



Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol  
Maximilianstraße 7, A-6020 Innsbruck  
Tel: 0800/22 55 22, Fax: 0512/53 40-1449  
arbeitsrecht@ak-tirol.com, www.ak-tirol.com

Bundesarbeitskammer  
zH Herrn Mag. Johann Schneller  
Prinz-Eugen-Straße 20-22  
1040 Wien

G.-Zl.: AR-2015/THRA/DG

Bei Antworten diese Geschäftszahl angeben.

Bei Rückfragen **Dr. Radner/Dr. Rief**

Klappe **1400** Innsbruck, **10.04.2015**

Betrifft: Entwurf Dienstrechts-Novelle 2015

Werte Kolleginnen und Kollegen!

Wir danken für die Übermittlung des Entwurfs zur Dienstrechtsnovelle 2015 und dürfen dazu folgende Stellungnahme abgeben.

A. Die unzulässige Diskriminierung von Jugenddienstzeiten bleibt rechtswidrig aufrecht

Im Kern stellt diese Dienstrechtsnovelle den zweiten Versuch der Republik Österreich dar, die Anrechnung von echten Dienstzeiten und Vordienstzeiten vor dem 18. Geburtstag einer unionsrechtskonformen Regelung zuzuführen. Dies nachdem der EuGH zweimal die österreichische Rechtslage und damit insbesondere auch die Reparaturnovelle 2010 im Anschluss an die RS-Hütter als altersdiskriminierend und damit unionsrechtswidrig qualifiziert hat. Unter Einbeziehung der etwas anders gestalteten Rechtslage des im Anschluss an ein Urteil des OLG Innsbruck geschaffenen § 53a Bundesbahngesetz wurde die österreichische Vorgehensweise bei der besoldungsrechtlichen Anerkennung von Jugenddienstzeiten sogar dreimal vom EuGH als europarechtswidrig erkannt (EuGH C-417/13, RS Starjakob).

Anders aber als man es von einem Rechtsstaat eigentlich erwarten würde, werden die Gerichtsurteile – sei es vom EuGH, vom VwGH oder auch vom OLG Innsbruck – von der Republik Österreich nicht anerkannt und inhaltlich umgesetzt, sondern es wird einfach zum Teil rückwirkend die Rechtslage abgeändert, da die Republik Österreich für sich das Privileg in Anspruch nimmt, die eigenen Verpflichtungen als Dienstgeber durch selbst gestaltbare Gesetze zum eigenen Vorteil jeweils abzuändern.

Genau dies ist mit der vorliegenden Dienstrechtsnovelle 2015 geschehen, die als Reaktion auf das EuGH-Urteil in der RS Schmitzer versucht, eine budgetneutrale und altersdiskriminierungsfreie Regelung der Berücksichtigung von Vordienstzeiten herbeizuführen. Dabei hat man sich offenbar an Inhalten der deutschen Bundesbesoldungsreform 2009 orientiert, die der EuGH in der RS Specht (C 5012/12) als unionsrechtskonform erachtet hat.

Aber auch die vorliegende Reparatur-Novelle 2015 ist unseres Erachtens wiederum missglückt, da die besoldungsrechtliche Diskriminierung von Jugenddienstzeiten damit nicht beseitigt, sondern sogar noch verfestigt wird. Denn für die bisherigen öffentlich-Bediensteten erfolgt die Überleitung in das neue Besoldungssystem allein auf der Grundlage der Gehaltshöhe im Februar 2015 – also genau nach jenen Gehaltssystemen, bei denen die Jugenddienstzeiten altersdiskriminierend keine Berücksichtigung gefunden haben. Die Überleitungsbasis für die Besoldungsreform knüpft daher genau an jenen beiden Rechtslagen an, die der EuGH zunächst in der RS Hütter und dann in der RS Schmitzer als altersdiskriminierend erkannt hat. Auch die Verlängerung des Besoldungsdienstalters um jenen Zeitraum, der seit der letzten Vorrückung in die Gehaltsstufe bis zum Ablauf des Überleitungsmonats vergangen ist, vermag die Diskriminierung in keiner Weise auszugleichen.

