

## **EuGH bricht den Bann: (endlich) keine Diskriminierung bei österreichischer Vordienstzeiten- bzw. Vorrückungsregelung**

### **1. Einführung**

Nachdem der EuGH seit *Hütter* in etlichen Entscheidungen immer wieder aufs Neue die Unionsrechtskonformität von österreichischen Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen verneint hatte, erscheint die jüngste Entscheidung in der Rs. *Bowman* vom 21. Dezember 2016 beinahe wie ein Weihnachtswunder. Hierin hält der EuGH fest, dass das Diskriminierungsverbot der Gleichbehandlungs-Rahmen-RL 2000/78/EG dahin auszulegen ist, dass es einem nationalen Kollektivvertrag nicht entgegensteht, nach dem für einen Arbeitnehmer, der für die Zwecke seiner Einstufung in die Bezugsstufen von der Anrechnung von Schulzeiten profitiert, eine Verlängerung des Vorrückungszeitraums von der ersten in die zweite Bezugsstufe gilt. Im September 2015 hatte der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt und um Klärung der Frage ersucht, ob eine kollektivvertragliche Regelung, die für Beschäftigungszeiten am Beginn der Karriere einen längeren Vorrückungszeitraum vorsieht und die Vorrückung in die nächste Bezugsstufe daher erschwert, eine mittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters darstellt, und im Fall der Bejahung dahin, dass eine solche Regelung insbesondere mit Rücksicht auf die geringere Berufserfahrung am Beginn der Karriere angemessen und erforderlich ist. De facto geht es somit um die Frage, ob die zeitliche Ungleichgewichtung der ersten Gehaltsstufe mit fünf Jahren per se eine Ungleichbehandlung darstellt, wenn die darauf folgende Vorrückung biennial ausgestaltet ist. Diese Frage war zwar bereits sowohl in der Rs. *Schmitzer* als auch in der Rs. *Starjakob* vorgelegt worden, blieb allerdings unbeantwortet.<sup>1</sup>

### **2. Historie**

Eingangs soll die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Frage, inwieweit bei der Anrechnung von (Vor-)Dienstzeiten differenziert werden kann und wie sich diese auf die Vorrückung im Falle einer Gehaltsstaffelung auswirkt, kurz dargestellt werden.

In der Rs. *Hütter*<sup>2</sup> entschied der EuGH, dass die österreichische Regelung der Außerachtlassung von Vordienstzeiten vor Vollendung des 18. Lebensjahres eine gegen Art. 1, 2 und 6 der Richtlinie 2000/78/EG verstößende Altersdiskriminierung

---

<sup>1</sup> Siehe zum Unterschied zwischen *Bowman* einerseits und *Starjakob* sowie *Schmitzer* andererseits Glowacka, Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen, in: Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz, Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 143 (145 ff.).

<sup>2</sup> EuGH 18. 6. 2009, Rs C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381 = Jahrbuch Altersdiskriminierung, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2010, S. 31 (Wachter) = ZESAR 2009, S. 490 (Pötz) = ASoK 2010, S. 25 (Gerhartl) = DRdA 2010, S. 89 (Ziehensack).

sei. Der EuGH verneinte den Rechtfertigungsgrund der Förderung der beruflichen Eingliederung von Jugendlichen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. a RL,<sup>3</sup> da dieser dem Ziel des Anreizes für einen längeren Verbleib in der Sekundarschule widersprach.<sup>4</sup> Es fehle daher die innere Kohärenz, die beiden grds zulässigen Ziele schließen einander aus.<sup>5</sup>

In der Rs. *Tyrolean Airways*<sup>6</sup> entschied der EuGH, dass eine Regelung nicht altersdiskriminierend sei, wonach bei der Einstufung in die kollektivvertraglichen Verwendungsgruppen und damit für die Höhe des Entgelts nur die als Flugbegleiter bei einer bestimmten Luftlinie erworbene Berufserfahrung berücksichtigt wird, nicht aber die inhaltlich identische Erfahrung, die bei einer anderen konzerninternen Luftlinie erworben wurde. Eine derartige Bestimmung beruhe nämlich auf einem Kriterium, das weder untrennbar mit dem Alter der Arbeitnehmer verbunden ist, noch mittelbar daran anknüpft.

In der Rs. *SALK*<sup>7</sup> wurde festgestellt, dass eine Regelung, wonach bei anderen Arbeitgebern als dem Land Salzburg zurückgelegte Dienstzeiten bei der Ermittlung des Stichtags für die Vorrückung in höhere Entlohnungsstufen nur teilweise angerechnet werden (60 %), die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschränkt. Diese Regelung wirke sich stärker auf Wanderarbeitnehmer aus, da diese vor dem Eintritt in den Dienst des Landes Salzburg sehr wahrscheinlich Berufserfahrung in einem anderen Mitgliedstaat als der Republik Österreich erworben haben. Auf Rechtfertigungsebene hielt der EuGH vor allem fest, dass das Ziel einer Verwaltungsvereinfachung die gegenständliche Beschränkung nicht zu rechtfertigen vermag. Auch die Ziele der Bindung und Erhöhung der Transparenz gereichen nicht zur Rechtfertigung, da die Maßnahme an Eignung bzw. Angemessenheit scheitere.

