REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Dehn und Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Ingomar Stupar und ADir. Gabriele Svirak als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. W*****, vertreten durch Mag. Dr. Johannes Winkler, Rechtsanwalt in Linz, gegen die beklagte Partei B***** AG, *****, vertreten durch Dr. Sieglinde Gahleitner, Rechtsanwältin in Wien, wegen Feststellung (Streitwert 34.201,86 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. November 2017, GZ 7 Ra 102/16w-18, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht vom 4. April 2016, GZ 6 Cga 65/15t-13, nicht Folge gegeben wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.119,14 EUR (darin enthalten 353,19 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der am ***** 1951 geborene Kläger war von 1. 3. 1979 bis 31. 7. 2015 bei der Beklagten als Angestellter beschäftigt. Auf ihn ist der Kollektivvertrag betreffend die *„Neuregelung der Pensionsrechte (kurz genannt*

'Pensionsreform 1961')“, in der Folge PR 61, anzuwenden. Durch diesen Kollektivvertrag sollte eine Übergangsregelung für betriebliche Pensionen im Bankensektor von der Direktzusage zum Pensionskassensystem geschaffen werden. Für Dienstzeiten ab dem 1. 1. 1997 wurde der Pensionskassen-Kollektivvertrag geschlossen.

Der PR 61 unterscheidet zwischen Altpensionisten, Übergangspensionisten und Besitzstandspensionisten:

Altpensionisten sind Personen, deren Pensionsanspruch vor dem 1. 1. 1997 entstanden ist.

Übergangspensionisten sind alle Pensionsempfänger, deren Pensionsanspruch nach dem 31. 12. 1996 entstanden ist und die als Dienstnehmer ein Eintrittsdatum – bei Männern 1. 1. 1967 oder früher und – bei Frauen 1. 1. 1972 oder früher aufweisen, sowie Männer/Frauen, die spätestens am 31. 12. 1996 das 50./45. Lebensjahr vollendeten.

Besitzstandspensionisten sind alle Pensionsempfänger, deren Pensionsanspruch nach dem 31. 12. 1996 entstanden ist und die als Dienstnehmer ein Eintrittsdatum – bei Männern nach dem 1. 1. 1967 – bei Frauen nach dem 1. 1. 1972 aufweisen, ausgenommen Männer/Frauen, die spätestens am 31. 12. 1996 das 50./45. Lebensjahr vollendeten.

Die Pensionsbemessungsgrundlage für Altpensionisten und Übergangspensionisten ist in § 14 PR 61 geregelt. Sie beträgt (vereinfacht dargestellt) 80 % des im Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses gebührenden pensionsfähigen Jahresbezugs. Die Ausgangsbasis für die Berechnung beträgt bei einer pensionsfähigen Dienstzeit bis zu 15 Jahren 50 % der Pensionsbemessungsgrundlage gemäß

§ 14 (2) PR 61 und steigt mit jedem weiteren vollendeten Jahr um 2 %, sodass nach 40 vollendeten pensionsfähigen Dienstjahren 100 % der Pensionsbemessungsgrundlage erreicht werden. Darüber hinaus findet eine weitere Steigerung nicht statt. Von der vorstehend errechneten Ausgangsbasis gelangt eine allfällige gemäß § 20 PR 61 einrechenbare gesetzliche Pension in Abzug. Der verbleibende Betrag ergibt die von der Bank zu leistende Pension des Dienstnehmers.

Die Ausgangsbasis für die Berechnung der Besitzstandspension beträgt (vereinfacht dargestellt) bei einer pensionsfähigen Dienstzeit von 5 bis 6 vollendeten Jahren 5 % und steigt mit jedem weiteren vollendeten Jahr bis zum 15. Jahr um jeweils 5 % pro Jahr und danach mit jedem weiteren vollendeten Jahr um 2 %, sodass nach 40 vollendeten pensionsfähigen Dienstjahren 100 % der Pensionsbemessungsgrundlage erreicht werden. § 14 PR 61 ist sinngemäß mit der Maßgabe anzuwenden, dass der pensionsfähige Jahresbezug zum 31. 12. 1996 heranzuziehen ist. Grundsätzlich erwerben Besitzstandspensions-Anwartschaftsberechtigte pensionsfähige Dienstzeiten nach dem PR 61 nur bis zum 31. 12. 1996.

Mit Schreiben vom 21. 8. 2015 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er Ansprüche auf eine Pensionsleistung habe, die während des Abfertigungszeitraums jedoch ruhe. Diese betrage 435,34 EUR brutto.

