diese Auffassung jedenfalls dort, wo es um finanzielle Fragen geht, schon im Ansatz für verfehlt, weil sie das Wesentliche der Politik in diesem Bereich ausgrenzt. Man wird sehen, ob die derzeit in der Union hochgehaltene Fiskaldisziplin den EuGH zu einem Umdenken motivieren kann. Auch wenn man finanzielle Restriktionen in die Rechtfertigung einbezieht, stößt diese Rechtfertigung hier aber auf zwei Hürden. Erstens ist bereits die Annahme, für die Anpassung stehe ein fester Betrag zur Verfügung, in einem System wie dem österreichischen nicht leicht zu verifizieren. Das Gesetz sieht eine unbegrenzte Ausfallhaftung des Bundes vor, und es fehlt jede planmäßige Begrenzung dieses Zuschusses etwa durch eine prozentuelle Bindung an das BIP oder das Budgetvolumen oder an eine maximale Steigerungsrate des Zuschusses.

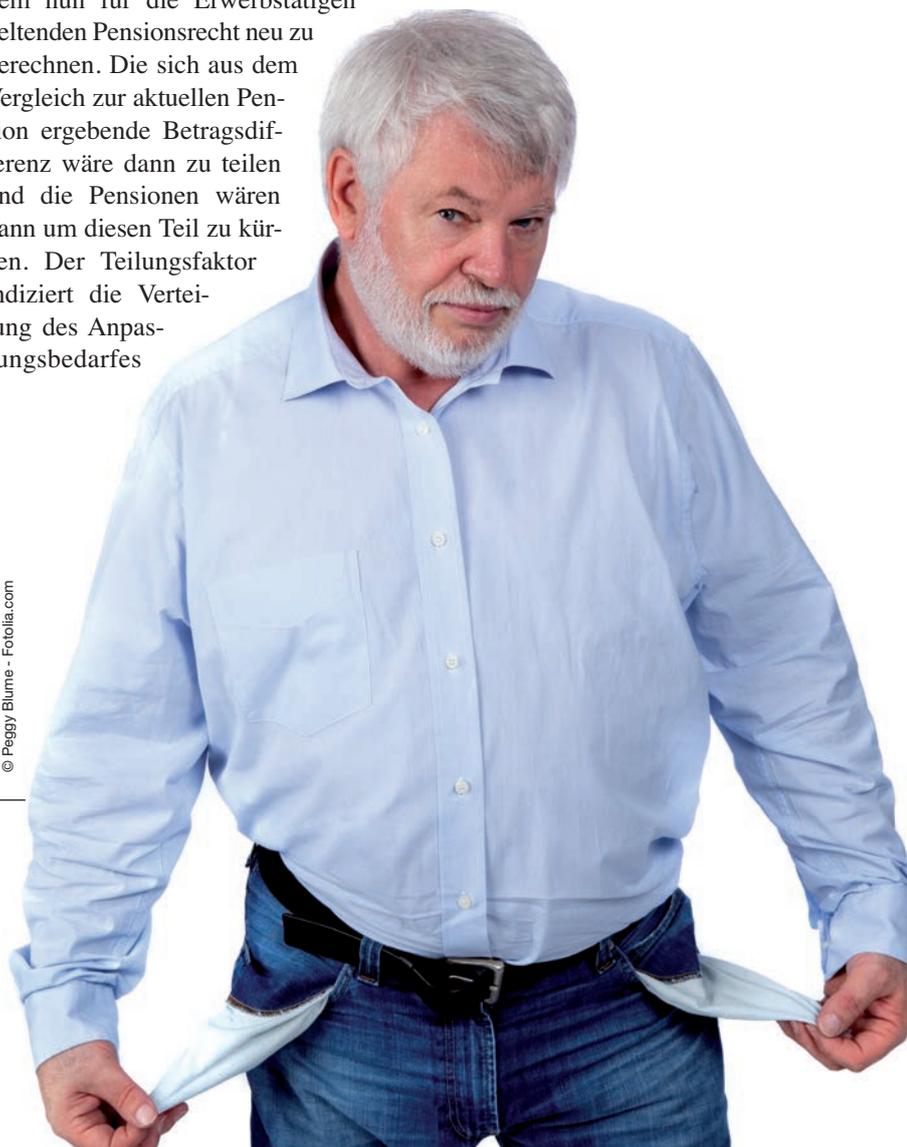
(3) Ferner könnte vorgebracht werden, die unglei-