In der Rs. *Pohl*<sup>8</sup> ging es um die Frage der Verjährung des Rechts zur Geltendmachung von anzurechnenden Dienstzeiten und von Vermögensschäden wegen Entgeltdiskriminierung. Der EuGH hielt fest, dass eine Verjährungsfrist von 30 Jahren für das Recht eines Arbeitnehmers, eine Aufwertung der bei der Ermittlung des Vorrückungsstichtags zu berücksichtigenden Dienstzeiten zu verlangen, sowohl dem unionsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz entspreche als auch dem Grundsatz der Effektivität. Zum einen fände die Verjährungsfrist gleichermaßen auf nationale wie auf unionsrechtliche Ansprüche Anwendung, zum anderen sei es dem Arbeitnehmer praktisch nicht unmöglich gewesen, seine Ansprüche fristgerecht geltend zu machen.

In der Rs. *Schmitzer*<sup>9</sup> wurde festgestellt, dass durch die Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraums von zwei auf fünf Jahre bei gleichzeitiger Abschaffung der

---

<sup>3</sup> Siehe dazu EuGH 19. 1. 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21.

<sup>4</sup> Kaiser, Das Verbot der Altersdiskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH, ZESAR 2014, S: 473 (479).

<sup>5</sup> Siehe auch Preis in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Otto Schmidt, Köln 2015, § 4 Rz. 16.

<sup>6</sup> EuGH 7. 6. 2012, C-132/11, *Tyrolean Airways*, ECLI:EU:C:2012:329.

<sup>7</sup> EuGH 5. 12. 2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799.

<sup>8</sup> EuGH 16. 1. 2014, C-429/12, *Pohl*, ECLI:EU:C:2014:12 = Jahrbuch Altersdiskriminierung Jahrbuch Altersdiskriminierung, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2015, S. 181 (Wachter) = ZESAR 2014, S. 483 (Wachter).

<sup>9</sup> EuGH 11. 11. 2014, C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359 = DRdA 2015/28, S. 232 (Schrammel) = RdW 2015/117, S. 114 (Gerhart) = Jahrbuch Altersdiskriminierung, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2015, S. 189 (Wachter).

Differenzierung bei der Anrechnung von Vordienstzeiten danach, ob sie vor oder nach Vollendung des 18. Lebensjahres erworben worden waren, die ursprüngliche (in der Rs. *Hütter* festgestellte) Ungleichbehandlung aufgrund des Alters endgültig fortgeschrieben und nicht beseitigt werde.<sup>10</sup> Da die Verlängerung des Vorrückungszeitraums faktisch nur für jene bereits im Dienst befindlichen Arbeitnehmer gelte, die Vordienstzeiten vor dem 18. Lebensjahr anzurechnen hätten (nur diese stellen einen Antrag auf Neufestsetzung des Vorrückungsstichtages), benachteilige das neue System ausschließlich die auch im bisherigen System diskriminierte Gruppe. Die Rechtfertigung der Honorierung von Berufserfahrung scheiterte daran, dass die Regelung eine Ungleichbehandlung danach vornahm, in welchem Alter sie erworben worden war.<sup>11</sup> Abgesehen davon hielt der EuGH zum Ziel der budgetären Ausgeglichenheit einer Regelung fest, dass Erwägungen hinsichtlich der Kostenneutralität einer Maßnahme zwar zu berücksichtigen sind (sofern sie das Verbot der Altersdiskriminierung beachten), für sich alleine aber kein legitimes Ziel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG darstellen können. Das Gleiche gilt auch für administrative Erwägungen.

In der Rs. *Felber*<sup>12</sup> wurde der Ausschluss der Anrechnung von Schulzeiten, die vor Vollendung des 18. Lebensjahrs zurückgelegt worden waren, zur Erreichung des legitimen Ziels als geeignet angesehen, eine Beschäftigungspolitik zu verfolgen, die es allen dem Beamtenpensionssystem angeschlossenen Personen ermöglicht, im selben Alter mit der Beitragsleistung zu beginnen und Anwartschaften auf eine volle Pension zu erwerben, und damit eine Gleichbehandlung der Beamten zu gewährleisten. Das bedeutet, dass das legitime Ziel in der Vermeidung der Benachteiligung von Arbeitnehmern mit höherer Ausbildung bzw. Gewährleistung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer hinsichtlich des Eintritts in den Ruhestand bestehen kann.<sup>13</sup> *Gerhartl*<sup>14</sup> vertritt allerdings die Ansicht, dass die in *Felber* zum Tragen gekommene Rechtfertigung „nicht auf Entgeltansprüche des Arbeitnehmers übertragbar [ist], die – anders als eine Pension bzw. ein Ruhegenuss – weder durch Beiträge finanziert werden, noch zur Vereinheitlichung des Zeitpunkts des Beginns der Leistung von Beiträgen zum Versorgungssystem und damit zur Einhaltung des Pensionsantrittsalters dienen.“

In der Rs. *Starjakob*<sup>15</sup> wurde die Wahl des österreichischen Gesetzgebers, den für die Vorrückung in den ersten drei Gehaltsstufen erforderlichen Zeitraum um jeweils ein Jahr zu verlängern, beanstandet. Auch dazu hielt der EuGH fest, dass eine Regelung, die eine Diskriminierung nur umformuliert und im Endeffekt für die ursprünglich davon Betroffenen aufrechterhält, unzulässig ist. Zu diesem Ergebnis gelangt man im Wege des Vergleichs der besoldungsrechtlichen Stellung der vom

---

<sup>10</sup> Siehe auch Resch, Fehlerhafte Rechtsbereinigung nach Feststellung der Altersdiskriminierung, ZESAR 2012, S. 257 (259).

<sup>11</sup> Siehe Schrammel, Altersdiskriminierung bei der Bestimmung des Vorrückungsstichtages, DRdA 2015/28, S. 232 (236).

<sup>12</sup> EuGH 21. 1. 2015, C-529/13, *Felber*, ECLI:EU:C:2015:20.