Die Beklagte behandelt den Kläger nach dem PR 61 als Besitzstandspensionisten. Sein Pensionsanspruch entstand nach dem 31. 12. 1996. Er ist am 1. 3. 1979, sohin nach dem 1. 1. 1967, aber auch nach dem 1. 1. 1972, bei der Beklagten eingetreten. Am 31. 12. 1996 hatte er das 45. Lebensjahr vollendet, nicht jedoch das 50. Lebensjahr.

Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage die Feststellung, dass die Beklagte ihm nach dem Zeitraum, für den die Betriebspension wegen des Bezugs einer Abfertigung ruht, eine monatlich fällige Betriebspension zu bezahlen habe, die – unter Anwendung der kollektivvertraglichen Regelungen für Übergangspensionen – ebenso zu berechnen sei, wie wenn es sich beim Kläger um eine Frau handeln würde. Er bringt dazu vor, dass er von der Beklagten als „Besitzstandspensionist" gemäß § 1a Abs 4 PR 61 behandelt werde. Weibliche Angestellte seines Geburtsjahrgangs würden jedoch von der Beklagten bereits als Übergangspensionistinnen geführt und würden daher eine höhere Betriebspension und auch eine höhere Gesamtleistung erhalten, die sich aus der ASVG-Pension, der Betriebspension und der Pensionskassenleistung zusammensetze. Der Kreis der Besitzstandspensionisten und der Übergangspensionisten werde im Kollektivvertrag nicht geschlechtsneutral umschrieben. Es werde nicht nur beim Lebensalter zwischen Männern und Frauen unterschieden, sondern auch beim Dienstalter. Es liege daher eine sachlich nicht gerechtfertigte, geschlechtsbezogene Diskriminierung des Klägers vor. Dabei handle es sich auch um keinen gerechtfertigten Ausgleich für die Benachteiligung von Frauen im Arbeitsleben. Seiner Aufforderung auf Neuberechnung habe die Beklagte nicht Folge geleistet. Die monatliche Differenz betrage zu Lasten des Klägers mindestens 814,33 EUR brutto.

Die Beklagte bestreitet und bringt vor, dass der Kläger nach dem PR 61 als Besitzstandspensionist zu qualifizieren sei. Richtig sei, dass der Kollektivvertrag dafür unterschiedliche Kriterien für Männer und Frauen aufstelle, es werde jeweils auf das Geburtsjahr abgestellt. Das gleichfalls unterschiedliche Eintrittsdatum bei Männern und Frauen sei

im Fall des Klägers nicht von Relevanz. Eine Diskriminierung des Klägers liege nicht vor. Die geschlechtliche Differenzierung sei nicht unzulässig. Mit der Übergangsregelung sollten erworbene Anwartschaften, abgestuft nach der Nähe zum gesetzlichen Pensionsantrittsalter, gesichert werden. Männer und Frauen, die sich zum damaligen Zeitpunkt 15 Jahre oder mehr vom gesetzlichen Pensionsantrittsalter entfernt befunden hätten, seien gleich behandelt worden, ebenso Männer und Frauen, die 15 Jahre oder kürzer bis zur gesetzlichen Pension hätten. Es handle sich daher um eine neutrale Regelung. Auf die Betriebspension sei auch eine fiktive ASVG-Pension gegenzuverrechnen, die unter Ausklammerung individueller Aspekte erfolge. Damit wären Frauen in der Regel schlechter gestellt als Männer, weil bei Männern die fiktive Sozialversicherungspension in der Regel höher sei, als die Frauen tatsächlich gewährte. Es müsse die gesamte Arbeitssituation bzw das gesamte Arbeitsleben von Männern und Frauen in Betracht gezogen werden, wobei es nach wie vor Realität sei, dass Frauen während ihres gesamten Arbeitslebens gegenüber Männern benachteiligt seien. Bei der Bewertung des Erwerbslebens und der erforderlichen Absicherung für den Ruhestand könne man daher nicht von einer vergleichbaren Situation zwischen Männern und Frauen sprechen. Aus dieser Unterschiedlichkeit resultiere auch eine wesentlich geringere Höhe der gesetzlichen Pension bei Frauen. Auch die von der Beklagten gewährten Betriebspensionen seien bei Frauen im Durchschnitt halb so hoch wie bei Männern. Frauen könnten ab dem Zeitpunkt, ab dem sie eine gesetzliche Alterspension beziehen könnten, wesentlich leichter gekündigt werden als Männer im gleichen Alter. Dementsprechend bestehe das Erfordernis einer

Absicherung durch Betriebspensionen. Dass Frauen in einem früheren Lebensalter als Männer Anspruch auf eine höhere, weil andere Art von Betriebspension haben, stelle unter diesen Aspekten keine geschlechtliche Diskriminierung dar. Wenn in staatlichen Pensionssystemen nach wie vor unterschiedliche Pensionsantrittsalter von Männern und Frauen vorgesehen seien, müsse es möglich sein, dass private Vorsorgesysteme altersmäßige Abstufungen beinhalten, die nicht nur aus Anpassungen an das staatliche System resultieren, sondern auch der unterschiedlichen Erwerbssituation von Männern und Frauen Rechnung tragen. Selbst wenn man von einer nicht neutralen Regelung ausginge, wäre diese nicht diskriminierend, weil sie als positive Maßnahme zu werten sei.