che Erhöhung diene indirekt dazu, *Änderungen* im Pensionssystem, die unmittelbar nur Neupensionen treffen, allmählich auch *auf bereits angefallene Pensionen auszuweiten*. Der österreichische Gesetzgeber verschlechterte die Pensionsregelungen bekanntlich primär jeweils nur für jene Jahrgänge, die noch erwerbstätig sind, meist mit Ausnahme der pensionsnahen Jahrgänge. Für Pensionisten und pensionsnahe Jahrgänge gebe es Vertrauensschutz. Damit werden aber die Jahrgangskohorten sehr unterschiedlich mit jenen Lasten beteiligt, die sich aus dem Anpassungsbedarf im gesamten Pensionssystem ergeben (insbesondere an die steigende Lebenserwartung). Die geringere Erhöhung von höheren Pensionen, deren Höhe eben auch auf das frühere günstigere Pensionsrecht zurückzuführen ist, könnte daher als Ersatzhandlung für eine Lösung gesehen werden, welche die Anpassungsleistungen offen auf beide Gruppen – Erwerbstätige und Pensionisten – verteilt. Das österreichische Recht enthält aber kein klares Konzept für eine solche Verteilung der Anpassungsleistungen.

Ein klares Konzept wäre etwa, alle Pensionen nach dem nun für die Erwerbstätigen geltenden Pensionsrecht neu zu berechnen. Die sich aus dem Vergleich zur aktuellen Pension ergebende Betragsdifferenz wäre dann zu teilen und die Pensionen wären dann um diesen Teil zu kürzen. Der Teilungsfaktor indiziert die Verteilung des Anpassungsbedarfes

**Das Ziel, in Bestands-pensionen einzugreifen, kann die ungleiche Erhöhung nicht rechtfertigen.**

© Peggy Blume - Fotolia.com



37 Der EuGH fragt bei der Erforderlichkeit einer Einschränkung nun meist nach der Kohärenz der nationalen Regelung. Im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung wurde dies insbes. zur Altersdiskriminierung betont; z. B. EuGH C-286/12, Kommission gegen Ungarn, Slg. 2012, I-0000 Rn. 38 ff.; C-159/10 und C-160/10, Fuchs und Köhler, Slg. 2011, I-0000 Rn. 84 ff.; C-250/09 und C-268/09, Georgiev, Slg. 2010, I-11869 Rn. 55 ff.; (GK) C-341/08, Petersen Slg. 2010, I-00047 Rn 53 ff.

38 Zum Beispiel EuGH C-525/11, Mednis SIA, Slg 2012, I-0000 Rn. 44; C-338/11 bis C-347/11, Santander Asset Management, Slg. 2012, I-0000 Rn. 44, 62. Vgl zum Verbot der Geschlechtsdiskriminierung z. B. EuGH C-343/92, Roks, Slg. 1994, I-00571, Rn. 35 ff; EuGH C-4/02 und C-5/02, Schönheit und Becker, Slg. 2003, I-12575, Rn. 84 ff.



