SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 16. Juni 2011[1]

I — Einleitung

1. Der Oberste Gerichtshof Österreichs (im Folgenden: vorlegendes Gericht) hat dem Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV eine Reihe von Fragen zur Auslegung von Art. 4 der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit[2] zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen einer Bezieherin von Altersrente, Frau Brachner (im Folgenden: Klägerin des Ausgangsverfahrens), und der Pensionsversicherungsanstalt (im Folgenden: Beklagte des Ausgangsverfahrens) über die Höhe der ihr zustehenden Pension. Der Rechtsstreit entzündet sich im Wesentlichen an der Frage, ob die Klägerin des Ausgangsverfahrens im Rahmen der im nationalen Recht der Altersversicherung vorgesehenen jährlichen Anpassung ihrer Pension an die Kaufkraftentwicklung möglicherweise aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit gegenüber anderen Pensionsbeziehern benachteiligt worden ist. Aufgeworfen wird damit letztlich die Frage der Vereinbarkeit komplexer Mechanismen der nationalen Sozialpolitik mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, wie er in der Richtlinie 79/7 Ausdruck findet. Umstritten ist dabei zunächst, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 solche Mechanismen überhaupt erfasst. Des Weiteren wird zu untersuchen sein, ob eine Ungleichbehandlung zwischen männlichen und weiblichen Pensionsbeziehern vorliegt, die gegebenenfalls objektiv gerechtfertigt ist.

3. Dieses Vorabentscheidungsersuchen zielt im Wesentlichen darauf ab, Klarheit über die Vereinbarkeit einzelner Regelungen im österreichischen System der Pensionsanpassung mit dem Unionsrecht zu erlangen, nachdem der österreichische Verfassungsgerichtshof sich in seinem Erkenntnis vom 24. September 2009 bereits zur Verfassungsmäßigkeit

1 — Verfahrenssprache: Deutsch.
2 — ABl. L 6, S. 24.

dieser Regelungen, vor allem zur Frage ihrer Vereinbarkeit sowohl mit dem Gleichheitssatz als auch mit dem verfassungsrechtlich verbrieften Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums ausgesprochen hat. In diesem Erkenntnis hat der Verfassungsgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen bestätigt und dementsprechend die auf Aufhebung der streitgegenständlichen Bestimmungen gerichteten Anträge zahlreicher österreichischer Gerichte, darunter auch des vorlegenden Gerichts, u. a. auch als unbegründet abgewiesen.

4. Die Gleichberechtigung der Frau in persönlicher, gesellschaftlicher und rechtlicher Hinsicht gehört zu den zentralen Errungenschaften der europäischen Kultur. Sie ist das Ergebnis einer historischen Entwicklung, die zur Zeit der Aufklärung mit der Lehre der Menschenrechte begann und im vergangenen Jahrhundert dank dem Einsatz zahlreicher Frauen für Freiheit und Selbstbestimmung einen Durchbruch erzielen konnte. Die Verankerung der Idee der Gleichberechtigung in einer Vielzahl von Deklarationen sowie Rechtsinstrumenten auf unterschiedlichen Gebieten legt Zeugnis davon ab [3].

3 — Als Vorreiterin der Idee der Gleichberechtigung der Frau kann Marie Gouze, auch bekannt als Olympe de Gouges (1748-1793) angeführt werden, die im Jahr 1791 die „Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin“ („Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne“) verfasst hat. Verdient um ihren Einsatz gegen die Benachteiligung von Frauen im Berufsleben hat sich u.a. Marie Curie (1867-1934) gemacht, die als erste Frau an der Sorbonne gelehrt und den Nobelpreis gewonnen hat.

II — Normativer Rahmen

A — *Unionsrecht* [4]

5. Die ersten vier Artikel der Richtlinie 79/7/EWG lauten wie folgt:

„*Artikel 1*

Diese Richtlinie hat zum Ziel, dass auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und der sonstigen Bestandteile der sozialen Sicherung im Sinne von Artikel 3 der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit — im Folgenden ‚Grundsatz der Gleichbehandlung‘ genannt — schrittweise verwirklicht wird.

Artikel 2

Diese Richtlinie findet Anwendung auf die Erwerbsbevölkerung — einschließlich der selbständigen, deren Erwerbstätigkeit durch Krankheit, Unfall oder unverschuldete Arbeitslosigkeit unterbrochen ist, und der Arbeitsuchenden — sowie auf die im Ruhestand

4 — In Anlehnung an die im EUV und im AEUV verwendeten Bezeichnungen wird der Begriff „Unionsrecht“ als Gesamtbegriff für Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht verwendet. Soweit es im Folgenden auf einzelne primärrechtliche Bestimmungen ankommt, werden die *ratione temporis* geltenden Vorschriften angeführt.

befindlichen oder arbeitsunfähigen Arbeitnehmer und Selbständigen.

Artikel 3

(1) Diese Richtlinie findet Anwendung

a) auf die gesetzlichen Systeme, die Schutz gegen folgende Risiken bieten:

— Krankheit,

— Invalidität,

— Alter,

— Arbeitsunfall und Berufskrankheit,

— Arbeitslosigkeit;

b) auf Sozialhilferegelungen, soweit sie die unter Buchstabe a) genannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen.

(2) Diese Richtlinie gilt nicht für Regelungen betreffend Leistungen für Hinterbliebene sowie für Regelungen betreffend Familienleistungen, es sei denn, dass es sich um Familienleistungen handelt, die als Zuschläge zu den Leistungen aufgrund der in Absatz 1 Buchstabe a) genannten Risiken gewährt werden.

(3) Zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen erlässt der Rat auf Vorschlag der Kommission Bestimmungen, in denen dazu der Inhalt, die Tragweite und die Anwendungsmodalitäten angegeben sind.

Artikel 4

(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet den Fortfall jeglicher unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar im Besonderen betreffend:

— den Anwendungsbereich der Systeme und die Bedingungen für den Zugang zu den Systemen,

— die Beitragspflicht und die Berechnung der Beiträge,

— die Berechnung der Leistungen, einschließlich der Zuschläge für den Ehegatten und für unterhaltsberechtigte Personen, sowie die Bedingungen betreffend die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf die Leistungen.

(2) Der Grundsatz der Gleichbehandlung steht den Bestimmungen zum Schutz der Frau wegen Mutterschaft nicht entgegen."

B — *Nationales Recht*

6. Die relevanten nationalen Bestimmungen sind die des Bundesgesetzes vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, im Folgenden: ASVG) [5]. Die §§ 108 ff. ASVG sehen ein umfassendes System der Pensionsanpassung vor.

7. § 108 Abs. 5 ASVG definiert den Anpassungsfaktor wie folgt:

„Anpassungsfaktor: Der Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz hat jedes Jahr für das folgende Kalenderjahr den Anpassungsfaktor (§ 108t) bis spätestens 30. November eines jeden Jahres durch Verordnung festzusetzen. Die Verordnung ist der Bundesregierung zur Zustimmung vorzulegen. Der Anpassungsfaktor ist, soweit nichts anderes bestimmt wird, für die Erhöhung der Renten und Pensionen und der leistungsbezogenen festen Beträge in der Sozialversicherung heranzuziehen."

8. § 108f ASVG bestimmt Folgendes:

„(1) Der Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz hat für jedes Kalenderjahr den Anpassungsfaktor unter Bedachtnahme auf den Richtwert nach § 108e Abs. 9 Z 1 festzusetzen.

(2) Der Richtwert ist so festzusetzen, dass die Erhöhung der Pensionen auf Grund der Anpassung mit dem Richtwert der Erhöhung der Verbraucherpreise nach Abs. 3 entspricht. Er ist auf drei Dezimalstellen zu runden.

(3) Die Erhöhung der Verbraucherpreise ist auf Grund der durchschnittlichen Erhöhung in zwölf Kalendermonaten bis zum Juli des Jahres, das dem Anpassungsjahr vorangeht, zu ermitteln, wobei der Verbraucherpreisindex 2000 oder ein an seine Stelle tretender Index heranzuziehen ist. …"

9. § 108h ASVG sieht für die jährlichen Pensionserhöhungen Folgendes vor:

„(1) Mit Wirksamkeit ab 1. Jänner eines jeden Jahres sind

a) alle Pensionen aus der Pensionsversicherung, für die der Stichtag … vor dem 1. Jänner dieses Jahres liegt,

b) …

mit dem Anpassungsfaktor zu vervielfachen. …"

5 — Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz — ASVG) BGBl. 189/1955, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I 150/2009.

10. Der Bundesminister hat mit einer Verordnung [6] für das Jahr 2008 den Anpassungsfaktor auf 1,017 festgesetzt. Das bedeutet, dass im Jahr 2008 grundsätzlich alle Pensionen nach dem ASVG um 1,7 % erhöht worden sind.

11. Abweichend davon normiert jedoch § 634 Abs. 10 ASVG, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I 101/2007 [7] für das Jahr 2008 eine außerordentliche Pensionserhöhung:

„Abweichend von § 108h Abs. 1 erster Satz sind im Kalenderjahr 2008 alle Pensionen, die mehr als 746,99 Euro monatlich betragen, nicht mit dem Anpassungsfaktor zu vervielfachen, sondern wie folgt zu erhöhen: Beträgt die Pension monatlich

1. mehr als 746,99 € bis zu 1 050 €, so ist sie um 21 € zu erhöhen;

2. mehr als 1 050 € bis zu 1 700 €, so ist sie mit dem Faktor 1,020 zu vervielfachen;

3. mehr als 1 700 € bis zu 2 161,50 €, so ist sie um einen Prozentsatz zu erhöhen, der zwischen den genannten Werten von 2,0 % auf 1,7 % linear absinkt;

4. mehr als 2 161,50 €, so ist sie um 36,75 € zu erhöhen."

12. Pensionisten, deren Pension wegen kurzer Versicherungsdauer oder niedriger Bemessungsgrundlage so gering ist, dass sie nicht mehr das Existenzminimum deckt, haben gemäß § 292 ASVG Anspruch auf eine Ausgleichszulage. Dieses Existenzminimum wird sozialrechtlich durch den sogenannten Ausgleichszulagenrichtsatz festgelegt. Bei der Feststellung des Anspruchs auf Ausgleichszulage ist gemäß § 292 Abs. 2 ASVG auch das gesamte Nettoeinkommen des im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten

6 — BGBl. II 337/2007.

7 — Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Ärztegesetz 1998, das Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfondsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Beamten-, Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Sonderunterstützungsgesetz, das Heeresversorgungsgesetz, das Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 und das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 geändert werden (Bundesgesetz zur Anpassung von Rechtsvorschriften an die Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens für die Jahre 2008 bis 2013), BGBl. I 101/2007.

zu berücksichtigen. Gleichzeitig mit der Änderung von § 634 Abs. 10 ASVG wurde mit derselben Gesetzesnovelle dieser Ausgleichszulagenrichtsatz nun von 726 auf 747 Euro (ca. 2,81 %) und für im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegatten von 1 091,14 Euro auf 1 120 Euro (ca. 2,58 %) angehoben (Art. 4 Z 41 a, b der Novelle).

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

13. Die am 8. Juni 1947 geborene Klägerin des Ausgangsverfahrens bezieht von der beklagten Pensionsversicherungsanstalt eine Alterspension nach dem ASVG. Die Höhe dieser Pension betrug im Jahr 2007 368,16 Euro brutto monatlich. Mit Bescheid vom 8. Mai 2008 stellte die Beklagte des Ausgangsverfahrens fest, dass die Pension der Klägerin des Ausgangsverfahrens unter Berücksichtigung des für das Jahr 2008 mit 1,017 festgesetzten Anpassungsfaktors ab 1. Jänner 2008 374,42 Euro brutto monatlich betrage.

14. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Klage mit dem Begehren auf Zahlung einer Pension in Höhe von 389,16 Euro brutto monatlich ab 1. Jänner 2008. Die vom nationalen Gesetzgeber zum 1. Jänner 2008 vorgenommene Pensionsanpassung verstoße gegen den Gleichheitssatz und gegen die Eigentumsgarantie und wegen mittelbarer Diskriminierung der Frauen auch gegen Art. 4 der Richtlinie 79/7.

15. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit der Begründung statt, dass eine unzulässige mittelbare Diskriminierung der Frauen vorliege. Das Berufungsgericht gab der von der Beklagten des Ausgangsverfahrens erhobenen Berufung Folge. Es verpflichtete sie, der Klägerin des Ausgangsverfahrens ab 1. Jänner 2008 die Pension nur in der bereits bescheidmäßig zuerkannten Höhe von 374,42 Euro brutto monatlich zu zahlen und wies das darüber hinausgehende Mehrbegehren ab. Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision der Klägerin des Ausgangsverfahrens mit dem Antrag auf Wiederherstellung des Urteils erster Instanz.

16. Der Oberste Gerichtshof beantragte im Rahmen des bei ihm anhängigen Revisionsverfahrens beim österreichischen Verfassungsgerichtshof die Aufhebung der Wortfolge „die mehr als 746,99 Euro monatlich betragen“ in § 634 Abs. 10 ASVG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. 101/2007, und der Wortfolge „mehr als 746,99 Euro“ in § 634 Abs. 10 Z 1 ASVG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. 101/2007. Der Antrag auf Aufhebung wurde damit begründet, dass die Bestimmungen, welche die außerordentliche

Erhöhung der Pensionen im Jahr 2008 nur für Pensionen vorsehen, die über 749,99 Euro liegen, gegen den österreichischen Gleichheitssatz verstoßen. Der Verfassungsgerichtshof wies in seinem Erkenntnis vom 24. September 2009 diesen und insgesamt 143 ähnliche Anträge österreichischer Gerichte in einem verbundenen Verfahren ab. Nach Zustellung dieses Erkenntnisses ist das Revisionsverfahren von Amts wegen fortgesetzt worden.

17. Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist nunmehr die zwischen den Parteien noch strittige Frage, ob die vom Gesetzgeber vorgenommene Pensionsanpassung 2008 wegen mittelbarer Diskriminierung der Frauen gegen Art. 4 der Richtlinie 79/7 verstößt. Der Oberste Gerichtshof räumt ein, Zweifel hinsichtlich der Auslegung dieser Richtlinienbestimmung zu haben. Aus diesem Grund hat er beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 4 der Richtlinie 79/7/EWG dahin auszulegen, dass auch das im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehene System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) unter das Diskriminierungsverbot des Abs. 1 dieser Vorschrift fällt?

2. Für den Fall der Bejahung von Frage 1:

   Ist Art. 4 der Richtlinie 79/7/EWG dahin auszulegen, dass er einer nationalen Bestimmung über die jährliche Pensionsanpassung entgegensteht, nach der für eine bestimmte Gruppe von Kleinstpensionsbeziehern eine potenziell geringere Erhöhung als für andere Pensionsbezieher vorgesehen ist, sofern von dieser Regelung 25 % der männlichen, aber 57 % der weiblichen Pensionsbezieher nachteilig betroffen werden und ein objektiver Rechtfertigungsgrund fehlt?

3. Für den Fall der Bejahung von Frage 2:

   Kann eine Benachteiligung weiblicher Pensionsbezieher bei der jährlichen Erhöhung ihrer Pension mit dem früheren Pensionsanfallsalter und/oder der längeren Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher und/oder damit gerechtfertigt werden, dass der Richtsatz für ein sozialrechtlich vorgesehenes Mindesteinkommen (Ausgleichszulagenrichtsatz) überproportional erhöht wurde, wenn die Bestimmungen über die Gewährung des sozialrechtlich vorgesehenen Mindesteinkommens (Ausgleichszulage) eine Anrechnung der sonstigen eigenen Einkünfte des Pensionsbeziehers sowie der Einkünfte seines im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten vorsehen, während bei den anderen Pensionsbeziehern

die Pensionserhöhung ohne die Anrechnung sonstigen eigenen Einkommens des Pensionsbeziehers oder des Einkommens seines Ehegatten erfolgt?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

18. Die Vorlageentscheidung mit Datum vom 9. Februar 2010 ist am 8. März 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

19. Schriftliche Erklärungen haben die österreichische Regierung und Irland sowie die Europäische Kommission innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

20. In der mündlichen Verhandlung vom 13. April 2011 sind die Prozessbevollmächtigten der österreichischen Regierung und Irlands sowie der Kommission erschienen, um Ausführungen zu machen.

V — Wesentliche Argumente der Parteien

A — *Zur ersten Vorlagefrage*

21. Die *österreichische Regierung* ist der Ansicht, dass, obwohl die Richtlinie 79/7 dem Wortlaut nach die Anpassung der Pensionen nicht erfasse, das Ziel der Richtlinie, nämlich die Gleichheit von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit sicherzustellen, zu einem positiven Ergebnis führen müsse.

22. *Irland* schlägt hingegen vor, auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 4 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, dass das im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehene System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) nicht unter das Diskriminierungsverbot des Abs. 1 dieser Vorschrift fällt.

23. Zur Stützung seiner Rechtsauffassung weist es zunächst darauf hin, dass eine Leistung nur dann in den Geltungsbereich der Richtlinie 79/7 falle, wenn sie sich in ein gesetzliches System des Schutzes gegen eines der aufgeführten Risiken einfüge, Teil eines solchen Systems sei oder eine Form der Sozialhilfe mit dem gleichen Ziel darstelle. Lege man diese Definition zugrunde, ergebe sich wohl, dass die Hauptpension, die der Klägerin des Ausgangsverfahrens seit Vollendung ihres 60. Lebensjahrs gezahlt werde, in den Geltungsbereich der Richtlinie 79/7 falle. Im Gegensatz hierzu diene die jährliche Pensionsanpassung in Österreich einem anderen Zweck, nämlich der Garantie eines Mindesteinkommensniveaus für alle Pensionsbezieher. Es fehle daher an einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ziel des Schutzes gegen die Risiken des Alters.

24. Ferner zieht Irland eine Analogie mit der Rechtsprechung zu den Art. 46 und 51 der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern [8], wonach der Gerichtshof zwischen der Grundaltersrente einerseits und Anpassungen aufgrund von Änderungen des Preisniveaus usw. andererseits unterscheide. Auf der Basis dieser Rechtsprechung müsse zwischen der erstmaligen Berechnung einer Alterspension (d. h. dem Verfahren zur Festlegung der Höhe der fälligen Pension beim erstmaligen Bezug) und den nachfolgenden Anpassungen, durch die der Leistungssatz unter Berücksichtigung von Faktoren wie Inflation um einen bestimmten Betrag oder Prozentsatz geändert werde, unterschieden werden.

25. Nach Ansicht Irlands fällt die erstmalige Berechnung einer Alterspension unter den Begriff „Berechnung der Leistungen“ und damit in den Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7. Nachfolgende Anpassungen unter Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten gehörten jedoch nicht zur „Berechnung der Leistungen“ und seien daher nicht von Art. 4 Abs. 1 erfasst.

26. Die *Kommission* schlägt vor, auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 4 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, dass auch das im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehene System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) unter das Diskriminierungsverbot des Abs. 1 dieser Vorschrift fällt.

27. Sie vertritt die Auffassung, dass die Richtlinie 79/7 weit auszulegen sei und nicht nur die grundlegende Berechnung von Sozialleistungen, sondern auch deren nachfolgende Erhöhung umfasse. Die Richtlinie wäre ihrer Wirkung beraubt, wenn sie nur auf die ursprüngliche Festsetzung einer Leistung anwendbar wäre und spätere Valorisierungen nicht in ihren Geltungsbereich fielen. Die Mitgliedstaaten könnten dann im Extremfall die Angehörigen eines Geschlechts völlig von jeder Pensionsanpassung ausschließen, was längerfristig betrachtet erhebliche Unterschiede zwischen den Pensionen von Frauen einerseits und Männern andererseits bewirken würde. Dem Rat als Normsetzer könne eine solche Regelungslücke nicht unterstellt werden.

28. Das System der jährlichen Pensionsanpassung falle in den Geltungsbereich der Richtlinie 79/7, da es sich dabei um eine Leistung der sozialen Sicherheit handele, die unmittelbar und wesentlich mit dem Schutz der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie aufgeführten Risiken zusammenhänge, nämlich dass mit dem Alter das zum Lebensunterhalt notwendige Einkommen bzw. dessen Kaufkraft sinke. Ziel der Pensionsanpassung sei es, den Wert der Pensionen zu sichern und ihre Kaufkraft zu bewahren. Zudem sei sie unmittelbar mit dem ursprünglich zuerkannten Betrag verbunden, der auch als Berechnungsgrundlage für eine prozentuale Erhöhung diene.

8 — ABl. L 149, S. 2.

29. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass eine spätere Anhebung der Pensionen nicht unter den Begriff „Berechnung“ falle, könne daraus nicht gefolgert werden, dass die Richtlinie spätere Pensionsanpassungen oder Valorisierungen nicht umfasse. Denn die Aufzählung in Art. 4 der Richtlinie 79/7 sei nicht abschließend, wie der Wortlaut der Bestimmung („im Besonderen“) belege.

B — *Zur zweiten Vorlagefrage*

30. Die *österreichische Regierung* schlägt vor, auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass unter der Voraussetzung, dass das im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehene System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) unter den Grundsatz der Gleichbehandlung des Art. 4 der Richtlinie 79/7 fällt, diese Bestimmung dahin gehend auszulegen ist, dass eine nationale Bestimmung über die jährliche Pensionsanpassung, nach der eine potenziell geringere Erhöhung für eine bestimmte Gruppe von Pensionsbeziehern vorgesehen ist, keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, da die zahlenmäßige Betroffenheit eines Geschlechts in dieser Personengruppe auch im Verhältnis zur Gesamtzahl der Pensionsbezieher nicht wesentlich ist oder keine andere Personengruppe unmittelbar zur Verfügung steht, um deren Position an derjenigen der vermeintlich benachteiligten Gruppe zu messen.

31. Dazu macht sie zunächst geltend, dass hinsichtlich der vom vorlegenden Gericht angegebenen Prozentsätze der jeweils männlichen (25 %) und der weiblichen (57 %) Betroffenen unter den Kleinstpensionsbeziehern nicht behauptet werden könne, dass die betreffende Maßnahme eine „wesentliche prozentuelle Benachteiligung eines Geschlechts gegenüber dem anderen“ im Sinne der Rechtsprechung darstelle. Auch wenn die Rechtsprechung es nicht ermögliche, einen bestimmten Prozentsatz festzulegen, ab dem eine mittelbare Diskriminierung vorliege, seien im vorliegenden Fall die Prozentunterschiede nicht so schwerwiegend wie in anderen Fällen, als dass sie tatsächlich als eine Diskriminierung angesehen werden könnten.

32. Darüber hinaus weist sie darauf hin, dass Maßnahmen im Bereich des Pensionssystems unterschiedliche Auswirkungen auf beide Geschlechter hätten, was an den unterschiedlichen Erwerbsbiografien der Frauen und Männer liege. Würde man bei allen Maßnahmen des Gesetzgebers nur auf die prozentuelle Betroffenheit der Geschlechter abstellen, dann hätten im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs die Mitgliedstaaten die durch das europäische Recht zugestandene Autonomie bei der Ausgestaltung der nationalen Sozialpolitik verloren. Dies führe dazu, dass in Zukunft nur eine lineare Anpassung aller Leistungen mit einem einheitlichen Prozentsatz nicht als Diskriminierung betrachtet werden könne.

33. Nach Ansicht der österreichischen Regierung kann das Vorliegen einer Diskriminierung nur dann beurteilt werden, wenn die Situation jeder Gruppe in Beziehung zur Gesamtzahl der Pensionsbezieher gesetzt werde. Aus einer Untersuchung der jeweiligen Prozentsätze ergebe sich, dass das Ausmaß der stärkeren Betroffenheit von Frauen in keiner Konstellation ausreiche, um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu begründen, und die Regelung daher schon aus dem Grund nicht gegen die Richtlinie 79/7 verstoße. Davon abgesehen weist sie darauf hin, dass, um das Vorliegen einer Diskriminierung zu bejahen, eine klare Vergleichsgruppe bestehen müsse. Bei der Pensionsanpassung 2008 gebe es aber keine klare Vergleichsgruppe, weil je nach individueller Situation bzw. Situation eines allfälligen Ehepartners ein unterschiedlicher Anpassungsbetrag maßgebend sein könne.

34. *Irland* schlägt vor, die zweite Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass Art. 4 der Richtlinie 79/7 einer nationalen Bestimmung über die jährliche Pensionsanpassung nicht entgegensteht, nach der für eine bestimmte Gruppe von Kleinstpensionsbeziehern eine potenziell geringere Erhöhung als für andere Pensionsbezieher vorgesehen ist.

35. Nach Ansicht Irlands muss erstens ermittelt werden, mit wessen Situation die Lage der Klägerin des Ausgangsverfahrens zu vergleichen sei. Zweitens sei zu ermitteln, ob diese Person (oder diese Personengruppe) eine günstigere Behandlung als Frau Brachner erfahre. Falls dies zu bejahen sei, sei zu ermitteln, ob durch diese Ungleichbehandlung eine Person des anderen Geschlechts bevorzugt werde. Falls Letzteres zu bejahen sei, sei zu ermitteln, ob die Ungleichbehandlung aus objektiven Gründen, die mit dem Geschlecht nichts zu tun haben, gerechtfertigt sei. Irland kommt zu der Schlussfolgerung, dass die Vergleiche, die das vorlegende Gericht ziehe, keinen Bezug zur Situation der Klägerin des Ausgangsverfahrens hätten, so dass die Vorlagefragen hypothetisch und damit unzulässig seien.

36. Für den Fall, dass der Gerichtshof entgegen dieser Argumentation die Fragen für zulässig halten sollte, trägt Irland vor, dass der vom nationalen Gericht dargestellte Sachverhalt nicht erkennen lasse, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens (oder eine Personengruppe, der sie angehöre) eine weniger günstige Behandlung erfahren habe als eine identifizierbare männliche Vergleichsperson (oder eine überwiegend aus Männern bestehende Vergleichsgruppe). Es treffe zwar zu, dass die Pensionen bei einigen Gruppen von Pensionsbeziehern prozentual stärker erhöht würden als bei anderen. Jedoch bestünden nicht alle diese Gruppen überwiegend aus Männern.

37. Nach Auffassung Irlands ist nicht erkennbar, inwiefern das System der Ausgleichszahlung diskriminierend sein könne. 54 % der Bezieher der Ausgleichszulage seien

Frauen, was nahezu exakt dem Prozentsatz der Frauen unter den Pensionisten insgesamt (53 %) entspreche. Es lasse sich daher nicht sagen, dass die Gruppe der Bezieher der Ausgleichszulage überwiegend aus Männern oder überwiegend aus Frauen bestehe. Sie spiegele lediglich die prozentualen Anteile an der Gesamtpopulation der Pensionisten wider. Die Grundpension werde ohne Anrechnung anderweitigen Einkommens angepasst (so dass insoweit andere Grundsätze gälten als im Bereich der Ausgleichszulage). Diese Grundsätze fänden jedoch sowohl auf Kleinstpensionsbezieher (die überwiegend weiblich seien) als auch auf die Bezieher von hohen Pensionen Anwendung (die überwiegend männlich seien). Daher lasse sich nicht sagen, dass diese beiden Berechnungsmethoden zu einer Bevorzugung einer überwiegend aus Männern bestehenden Gruppe gegenüber einer überwiegend aus Frauen bestehenden Gruppe führten. Selbst wenn die Gruppe der Bezieher hoher Pensionen (die überwiegend männlich seien) in irgendeiner Weise bevorzugt werde, setze sich die Gruppe der angeblich benachteiligten Personen (die Bezieher der Ausgleichszulage) nicht überwiegend aus Frauen zusammen.