Der von der Beklagten zunächst erhobene Einwand der Verjährung der Ansprüche des Klägers ist in der Revision nicht mehr verfahrensgegenständlich.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Kläger erfülle als Mann lediglich die kollektivvertraglichen Kriterien für die Gewährung einer Besitzstandspension. Wäre er eine Frau, würde er die Voraussetzungen für die Gewährung der – höheren – Übergangspension erfüllen. Er erfahre daher eine weniger günstige Behandlung allein aufgrund seines Geschlechts. Es sei hier von einer vergleichbaren Situation auszugehen, unterschieden werde dabei nur aufgrund des Geschlechts, andere Kriterien seien ohne Relevanz. Dass die unterschiedlichen gesetzlichen Pensionsalter noch europarechtlich und verfassungsrechtlich zulässig seien, bedeute nicht, dass eine Ungleichbehandlung in Ansehung des Arbeitsentgelts gerechtfertigt sei, auch wenn sie auf das unterschiedliche gesetzliche Regelpensionsalter abstelle.

Der gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung der Beklagten gab das Berufungsgericht nicht Folge. Eine unmittelbare Diskriminierung liege dann vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfahren hat oder erfahren würde. Es sei nicht erkennbar, weshalb bei Berechnung der Betriebspensionen nach dem PR 61 keine vergleichbare Situation zwischen Männern und Frauen vorliegen solle. Die Parameter für die zu errechnende fiktive ASVG-Pension seien für Männer und Frauen gleich, ebenso Einschränkungen der Berücksichtigung von Schul- und Studienzeiten. Da der Kläger als Mann aufgrund seines Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfahre, als wenn er eine Frau wäre, liege eine unmittelbare Diskriminierung vor, die nicht rechtfertigbar sei. Die Argumente der Beklagten zum verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz überzeugten nicht, da es um die Beurteilung einer jedenfalls unbedenklich langen Übergangsfrist bei der Umstellung des Pensionskassensystems gehe. Der Kläger habe Anspruch auf eine diskriminierungsfreie Erfüllung der kollektivvertraglichen Rechtsansprüche. Ob er für Dienstzeiten vom Eintrittsdatum bis zum 31. 12. 1993 Anspruch auf Gleichbehandlung habe, betreffe die Höhe des Anspruchs und sei derzeit nicht Verfahrensgegenstand. Aus dem PR 61 sei auch nicht erkennbar, dass die an sich geschlechtsdiskriminierende unterschiedliche Einstufung eine positive Maßnahme im Sinn des § 8 GlBG zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern sein solle.

Die Revision an den Obersten Gerichtshof erachtete das Berufungsgericht als zulässig, weil der Auslegung einer Kollektivvertragsbestimmung regelmäßig wegen des größeren Personenkreises der hiervon betroffenen

Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhebliche Bedeutung zukomme.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen in eine Klagsabweisung abzuändern. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Angeregt wird weiters die Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu, ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision der Beklagten ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Die betriebliche Pension des Klägers ist in einem Kollektivvertrag geregelt. Unstrittig steht ihm nach dieser Regelung nur eine Besitzstandspension zu. Die Gerichte haben allerdings Kollektivverträge dahin zu überprüfen, ob sie gegen höherrangiges Recht, also das Unionsrecht, die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, die guten Sitten oder tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstoßen (RIS-Justiz RS0018063 [T5]).

Konkret zu prüfen ist hier ein Verstoß gegen den unmittelbar anzuwendenden Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen nach Art 157 AEUV (ex-Art 141 EG; ex-Art 119 EGV), der die Unwirksamkeit der davon betroffenen innerstaatlichen Gesetze, Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsverträge nach sich zieht (RIS-Justiz RS0117073).

2. Art 157 AEUV sieht – übereinstimmend mit den jeweiligen Vorgängerbestimmungen – vor, dass jeder Mitgliedstaat den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit

sicherstellt. Unter „Entgelt“ sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar in bar oder in Sachleistung zahlt. Der Umstand, dass bestimmte Leistungen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden, schließt nicht aus, dass auch sie den Charakter eines Entgelts haben können (EuGH 17. 5. 1990, 262/88, *Barber*, Rn 12 ua). Nach dem weiten Entgeltbegriff des EuGH gilt diese Bestimmung auch für betriebliche Pensionsregelungen, gleichgültig, ob sie sich als Ergänzung des gesetzlichen Sozialversicherungssystems darstellen oder an die Stelle der gesetzlichen Sozialversicherung treten. Betriebspensionen werden nämlich regelmäßig aufgrund des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses gewährt (9 ObA 256/02s mwN).

