

Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1010 Wien
G 228/09 - 9

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der
Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Mag. Dr. B e r c h t o l d - O s t e r m a n n ,
Dr. G a h l e i t n e r ,
DDr. G r a b e n w a r t e r ,
Dr. H a l l e r ,
Dr. H ö r t e n h u b e r ,
Dr. L a s s ,
Dr. L i e h r ,
Dr. M ü l l e r ,
Dr. O b e r n d o r f e r ,
DDr. R u p p e und
Dr. S c h n i z e r

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Dr. B e r g e r

(11. März 2010)

über den Antrag des Obersten Gerichtshofes, "§ 264 Abs 3 und Abs 4 ASVG in der Fassung BGBl I 2006/130" als verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

Der Antrag wird abgewiesen.

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

I. 1. Der Oberste Gerichtshof (OGH) stellt den Antrag, § 264 Abs. 3 und Abs. 4 ASVG in der Fassung BGBl. I 130/2006 als verfassungswidrig aufzuheben.

1.1. Die angefochtenen Bestimmungen stehen in folgendem rechtlichen Zusammenhang:

a) § 264 ASVG regelt das Ausmaß der Witwenpension. Diese Bestimmung lautet auszugsweise (angefochtene Bestimmungen hervorgehoben):

"Witwen(Witwer)pension, Ausmaß

§ 264. (1) Das Ausmaß der Witwen(Witwer)pension ergibt sich aus einem Hundertsatz der Pension des (der) Versicherten. Als Pension gilt, wenn der (die) Versicherte im Zeitpunkt des Todes

1. das 65. (60.) Lebensjahr noch nicht vollendet und keinen Anspruch auf Invaliditäts(Alters)pension hatte, die Pension, auf die er (sie) in diesem Zeitpunkt Anspruch gehabt hätte;

2. das 65. (60.) Lebensjahr vollendet und keinen Anspruch auf Invaliditäts(Alters)pension hatte, die Alterspension, auf die er (sie) in diesem Zeitpunkt Anspruch gehabt hätte;

3. Anspruch auf Invaliditäts(Alters)pension hatte, ohne nach dem Stichtag weitere Beitragszeiten der Pflichtversicherung erworben zu haben, diese Pension;

4. Anspruch auf Invaliditätspension und nach dem Stichtag weitere Beitragszeiten der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz oder dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz erworben hatte, diese Invaliditätspension; hiebei ist das Ausmaß des in der Invaliditätspension berücksichtigten Steigerungsbetrages (§ 261) um den auf die

weiteren Beitragszeiten entfallenden Steigerungsbetrag und das Ausmaß des in der Invaliditätspension berücksichtigten besonderen Steigerungsbetrages (§ 248) unter Berücksichtigung weiterer Höherversicherungsbeiträge zu erhöhen. Wurden gemäß § 261 Abs. 3 Monate bei der Invaliditätspension angerechnet, so sind diese unter Berücksichtigung der weiteren Beitragszeiten entsprechend zu vermindern. Der Steigerungsbetrag der Pension darf 80 vH der höchsten zur Anwendung kommenden Bemessungsgrundlage (§§ 238 Abs. 1, 239 Abs. 1, 241) nicht übersteigen;

5. Anspruch auf eine Leistung aus den Versicherungsfällen des Alters und nach deren Anfall weitere Beitragszeiten der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz oder dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz erworben hatte, die unter Anwendung des § 607 Abs. 11 (§ 261b in der am 30. Juni 2004 geltenden Fassung) bzw. des § 248c zum Zeitpunkt des Todes zu ermittelnde Pension.

Bei der Bemessung der Witwen(Witwer)pension haben Kinderzuschüsse sowie ein besonderer Steigerungsbetrag (§ 248) außer Ansatz zu bleiben. Zu der so bemessenen Witwen(Witwer)-pension sind 60 vH des besonderen Steigerungsbetrages (§ 248) zuzuschlagen.

(2) Zur Ermittlung des Hundertsatzes wird vorerst der Anteil der Berechnungsgrundlage der Witwe (des Witwers) in Prozent an der Berechnungsgrundlage des (der) Verstorbenen errechnet. Bei einem Anteil von 100 % beträgt der Hundertsatz 40. Er erhöht oder vermindert sich für jeden Prozentpunkt des Anteiles, der 100 unterschreitet oder übersteigt, um 0,3. Er ist jedoch nach unten hin mit Null und nach oben hin mit 60 begrenzt. Teile von Prozentpunkten des Anteiles sind verhältnismäßig zu berücksichtigen.

(3) Berechnungsgrundlage der Witwe (des Witwers) im Sinne des Abs. 2 ist das Einkommen nach Abs. 5 in den letzten zwei Kalenderjahren vor dem Zeitpunkt des Todes des (der) Versicherten, geteilt durch 24.

(4) Berechnungsgrundlage des (der) Verstorbenen im Sinne des Abs. 2 ist das Einkommen nach Abs. 5 in den letzten zwei Kalenderjahren vor dem Zeitpunkt des Todes, geteilt durch 24. Abweichend davon ist die Berechnungsgrundlage das Einkommen nach Abs. 5 der letzten vier Kalenderjahre vor dem Zeitpunkt des Todes, geteilt durch 48, wenn die Verminderung des Einkommens in den letzten beiden Kalenderjahren vor dem Tod des (der) Versicherten auf Krankheit oder Arbeitslosigkeit zurückzuführen ist oder in dieser Zeit die selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit wegen Krankheit, Gebrechen oder Schwäche eingeschränkt wurde und dies für die Witwe (den Witwer) günstiger ist.

(5) Als Einkommen im Sinne der Abs. 3 und 4 gelten:

1. Erwerbseinkommen im Sinne des § 91 Abs. 1,

2. wiederkehrende Geldleistungen

a) aus der gesetzlichen Sozialversicherung (mit Ausnahme eines Kinderzuschusses und eines besonderen Steigerungsbetrages nach § 248) und aus der Arbeitslosenversicherung sowie nach den Bestimmungen über die Arbeitsmarktförderung und die Sonderunterstützung oder

b) auf Grund gleichwertiger landesgesetzlicher oder bundesgesetzlicher Regelungen der Unfallfürsorge (mit Ausnahme eines Kinderzuschusses),

3. wiederkehrende Geldleistungen auf Grund

a) des Pensionsgesetzes 1965, BGBl. Nr. 340,

b) landesgesetzlicher Vorschriften, die dem Dienstrecht der Bundesbeamten vergleichbar sind,

c) des Landeslehrer-Dienstrechtsgesetzes, BGBl. Nr. 302/1984,

d) des Land- und forstwirtschaftlichen Landeslehrer-Dienstrechtsgesetzes, BGBl. Nr. 296/1985,

e) des Bezügegesetzes, BGBl. Nr. 273/1972, des Bundesbezügegesetzes, BGBl. I Nr. 64/1997, und vergleichbarer landesgesetzlicher Vorschriften,

f) des Verfassungsgerichtshofgesetzes, BGBl. Nr. 85/1953,

g) des Bundestheaterpensionsgesetzes, BGBl. Nr. 159/1958,

h) des § 163 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333,

i) des Bundesbahn-Pensionsgesetzes, BGBl. I Nr. 86/2001,

j) der Dienst(Pensions)ordnungen für (ehemalige) DienstnehmerInnen von

- öffentlich-rechtlichen Körperschaften und
- Fonds, Stiftungen, Anstalten und Betrieben, die von

den Organen einer Gebietskörperschaft verwaltet werden,

k) sonstiger nach § 5 Abs. 1 Z 3 pensionsversicherungsfreier Dienstverhältnisse,

l) vertraglicher Pensionszusagen einer Gebietskörperschaft,

4. außerordentliche Versorgungsbezüge, Administrativpensionen und laufende Überbrückungszahlungen auf Grund von Sozialplänen, die einer Administrativpension entsprechen,

5. Pensionen auf Grund ausländischer Versicherungs- oder Versorgungssysteme (mit Ausnahme eines Kinderzuschusses), soweit es sich nicht um Hinterbliebenenleistungen aus dem gleichen Versicherungsfall handelt.

(5a) - (5b) ...