<sup>13</sup> Siehe bereits Glowacka, Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen, in: Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz, Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 143 (155).

<sup>14</sup> *Gerhartl*, Diskriminierungsfreie Vordienstzeitenanrechnung, RdW 2015/117, S. 114 (115 f.).

<sup>15</sup> EuGH 28. 1. 2015, C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38 = RdW 2015/171, S. 178 (Lindmayr).

früheren System Benachteiligten („Optanten“<sup>16</sup>) einerseits und der vom früheren System Begünstigten („Alt-Bediensteten“<sup>16</sup>) andererseits.<sup>16</sup> Auf Rechtfertigungsebene verneinte der EuGH die vorgebrachten Ziele der Neuregelung (Kostenneutralität, Verwaltungsökonomie, Besitzstandswahrung und Vertrauensschutz) und rekurrierte dabei auf die Entscheidung in der Rs. *Schmitzer*.

In der Rs. *Lesar*<sup>17</sup> wurde die Zulässigkeit einer Regelung, die für Beamte die einheitliche Festsetzung einer Altersgrenze für die Mitgliedschaft und für den Bezug von Altersrente im Rahmen eines Pensionssystems gewährleisten soll, am Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG festgemacht. Hiernach können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt. Diese Ausnahme gilt nur für betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, die die Risiken von Alter und Invalidität abdecken und ist eng auszulegen.<sup>18</sup> Dies kann meines Erachtens allerdings nicht zur Rechtfertigung einer allgemeinen Differenzierung nach dem Alter mit der Begründung der mittelbaren Auswirkung herangezogen werden.<sup>19</sup>

Abgesehen von diesen allesamt österreichischen Fällen erscheinen auch noch folgende Entscheidungen erwähnenswert.

In der Rs. *Danfoss*<sup>20</sup> hielt der EuGH fest, dass der Arbeitgeber „die Anwendung des Kriteriums der Anciennität nicht besonders zu rechtfertigen“ braucht, da diese „mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im allgemeinen befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten“. Daher werden sog. „Biennalsprünge“ grds für zulässig erachtet.<sup>21</sup> Abgesehen davon hat der EuGH festgehalten, der Arbeitgeber könne die Anwendung des Kriteriums der Berufsausbildung durch die Darlegung, dass diese Ausbildung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist, rechtfertigen.

In der Rs. *Köbler*<sup>22</sup> verneinte der EuGH den rechtfertigenden Charakter einer Treueprämie („besondere Dienstalterszulage“),<sup>23</sup> obwohl die Honorierung der Betriebstreue als Rechtfertigungsgrund für die schnellere Vorrückung von Arbeitnehmern, die eine längere Betriebszugehörigkeit aufweisen, im Vergleich zu Neueintre-

---

<sup>16</sup> Siehe bereits Glowacka, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere?, ZESAR 2016, S. 150 (152).

<sup>17</sup> EuGH 16. 6. 2016, C-159/15, *Lesar*, ECLI:EU:C:2016:451.

<sup>18</sup> EuGH 26. 9. 2013, C-476/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:590, Rn. 46 und 48.

<sup>19</sup> Weiterführend Glowacka, Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen, in: Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz, Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 143 (155 f.) zu OGH 26. 11. 2015, 9 Ob A 84/15s, DRdA-infas 2016/48, 81 (Kozak).

<sup>20</sup> EuGH 17. 10. 1989, C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383.

<sup>21</sup> Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht<sup>4</sup>, Verlag Österreich, Wien 2014, S. 264 mwN; Mayr, Diskriminierungen aufgrund des Alters im österreichischen Arbeitsrecht, ASoK 2003, S. 289 (295); vgl. BAG 26. 5. 2009, 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849.

<sup>22</sup> EuGH 30. 9. 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

<sup>23</sup> Siehe Resch, Vordienstzeitenanrechnung und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2014, S. 155 (160).

tenden grds in Betracht kommt.<sup>24</sup> Das gleiche gilt auch für die Schaffung eines Anreizes, dem Betrieb länger anzugehören.<sup>25</sup> Mit der Gewährung einer derartigen Zulage gehe aber nach Ansicht des EuGH eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer einher.

In der Rs. *Cadman*<sup>26</sup> führte der EuGH zum Kriterium des Dienstalters (Anciennität) weiter aus, dass der Arbeitnehmer Anhaltspunkte aufzeigen kann, „die geeignet sind, ernstliche Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters zur Erreichung des genannten Zieles geeignet ist. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, zu beweisen, dass das, was in der Regel gilt, nämlich dass das Dienstalter mit der Berufserfahrung einhergeht und dass diese den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, auch in Bezug auf den fraglichen Arbeitsplatz zutrifft“.

In der Rs. *Hennigs*<sup>27</sup> stand eine Regelung auf dem Prüfstand, wonach die Zuordnung zu einer Lohngruppe anhand des Lebensalters vorgenommen wurde. Dabei wurde die Honorierung von Berufserfahrung älterer Arbeitnehmer grds als tauglicher Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Entgelt erachtet.<sup>28</sup> Gleichzeitig wurde aber festgestellt, dass nicht notwendigerweise eine Korrelation zwischen Lebensalter und Berufserfahrung bestehe.<sup>29</sup> Ob der temporären Natur der diskriminierenden Änderung der Anrechnungs- bzw. Vorrückungsregel (die Regelung ließ für einen befristeten Übergangszeitraum einige der diskriminierenden Auswirkungen des erstgenannten Systems bestehen, um für die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Angestellten den Übergang zum neuen System ohne Einkommensverluste zu gewährleisten) befand der EuGH diese „Übergangsregel“ als legitimes Ziel i.S.v. Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG. In Wirklichkeit wurde dadurch aber die ursprüngliche Ungleichbehandlung aufrechterhalten, während in der Rs. *Schmitzer* (s oben) eine ähnliche Neuregelung für unzulässig erachtet wurde.<sup>30</sup> Abgesehen davon wurde ein weiterer Aspekt behandelt: die Tatsache, dass die gegenständliche Regelung einen Sozialpartnerkompromiss darstellte. Der EuGH hielt unter Verweis auf die Rs. *Palacios de la Villa* und die Rs. *Rosenblatt* fest, dass mit der