Im innerstaatlichen Recht findet sich das Gleichbehandlungsgebot hinsichtlich des Entgelts in § 3 Z 2 Gleichbehandlungsgesetz (GlBG), BGBl I 2004/66, zuvor schon im Gleichbehandlungsgesetz BGBl 1979/108. Diese Bestimmungen sind unionsrechtskonform bzw richtlinienkonform zu interpretieren.

3. Nach Art 2 Abs 1 lit a der Richtlinie 2006/54/EG *zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen* (Neufassung) bzw seiner Umsetzung in § 5 Abs 1 GlBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung dann vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Danach und nach der Rechtsprechung des EuGH

muss also eine Situation nicht identisch, sondern nur vergleichbar sein und muss die Prüfung der Vergleichbarkeit nicht allgemein und abstrakt, sondern spezifisch und konkret für die betreffende Leistung erfolgen (EuGH 12. 12. 2013, C-267/12, *Hay*, Rn 33 ua).

Der PR 61 sieht für Personen, deren Pensionsanspruch nach dem 31. 12. 1996 entstanden ist, aber unter anderem auf zuvor erworbene Anwartschaften gründet, zwei verschiedene Übergangsregelungen vor, einerseits Übergangspensionisten (Anwartschaftsberechtigte), andererseits Besitzstandspensionisten (Anwartschaftsberechtigte) mit jeweils unterschiedlicher Berechnungsart der Pension sowohl hinsichtlich der Pensionsbemessungsgrundlage als auch des Umfangs der Anrechnung in Relation zur Dienstzeit und der Berücksichtigung anrechenbarer Zeiten. Die Zuordnung zu einer der beiden Gruppen richtet sich nach dem Eintrittsdatum bzw dem Lebensalter. Die Regelung unterscheidet dabei ausdrücklich zwischen Frauen und Männern, wobei sie abgesehen vom Geschlecht keine weiteren Differenzierungsmerkmale beinhaltet. Männer, die zwischen dem 1. 1. 1967 und dem 2. 1. 1972 eingetreten sind bzw – wie der Kläger – zum 31. 12. 1996 das 45., aber noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet haben, werden anders als Frauen nicht als Übergangspensionisten (Anwartschaftsberechtigte), sondern als Besitzstandspensionisten (Anwartschaftsberechtigte) behandelt und erhalten damit eine anders berechnete und – was im Verfahren nicht weiter strittig ist – geringere Betriebspension als Frauen in derselben Situation.

Die Revision der Beklagten argumentiert nun, dass trotz der unterschiedlichen Regelung für Frauen und

Männer keine Geschlechtsdiskriminierung vorliege, weil jeweils ausgehend vom (unterschiedlichen) gesetzlichen Pensionsantrittsalter Frauen und Männer gleich behandelt würden.

Der EuGH hat am 17. 5. 1990 in der Rechtssache *Barber* (262/88, Rn 32) klar und deutlich ausgesprochen, dass Art 119 EGV (Vorgängerbestimmung zu Art 141 EG bzw Art 157 AEUV) jede das Entgelt betreffende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen ohne Rücksicht darauf verbiete, woraus sich diese Ungleichbehandlung ergibt. Daher verstoße die Festsetzung eines je nach dem Geschlecht unterschiedlichen Rentenalters für die Zahlung von Renten im Rahmen eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems gegen Art 119 EGV, selbst wenn dieser Unterschied im Rentenalter von Männern und Frauen der insoweit für das nationale gesetzliche System geltenden Regelung entspricht.

In der Rechtssache *Moroni* (C-110/91, Rn 19) verwies der EuGH am 14. 12. 1993 erneut darauf, dass die in einer nationalen Bestimmung vorgesehene Verpflichtung, die Betriebsrente gleichzeitig mit der gesetzlichen Altersrente zu zahlen, nicht den Ausschluss des betrieblichen Systems vom Anwendungsbereich des Art 119 EGV zur Folge habe. Die nationale Bestimmung habe keine Auswirkungen auf den diskriminierenden Charakter der streitigen Kürzung, der sich allein aus den auf Vereinbarung beruhenden Bestimmungen des fraglichen betrieblichen Systems über die Festsetzung eines je nach Geschlecht unterschiedlichen gesetzlichen Rentenalters ergebe.