(6) Erreicht die Summe aus dem eigenen Einkommen der Witwe (des Witwers) nach Abs. 5 und der Witwen(Witwer)pension, ausgenommen ein besonderer Steigerungsbetrag (§ 248), nicht den Betrag von 1 671,20 € monatlich, so ist, solange diese Voraussetzung zutrifft, der Hundertsatz der Witwen(Witwer)pension soweit zu erhöhen, dass die Summe aus eigenem Einkommen und Witwen(Witwer)pension den genannten Betrag erreicht. Der so ermittelte Hundertsatz darf 60 nicht überschreiten. In den Fällen, in denen eine mit dem Hundertsatz von 60 bemessene Witwen(Witwer)pension, ausgenommen ein besonderer Steigerungsbetrag (§ 248), den Betrag von 1 671,20 € überschreitet, tritt diese an die Stelle des Betrages von 1 671,20 €. An die Stelle des Betrages von 1 671,20 € tritt ab 1. Jänner eines jeden Jahres der unter Bedachtnahme auf § 108 Abs. 6 mit dem jeweiligen Anpassungsfaktor (§ 108f) vervielfachte Betrag.

(6a) - (10) ..."

b) Die in § 264 Abs. 5 Z 1 ASVG verwiesene Bestimmung des § 91 Abs. 1 ASVG über das Erwerbseinkommen lautet:

"Berücksichtigung von Erwerbseinkommen bei Leistungen

§ 91. (1) Als Erwerbseinkommen gilt, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, bei einer

1. unselbständigen Erwerbstätigkeit das aus dieser Tätigkeit gebührende Entgelt;

2. selbständigen Erwerbstätigkeit der auf den Kalendermonat entfallende Teil der nachgewiesenen Einkünfte aus dieser Tätigkeit. Hinsichtlich der Ermittlung des Erwerbseinkommens aus einem land(forst)wirtschaftlichen Betrieb ist § 292 Abs. 5 und 7 entsprechend anzuwenden.

Die im § 1 Z 4 lit. c des Teilpensionengesetzes, BGBl. I Nr. 138/1997, in der am 31. Dezember 2005 geltenden Fassung genannten Bezüge sowie Bezüge nach § 10 Abs. 2 des Bundesverfassungsgesetzes über die Begrenzung von Bezügen öffentlicher Funktionäre, BGBl. I Nr. 64/1997, sind dem Erwerbseinkommen aus einer die Pflichtversicherung begründenden Erwerbstätigkeit gleichzuhalten."

c) Schließlich ist der Begriff des Entgelts im Abschnitt V des ASVG ("Mittel der Sozialversicherung"), 1. Unter-

abschnitt ["Beiträge zur Pflichtversicherung aufgrund des Arbeitsverdienstes (Erwerbseinkommens)], dh. im Zusammenhang mit dem Beitragsrecht, auszugsweise wie folgt geregelt:

"Entgelt

§ 49. (1) Unter Entgelt sind die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

(2) Sonderzahlungen, das sind Bezüge im Sinne des Abs. 1, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden, wie zum Beispiel ein 13. oder 14. Monatsbezug, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Gewinnanteile oder Bilanzgeld, sind als Entgelt nur nach Maßgabe der Bestimmungen des § 54 und der sonstigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, in denen die Sonderzahlungen ausdrücklich erfaßt werden, zu berücksichtigen.

(3) Als Entgelt im Sinne des Abs. 1 und 2 gelten nicht:

1. - 6. ...

7. Vergütungen, die aus Anlaß der Beendigung des Dienst-(Lehr)verhältnisses gewährt werden, wie zum Beispiel Abfertigungen, Abgangsentschädigungen, Übergangsgelder;

8. - 26. ..."

1.2. Der antragstellende Senat führt aus, dass er die angefochtenen Bestimmungen in einem Revisionsverfahren in einer Sozialrechtssache betreffend eine Witwenpension anzuwenden habe. Zum Sachverhalt führt der OGH aus (Hervorhebungen im Original):

"... [D]er Ehegatte der Klägerin verstarb am 24.7.2007. Sein letztes Dienstverhältnis hatte im November 2002 durch Austritt geendet. Aufgrund eines am 5.11.2003 mit seinem Arbeitgeber abgeschlossenen Vergleichs erhielt [er] im November 2003 einen Betrag von 121.829,29 EUR netto (129.600 EUR brutto) an Abfertigung. Im Jahr 2003 betrug sein Anspruch auf Arbeitslosengeld insgesamt 13.447 EUR. In den Jahren 2004 bis 2006 erhielt er an Krankengeld und Notstandshilfe einen Betrag von 33.661,16 EUR. Die Klägerin bezog in den letzten zwei Jahren vor dem Tod ihres Mannes im Monat ein durchschnittliches Einkommen von 2.335,62 EUR.

Der Pensionsanspruch ... [des Verstorbenen] wurde bescheidmäßig ab 1.3.2007 mit 2.025,95 EUR festgesetzt.

Mit Bescheid vom 9.1.2008 hat die beklagte Pensionsversicherungsanstalt den Anspruch der Klägerin auf Witwenpension nach ihrem verstorbenen Ehemann ab 25.7.2007 anerkannt und die Pension mit monatlich 0 EUR zuzüglich einer Höherversicherung von 4,19 EUR, insgesamt daher 4,19 EUR festgesetzt. Da die Berechnungsgrundlage der Witwe 56.054,88 EUR und die Berechnungsgrundlage ihres verstorbenen Ehegatten 22.440,77 EUR betrage, ergebe sich ein Hundertsatz der Witwenpension von Null. Der so bemessenen Witwenpension seien bei Vorliegen einer Höherversicherung 60 vH des besonderen Steigerungsbetrags zuzuschlagen."

Der OGH legt in der Folge dar, dass der anzustellende Einkommensvergleich auch bei einem Betrachtungszeitraum von vier Jahren für die beteiligte Partei (Klägerin des Anlassverfahrens) kein günstigeres Ergebnis nach sich ziehe, da sie zwar bei Einbeziehung der Abfertigung in das Einkommen des Verstorbenen einen Witwenpensionsanspruch von rd. € 1.000,-- hätte, diese Einbeziehung aber deshalb nicht möglich sei, weil die Abfertigung aus dem Entgeltbegriff des § 91 Abs. 1 Z 1 ASVG infolge der Anwendung des § 49 Abs. 3 Z 7 ASVG ausgenommen sei.

Der OGH stellt - nach Darstellung der jüngsten Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Hinterbliebenenpensionen - zunächst dar, dass er gegen den Einkommensbegriff des § 264 Abs. 5 ASVG keine verfassungsrechtlichen Bedenken hegt:

"...

2.1. Nach § 264 Abs 5 ASVG gelten als Einkommen nach Abs 3 und 4 ua Erwerbseinkommen gemäß § 91 Abs 1 ASVG. Nach dieser Bestimmung, die im Ersten Teil, Abschnitt VI ('Leistungsansprüche') des ASVG enthalten ist, gilt als Erwerbseinkommen bei unselbständig Erwerbstätigen grundsätzlich 'das aus dieser Tätigkeit gebührende Entgelt'. Das ASVG geht von einem vom Arbeitsrecht und Lohnsteuerrecht abweichenden Entgeltbegriff aus (vgl OGH 10 ObS 126/06m = SSV-NF 20/56; W. Geppert in W. Geppert [Hrsg], Sozialversicherung in der Praxis [3. ErgLfg] Kap 4.8.1). Nur dasjenige, das unter diesen Entgeltbegriff fällt, ist - im Rahmen der Höchstbeitragsgrundlage - beitrags- und meldepflichtig sowie leistungswirksam. Die Abfertigung (alt) ist zwar im Arbeitsrecht dem Begriff des Entgelts zu unterstellen; § 49 ASVG regelt aber für den Bereich des Sozialversicherungsrechts gesondert, was unter 'Entgelt' eines Dienstnehmers aus unselbständiger Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn zu verstehen ist. Auch wenn sich die Begriffsbestimmung des § 49 ASVG im Unterabschnitt über die Beitragsgrundlagen findet, ist nicht davon auszugehen, dass dem Beitragsrecht und dem Leistungs-

recht des ASVG von vornherein unterschiedliche Entgeltbegriffe zugrunde liegen würden.

2.2. Das Unterhaltsrecht wiederum kann für die Hinterbliebenenpensionen grundsätzlich nur dann Bedeutung haben, wenn es im Recht der Hinterbliebenenpensionen auf die - rechtlichen und/oder faktischen - Unterhaltsbeziehungen (etwa zwischen Ehegatten) ankommt. Es kann jedoch für das Recht der Hinterbliebenenpensionen nicht der Entgeltbegriff des Unterhaltsrechts übernommen werden, wenn es dafür im Sozialversicherungsrecht eine eigenständige Regelung (§ 49 ASVG) gibt.

2.3. Für die Ermittlung der Berechnungsgrundlagen für den Anspruch der Klägerin auf Witwenpension gelangt daher die Bestimmung des § 49 ASVG zur Anwendung (10 ObS 126/06m = SSV-NF 20/56; 10 ObS 156/06y = SSV-NF 20/87; vgl auch VwGH 2005/12/0187 mwN).