© beermedia - Fotolia.com

Auch niedrige Pensionen können im Vergleich zu jener Pension, die Erwerbstätige mit gleicher Beitragsgrundlage und Dauer erhalten werden, überhöht sein. Der Anpassungsbedarf besteht unabhängig von der Pensionshöhe.

zwischen Beitragszahlern und Pensionisten; er wäre im Ansatz 0,5, könnte aber für manche Gruppen anders festgelegt werden. Die österreichische Politik hat eine solche klare Lösung bisher wohl nicht einmal erwogen. Das eben skizzierte Modell zur Verteilung des Anpassungsbedarfes zeigt deutlich die Problematik des zweiten Rechtfertigungsversuches: Auch niedrige Pensionen können im Vergleich zu jener Pension, die heute Erwerbstätige mit gleicher Beitragsgrundlage und Dauer erhalten werden, überhöht sein. Der Anpassungsbedarf besteht unabhängig von der Pensionshöhe. Eine offene Verteilung des Anpassungsbedarfes würde sowohl niedrige wie hohe Pensionen treffen. Eine geringere Erhöhung nur der höheren Pensionen kann daher keine Ersatzhandlung dafür sein.

(4) Weiters könnte erwogen werden, die ungleiche Anpassung schlicht als Beitrag zur „Solidarität“ zu rechtfertigen. Der Unionsvertrag spricht nun zwar an zahlreichen Stellen von Solidarität, meint damit aber stets nur Solidarität zwischen Mitgliedstaaten. Ein expliziter Auftrag zur Umverteilung zwischen Bürgern, der hier einschlägig sein könnte, findet sich im Unionsrecht nicht. Allenfalls finden sich Ansätze dazu, insbesondere in den sozialen Grundrechten und in Art. 3 EUV und Art. 9 AEUV. Auch wenn der Auftrag zur Umverteilung stärker akzentuiert wäre, muss man jedenfalls konkreter argumentieren. Ein Ansatzpunkt dafür könnten unter Umständen die Voraussetzungen für eine Ausnahme der Sozialversicherung vom Wettbewerbsrecht der Union (und den Grundfreiheiten) sein. Zu diesen Voraussetzungen zählt insbesondere, dass das be-

treffende Sozialsystem den Grundsatz der Solidarität verwirklicht. Ein wesentliches Merkmal dafür ist, dass die Höhe der Beiträge zum System nicht streng proportional zum Risiko ist.<sup>39</sup> Bei Leistungen mit Einkommensersatzfunktion, deren Höhe an die Höhe der Beitragsgrundlagen und die Dauer der Versicherung anknüpft, besteht nun eine Korrelation zwischen Beitragshöhe und Risiko. Allerdings liegt auch bei der Pensionsversicherung keine strenge Proportionalität vor.<sup>40</sup>

Eine sozial gestaffelte Anpassung würde nun den Gehalt an Solidarität erhöhen. Aus der Sicht eines (nationalen) Gleichheitssatzes mag diese Feststellung vielleicht ausreichen, um die Sachlichkeit der Regelung zu bejahen. Es ist jedoch fraglich, ob jedes Element, das den Gehalt des Systems an Solidarität erhöht, schon allein deshalb in Bezug auf ein Verbot mittelbarer Diskriminierung gerechtfertigt ist. Dies wird man wohl nicht generell bejahen können, weil andernfalls die Diskriminierungsverbote allzu leicht unterlaufen werden könnten. Die Diskriminierungsverbote verlangen zwar keine bestimmte Ausgestaltung der nationalen Rechtslage,<sup>41</sup> sie schränken aber die möglichen Ausgestaltungen doch deutlich ein. Das „bloße“ Streben nach Umverteilung könnte daher wohl nur dann als Rechtfertigung dienen, wenn man zusätzlich die Budgetschränke (begrenzte Haushaltsmittel) mit berücksichtigt – was der EuGH aber wie gesagt grundsätzlich ablehnt. Folgt man diesbezüglich aber dem EuGH, so spricht gegen eine Rechtfertigung durch das Ziel der Umverteilung auch, dass die Sicherung oder Erhöhung der Kaufkraft der Bezieher kleiner