---

<sup>24</sup> Siehe Risak, Die Begründung des Dienstverhältnisses und sonstige Gleichbehandlungsfragen bei älteren Arbeitnehmer\_innen, ZAS 2014/20, S. 125 (128); Wachter, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Jahre 2010, in: Jahrbuch Altersdiskriminierung, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2011, S. 54.

<sup>25</sup> Marhold, Differenzierung nach dem Alter, in: Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, Braumüller, Wien 2005, S. 83 (89); Preis in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Otto Schmidt, Köln 2015, § 4 Rz. 69; vgl. auch Kreil, Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung, ZAS 2010/35, S. 206 (207).

<sup>26</sup> EuGH 3. 10. 2006, C-17/05, *Cadman*, ECLI:EU:C:2006:633.

<sup>27</sup> EuGH 8. 9. 2011, C-297/10 und C-298/10, *Hennigs*, ECLI:EU:C:2011:560.

<sup>28</sup> Vgl. Hiebl/Runggaldier, Grundzüge des europäischen Arbeits- und Sozialrechts<sup>4</sup>, Linde, Wien 2014, S. 73; Marhold, Differenzierung nach dem Alter, in: Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, Braumüller, Wien 2005, S. 83 (89) mwN; Mayr, Arbeitsrecht, Manz, Wien 2016, Art. 2 Gleichbehandlungs-Rahmen-RL, E 4; Preis in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Otto Schmidt, Köln 2015, § 4 Rz. 70 mwN.

<sup>29</sup> Kaiser, Das Verbot der Altersdiskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH, ZESAR 2014, S. 473 (479).

<sup>30</sup> Vgl. Schrammel, Altersdiskriminierung bei der Bestimmung des Vorrückungsstichtages, DRdA 2015/28, S. 232 (236 ff.).

gegenständlichen Übergangsregelung zwar ein legitimes Ziel im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 verfolgt wird. Gleichzeitig wurde aber in ebendiesen Entscheidungen ausgeführt, dass die Sozialpartner „in gleicher Weise wie die Mitgliedstaaten“ Maßnahmen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der RL 2000/78/EG, wonach Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, vorsehen können. Somit kommt den Sozialpartnern kein weitergehendes Pouvoir zu als den Mitgliedstaaten; die Zulässigkeit einer sozialpartnerschaftlichen Lösung ist sohin im Hinblick auf den Stufenbau der Rechtsordnung u.a. am Gebot der Nichtdiskriminierung und dem darin enthaltenen Verbot der Altersdiskriminierung zu messen.<sup>31</sup>

Auch in der Rs. *Specht*<sup>32</sup> ging es um die Abhängigkeit der Einstufung in ein Besoldungsschema vom Lebensalter. Nachdem der EuGH festgestellt hatte, dass derartige Regelungen altersdiskriminierend seien, wurde das Einstufungsmodell zwar geändert. Allerdings wurde eine Überleitungslösung vorgesehen, wonach die nach dem alten System eingestuften Arbeitnehmer auf Basis ihres zuletzt bezogenen Gehaltes in das neue Besoldungssystem eingestuft wurden. Daher hatte der EuGH zu beurteilen, ob durch die Überleitung die Altersdiskriminierung des alten Systems im neuen fortgesetzt worden war. Er stellte fest, dass diese Regelung der Gleichbehandlungs-Rahmen-RL nicht entgegenstehe, weil sie dem legitimen Ziel der Besitzstandswahrung der betroffenen Arbeitnehmer diene, die sonst durch die Überleitung Einkommensverluste hinnehmen hätten müssen. Des Weiteren sei eine Angleichung „nach oben“ – dh die Anpassung der Entlohnung junger Arbeitnehmer an den Vergütungsanspruch, der nach dem Bezugssystem den nichtjüngeren Arbeitnehmer zusteht<sup>33</sup> – nicht notwendig. Denn das geänderte Einstufungsmodell bevorzuge keine Beschäftigtengruppe. Es gelte nämlich für jeden Arbeitnehmer bei seiner Einstellung, und die sich daraus ergebenden diskriminierenden Aspekte betreffen potenziell alle Arbeitnehmer.<sup>34</sup>

### 3. Ungleichbehandlung

Der gegenständliche Kollektivvertrag<sup>35</sup> beinhaltete folgende Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelung: in der bis zur 79. Änderung geltenden Fassung war eine

---

<sup>31</sup> Glowacka, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere?, ZESAR 2016, S. 150 (156); Pfeil, Vordienstzeitenanrechnung und Altersdiskriminierung, DRdA 2013/20, S. 231 (236).

<sup>32</sup> EuGH 19. 6. 2014, C-501/12, *Specht*, ECLI:EU:C:2014:2005.

<sup>33</sup> Vgl. BAG 10. 11. 2011, 6 AZR 148/09, NAZ 2012, 161.

<sup>34</sup> Siehe auch Bauer/Krieger, 10 Jahre AGG – Tops und Flops, NZA 2016, S. 1041 (1045).