Gemäß § 49 Abs 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält. In § 49 Abs 2 ASVG wird die Berücksichtigung von Sonderzahlungen als Entgelt geregelt. § 49 Abs 3 ASVG enthält eine Aufzählung jener Zahlungen des Dienstgebers, die nicht als Entgelt im Sinne der Abs 1 und 2 gelten. Dazu gehören gemäß Z 7 Vergütungen des Dienstgebers, die aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses gewährt werden, wie zum Beispiel Abfertigungen, Abgangsentschädigungen, Übergangsgelder. Bei der Abfertigung handelt es sich daher um eine sozialversicherungsbeitragsfreie Leistung, die nicht als Entgelt aus einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der §§ 49, 91 ASVG und damit auch nicht als Einkommen im Sinne des § 264 Abs 5 ASVG anzusehen ist. Die von der Klägerin angestrebte Einbeziehung der im November 2003 an ihren Ehegatten ausbezahlten Abfertigung in die Berechnungsgrundlage für ihren Anspruch auf Witwenpension kann daher nicht erfolgen.

2.4. Auch gegen dieses Ergebnis bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, weil es dem Gesetzgeber des ASVG durchaus freisteht, innerhalb der von der Verfassung gezogenen Grenzen einen eigenständigen Entgeltbegriff zu normieren, der sowohl im Beitrags- als auch im Leistungsrecht gilt (vgl 10 ObS 69/04a = SSV-NF 18/72)."

Hingegen erachtet der OGH - unter Hinweis auf die in der Revision vorgetragene Bedenken - die angegriffenen Gesetzesstellen aus folgenden Gründen als verfassungswidrig:

"3. Zur Frage der Verfassungskonformität der Zwei- bzw Vierjahresfrist der Absätze 3 und 4 des § 264 ASVG:

...

3.2. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner bisherigen Judikatur nach dem genannten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 27.6.2003, G 300/02 ua (VfSlg 16.923), die Verfassungskonformität der Zwei- bzw Vierjahresfrist der Abs 3 und 4 des § 264 ASVG bejaht (RIS-Justiz RS0121071). Im Rahmen dieser Rechtsprechung, die sich sowohl mit dem Argument einer zu geringen Dauer des Vergleichszeitraums (zB 10 ObS 132/05t uva) als auch mit dem Argument einer zu langen Dauer (10 ObS 95/08f) auseinanderzusetzen hatte, hat der Oberste Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die Wahl eines zweijährigen Zeitraums, in dem die Einkommen des Verstorbenen und des überlebenden Ehegatten gegenübergestellt werden, bei der gebotenen Durchschnittsbetrachtung auch unter Bedachtnahme auf den mit der Witwenpension angestrebten Zweck nicht als unsachlich erscheint, auch wenn sie zu Härtefällen bei der Berechnung der Höhe der Witwenpension führen kann. Härtefälle könnten - wenn auch nicht durchgehend - durch den in § 264 Abs 6 ASVG vorgesehenen Schutzbetrag abgefedert werden.

3.3. Der Umstand, dass der Oberste Gerichtshof mit einer vermehrten Zahl von Härtefällen aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 264 Abs 3 und 4 ASVG konfrontiert ist, und die Gestaltung des konkreten Falls lassen eine Überprüfung der Verfassungskonformität der Regelung angezeigt erscheinen.

3.4. Die Klägerin beruft sich im Wesentlichen darauf, dass die Bestimmung des § 264 Abs 3 ASVG aufgrund der Kürze des zweijährigen Beobachtungszeitraums zur Ermittlung der Berechnungsgrundlage der Witwenpension zu unsachlichen Ergebnissen führe. Die Verfassungswidrigkeit ergebe sich zum einen aus dem Umstand, dass der Witwenpension aufgrund des zweijährigen Beobachtungszeitraums häufig - so auch im vorliegenden Fall - auf Seiten des Verstorbenen nur die 'mageren' Jahre zugrunde gelegt werden, die vielen 'fetten' Jahre der Berufstätigkeit hingegen ausgeblendet werden. Die Klägerin macht geltend, dass es sich bei dieser Konstellation nicht bloß um einzelne Härtefälle handle. Das sei alleine schon aus der Anzahl der bis dato an den OGH herangetragenen Fälle abzuleiten. Darüber hinaus sei weder der zweijährige (§ 264 Abs 3 ASVG) noch der vierjährige Beobachtungszeitraum (§ 264 Abs 4 ASVG) geeignet, den 'zuletzt erworbenen Lebensstandard' zu repräsentieren. Es müsse vielmehr insbesondere bei lang dauernden Ehen ein erheblich längerer Zeitraum (zB die letzten zehn Jahre) herangezogen werden, da es der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass der letzte Lebensstandard nicht erst in den letzten zwei oder vier Jahren vor dem Tod eines Ehepartners erworben werde. Da der Lebensstandard des Weiteren gerade in der Zeit zwischen der Beendigung der aktiven Erwerbstätigkeit und dem Pensionsantritt typischerweise auf den Ersparnissen aufbaue, dürften diese auch für die Berechnungsgrundlage nicht unberücksichtigt bleiben.

Das zweite Argument, auf das die Klägerin ihre verfassungsrechtlichen Bedenken stützt, ist, dass die derzeitige Regelung der Witwenpension zu einem unsachlichen Eingriff in das Eigentum führe, der insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des

Vertrauensschutzes beachtlich sei. Der kurze Beobachtungszeitraum des § 264 Abs 3 und 4 ASVG führe nämlich dazu, dass Personen, die vor ihrem Tod wenig verdient haben und Personen, die jahrzehntelang Höchstbeiträge - auch im Hinblick auf die Finanzierung einer Hinterbliebenenpension - geleistet haben, gleich behandelt werden. Die Novellen des ASVG, die zur Verkürzung des Beobachtungszeitraums für die Ermittlung der Berechnungsgrundlagen geführt haben, bewirkten somit einen unsachlichen und ungerechtfertigten Eingriff in bereits erworbene Anwartschaften bzw den Vertrauensschutz.

3.5. Sowohl der VfGH als auch der OGH anerkennen den rechtspolitischen Spielraum des einfachen Gesetzgebers bei der Erlassung genereller Normen. Das bedeutet, dass der einfache Gesetzgeber bei der Wahl sowohl der Ziele als auch der Mittel, mit denen diese zu erreichen sind, frei ist (*Berka* in Rill/Schäffer, B-VG [1. Erg-Lfg 2001] Art 7 Rz 52) - jedoch nur innerhalb jenes Rahmens, der ihm durch die Verfassung gewährt wird. So ist insbesondere der Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG zu beachten. Dieser steht der Erlassung generell-abstrakter Normen grundsätzlich nicht entgegen, die aufgrund ihrer Abstrahierung vom konkreten Einzelfall unweigerlich zu gewissen Ungleichbehandlungen führen können (*Berka* in Rill/Schäffer, B-VG [1. Erg-Lfg 2001] Art 7 Rz 56; *Tomandl*, Bemerkungen zum Witwerpensions-Erkenntnis des VfGH, ZAS 1980, 203 [207]). Das wird auch vom VfGH in dieser Form bestätigt, in dem er es im Allgemeinen für zulässig hält, dass der einfache Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung, bezogen auf den Regelfall, ausgeht. Aus diesem Grund führen nach der Rechtsprechung des VfGH so genannte Härtefälle, die durch eine derartige Regelung bedingt werden, noch nicht per se zu ihrer Gleichheitswidrigkeit (VfGH B 525/06 = VfSlg 18.010 uva).

Wird demnach ein konkreter Lebenssachverhalt nicht oder nur in nachteiliger Weise von einer generellen Norm erfasst, so ist zu prüfen, ob es sich hierbei um eine Gleichheitswidrigkeit, die einen Verstoß gegen Art 7 B-VG darstellt, oder aber um einen zu duldenden Härtefall handelt, der sich aus der Regelung einer Durchschnittsbetrachtung ergibt. Der VfGH nimmt diese Abgrenzung einerseits anhand quantitativer, andererseits anhand qualitativer Kriterien vor (*Korinek* in Tomandl [Hrsg], Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung [1993] 46; *Tomandl*, Bemerkungen zum Witwerpensions-Erkenntnis des VfGH, ZAS 1980, 203 [207 f]).