38. Schließlich weist Irland darauf hin, dass die unterschiedliche Vorgehensweise bei der Anrechnung von Einkommen für die Ausgleichszulage und die normale Pension sich im Rahmen des Ermessensspielraums eines Mitgliedstaats halten dürfte, dem es nämlich freistehe, bei einigen Leistungen die Vermögensverhältnisse des Leistungsempfängers zu berücksichtigen, bei anderen hingegen nicht.

39. Die *Kommission* schlägt vor, auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 4 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Bestimmung über die jährliche Pensionsanpassung entgegensteht, nach der für eine bestimmte Gruppe von Kleinstpensionsbeziehern eine potenziell geringere Erhöhung als für andere Pensionsbezieher vorgesehen ist, sofern von dieser Regelung 25 % der männlichen, aber 57 % der weiblichen Pensionsbezieher nachteilig betroffen werden, es sei denn, dies kann durch objektive Faktoren gerechtfertigt werden, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

40. Zur Begründung ihrer Rechtsauffassung weist sie darauf hin, dass nach der Rechtsprechung eine Ungleichbehandlung dann vorliege, wenn der Anteil weiblicher Arbeitnehmer, die eine bestimmte Voraussetzung nicht erfüllten, um unter einen Entlassungsschutz zu fallen, einen statistisch „erheblich niedrigeren Prozentsatz“ ausmache oder ein „geringerer, aber über einen langen Zeitraum hinweg fortbestehender relativ konstanter Abstand“ bestehe. Bei den vom vorlegenden Gericht angegebenen Daten — aus denen sich ergebe, dass 57 % der Frauen gegenüber 25 % der Männer eine Kleinstpension bezögen — lasse sich nicht bestreiten, dass vor allem Frauen negativ betroffen seien und dass daher objektiv eine Benachteiligung von Frauen vorliege. Diese Ungleichbehandlung sei umso

schwerwiegender, als von den Personen, die keine Ausgleichszulage erhielten, deutlich mehr Frauen als Männer seien.

Es habe ein wichtiger Schritt zur Bekämpfung der Altersarmut gesetzt werden sollen. Personen wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die (selbst oder durch die Einkünfte des Ehepartners) über sonstige Einkünfte verfügten, bedürften jedoch nicht dieser sozialpolitischen Maßnahme. Bei diesen sei nämlich davon auszugehen, dass sie eben durch diese sonstigen Einkünfte nicht von Altersarmut bedroht seien und daher keine höhere Anpassung benötigten, als der Verbraucherpreisindex vorgebe.

C — *Zur dritten Vorlagefrage*

41. Die *österreichische Regierung* schlägt vor, die dritte Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass, sofern der Gerichtshof in der potenziell geringeren Erhöhung für eine bestimmte Gruppe von Pensionsbeziehern dennoch eine Diskriminierung von Frauen sehen sollte, diese aufgrund des untrennbaren Zusammenhangs mit der außerordentlichen Erhöhung der Ausgleichszulage und dem damit verbundenen Ziel der Armutsbekämpfung (als legitimes Ziel der Sozialpolitik) gerechtfertigt ist; diese Maßnahme ist auch zur Erreichung der Ziele geeignet und geht nicht über das Maß des Erforderlichen hinaus. Die Berücksichtigung der sonstigen Einkünfte des Pensionsbeziehers sowie der Einkünfte seines im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners bei der Ausgleichszulage stehe dem nicht entgegen.

42. Was die Rechtfertigung der außerordentlichen Erhöhung der Ausgleichszulagenrichtsätze betrifft, weist die österreichische Regierung darauf hin, dass Ziel der Pensionsanpassung 2008 gewesen sei, den Beziehern von Klein- und Kleinstpensionen zu helfen.

43. Im Übrigen verweist die österreichische Regierung auf das Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 24. September 2009, in dem dieser festgestellt habe, dass die Pensionsanpassung 2008 verfassungskonform sei und keine Grundrechte, insbesondere auch nicht den Gleichheitsgrundsatz, verletze. Zudem habe der Verfassungsgerichtshof den unmittelbaren Konnex (Wirkungszusammenhang) zwischen der Pensionsanpassung und der außerordentlichen Erhöhung der Ausgleichszulage anerkannt. Letztere sei daher bei der Beurteilung der Erhöhung der Pensionsleistungen durch die außerordentliche Pensionsanpassung 2008 mitzuberücksichtigen.

44. *Irland* schlägt vor, die dritte Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass eine Benachteiligung weiblicher Pensionsbezieher bei der jährlichen Erhöhung ihrer Pension

gerechtfertigt sein kann, wenn sie zur Erreichung eines sozial- oder wirtschaftspolitischen Ziels erforderlich und geeignet ist, das nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat. Soweit sich ein Mitgliedstaat auf Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 79/7 beruft, kann eine Benachteiligung auch mit dem früheren Pensionsanfallsalter und/oder der längeren Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher gerechtfertigt werden.

45. Irland weist zur Begründung seiner Rechtsauffassung darauf hin, dass im Rahmen von Sozialhilferegelungen notgedrungen einige Gruppen von Leistungsempfängern unterstützt würden, andere hingegen ausgeschlossen würden, wobei gegebenenfalls komplexe Kriterien und Differenzierungen zur Anwendung kommen könnten. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs fänden sich zahlreiche Fälle, in denen einzelstaatliche Regelungen wegen Diskriminierung angefochten worden seien und der Gerichtshof entschieden habe, dass die im nationalen Recht vorgesehenen Kriterien durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt seien. Obwohl Haushaltserwägungen als solche eine Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht rechtfertigen können, habe der Gerichtshof anerkannt, dass die Notwendigkeit, eine ordnungsgemäße Steuerung der Ausgaben der Allgemeinheit sicherzustellen, ein legitimes Ziel darstelle. Nach Ansicht Irlands verfolgen die Mitgliedstaaten bei der Zuweisung begrenzter öffentlicher Mittel im Rahmen des jährlichen Haushaltsaufstellungsverfahrens eine Reihe legitimer sozial- und wirtschaftspolitischer Ziele, darunter die der Verteilung begrenzter öffentlicher Mittel zwischen verschiedenen Personengruppen und der ordnungsgemäßen Steuerung der Ausgaben der Allgemeinheit. Hierbei verfügten die Mitgliedstaaten über ein sehr weites Ermessen. Ähnlich könne es, wenn von Zeit zu Zeit die Anpassung der Sätze anstehe, einfacher sein, pauschalierende Erhöhungen vorzunehmen, als für jede einzelne Person einen genauen Prozentsatz zu errechnen. Im vorliegenden Fall habe das nationale Gericht die Pensionen in vier Kategorien eingeteilt. Sie könnten aber auch ganz anders eingeteilt werden. Nach Ansicht der irischen Regierung würde sich der Aufwand für die nationalen Verwaltungen enorm erhöhen, wenn bei jeder Regelung eine statistische Analyse des Verhältnisses zwischen Männern und Frauen erforderlich wäre, ehe eine pauschalierende Erhöhung vorgesehen werden könnte.

46. Schließlich stellt Irland fest, dass in Österreich für Männer und Frauen möglicherweise ein unterschiedliches Pensionsalter gelte. Sollte dies der Fall sein, könnte sich Österreich gegebenenfalls auf Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 79/7 berufen. Damit wäre Österreich befugt, unterschiedliche Regelungen für Männer und Frauen zu treffen, falls diese „notwendig“ mit dem unterschiedlichen Ruhestandsalter verbunden seien.

47. Die *Kommission* schlägt vor, die dritte Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass eine Benachteiligung weiblicher Pensionsbezieher bei der jährlichen Erhöhung ihrer Pension nicht mit dem früheren Pensionsanfallsalter oder der längeren

Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher oder damit gerechtfertigt werden kann, dass der Richtsatz für ein sozialrechtlich vorgesehenes Mindesteinkommen (Ausgleichszulagenrichtsatz) überproportional erhöht wurde, wenn die Bestimmungen über die Gewährung des sozialrechtlich vorgesehenen Mindesteinkommens (Ausgleichszulage) eine Anrechnung der sonstigen eigenen Einkünfte des Pensionsbeziehers sowie der Einkünfte seines im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten vorsehen, während bei den anderen Pensionsbeziehern die Pensionserhöhung ohne die Anrechnung sonstigen eigenen Einkommens des Pensionsbeziehers oder des Einkommens seines Ehegatten erfolgt.

48. Was die Ungleichbehandlung aufgrund des früheren Pensionsanfallsalters oder der längeren Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher angeht, weist die Kommission darauf hin, dass die Anzahl der erworbenen Versicherungsmonate bereits bei der Bemessung der Pension berücksichtigt worden sei und nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden dürfe. Was die höhere durchschnittliche längere Lebenserwartung von Frauen angeht, macht die Kommission geltend, dass dies ein unzulässiger Rechtfertigungsgrund sei, da eine längere Lebenserwartung ein typischerweise geschlechtsgebundener Unterschied sei. Fraglich sei zudem, worin genau die legitime Zielsetzung der Erhöhung des Ausgleichszulagenrichtsatzes bestehe. Schließlich weist die Kommission darauf hin, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten in den Systemen sozialer Sicherheit zwar einen Gestaltungsspielraum einräume, jedoch strikt auf die Erforderlichkeit und Eignung für ein sozialpolitisches Ziel abstelle.

VI — Rechtliche Würdigung

A — *Einleitende Bemerkungen*

1. Unionsrechtliche Grundlagen des Diskriminierungsverbots

49. Der Grundsatz der Gleichstellung von Männern und Frauen [9] am Arbeitsplatz nimmt im europäischen Arbeitsrecht einen zentralen Platz ein [10]. Der Grundsatz

9 — Vgl. für eine ausführliche Darstellung des Grundsatzes der Gleichstellung von Männern und Frauen in Europa McCrudden, C./Prechal, S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, Bericht der Europäischen Kommission, Generaldirektion für Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, 2009.

10 — In diesem Sinne Krimphove, D., *Europäisches Arbeitsrecht*, München 1996, S. 140.

der Gleichbehandlung von Mann und Frau im Arbeitsleben ist auf der Ebene des internationalen Arbeitsrechts im Übereinkommen Nr. 100 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit, das von zahlreichen Mitgliedstaaten ratifiziert worden ist, niedergelegt. Speziell für das Arbeitsrecht der Europäischen Union führt Punkt 16 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer [11] — auf die die Präambel zum EU-Vertrag sowie Art. 136 Abs. 1 EG Bezug nehmen — das Erfordernis der Gleichbehandlung und den Ausbau der Chancengleichheit von Männern und Frauen auf. Darüber hinaus schreibt das Primärrecht in Art. 2 und 3 Abs. 2 EG als allgemeines Ziel vor, die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Ferner hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die fundamentale Bedeutung dieses Gebots dadurch betont, dass er es als eine grundlegende Regel des Gemeinschaftsrechts [12] bezeichnet hat.

50. Einen rechtlich verbindlichen Anknüpfungspunkt für die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern beider Geschlechter hat der Unionsgesetzgeber anfangs nur für den Fall der Entgeltlichkeit in das Primärrecht, nämlich in Art. 141 EG (Art. 157 AEUV), aufgenommen. Diese Bestimmung verpflichtet jeden Mitgliedstaat, den Grundsatz der „Zahlung gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei deren Leistung von gleicher Arbeit" zu gewährleisten. Sie ist vom Gerichtshof im Wege der Auslegung zu einem umfassenden Antidiskriminierungsrecht ausgebaut worden. Da diese Vorschrift aber ausschließlich Tatbestände der Entgeltlichkeit erfasst und nicht die generelle Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben regelt, hat sich der Unionsgesetzgeber seit den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts in zahlreichen Rechtsakten verstärkt dem Thema der universellen Gleichbehandlung von Männern und Frauen angenommen, wobei auch sozialrechtliche Aspekte, wie etwa im Zusammenhang mit Ansprüchen der Arbeitnehmer auf Leistungen der sozialen Sicherheit, geregelt wurden [13]. Zu den erlassenen Rechtsakten gehört die für die vorliegende Rechtssache relevante Richtlinie 79/7, die die spezifische sozialrechtliche Seite dieses Lebensbereichs abdeckt und deshalb die Vorgaben des

11 — Punkt 16 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer besagt: „Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen ist zu gewährleisten. Die Chancengleichheit für Männer und Frauen ist weiter auszubauen. Zu diesem Zweck sind überall dort, wo dies erforderlich ist, die Maßnahmen zu verstärken, mit denen die Verwirklichung der Gleichheit von Männern und Frauen vor allem im Hinblick auf den Zugang zu Beschäftigung, Arbeitsentgelt, Arbeitsbedingungen, sozialen Schutz, allgemeine und berufliche Bildung sowie beruflichen Aufstieg sichergestellt wird. Auch sind die Maßnahmen auszubauen, die es Männern und Frauen ermöglichen, ihre beruflichen und familiären Pflichten besser miteinander in Einklang zu bringen."