<sup>35</sup> Genauer gesagt handelte es sich im gegenständlichen Fall um eine Dienstordnung (D.O.), die qualitativ als Kollektivvertrag gehandhabt wird (OGH 30. 8. 2007, 8 ObA 43/07t, RdW 2008/238, 285; OGH 22. 10. 1997, 9 ObA 255/97h, DRdA 1998, 212).

biennale Vorrückung vorgesehen und gewisse Vordienstzeiten wurden dabei angerechnet, dazu zählten allerdings keine vor dem 18. Lebensjahr erworbenen (Schul-)Zeiten.<sup>36</sup> Durch die 80. Änderung wurde diese auf das Alter Bezug nehmende Beschränkung aufgehoben, sodass nunmehr auch vor dem 18. Lebensjahr erworbenen Schulzeiten zur Anrechnung gelangen konnten.<sup>37</sup> Gleichzeitig wurde aber für Personen, die eine Neufestsetzung des Vorrückungsstichtages unter Anrechnung ebensolcher Schulzeiten begehren, die erste Vorrückung in die zweite Gehaltsstufe um drei Jahre (von zwei auf fünf) verlängert. Im Ergebnis wurde daher eine Anrechnung von drei Jahren Schulzeit (zwischen Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht i.d.R. im Alter von 15 Jahren und 18 Jahren) durch die Verlängerung der Vorrückung um drei Jahre nivelliert.

Dazu führte der OGH in seinem Vorabentscheidungsersuchen aus, dass diese kollektivvertragliche Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelung zwar seit der 80. Änderung keine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters mehr bewirke, sehr wohl aber eine mittelbare. Die Neuregelung stelle für die Anrechenbarkeit von Dienstzeiten vordergründig auf ein neutrales Kriterium ab, nämlich den 30. Juni jenes Jahres, in dem neun Schuljahre absolviert wurden. Da die Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraums im Vergleich zu den folgenden Bezugsstufen vor allem die bei der Beklagten neu eintretenden Arbeitnehmer ohne Vordienstzeiten betreffe und in dieser Gruppe vor allem jüngere Arbeitnehmer vertreten seien, könne eine Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer beim Entgelt durch die Neuregelung nicht ausgeschlossen werden. Da durch die Neuregelung die Verweildauer in der (niedrigsten) ersten Bezugsstufe von zwei Jahren deutlich auf fünf Jahre erhöht wurde, würden daher durch eine scheinbar neutrale Vorschrift im Ergebnis überwiegend jüngere Arbeitnehmer benachteiligt, die dadurch - trotz gleicher oder gleichartiger Arbeit, was durch Einstufung in die gleiche Gehaltsgruppe und gleiche Dienstklasse zum Ausdruck kommt - über einen längeren Zeitraum hinweg ein gleichbleibend niedrigeres Entgelt erhalten als vergleichbare ältere Arbeitnehmer.

Der EuGH bestätigt nun, dass die gegenständliche kollektivvertragliche Formulierung keine unmittelbare Diskriminierung bewirkt, da die Vorrückung im Gehaltsschema nach den zurückgelegten Dienstjahren erfolgt (Rn. 22 f.). Das erscheint insofern nachvollziehbar, als die direkte Anknüpfung an das Lebensalter mit der 80. Änderung gefallen ist. *Resch*<sup>38</sup> vertritt allerdings die Ansicht, dass in der zeitlichen Anknüpfung an den Beginn der gesetzlichen Schulpflicht eine unmittelbare Altersdiskriminierung gesehen werden kann. Er hält dazu fest, dass eine Berufstätigkeit vor Vollendung der Schulpflicht („wenngleich sehr eingeschränkt“) durchaus möglich ist und hat damit wohl die Ausnahmen des KJBG (§ 1 Abs. 2, § 5a, § 6) vor Augen.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> § 13 Abs 1 DO.A (bis 79. Änderung): „Für die Einstufung in das Gehaltsschema (§ 40) sind nachstehende, nach Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegte Dienstzeiten anzurechnen: [...]“.

<sup>37</sup> § 13 Abs 1 DO.A (ab 80. Änderung): „Für die Einstufung in das Gehaltsschema (§ 40) sind nachstehende, nach dem 30. Juni des Jahres, in dem nach der Aufnahme in die erste Schulstufe neun Schuljahre absolviert worden sind oder worden wären, zurückgelegte Dienstzeiten anzurechnen:[...]“.

<sup>38</sup> Resch, Fehlerhafte Rechtsbereinigung nach Feststellung der Altersdiskriminierung, ZESAR 2012, S. 257 (261).

<sup>39</sup> Weiterführend Dirschmied/Nöstlinger, Kinder- und Jugendlichenbeschäftigungsgesetz<sup>4</sup>, ÖGB-Verlag, Wien 2002, §§ 1, 5a, 6.