39 Vgl. z. B. EuGH C-350/07, Kattner Stahlbau, Slg. 2009, I-01513 Rz 44 ff.

40 Erstens sind die Beiträge unabhängig vom individuellen oder gruppenbezogenen Risiko der Lebensdauer; auf der anderen Seite wird – anders als häufig in einer Kapitalversicherung – die Leistungsdauer nicht durch die Summe der Beiträge begrenzt. Zweitens sind die Beiträge unabhängig von der Wahrscheinlichkeit einer Hinterbliebenenleistung. Drittens finanzieren die Beiträge auch die Invaliditätsversicherung, ohne nach dem Invaliditätsrisiko zu differenzieren. Auch der oben erwähnte Charakter der Pension als Gegenleistung hindert (also) nicht, dass auch ein beitragsorientiertes Pensionssystem den Gedanken der Solidarität verwirklicht, weil ausreichend Elemente vorhanden sind, die bewirken, dass Beiträge und Leistungen nur eingeschränkt proportional sind.

41 So verlangt etwa das Verbot der Altersdiskriminierung nicht die Berücksichtigung von Dienstzeiten bei der Festlegung des Entgelts, es verbietet aber das Nichtberücksichtigen von Zeiten vor dem 18. Geburtstag, wenn das Entgelt von Dienstzeiten abhängt.

Pensionen durch andere Maßnahmen erreicht werden kann, etwa bedürftigkeitsabhängige Zuschüsse aus Steuermitteln. Diese Maßnahmen wären auch treffsicherer als eine generelle höhere Erhöhung der niedrigen Pensionen, weil diese auch jenen zugutekommt, die über andere Einkommen verfügen. Das Urteil Brachner hat bei der Frage, ob der Ausschluss der Kleinstpensionen durch die außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulage gerechtfertigt werden kann, durchaus zu Recht hervorgehoben, dass diese Erhöhung nicht allen Beziehern einer Kleinstpension zugutekommt. Diese Trennung verschiedener Maßnahmen der Sozialpolitik müsste auch in der anderen Richtung Platz greifen, nämlich bei der Frage, ob der Bedarf an Umverteilung, der nur bei einem Teil der Begünstigten besteht, durch eine generelle Maßnahme befriedigt werden kann, die auch jenen zugutekommt, die ihrer nicht bedürfen.

(5) Schließlich könnte noch erwogen werden, dass die Benachteiligung der einen Gruppe die Benachteiligung einer anderen Gruppe mindere, die ebenfalls vom Diskriminierungsverbot geschützt wird. So könnte etwa vorgebracht werden, die Benachteiligung jener Männer, die bereits eine höhere Pension beziehen, durch eine geringere Anpassung vermindere die Benachteiligung der Jüngeren als Beitragszahler durch das geltende Pensionsrecht. Manche würden dann vielleicht gar das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Vermögens ins Treffen führen wollen, nämlich als Legitimation zur Umverteilung. Schon die allgemeine Frage, inwieweit die Vermeidung einer Benachteiligung eine andere missbilligende Benachteiligung rechtfertigen kann, scheint allerdings ungeklärt. Umso mehr gilt dies für die Konkretisierung, hier etwa im Hinblick auf die Benachteiligung aufgrund des Alters.

Zusammenfassend kann man daher zu einer sozial gestaffelten Anpassung, welche höhere Pensionen von der als Regel vorgesehenen „ordentlichen“ Erhöhung ausnimmt, wohl sagen, dass sie Männer aufgrund des Geschlechts nicht nur benachteiligt, sondern auch diskriminiert.