Aus den in diesen Entscheidungen dargestellten und in der Folge fortgeschriebenen Grundsätzen ergibt sich, dass ein unterschiedliches gesetzliches Pensionsalter keine

Rechtfertigung für einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts bei Frauen und Männern darstellen kann. Lässt man aber das unterschiedliche gesetzliche Pensionsalter als relevante Bezugsgröße außer Betracht, verbleibt für den vorliegenden Fall eine allein aufgrund des Geschlechts vorgenommene Differenzierung bei den Übergangspensionen für bestimmte Jahrgänge bzw bestimmte Zeiten des Diensteintritts.

Dies steht entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht in Widerspruch zur Entscheidung des EuGH vom 9. 11. 1993 in der Rechtssache *Birds Eye Walls Ltd* (C-132/92). Die dort vom Arbeitgeber gewährte Überbrückungsrente war an Arbeitnehmer zu zahlen, die aus gesundheitlichen Gründen vorzeitig in den Ruhestand traten, und sollte vor allem den Einkommensverlust ausgleichen, der sich dadurch ergibt, dass das gesetzliche Rentenalter noch nicht erreicht ist. Daher sah es der EuGH als zulässig an, die Höhe der später bezogenen gesetzlichen Rente zu berücksichtigen und die Überbrückungsrente entsprechend zu kürzen, auch wenn dies für die Altersgruppe der 60 bis 65-jährigen dazu führte, dass eine ehemalige Arbeitnehmerin eine geringere Überbrückungsrente bezieht als eine männliche Vergleichsperson, wobei dieser Unterschied der Höhe der gesetzlichen Rente entspricht, auf die die Frau mit Vollendung des 60. Lebensjahres aufgrund der bei diesem Arbeitgeber zurückgelegten Beschäftigungszeiten Anspruch hat.

Im vorliegenden Fall stellt sich nicht die Frage einer Überbrückung nach vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Anspruch auf Alterspension. Nach § 6 PR 61 gebührt die Alterspension, wenn bei Auflösung des Dienstverhältnisses oder bei Bestand eines Pensionsverhältnisses ein Anspruch auf Alterspension nach

dem ASVG gegeben ist, für die Dauer des Anspruchs auf die gesetzliche Alterspension. Sie dient daher nicht dazu, einen finanziellen Ausfall im Umfang dieses Ausfalls auszugleichen, sondern stellt eine erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszuzahlende Entgeltkomponente dar.

Auch in der Rechtssache *Hlozek* (C-19/02), hatte der EuGH am 9. 12. 2004 die in einem Sozialplan vorgesehene Überbrückungszahlung zu beurteilen, durch die dem drohenden Risiko der Arbeitslosigkeit begegnet werden sollte, das sich mit der Nähe zum gesetzlichen Pensionsalter vergrößert, weshalb eine unterschiedliche Altersgrenze für Frauen und Männer vorgesehen war. Der EuGH ging davon aus, dass Männer, die weiter von dem durch Gesetz für die vorzeitige Alterspension vorgesehenen Alter entfernt waren als Frauen, sich hinsichtlich der Höhe des sie bedrohenden Risikos der Arbeitslosigkeit nicht in der gleichen Situation wie Arbeitnehmerinnen gleichen Alters befanden (Rn 48).

Eine vergleichbare Risikoabwägung ist dem PR 61 nicht zu entnehmen und auch nicht zu unterstellen.

4. Aus den Entscheidungen *Birds Eye Walls Ltd.* und *Hlozek* will die Beklagte generell ableiten, dass durch das zulässige Abstellen auf den Zweck einer Arbeitgeberleistung, eine Diskriminierung ausgeschlossen sein kann. Die gesamte Arbeitssituation bzw das gesamte Arbeits- und Erwerbsleben von Frauen und Männern habe in die Beurteilung miteinzufließen. Nur bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung werde dem Absicherungsgedanken Rechnung getragen.

Allerdings übergeht die Beklagte dabei, dass die Regelung abgesehen vom Geschlecht keine Kriterien für eine differenzierte Betrachtung beinhaltet und auch keine Hinweise darauf, welche konkreten Benachteiligungen der Frauen durch