12 — Vgl. grundlegend die Urteile vom 8. April 1976, Defrenne („Defrenne II", 43/75, Slg. 1976, 455, Randnr. 12), vom 15. Juni 1978, Defrenne („Defrenne III", 149/77, Slg. 1978, 1365, Randnrn. 26 und 27) vom 26. Februar 1986, Marshall (152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 36) und Beets-Proper (262/84, Slg. 1986, 773, Randnr. 38), ferner die Urteile vom 24. Februar 1994, Roks u. a. (C-343/92, Slg. 1994, I-571, Randnr. 36), vom 6. April 2000, Jørgensen (C-226/98, Slg. 2000, I-2447, Randnr. 39), vom 20. März 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Randnr. 60), und vom 23. Oktober 2003, Schönheit und Becker (C-4/02 und C-5/02, Slg. 2003, I-12575, Randnr. 85).

13 — Vgl. Prechal, S., „Access to equality: An introduction", *Access to equality between men and women in the European Community*, Brüssel 1993, S. 1 f., und Bieback, K.-J., *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts*, Baden-Baden 1997, S. 22 f. Wie Bieback, K.-J., *Europäisches Sozialrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 535, Randnr. 1, erklärt, ist das normale Entgelt allerdings nur schwer von Leistungen der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit und diese wieder nur schwer von gesetzlichen/staatlichen Systemen zu unterscheiden, zumal die betrieblichen Systeme oft stark von staatlichen Systemen abhingen und ohne sie nicht sinnvoll geregelt werden könnten.

Art. 141 EG gewissermaßen ergänzt. Nicht zuletzt aufgrund der ergänzenden Funktion ihrer Bestimmungen zur sozialen Sicherheit wie auch wegen der damals noch unzureichenden Kompetenzen der Union im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts wurde die Richtlinie 79/7 auf die generelle Abrundungskompetenz des Art. 308 EG (Art. 352 AEUV) gestützt.

51. Inzwischen ist aber insofern eine grundlegende Veränderung im Bereich des Europäischen Sozialrechts eingetreten, als die Union seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam und der Geltung von Art. 13 EG (Art. 19 AEUV) und der Art. 136 f. EG (Art. 151 f. AEUV) über eine umfassende Regelungskompetenz für die gesamte soziale Sicherheit und das Antidiskriminierungsrecht verfügt [14], die den Erlass zahlreicher Rechtsakte ermöglicht hat. Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang die endgültige Bestätigung, die der Grundsatz der Gleichstellung von Männern und Frauen durch dessen Verankerung in den Art. 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [15] erfahren hat. Diese Bestimmungen verbieten zum einen Diskriminierungen wegen des Geschlechts, zum anderen verpflichten sie die Union und ihre Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts, die Gleichheit beider Geschlechter in allen Bereichen zu gewährleisten.

2. Erfassung von mittelbaren Diskriminierungen

52. Die Richtlinie 79/7 selbst ist seit ihrem Inkrafttreten unverändert geblieben. Ihre praktische Bedeutung liegt vor allem im Verbot von mittelbaren Diskriminierungen, die in Art. 4 Abs. 1 auch ausdrücklich erwähnt sind, da die unmittelbaren Diskriminierungen in den nationalen Sozialrechtsordnungen bereits weitgehend beseitigt sind [16]. Um den Verdacht einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geht es auch im Fall der streitgegenständlichen nationalen Regelung, zumal den Angaben des vorlegenden Gerichts zu entnehmen ist, dass der Gruppe von Kleinstpensionsbeziehern, die nicht in den Genuss einer außerordentlichen

14 — Vgl. Urteil vom 1. März 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats u. a. (C-236/09, Slg. 2011, I-773, Randnrn. 18 f.). Vgl. Schiek, D., *Europäisches Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 220, und Galantino, L., *Diritto comunitario del lavoro*, Turin 2000, S. 46 f.

15 — ABl. 2010, C 83, S. 389.

16 — Vgl. Krimphove, D., a. a. O. (Fn. 10), S. 140, Haverkate, G./Huster, S., *Europäisches Sozialrecht — Eine Einführung*, Baden-Baden 1999, Randnr. 701, S. 399, die darauf hinweisen, dass der praktische Schwerpunkt der Richtlinie 79/7 im Bereich der mittelbaren Diskriminierung liege, die in Art. 4 Abs. 1 auch ausdrücklich erwähnt wird.

Pensionserhöhung kommen, überwiegend Frauen angehören, obwohl diese Regelung nicht ausdrücklich an das Geschlecht als Kriterium für eine etwaige Unterscheidung anknüpft.

53. Zuallererst aber ist zu klären, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 die nationalrechtlich vorgesehene Anpassung einer Pension überhaupt erfasst. Dies ist Gegenstand der ersten Vorlagefrage. Die zweite Vorlagefrage geht dahin, ob angesichts der unterschiedlichen Betroffenheit von Männern und Frauen — das Fehlen einer objektiven Rechtfertigung unterstellt — eine durch Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Mit seiner dritten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die finanzielle Benachteiligung, die eine Gruppe von Pensionsbeziehern dadurch erleidet, dass ihr — anders als einer anderen Gruppe von Pensionsbeziehern, auf die diese Regelung nicht Anwendung findet — die sonstigen eigenen Einkünfte sowie die Einkünfte des im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten angerechnet werden, gerechtfertigt werden kann. Im Interesse der Übersichtlichkeit sind die Vorlagefragen in der vorgegebenen Reihenfolge zu untersuchen.

54. Vorsorglich ist auf den Einwand der österreichischen Regierung, wonach der österreichische Verfassungsgerichtshof die Bedenken des vorlegenden Gerichts hinsichtlich der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen nationalen Regelung mit dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatz — der auch das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts umfasse — bereits als unbegründet erachtet habe, zu erwidern, dass dieser Umstand keinerlei Auswirkungen auf das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren hat, da es hierbei ausschließlich um die Prüfung der Frage geht, ob das Unionsrecht dieser Regelung entgegensteht. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist zur Sicherstellung des Vorrangs des Unionsrechts Voraussetzung für das Funktionieren dieses Systems der Zusammenarbeit, dass es dem nationalen Gericht freisteht, in jedem Moment des Verfahrens, den es für geeignet hält, und selbst nach Abschluss eines Zwischenverfahrens zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit dem Gerichtshof jede Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, die es für erforderlich hält [17].

B — *Zur ersten Vorlagefrage*

55. Wie sich den Ausführungen des vorlegenden Gerichts entnehmen lässt, ist zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens nicht streitig, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens als Pensionsbezieherin in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 fällt und die streitgegenständlichen Regelungen grundsätzlich auch in deren

17 — Vgl. Urteil vom 22. Juni 2010, Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, Slg. 2010, I-5667, Randnr. 52).

sachlichen Anwendungsbereich fallen. Streit besteht zwischen den Parteien hingegen darüber, ob auch das im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehene System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) vom Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 erfasst wird [18].

56. Von den Beteiligten am Vorabentscheidungsverfahren scheint allein Irland eine abweichende Auffassung bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs der Richtlinie 79/7 für den Ausgangsfall zu vertreten. Aus diesem Grund werde ich in meinen Ausführungen gesondert auf diesen Aspekt eingehen. Zu diesem Zweck muss zunächst der Frage nachgegangen werden, ob es sich bei der streitgegenständlichen Pensionsanpassung um ein gesetzliches System handelt, das Schutz gegen eines der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 aufgeführten Risiken bietet. Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, fällt eine Leistung nur in den Geltungsbereich dieser Richtlinie, wenn sie sich in ein gesetzliches System des Schutzes gegen eines der aufgeführten Risiken einfügt, Teil eines solchen Systems ist oder eine Form der Sozialhilfe mit dem gleichen Ziel darstellt [19]. Mit anderen Worten, die Leistung muss unmittelbar und effektiv mit dem Schutz gegen eines der in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten Risiken zusammenhängen [20].

57. Dazu ist festzustellen, dass diese Richtlinienbestimmung u. a. „die Risiken des Alters“ ausdrücklich anführt. Zu den gesetzlichen Systemen zum Schutz gegen derartige Risiken gehört zweifellos in erster Linie die Altersrente, die der Klägerin des Ausgangsverfahrens kraft Gesetzes zusteht. Dazu gehören notwendigerweise aber auch solche regelmäßigen Erhöhungen der Altersrente wie die hier streitgegenständliche Pensionsanpassung, die gemäß den Angaben des vorlegenden Gerichts [21] darauf abzielen, die Pensionen in ihrem Wert zu sichern und ihre Kaufkraft zu erhalten, zumal der gesetzgeberische Zweck solcher Maßnahmen nach den Ausführungen der österreichischen Regierung [22] darin besteht, die Begünstigten gegen ein mit dem Alter typischerweise verbundenes Risiko zu schützen, nämlich die Altersarmut. Durch die Anpassung an den jeweiligen Verbraucherpreisindex soll nämlich verhindert werden, dass das zum Lebensunterhalt notwendige Einkommen bzw. dessen Kaufkraft sinkt. Für die Auslegung der Richtlinie ist es also unbeachtlich, dass diese von ihrem Wortlaut her Pensionsanpassungen nicht erfasst, zumal Sinn und Zweck von Art. 3 und 4 der Richtlinie klar für eine Auslegung sprechen, der zufolge solche Pensionsanpassungen auch in den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie fallen. Es lässt sich nämlich nur schwer vertreten, dass ein wesentlicher Unterschied

18 — Vgl. S. 7 der Vorlagebeschlusses.

19 — Vgl. Urteile vom 24. Juni 1986, Drake (150/85, Slg. 1986, 1995, Randnr. 21), vom 4. Februar 1992, Smithson (C-243/90, Slg. 1992, I-467, Randnr. 12), und vom 16. Juli 1992, Jackson und Cresswell (C-63/91 und C-64/91, Slg. 1992, I-4737, Randnr. 15).

20 — Vgl. Urteil vom 11. Juli 1996, Atkins (C-228/94, Slg. 1996, I-3633). Vgl. Egger, J., *Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung*, 2. Aufl., Wien 2005, S. 323.

21 — Vgl. S. 16 des Vorlagebeschlusses.

22 — Vgl. S. 18 der schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung.

zwischen der Altersrente und ihrer nachträglichen Anpassung bestehe, ist die Anpassung doch letztlich nur eine Neuberechnung des ursprünglichen Betrags. Die Pensionserhöhung ist als gesetzliche Wertsicherungsmaßnahme, wie die Kommission [23] zutreffend darlegt, nur eine Modalität der Pensionsberechnung in einem bestimmten Jahr.

58. Für diese These lässt sich nicht nur anführen, dass der ursprünglich als monatliche Rente zuerkannte Betrag als Berechnungsgrundlage für eine prozentuale Erhöhung verwendet wird. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die ursprüngliche Funktion der Altersrente, d. h. Schutz vor Risiken des Alters, auch nach der Anpassung unverändert bleibt. Durch die nachträgliche Anpassung erlangt der Anspruch des Pensionsbeziehers, anders als von Irland unterstellt [24], keine andere Rechtsqualität. Das System der Pensionserhöhung hängt somit unmittelbar und effektiv mit dem Schutz gegen eines der in Art. 3 Abs. 1 angeführten Risiken zusammen. Der von Irland angestellte Vergleich mit dem System der Einkommensbeihilfe (Income Support) im Vereinigten Königreich, das Gegenstand der Prüfung in den Rechtssachen Jackson und Cresswell [25] war, geht fehl, da es sich bei jener Einkommensbeihilfe um eine Leistung handelte, die eindeutig den Charakter von Sozialhilfe für Geringverdiener hatte. Sie wurde in bestimmten persönlichen Situationen Personen gewährt, deren Mittel nicht ausreichten, um ihre Bedürfnisse im Sinne des nationalen Rechts zu decken. Folgerichtig hat der Gerichtshof auch festgestellt, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 nicht auf solche Leistungen anwendbar ist [26]. Eine entsprechende Lage liegt im Ausgangsfall jedoch keinesfalls vor. Bei der Pensionsanpassung, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, handelt es sich vielmehr, worauf bereits die Bezeichnung hinweist, um eine nachträgliche Änderung des ursprünglichen Rentenbetrags, um den gewandelten Umständen Rechnung zu tragen.

59. Dementsprechend muss die Anpassung des Betrags ähnlich wie die ursprüngliche Festsetzung der Altersrente auch als eine „Berechnung der Leistung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie verstanden werden. Eine andere Sichtweise würde letztlich darauf hinauslaufen, entweder eine Regelungslücke in der Richtlinie anzunehmen oder dem Unionsgesetzgeber zu unterstellen, dass er im Rahmen der erstmaligen Festsetzung der Altersrente Diskriminierungen zwischen Mann und Frau unterbinden wollte, nicht aber bei späteren jährlichen Anpassungen. Ein solches Ergebnis erweist sich als nicht vertretbar

23 — Vgl. Randnr. 18 der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

24 — Vgl. Randnrn. 37 f. der schriftlichen Erklärungen Irlands.

25 — Urteil Jackson und Cresswell (oben in Fn. 19 angeführt).

26 — Ebd. (Randnr. 22).

angesichts des im ersten Erwägungsgrund erwähnten Ziels der Richtlinie, den Grundsatz der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit zu verwirklichen. Folglich ist das Vorbringen Irlands zurückzuweisen.

60. Nach alledem ist Art. 4 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen, dass auch das im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehene System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) unter das Diskriminierungsverbot des Abs. 1 dieser Bestimmung fällt.