In quantitativer Hinsicht geht der VfGH dann von einem Härtefall aus, wenn der konkrete Lebenssachverhalt nur ausnahmsweise und als atypischer Fall auftritt bzw ein atypischer Regelungsgegenstand der generellen Norm ist (VfGH G 18/00 = VfSlg 16.038). In G 18/00 hat der VfGH festgehalten, dass der Härtefall zum Durchschnittsfall im 'Verhältnis einer Ausnahme zur Regel' stehen muss (in diesem Sinn auch VfGH G 99/05 = VfSlg 17.718).

In ständiger Rechtsprechung hält der VfGH fest, dass sich die Gleichheitswidrigkeit einer Regelung nicht ausschließ-

lich aus der Menge der nachteilig betroffenen Lebenssachverhalte, sondern auch aus der Schwere der Betroffenheit ergeben könne. Selbst wenn nämlich 'die (statistisch wohl nicht feststellbaren) Fälle' eines betroffenen Lebenssachverhalts nicht sehr zahlreich sind (VfGH G 77/83, G 71/84), so liegt dennoch eine Gleichheitswidrigkeit und damit kein zu duldender Härtefall vor, wenn 'das Gewicht der angeordneten Rechtsfolgen außer Verhältnis' steht (VfGH B 229/05 = VfSlg 17.885). Der VfGH stellt somit neben quantitativen auch auf qualitative Kriterien zur Abgrenzung ab. Aus diesem Grund wird in der Lehre auch der Schluss gezogen, dass 'es weniger auf die Größe des betroffenen Personenkreises ankommt, als vielmehr auf die Intentionalität oder das Gewicht des Effektes' einer gesetzlichen Regelung (Tomandl/Aigner, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse, ZAS 1997, 1 [2]). Ferner ist nach der Rechtsprechung des VfGH auch der Grad der Schwierigkeit der Vollziehung einer differenzierten Lösung zu beachten (VfGH G 6, 25, 54/79 = ZAS 1980, 220 [Tomandl 203]).

3.6. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des VfGH können sich verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmung des § 264 Abs 3 und 4 ASVG wegen Gleichheitswidrigkeit unter dem Aspekt der Unverhältnismäßigkeit des Gewichts der angeordneten Rechtsfolgen (VfGH B 229/05 = VfSlg 17.885 ua) auf den Umstand stützen, dass der zweijährige Beobachtungszeitraum in § 264 Abs 3 ASVG die erhebliche Rechtsfolge nach sich zieht, in bestimmten Konstellationen gar keinen Hinterbliebenenpensionsanspruch zu gewähren, während für einen längeren Zeitraum, der ebenfalls die Sicherung des zuletzt erworbenen Lebensstandards garantiert, ein (bloß geminderter) Anspruch und damit keine derart weitreichende Rechtsfolge bestehen würde. Dass das Bestehen oder Nicht-Bestehen eines Anspruchs auf Witwenpension eine Rechtsfolge mit erheblichem Gewicht ist, hat der VfGH bereits in seinem Erkenntnis G 6, 25, 54/79 bestätigt. Aus diesem Grund hat der Sozialversicherungsgesetzgeber, wie aus den Materialien zum SVÄG 2006 (BGBl I 2006/130) hervorgeht, die Ausdehnungsmöglichkeit des Beobachtungszeitraums in § 264 Abs 4 ASVG geschaffen, da sich in der Praxis der Pensionsversicherungsträger gezeigt habe, 'dass ein Zeitraum von zwei Jahren für die Beobachtung der Einkommensverhältnisse zur Berechnung der Witwen/Witwerpension mitunter zu kurz ist, um etwa den Einkommenseinbußen bei dramatisch verlaufenden Krankheitsentwicklungen Rechnung zu tragen' (RV 1314 BlgNR 22. GP 3). Mit der Möglichkeit der Heranziehung eines vierjährigen Zeitraums gemäß § 264 Abs 4 ASVG hat der einfache Gesetzgeber aber gleichzeitig zu verstehen gegeben, dass der zeitliche Horizont des 'zuletzt' erworbenen Standards nicht zu eng verstanden werden darf. Im Rahmen der Entstehungsgeschichte der Entwürfe zum SVÄG 2005 und 2006 war sogar jeweils ein fünfjähriger Zeitraum vorgeschlagen worden (Weißensteiner, Witwen(er)pension - eine Diskussionsanregung, DRdA 2007, 368). Die Unverhältnismäßigkeit der Rechtsfolgen ergibt sich daher nicht alleine aus dem Umstand, dass eine Hinterbliebenenpension von 0 % gebührt bzw gebühren kann. Die Entstehungsgeschichte des § 264 Abs 3 ASVG und die Ausdehnungsmöglichkeit auf vier Jahre nach Abs 4 legen aber nahe, dass auch ein längerer Zeitraum als

ein zweijähriger den zuletzt erworbenen Lebensstandard repräsentieren kann. Im gegenständlichen Verfahren hätte ein längerer Zeitraum, der diesen Anforderungen entspricht, weniger gravierende Rechtsfolgen zur Folge gehabt. Die Erheblichkeit der Rechtsfolgen in Bezug auf den relativ kurzen Vergleichszeitraum der Einkommen lassen aber nunmehr, wie das gegenständliche Verfahren zeigt, in Anbetracht der Rechtsprechung des VfGH Zweifel an der sachlichen Rechtfertigung des lediglich zweijährigen Beobachtungszeitraums aufkommen.

Diese Zweifel vermag im Übrigen auch der garantierte Schutzbetrag gemäß § 264 Abs 6 ASVG nicht aufzuheben, da der VfGH in G 300/02 ausdrücklich festgehalten hat, dass dieser zwar die Unsachlichkeit (bezogen auf die damalige 'Durchschnittslebensbetrachtung') mildert, aber nicht beseitigt. Das muss folglich auch im vorliegenden Zusammenhang gelten.

4. Der Oberste Gerichtshof sieht sich daher veranlasst, im Hinblick auf eine Verletzung des Gleichheitssatzes und einen unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht einen entsprechenden Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen.

..."

2. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie beantragt, den Antrag als unzulässig zurückzuweisen, in eventu abzuweisen. Für den Fall der Aufhebung stellt die Bundesregierung den Antrag, für das Außerkrafttreten eine Frist von 18 Monaten zu bestimmen.

2.1. Die Bundesregierung hält den Antrag in erster Linie für unzulässig:

"...

3. Nach Auffassung der Bundesregierung grenzt der antragstellende Oberste Gerichtshof den Umfang der begehrten Aufhebung im Hinblick auf seine Bedenken nicht richtig ab:

3.1. Zunächst hält der Oberste Gerichtshof fest (Antrag S 9), dass nicht gegen die Bemessung der Witwen(Witwer)pension 'auf der Grundlage eines Einkommensvergleiches' verfassungsrechtliche Bedenken bestünden; für verfassungsrechtlich bedenklich hält der Oberste Gerichtshof nur den Beobachtungszeitraum für die Ermittlung des Einkommens. Er legt allerdings nicht dar, warum zur Bereinigung dieses Bedenkens nicht eine Aufhebung bloß der Teile des § 264 Abs. 3 und 4 ASVG über den Beobachtungszeitraum genügen würde (sodass die verbliebenen Teile der Abs. 3 und 4 des § 264 ASVG lauten würden: 'Berechnungsgrundlage [der Witwe (des Witwers)] [des (der) Verstorbenen] im Sinne des Abs. 2 ist das Einkommen nach Abs. 5.').

3.2. Ausdrücklich hält der Oberste Gerichtshof auch fest, dass gegen die Nichteinrechnung der Abfertigung in die Bemessungsgrundlage des Verstorbenen gemäß § 264 Abs. 5 ASVG, die in dem seinem Antrag zugrundeliegenden Verfahren strittig war, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen (Antrag S 11). In einem gewissen Gegensatz dazu begründet der Oberste Gerichtshof seinen Antrag mit der 'Gestaltung des konkreten Falls' (Antrag S 12), weil auch ein längerer als zweijähriger Beobachtungszeitraum den zuletzt erworbenen Lebensstandard repräsentieren könne und im gegenständlichen Verfahren 'weniger gravierende Rechtsfolgen zur Folge gehabt [hätte]' (Antrag S 17). Der Oberste Gerichtshof geht also davon aus, dass die von ihm behauptete Verfassungswidrigkeit - nämlich die Unverhältnismäßigkeit der Rechtsfolge, dass in bestimmten Konstellationen überhaupt kein Anspruch auf Witwen(Witwer)pension besteht - durch einen längeren Beobachtungszeitraum beseitigt werden könnte.

