

Ungleiches Pensionsalter von Männern und Frauen – EU-konform?

Zugleich eine Besprechung von OGH 10 Ob S 334/01t¹⁾

RdW
2002/
216

In der vorliegenden Entscheidung setzt sich der OGH mit der Frage auseinander, ob die vom österreichischen Gesetzgeber im internationalen Vergleich äußerst schleppend vorgenommene Angleichung des Pensionsalters von Männern und Frauen EU-rechtlich zulässig ist. Die Abweisung der klägerischen Revision erfolgte mit der Begründung, dass das österreichische Recht mit dem Recht der EU in Einklang sei, was die vorzeitige Alterspension wegen langer Versicherungsdauer betrifft. Diese Rechtsansicht, die der OGH mit hoher Wahrscheinlichkeit auch zur „normalen“ Alterspension vertreten würde, ist kritikwürdig, und zwar aus folgenden Gründen: Für die österreichische Rechtslage von Bedeutung ist insbesondere das Urteil des EuGH vom 23. 5. 2000, C-104/98, Buchner. In Rz 23 der Urteilsbegründung³⁾ wurde klargestellt, dass die Aufrechterhaltung eines für Männer und Frauen unterschiedlichen Rentenalters lediglich zeitlich begrenzt zulässig ist und dass die Mitgliedstaaten zu einer schrittweisen Angleichung des Pensionsalters von Männern und Frauen verpflichtet sind. Ausgehend davon ist die Richtlinie 79/7 EWG wie folgt näher zu analysieren:

RA Dr. Johannes Winkler²⁾

Linz

1. Die Richtlinie 79/7 EWG – enge Auslegung der Ausnahmebestimmungen

Die Richtlinie schreibt grundsätzlich eine pensionsrechtliche Gleichbehandlung von Männern und Frauen vor und beruft sich in ihrer Präambel auf Art 235 EWGV. Der letzte Satz der Präambel lautet:

„Die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit steht Bestimmungen, die sich auf den Schutz der Frau *wegen Mutterschaft* beziehen, nicht entgegen, und die Mitgliedstaaten können *in diesem Rahmen* zugunsten der Frauen besondere Bestimmungen erlassen, um die tatsächlich bestehenden Ungleichheiten zu beseitigen.“⁴⁾

Art 7 Abs 1 lit a sieht zweifellos eine Ausnahme vom Grundsatz des Art 4 der Richtlinie vor, was die Beibehaltung des ungleichen Pensionsalters betrifft. Sofern diese Ausnahmebestimmung von „Festsetzung“ des Pensionsalters spricht, so ist Festsetzung im Sinne von „Beibehaltung“ zu verstehen, weil keine neuen Schritte zur Ungleichbehandlung gesetzt werden dürfen. Diese Ausnahmebestimmung ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen⁵⁾ und könnte somit mE in unmittelbarem Zusammenhang mit dem letzten Satz der Präambel zu sehen sein. Die Präambel lässt den Schutz der Frau *wegen Mutterschaft* zu, und Art 7 Abs 1 lit b stellt nur auf die Kindererziehung, einen Teilaspekt der Mutterschaft, ab. Es ist zu berücksichtigen, dass auch Männer die Hauptlast der Kindererziehung tragen können, wenn ihre Frauen berufstätig sind; die Begünstigung solcher Männer wäre dann gem Art 7 Abs 1 lit b der Richtlinie zulässig. Art 7 Abs 1 lit a der Richtlinie könnte

daher mE so auszulegen sein, dass diese Bestimmung eine Bevorzugung von Müttern und (vormals) Schwangeren, nicht jedoch eine Bevorzugung von Frauen schlechthin zulässt.

Problematisch ist, dass aufgrund von Art 7 Abs 1 lit a der Richtlinie Frauen begünstigt werden, die niemals schwanger waren und somit – statistisch gesehen – eine wesentlich höhere Lebenserwartung als Männer haben. Diese Frauen wären – mE ungerechtfertigt – einerseits durch das niedrige Pensionsalter, andererseits durch die höhere Lebenserwartung doppelt begünstigt. Die Rechtsansicht des OGH, der diese Argumente negiert, wird in diesem Punkt leider von einigen Entscheidungen des EuGH gestützt, die vom OGH auch ausführlich zitiert werden.

2. Verstoß des österreichischen Rechtes gegen Art 7 Abs 2 und Art 8 der Richtlinie

In diesem Punkt kann sich der OGH nicht auf eine einschlägige Rechtsprechung des EuGH stützen.