### c. Rechtfertigung bei Fehlen einer regelgeleiteten Anpassung?

Auch wenn das nationale Recht keine regelgeleitete Anpassung vorsieht, benachteiligt eine Ad-hoc-Erhöhung nur der niedrigen Pensionen die Bezieher höherer Pensionen und daher hier Männer. Allerdings fehlt dann der Hintergrund der zu Variante IA angestellten Überlegungen, nämlich die Erhöhung der Kaufkraft als reguläre Maßnahme des Pensionsrechts. Dies macht es leichter, diese Benachteiligung zu rechtfertigen, weil sie sich nicht als Abweichung vom System darstellt. Es handelt sich dann für sich genommen um eine Maßnahme mit dem Ziel, die

Bezieher niedrigerer Pensionen sozial zusätzlich besserzustellen. Dieses Ziel ist jedenfalls abstrakt geeignet, Benachteiligungen zu rechtfertigen, auch wenn sich die Besserstellung in Bezug auf die nach einem missbilligten Merkmal gebildeten Gruppen unterschiedlich auswirkt. Dies zeigt schon die Überlegung, dass andernfalls viele sozialpolitische Maßnahmen, die etwa Frauen mehr zugutekommen als Männern oder Migranten mehr als Autochthonen, diskriminierend und unzulässig wären. Gegen die Rechtfertigung könnte allenfalls sprechen, dass eine generelle Erhöhung niedriger Pensionen auch jene begünstigt, die andere Einkünfte haben und daher bei deren Berücksichtigung unter Umständen besserstellen als manche Bezieher höherer Pensionen, die nicht erhöht werden. Allerdings wird dies nicht durchschlagen, solange die gezielte Erhöhung niedriger Pensionen eine vereinzelt Maßnahme bleibt. Auch wenn eine seltene Erhöhung nur der geringen Pensionen ohne Aufwertung der höheren Pensionen nicht diskriminiert, kann diese Vorgangsweise aber doch andere Rechtsfragen des Verfassungsrechts aufwerfen, wenn man die Finanzierung der Pensionen im Umlageverfahren bei steigenden Beitragsgrundlagen berücksichtigt.

### d. Rechtfertigung bei zusätzlicher Erhöhung geringer Pensionen

Bei Variante IB ist wie gesagt schon fraglich, ob eine Benachteiligung vorliegt. Sollte man sie bejahen, so dürfte hier jedenfalls eine Rechtfertigung möglich sein. Da bei Variante IB die allgemeine Regelung zur Anpassung unangetastet bleibt, beeinträchtigt sie die Funktion der Anpassung als Maßnahme zur Erhaltung der Kaufkraft nicht, auf der das österreichische System der Anpassung aufbaut und auf die der EuGH so viel Wert gelegt hat. Die Bezieher einer höheren Pension werden hier nur insoweit benachteiligt, als sie nicht eine darüber hinausgehende Erhöhung erhalten. Diese Maßnahme weicht

**Es spricht viel dafür, dass eine sozial gestaffelte Anpassung, welche höhere Pensionen von einer als Regel vorgesehenen Erhöhung ausnimmt, Männer aufgrund des Geschlechts diskriminiert.**



© zitze - Fotolia.com



Das Gesagte belegt die These, dass jede Regelung, die von einer klaren Grundregel abweicht und Ausnahmen schafft, den Diskriminierungsverboten mehr Angriffsflächen bietet als die einfache Grundregel.

vom Modell der beitragsgerechten Pension zwar ab, allerdings ohne dieses Modell selbst zu beeinträchtigen. Solange jedenfalls die außerordentliche Erhöhung der niedrigen Pensionen nicht zum Regelfall wird, kann sie aus denselben Gründen gerechtfertigt werden wie Variante II.