Gerade der dem Antrag des Obersten Gerichtshofes zugrunde liegende Fall (in dem die Einrechnung der Abfertigung des verstorbenen Ehemannes in die Berechnungsgrundlage strittig war) zeigt, dass für die Höhe der Witwen(Witwer)pension nicht primär - oder jedenfalls nicht allein - die Dauer des Beobachtungszeitraumes ausschlaggebend ist, sondern in zumindest gleicher Weise auch das gemäß § 264 Abs. 5 ASVG relevante Einkommen der (des) Verstorbenen bzw. der Witwe (des Witwers). Im Ausgangsfall würde die beantragte Aufhebung und nachfolgende Ausdehnung des Beobachtungszeitraumes - soweit aus dem Antrag ersichtlich - gerade nicht dazu führen, dass die Witwe eine (relevante) Hinterbliebenenpension erhalten würde; entscheidend für den Anspruch auf Witwenpension ist in diesem Fall vielmehr die - von der Pensionsversicherungsanstalt und vom Berufungsgericht verneinte, vom Erstgericht hingegen bejahte - Einrechnung der Abfertigung in das für die Berechnungsgrundlage relevante Einkommen des Verstorbenen. § 264 Abs. 5 ASVG wird vom Obersten Gerichtshof aber ebenso wenig bekämpft wie die - für das Ausmaß der Witwen(Witwer)pension zumindest in gleicher Weise relevante - Bestimmung des § 264 Abs. 2 ASVG über die sog. Spreizung (zwischen 0 und 60 vH der Pension des [der] versicherten Verstorbenen). Die vom Obersten Gerichtshof konstatierte 'erhebliche Rechtsfolge', dass in bestimmten Konstellationen überhaupt keine Witwen(Witwer)pension gebührt, ergibt sich in aller Regel - wie auch in dem dem Antrag zugrunde liegenden Fall - aber gerade aus dieser und nicht aus den angefochtenen Bestimmungen.

Nach Auffassung der Bundesregierung ist der Antragsumfang daher zu gering gewählt, um den verfassungsrechtlichen Bedenken des Obersten Gerichtshofes durch Aufhebung Rechnung tragen zu können. Vielmehr hätte der Oberste Gerichtshof (auch) die Abs. 2 und 5 des § 264 ASVG (mit)anfechten müssen. Auch der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis VfSlg. 16.923/2003 § 264 Abs. 2 bis 5 ASVG, also die ganze Berechnung der Witwen(Witwer)pension als verfassungswidrig aufgehoben (darauf weist auch *Weissensteiner*, Neuregelung der Berechnung der Hinterbliebenenpension - 2. SVÄG 2004, DRdA 2004, 486, hin), weil sie

nicht geeignet sei, das Ziel dieser Pensionsleistung zu erreichen; der Verfassungsgerichtshof hat also offenbar einen untrennbaren Zusammenhang dieser Bestimmungen gesehen.

3.3. Hingewiesen wird schließlich darauf, dass in der Begründung des Antrages lediglich die Sachlichkeit des zwei-jährigen Beobachtungszeitraumes des § 264 Abs. 3 ASVG bezweifelt wird, nicht auch die Sachlichkeit des Beobachtungszeitraumes des § 264 Abs. 4 ASVG, obwohl auch diese Bestimmung angefochten ist. Angesichts des unter den näheren Voraussetzungen des § 264 Abs. 4 zweiter Satz ASVG auf vier Jahre ausgeweiteten Beobachtungszeitraumes für die Berechnungsgrundlage des (der) Verstorbenen erscheint zumindest zweifelhaft, dass sich das vom Obersten Gerichtshof geltend gemachte Bedenken, ein längerer als zwei-jähriger Beobachtungszeitraum würde weniger gravierende Rechtsfolgen nach sich ziehen, auch auf die ebenfalls angefochtene Bestimmung des § 264 Abs. 4 ASVG bezieht; insoweit ist dem Antrag nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, welche Gründe für die Annahme der Verfassungswidrigkeit des (gesamten) § 264 Abs. 4 ASVG sprechen, sodass es an einer Darlegung der Bedenken im Einzelnen mangelt.

3.4. Die Bundesregierung geht daher davon aus, dass der Antrag des Obersten Gerichtshofes zurückzuweisen ist."

2.2. In der Sache tritt die Bundesregierung den Bedenken des OGH wie folgt entgegen:

"...

1.1. Die Bundesregierung weist zunächst darauf hin, dass der Oberste Gerichtshof in jahrelanger Rechtsprechung die Auffassung vertreten hat, dass gegen die in den angefochtenen Bestimmungen normierten Fristen für die Ermittlung der Berechnungsgrundlage eines Anspruches auf Witwen(Witwer)pension keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden, und zwar sowohl im Zusammenhang mit der Behauptung einer zu kurzen als auch mit dem Vorbringen einer zu langen Dauer des Beobachtungszeitraumes (vgl. die Nw der Rspr in OGH 24.07.2008, 10 ObS 95/08f). Seinen nunmehrigen Gesetzesprüfungsantrag begründet der Oberste Gerichtshof wie folgt:

'Der Umstand, dass der OGH mit einer vermehrten Zahl von Härtefällen auf Grund dieser Regelung konfrontiert ist, und die Gestaltung des konkreten Falles lassen eine verfassungsgerichtliche Überprüfung des § 264 Abs. 3 und 4 ASVG angezeigt erscheinen.'

1.2. In der Sache behauptet der Oberste Gerichtshof auf das Wesentliche zusammengefasst unter Berufung auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum 'Härtefall' eine Verletzung des Gleichheitssatzes dadurch, dass aufgrund des (lediglich) zweijährigen Beobachtungszeitraumes des § 264 Abs. 3 ASVG 'in bestimmten Konstellationen' überhaupt keine Witwen(Witwer)-

pension gebühre, während ein längerer Beobachtungszeitraum, der zur Sicherung des zuletzt erworbenen Lebensstandards ebenfalls geeignet wäre, zu einem bloß geminderten Anspruch und somit zu weniger gravierenden Rechtsfolgen führe. Der Oberste Gerichtshof behauptet auch - freilich ohne nähere Begründung - einen 'unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht'.

1.3. Die Witwen(Witwer)pension soll den Unterhaltsausfall ersetzen, der in einer partnerschaftlichen Ehe durch den Tod eines Ehepartners entsteht (vgl. VfSlg. 8871/1980, OGH 17.8.2006, 10 Obs 92/06m). Aufgabe der Witwen(Witwer)pension ist nach dem bereits zitierten Erkenntnis VfSlg. 16.923/2003 die Sicherung einer 'dem zuletzt erworbenen Lebensstandard nahekommenden Versorgung' des überlebenden Ehepartners. Aus dem zuletzt genannten Erkenntnis ergibt sich also zum einen, dass nicht auf den höchsten während des Bestandes der Ehe erzielten, sondern auf den 'zuletzt erworbenen' Lebensstandard abzustellen ist; zum anderen werden damit auch einer beliebigen Ausdehnung des einschlägigen Beobachtungszeitraumes zeitliche Grenzen gesetzt.

1.4. Nach Auffassung der Bundesregierung ist ein Beobachtungszeitraum von zwei Jahren geeignet und grundsätzlich ausreichend, um im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung eine Einkommenssituation, die den zuletzt erworbenen Lebensstandard widerspiegelt, abzubilden. Insbesondere wird durch die Berücksichtigung auch des dem Todeszeitpunkt zweitvorangegangenen Kalenderjahres dem Umstand Rechnung getragen, dass im letzten Kalenderjahr vor dem Todeszeitpunkt das Einkommen des (der) Verstorbenen vielfach durch Krankheit oder Arbeitslosigkeit sinkt (vgl. die oben Pkt. I.1.2. wiedergegebenen Gesetzesmaterialien). Durch die Verlängerung dieses Beobachtungszeitraumes auf vier Jahre bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage des (der) Verstorbenen hat der Gesetzgeber auf jene Fälle Bedacht genommen, in denen es während des regulären zweijährigen Beobachtungszeitraumes aus berücksichtigungswürdigen Gründen (Krankheit, Arbeitslosigkeit) zu einer Minderung des Einkommens kommt (Günstigkeitsprinzip); bereits das SVÄG 2006 hat also eine Härteklausel geschaffen.

Eine generelle Ausdehnung des (grundsätzlich) zweijährigen Beobachtungszeitraumes, wie vom antragstellenden Obersten Gerichtshof gefordert, würde für die Witwen (Witwer) in manchen Fällen zu günstigeren, in anderen (wenn nicht gar in der überwiegenden Zahl) zu ungünstigeren, jedenfalls aber zu schwer abschätzbaren Ergebnissen führen.