Es ist der unmittelbar anwendbare Art 7 Abs 2 der Richtlinie zu prüfen, welcher, so die Rechtsprechung des EuGH, die Ausnahmen von der Gleichbehandlungspflicht gemäß Art 7 Abs 1 nur für eine nicht genau definierte *Übergangszeit* aufrecht halten will. Der EuGH bezeichnet Art 7 Abs 1 daher als „vorübergehende“ Ausnahmebestimmung⁶⁾.

Zu berücksichtigen ist, dass Österreich ein extremer „Nachzügler“ ist:

In Deutschland hat der Prozess der stufenweisen Angleichung des Frauenpensionsalters an das Männerpensionsalter im Jahre 2001 begonnen und soll im Jahre 2013 abgeschlossen sein; in Österreich beginnt dieser Prozess erst 2019 und soll erst 2033 (für die *vorzeitige* Alterspension 2028) abgeschlossen sein. Dieser Zeitplan wurde verfassungsgesetzlich fixiert⁷⁾,

1) Abgedruckt in diesem Heft auf S 237 ff (RdW 2002/228).

2) Am Verfahren beteiligt.

3) Unter Hinweis insb auf das Urteil des EuGH vom 23. 5. 2000 in der R5 C-196/98, Hepple, Slg 2000, I-0000, Rz 23.

4) Die Hervorhebungen stammen vom Autor.

5) EuGH vom 15. 1. 1998 bzw vom 30. 4. 1998, Rs C-377/96 bis C-384/96, De Vriendt.

6) Vgl C 139/95, Balestra gegen INPS, Rz 32 sowie nunmehr die bereits eingangs zitierten beiden Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 2000.

7) Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten BGBl 1992/832.

nachdem der VfGH die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bereits beanstandet hatte. Vom In-Kraft-Treten der Richtlinie bis zur endgültigen Angleichung des Pensionsalters von Männern und Frauen würden 55 bzw 50 Jahre verstreichen, dieser Zeitraum ist in Anbetracht von Art 7 Abs 2 der Richtlinie mE zu lang. Von „vorübergehender“ Beibehaltung einer alten Ungleichbehandlung kann nicht die Rede sein. Zu demselben Ergebnis kam *Wolfsgruber*⁸⁾. Die Autorin hat ihre Rechtsansicht allerdings nicht beibehalten⁹⁾.

Die Richtlinie trat für Österreich mit 1. 1. 1994 gemeinsam mit dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum in Kraft. Mit diesem Datum beginnt jedoch keineswegs eine sechsjährige Übergangsfrist gem Art 8 Abs 1 der Richtlinie, zumal diese Frist bereits Mitte der 80er Jahre endete. Selbst wenn man eine andere Rechtsansicht vertreten würde, wäre diese Frist am 31. 12. 1999 abgelaufen.

Die Republik Österreich hat nicht nur bislang keine Schritte, die auch tatsächlich in Kraft getreten sind, zur Angleichung des Anfallsalters für die vorzeitige Alterspension wegen langer Versicherungsdauer für Männer und Frauen gesetzt, sondern solche Schritte entsprechend dem Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten¹⁰⁾ bis zum Jahr 2019 de facto ausgeschlossen: Es hat der Verfassungsgesetzgeber durch die §§ 2 und 3 dieses BVG das Pensionsalter für weibliche Versicherte bis zum Jahr 2019 bzw 2024 mE eingefroren¹¹⁾ und angeordnet, dass es von diesem Zeitpunkt an bis einschließlich 2028 bzw 2033 in jedem Jahr um sechs Monate erhöht werden muss, vorher aber auch in Gleichklang mit den Männern nicht erhöht werden darf.

Unter Berücksichtigung der sozialen und sozialrechtlichen Entwicklung gem Art 7 Abs 2 der Richtlinie seit ihrem In-Kraft-Treten am 1. 1. 1994 ist die Beibehaltung der Ungleichbehandlung keinesfalls gerechtfertigt:

Nicht zuletzt durch die Novellen zum Gleichbehandlungsgesetz¹²⁾ wurde die rechtliche Stellung der Frau im Berufsleben verbessert, und es hat sich die Zahl der Frauen in Führungspositionen erhöht. Zeiten der Kindererziehung nach 1955 sind seit dem BG BGBl 1994/20 als Ersatzzeiten in der Pensionsversicherung anrechenbar¹³⁾, was die Nachteile, die Frauen mit Kindern erleiden können, wesentlich abfedert. Diese Bestimmung ist zwar geschlechtsneutral formuliert, das heißt, es könnten auch Männer solche Ersatzzeiten in Anspruch nehmen; de facto kommt sie jedoch Frauen in viel größerem Ausmaß zugute: Bereits durch BGBl 1957/76 wurde ein halbjähriger Frauen-Karenzurlaub eingeführt, durch BGBl 1960/240 wurde dieser Karenzurlaub

auf ein Jahr verlängert. Karenzurlaub für Männer wurde dagegen erst mit 1. 1. 1990¹⁴⁾ eingeführt. Es wurden nunmehr Zeiten der Kindererziehung sogar als Beitragszeiten in der Pensionsversicherung eingeführt¹⁵⁾, was die Unterschiede zwischen Männern und Frauen beim durchschnittlichen tatsächlichen Pensionsantrittsalter weiter vergrößern wird.