C — *Zur zweiten Vorlagefrage*

1. Allgemeines

61. Wie sämtliche Verfahrensbeteiligten zutreffend erklären, verfügen die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik über einen weiten Gestaltungsspielraum, und zwar hinsichtlich der Art der sozialen Schutzmaßnahmen und der konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung [27]. Dieser Gestaltungsspielraum ist allerdings nicht unbegrenzt, setzt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten doch grundlegende Schranken, die sie bei der Rechtsetzung beachten müssen. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 stellt gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine solche Schranke dar [28]. Diese Richtlinienbestimmung verbietet nämlich unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Rahmen verschiedener Konstellationen, die im Zusammenhang mit der Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit stehen. Nachdem oben bereits festgestellt worden ist, dass die streitgegenständliche Pensionsanpassung als eine „Berechnung von Leistungen" im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, muss im Folgenden ermittelt werden, ob im Ausgangsfall eine Diskriminierung vorliegt.

2. Neutral formulierte Regelung

62. Eine unmittelbare Diskriminierung scheidet, wie bereits angedeutet, von vornherein aus, da die Pensionserhöhung allen Pensionsbeziehern gewährt wird, ohne dass an das Geschlecht gesondert angeknüpft würde.

27 — Vgl. Urteile vom 8. Februar 1996, Laperre (C-8/94, Slg. 1996, I-273, Randnr. 18), vom 14. Dezember 1995, Nolte (C-317/93, Slg. 1995, I-4625, Randnr. 33), vom 19. November 1992, Molenbroek (C-226/91, Slg. 1992, I-5943, Randnr. 15), und vom 7. Mai 1991, Kommission/Belgien (C-229/89, Slg. 1991, I-2205, Randnr. 19).

28 — Vgl. Urteile vom 9. Februar 1999, Seymour-Smith und Perez (C-167/97, Slg. 1999, I-623, Randnrn. 74 und 75), Kutz-Bauer (oben in Fn. 10 angeführt, Randnrn. 55 bis 57), vom 11. September 2003, Steinicke (C-77/02, Slg. 2003, I-9027, Randnr. 63), und vom 18. Jänner 2007, Confédération générale du travail u. a. (C-385/05, Slg. 2007, I-611, Randnrn. 28 und 29).

Dieser Befund wird auch von keinem der Verfahrensbeteiligten bestritten.

63. Die streitgegenständlichen nationalen Bestimmungen, auf denen diese Regelung gründet, zielen jedenfalls nicht offensichtlich auf die Benachteiligung einer Gruppe von Personen eines bestimmten Geschlechts ab. Vielmehr beruht das System der Pensionsanpassung 2008 auf einer Einteilung der Pensionsbezieher in mehrere Kategorien, die sich nach der Höhe der Pensionen voneinander unterscheiden und jeweils unterschiedlich hohen Anpassungen, sei es in Form von Prozentsätzen oder Pauschalbeträgen, unterworfen werden. Aus dem Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 24. September 2009 bezüglich der Verfassungsmäßigkeit der Pensionsanpassung 2008, auf das die österreichische Regierung im Rahmen ihrer Ausführungen verweist, geht hervor, dass diese Klassifizierung auf dem Prinzip der „sozialen Staffelung" basiert und ursprünglich auf eine Vereinbarung zwischen der österreichischen Regierung und dem Österreichischen Seniorenrat, der Interessenvertretung der Pensionisten in diesem Mitgliedstaat, zurückgeht. Indem sie auf die Entstehungsgeschichte und die maßgeblichen Erwägungen hinter dieser Reform verweist, beruft sich die österreichische Regierung letztlich auf ihr Gestaltungsermessen bei der Anpassung der Pensionen. Im Ergebnis lässt sich jedenfalls festhalten, dass die streitgegenständlichen nationalen Bestimmungen, auf denen diese Regelung gründet, im Sinne der Rechtsprechung „neutral formuliert" [29] sind, womit im Grunde zugleich die erste Voraussetzung für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung erfüllt ist.

64. Es bleibt das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zu prüfen. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 gegeben, wenn eine nationale Maßnahme zwar nicht unmittelbar an das Geschlecht anknüpft, sondern neutral formuliert ist, tatsächlich aber einen viel höheren Prozentsatz der Mitglieder eines Geschlechts benachteiligt, es sei denn, dass diese Maßnahme durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [30]. Dies ist der Fall, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats dienen, um dessen Rechtsvorschriften

29 — Als neutrale Merkmale, die eine Regelung verwendet, kommen nach Ansicht von Egger, J., a. a. O. (Fn. 20), S. 323, solche wie „Teilzeitarbeit" oder „geringfügige Beschäftigung" in Betracht. Ähnlich auch Galantino, L., a. a. O. (Fn. 14), S. 194. Nach Auffassung von Prechal, S., „Combatting indirect discrimination in community law context", *Legal issues of european integration*, 1993/1, Amsterdam, S. 84 f., kommen als neutrale Merkmale, die eine mittelbare Diskriminierung verdecken können, auch andere Merkmale in Betracht wie z. B. „Altersbeschränkungen" (weil Frauen ab einem gewissen Alter mit der Kindererziehung beschäftigt seien), „Beschäftigung in Teilzeitarbeitsverhältnissen" (weil Haushaltsverpflichtungen Frauen nicht gestatteten, Vollzeitstellen zu besetzen), „Ausbildungserfordernisse" (weil Frauen seltener eine höhere Ausbildung wahrnehmen könnten), „physische Verfassung", „geografische Mobilität" usw.

30 — Vgl. u. a. Urteile Jørgensen (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 29), vom 26. September 2000, Kachelmann (C-322/98, Slg. 2000, I-7505, Randnr. 23), vom 9. September 2003, Rinke (C-25/02, Slg. 2003, I-8349, Randnr. 33), Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 67), und vom 12. Oktober 2004, Wippel (C-313/02, Slg. 2004, I-9483, Randnr. 43).

es geht, und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind [31].

65. Entsprechend dieser Definition sind die einschlägigen Problemkreise in der Reihenfolge zu untersuchen, dass zunächst festzustellen ist, ob eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen vorliegt. Sofern eine solche Ungleichbehandlung bejaht werden sollte, muss anschließend ermittelt werden, ob sie auch gerechtfertigt ist [32].

3. Ungleichbehandlung von Männern und Frauen

66. In Übereinstimmung mit den Kriterien, die der Gerichtshof zum Zweck des Nachweises einer mittelbaren Diskriminierung entwickelt hat, muss im Folgenden ermittelt werden, ob die streitgegenständliche Regelung sich auf weibliche Pensionsbezieher „ungünstiger auswirkt“ [33] als auf männliche. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nicht jede nicht ins Gewicht fallende Ungleichbehandlung bereits als tatbestandsmäßig ansieht. Vielmehr ergibt sich aus einer näheren Untersuchung der bisherigen Rechtsprechung, dass der Gerichtshof zur Bejahung einer relevanten Ungleichbehandlung voraussetzt, dass eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschritten wird [34], was dann der Fall ist, wenn „wesentlich mehr“ [35] bzw. „tatsächlich prozentual erheblich mehr“ [36] Angehörige eines Geschlechts benachteiligt sind als andere.

67. Die Feststellung, ob im Ausgangsfall im Sinne der Rechtsprechung tatsächlich ein „erheblich höherer Prozentsatz“ [37] weiblicher als männlicher Pensionsbezieher von einer ungünstigen Regelung betroffen ist, kann nur im Wege einer Würdigung von Tatsachen vorgenommen werden, deren Ermittlung aufgrund der hierfür erforderlichen Sachnähe und Kenntnis der spezifischen Umstände in erster Linie dem nationalen Richter obliegt. Der Gerichtshof kann sich bei der Auslegung des Unionsrechts nur auf die Sachverhaltsdarstellung stützen, wie sie sich aus dem

31 — Vgl. Urteile Roks (oben in Fn. 12 angeführt, Randnrn. 33 und 34), Nolte (oben in Fn. 27 angeführt, Randnr. 28) und Laperre (oben in Fn. 25 angeführt, Randnr. 14). Thüsing, G., *Europäisches Arbeitsrecht*, S. 69, Randnr. 5, weist darauf hin, dass das Institut der mittelbaren Diskriminierung, wonach dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einem bestimmten Merkmal gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligten und diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt seien und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich seien (vgl. Definition in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf), zuerst bei der Dienstleistungsfreiheit entwickelt worden sei, bevor es in der Rechtssache Jenkins (Urteil vom 31. März 1981, 96/80, Slg. 1981, 911) auf die Geschlechtsdiskriminierung übertragen worden sei.

32 — Entspricht im Wesentlichen dem von Haverkate, G./Huster, S., a. a. O. (Fn. 16), Randnr. 701, S. 399, vorgeschlagenen Prüfungsschema.

33 — Vgl. Urteile Seymour-Smith und Perez (oben in Fn. 28 angeführt, Randnr. 52) sowie Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 69).

34 — In diesem Sinne Steiner, J., „The principle of equal treatment for men and women in social security“, *Sex equality law in the European Union*, S. 123, Fn. 69, die darauf hinweist, dass der Gerichtshof noch nicht die Schwelle festgelegt habe, ab der die Wirkung einer Regelung als unverhältnismäßig angesehen werden könne, obgleich ein wesentliches Auseinanderfallen der Prozentanteile dazu erforderlich zu sein scheine.

35 — Vgl. Urteile vom 27. Oktober 1998, Boyle u. a. (C-411/96, Slg. 1998, I-6401, Randnr. 76), vom 21. Oktober 1999, Lewen (C-333/97, Slg. 1999, I-7243, Randnr. 34), und vom 16. Juli 2009, Gómez-Limón (C-537/07, Slg. 2009, I-6525, Randnr. 54).

36 — Siehe die in Fn. 30 angeführte Rechtsprechung.

37 — Vgl. Urteil Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 71).

Vorlagebeschluss und den beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen ergibt [38].

68. Die wesentlichen Fakten sind bereits in der zweiten Vorlagefrage zusammengefasst. Ergänzend erklärt das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss, dass seiner Ansicht nach eine Ungleichbehandlung der von der Pensionsanpassung 2008 betroffenen Pensionsbezieher insofern vorliege, als Pensionen unter dem Ausgleichsrichtsatz (747 Euro) nur um 1,7 % erhöht, während Pensionen zwischen 747 Euro und 2 160 Euro stärker erhöht würden. Nach den im Ausgangsverfahren vorgelegten statistischen Daten hätten im Anwendungsbereich ASVG insgesamt 1 325 762 Personen (davon 614 293 Männer und 711 469 Frauen) Pensionen aus eigener Erwerbstätigkeit (Eigenpensionen) bezogen. Innerhalb der Gruppe der Pensionsbezieher hätten insgesamt 562 463 Personen eine Pension bis 750 Euro monatlich (sogenannte Kleinstpension) bezogen, wobei 408 910 Frauen und 153 553 Männer eine Pension bis zu dieser Höhe erhalten hätten. Daraus folge, dass innerhalb der Personengruppe der weiblichen Pensionsbezieher der Anteil der Personen, die eine Pension von bis zu 750 Euro bezögen, 57 % betrage. Demgegenüber belaufe sich der Anteil der Personen mit einer Kleinstpension (bis 750 Euro monatlich) innerhalb der Personengruppe der männlichen Pensionsbezieher auf 25 %. Damit sei die Prozentzahl der Frauen, die durch die Pensionsanpassung 2008 negativ betroffen sei, im Ergebnis 2,3mal höher als jene der Männer [39].

69. Den Angaben des vorlegenden Gerichts zufolge war es im vorliegenden Fall — vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof bisher noch keine Mindestgrenze für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung vorgegeben habe — geboten, ihm eine Frage nach dem Vorliegen einer wesentlich stärkeren nachteiligen Betroffenheit des weiblichen Geschlechts im Sinne einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach dem Unionsrecht zu stellen. Dem vorlegenden Gericht ist darin beizupflichten, dass der Gerichtshof bisher darauf verzichtet hat, einen verbindlichen Schwellenwert oder gar einen bestimmten Prozentsatzunterschied festzulegen, ab dem eine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung vorliegt [40]. Eine Untersuchung der bisherigen Rechtsprechung des

38 — Vgl. Urteile Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 71), Molenbroek (oben in Fn. 27 angeführt, Randnr. 12), Jackson und Cresswell (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 3) und vom 11. Juni 1987, Teuling (30/85, Slg. 1987, 2497, Randnr. 14).

39 — Vgl. S. 10 des Vorlagebeschlusses.

40 — Diese Einschätzung wird auch von Prechal, S., a. a. O. (Fn. 29), S. 85 f., geteilt. Nach Ansicht der Autorin ist dies aber verständlich, zumal in einigen der an den Gerichtshof gerichteten Vorabentscheidungsersuchen die vorlegenden Gerichte beispielsweise bereits festgestellt hätten, dass „überwiegend Frauen" von einer bestimmten Maßnahme betroffen seien, oder die Vorlagefragen so formuliert gewesen seien, dass eine Ungleichbehandlung unterstellt gewesen sei. Ferner weist sie darauf hin, dass gemäß der Kompetenzverteilung zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten es Letzteren obliege, die Tatsachen des Ausgangsverfahrens zu würdigen. Dies hindere allerdings den Gerichtshof nicht daran, ihnen nützliche Hinweise dazu zu erteilen, *wie* diese Fakten zu würdigen seien.