Nimmt man etwa den keineswegs unrealistischen Fall an, dass ein Ehepartner auf Grund der Erkrankung des anderen Ehepartners seine Berufstätigkeit intensiviert, um den krankheitsbedingten Einkommensausfall des anderen wettzumachen, und schränkt er dann, wenn sich die Krankheit verschlimmert, die Berufstätigkeit in den Jahren vor dem Ableben des Ehepartners (der Ehepartnerin) ein, etwa um die entsprechende Pflege sicherzustellen, würde sich das höhere Einkommen zB vom zehnten bis zum fünften Jahr vor dem Todeszeitpunkt negativ auf die Höhe der

Witwen(Witwer)pension auswirken, und zwar auch dann, wenn in den letzten vier bzw. zwei Jahren das Verhältnis der Einkommen auf Grund der pflegebedingten Einschränkung der Erwerbstätigkeit für den überlebenden Ehepartner günstiger gewesen wäre.

Wie dieses Beispiel zeigen soll, wäre eine Ausweitung des Beobachtungszeitraumes für den hinterbliebenen Ehepartner in vielen Fällen gar nicht von Vorteil. Jede Ausweitung des Beobachtungszeitraumes würde vielmehr die Gefahr von Zufälligkeiten erhöhen, sodass keineswegs sichergestellt wäre, dass die Witwen(Witwer)pension den zuletzt erworbenen Lebensstandard widerspiegelt. Wie der Oberste Gerichtshof selbst ausgesprochen hat, 'birgt eine Ausdehnung des Zeitraumes - neben dem damit verbundenen höheren Erhebungsaufwand - die Gefahr, dass durch die Hinterbliebenenpension nicht der zuletzt erworbene Lebensstandard gesichert wird, sondern ein Durchschnittslebensstandard aus einem längeren Zeitraum' (OGH 17.8.2006, 10 ObS 92/06m). Es erscheint der Bundesregierung daher - entgegen der nunmehrigen Annahme des Obersten Gerichtshofes im Gesetzesprüfungsantrag - zweifelhaft, ob ein längerer Beobachtungszeitraum geeignet wäre, die Aufgabe der Witwen(Witwer)pension zu erfüllen, nämlich den 'zuletzt erworbenen' Lebensstandard zu sichern.

1.5. Ein längerer Beobachtungszeitraum, wie ihn der Oberste Gerichtshof fordert, würde wegen der mit einer Einkommensrückerfassung für länger zurückliegende Zeiträume verbundenen Schwierigkeiten zu einem erhöhten Erhebungs- und Verwaltungsaufwand führen. Auch verwaltungsökonomische Gesichtspunkte sprechen somit für die sachliche Rechtfertigung des bekämpften Beobachtungszeitraumes.

1.6. Neben der Ausdehnung des Beobachtungszeitraumes auf vier Jahre, wenn dies für die Witwe (den Witwer) günstiger ist, erfährt die Berechnung der Witwen(Witwer)pension aus sozialpolitischen Erwägungen durch den sog. Schutzbetrag eine weitere soziale Abfederung. Gemäß § 264 Abs. 6 ASVG ist dann, wenn eine Witwen(Witwer)pension bloß in einem geringen Ausmaß gebührt, der Hundertsatz der Pension jedenfalls so weit zu erhöhen, bis das Gesamteinkommen (eigenes Einkommen der Witwe [des Witwers] und Hinterbliebenenleistung) der Witwe (des Witwers) einen bestimmten Mindestbetrag (Wert 2009: 1 667,97 €) erreicht, wobei der so ermittelte Hundertsatz 60 vH nicht überschreiten darf.

1.7. Als Sozialversicherungsleistung ist die Witwen(Witwer)pension dem Wesen des Umlageverfahrens gemäß nicht (allein) ein Äquivalent für die eingezahlten Beiträge, sondern eine von der Solidargemeinschaft getragene Versicherungsleistung. Da ihre Aufgabe wie mehrfach erwähnt in der Sicherung des zuletzt erworbenen Lebensstandards vor dem Ableben des Versicherten liegt, führen die gesetzlichen Bestimmungen in bestimmten Fällen - folgerichtig - zu einer geringen oder gar zu einer 'Null-Pension'. Ausgehend von der Aufgabe der Witwen(Witwer)pension hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 16.923/2003 dies ausdrücklich für verfassungsrechtlich zulässig erachtet:

'Ausgehend davon kann gegebenenfalls die Verminderung, unter Umständen sogar die Nichtgewährung der Witwen(Witwer)-pension sachlich gerechtfertigt sein; dann nämlich, wenn der/dem Hinterbliebenen - wegen ihres/seines vergleichsweise hohen eigenen (Pensions)Einkommens - eine dem zuletzt erworbenen Lebensstandard nahe kommende Versorgung auch im Falle einer verminderten Witwen(Witwer)pension bzw. des gänzlichen Entfalles der Hinterbliebenenpension gesichert ist.'

Diese Aussage ist vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu verstehen, wonach der Sozialversicherung eine Äquivalenz von Beiträgen und Leistungen fremd ist, sodass in Kauf zu nehmen ist, dass es in manchen Fällen trotz Leistung von Beiträgen zu überhaupt keiner Leistung kommt.

1.8. Ausgehend davon kann nicht davon gesprochen werden, dass es sich in Fällen wie jenem des Ausgangsverfahrens beim Obersten Gerichtshof um 'Härtefälle' handelt, die die angefochtenen Bestimmungen verfassungswidrig erscheinen ließen. Vielmehr führt jede Grenzziehung zu 'Härtefällen' (VfSlg. 3732/1960; vgl. *Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz* [2008] 241). Allein der Umstand, dass bei einer Änderung der Anspruchsvoraussetzungen in bestimmten Fällen eine (höhere) Witwen-(Witwer)pension gebühren würde, während aufgrund der geltenden Rechtslage eine solche Leistung nicht (oder nur in geringerem Ausmaß) gebührt, macht den Beobachtungszeitraum noch nicht verfassungswidrig, wie dies offenbar der Oberste Gerichtshof meint. Die Festlegung des grundsätzlich zweijährigen Beobachtungszeitraumes stellt nämlich - wie zuvor dargelegt (Pkt. II.1.4.) - eine sachgerechte, im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegende Regelung dar, die durch die Ausweitung des Beobachtungszeitraumes auf vier Jahre, wenn dies für die Witwe (den Witwer) günstiger ist, bereits eine soziale Abfederung erfahren hat.

1.9. Dass in bestimmten Fällen kein Anspruch auf Witwen-(Witwer)pension gebührt, ergibt sich - wie bereits ausgeführt (Pkt. I.3.2.) - aus der Pensionsformel des § 264 Abs. 2 ASVG, wonach diese abgeleitete Pension im Ausmaß von 0 vH bis 60 vH der (fiktiven) Eigenpension der verstorbenen Person gebührt (sog Spreizung). Die vom Obersten Gerichtshof fälschlich als 'Härtefall' bezeichnete Konsequenz dieser Formel, dass nämlich in bestimmten Konstellationen keine Leistung gebührt, stellt ein bewusstes Abgehen des Gesetzgebers von früheren Ausgestaltungen der Witwen(Witwer)pension dar, worauf mangels Anfechtung des § 264 Abs. 2 ASVG im vorliegenden Verfahren allerdings nicht näher einzugehen ist.

1.10. Nach Auffassung der Bundesregierung stellt der angefochtene Beobachtungszeitraum bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage für die Witwen(Witwer)pension bei der gebotenen Durchschnittsbetrachtung somit eine zur Erreichung der Aufgabe der Witwen(Witwer)pension geeignete, durch die Ausdehnung

des Beobachtungszeitraumes auf vier Jahre sozial abgedeckte und insgesamt sachgerechte Regelung dar.

2. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass aus Sicht der Bundesregierung eine Verfassungswidrigkeit des § 264 Abs. 3 und 4 ASVG nicht gegeben ist."

II. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Entgegen der Auffassung der Bundesregierung ist der Antrag - gemessen an den Bedenken, die sich ausschließlich gegen die Länge des beim Einkommensvergleich für den verstorbenen Versicherten maßgebenden Beobachtungszeitraums richten - nicht zu eng gefasst. Der OGH ist in diesem Zusammenhang nicht verhalten, auch die Bestimmungen des § 264 Abs. 5 ASVG über den Einkommensbegriff mit anzufechten, zumal er - wie er ausdrücklich in seinem Antrag hervorhebt - diese Regelungen für verfassungskonform hält und sich bei Zutreffen der Bedenken ("zu kurze Beobachtungsfristen beim Einkommensvergleich") die Verfassungswidrigkeit ausschließlich aus den angefochtenen Bestimmungen ergäbe.