die begünstigende Pensionsregelung ausgeglichen werden sollen. Es wird vom Senat nicht verkannt, dass Frauen nach wie vor in vielen Bereichen des Arbeitslebens gegenüber Männern benachteiligt sind und diskriminiert werden. Aber auch die Beklagte legt nicht dar, inwiefern die gegenüber gleichaltrigen Männern höhere betriebliche Pensionsleistung im Einzelnen geeignet ist, Diskriminierungen bei Frauen, Gehaltseinbußen von Frauen aufgrund Teilzeitbeschäftigung, Inanspruchnahme von Karenz und Mehrbelastungen und damit insgesamt oftmals geringeren Pensionsleistungen von Frauen zu begegnen (vgl EuGH 29. 11. 2001, C-366/99, *Griesmar*, Rn 65 f). Entscheidend ist, ob die Leistung des Arbeitgebers für Frauen und Männer nach identen Kriterien bemessen wird. Die vorliegende, rein auf das Geschlecht abstellende Unterscheidung durch den PR 61 nimmt auf keine allenfalls tatsächlich vorliegende Unterschiede Rücksicht. Die differenzierende Anknüpfung an das Alter bei Frauen und Männern in der Übergangsregelung führt bei Personen mit völlig identem Karriereverlauf und identem Einkommen allein aufgrund des unterschiedlichen Geschlechts zu unterschiedlichen Pensionsregelungen. Die von der Revision behauptete strukturelle Verbesserung der Arbeitssituation von Frauen wird damit nicht erreicht.

5. Zusammenfassend bedeutet das, dass durch den PR 61 das bis dahin bestehende Pensionssystem, das keine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern vorsah, geändert und eine Regelung vorgesehen wurde, die hinsichtlich Frauen und Männern nach dem Diensteintritt bzw dem Lebensalter zum 31. 12. 1996 differenzierte. Damit wurden Personen, die sich in einer vergleichbaren Situation (gleiches Eintrittsdatum, gleiches Lebensalter) befinden, nur aufgrund ihres Geschlechts unterschiedlich behandelt, indem

sie einen unterschiedlichen Pensionsregime unterstellt wurden. Nach den zuvor zitierten Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Barber* und *Moroni* stellt das unterschiedliche gesetzliche Pensionsalter kein Kriterium dar, das eine Differenzierung bei betrieblichen Altersvorsorgen rechtfertigt. Damit liegt aber in den vorliegenden unterschiedlichen Regelungen für Frauen und Männer eine unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung.

6. Der Beklagten kann auch nicht darin gefolgt werden, dass es sich bei dieser Regelung um eine positive Maßnahme im Sinn des § 8 GlBG handelt. Richtig ist, dass positive Maßnahmen nicht nur in Gesetzen und Verordnungen, sondern auch in Instrumenten der kollektiven Rechtsgestaltung enthalten sein können. Die Revision zeigt jedoch nicht auf, inwieweit eine nach dem Geschlecht differenzierende Betriebspension geeignet ist, die Gleichstellung von Frauen und Männern durch die Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten im Sinn des Art 7 Abs 2 B-VG zu erreichen.

Dem von der Beklagten in der Revision zur Begründung der Sachlichkeit der Regelung neuerlich betonte verfassungsrechtliche Vertrauensschutz kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Dieser verlangt, dass die Kollektivvertragsparteien bei der Änderung des Betriebspensionsrechts durch entsprechende Übergangsregelungen das Vertrauen der Betroffenen in die durch die zuvor geltende Pensionsregelung geschaffene Erwartungen nicht durch plötzliche, ihre Lebensführung direkt betreffende Maßnahmen beeinträchtigen.

Richtig hat aber schon das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass dem mit einer – hier ohnehin nicht strittigen – verfassungsrechtlich unbedenklich langen

Übergangsfrist, sei es für Frauen oder Männer, entsprochen wird. Eine Rechtfertigung für eine unterschiedliche inhaltliche Gestaltung der Pension für Frauen und Männer lässt sich daraus nicht ableiten.

Soweit in der Revision darauf verwiesen wird, dass Frauen aufgrund des Wegfalls der beitragsfreien Anrechnung von Schul- und Studienzeiten deutliche Einbußen bei der gesetzlichen Sozialversicherungspension hinnehmen müssen, gilt das in gleicher Weise auch für Männer. Im Übrigen erfolgt die Anrechnung einer fiktiven Sozialversicherungspension bei der Berechnung der Besitzstandspension jedenfalls für beide Geschlechter gleich.

7. Die Beklagte macht weiters geltend, dass nach der Judikatur des EuGH kein Recht besteht, für Zeiten vor dem 1. 1. 1994 eine Gleichbehandlung aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften einzufordern. Der Kläger habe daher für die Dienstzeiten vom 1. 3. 1979 bis 31. 12. 1993 keinen Anspruch auf Gleichbehandlung. Diese Anwartschaften seien außer Betracht zu lassen.