Gerichtshofs zur Richtlinie 79/7 erlaubt keine genauen Rückschlüsse. Demgegenüber sind in Urteilen zu Art. 141 EG, in denen es um benachteiligende Regelungen für Teilzeitbeschäftigte ging, konkrete Prozentsätze zum benachteiligten Geschlecht enthalten. So hat der Gerichtshof beispielsweise in der Rechtssache Hill und Stapleton [41] festgestellt, dass 99,2 % der „Clerical Assistants", die einen Arbeitsplatz teilen, sowie im Übrigen 98 % sämtlicher Arbeitnehmer, die im öffentlichen Dienst aufgrund von Teilarbeitsplatzverträgen beschäftigt waren, Frauen waren. In der Rechtssache Schröder [42] belief sich der Anteil der Teilzeitbeschäftigten auf 95 %, und in der Rechtssache Voß [43] waren 88 % der teilzeitbeschäftigten Lehrer im Dienst des Landes Berlin Frauen. Ähnliches gilt für die Rechtssache Schönheit und Becker [44], in der der Anteil weiblicher Teilzeitbeschäftigter in der Verwaltung des Landes Hessen etwa 87,9 % betrug.

70. Diese Beispiele sind sicherlich nicht völlig irrelevant für die Auslegung der Richtlinie 79/7. Sie vermögen letzten Endes jedoch nicht, wie auch die österreichische Regierung ausdrücklich einräumt, vollständig Aufschluss darüber zu geben, ab welchem Prozentsatz eine relevante Ungleichbehandlung im Sinne der Rechtsprechung anzunehmen ist. Ein solches Vorgehen würde der Komplexität einer solchen Beurteilungsaufgabe auch nicht gerecht, zumal sowohl die relevanten rechtlichen als auch faktischen Elemente von einem Fall zum anderen beträchtlich voneinander abweichen können. Es wird in der Regel kaum möglich sein, feste prozentuale Werte anzugeben, da es daneben auch auf die absoluten Zahlen und die Intensität der jeweiligen Auswirkung ankommen kann [45]. Eine Einzelfallbeurteilung, wie sie der Gerichtshof im Rahmen der Wahrnehmung seiner Auslegungskompetenzen bisher in jeder einzelnen Rechtssache vorgenommen hat, erscheint mir deshalb unabdingbar.

71. Die Einwände der österreichischen Regierung [46] gegen ein Abstellen auf die prozentuale Betroffenheit der Geschlechter vermögen indes nicht zu überzeugen. Sofern sie vor einem Verlust der mitgliedstaatlichen Autonomie zur Ausgestaltung der Sozialpolitik warnt, übersieht sie erstens, dass es bei diesem Ansatz ausschließlich um die logisch vorab zu klärende Frage geht, ob eine Ungleichbehandlung der Geschlechter vorliegt, die noch nichts Abschließendes über das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung aussagt. Wie aus der bereits zitierten ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs klar hervorgeht, liegt eine verbotene Diskriminierung erst dann vor, wenn die fragliche Maßnahme nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun

41 — Urteil vom 17. Juni 1998, Hill und Stapleton (C-243/95, Slg. 1998, I-3739).

42 — Urteil vom 10. Februar 2000, Schröder (C-50/96, Slg. 2000, I-743).

43 — Urteil vom 6. Dezember 2007, Voß (C-300/06, Slg. 2007, I-19573).

44 — Urteil Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 35).

45 — In diesem Sinne Haverkate, G./Huster, S., a. a. O. (Fn. 16), Randnr. 706, S. 400.

46 — Vgl. Randnr. 22 der schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung.

haben [47]. Zweitens übersieht sie, dass die sowohl in den Verträgen als auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Sozialpolitik, wie bereits dargelegt, ihre Grenzen u. a. auch im Grundsatz der Gleichbehandlung finden. Zu Recht hat der Gerichtshof deshalb stets betont, dass die Inanspruchnahme dieser Kompetenzen nicht dazu führen darf, dass ein derart tragender Grundsatz des Unionsrechts ausgehöhlt wird [48].

72. Was die zentrale Frage anbelangt, ob die Erheblichkeitsschwelle im Ausgangsfall überschritten ist, bin ich der Auffassung, dass dies letztlich bejaht werden muss, ist der Anteil der weiblichen Kleinstpensionsbezieher, deren Pensionen lediglich um 1,7 % erhöht wurden (im Vergleich zu den Pensionen zwischen 747 Euro und 2 160 Euro), doch mehr als doppelt so hoch wie der der männlichen Kleinstpensionsbezieher. Damit sind Frauen unter den Pensionsberechtigten, deren Renten vom österreichischen Staat nur geringfügig unterstützt werden (ohne Berücksichtigung der Ausgleichszulage), überrepräsentiert, was bereits auf eine Ungleichbehandlung schließen lässt. Der Verdacht des vorlegenden Gerichts auf eine Ungleichbehandlung erscheint mir daher begründet.

73. Dieser Befund trifft zu, sofern man ausschließlich auf die Auswirkungen der Pensionserhöhung abstellt. Außer Betracht bleiben dabei aber die eventuell vorteilhaften Auswirkungen der Ausgleichszulage, auf die die österreichische Regierung mehrfach in ihren Ausführungen verweist. Der Gerichtshof scheint bisher in seiner Rechtsprechung [49] dahin zu tendieren, bei der Prüfung der Auswirkungen einer bestimmten sozialpolitischen Maßnahme davon abzusehen, auch andere vorteilhafte Auswirkungen des Sicherungssystems, die die Nachteile ausgleichen,

47 — In diesem Sinne Bieback, K.-J., *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts*, a. a. O. (Fn. 13), S. 102, der darauf hinweist, dass erst wenn die objektive Rechtfertigung geprüft und verneint worden sei, ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bejaht werden könne. Es sei deshalb unrichtig, schon dann, wenn nur ungleiche negative Auswirkungen festgestellt würden, von einer Diskriminierung zu sprechen. Das Kriterium der mangelnden Rechtfertigung gehöre zum Tatbestand des Diskriminierungsverbots.

48 — Siehe die in Fn. 28 angeführte Rechtsprechung.

49 — Vgl. Urteil vom 17. Mai 1990, Barber (C-262/88, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 34). Darin äußert sich der Gerichtshof dazu, wie die nationalen Gerichte bei der richterlichen Prüfung der Frage, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts nach Art. 141 EG im Einzelfall beachtet worden ist, vorzugehen haben. Nach Ansicht des Gerichtshofs wäre die gerichtliche Kontrolle schwierig und die praktische Wirksamkeit von Art. 141 EG entsprechend gemindert, wenn die staatlichen Gerichte verpflichtet wären, die Gesamtheit der verschiedenartigen den männlichen oder den weiblichen Arbeitnehmern im Einzelfall gewährten Vergütungen zu bewerten und miteinander zu vergleichen. Eine echte Durchschaubarkeit, die eine wirksame Kontrolle erlaubt, ist nach Auffassung des Gerichtshofs nur gewährleistet, wenn der Grundsatz des gleichen Entgelts *für jeden einzelnen Bestandteil* des den männlichen oder den weiblichen Arbeitnehmern gezahlten Entgelts gilt.

zu berücksichtigen [50]. Stattdessen scheint der Gerichtshof allein auf die Auswirkungen der konkreten und isoliert betrachteten Maßnahme abzustellen. Dieser Ansatz gestattet es daher grundsätzlich nicht, im Rahmen der Ermittlung einer Ungleichbehandlungslage zusätzlich zu der Pensionserhöhung auch die Auswirkungen der Ausgleichszulage zu berücksichtigen. Erst recht außer Betracht gelassen werden muss der von der österreichischen Regierung im Rahmen der mündlichen Verhandlung hervorgehobene Umstand, dass Einkommen nach dem nationalen Steuerrecht erst ab einem Betrag von 1 000 Euro besteuert werden, was angeblich zu einer finanziellen Besserstellung von Kleinstpensionsbeziehern gegenüber den Beziehern höherer Pensionen führen soll.

74. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob an diesem Ansatz weiter festgehalten werden sollte. Denn letztlich ist es für die Würdigung des Ausgangsfalls nicht entscheidend, welcher Betrachtungsweise man folgt, da sie im Wesentlichen zum selben Ergebnis führen. Dies werde ich im Folgenden aufzeigen, indem ich hilfsweise die Auswirkungen der Ausgleichszulage in meine Untersuchung miteinbeziehen werde. Zieht man nämlich auch jene vom vorlegenden Gericht übermittelten Statistiken heran, die Aufschluss darüber geben, wie viele Personen innerhalb der Gruppe der Kleinstpensionsbezieher keinen Anspruch auf die Gewährung einer Ausgleichszulage haben (etwa weil ihnen das Einkommen des im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten angerechnet wird) und deshalb nicht in den Genuss der Erhöhung des Ausgleichszulagenrichtsatzes im Zuge der Pensionsanpassung 2008 gelangen, so kommt man zu dem Ergebnis, dass der Anteil der weiblichen Kleinstpensionsbezieher deutlich überwiegt [51]. Darauf weist das vorlegende Gericht in seiner Vorlageentscheidung ausdrücklich hin [52].

75. Legt man also beide Kriterien (Bezug einer Kleinstpension, Nichtbezug einer Ausgleichszulage) zugrunde, so ist im Ergebnis festzustellen, dass die überwiegende Zahl der Betroffenen Frauen sind. Daraus lässt sich schließen, dass die Gewährung der Ausgleichszulage weder die Benachteiligung der Frauen gegenüber der Personengruppe mit höheren Pensionen noch die Ungleichbehandlung gegenüber den männlichen Kleinstpensionsbeziehern beseitigt. Sofern man also, wie auch vom vorlegenden Gericht vertreten, in der vergleichsweise geringeren Erhöhung der Kleinstpensionen gegenüber den Pensionen zwischen 747 Euro und 2 160 Euro eine Benachteiligung sieht, ist in der Überrepräsentierung des weiblichen Anteils unter den Pensionsbeziehern eine Ungleichbehandlung der Geschlechter festzustellen.

50 — Von diesem Verständnis der Rechtsprechung scheinen auch Haverkate, G./Huster, S., a. a. O. (Fn. 16), Randnr. 703, S. 400, auszugehen. Sie deuten sie dahin gehend, dass der Gerichtshof es bisher verneint habe, dass ein Nachteil durch andere, vorteilhafte Auswirkungen des Sicherungssystems ausgeglichen werden könne.

51 — Legt man die Statistiken des vorlegenden Gerichts zugrunde, müssten 47 % der weiblichen (336 305 aus insgesamt 711 469) und 14 % der männlichen (89 387 aus insgesamt 614 293) Pensionsbezieher betroffen sein.

52 — Vgl. S. 15 des Vorlagebeschlusses.

4. Zwischenergebnis

76. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Ungleichbehandlung der Geschlechter besteht. Eine mittelbare Diskriminierung wäre indes erst dann gegeben, wenn ein objektiver Rechtfertigungsgrund dafür fehlte. Sofern man mit dem vorlegenden Gericht aber unterstellen darf, dass ein objektiver Rechtfertigungsgrund für eine entsprechende Ungleichbehandlung im Ausgangsfall fehlt, was in der zweiten Vorlagefrage nahegelegt wird, müsste konsequenterweise auch festgestellt werden, dass die streitgegenständliche Regelung, auf die die Ungleichbehandlung zurückzuführen ist, diskriminierend im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 ist und ihr diese Richtlinienbestimmung deshalb auch entgegensteht.

77. Folglich ist auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 4 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Bestimmung über die jährliche Pensionsanpassung entgegensteht, nach der für eine bestimmte Gruppe von Kleinstpensionsbeziehern eine potenziell geringere Erhöhung als für andere Pensionsbezieher vorgesehen ist, sofern von dieser Regelung 25 % der männlichen, aber 57 % der weiblichen Pensionsbezieher nachteilig betroffen sind und ein objektiver Rechtfertigungsgrund fehlt.

D — *Zur dritten Vorlagefrage*

1. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

a) Vorliegen von Rechtfertigungsgründen

78. Ob im Ausgangsfall tatsächlich ein objektiver Rechtfertigungsgrund fehlt, kann allerdings erst im Rahmen einer Untersuchung der dritten Vorlagefrage, mit der diese Rechtsfrage explizit aufgeworfen wird, ermittelt werden.

79. Zwar hat der Gerichtshof einerseits in ständiger Rechtsprechung erklärt, dass es letztlich Sache des nationalen Gerichts ist, das für die Beurteilung des Sachverhalts und die Auslegung des innerstaatlichen Rechts allein zuständig ist, festzustellen, ob und inwieweit eine gesetzliche Regelung, die zwar unabhängig vom Geschlecht angewandt wird, im Ergebnis jedoch einen erheblich höheren Prozentsatz der Frauen als der Männer trifft, aus objektiven Gründen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

zu tun haben, gerechtfertigt ist [53]. Andererseits hat der Gerichtshof dabei aber erklärt, dass er die Fragen des vorlegenden Gerichts sachdienlich zu beantworten hat und deshalb auf der Grundlage der Akten des Ausgangsverfahrens und der vor ihm abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen Hinweise geben kann, die dem vorlegenden Gericht die Entscheidung ermöglichen, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass es im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens eigentlich Sache des vorlegenden Gerichts ist, zu beurteilen, ob solche objektiven Faktoren in dem ihm unterbreiteten konkreten Fall vorliegen [54].

80. Grundsätzlich ist es Sache des Mitgliedstaats, der Urheber einer Regelung ist, oder der Partei des Ausgangsverfahrens, die sich auf sie beruft, vor dem nationalen Gericht nachzuweisen, dass objektive Gründe zur Rechtfertigung dieser Regelung vorliegen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [55]. Wie der Gerichtshof im Urteil Schönheit und Becker [56] klargestellt hat, kann eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen gegebenenfalls mit anderen Gründen gerechtfertigt werden, als sie beim Erlass der Regelung, mit der sie eingeführt wurde, angeführt worden sind. In seinem Vorlagebeschluss verweist das nationale Gericht auf eine Reihe von Rechtfertigungsgründen [57], auf die sich die beklagte Pensionsversicherungsanstalt im Rahmen des Ausgangsverfahrens berufen hat. Diese Argumentation hat sich die österreichische Regierung für die Zwecke dieses Vorabentscheidungsverfahrens implizit zu eigen gemacht, indem sie in ihrer Eigenschaft als verfassungsmäßige Vertreterin der Republik Österreich zu diesen Rechtfertigungsgründen näher Stellung genommen hat. Als Gründe für die Ungleichbehandlung werden das frühere Pensionsanfallsalter der Frauen, die längere Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher und die außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulagenrichtsätze angeführt.