Danach sind leichte Hilfeleistungen (z.B. Arbeiten in einem Autodrom<sup>40</sup>) vom Verbot der Kinderarbeit ausgenommen. Abgesehen davon darf die Verwendung und Beschäftigung von Kindern bei öffentlichen Schaustellungen behördlich bewilligt werden. *Resch*<sup>41</sup> verweist aber auch auf den OGH<sup>42</sup>, wonach dieser die Nichtanrechnung von Dienstzeiten vor Vollendung des 15. Lebensjahres durch das legitime Ziel der Bildungspolitik i.S.d. notwendigen Schutzes von Jugendlichen gerechtfertigt sieht, da Anreize für frühzeitige Beschäftigungen vermieden werden sollen. Dass dem Ziel des Anreizes für einen längeren Verbleib in der Schule und der Förderung des Erwerbs einer gewissen Allgemeinbildung ein steigender Stellenwert zukommt, zeigt auch das im Sommer 2016 erlassene Ausbildungspflichtgesetzes (ApflG), das die Möglichkeit Minderjähriger, einer Beschäftigung nachzugehen, weiter beschränkt. Demnach haben die Erziehungsberechtigten nämlich dafür zu sorgen, dass Jugendliche bis zur Volljährigkeit (bzw. bis zum bereits früheren Abschluss einer entsprechenden Ausbildung) entweder eine Schule besuchen, eine Lehre absolvieren oder eine sonstige Ausbildung machen. Ausnahmen bestehen nur in ausbildungsfreien Zeiträumen von bis zu vier Monaten innerhalb von zwölf Kalendermonaten sowie bei Vorliegen einer behördlichen Genehmigung. Daher ist dem EuGH zu folgen und in der Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelung i.d.F. der 80. Änderung des gegenständlichen Kollektivvertrages keine unmittelbare Ungleichbehandlung zu sehen.<sup>43</sup>

Bei der Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraumes bei einer sonst gleichmäßig verlaufenden Vorrückung eine mittelbare Diskriminierung bewirkt, stellt der EuGH darauf ab, ob der Kollektivvertrag trotz seiner neutralen Formulierung in Wirklichkeit eine viel größere Zahl von Personen eines bestimmten Alters oder einer bestimmten Altersgruppe benachteiligt (Rn. 24). Da jede Vorrückung in die zweite Bezugsstufe die Zurücklegung einer Dienstzeit von fünf Jahren erfordert (Rn. 25), wird dieselbe Verlängerung von zwei auf fünf Jahre nach Ansicht des EuGH sowohl auf einen jungen, neu eingestellten Arbeitnehmer, der nur über wenig Erfahrung verfügt und die Anrechnung seiner Schulzeiten für die Einstufung in das Gehaltsschema beantragt, als auch auf gleicher Grundlage bei einem älteren Arbeitnehmer, virtuell oder rückwirkend, angewandt, der erhebliche Dienstzeiten bei dem Arbeitgeber nachweisen kann und den gleichen Antrag stellt (Rn. 30). Abgesehen davon stütze sich laut EuGH die Auffassung des OGH, eine mittelbare Ungleichbehandlung könne angenommen werden, auf die Prämisse, dass die Einführung eines längeren Vorrückungszeitraums von der ersten in die zweite Bezugsstufe als des für die Vorrückung in die folgenden Bezugsstufen geltenden hauptsächlich die neu eingestellten Arbeitnehmer betreffe, die sich für ihre Einstufung in die Bezugsstufen nicht mit Erfolg auf Vordienstzeiten berufen könnten. Die Gruppe der Arbeitnehmer, deren Gehalt niedriger sei, werde hauptsächlich durch jüngere Personen gebildet, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die durch die 80.

---

<sup>40</sup> VwGH 2. 6. 1982, ZfVB 1983/1540.

<sup>41</sup> Resch, Fehlerhafte Rechtsbereinigung nach Feststellung der Altersdiskriminierung, ZESAR 2012, S. 257 (261).

<sup>42</sup> OGH 7. 2. 2008, 9 Ob A 38/07i, ecolx 2008/206, S. 564.

<sup>43</sup> So auch ErläutRV 781 BlgNR 24. GP, 4. Siehe bereits Glowacka, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere?, ZESAR 2016, S. 150 (153).

Änderung des Kollektivvertrages eingeführte Regelung jüngere Arbeitnehmer in Bezug auf das Entgelt benachteilige (Rn. 26). Das Vorliegen einer mittelbaren Ungleichbehandlung wegen des Alters könne nach Auffassung des EuGH aber nicht allein auf dieser Feststellung beruhen (Rn. 27). Im Ergebnis verneint er daher das Vorliegen einer mittelbaren Ungleichbehandlung im gegenständlichen Fall, da seines Erachtens die Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraums auf alle Arbeitnehmer anzuwenden ist, die von der Anrechnung von Schulzeiten profitieren, und auch rückwirkend auf diejenigen, die bereits höhere Bezugsstufen erreicht haben (Rn. 33).

Dabei entspricht der EuGH der Auffassung *Pfeils*<sup>44</sup>, wonach eine derartige Regelung nicht altersdiskriminierend sei, „weil ja alle gleichermaßen zuerst diesen längeren Zeitraum durchlaufen müssen“. Dem kann meines Erachtens nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Denn solange die Anrechnung von Vordienstzeiten lediglich von der Anzahl der Jahre an erworbener Berufserfahrung und nicht von der Verweildauer in den jeweiligen Gehaltsstufen abhängt,<sup>45</sup> kann sich eine Benachteiligung daraus ergeben, dass eine Person (zur Gänze) anrechenbare Vordienstzeiten aus einer Beschäftigung erworben hat, für die eine schnellere Vorrückung vorgesehen gewesen war.<sup>46</sup> Daher trifft die Annahme des EuGH, wonach jede Vorrückung in die zweite Bezugsstufe die Zurücklegung einer Dienstzeit von fünf Jahren erfordert (Rn. 25), meines Erachtens nur auf Arbeitnehmer zu, deren gesamte Erwerbstätigkeit an einen Arbeitgeber gebunden ist, der dem gegenständlichen Kollektivvertrag unterliegt.