1.2. Ob der OGH die Ursache für die "Härtefälle", d.h. seiner Meinung nach gehäufte Fälle von unverhältnismäßigen Kürzungen oder gar des Wegfalls von Witwenpensionsansprüchen, zu Recht dem Beobachtungszeitraum zuschreibt, ist eine andere Frage, die aber nicht die Zulässigkeit des Antrages berührt, sondern von der die Entscheidung in der Sache über den Antrag abhängt. Es ist hingegen nicht der Fall, dass sich die vom OGH formulierten Bedenken in Wahrheit (nur oder auch) gegen § 264 Abs. 5 ASVG richten oder dass bei Zutreffen seiner Bedenken der Sitz der Verfassungswidrigkeit zumindest auch in § 264 Abs. 5 ASVG gelegen wäre, sodass sich die behauptete Verfassungswidrigkeit ohne Aufhebung dieser Bestimmung nicht beseitigen ließe.

1.3. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, ist der Antrag zulässig.

2. In der Sache

2.1. Die Höhe der Hinterbliebenenpension des Ehegatten wird durch einen Vergleich des durchschnittlichen monatlichen Einkommens der beiden Ehegatten während der beiden letzten Kalenderjahre vor dem Tod ermittelt (§ 264 Abs. 3 und 4 ASVG).

Ist in diesem Zeitraum beim verstorbenen Ehegatten eine Verminderung des Einkommens auf Krankheit oder Arbeitslosigkeit zurückzuführen, wird - wenn es für die hinterbliebene Person günstiger ist - der Durchschnitt seines monatlichen Einkommens während der letzten vier Jahre vor dem Tod herangezogen.

2.1.1. Als Einkommen gilt das Erwerbseinkommen im Sinne des § 91 Abs. 1 ASVG, d.h. bei einer "unselbständigen Erwerbstätigkeit das aus dieser Tätigkeit gebührende Entgelt" und bei einer "selbständigen Erwerbstätigkeit der auf den Kalendermonat entfallende Teil der nachgewiesenen Einkünfte aus dieser Tätigkeit".

2.1.2. Der Entgeltbegriff des § 91 Abs. 1 Z 1 ASVG wird in der Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte als Entgelt im Sinne des § 49 ASVG verstanden, woraus abgeleitet wird, dass die durch § 49 Abs. 3 ASVG in der Pflichtversicherung beitragsfrei gestellten Einkünfte auch im Rahmen des Einkommensvergleichs des § 264 Abs. 4 ASVG nicht herangezogen werden können.

2.1.3. Darüber hinaus gelten als Einkommen u.a. auch die in § 264 Abs. 5 Z 2 ASVG genannten Leistungen, d.s. wiederkehrende Geldleistungen aus der gesetzlichen Sozialversicherung (mit Ausnahme eines Kinderzuschusses und eines besonderen Steigerungsbetrages nach § 248 ASVG) und aus der Arbeitslosenversicherung sowie nach den Bestimmungen über die Arbeitsmarktförderung, insbesondere also alle Pensions- und Rentenleistungen aus der Pensionsversicherung und der Unfallversicherung, aber auch das Krankengeld, das Arbeitslosengeld und die Notstandshilfe.

2.2. Sind die danach ermittelten monatlichen Durchschnittseinkommen der Eheleute gleich hoch, so gebührt eine Hinterbliebenenpension von 40 vH der (allenfalls fiktiven) Alters- bzw. Invaliditätspension (§ 264 Abs. 1 Z 1 bis 5 ASVG) der verstorbenen Person. Sie erhöht oder vermindert sich für jeden Prozentpunkt des Anteiles, der 100 unterschreitet oder übersteigt, um 0,3. Die Hinterbliebenenpension ist jedoch nach unten hin mit Null und nach oben hin mit 60 vH begrenzt. Teile von Prozentpunkten des Anteiles sind verhältnismäßig zu berücksichtigen (§ 264 Abs. 3 ASVG).

2.3. § 264 Abs. 6 ASVG enthält jedoch eine Schutzbestimmung gegen das Absinken der Witwenpension auf Null: Erreicht die Summe aus dem eigenen Einkommen der Witwe (des Witwers) nach § 264 Abs. 5 ASVG und der Witwen(Witwer)pension, ausgenommen ein besonderer Steigerungsbetrag (§ 248 ASVG), nicht den Betrag von € 1.671,20 monatlich, so ist, solange diese Voraussetzung zutrifft, der Hundertsatz der Witwen(Witwer)pension soweit zu erhöhen, dass die Summe aus eigenem Einkommen und Witwen(Witwer)pension den genannten Betrag erreicht. Der so ermittelte Hundertsatz darf 60 nicht überschreiten. In den Fällen, in denen eine mit dem Hundertsatz von 60 bemessene Witwen(Witwer)pension, ausgenommen ein besonderer Steigerungsbetrag (§ 248 ASVG), den Betrag von € 1.671,20 überschreitet, tritt diese an die Stelle des Betrages von € 1.671,20.

3. Die Bedenken des OGH richten sich ausschließlich gegen die Dauer der zwei- bzw. vierjährigen Rahmenfristen, die für den Einkommensvergleich herangezogen werden.

Der Verfassungsgerichtshof hatte in seinem Erkenntnis VfSlg. 16.923/2003 gegen die vom Gesetzgeber normierte Abhängigkeit des Witwen(Witwer)pensionsanspruches vom Einkommen des Verstorbenen und der hinterbliebenen Witwe keine verfassungsrechtlichen Bedenken; er erachtete vielmehr das in der damaligen Fassung des Gesetzes vorgesehene Abstellen auf die jeweilige

Bemessungsgrundlage mit Blick auf das mögliche Fehlen eines damit korrespondierenden Pensionsanspruches, somit mangels Eignung der Bemessungsgrundlage als Indikator für die Einkommenverhältnisse bei bestimmten Fallgruppen, als verfassungswidrig.

4. Die vom OGH dem Verfassungsgerichtshof nunmehr vorgelegten Bedenken betreffen der Sache nach in erster Linie jene Fälle, in denen der den Anspruch auf Witwenpension auslösende Tod des Ehepartners entweder vor dem Anfall oder noch in den ersten beiden Jahren nach dem Anfall des eigenen Pensionsanspruches eingetreten ist. Erst dieser zeitliche Zusammenhang hat nämlich zur Folge, dass nicht (oder nicht ausschließlich) die aufgrund der "Pensionsformel" des § 261 ASVG iVm der Bemessungsgrundlage im Sinne des § 240 ASVG in den meisten Fällen den Erwerbverlauf über längere Zeiträume widerspiegelnde, jedenfalls aber für die Zukunft in ihrer Höhe stabil bleibende Pensionsleistung den Maßstab für den anzustellenden Vergleich der Einkommensverhältnisse zwischen den Eheleuten bildet, sondern jene Einkommensverhältnisse, die dem (in solchen Fällen typischerweise dem Lebensalter nach) frühen Todeszeitpunkt zeitlich vorangehen; diese Einkommensverhältnisse sind ihrerseits wieder - in den Fällen "vorzeitigen" Ablebens ebenso typischerweise - oft krankheits- oder arbeitslosigkeitsbedingt zufälligen Schwankungen ausgesetzt. Zu den die Einkommensverhältnisse beeinflussenden Zufälligkeiten zählen insbesondere Dauer und Art der Erkrankung, welche von Auswirkung auf die Erwerbseinkünfte sind, weil sie zu deren teilweisen oder gänzlichen Wegfall zugunsten von typischerweise deutlich niedrigeren Einkommensersatzleistungen, wie Krankengeld, Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe führen können. In jenen Fällen also, in denen der Tod kurz nach dem Pensionsanfall oder sogar noch vor dem Pensionsanfall eintritt und daher nicht die ein langfristig gleichbleibendes Einkommensniveau sichernde Pensionshöhe die Messgröße für die Witwenpension darstellt, besteht auch die Gefahr, dass die für die Berechnung der Witwenpension daher maßgeblichen Einkünfte während der Jahre vor dem Tod besonders stark von jenen Einkommensverhältnissen des Verstorbenen abweichen, welche für die Lebensführung der Eheleute

über lange Zeiträume hinweg bestimmend gewesen sind und im Wege der "Pensionsberechnungsformel" auch in Hinkunft bestimmend geblieben wären.