81. Für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens sind diese Gründe im Folgenden daraufhin zu untersuchen, ob sie als objektive Faktoren im Sinne der Rechtsprechung, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, angesehen werden können. Ferner ist festzustellen, ob sie zur Erreichung des mit der Pensionsreform angestrebten Ziels des Erhalts der Kaufkraft der Altersrenten geeignet, erforderlich und angemessen sind. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Maßnahme zur Erreichung des geltend gemachten Ziels geeignet, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu

53 — Vgl. Urteile vom 13. Juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Slg. 1989, 2743, Randnr. 15), Seymour-Smith und Perez (oben in Fn. 28 angeführt, Randnr. 67) sowie Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 82).

54 — Vgl. Urteile vom 7. März 1996, Freers und Speckmann (C-278/93, Slg. 1996, I-1165, Randnr. 24), Seymour-Smith und Perez (oben in Fn. 28 angeführt, Randnr. 68), Kutz-Bauer (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 52) sowie Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 83).

55 — Vgl. Urteile Seymour-Smith und Perez (oben in Fn. 28 angeführt, Randnr. 69), Kutz-Bauer (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 62) sowie Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 87).

56 — Urteil Schönheit und Becker (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 86).

57 — Wie Bieback, K.-J., *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts*, a. a. O. (Fn. 13), S. 98, zutreffend erklärt, kann der Gerichtshof, anders als ein nationales Verfassungsgericht, schon aus der prozessualen Situation heraus nicht alle möglichen Rechtfertigungsgründe untersuchen, sondern muss sich auf die von den Beteiligten im Verfahren vorgetragenen Gründe konzentrieren.

verfolgen [58]. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn sie unter mehreren für die Erreichung des verfolgten Ziels geeigneten Maßnahmen diejenige ist, die am wenigsten belastend für das betroffene Interesse oder das betroffene Rechtsgut ist [59]. Eine unangemessene Einschränkung des Rechts auf Gleichbehandlung liegt dann vor, wenn die nationale Maßnahme trotz ihres Beitrags zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels zu einem übermäßig starken Eingriff in das Recht auf Gleichbehandlung führen würde.

b) Untersuchung der Rechtfertigungsgründe

i) Früheres Pensionsanfallsalter der Frauen

82. Als Rechtfertigungsgrund ist von der Beklagten des Ausgangsverfahrens vorgetragen worden, die durchschnittliche Anzahl der für die Pensionsberechnung zu berücksichtigenden Versicherungsmonate sei — bedingt durch das frühere Pensionsanfallsalter der Frauen — wesentlich geringer, so dass eine nach dem Versicherungsprinzip berechnete Pension geringer ausfallen müsse.

83. Die Entscheidung eines Mitgliedstaats, ein unterschiedliches Rentenalter für Männer und Frauen festzulegen, ist grundsätzlich eine hoheitliche, die nicht im Widerspruch zur Richtlinie 79/7 steht, da Art. 7 Abs. 1 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Befugnis einräumt, diesen Aspekt vom Geltungsbereich der Richtlinie auszuschließen [60]. Was die Rechtfertigungsfrage selbst angeht, ist dem vorlegenden Gericht darin zuzustimmen, dass es aufgrund der Strukturprinzipien beitragsfinanzierter Versicherungssysteme grundsätzlich objektiv gerechtfertigt sein kann, wenn die Leistungen in diesen Systemen an die Höhe und die Dauer der Beitragszahlungen gebunden werden. Vor dem Hintergrund, dass gemäß den Angaben des vorlegenden Gerichts offenbar auch dem österreichischem System der gesetzlichen Pensionsversicherung ein beitragsfinanziertes Konzept der Altersversorgung zugrunde liegt, erscheint es sachlich gerechtfertigt, wenn weibliche Versicherte unter Umständen, bedingt durch die geringere Höhe ihrer Beiträge und die mit dem früheren Pensionsanfallsalter verbundene verkürzte Dauer der Beitragszahlungen, über ein niedrigeres

58 — Vgl. Urteile vom 11. März 2010, Attanasio Group (C-384/08, Slg. 2010, I-2055, Randnr. 51), und vom 17. November 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Slg. 2009, I-10821, Randnr. 42).

59 — Urteil vom 11. Juli 1989, Schräder (265/87, Slg. 1989, 2237, Randnr. 21). Nach Auffassung von Prechal, S., a. a. O. (Fn. 29), S. 89, ist bei der Prüfung der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung zu untersuchen, ob es keine Möglichkeit gab, das angestrebte Ziel auf weniger oder nicht diskriminierende Weise zu erreichen.

60 — In diesem Sinne Guggenbühl, A./Leclerc, S., *Droit social européen des travailleurs salariés et indépendants*, Brüssel 1995, S. 466.

Pensionseinkommen verfügen als männliche Versicherte.

84. Wie das vorlegende Gericht [61] und die Kommission [62] allerdings zutreffend anmerken, ist nicht zu erkennen, welcher Zusammenhang zwischen einerseits der Beitragsabhängigkeit der Altersversorgung und andererseits der außerordentlichen Pensionserhöhung, bei der die Kleinstpensionsbezieherinnen benachteiligt werden, bestehen soll. Den Ausführungen des vorlegenden Gerichts ist nämlich zu entnehmen, dass es sich bei der streitgegenständlichen jährlichen Pensionsanpassung nicht um einen Leistungsbestandteil handelt, dessen Ausmaß an die Höhe und Dauer der bisherigen Beitragszahlungen anknüpft. Vielmehr beruht die jährliche Pensionsanpassung, wie eingangs dargelegt, auf dem Gedanken, die Kaufkraft der Pensionen durch deren Angleichung an die Verbraucherpreise aufrechtzuerhalten. Es ist aber nicht ersichtlich, warum die Kaufkraft der wegen der Versicherungsdauer niedrigeren Pensionen der Frauen nicht auch erhalten werden soll. Wie dem Vorlagebeschluss zu entnehmen ist, wurden ja nur die Pensionen unterhalb des Ausgleichszulagenrichtsatzes nicht außerordentlich erhöht. Bedenkt man zudem, dass die kürzere Beitragszeit von Frauen sich bereits in der Gewährung von niedrigeren Altersrenten niederschlägt, kann es keinen sachlichen Grund dafür geben, dies zum Anlass zu nehmen, um die Kleinstpensionsbezieherinnen ein weiteres Mal dadurch zu benachteiligen, dass ihnen eine außerordentliche Pensionserhöhung verwehrt wird.

85. Die mit dem früheren Pensionsanfallsalter einhergehende verkürzte Dauer der Beitragszahlung weiblicher Leistungsempfänger vermag daher die im Rahmen der Pensionserhöhung vorgesehene geringere Erhöhung von Kleinstpensionen und die daraus resultierende Benachteiligung weiblicher Kleinstpensionsbezieher nicht zu rechtfertigen.

ii) Längere Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher

86. Als weiterer Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung wird die längere Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher aufgrund der längeren Lebenserwartung der Frauen angeführt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs [63] erfordert die Rechtfertigung der Benachteiligung eines Geschlechts, dass diese auf einem objektiven und sachlichen Grund beruht, „der nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat“. Dieser Rechtfertigungsgrund ist indes, anders als vom vorlegenden Gericht [64] und von der Kommission [65] vertreten, nicht

61 — Vgl. S. 13 des Vorlagebeschlusses.

62 — Vgl. Randnrn. 34 f. der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

63 — Siehe Nr. 64 dieser Schlussanträge und die in Fn. 30 angeführte Rechtsprechung.

64 — Vgl. S. 14 des Vorlagebeschlusses.

65 — Vgl. Randnr. 41 der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

bereits deshalb als illegitim anzusehen, weil Frauen im Durchschnitt eine höhere Lebenserwartung als Männer haben, mit der Folge, dass sie möglicherweise überrepräsentiert wären, sofern auf dieses Merkmal abgestellt werden sollte. Dieser Aspekt mag zwar für die Feststellung einer Ungleichbehandlung von Bedeutung sein, er präjudiziert jedoch nicht die Rechtfertigungsfrage, die gesondert untersucht werden müsste. Dazu müsste die Lebenserwartung selbst als ein nicht objektiver oder ein unsachlicher Faktor im Sinne der Rechtsprechung anzusehen sein.

87. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in den Urteilen Neath [66] und Coloroll Pension Trustees [67] zwar zur Kenntnis genommen hat, dass bei der Finanzierung der dort streitigen Rentensysteme die unterschiedliche Lebenserwartung von Männern und Frauen einer der zugrunde gelegten versicherungsmathematischen Faktoren war. Der Gerichtshof hat sich jedoch nicht zur Vereinbarkeit dieses Faktors mit dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geäußert [68]. Er hat lediglich in den beiden Urteilen in *obiter dicta* ausgeführt, dass die vom Anwendungsbereich des Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag erfassten Arbeitnehmerbeiträge zu betrieblichen Rentensystemen für männliche und weibliche Arbeitnehmer gleich hoch sein müssen, da sie Bestandteil des Entgelts sind [69]. Diese Feststellung allein gestattet aber keine Schlüsse darauf, ob der Gerichtshof die Lebenserwartung als einen nicht objektiven bzw. einen unsachlichen Faktor bei der Berechnung von Altersrenten betrachtet.

88. Letztlich kann diese Frage für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens aber dahingestellt bleiben, da zwischen der Bezugsdauer der Altersrente einerseits und der unterbliebenen außerordentlichen Pensionserhöhung bei der Gruppe der Kleinstpensionsbezieherinnen andererseits offenkundig kein Zusammenhang besteht. Dies ist bereits daran erkennbar, dass zur Gruppe der Pensionsbezieher, die in den Genuss einer außerordentlichen Pensionserhöhung kommen, ebenfalls Frauen gehören. Ihnen kommt die außerordentliche Pensionserhöhung nicht deshalb zugute, weil sie eine unterschiedlich hohe Lebenserwartung haben als die Kleinstpensionsbezieherinnen, sondern weil ihre Altersrenten von vornherein höher sind. Wie bereits ausgeführt, ist es aber nicht ersichtlich, warum die Kaufkraft der Kleinstpensionen nicht ebenfalls erhalten werden soll. Demnach kann die längere Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher nicht als

66 — Urteil vom 22. Dezember 1993, Neath (C-152/91, Slg. 1993, I-6935, Randnr. 24).

67 — Urteil vom 28. September 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Slg. 1994, I-4389, Randnr. 74).

68 — Vgl. Nr. 55 der Schlussanträge von Generalanwältin Kokott vom 30. September 2010, Association Belge des Consommateurs Test-Achats u. a. (Urteil oben in Fn. 14 angeführt).

69 — Urteile Neath (oben in Fn. 66 angeführt, Randnr. 31, zweiter Satz) und Coloroll Pension Trustees (oben in Fn. 67 angeführt, Randnr. 80, zweiter Satz).

Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung geltend gemacht werden.

iii) Außerordentliche Erhöhung der Ausgleichszulagenrichtsätze

89. Abschließend muss noch untersucht werden, ob die im Rahmen der Pensionsanpassung 2008 vorgesehene geringere Anhebung der Kleinstpensionen und die sich daraus ergebende stärkere negative Betroffenheit weiblicher Pensionsbezieher bei der Valorisierung der Pension mit der überproportionalen Anhebung des Ausgleichsrichtsatzes gerechtfertigt werden kann.

— Bestehen eines legitimen Ziels der Sozialpolitik

90. Die Rechtfertigung einer Maßnahme muss u. a. auch im Hinblick auf ihre Kohärenz mit dem eigentlichen gesetzgeberischen Ziel der Regelung geprüft werden, dem sie letztlich zu dienen bestimmt ist [70]. Insofern ist es vor einer Untersuchung dieses Rechtfertigungsgrundes erforderlich, die gesetzgeberischen Ziele der streitgegenständlichen Regelungen kurz in Erinnerung zu rufen.

91. Als Ziel der Pensionserhöhung führt die österreichische Regierung die Notwendigkeit an, die Kaufkraft der Pensionen zu bewahren, was für sich als ein legitimes Ziel der Sozialpolitik anzusehen ist. Von der eigentlichen Pensionserhöhung ist der Mechanismus der Ausgleichszulage zu unterscheiden, dessen Funktion gemäß dem Vorbringen der österreichischen Regierung darin besteht, jenen Pensionsbeziehern zu helfen, deren Pension gering ist, etwa aufgrund der geringen Dauer der Beitragskarriere oder wegen geringer Einkünfte während des Erwerbslebens [71]. Finanziert wird das Ausgleichszulagensystem aus öffentlichen Mitteln. Im Urteil Skalka [72] hat der Gerichtshof der Ausgleichszulage deshalb Sozialhilfecharakter zugeschrieben und sie als beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne von Art. 4 Abs. 2a der Verordnung Nr. 1408/71 eingeordnet. Insofern, als der Ausgleichszulage deshalb Sozialhilfecharakter zukommt, weil sie im Fall einer

70 — Auf das Erfordernis der Kohärenz hat der Gerichtshof zuletzt im Urteil Association Belge des Consommateurs Test-Achats u. a. (oben in Fn. 14 angeführt, Randnr. 21) im Zusammenhang mit der Regelungstätigkeit des Unionsgesetzgebers aufmerksam gemacht.