Wenn man beispielsweise vom ursprünglichen Vergleichspaar in der RS Hütter ausgeht, dann werden bei der Dienstrechtsnovelle 2015 beide Dienstnehmer mit der derselben Gehaltshöhe als Überleitungsbasis in das neue Besoldungssystem übergeführt, obgleich der Dienstnehmer mit Dienstzeiten vor dem 18. Geburtstag bei diskriminierungsfreier Jugenddienstzeiten-Anrechnung im Februar 2015 in eine höhere Gehaltsstufe einzureihen gewesen wäre, womit er wiederum auch nach dem neuen Besoldungsrecht eine höhere Gehaltsstufe zugewiesen bekäme.

Wie es auch Herr Univ.-Prof. Dr. Gustav Wachter anlässlich seines Vortrags bei einer arbeitsrechtlichen Tagung kurz und treffend formuliert hat:

- „Die bisher Privilegierten bleiben privilegiert, und zwar auf Dauer;
- und die bisher Diskriminierten bleiben benachteiligt, und zwar nicht bloß für einen Übergangszeitraum, sondern ebenfalls auf Dauer.“

Auch ist zu berücksichtigen, dass das positive EuGH-Urteil in der RS Specht, deren Inhalt wie erwähnt offenbar als Vorbild für die Dienstrechtsnovelle 2015 dient, am 19. Juni 2014 von der Zweiten Kammer des EuGH gefällt wurde, während das die österreichische Rechtslage betreffende EuGH-Urteil in der RS Schmitzer einerseits nachfolgend, nämlich am 11. November 2014 und überdies von der Großen Kammer des EuGH entschieden wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass dem Urteil der Großen Kammer – ähnlich dem Urteil eines verstärkten Senats des OGH – eine höhere rechtliche Bedeutung beizumessen ist und ihm auch eine Revidierung des Urteils in der RS Specht innewohnt. Dies ist umso naheliegender, als die Entscheidung des EuGH in der RS Starjakob hintangehalten wurde und jene in der RS Schmitzer durch die große Kammer vorgezogen wurde, wenngleich das Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes in der

RS Schmitzer erst deutlich später, nämlich am 8. Oktober 2013 beim Gerichtshof eingegangen ist, während jenes vom Obersten Gerichtshof in der RS Starjakob bereits mit 23. Juli 2013 eingegangen war. Da die Rechtssachen Specht und Starjakob beide der zweiten Kammer, demselben Berichterstatter und demselben Generalanwalt zugewiesen waren und sich diese Kammer in der RS Specht entgegen der Schlussanträge des Generalanwaltes Bot und für jeden Europarechtsexperten überraschend für die Unionsrechtskonformität der deutschen Rechtslage ausgesprochen hatte, war zu erwarten, dass analog zum deutschen Fall auch die österreichische Rechtslage in der RS Starjakob bestätigt wird. (Auch in diesem Fall hatte der Generalanwalt die österreichische Rechtslage klar als unionsrechtswidrig erachtet.) Um hier einer gefestigten Rechtsprechung, wonach Haushaltserwägungen eine Altersdiskriminierung rechtfertigen können, entgegen zu wirken, wurde die Entscheidung in der RS Schmitzer vorgezogen und von der großen Kammer entschieden. Daher hat die zweite Kammer im Anschluss in der RS Starjakob nicht im Sinne der RS Specht, sondern analog zur RS Schmitzer geurteilt. Beim Urteil in der RS Specht handelt es sich somit klar um eine Fehlentscheidung des EuGH, die mittlerweile korrigiert ist und auf die sich der österreichische Gesetzgeber im Rahmen der Dienstrechts-Novelle 2015 nicht mehr berufen kann.