Es stellt sich sohin die Frage nach der Vergleichsgruppe. Können hierin nur Arbeitnehmer erfasst werden, denen dieselbe Laufbahn inhärent ist? Wenn dem der Fall ist, müssten Arbeitnehmer, die eine wie auch immer geartete Abweichung von einer homogenen Beschäftigungsstruktur aufweisen, aus der Vergleichsgruppe herausgenommen werden. Es könnten nur mehr Arbeitnehmer, die ihr gesamtes Erwerb-  
sleben bei einem Arbeitgeber verbracht haben, miteinander verglichen werden. Eine derart enge Fassung der Vergleichsgruppe erscheint zum einen überaus anfällig für Umgehungen (man denke bloß an Entsendungs-, Überlassungs-, Aussetzungskonstruktionen usw.). Zum anderen ist doch bei der Identifizierung einer Diskriminierung auf die Vergleichbarkeit bzw Gleichwertigkeit der Arbeit, auf die Gleichartigkeit der Einsetzbarkeit abzustellen.<sup>47</sup> Und hierfür ist die Homogenität der Laufbahn keine Voraussetzung. Denn eine Person, die einschlägige Erfahrung im Rahmen von anrechenbaren Vordienstzeiten bei einem anderen Arbeitgeber erworben hat, kann

---

<sup>44</sup> Pfeil, Vordienstzeitenanrechnung und Altersdiskriminierung, DRdA 2013/20, S. 231 (236).

<sup>45</sup> Vgl. dazu OGH 21. 12. 2015, 9 Oba 76/15i.

<sup>46</sup> Siehe bereits Glowacka, Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen, in: Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz, Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel, Nomos, Baden-Baden 2016, 143 (148) unter Anführung folgendes veranschaulichenden Beispiels: A beginnt im Alter von 18 Jahren beim Arbeitgeber, bei dem ein unregelmäßiges Vorrückungssystem gilt (5-2-2 usw), zu arbeiten. B beginnt im Alter von 30 Jahren bei demselben Arbeitgeber wie A zu arbeiten, davor hat er 12 Jahre anrechenbare Vordienstzeiten bei einem Arbeitgeber mit einem regelmäßigen Vorrückungssystem (2-2-2 usw) erworben. Nimmt man für die erste Gehaltsstufe ein Gehalt von 100 Einheiten an, für die zweite Gehaltsstufe 110 Einheiten, für die dritte Gehaltsstufe 120 Einheiten usw, kommt man auf eine Gehaltssumme von 1360 Einheiten bei A und 1500 Einheiten bei B nach 12 Jahren, wodurch die Schlechterstellung von A offensichtlich wird.

<sup>47</sup> Grünberger in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Otto Schmidt, Köln 2015, § 3 Rz. 110 ff.; Mayr, Arbeitsrecht, Manz, Wien 2016, Art. 2 Gleichbehandlungs-Rahmen-RL, E 1a.

gleichwertige Leistungen für den neuen Arbeitgeber erbringen wie die Person, die bereits von Anfang an nur bei demselben Arbeitgeber beschäftigt ist; zumal sich eine auf die Begrenzung der Vergleichsgruppe auf einen Arbeitgeber abstellende Argumentation an Kollektivverträgen spießt, denen mehrere Arbeitgeber unterliegen.

Daher ist die Frage, ob alleine in der Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraumes eine Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer erblickt werden kann, meines Erachtens zu bejahen.<sup>48</sup> Denn unter den Neueintretenden sind tendenziell mehr jüngere Arbeitnehmer vertreten als „nichtjüngere“ Arbeitnehmer.<sup>49</sup> Da die jüngeren Arbeitnehmer i.d.R. kaum anrechenbare Vordienstzeiten aufweisen können, haben sie unverhältnismäßig lange die wirtschaftlichen Nachteile eines niedrigen Anfangsgehalts zu tragen. Dahingegen wird bei den „nichtjüngeren“ Arbeitnehmern eine längere Betriebszugehörigkeit durch die Anrechnung von Vordienstzeiten fingiert, die es erlaubt diese unvorteilhafte erste Gehaltsstufe zu überspringen.<sup>50</sup> Während „nichtjüngere“ Arbeitnehmer daher nur höchstens zwei Jahre zu warten müssen, um in die nächste Gehaltsstufe vorzurücken, müssen jüngere Arbeitnehmer bis zu fünf Jahre in der niedrigsten Gehaltsstufe verharren.<sup>51</sup> Hieran ändert nach Auffassung des OGH die von der Beklagten ins Treffen geführte Verbesserung der besoldungsrechtlichen Situation mit der 80. Änderung der DO.A für Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 18. Lebensjahrs bei der Beklagten neu eintreten (vgl. § 40 Abs. 2 DO.A alt) nichts, weil es sich dabei um eine andere Gruppe von jüngeren Arbeitnehmern handelt, die sich nach der 80. Änderung der DO.A lediglich in derselben Situation befinden wie alle neu bei der Beklagten eintretenden Arbeitnehmer. Dem ist meines Erachtens zuzustimmen, da die oben dargestellte Ungleichbehandlung der jüngeren Arbeitnehmer im Vergleich zu den nichtjüngeren Arbeitnehmern nicht durch die Verbesserung der Situation, d.h. die Dezimierung der Verschlechterung, aufgewogen werden kann.

#### 4. Rechtfertigung

Da der EuGH bereits das Vorliegen einer Ungleichbehandlung verneinte, musste er auf die vom OGH vorgebrachten Rechtfertigungsgründe nicht eingehen.