Geht man davon aus, dass Variante IB nicht diskriminiert, so könnte dies fragen lassen, ob dann zulässig sei, die generelle Erhöhung für alle auszuschließen und nur eine Erhöhung für die niedrigen Pensionen vorzusehen. Das würde dann Variante IB verwirklichen. Bei der Beurteilung dieser Konstellation ist aber daran zu erinnern, dass am Vorliegen einer Benachteiligung bei Variante IB gezweifelt wurde, weil auch die höheren Pensionen regulär angepasst wurden. In Bezug auf die Rechtfertigung kommt es dann, wie oben dargelegt, m. E. und offenbar auch nach dem Urteil Brachner wesentlich auf den Hintergrund der nationalen allgemeinen Regelung an. Wenn das nationale Recht eine Anpassung entsprechend der Inflationsrate als allgemeine Regel vorsieht, ist eine Erhöhung nur der niedrigen Pensionen als eine Abweichung davon zu qualifizieren, und diese diskriminiert wie gesagt Männer. Auch die Überlegungen zur Zulässigkeit von Variante IB gehen davon aus, dass die niedrigen Pensionen zusätzlich erhöht werden, und nicht davon, dass nur sie erhöht werden.

#### D) Schlussbemerkung

Aus dem Urteil Brachner folgt letztlich, dass eine geringere Erhöhung der niedrigen Pensionen so lange aufgrund des Geschlechts diskriminiert, als der Anteil der Frauen an den Kleinst- und Kleinpensionen deutlich höher ist als an der Gesamtzahl der Pensionen. Die darüber hinaus angestellten Überlegungen legen es nahe, bei einer „sozial gestaffelten“ Anpassung drei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Bei Variante IA werden höhere Pensionen von der Anpassung an die Inflation, die sich aus der all-

gemeinen Regelung des ASVG ergibt, ganz oder zum Teil ausgeschlossen; bei Variante IB nehmen alle Pensionen daran teil, niedrige Pensionen werden aber zusätzlich erhöht. Jedenfalls für Variante IA liegt es nahe, dass eine geringere Erhöhung der höheren Pensionen so lange aufgrund des Geschlechts benachteiligt, als der Anteil der Männer an diesen höheren Pensionen deutlich höher ist als an der Gesamtzahl der Pensionen. Diese Benachteiligung kann dann bei Variante IA m. E. nicht gerechtfertigt werden. Die Feststellung dieser Diskriminierung kann zwar nicht so deutlich bejaht werden wie jene bei Kleinstpensionen, aber doch hinreichend deutlich. Variante IB ist hingegen wohl anders zu beurteilen. Hier ist schon das Vorliegen einer Benachteiligung fraglich; sollte sie vorliegen, so kann sie wohl gerechtfertigt werden. Ebenfalls keine Diskriminierung liegt vor (Variante II), wenn das nationale Recht keine regelgeleitete Anpassung vorsieht und nur die niedrigen Pensionen bloß manchmal, also nicht regelhaft, erhöht werden.

Das Gesagte belegt die These, dass jede Regelung, die von einer klaren Grundregel abweicht und Ausnahmen schafft, den Diskriminierungsverboten mehr Angriffsflächen bietet als die einfache Grundregel. Eine Anpassung, die alle Pensionen in gleicher Weise aufwertet, perpetuiert zwar die Unterschiede im Arbeitsleben. In einem Pensionssystem, das diese Unterschiede als Ausgangspunkt für die Pensionshöhe nimmt, ist diese Perpetuierung aber konsequent.

Die Beschäftigung mit dem Urteil Brachner, insbesondere mit einer Rechtfertigung von Variante I, zeigt schließlich deutlich, dass die Diskriminierungsverbote Fragen, die bisher als verteilungspolitische gesehen wurden, zu Rechtsfragen hochzuziehen, und zwar noch mehr und schärfer als der Gleichheitsgrundsatz. Man sollte fragen, ob diese Verrechtlichung eine sinnvolle Entwicklung ist, weil sie die Gerichte anstelle der Parlamente und den Rechtsdiskurs anstelle des politischen Diskurses treten lassen und damit Interessenskonflikte noch mehr als Rechtsfragen erscheinen lassen, die – angeblich – objektiv lösbar sind. Letztlich wird dies wohl nur dazu führen, dass Gerichte zunehmend als politische Akteure wahrgenommen werden, was ihrem Ansehen und ihrer Legitimität schaden könnte.