Zusammenfassend betrachtet ist daher die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol der Ansicht, dass die mit der Dienstrechtsnovelle 2015 geplante Besoldungsreform die unsachliche Diskriminierung von Dienstzeiten und Vordienstzeiten, die der öffentlich Bedienstete vor seinem 18. Geburtstag zurückgelegt hat, weiterhin fort-schreibt und daher wegen unzulässiger Altersdiskriminierung europarechtswidrig ist. Diese Besoldungsreform wird daher aus unserer Sicht jedenfalls abgelehnt.

Demgegenüber kann eine unionskonforme alterdiskriminierungsfreie Besoldungsreform unseres Erachtens nur in der Form durchgeführt werden, dass im ersten Schritt für die Basis der zu überleitenden Gehaltshöhe die Dienstzeiten und Vordienstzeiten vor dem 18. Geburtstag diskriminierungsfrei angerechnet werden und dann erst im zweiten Schritt die Überleitung in das neue Gehaltsschema erfolgt.

#### B. Überleitungsrecht: Nichtanwendbarkeit der bisherigen Rechtslage zur Berechnung des Vorrückungstichtags auf laufende und künftige Verfahren

Zunächst bedarf es überaus akribischer juristischer Detailarbeit, wie sich denn die nunmehr geplante Dienstrechtsnovelle 2015 zu der kurz vorher kundgemachten Dienstrechtsnovelle des BGBl I Nr 32/2015 verhält. Dies zeigt sich vor allem am Überleitungsrecht, wo in der Novelle BGBl I Nr 32/2015 festgehalten wird, dass bestimmte gesetzliche Regelungen in laufenden und künftigen Verfahren nicht mehr anzuwenden sind (§ 175 GehG; § 100 VBG), insbesondere dann, wenn wie im Entwurfstext der maßgebliche Absatz des § 175 GehG zunächst nur mit „(XX)“ bezeichnet wird. Soweit ersichtlich ist davon auszugehen, dass die gesetzliche „Nichtanwendbarkeitserklärung“ der bisherigen Vordienstzeitenberechnungsmethoden für laufende und künftige Verfahren weiterhin geltendes Recht ist.

Diese Nichtanwendbarkeitserklärung führt letztlich zu dem Ergebnis, dass der angesichts der EuGH-Judikatur eigentlich unterlegene Verfahrensgegner – nämlich die Republik Österreich - während laufender Verfahren einfach die Rechtslage abändert, um dann als Prozessgewinner die Verfahren beenden zu können. Und dies bei voller, nämlich auch die gegnerischen Kosten umfassenden Prozesskostenbelastung für den einzelnen Bürger, der ja mit seiner zu Beginn des Verfahrens bestehenden Rechtsauffassung eigentlich Recht gehabt hätte. Eine derartige Vorgehensweise, nämlich einem Bürger nicht nur die eigenen, sondern sogar die der Republik Österreich erwachsenen Prozesskosten aufzulasten, nur weil dieser völlig zu Recht Ansprüche wegen einer europarechtswidrigen österreichischen Gesetzeslage geltend gemacht hat, ist eines Rechtsstaates schlichtweg unwürdig. Sie kommt im Ergebnis einer Bestrafung desjenigen gleich, der sich „angemaßt“ hat, gegen die Republik Österreich vorzugehen. Wir erachten diese Regelung auch in höchster Weise für verfassungsrechtlich bedenklich. Unseres Erachtens müssten vielmehr dem Kläger oder Beschwerdeführer von der Republik Österreich seine Prozesskosten zur Gänze ersetzt werden, wenn man schon während der laufenden Verfahren die Rechtslage zu seinen Ungunsten abändert.

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol ersucht Sie höflich, die Inhalte unserer Begutachtung in der Stellungnahme der Bundesarbeitskammer zu berücksichtigen und verbleibt

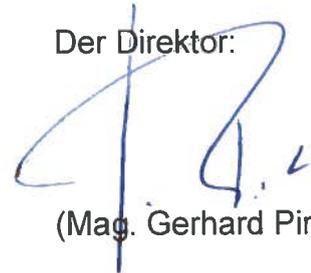
mit kollegialen Grüßen!

Der Präsident:



(Erwin Zangerl)

Der Direktor:



(Mag. Gerhard Pirchner)