Das Berufungsgericht ist demgegenüber davon ausgegangen, dass die anrechenbaren Dienstzeiten der Berechnung des Anspruchs des Klägers und damit der Höhe und nicht dem Grund des Anspruchs, auf den sich das Feststellungsbegehren des Klägers bezieht, zuzurechnen sei. Dem kann insofern nicht gefolgt werden, als das Feststellungsbegehren nicht nur darauf gerichtet ist, dass der Kläger grundsätzlich einen Anspruch auf eine Übergangspension hat, sondern auch darauf, dass diese Übergangspension in einer bestimmten Weise berechnet wird, nämlich so, als ob der Kläger eine Frau wäre. Damit zielt es aber auch darauf ab, dass eine Berechnung unter Berücksichtigung sämtlicher Anwartschaftszeiten, die auch

bei einer Frau in der Situation des Klägers berücksichtigt worden wären, zu erfolgen hat. Insoweit ist daher der Einwand der Beklagten auch im Rahmen des vorliegenden Feststellungsbegehrens zu prüfen.

Der EuGH hat in der bereits zitierten Rechtssache *Barber* dargelegt, dass die Mitgliedstaaten und die Betroffenen bis zu dieser Entscheidung vom 17. 5. 1990 annehmen durften, dass Art 119 EGV nicht für Renten gelte, die aufgrund eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems gezahlt würden und dass Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in diesem Bereich nach wie vor zulässig seien (Rn 43). Daraus zog er den Schluss, dass sich niemand auf die unmittelbare Wirkung von Art 119 EGV berufen könne, um mit Wirkung von einem vor Erlass des Urteils *Barber* liegenden Zeitpunkt einen Rentenanspruch geltend zu machen, sofern nicht vor diesem Zeitpunkt bereits nach dem innerstaatlichen Recht Klage erhoben oder ein entsprechender Rechtsbehelf eingelegt worden sei. In der Entscheidung vom 6. 10. 1993 (C-109/91, *Ten Oever*, Rn 19), konkretisierte er, dass die Gleichbehandlung auf dem Gebiet der betrieblichen Renten nur für Leistungen geltend gemacht werden könne, die für Beschäftigungszeiten nach dem 17. 5. 1990, dem Tag des Erlasses des Urteils *Barber*, geschuldet werden.

In dem dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokoll Nr 2 zu Art 119 EGV wurde im Hinblick auf diese Judikatur festgehalten, dass im Sinn des Art 119 EGV Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht als Entgelt gelten, sofern und soweit sie auch Beschäftigungszeiten vor dem 17. 5. 1990 zurückgeführt werden können, außer im Fall von Arbeitnehmern oder deren

anspruchsberechtigten Angehörigen, die vor diesem Zeitpunkt eine Klage bei Gericht oder ein gleichwertiges Verfahren nach geltenden einzelstaatlichem Recht anhängig gemacht haben.

Art 12 der Richtlinie 2006/54/EG sieht ebenfalls entsprechend vor, dass jede Maßnahme zur Umsetzung in Bezug auf die Arbeitnehmer alle Leistungen der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit abdeckt, die für Beschäftigungszeiten nach dem 17. 5. 1990 gewährt werden, und rückwirkend gilt bis zu diesem Datum, außer im Fall von Arbeitnehmern oder die anspruchsberechtigten Angehörigen, die vor diesem Zeitpunkt Klage bei Gericht oder ein gleichwertiges Verfahren nach dem geltenden einzelstaatlichen Recht angestrengt haben. Für Mitgliedstaaten, die nach dem 17. 5. 1990 der Gemeinschaft beigetreten sind und zum 1. 1. 1994 Vertragsparteien des Abkommens für den Europäischen Wirtschaftsraum waren, wird das Datum „17. Mai 1990“ in Abs 1 Satz 1 durch „1. Jänner 1994“ ersetzt.

In der Folge konkretisierte der EuGH in verschiedenen Entscheidungen den Umfang des Rückwirkungsverbots. In der Rechtssache *Fisscher* vom 28. 9. 1994 (C-128/93, Rn 18), der der Ausschluss verheirateter Frauen von einem Betriebspensionssystem zugrunde lag, stellte er klar, dass die Rückwirkungsbeschränkung von zwei Kriterien abhängig sei, nämlich dem guten Glauben der Betroffenen und der Gefahr schwerwiegender Störungen. Unter Verweis auf die Argumentation in der Rechtssache *Barber* folgerte er, dass die zeitliche Beschränkung der Wirkungen des Urteils *Barber* nur die Formen von Diskriminierung betrifft, die die Arbeitgeber und die Rentensysteme aufgrund der vorübergehenden Ausnahmeregelungen, die das auf Betriebsrenten anwendbare

Gemeinschaftsrecht vorsieht, vernünftigerweise als zulässig ansehen konnten. Hinsichtlich des Anspruchs auf Anschluss an Betriebsrentensysteme gäbe es jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass betroffene Verkehrskreise über die Anwendbarkeit von Art 119 EGV irren konnten. Seit Erlass des Urteils *Bilka* sei nämlich klar, dass ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz bei der Zuerkennung des genannten Anspruchs unter Art 119 EGV falle (Rn 24 ff). Er folgerte daraus, dass die zeitliche Beschränkung der Wirkungen des Urteils *Barber* für den Anspruch auf Anschluss an ein Betriebsrentensystem nicht gilt (Rn 28). Vielmehr könnten derartige Ansprüche ab dem 8. 4. 1976, dem Tag des Erlasses des Urteils *Defrenne* (43–75) geltend gemacht werden (Rn 27).