Einen weiteren, unzulässigen Schritt zur Ungleichbehandlung von Männern und Frauen hat der Gesetzgeber durch § 588 Abs 7 ASVG in der Fassung des Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2000 gesetzt; in dieser Bestimmung differenziert der Gesetzgeber geschlechtsbezogen erstmals nicht nur beim Pensionsalter, sondern auch, was die Beitragsjahre betrifft. Um von der Hinaufsetzung des Pensionsalters um 1,5 Jahre nicht betroffen zu sein, benötigen Männer um fünf Beitragsjahre mehr als Frauen. Vergleicht man Männer und Frauen, die bei Vollendung des ursprünglichen Pensionsantrittsalters (55/60) jeweils über 40 Beitragsjahre verfügen, so erhöht sich für Männer der Unterschied zum Frauen-Pensionsalter von fünf Jahren auf sechs Jahre und sechs Monate¹⁶⁾.

Es wurden somit durch zahlreiche gesetzgeberische Maßnahmen Frauen im Vergleich zu Männern begünstigt. Eine Gegensteuerung auf gesetzlicher Ebene müsste somit entsprechend dem EU-Recht schon längst in Kraft sein. Durch die Setzung verschiedener Schritte zur Vergrößerung der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen im Pensionsrecht und zur Vergrößerung des Unterschiedes beim faktischen Pensionsalter nach dem Beitritt Österreichs zu EWR und EU hat der österreichische Gesetzgeber daher die soziale Entwicklung gem Art 7 Abs 2 der Richtlinie nachhaltig einseitig zu Lasten der Männer beeinflusst und das Recht auf die Anwendung der Ausnahmebestimmung von der zitierten Richtlinie mE *verwirkt*, weshalb für Männer und Frauen das gleiche Pensionsalter zu Anwendung kommen muss. Aus diesem Grund kann sich die Republik Österreich unter Anwendung von Art 8 und Art 7 Abs 2 der genannten Richtlinie nicht auf die Ausnahmebestimmung gem Art 7 Abs 1 lit a der Richtlinie berufen.

Die beklagte Partei hat im Gerichtsverfahren, das zur gegenständlichen OGH-Entscheidung führte, nicht vorgebracht, dass die Republik Österreich gem Art 7 Abs 2 der Richtlinie regelmäßige Prüfungen und Evaluierungen vorgenommen hat, um festzustellen, ob die Aufrechterhaltung der Ungleichbehandlung noch zulässig ist; ebenso wenig wurde vorgebracht bzw vom Erstgericht festgestellt, dass die Kommission diesbezüglich gem Art 8 Abs 2 der Richtlinie ausreichend informiert wurde. Es ist dies ein zusätzliches Argument für die Unzulässigkeit der streitgegenständlichen Ungleichbehandlung, welches jedoch vom OGH mit der Begründung negiert wurde, die Kommission habe ja bislang kein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich gem Art 228 EGV eingeleitet. Die Einleitung eines solchen Verfahrens in den nächsten Jahren durch die Kommission ist allerdings keineswegs ausgeschlossen.

8) Pensionsalter und europäisches Sozialrecht, DRdA 2001, 81 ff, vgl dort insbesondere D.3., vorletzter Satz: Die österreichische Übergangsregelung wird dort als „uneindeutig zu lang“ bezeichnet.

9) RdW 2001, 687 ff.

10) BGBl 1992/832.

11) *Wiederin*, SozSi 2000, 489 ff; *Farmer*, Betriebsveräußerung: Anhebung des Alters verfassungswidrig?, RdW 1998, 766; *Mlinek*, Zwei neue Richtlinienvorschläge der Kommission zur Gleichbehandlung in gesetzlichen und betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, DRdA 1995, 544 ff; *Zitta*, Ist die Beibehaltung des ungleichen Pensionsalters für Männer und Frauen ohne eine sie billigende Volksabstimmung verfassungswidrig?, AnwBl 1998, 20.

12) BGBl 1994/370 und 1998/4.

13) § 227a ASVG.

14) Eltern-Karenzurlaubsgesetz BGBl 1990/299.

15) § 236 Abs 4a ASVG idF BGBl 2001/103.

16) Diese spezielle Ungleichbehandlung ist Gegenstand eines Musterprozesses, welcher vom Autor dieses Aufsatzes derzeit geführt wird.