71 — Vgl. Randnrn. 8 f. der schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung.

72 — Urteil vom 29. April 2004, Skalka (C-160/02, Slg. 2004, I-5613, Randnrn. 26 und 30).

unzureichenden Rente ein Existenzminimum sichern will, verfolgt sie ein ebenfalls als legitim anzusehendes Ziel der Sozialpolitik.

getragen werden muss. Für eine Mitberücksichtigung der Auswirkungen der Ausgleichszulage spricht nicht zuletzt der Umstand, dass das vorlegende Gericht in seiner dritten Vorlagefrage den Gerichtshof ausdrücklich darum ersucht. Diesem Ersuchen ist nachzukommen. Dementsprechend ist im Folgenden die Gesamtwirkung beider Instrumente zu betrachten.

— Geeignetheit der Maßnahmen zur Erreichung der angestrebten Ziele

Zum Wirkungszusammenhang zwischen Pensionserhöhung und Ausgleichszulage

Fehlende Kohärenz infolge der Vermengung unterschiedlicher sozialpolitischer Instrumente

92. In der dritten Vorlagefrage wird die Frage der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vor dem Hintergrund des komplexen Zusammenwirkens von Pensionserhöhung und Ausgleichszulage aufgeworfen. Wie bereits erwähnt [73], hat der Gerichtshof es bisher abgelehnt, bei der Prüfung der Auswirkungen einer bestimmten sozialpolitischen Maßnahme auch andere vorteilhafte Auswirkungen des Sicherungssystems, die die Nachteile ausgleichen, zu berücksichtigen. Allerdings besteht — obwohl es sich bei der Pensionserhöhung und der Ausgleichszulage eigentlich um zwei verschiedene Instrumente der nationalen Sozialpolitik handelt, die sich unterschiedlich auf die Altersrenten auswirken —, wie die österreichische Regierung überzeugend dargelegt hat [74], ein Wirkungszusammenhang zwischen beiden, dem im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung Rechnung

— Unterschiedliche Rechtsnatur der Instrumente

93. Bedenken hinsichtlich der Geeignetheit der jeweiligen Maßnahmen, insbesondere ihrer Kohärenz im Hinblick auf die jeweiligen Ziele, bestehen zunächst insofern, als sie sich in ihrer Rechtsnatur voneinander unterscheiden und deshalb nicht als beliebig austauschbar angesehen werden können.

94. Der Gerichtshof hat in den Urteilen Teuling [75] und Molenbroek [76] nationale Zuschlagsregelungen, die den Anspruchsberechtigten ein angemessenes Existenzminimum gewährten und ausnahmsweise Leistungen in

73 — Siehe Nr. 73 dieser Schlussanträge.

74 — Vgl. Randnrn. 11 f. der schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung. Vgl. ferner S. 34 des Erkenntnisses des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 24. September 2009, der die Auffassung vertritt, dass „die Ausgleichszulage als integrierender Teil des Pensionssystems der gesetzlichen Sozialversicherung bei Prüfung der Verfassungsmäßigkeit seiner Regelungen gegebenenfalls mit zu berücksichtigen [ist]".

75 — Urteil Teuling (oben in Fn. 38 angeführt).

76 — Urteil Molbroek (oben in Fn. 27 angeführt).

Fällen ausschlossen, in denen der Antragsteller über ausreichende Einkünfte, beispielsweise des Ehepartners, verfügte, bislang als grundsätzlich mit der Richtlinie 79/7 vereinbar angesehen, und zwar auch dann, wenn eine größere Anzahl Männer als Frauen den Zuschlag erhielt [77]. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei stets um Maßnahmen handelte, die darauf abzielten, den Anspruchsberechtigten ein Einkommen in Höhe des sozialen Minimums zu gewähren [78]. Diese Maßnahmen hatten somit im Wesentlichen Sozialhilfecharakter. Der Gerichtshof begründete die Legitimität dieses Ziels damit, dass „die Gewährung eines Einkommens in Höhe des sozialen Minimums ein integrierender Bestandteil der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten ist und dass diese hinsichtlich der Art der Schutzmaßnahmen und der konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung über einen sachgerechten Gestaltungsspielraum verfügen“ [79].

95. Die Zuschlagsregelungen, mit denen sich der Gerichtshof in jenen Rechtssachen auseinandergesetzt hat, weisen Ähnlichkeit mit der streitgegenständlichen Ausgleichszulage insofern auf, als sie durch ihren Sozialhilfecharakter gekennzeichnet sind. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens könnte unter Verweis auf diese Rechtsprechung aber allenfalls der Wegfall der Ausgleichszulage aufgrund ausreichender Einkünfte des Ehepartners — wie im Fall der Klägerin des Ausgangsverfahrens — gerechtfertigt werden, jedoch nicht die unterbliebene außerordentliche Pensionsanpassung für Kleinstpensionsbezieher, um die es hier eigentlich geht. Die oben genannte Rechtsprechung lässt sich somit nicht unmittelbar auf den Ausgangsfall übertragen.

96. Mit anderen Worten, das Vorliegen ausreichender finanzieller Mittel kann angesichts dieser Rechtsprechung unter Umständen zwar als Rechtfertigungsgrund für eine Streichung der Ausgleichszulage geltend gemacht werden, jedoch nicht für eine Versagung der außerordentlichen Pensionsanpassung, da letztere Maßnahme keinen Sozialhilfecharakter, sondern eine grundlegend andere Rechtsnatur hat.

— Fehlende Austauschbarkeit der Maßnahmen

97. Als weiteres Argument gegen die Kohärenz der Maßnahmen lässt sich auch ihr unterschiedlicher Regelungszweck anführen, was zusätzlich dafür spricht, dass sie nicht als beliebig austauschbar angesehen werden können.

98. Angesichts der Ausführungen des vorlegenden Gerichts bestehen Zweifel daran, ob die überproportionale Anhebung des Ausgleichsrichtsatzes überhaupt als ein objektiver Rechtfertigungsgrund geltend gemacht

77 — Urteile Teuling (oben in Fn. 38 angeführt, Randnr. 14) und Molbroek (oben in Fn. 27 angeführt, Randnr. 20).

78 — Vgl. Urteil Molbroek (oben in Fn. 27 angeführt, Randnr. 14).

79 — Ebd. (Randnr. 15).

werden darf, da diese Maßnahme eigentlich dem Zweck dient, mehr Pensionsbezieher von der Ausgleichszulage profitieren zu lassen, statt ihnen eine außerordentliche Pensionsanpassung zu gewähren. Nach den Angaben der österreichischen Regierung wollte der nationale Gesetzgeber mit dieser Maßnahme erreichen, dass Pensionsbezieher, die bisher Einkünfte knapp über dem Richtsatz hatten, aufgrund der geringeren Anpassung dieser Pensionen unter den außerordentlich angehobenen Richtsatz fallen und letzten Endes eine Ausgleichszulage erhalten [80]. So legitim diese sozialpolitische Maßnahme erscheinen mag, erklärt sie immer noch nicht, warum die Kleinstpensionsbezieher überhaupt von der außerordentlichen Pensionserhöhung ausgeschlossen worden sind, bedenkt man, dass die Instrumente der Ausgleichszulage und der Pensionsanpassung eigentlich unterschiedliche sozialpolitische Ziele verfolgen, die voneinander zu unterscheiden sind [81].

99. Mit anderen Worten, sofern die streitgegenständliche Pensionsanpassung im Wesentlichen darin besteht, den Ausgleichsrichtsatz außerordentlich anzuheben, während zugleich darauf verzichtet wird, die Kleinstpensionen ähnlich wie die anderen Pensionen auch außerordentlich anzuheben, läuft diese Pensionsanpassung im Ergebnis auf eine Vermengung von Maßnahmen mit unterschiedlichen sozialpolitischen Zielen hinaus. Dies wird vom vorlegenden Gericht in seiner Analyse des Systems der Pensionsanpassung auch angedeutet [82]. Angesichts der Verschiedenheit der verfolgten Ziele erscheint es aus Kohärenzgesichtspunkten nicht nachvollziehbar, wie der Wegfall einer sozialpolitischen Maßnahme damit sachlich gerechtfertigt werden kann, dass stattdessen eine andere sozialpolitische Maßnahme eingreift.

— Ungeeignetheit im Hinblick auf das Ziel des Erhalts der Kaufkraft

100. Dessen ungeachtet ist zu berücksichtigen, dass die zweckentfremdete Verwendung der Ausgleichszulage zur Stützung der Altersrenten die Benachteiligung der Kleinstpensionsbezieherinnen letztlich nicht zu beseitigen vermag, da die Ausgleichszulage infolge der Anrechnung der sonstigen eigenen Einkünfte des Pensionsbeziehers sowie der Einkünfte seines im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten wieder wegfällt. Dieser Wegfall der Ausgleichszulage hat letztlich die Wirkung, die Benachteiligung der Kleinstpensionsbezieherinnen gegenüber den anderen Gruppen von Pensionsbeziehern (den Beziehern von höheren Pensionen und den männlichen Kleinstpensionsbeziehern) sogar zu verstärken. Auf das Ausmaß der Benachteiligung von Kleinstpensionsbezieherinnen habe ich, gestützt auf die Angaben des vorlegenden Gerichts, im Rahmen meiner Ausführungen

80 — Vgl. Randnr. 11 der schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung.

81 — Siehe Nrn. 90 f. dieser Schlussanträge.

82 — Vgl. Randnr. 16 des Vorlagebeschlusses.

zur zweiten Vorlagefrage hingewiesen [83]. Es ist also auch unter Einräumung eines angemessen weiten mitgliedstaatlichen Gestaltungsermessens [84] zweifelhaft, ob eine Erhöhung der Ausgleichszulagenrichtsätze, wie sie die streitgegenständliche Regelung vorsieht, geeignet ist, zum Erhalt der Kaufkraft von Kleinstpensionsbezieherinnen beizutragen.

— Fehlende Erforderlichkeit der Regelung

101. Davon abgesehen lässt diese Benachteiligung Zweifel hinsichtlich der Erforderlichkeit der Pensionsanpassung, die Kaufkraft der Altersrenten nach dem Grundsatz einer sozialen Staffelung derselben zu erhalten, aufkommen, denn die Erreichung dieses Ziels wäre, wie die Kommission überzeugend erklärt [85], genauso möglich gewesen, wenn alle Pensionen, die unterhalb des Ausgleichsrichtsatzes liegen, prozentual im gleichen Maße wie die höheren Pensionen angehoben worden wären. Dadurch wäre man dem angestrebten Ziel nahegekommen, ohne eine Ungleichbehandlung überhaupt hervorzurufen.

102. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die stärkere negative Betroffenheit weiblicher Pensionsbezieher bei der Valorisierung der Pensionen auch nicht mit der überproportionalen Anhebung des Ausgleichsrichtsatzes gerechtfertigt werden kann.

2. Zwischenergebnis

103. Nach alledem komme ich zu der Schlussfolgerung, dass im Ausgangsfall eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 vorliegt.

83 — Siehe Nrn. 72 f. dieser Schlussanträge.

84 — Auf den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik ist bereits in Nr. 61 dieser Schlussanträge hingewiesen worden. Prechal, S., a. a. O. (Fn. 27), S. 87, vertritt die Auffassung, dass angesichts der Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen die nationalen Gerichte sich nicht mit dem Argument zufrieden geben sollten, dass das Interesse des Urhebers der Regelung Vorrang gegenüber diesem Grundsatz haben soll. Die Autorin fordert vielmehr eine strenge Prüfung der Rechtfertigungsfrage.

85 — Vgl. Randnr. 44 der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

VII — Ergebnis

104. InAnbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Obersten Gerichtshof gestellten Vorlagefragen wie folgt zu antworten:

1. Art. 4 der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass auch ein im Recht der gesetzlichen Pensionsversicherung vorgesehenes System der jährlichen Pensionsanpassung (Valorisierung) unter das Diskriminierungsverbot des Abs. 1 dieser Vorschrift fällt.

2. Art. 4 der Richtlinie 79/7 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Bestimmung über die jährliche Pensionsanpassung entgegensteht, nach der für eine bestimmte Gruppe von Kleinstpensionsbeziehern eine potenziell geringere Erhöhung als für andere Pensionsbezieher vorgesehen ist, sofern von dieser Regelung 25 % der männlichen, aber 57 % der weiblichen Pensionsbezieher nachteilig betroffen werden, es sei denn, dies kann durch objektive Faktoren gerechtfertigt werden, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

3. Eine Benachteiligung weiblicher Pensionsbezieher bei der jährlichen Erhöhung ihrer Pension kann jedenfalls nicht mit dem früheren Pensionsanfallsalter oder der längeren Bezugsdauer weiblicher Pensionsbezieher oder damit gerechtfertigt werden, dass der Richtsatz für ein sozialrechtlich vorgesehenes Mindesteinkommen (Ausgleichszulagenrichtsatz) überproportional erhöht wurde, wenn die Bestimmungen über die Gewährung des sozialrechtlich vorgesehenen Mindesteinkommens (Ausgleichszulage) eine Anrechnung der sonstigen eigenen Einkünfte des Pensionsbeziehers sowie der Einkünfte seines im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten vorsehen, während bei den anderen Pensionsbeziehern die Pensionserhöhung ohne die Anrechnung sonstigen eigenen Einkommens des Pensionsbeziehers oder des Einkommens seines Ehegatten erfolgt.