---

<sup>48</sup> Vgl. Dvořák, Hütter - Fünf Jahre danach, DRdA-InfAS 2015, S. 106 (110); Gerhartl, Altersdiskriminierung bei Geltung des Dienstaltersprinzips, ASoK 2014, S. 21 (25 f.); Rebhahn, Altersdiskriminierung in der Judikatur des EuGH, wbl 2011, S. 173 (185); Rebhahn/Potacs/Pfeil, Zur rückwirkenden - Anrechnung von Vordienstzeiten vor Vollendung des 18. Lebensjahres im öffentlichen Dienst, wbl 2014, S. 1 (4); Resch, Fehlerhafte Rechtsbereinigung nach Feststellung der Altersdiskriminierung, ZESAR 2012, S. 257 (261); Wachter, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Jahre 2010, in: Jahrbuch Altersdiskriminierung, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2011, S. 54.

<sup>49</sup> Siehe bereits Glowacka, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere?, ZESAR 2016, S. 150 (153 f.); vgl. Mitschka/Pfalz, Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Kietzbl./Schörghofer/Schrammel, Rechtswissenschaft und Rechtskunde, Manz, Wien 2014, S. 73 (78 FN 29); Rebhahn, Altersdiskriminierung bei Nichtanrechnung der Lehrzeit vor Vollendung des 18. Lebensjahres, DRdA 2011/29, S. 342 (346).

<sup>50</sup> Vgl. Kreil, Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung, ZAS 2010/35, S. 206 (207).

<sup>51</sup> Siehe bereits Glowacka, Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen, in: Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz, Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel, Nomos, Baden-Baden 2016, S. 143 (148).

Die vom OGH zuerst angeführte Notwendigkeit der Einarbeitung bzw. das Argument der anfangs langsamer wachsenden Berufserfahrung wurde vom EuGH in der Vergangenheit wie bereits dargestellt (s Punkt 0) häufiger zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zugelassen. Vor allem in Anbetracht des i.d.R. wohl vorliegenden Zugewinns an Effektivität der Arbeitsleistung in den ersten Berufsjahren, der gravierenden Disproportionalität sowie des mangelnden Zusammenhangs der Verlängerung mit einem allfälligen Einarbeitungsbedürfnis ist mit dem OGH die Eignung dieses Rechtfertigungsgrundes im gegenständlichen Fall anzuzweifeln.<sup>52</sup> Gerhartl<sup>53</sup> hat bereits angemerkt, es sei unlogisch, dass das Anwachsen der Berufserfahrung nur dann fünf statt zwei Jahre benötige, wenn der Arbeitnehmer seine Dienstzeiten vor dem 18. Geburtstag anrechnen lassen wolle. Zum grds legitimen Rechtfertigungsgrund der Honorierung von Betriebstreue hinterfragt der OGH zu Recht, ob nicht gerade eine gleichmäßige Vorrückung dem Ziel der Betriebsbindung eher gerecht werden würde. Nach Ansicht des OGH kann eine sonst ungerechtfertigte Maßnahme ihre Rechtfertigung nicht ausschließlich in der Tatsache, dass es sich dabei um einen Sozialpartnerkompromiss handelt, finden. Dieses Argument kann aber für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer anderen Maßnahme eine verstärkende Rolle spielen.<sup>54</sup> Vielmehr könnten die Förderung der beruflichen Eingliederung von Jugendlichen und die Kostenneutralität bzw. budgetäre Erwägungen bei der Änderung der Anrechnungsregel grundsätzlich argumentiert werden. Allerdings scheitern auch diese meines Erachtens an der Verhältnismäßigkeit, da eine gleichmäßigere Vorrückung das gelindere Mittel gewesen wäre.<sup>55</sup>

## 5. Conclusio

Abschließend ist daher festzuhalten, dass eine Ungleichbehandlung dann anzunehmen ist, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund seines Alters trotz vergleichbarer oder gleichwertiger Arbeit bzw. gleichartiger Einsetzbarkeit ein geringeres Arbeitsentgelt erhält. Der EuGH merkt dazu an, dass die Situation von Herrn *Bowman* nicht der Situation eines Arbeitnehmers zu entsprechen scheint, der erst begonnen hat, Berufserfahrung zu sammeln, und sich nicht auf einschlägige Dienstzeiten berufen kann, da Herrn *Bowman* Schulzeiten und fast 30 Dienstjahre beim Arbeitgeber nachweisen kann (Rn. 29). Dies erscheint offenkundig. Die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers mit derart langer Erfahrung kann mit der eines Berufsanfängers nicht verglichen werden. Ruft man sich Rn. 30 der vorliegenden Entscheidung in Erinnerung, wird aber ein Widerspruch in der Argumentation des EuGH ersichtlich. Insgesamt scheint sich

---

<sup>52</sup> Weiterführend Glowacka, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere?, ZESAR 2016, S. 150 (155 f.).

<sup>53</sup> Gerhartl, Altersdiskriminierung bei Geltung des Dienstalterprinzips, ASoK 2014, S. 21 (26).

<sup>54</sup> Vgl. Mair, Sozialpolitik: Grundrechtecharta/Tarifvertrag, ZESAR 2012, S. 234 (245).

<sup>55</sup> Weiterführend Glowacka, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere?, ZESAR 2016, S. 150 (157 f.); Glowacka, May employees climb the salary ladder more slowly at the start of their career?, European Employment Law Cases 2016/20, S. 85 (87 f.).

der EuGH daran zu spießen, dass Herr *Bowman*, der unzweifelhaft der Vergleichsgruppe der nichtjüngeren Arbeitnehmer zugehört, von der Ungleichbehandlung jüngerer Arbeitnehmer betroffen sein soll. Aber so wie bereits sowohl *Pfeil* als auch der EuGH selbst festgehalten haben, muss (bei einer homogenen Laufbahn) jeder Arbeitnehmer – sowohl jünger als auch nichtjünger – die fünf Jahre dauernde Vorrückung in die zweite Bezugsstufe hinnehmen; wenn auch virtuell oder rückwirkend.