4.1. Dem versucht der Gesetzgeber dadurch zu begegnen, dass er im Falle der Verminderung des Einkommens durch Krankheit und Arbeitslosigkeit während des Betrachtungszeitraums der letzten beiden Kalenderjahre einen Betrachtungszeitraum von vier Jahren vorsieht, wenn dieser günstiger ist. Dem OGH ist einzuräumen, dass - wie die Praxis zeigt - auch ein Betrachtungszeitraum von vier Jahren vor einer beachtlichen Zahl von "Härtefällen" nicht bewahrt, weil sich die wirtschaftlichen Verhältnisse von Eheleuten oft nicht schematisch entwickeln und Unfälle oder Erkrankungen Auswirkungen in unterschiedlicher Dauer und von unterschiedlicher Intensität haben können.

4.2. Die unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hinzunehmenden "Härtefälle" zeichnen sich nach der vom OGH zutreffend analysierten bisherigen Rechtsprechung teils durch ihr seltenes Vorkommen, teils durch ein relativ geringes Maß der Intensität des für die Betroffenen im Verhältnis zu Anderen eintretenden Nachteils. Sie sind in der Regel Folgen einer (zulässigen) Durchschnittsbetrachtung und zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, alle Fallgestaltungen und daher auch nicht jene, die dann als Härtefall empfunden werden, vorherzusehen und bei seinen Regelungen im Voraus zu bedenken, maW dass es sich nicht um vermeidbare "Systemfehler" handelt (vgl. zB VfSlg. 12.783/1991 - Familienlastenausgleich, VfSlg. 17.237/2004 - Exekutionsverfahren).

Das System der Pensionsversicherung nach dem ASVG im Besonderen beruht nicht allein auf dem Versicherungsprinzip, sondern auch - und im Besonderen in der Hinterbliebenenversorgung - auf dem Versorgungsgedanken, was sich etwa schon daran zeigt, dass die Mittel der Pensionsversicherungsträger nicht allein durch Beiträge der Versicherten, sondern wesentlich auch

durch einen Beitrag (Zuschuss) des Bundes (§ 80 ASVG) aufgebracht werden. Schon aus diesem Grund kann der Gesetzgeber, ohne mit dem Gleichheitsgrundsatz in Widerspruch zu geraten, bei der Gestaltung des Leistungsrechtes auch sozialpolitische Ziele verwirklichen und dabei eine Durchschnittsbetrachtung anstellen. Härtefälle können ebenso unberücksichtigt bleiben wie Einzelfälle einer Begünstigung (VfSlg. 12.568/1990 unter Hinweis auf VfSlg. 8871/1980).

4.3. Ein die angefochtene Regelung wegen Verstosses gegen den Gleichheitssatz mit Verfassungswidrigkeit belastender Fehler liegt hier nicht vor:

4.3.1. Es kann insbesondere nicht gesagt werden, dass die Rahmenzeiträume von zwei oder vier Jahren in Verbindung mit dem dabei vorgesehenen Günstigkeitsprinzip eine größere Zahl von "Härtefällen" (gemeint: im Sinne einer unverhältnismäßigen Benachteiligung gegenüber einem angenommenen Regel- oder Durchschnittsfall) zulässt, als dies bei einer (in den vorgetragenen Bedenken angestrebten) längeren Frist der Fall wäre, weil es mit jeder Verlängerung der Frist ebenso denkbar ist, dass gerade damit Einkommenssituationen in die Betrachtung einbezogen werden, die für den Anspruch auf eine Witwenpension ebenso ungünstig sind. Dazu kommt, dass der anzustellende Vergleich der wirtschaftlichen Verhältnisse auch dadurch "verzerrt" werden kann, dass derartige Änderungen in den Einkünften aus schicksalshaften Ereignissen im Betrachtungszeitraum von zwei Jahren vor dem Ableben auch bei der hinterbliebenen Person (zB der Witwe) vorkommen können und diesfalls freilich die jeweils umgekehrten Auswirkungen auf den Hinterbliebenenpensionsanspruch haben: Während verminderte Einkünfte der verstorbenen Person zu einer Reduzierung oder zum Wegfall der Hinterbliebenenpension führen können, vermögen zufällig verminderte Einkünfte der Hinterbliebenen im Betrachtungszeitraum die Höhe des Hinterbliebenenpensionsanspruchs zu begünstigen oder diesen erst zu begründen (in diesem Zusammenhang sei zB an die Entscheidung des antragstellenden Gerichts SSV-NF 20/87 erinnert, nach deren Sachverhalt

aufgrund der Einkommensverhältnisse der Witwe eine Verkürzung des Betrachtungszeitraums den Witwenpensionsanspruch begründet hätte).

4.3.2. Angesichts der potentiellen Vielfalt der Lebenssachverhalte lässt sich also nicht sagen, dass eine Verlängerung des Betrachtungszeitraums um eine bestimmte Zeitdauer verlässlich die vom antragstellenden Gericht erwähnten "Härtefälle" verhindern oder zumindest in ihrer Zahl vermindern würde. Im Gegenteil: jede Verlängerung des Betrachtungszeitraums würde auf der anderen Seite dazu führen, dass die auf Hinterbliebenenpensionsansprüche stabilisierend wirkende, Härtefälle vermeidende Einkommensphase des Pensionsbezuges nicht schon - je nach Lage des Stichtages - nach rund zwei bis drei Jahren ab Pensionsanfall erreicht wird, sondern erst wesentlich später. Damit würde die Zahl jener Fälle erhöht, in denen neben (stabilen) Pensionseinkünften auch Erwerbseinkünfte (und die mit diesen verbundene Unsicherheit) in den Einkommensvergleich einzubeziehen sind.

4.4. Dem Gesetzgeber muß daher zugebilligt werden, dass wegen der Vielfalt der möglichen Gestaltungen der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte keine Grenzziehung dieser Art Härtefälle zur Gänze vermeiden kann.

4.5. Der Verfassungsgerichtshof verkennt nicht, dass Planungshorizonte für den Lebensabend von Witwern bzw. Witwen empfindlich gestört werden können, wenn diese einen Hinterbliebenenpensionsanspruch, mit dem sie ursprünglich unter Berücksichtigung der voraussichtlich zu erwartenden jeweiligen Eigenpension der Eheleute noch rechnen durften, nach Krankheit und Tod des Ehepartners nur wegen der dadurch (vorübergehend) geänderten Einkommensverhältnisse nicht oder in einem wesentlich geringeren Ausmaß erhalten.

Angesichts der notwendigerweise ungewissen Wirkungen der Rahmenfristen des § 264 Abs. 3 und 4 ASVG hat aber der Gesetzgeber den möglichen Härtefällen jedenfalls dadurch eine auch aus

verfassungsrechtlicher Sicht bedeutsame Schranke gesetzt, dass er in § 264 Abs. 6 ASVG für den Fall, dass die Summe aus dem eigenen Einkommen der Witwe nach § 264 Abs. 5 ASVG und der Witwenpension nicht den Betrag von € 1.671,20 monatlich erreicht, sichergestellt hat, dass das Einkommen der Witwe oder des Witwers nicht unter diesen Schutzbetrag sinken kann.

Dieser Überlegung steht - anders als der OGH meint - das Vorerkenntnis VfSlg. 16.932/2003 nicht entgegen: Die damals als verfassungswidrig aufgehobene Regelung war nämlich - im Gegensatz zu den hier angefochtenen Bestimmungen - nach der Begründung des zitierten Erkenntnisses bei einer bestimmten Gruppe von Fällen ungeeignet, das wesensbestimmende Ziel der Regelungen über die Witwenpension zu erreichen, nämlich eine dem zuletzt erworbenen Lebensstandard nahe kommende Versorgung zu sichern, woran die Existenz eines "Schutzbetrages" nichts zu ändern vermochte, der zwar Härtefälle zu mildern, nicht aber einen gegen den Gleichheitssatz verstoßenden Systemfehler zu rechtfertigen vermag. Ein solcher Fehler ist dem Gesetzgeber mit den hier angegriffenen Bestimmungen aber nicht unterlaufen.

5. Angesichts dessen hat der Gesetzgeber mit der angegriffenen Regelung des § 264 Abs. 3 und 4 ASVG über die Zeiträume, für die der für Grund und Höhe von Hinterbliebenenpensionen maßgebende Einkommensvergleich anzustellen ist, den ihm bei der Regelung des Pensionsversicherungsrechts zukommenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nicht überschritten.

6. Die Bedenken des antragstellenden Gerichts erweisen sich sohin als unbegründet. Der Antrag war daher abzuweisen.

7. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 11. März 2010

Die Vizepräsidentin:

Dr. B i e r l e i n

Schriftführerin:

Dr. B e r g e r