In der Rechtssache *Magorrian* (C-246/96, Rn 34) ging der EuGH am 11. 12. 1997 davon aus, dass dasselbe wie bei einer Diskriminierung beim Anspruch auf Anschluss an ein Rentensystem gelte, wenn die Diskriminierung der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer die Konsequenz eine Diskriminierung beim Zugang zu einem besonderen System sei, das einen Anspruch auf Zusatzleistungen verleihe.

Aus diesen Entscheidungen lässt sich zum einen ableiten, dass die Rückwirkungsbeschränkung, die sich aus der Entscheidung *Barber* im Hinblick auf ein unterschiedliches Pensionsanfallsalter bzw aus dem Protokoll Nr 2 zu Art 119 EGV und Art 12 der Richtlinie 2006/54/EG für „Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit“ ergibt, dem Schutz des guten Glaubens der Betroffenen (in der Regel des Arbeitgebers) dient, die vernünftigerweise annehmen durften, dass Art 119 EGV nicht für Renten gilt, die aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit bezahlt werden.

Das vorliegende Verfahren ist nun dadurch

gekennzeichnet, dass die – wie zuvor ausgeführt – diskriminierende Bestimmung in einem Kollektivvertrag aus dem Jahr 1996 enthalten ist, auch wenn sie Betriebspensionen regelt, die auf frühere Anwartschaften gründen. Damit kann sich die Beklagte aber nicht auf einen Schutz ihres guten Glaubens berufen, da es zu diesem nach dem EU-Beitritt Österreichs vom 1. 1. 1995 liegenden Zeitpunkt schon seit Jahren der ständigen Judikatur des EuGH entsprach, dass das Gleichbehandlungsgebot auch für betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit gilt. Wenn daher die Kollektivvertragsparteien im Jahr 1996 eine diskriminierende Regelung geschaffen haben, ist diese aufgrund des Widerspruchs zum gemeinschafts- bzw unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot unbeachtlich.

Aus den zitierten Entscheidungen ergibt sich aber darüber hinaus, dass die Beschränkungen der Wirkungen des Urteils *Barber* für den Anspruch auf Anschluss an ein Betriebsrentensystem nicht gilt, vielmehr ist dazu auf den 8. 4. 1976, dem Tag des Erlasses des Urteils *Defrenne* (43–75) abzustellen. Im vorliegenden Fall stellt die im PR 61 enthaltene Diskriminierung keine Diskriminierung aufgrund des Anfallsalters bzw der Leistung dar, unstrittig haben Frauen und Männer in gleicher Weise Anwartschaftszeiten erworben und ist der Pensionsanfall vom Ende des Dienstverhältnisses und dem Anspruch auf eine Alterspension nach dem ASVG abhängig. Es handelt sich vielmehr um eine Diskriminierung beim Zugang zu einem bestimmten Pensionssystem (Übergangspension statt Besitzstandspension). Wie die Beklagte selbst ausführt, erhalten Frauen bestimmter Geburtsjahrgänge „eine andere Art von Pension“ als Männer derselben Geburtsjahrgänge. Damit kann sich die Beklagte weder auf die

Rückwirkungsbeschränkung aus der Entscheidung *Barber* noch auf das Protokoll zu Art 119 EGV bzw auf Art 12 der Richtlinie 2006/54/EG berufen.

Die Berechnung der Übergangspension des Klägers hat daher unter Berücksichtung auch der Anwartschaften vor 1994 zu erfolgen.

8. Aufgrund der bereits vorliegenden umfangreichen Judikatur des EuGH sowohl zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Bezug auf betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit als auch der Unbeachtlichkeit des unterschiedlichen Anfallsalters der gesetzlichen Altersvorsorge bei Beurteilung der Diskriminierung im Zusammenhang mit betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit und der Rückwirkungsbeschränkungen war die Stellung eines weiteren Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH nicht erforderlich. Der diesbezüglichen Anregung der Beklagten war daher nicht zu folgen.

9. Zusammengefasst hat der Kläger Anspruch auf Bezahlung der Betriebspension, die ihm bei einer diskriminierungsfreien Regelung zugestanden wäre, das heißt auf eine Übergangspension, die so zu berechnen ist, als wäre er eine Frau.

Der Revision war daher nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. Februar 2019
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: