

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Sonderheft

Schriftleitung **Theodor Tomandl, Martin Risak**
Redaktion **Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Harald Kaszanits,**
Thomas Neumann

März 2014

2a

97 – 144

Sonderheft

ZAS-Seminar 2013 Schwerpunkt „Ältere Arbeitnehmer“

Beiträge

Das neue Pensionsrecht zum 1. 1. 2014 *Michaela Windisch-Graetz* ● 99

Neues aus der Gesetzgebung *Walter Neubauer* ● 106

Ausgewähltes Judikatur-Update *Franz Schrank* ● 110

Die Begründung des Dienstverhältnisses und sonstige
Gleichbehandlungsfragen bei älteren Arbeitnehmer_innen

Martin Risak ● 124

Die Beendigung des Dienstverhältnisses von älteren Arbeitnehmern

Andreas Tinhofer ● 131

Ältere Arbeitnehmer gesund und produktiv erhalten *Eva Hörtl* ● 141

Die Beendigung des Dienstverhältnisses von älteren Arbeitnehmern

Verschärft der OGH seine Judikatur zur Altersdiskriminierung?

Ältere Arbeitnehmer können die soziale Rechtfertigung ihrer Kündigung seit jeher gerichtlich überprüfen lassen. Seit rund zehn Jahren bietet ihnen das Gleichbehandlungsrecht zusätzlich Rechtsschutz gegen diskriminierende Kündigungen. Auf dieser Rechtsgrundlage werden in der Praxis immer öfter Kündigungen bekämpft, die am Pensionsanspruch oder -antrittsalter anknüpfen.

Von **Andreas Tinhofer**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Diskriminierung wegen des Alters
 - 1. Rechtsprechung des EuGH
 - a) Die Entscheidung *Palacios de la Villa*
 - b) Die Entscheidung *Age Concern England*
 - c) Die Entscheidung *Rosenblatt*
 - d) Die Entscheidung *Georgiev*
 - e) Die Entscheidung *Hörmfeldt*
 - 2. Resümee zur Judikatur des EuGH
 - 3. Rechtsprechung des OGH
 - a) OGH 18. 10. 2006 („Bummelstudent“)
 - b) OGH 4. 11. 2010 (Kündigung nach Erreichung des Regelpensionsalters)
 - c) OGH 25. 6. 2013 („ORF-Radiosprecher“)
 - 4. Resümee zur Judikatur des OGH
- C. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts
 - 1. EuGH-Entscheidung *Kleist*
 - 2. EuGH-Entscheidung *Kuso*
 - 3. Schlussfolgerungen
- D. Die sozialwidrige Kündigung

A. Einleitung

In der arbeitsrechtlichen Praxis ist die Beendigung von Dienstverhältnissen älterer Arbeitnehmer (AN) häufig

eine heikle Angelegenheit. Für den Arbeitgeber (AG) birgt grds nur die Selbstkündigung des AN keine rechtlichen Risiken. Das kommt freilich bei älteren AN selten vor. Will hingegen der AG das Arbeitsverhältnis beenden, so ist umsichtiges Vorgehen geboten.

Zwar gilt im österr Arbeitsrecht der Grundsatz des freien Kündigungsrechts.¹⁾ In der Praxis kehrt sich jedoch dieser Grundsatz bei älteren AN geradewegs um. Ältere AN bekämpfen nämlich ihre **Kündigung** regelmäßig wegen „**Sozialwidrigkeit**“ bei Gericht. Dies setzt freilich voraus, dass der allgemeine Kündigungsschutz zur Anwendung kommt, also im Betrieb mindestens fünf AN regelmäßig beschäftigt werden und das Arbeitsverhältnis bei Ausspruch der Kündigung bereits seit mindestens sechs Monaten besteht (§ 40 Abs 1 iVm § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

Wegen der Schwierigkeiten älterer AN bei der Arbeitsplatzsuche fällt diesen der Nachweis der „**Beeinträchtigung wesentlicher Interessen**“ iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG meist nicht schwer. Hat allerdings der Gekündigte bereits Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension oder eine Betriebspension, so kann sich das mitunter anders darstellen.

Selbst wenn jedoch das Gericht die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des AN durch die Kündigung

ZAS 2014/21

Art 6 Abs 1
RL 2000/78/EG;
§ 20 Abs 3 und 4
GlBG;
§ 105 Abs 3 Z 2
ArbVG

OGH 25. 6. 2013,
9 ObA 113/12 a

Alters-
diskriminierung;
Geschlechts-
diskriminierung;
sozialwidrige
Kündigung

1) Siehe zB *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ 530.

bejaht, ist das Kündigungsverfahren für den AG noch nicht verloren. In diesem Fall muss er aber ein **überwiegendes Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** nachweisen. Unter Pkt D wird auf die einschlägigen Grundsätze des OGH unter Berücksichtigung eines allfälligen Pensionsanspruchs des AN näher eingegangen.

In den letzten Jahren hat sich für ältere AN eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, gegen die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses rechtlich vorzugehen. Diese Entwicklung hat ihren Ursprung im Europäischen Gleichbehandlungsrecht, genauer gesagt in der RL 2000/78/EG (sog „GleichbehandlungsrahmenRL“). Die RL verbietet unter anderem die **Diskriminierung aufgrund des Alters** und wurde in Österreich durch das neue Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) umgesetzt (s Pkt B). Allgemeine Ausführungen zur Altersdiskriminierung sind hier im Hinblick auf den Beitrag von *Risak*²⁾ entbehrlich, im Folgenden werden daher nur die beendigungsrelevanten Aspekte dieser Vorschriften behandelt.

Unter bestimmten Voraussetzungen können AN die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses auch aufgrund des Verbots der **Geschlechtsdiskriminierung** vor Gericht bekämpfen. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen die Kündigung mit dem Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension verknüpft wird, die in Österreich Frauen nach wie vor früher zusteht als Männern. Die Entscheidung des EuGH in der Rs *Kleist*³⁾ hat diese Problematik über den Kreis der Arbeitsrechtsexperten hinaus bekannt gemacht. Vor diesem Hintergrund können sogar einvernehmliche Beendigungen geschlechtsdiskriminierend sein und daher gerichtlich angefochten werden. Auch bei der auflösenden Befristung von Arbeitsverträgen ist dieser Aspekt zu berücksichtigen. Näheres s unter Pkt C.

Darüber hinaus hat der AG bei der Kündigung von älteren AN natürlich auch die einschlägigen Regelungen über **Kündigungsfristen und -termine**, das sog „Frühwarnsystem“ (§ 45 a AMFG) sowie die **gesetzlichen Mitwirkungsrechte des BR** zu beachten. Aus Platzgründen wird hierauf im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen.

B. Diskriminierung wegen des Alters

Es wurde bereits erwähnt, dass der Schutz gegen Diskriminierung aufgrund des Alters europarechtlichen Ursprungs ist und auf der GleichbehandlungsrahmenRL⁴⁾ aus dem Jahr 2000 beruht. Die Mitgliedstaaten (MS) hatten die RL bis 2. 12. 2003 in das nationale Recht umzusetzen (Art 18). In Österreich erfolgte die Umsetzung etwas verspätet mit 1. 7. 2004 im Rahmen des neuen GIBG (§§ 17 ff GIBG).⁵⁾ Seither wurde das GIBG bereits mehrmals novelliert, wobei für AG insb die Verschärfung der Sanktionen bei Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot von Bedeutung ist (§ 26 GIBG).⁶⁾

Im Hinblick auf die Allgemeinheit zahlreicher Formulierungen in der RL und im GIBG ist die Auslegung der GleichbehandlungsrahmenRL durch den EuGH von großer praktischer Bedeutung. Es überrascht nicht, dass viele der Entscheidungen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses von älteren AN betrafen. Im Folgen-

den soll zunächst diese Judikaturlinie des EuGH skizziert werden (Pkt B.1), bevor auf die einschlägige Rsp des OGH eingegangen wird (Pkt B.2).

1. Rechtsprechung des EuGH

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters ist im Gemeinschaftsrecht zweifach verankert.⁷⁾ Zum einen wird die Altersdiskriminierung durch **Art 21 Grundrechte-Charta der EU** (GRC) für unzulässig erklärt. Zum anderen handelt es sich dabei nach stRsp des EuGH um einen **allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts**.⁸⁾

Konkretisiert wurde dieses Verbot durch die **GleichbehandlungsrahmenRL**⁹⁾. Danach ist die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters in Beschäftigung und Beruf verboten (Art 2 Abs 1 iVm Art 1). Art 6 erlaubt jedoch Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters, wenn sie „objektiv und angemessen“ sind und durch ein „legitimes Ziel“ gerechtfertigt werden können, wobei die Mittel zur Erreichung dieses Ziels „angemessen und erforderlich“ sein müssen. Als legitime Ziele nennt die RL „insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung“. Als Beispiele für derartige Maßnahmen werden ua „die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der **Bedingungen für Entlassung** und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren AN und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen“, angeführt (Art 6 Abs 1 lit a; Hervorhebung durch den Autor).

Bei der folgenden **Darstellung der EuGH-Entscheidungen** zur Altersdiskriminierung wurden die wichtigsten jener Fälle ausgewählt, in denen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Bezugnahme auf einen Pensionsanspruch des AN erfolgte. Diese Fallgestaltungen sind für die Praxis von besonderem Interesse.

a) Die Entscheidung *Palacios de la Villa*¹⁰⁾

Im Jahr 2007 hatte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens erstmals zur Bedeutung der Alterspension für die Rechtfertigung einer Ungleichbe-

2) *Risak*, Die Begründung des Dienstverhältnisses und sonstige Gleichbehandlungsfragen bei älteren Arbeitnehmer_innen, ZAS 2014, 124.

3) EuGH 18. 11. 2010, C-356/09, Slg 2010, I-11939.

4) RL 2000/78/EG des Rates v 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 2000/303, 16.

5) BGBl I 2004/66.

6) Der maximale Schadenersatz für Stellenwerber, die auch bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle nicht erhalten hätten, ist freilich mit € 500,- niedrig bemessen (§ 26 Abs 1 Z 2 GIBG). Es ist fraglich, ob dieser Betrag den europarechtlichen Anforderungen an die RL-Umsetzung gerecht wird.

7) *Obwexer*, Auswirkungen des Beitritts der EU zur EMRK auf das Verbot der Altersdiskriminierung, in *Wachter* (Hrsg), Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 13.

8) So erstmals EuGH 22. 11. 2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981 (Rn 74 f). Zur Kritik der Lehre s *Slezak*, Europarechtliche Grundlagen des Verbots der Altersdiskriminierung, RdW 2010, 679 mwN (FN 14).

9) Siehe EuGH 19. 1. 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, Slg 2010, I-365 (Rn 21). Kompetenzrechtlich wurde die RL auf Art 19 AEUV gestützt (s Präambel).

10) EuGH 16. 10. 2007, C-411/05, Slg 2007, I-8531.

handlung aufgrund des Alters Stellung zu nehmen. Ein spanischer KollV sah in der relevanten Fassung vor, dass „zum Zweck der Beschäftigungsförderung“ die **Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand 65 Jahre** beträgt. Sollte der betroffene AN in diesem Zeitpunkt die für den Pensionsbezug erforderliche Wartezeit nicht erfüllt haben, konnte er allerdings bis zur Vervollständigung der Wartezeit weiter seiner Tätigkeit nachgehen.

Wenige Monate nach seinem 65. Geburtstag erhielt Herr *Palacios de la Villa* ein Schreiben seines AG, wonach sein **Arbeitsverhältnis automatisch beendet** sei, weil er das Alter für eine Zwangsversetzung in den Ruhestand gem KollV erreicht habe. Unstrittig hatte Herr *Palacios de la Villa* zu diesem Zeitpunkt bereits **Anspruch auf die Höchstpension** (€ 2.347,78 monatlich) nach den einschlägigen Vorschriften. Dennoch klagte der AN und beantragte, die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses für unwirksam zu erklären, weil sie eine Altersdiskriminierung darstelle. Das Arbeitsgericht Madrid legte diese Frage dem EuGH vor.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass es sich um eine **unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Alters** handle (Rn 51).

Sodann prüfte der Gerichtshof, ob die dem KollV zugrunde liegende Gesetzesbestimmung durch ein **legitimes Ziel** nach Art 6 GleichbehandlungsrahmenRL gerechtfertigt werden könne (Rn 52 ff). Klargestellt wurde dabei, dass das verfolgte Ziel in der Regelung nicht ausdrücklich genannt werden muss. Nach Ansicht des EuGH genügt es, wenn es aus dem „**allgemeinen Kontext**“ der Maßnahme abgeleitet werden kann (Rn 57). Im vorliegenden Fall war dies aufgrund der vom vorliegenden Gericht erteilten Informationen über den historischen Hintergrund des Gesetzes möglich. Demnach sollte das Gesetz die Einstellung von arbeitsuchenden Personen fördern und damit die Arbeitslosigkeit eindämmen. Auch im KollV wurde die Beschäftigungsförderung ausdrücklich als Ziel genannt.

Im zweiten Schritt prüfte der EuGH, ob die **Mittel** zur Erreichung dieses Ziels „**angemessen und erforderlich**“ sind (Rn 67 ff). Dies bejahte der Gerichtshof unter Verweis auf den „weiten Ermessensspielraum“¹¹⁾. Die Mitgliedstaaten hätten im Übrigen auch die Möglichkeit, die eingesetzten Mittel wieder zu ändern und sie an die jeweilige Beschäftigungslage anzupassen (Rn 70).

Schließlich prüfte der EuGH auch noch, ob die Zwangsversetzung in den Ruhestand nicht als „**übermäßige Beeinträchtigung der berechtigten Erwartungen der AN**“ angesehen werden könne. Dies wurde verneint, weil den betroffenen AN bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein finanzieller Ausgleich in Form einer Alterspension zugute komme, deren Höhe „nicht als unangemessen“ betrachtet werden könne. Dieser Zusatz in der Begründung des EuGH, dass die Höhe der Alterspension „nicht als unangemessen“ betrachtet werden könne, warf jedoch in der Folge die Frage auf, ob dieses Kriterium eine entscheidende Rolle in der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer potenziell altersdiskriminierenden Maßnahme spielt. In der *Rs Rosenblatt* hatte der EuGH kurze Zeit später die Gelegenheit, zu dieser Frage explizit Stellung zu nehmen (S Pkt B.1.c).

Zur Entscheidung *Palacios de la Villa* ist noch anzumerken, dass der EuGH die **Rolle der Sozialpartner** hervorhob, die durch den Abschluss von KollV die „speziellen Merkmale der jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse“ berücksichtigen konnten (Rn 74). Gemeint ist damit wohl, dass die KollV-Parteien auf die besonderen arbeitsmarktpolitischen Verhältnisse einer bestimmten Branche abstellen können.

b) Die Entscheidung *Age Concern England*¹²⁾

In dieser Entscheidung ging es um die Umsetzung der GleichbehandlungsrahmenRL im Vereinigten Königreich durch eine Verordnung im Jahr 2006. Danach gilt die Kündigung von AN nach Vollendung des 65. Lebensjahrs nicht als Altersdiskriminierung, sofern sie wegen Versetzung in den Ruhestand erfolgt. Bei jüngeren AN ist die **Versetzung in den Ruhestand** dann keine Altersdiskriminierung, wenn sie das betrieblich festgelegte Ruhesalter erreicht haben und diese Maßnahme „ein verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Ziels“ darstellt (Rn 34).

Im Zusammenhang mit der soeben erwähnten Bestimmung hatte der EuGH die Frage zu klären, ob die MS die Voraussetzungen für Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot im Hinblick auf Art 6 RL näher konkretisieren müssen. Im Ausgangsverfahren vor dem High Court of Justice hatte eine gemeinnützige Einrichtung zur Förderung des Wohls älterer Menschen (*Age Concern England*) argumentiert, dass die MS in ihre Umsetzungsvorschriften ein „**spezifisches Verzeichnis**“ der erlaubten Ungleichbehandlungen aufzunehmen haben, wenn sie von den Ausnahmemöglichkeiten nach Art 6 RL Gebrauch machen wollen.

Dies wurde jedoch vom EuGH unter Hinweis auf die *Rs Palacios de la Villa* verneint (Rn 44). Der Gerichtshof wiederholte jedoch auch hier, dass die mit der Maßnahme verfolgten Ziele zumindest aus dem „**allgemeinen Kontext**“ ableitbar sein müssen (Rn 45). Aus Art 6 Abs 1 GleichbehandlungsrahmenRL ergebe sich, dass rechtmäßige Ziele „**sozialpolitische Ziele**“ seien, wie zB aus den Bereichen „Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung“. Diese Ziele stünden „im Allgemeininteresse“ und unterschieden sich dadurch von „**rein individuellen Beweggründen**“ des AG wie „Kostenreduzierung“ oder „Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit“ (Rn 46). Die der konkreten Verordnung zugrunde liegenden Ziele habe das vorliegende nationale Gericht zu prüfen (Rn 49). Bei der Verfolgung dieser Ziele könne aber eine nationale Rechtsvorschrift den AG „einen gewissen Grad an Flexibilität“ einräumen. Da im Vorabentscheidungsverfahren offenbar keinerlei Informationen über die vom Verordnungsgeber verfolgten Ziele zur Verfügung gestellt waren, begnügte sich der EuGH mit dieser allgemeinen Feststellung.

Auch im Zusammenhang mit der Prüfung der „**Angemessenheit und Erforderlichkeit**“ der eingesetzten Mittel zur Verfolgung des rechtmäßigen Ziels verwies der Gerichtshof auf die Prüfung durch das nationale Gericht. Betont wurde einmal mehr der „weite Wer-

11) So bereits in der EuGH-Entscheidung *Mangold*.

12) EuGH 5. 3. 2009, C-388/07, Slg 2009, I-1569.

tungsspielraum“ der MS bei der Wahl der Mittel. „Allgemeine Behauptungen“ über die Eignung einer bestimmten Maßnahme genügten jedoch nicht (Rn 50 f).

c) Die Entscheidung *Rosenblatt*¹³⁾

Ziemlich genau drei Jahre nach der Rs *Palacios de la Villa* wurde dem EuGH wiederum ein Fall vorgelegt, in welchem es um die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Pensionsalters ging. Diesmal war jedoch die fragliche Regelung sowohl im KollV als auch im Arbeitsvertrag vorgesehen.

Frau *Rosenblatt* war 39 Jahre lang als Reinigungskraft im Ausmaß von zehn Wochenstunden und zu einem Monatslohn von zuletzt € 307,48 (brutto) beschäftigt. Ihr Arbeitsvertrag sah vor, dass das Dienstverhältnis gemäß dem anzuwendenden KollV mit Ablauf jenes Kalendermonats endet, in dem die AN Anspruch auf eine Altersrente hat. Spätestens sollte das Dienstverhältnis jedoch mit Ablauf des Monats enden, in welchem die AN ihr 65. Lebensjahr vollendet.

Auf der Grundlage dieser Vertragsklausel teilte der AG Frau *Rosenblatt* im Jahr 2008 mit, dass ihr Arbeitsvertrag wegen Erreichung des regulären Rentenalters von 65 Jahren mit 31. 5. 2008 enden werde. Frau *Rosenblatt* erhob daraufhin Klage beim Arbeitsgericht Hamburg und machte Altersdiskriminierung geltend. Dieses legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vereinbarkeit des (deutschen) Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sowie des anzuwendenden KollV mit dem europarechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung vor.

Offensichtlich mit Blick auf die Vorgängerentscheidung *Palacios de la Villa* begründete die deutsche Regierung die Zulässigkeit der gesetzlichen Regelung primär mit dem Ziel der „Arbeitsteilung zwischen den Generationen“. Die Beendigung der Arbeitsverhältnisse von AN mit Anspruch auf eine Alterspension komme unmittelbar jüngeren AN zugute. Die deutsche Regierung führte ferner ins Treffen, dass die AG aufgrund der automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen der im Alter nachlassenden Leistungsfähigkeit kündigen müssten. Dies könne für „Menschen fortgeschrittenen Alters demütigend sein“ (Rn 43). Beide Ziele wurden vom EuGH mit Verweis darauf akzeptiert, dass die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichung des Pensionsantrittsalters in zahlreichen MS seit Langem anerkannt sei (Rn 44 f).

Im Zusammenhang mit dem KollV bezog sich das vorliegende Gericht auf ein Urteil des BAG, wonach dieser mit der gegenständlichen Altersklausel folgende Ziele verfolge: (1) Förderung der Einstellung jüngerer AN, (2) Nachwuchsplanung und (3) ausgewogene Altersstruktur. Auch diese Ziele wurden vom EuGH als „legitim“ akzeptiert (Rn 62).

Bei der Prüfung der **Verhältnismäßigkeit der Regelung** stellte der EuGH wie in der Rs *Palacios de la Villa* vor allem auf die Alterspension als Einkommensersatz für die betroffenen AN ab. Die Einwände des LG Hamburg, wonach in der Reinigungsbranche geringe Gehälter gezahlt würden und daher die gesetzlichen Altersrenten nicht für den Lebensunterhalt der Beschäftigten ausreichen, beeindruckten den Gerichtshof nicht. Die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach

Vollendung des 65. Lebensjahrs bewirke keine übermäßige Beeinträchtigung der betroffenen AN (Rn 47). Schließlich seien die Betroffenen nicht gezwungen, endgültig aus dem Arbeitsmarkt auszuschneiden. Wenn es daher ein/e AN aus finanziellen Gründen wünsche, könne er oder sie die Berufstätigkeit auch nach Erreichung des Rentenalters in einem neuen Arbeitsverhältnis fortführen (Rn 74 f).¹⁴⁾

Wie in der Vorgängerentscheidung *Palacios de la Villa* hob der EuGH die „Flexibilität“ einer **kollV Regelung** hervor (Rn 49). Gleichzeitig betonte der Gerichtshof jedoch, dass auch ein KollV einer „effektiven gerichtlichen Kontrolle“ nicht entzogen sei (Rn 52). Wie den MS wird jedoch auch den Sozialpartnern bei der Festlegung der Maßnahmen zur Erreichung eines legitimen Ziels ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt (Rn 69). Die Maßstäbe für die Rechtfertigungsprüfung einer kollV Regelung dürften also die gleichen sein.

Im Ergebnis hielt somit der EuGH fest, dass weder die Bestimmung des deutschen Gleichbehandlungsgesetzes (§ 10 Nr 5 AGG) noch der im konkreten Fall anzuwendende KollV gegen die GleichbehandlungsrahmenRL verstoßen.

d) Die Entscheidung *Georgiev*¹⁵⁾

In dieser Entscheidung ging es um das bulgarische „Gesetz über die Hochschulausbildung“, wonach Universitätsprofessoren ihre Tätigkeit nach Vollendung des 65. Lebensjahrs nur auf der Grundlage eines neuen auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags fortsetzen können. Dieser befristete AV kann zweimal um jeweils ein Jahr verlängert werden. Mit 68 Jahren müssen daher Universitätsprofessoren jedenfalls in den Ruhestand treten.

Herr *Georgiev* war Universitätsprofessor an der Technischen Universität Sofia. Nach Erreichung des 65. Lebensjahrs wurde er auf der Grundlage des erwähnten Gesetzes gekündigt. In der Folge erhielt er einen befristeten Arbeitsvertrag für die Dauer eines Jahres. Dieser Vertrag wurde zwei Mal für jeweils ein Jahr verlängert. Nach Ablauf der dritten Befristung beendete die Universität als AG das Arbeitsverhältnis. Diese „Verfügung“ wurde von Herrn *Georgiev* beim zuständigen bulgarischen Gericht bekämpft, das ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH stellte.

Zum verfolgten **Ziel der Gesetzesbestimmungen** machte das vorliegende Gericht keine Angaben. Der EuGH hielt sich daher an die im Zuge des Verfahrens eingereichten Erklärungen der Parteien, der Europäischen Kommission und einiger Regierungen. Die Kommission, die deutsche und die slowakische Regierung vertraten die Auffassung, dass die Zwangspensionierung mit 68 Jahren durch das Ziel der Förderung der Einstellung jüngerer Professoren gerechtfertigt werden könne (Rn 42). Außerdem würde dadurch die Qualität des Unterrichts und der Forschung an den Universitäten gefördert. Der Generalanwalt (GA) ergänzte dieses Argument durch den Hinweis, dass die Zusammenar-

13) EuGH 12. 10. 2010, C-45/09, Slg 2009, I-9391.

14) Hierzu krit *Wachter*, Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein „zahnloser Papiertiger“? in *Wachter* (Hrsg), Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 185 (202) mwN.

15) EuGH 18. 11. 2010, C-250/09 u 268/09, Slg 2010, I-11869.

beit von Lehrkräften und Forschung verschiedener Generationen den Erfahrungsaustausch und die Innovation begünstige.¹⁶⁾ Der EuGH hielt fest, dass es sich dabei grds um legitime Ziele iSd Art 6 Abs 1 GleichbehandlungsrahmenRL handelt (Rn 45 f).

Allerdings hatte Herr *Georgiev* in seiner Stellungnahme vorgebracht, dass es in der Realität ein mangelndes Interesse jüngerer Personen am Professorenberuf gebe. Angesichts dieser Widersprüche in den Verfahrensakten war für den EuGH nicht ersichtlich, welche Ziele die fragliche Regelung tatsächlich verfolgte. Er betonte, dass die „tatsächliche Lage“ vom nationalen Gericht zu prüfen sei (Rn 47 f).

Unter demselben Vorbehalt bejahte der Gerichtshof auch die **Verhältnismäßigkeit des gegenständlichen Gesetzes**. Hervorgehoben wurde, dass die Altersgrenze von 68 Jahren für Universitätsprofessoren fünf Jahre über dem gesetzlich festgelegten allgemeinen Pensionsantrittsalter für Männer liege. Zu berücksichtigen sei ferner, dass den betroffenen AN ein finanzieller Ausgleich in der Form einer Alterspension zugute komme.

Herr *Georgiev* hatte jedoch im Verfahren angegeben, dass es für die übrigen Lehrkräfte an der Universität keine gesetzliche Zwangsversetzung in den Ruhestand gebe. Dies griff der EuGH auf und verlangte, dass das nationale Gericht auch die **Kohärenz der gesetzlichen Regelung** prüft. Sollte die Behauptung des Kl zutreffen, so wäre zu klären, ob eine solche Unterscheidung „einer Notwendigkeit im Hinblick auf die verfolgten Ziele und die besonderen Merkmale der betreffenden Lehrkräfte entspricht“ oder „eine Unstimmigkeit in der Regelung darstellt“. In letzterem Fall wäre die Zwangsversetzung in den Ruhestand von Universitätsprofessoren (und -dozenten) nach Art 6 Abs 1 GleichbehandlungsrahmenRL nicht gerechtfertigt (Rn 56).

e) Die Entscheidung *Hörnfeldt*¹⁷⁾

In der Entscheidung *Hörnfeldt* ging es um das schwedische Kündigungsschutzgesetz, wonach ein **AN bis zur Vollendung des 67. Lebensjahrs Kündigungsschutz** genießt. Danach kann jedoch der AG das Arbeitsverhältnis einseitig (ohne Kündigung) beenden. Dies geschah auch im Fall von Herrn *Hörnfeldt*, der dagegen Klage erhob und Altersdiskriminierung geltend machte.

Der EuGH akzeptierte die von der schwedischen Regierung angeführten **Ziele**, die sich zumindest teilweise an der bisherigen Judikatur des EuGH orientierten. Die Besonderheit dieser Ziele liegt jedoch darin, dass sie tw gegenläufig sind. So soll die „67-Jahre-Regel“ folgenden Zielen dienen:

- Verhinderung von Kündigungsverfahren wegen mangelnder Arbeitsleistung aufgrund des fortgeschrittenen Alters (Beendigung unter „erniedrigenden Bedingungen“)
- Anpassung des Kündigungsschutzgesetzes an die Berechnung der Höhe der Alterspension¹⁸⁾
- Anpassung an demografische Entwicklungen (Vermeidung eines Arbeitskräftemangels)
- Rechtsanspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur Vollendung des 67. Lebensjahrs
- Erleichterung des Zugangs jüngerer Personen zum Arbeitsmarkt

Vor dem Hintergrund dieser heterogenen Ziele hielt die schwedische Regierung fest, dass die Altersgrenze den **politischen und sozialen Konsens zwischen den Sozialpartnern** widerspiegle. Es sei ein beschäftigungspolitisches Ziel, älteren AN Anreize für die Fortsetzung ihrer beruflichen Aufgaben über das 65. Lebensjahr hinaus zu geben. Gleichzeitig werde damit ein schonender Übergang vom Berufsleben in den Ruhestand ermöglicht.

Unter dem Vorbehalt der „Verifizierung“ der im Verfahren aufgestellten Behauptungen durch das nationale Gericht (Rn 46) bestätigte der EuGH auch die **Angemessenheit** der 67-Jahre-Regel. Dabei übersah er auch nicht die „Janusköpfigkeit“ des Gesetzes. Durch die Normierung eines gesetzlichen Kündigungsschutzes fördere die Bestimmung einerseits die Beschäftigung von AN über das Alter von 65 Jahren hinaus und wirke außerdem der Gefahr eines „Arbeitskräftemangels“ entgegen.¹⁹⁾ Andererseits verhindere der Wegfall des Kündigungsschutzes nach Vollendung des 67. Lebensjahrs die Beendigung unter für den AN „erniedrigenden Bedingungen“ (wegen geminderter Leistungsfähigkeit) und erleichtere jüngeren AN den Zugang zum Arbeitsmarkt und ihren Verbleib auf diesem Markt (Rn 33 f).

Auch dass nach der 67-Jahre-Regel die **Höhe der Alterspension** keine Berücksichtigung findet, führt nach Ansicht des EuGH zu keiner übermäßigen Interessenbeeinträchtigung der betroffenen AN (Rn 38 ff). Die Nachteile für die Betroffenen seien mit den Vorteilen für die Allgemeinheit abzuwägen. Wie in der Rs *Rosenblatt* erwähnte der Gerichtshof ua, dass die AN auch nach Vollendung des 67. Lebensjahrs nicht zwingend in den Ruhestand versetzt würden, also weiterhin erwerbstätig sein könnten. Außerdem komme den AN eine Alterspension als Einkommensersatz zu, wobei im Fall einer niedrigeren Alterspension in Schweden Ansprüche auf zusätzliche Sozialleistungen bestünden. Schließlich merkte der EuGH noch an, dass er auch in der Rs *Rosenblatt* „keine übermäßige Beeinträchtigung berechtigter Interessen der betroffenen Arbeitnehmerin“ festgestellt hatte, obgleich die Pension von Frau *Rosenblatt* wesentlich geringer gewesen sei als jene von Herrn *Hörnfeldt*. Im Übrigen sei das Dienstverhältnis von Frau *Rosenblatt* bereits nach Vollendung des 65. Lebensjahrs beendet worden (Rn 45).

2. Resümee zur Judikatur des EuGH

Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters kann nach Art 6 Abs 1 GleichbehandlungsrahmenRL gerechtfertigt werden, wenn dadurch legitime Ziele in ei-

16) Schlussanträge des GA *Yves Bot* v 2. 9. 2010, Slg 2010, I-11869 (Rn 34).

17) EuGH 5. 12. 2012, C-141/11 (www.curia.europa.eu; in der amtlichen Sammlung noch nicht veröffentlicht).

18) Seit 1996 wurden die gesamten Einkünfte während des Erwerbslebens in die Bemessung der Alterspension einbezogen. Damals endete der Kündigungsschutz noch mit Vollendung des 65. Lebensjahrs. Mit der letzten, im Ausgangsverfahren anzuwendenden Novelle des (schwedischen) Kündigungsschutzgesetzes wurde die Altersgrenze für den Kündigungsschutz auf 67 Jahre angehoben.

19) Letzteres erscheint schwer nachvollziehbar, weil ja einerseits für AN keine Verpflichtung zur Weiterarbeit nach Vollendung des 65. Lebensjahrs besteht und andererseits der Wegfall des Kündigungsschutzes mit Vollendung des 65. Lebensjahrs AG nicht zur Kündigung nötig.

ner verhältnismäßigen Weise verfolgt werden.²⁰⁾ In den oben dargestellten (und anderen) Entscheidungen hielt der EuGH regelmäßig fest, dass den MS bei der Wahl der Ziele und der Mittel grds ein **weiter Ermessensspielraum** zukommt. Dies gelte gleichermaßen auch für die Sozialpartner. Mit dem KollV steht diesen ein geeignetes Instrument zur Verfügung, um differenzierte, auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestimmte Maßnahmen zu treffen.

Als legitime Ziele iSd Art 6 Abs 1 kommen allerdings nur „sozialpolitische Ziele“ in Betracht,²¹⁾ wozu etwa die Flugsicherheit im Zusammenhang mit der Altersgrenze für Piloten nicht zählt.²²⁾ Ebenso wenig werden „individuelle Gründe“ der AG, wie zB Kostenreduzierung oder Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, anerkannt.²³⁾

Bei der Umsetzung der GleichbehandlungsrahmenRL müssen die MS die **Ausnahmen vom Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters (Art 6 Abs 1) nicht näher konkretisieren** und auch kein Verzeichnis der erlaubten Ungleichbehandlungen aufnehmen.²⁴⁾ Die beinahe wortgleiche Wiedergabe der Ausnahmebestimmungen des Art 6 Abs 1 RL durch § 20 Abs 3 und 4 GIBG ist daher nach der Rsp des EuGH unbedenklich.

Stattdessen haben die nationalen Gerichte bei der Prüfung einer generellen Regelung, die zu einer Ungleichbehandlung wegen des Alters führt, **zu untersuchen, welche Ziele** durch die beanstandete Vorschrift (Gesetz oder KollV) **tatsächlich verfolgt werden**. Dabei ist auch der „allgemeine Kontext“ einer Regelung mit einzubeziehen, also etwa die Entwicklung der Arbeitslosigkeit²⁵⁾ oder der sachliche Zusammenhang mit pensionsrechtlichen Regelungen.²⁶⁾

Für „Altersgrenzen-Fälle“ galt bislang vor allem die **Förderung der Beschäftigung jüngerer Personen** als das zentrale vom EuGH anerkannte Ziel.²⁷⁾ Im Rahmen der anschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung war der **Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension**, nicht jedoch dessen Höhe von entscheidender Bedeutung.²⁸⁾

Der EuGH legt schließlich auch Wert auf die **Kohärenz der fraglichen Maßnahme (Ungleichbehandlung)**. Werden etwa bestimmte AN-Gruppen in einem Bereich von der gesetzlich vorgesehenen Versetzung in den Ruhestand ausgenommen, so muss auch diese Besserstellung im Hinblick auf das mit der Altersgrenze verfolgte Ziel gerechtfertigt sein.²⁹⁾

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der vom EuGH den MS zugestandene **„weite Ermessensspielraum“ in Wirklichkeit den nationalen Gerichten zukommt**, welche bei der Prüfung der fraglichen Regelung einen mehr oder weniger strengen Prüfungsmaßstab anlegen können. *Rebhahn* kam nach einer Analyse der einschlägigen EuGH-Entscheidungen im Jahr 2011 zum Ergebnis, dass der EuGH „Altersklauseln“ bei AN eher großzügig beurteilt.³⁰⁾ Dies ist mE nach wie vor zutreffend, soweit es um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Erreichung des jeweiligen gesetzlichen Regelpensionsalters geht.³¹⁾ Nach *Schrammel* ist eine kollektivrechtliche Regelung, die ein Ausscheiden vor dem Regelpensionsalter „begünstigt“, europarechtlich beden-

lich, wenn die vorzeitige Alterspension erheblich nachteiliger ausgestaltet ist als die Regelalterspension.³²⁾

3. Rechtsprechung des OGH

Vor diesem europarechtlichen Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit das Verbot der Altersdiskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen wegen Pensionsanspruchs des AN in der österr Rsp bislang eine Rolle spielte.

a) OGH 18. 10. 2006 („Bummelstudent“)³³⁾

Soweit ersichtlich musste sich der OGH erstmals im Jahr 2006 mit einer möglichen Altersdiskriminierung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auseinandersetzen.³⁴⁾ Der Kl hatte zunächst 16 (!) Jahre lang Bauingenieurwesen an der Universität studiert. Im 48. Lebensjahr trat er als Vertragsbediensteter in ein Dienstverhältnis zur Republik Österreich. Wenige Monate nach Vollendung seines 65. Lebensjahrs wurde er im Hinblick auf seinen Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension gekündigt.

Der Kl klagte die Republik Österreich auf Feststellung, dass das Dienstverhältnis über den Kündigungstermin hinaus aufrecht sei. Die Kündigung verstoße gegen das Verbot der Altersdiskriminierung in der

20) Auf diese zweistufige Prüfung kann der umständlich formulierte Art 6 Abs 1 GleichbehandlungsrahmenRL reduziert werden (s *Hoptl/Mayr/Eichinger*, GIBG [2009] § 20 Rz 27; *Slezak*, RdW 2010, 679 [682] mwN). Siehe auch *Rebhahn*, Altersdiskriminierung in der Judikatur des EuGH, wbl 2011, 173, wonach die Prüfung der Verhältnismäßigkeit wiederum in drei Teilschritte (Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit iES) gegliedert werden kann, wenngleich der EuGH seine Ausführungen nicht immer klar einem dieser Elemente zuordne.

21) Siehe zB die EuGH-Entscheidung *Age Concern England* (Rn 46 und 49) sowie *Wachter*, Piloten: Mit 60 Jahren ist noch nicht Schluss, in *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 149 (155); zweifelnd *Rebhahn*, wbl 2011, 173 (bei FN 27).

22) EuGH 13. 9. 2011, C-447/09, *Prigge*, Slg 2011, I-8003 Rn 81 f.

23) Rs *Age Concern England* (Rn 46). Eine Systematisierung möglicher Rechtfertigungsgründe im Bereich der Altersdiskriminierung findet sich bei *Kreil*, Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung, ZAS 2010/35.

24) Rs *Age Concern England* (Rn 43 f).

25) Siehe zB die Rs *Palacios de la Villa* (Rn 58).

26) Siehe die Rs *Hörnfeldt*, wo der gesetzliche Kündigungsschutz ua mit den Berechnungsmodalitäten für die Alterspension in Beziehung gesetzt wurde (Rn 26).

27) So zB in den Rs *Palacios de la Villa*, *Rosenblatt*, *Georgiev* und *Hörnfeldt*.

28) Siehe insb die Rs *Rosenblatt* (Rn 71 ff) sowie deren krit Besprechung von *Wachter* in *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 185 mwN.

29) Siehe Rs *Georgiev* (Rn 55 f) und *Rebhahn*, wbl 2011, 173 (186) mwN.

30) wbl 2011, 186.

31) Siehe aber *Wachter* in *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 149 (156).

32) *Schrammel*, Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung bei sozialrechtlicher Differenzierung, in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht (2013) 75 (92). Der Verweis auf EuGH 13. 9. 2011, C-447/09, *Prigge*, Slg 2011, I-8003, überzeugt allerdings in diesem Zusammenhang nicht, weil der EuGH die fragliche Regelung (automatische Beendigung des AV von Piloten mit Vollendung des 60. Lebensjahrs) ausschließlich unter dem Ziel „Gewährleistung der Flugsicherheit“ zu prüfen hatte. Ein solches Ziel ist aber von Art 6 Abs 1 GleichbehandlungsrahmenRL nicht erfasst (s Rn 82).

33) 9 ObA 131/05 p öRdA 2008/22 (zust *Ziehensack*); zust auch *Reissner*, Der ältere Arbeitnehmer – Altersbezogene Schutzbestimmungen im Lichte des Antidiskriminierungsrechts, öRdA 2010, 24 (34).

34) Zuvor hatte jedoch der OGH zur Frage der Altersdiskriminierung kurz vor dem Urteil im Rahmen einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit Stellung genommen (8 ObA 48/03 x ZAS 2004, 194 [*Tomandl*]).

GleichbehandlungsrahmenRL. Da er nur knapp über 180 Beitragsmonate aufweisen könne, habe er nur Anspruch auf eine niedrige Alterspension. Nach Ansicht des Kl müsse das VBG eine Ausnahme für „Härtefälle“ vorsehen. § 32 Abs 2 Z 7 VBG sieht vor, dass ein Vertragsbediensteter gekündigt werden kann, wenn er das Antrittsalter für eine gesetzliche Alterspension erreicht hat.

Nach ausführlicher Darstellung der GleichbehandlungsrahmenRL wandte sich der OGH der innerstaatlichen Rechtslage zu. Den **Zweck der Regelung des VBG** sah der Gerichtshof insb in der Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für junge Menschen, deren Existenz anderweitig noch nicht gesichert ist. Dieses Ziel sei mit der RL in Deckung zu bringen.

Bei der Prüfung der **Verhältnismäßigkeit** verwies der OGH darauf, dass der Anspruch auf eine Regelpension im Allgemeinen ausreiche, um die Lebenshaltungskosten zu decken. Im Übrigen sehe § 32 Abs 2 Z 7 VBG keine automatische Beendigung des Dienstverhältnisses mit Erreichung des Antrittsalters für eine gesetzliche Alterspension vor. Auf diese Weise sei auch die **Berücksichtigung individueller Umstände** möglich. Im vorliegenden Fall endete das Dienstverhältnis etwas mehr als ein Jahr nach Vollendung des 65. Lebensjahrs. Dass der Kl im vorliegenden Fall nur eine Mindestpension zu erwarten hatte, war allerdings nach Ansicht des OGH sein eigenes Verschulden (Stichwort „Bummelstudent“).

Obleich zum Entscheidungszeitpunkt ein solcher Fall vom EuGH noch nicht entschieden worden war,³⁵⁾ **verzichtete der OGH auf ein Vorabentscheidungsersuchen.** Das Vorliegen eines Ausnahme- bzw Rechtfertigungsgrundes iS der GleichbehandlungsrahmenRL war für das Höchstgericht „offenkundig“.³⁶⁾

b) OGH 4. 11. 2010 (Kündigung nach Erreichung des Regelpensionsalters)³⁷⁾

Der Sachverhalt dieser Entscheidung auf Zurückweisung einer ao Revision (keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO) lässt sich nur in den Grundzügen erschließen. Offenbar lag ihr eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit und wegen Altersdiskriminierung zugrunde. Wegen seines **kurzen Versicherungsverlaufs** bezog der AN eine im Vergleich zum bisherigen Aktivgehalt **geringe Alterspension**.

Unter Verweis auf die soeben dargestellte Vorgängerentscheidung sowie die EuGH-Entscheidung *Palacios de la Villa* entschied der OGH, dass die **Kündigung eines AN nach Erreichen des Regelpensionsalters keine Altersdiskriminierung** darstelle. Dies gelte auch bei Anspruch auf eine Mindestpension aufgrund eines „kurzen Versicherungsverlaufs“.

c) OGH 25. 6. 2013 („ORF-Radiosprecher“)³⁸⁾

In dieser aktuellen Entscheidung ging es um einen Radiosprecher, der nach der gängigen Praxis des ORF wenige Monate nach Erfüllung der Voraussetzungen für eine gesetzliche Korridorpenion (ab 62 Jahren) gekündigt wurde. Für diese Praxis bot der einschlägige ORF-KollV eine Rechtsgrundlage. Dieser sieht vor, dass AN nach zehn vollen Dienstjahren nur mehr mit Zustimmung einer aus Vertretern des BR und der Unterneh-

mensleitung paritätisch besetzten Kommission gekündigt werden können. Es handelt sich somit um einen **kollv Kündigungsschutz**. Nach Vollendung des 60. Lebensjahrs ist hingegen die Zustimmung der Kündigungskommission zu einer Kündigung nicht mehr erforderlich, sofern der AN bereits Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension hat.

Der Kl bekämpfte seine Kündigung ua wegen unzulässiger **Altersdiskriminierung** nach dem GIBG und hatte damit in den ersten beiden Instanzen Erfolg. Der OGH gab jedoch der Revision des ORF statt und verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Sachverhalts an das ErstG zurück.

Nach Ansicht des OGH ging es in diesem Fall um die Frage, ob für die Beurteilung des Vorliegens einer Diskriminierung **„auf den jeweiligen Entscheidungsvorgang abzustellen ist“** und „inwieweit zwischen der Entscheidung des Gesetzgebers, einer auch öffentlich finanzierten Stiftung eine Personalreduktion vorzugeben, und der konkreten Personalauswahl durch die Stiftung zu unterscheiden ist“.

Zum **ORF-Gesetz** stellte der OGH ua fest, dass der Generaldirektor dem Stiftungsrat Maßnahmen zur „strukturellen Reduktion der Personalkosten einschließlich einer Reduktion der Kapazitäten und der Reduktion der Pro-Kopf-Kosten“ vorzulegen habe (§ 31 Abs 13 Z 1 ORF-Gesetz). Diese Regelung enthalte als solche **keine diskriminierenden Ansatzpunkte**. Es sei jedoch zu prüfen, ob „nach diesen Regelungen und der wirtschaftlichen Situation der Beklagten die konkrete Kündigung erforderlich war und welche Arbeitsplätze und Reduktionen der Kapazitäten konkret in Betracht gekommen sind“.

Zum **ORF-KollV** hielt der OGH fest, dass auch diesen Vorgaben des GIBG entsprechen müsse. Es sei zu beurteilen, ob die Einschränkungen des kollv Kündigungsschutzes den Rechtfertigungsgründen des § 20 GIBG bzw Art 6 GleichbehandlungsrahmenRL entsprechen. Dabei könne davon ausgegangen werden, dass der KollV vor dem Hintergrund der gesetzlichen Vorgaben betreffend den Personalabbau zu verstehen ist.

Der Gerichtshof führte weiter aus, dass nach der EuGH-Rsp AN mit Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters gekündigt werden dürften, um jüngeren AN den Eintritt ins Berufsleben zu erleichtern oder eine „ausgewogene Altersstruktur“ zu erreichen.³⁹⁾

Etwas überraschend kam jedoch der OGH schließlich zum Ergebnis, dass „das konkrete Gesamtkonzept“ des ORF sowie das hieraus abzuleitende **konkrete Erfordernis zur Kündigung des Kl** bislang nicht erörtert und festgestellt worden sei. Aus diesem Grund sei das Verfahren vom ErstG zu ergänzen. →

35) Die Entscheidung des EuGH in der Rs *Palacios de la Villa* erging erst am 16. 10. 2007.

36) Zur Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte s zB *B. Schima* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 267 AEUV (2012) Rz 100 ff.

37) 8 ObA 74/10 f ARD 6147/4/2011.

38) 9 ObA 113/12 a ARD 6353/4/2013.

39) Der OGH zitierte dabei die EuGH-Entscheidungen *Palacios de la Villa* und *Fuchs und Köhler* (21. 7. 2001, C-159/10 und 160/10, Slg 2011, I-6919). Die letztere Entscheidung betraf die zwangsweise Versetzung in den Ruhestand von Staatsanwälten mit Vollendung des 65. Lebensjahrs.

4. Resümee zur Judikatur des OGH

Im Unterschied zum EuGH hatte der OGH bislang erst selten die Gelegenheit, zur Frage der Altersdiskriminierung bei Kündigung wegen Pensionsanspruchs Stellung zu nehmen. Die ersten beiden Entscheidungen⁴⁰⁾ betrafen jeweils männliche AN nach Vollendung des Regel-pensionsalters von 65 Jahren. In beiden Entscheidungen verneinte der OGH klar das Vorliegen einer Altersdiskriminierung. In der „Bummelstudent-Entscheidung“ hob der OGH hervor, dass nach der fraglichen Regelung (§ 32 Abs 2 Z 7 VBG) die Berücksichtigung individueller Umstände möglich sei. Dies spreche für die Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Bestimmung. Die geringe Höhe der Alterspension hatte der Kl im konkreten Fall wegen seines überlangen Studiums allerdings selbst zu vertreten.⁴¹⁾ In der darauf folgenden E 8 ObA 74/10^{f42)} hielt der Gerichtshof nur lapidar fest, dass auch bei einer Mindestpension aufgrund eines kurzen Versicherungsverlaufs die Kündigung keine Altersdiskriminierung darstelle. Die Notwendigkeit der Kündigung wurde vom OGH in keiner dieser Entscheidungen näher geprüft.

Im jüngsten einschlägigen Urteil („ORF-Radiosprecher“⁴³⁾) hielt der OGH fest, dass die Ausnahme von über 60-jährigen AN mit Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension vom kollv Bestandschutz durch beschäftigungspolitische Ziele grds gerechtfertigt sei. Damit konnte jedoch nach Ansicht des Gerichtshofs über das Vorliegen einer Altersdiskriminierung noch nicht entschieden werden.

Der Auftrag an das ErstG, das konkrete „Erfordernis der Kündigung“ des AN aufgrund des unternehmerischen Gesamtkonzepts des AG (ORF) zu prüfen, erinnert an die **soziale Gestaltungspflicht des AG im allgemeinen Kündigungsschutz** des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG.⁴⁴⁾ Danach ist eine betriebsbedingte Kündigung nur dann gerechtfertigt, wenn sie die „ultima ratio“ darstellt, um den betrieblichen Erfordernissen gerecht zu werden. Zusätzlich ist nach stRsp in einem letzten Schritt auch noch eine Abwägung der gegensätzlichen Interessen von AN und AG vorzunehmen.⁴⁵⁾ Es stellt sich die Frage, ob eine solche richterliche Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalls auch im Bereich der Altersdiskriminierung vorzunehmen ist.

Festzustellen ist zunächst, dass der **OGH diesen Teil der Entscheidung nicht explizit auf die Judikatur des EuGH zur Altersdiskriminierung stützt**. Aus dieser lässt sich die Pflicht des nationalen Gerichts zur konkreten individuellen Prüfung der Kündigungsentscheidung des AG mE auch nicht ableiten.⁴⁶⁾ Allerdings verbietet es das Gemeinschaftsrecht auch nicht, bei der Anwendung der Ausnahmebestimmungen zum Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters auch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁴⁷⁾

Eichinger leitete aus den Entscheidungen *Age Concern England* und *Fuchs und Köhler* ab, „dass im Rahmen des nationalen Rechts als legitim anerkannte sozialpolitische Ziele auch bei der Prüfung zu berücksichtigen sind, ob individuelle AG-Maßnahmen altersdiskriminierend sind“.⁴⁸⁾ Biete ein AG in einer prekären Finanzlage aus sozialen Gründen pensionsberechtigten AN eine einvernehmliche Beendigung, anstatt jüngere AN zu kündigen, so könne man darin ein angemessenes

Mittel zur Verfolgung eines legitimen Ziels iSd § 20 Abs 3 GIBG sehen.

Auch für *Schrammel* stellte sich die Frage, ob sich der einzelne AG beim Ausspruch einer Kündigung auf „legitime sozialpolitische Ziele“ berufen kann. Nimmt ein KollV einen besonderen Kündigungsschutz bei Erreichen des Pensionsalters zurück, so könne einem kündigenden AG „sozialpolitisches Handeln“ unterstellt werden.⁴⁹⁾

Ohne sich mit diesen Lehrmeinungen näher auseinanderzusetzen, schlug der OGH mit der ORF-Radiosprecher-Entscheidung im Altersdiskriminierungsrecht eine neue Richtung ein, indem er die betriebliche Notwendigkeit der Kündigung hinterfragte. Führt der OGH diesen Ansatz in Zukunft fort, so hätte dies **erhebliche Auswirkungen für die arbeitsrechtliche Praxis**. Leitende Angestellte iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG und andere vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommene AN könnten auf diese Weise eine gerichtliche Überprüfung ihrer Kündigung nach ähnlich strengen Maßstäben wie beim sozialen Kündigungsschutz (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) erreichen. Voraussetzung ist freilich, dass die Kündigung mit ihrem Alter (bzw ihrem Pensionsanspruch) in Zusammenhang gebracht werden kann. Das Verbot der Altersdiskriminierung könnte dann sicher nicht mehr als „zahnloser Papiertiger“⁵⁰⁾ bezeichnet werden.

C. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Seit den EuGH-Entscheidungen *Kleist* und *Kuso* ist klargestellt, dass die Anknüpfung am Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine unzulässige Geschlechtsdiskriminierung bewirkt. Grund hierfür ist das in Österreich für Männer und Frauen nach wie vor unterschiedliche gesetzliche Pensionsalter.

1. EuGH-Entscheidung *Kleist*

Im **Fall *Kleist***⁵¹⁾ ging es um den KollV für die Ärzte und Dentisten bei den Sozialversicherungsträgern Österreich (DO.B), wonach Ärzte nach einer Betriebszugehörigkeit von mindestens zehn Jahren grds nur mehr aus bestimmten Gründen gekündigt werden durften. Er-

40) Siehe FN 33 und 37.

41) *Reissner* (öRdA 2010, 24 [Pkt 4.1.1]) warf zu dieser Entscheidung die Frage auf, ob eine Kündigung unverhältnismäßig wäre, wenn trotz Erreichung des Pensionsalters mangels Erfüllung der Wartezeit kein Pensionsanspruch besteht. Dasselbe könne für den Fall gelten, dass ein gekündigter AN in einem höheren Lebensalter nach Österreich eingewandert ist und aus diesem Grund nur über wenige Versicherungszeiten verfüge.

42) Siehe FN 37.

43) Siehe FN 38.

44) Grundlegend 9 ObA 110/98 öRdA 1989, 387 (zust *Floretta*).

45) Siehe 9 ObA 105/93 infas 1993, A 142, uvvm.

46) Siehe insb die EuGH-Entscheidung *Rosenblatt*.

47) Siehe die EuGH-Entscheidung *Dansk Jurist* (26. 9. 2013, C-546/11, Rn 70 f).

48) Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Auflösungsvereinbarung mit pensionsberechtigter 61-jähriger Arbeitnehmerin, ASoK 2011, 450 (459).

49) *Schrammel* in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht 89.

50) Siehe die Glosse von *Wachter* zur Entscheidung *Rosenblatt* in *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 185.

51) EuGH 18. 11. 2010, C-356/09, Slg 2010, I-11939.

füllte allerdings ein/e AN die Voraussetzungen für eine gesetzliche Alterspension, so konnte er oder sie gekündigt werden.

Zu dieser Regelung hielt der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens fest, dass es sich um eine **unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** handle (Rn 29 ff). Die kollv Regelung knüpfe nämlich an ein Kriterium (Anspruch auf Alterspension) an, das vom Geschlecht der AN nicht zu trennen sei. Im Übrigen seien Frauen im Alter zwischen 60 und 65 Jahren in einer vergleichbaren Situation wie Männer derselben Altersgruppe. Zwischen dem Entfall des kollv Kündigungsschutzes und dem Anspruch auf eine Alterspension besteht nach Ansicht des EuGH kein unmittelbarer Zusammenhang. Es könne daher der Anspruch auf eine Alterspension auch nicht den Nachteil aus dem Entfall des Kündigungsschutzes kompensieren (Rn 42 f).

Der Entscheidung des EuGH folgend erkannte der OGH im Ausgangsfall, dass die Kündigung der Kl vom BerG zu Recht für unwirksam erklärt worden war.⁵²⁾

2. EuGH-Entscheidung *Kuso*

In der vor Kurzem ergangenen Entscheidung *Kuso*⁵³⁾ vertrat der EuGH dieselbe Rechtsansicht auch zu einer Vertragsklausel, wonach weibliche AN mit Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie das 60. Lebensjahr vollenden, in den dauernden Ruhestand treten. Für männliche AN galt das 65. Lebensjahr als relevanter Zeitpunkt. Als „Gegenleistung“ wurde Unkündbarkeit vereinbart. Nach Ansicht des EuGH handelte es sich auch hier um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Dass die Vereinbarung noch vor dem Beitritt Österreichs zu den Europäischen Gemeinschaften abgeschlossen worden war, ändere daran nichts.

3. Schlussfolgerungen

Aufgrund der dargestellten EuGH-Judikatur ist davon auszugehen, dass weder im KollV noch im Arbeitsvertrag die Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Anspruch auf eine gesetzliche Alterspension verknüpft werden darf. Dies gilt so lange, als das Eintrittsalter für Frauen und Männer ungleich geregelt ist.⁵⁴⁾

Der OGH hat bereits 2011 entschieden, dass **auch einvernehmliche Beendigungen wegen Geschlechtsdiskriminierung gerichtlich bekämpft werden können**.⁵⁵⁾ Der Fall betraf eine ORF-Journalistin, die zunächst kurz vor der Vollendung des 60. Lebensjahrs auf die Möglichkeit eines Pensionsantritts angesprochen worden war. Die von ihr behauptete Geschlechtsdiskriminierung wurde jedoch in allen Instanzen verneint. Nach den gerichtlichen Feststellungen hatte sich nämlich der ORF im Zusammenhang mit seiner „Pensionierungspolitik“ sowohl an männliche als auch an weibliche Mitarbeiter derselben Altersgruppe gewandt.

D. Die sozialwidrige Kündigung

Der Gesetzgeber hat den sozialen Kündigungsschutz (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) in zweifacher Weise beschränkt. Neben der mindestens sechsmonatigen Beschäftigung im Betrieb muss der Kl nachweisen, dass die Kündigung „wesentliche Interessen des Arbeit-

nehmers beeinträchtigt“. Nach der Grundsatzentscheidung des OGH vom 12. 10. 1988 ist dabei „eine Berücksichtigung der gesamten Lebensverhältnisse“ des gekündigten AN geboten.⁵⁶⁾ Daran hat der OGH bis heute festgehalten.⁵⁷⁾

Ältere AN genießen grds einen höheren Kündigungsschutz, weil sie im Allgemeinen größere Schwierigkeiten haben, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Dies ist bei der Beurteilung der Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Aber auch beim sog „Sozialvergleich“ ordnet das Gesetz eine spezielle Rücksichtnahme auf die Interessen älterer AN an (§ 105 Abs 3 Z 2 Abs 3 b Satz 2 ArbVG). Schließlich darf bei langjährigen AN ein altersbedingter Leistungsrückgang nur dann als personenbedingter Kündigungsgrund (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG) herangezogen werden, wenn durch die Weiterbeschäftigung betriebliche Interessen „erheblich nachteilig berührt“ werden (§ 105 Abs 3 b Satz 1 ArbVG).

Im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2003⁵⁸⁾ wurde allerdings der Kündigungsschutz älterer AN etwas eingeschränkt, um dadurch die Einstellung dieser Personengruppe zu fördern.⁵⁹⁾ Die oben erwähnte besondere Rücksichtnahmepflicht im Hinblick auf Interessenbeeinträchtigung und Sozialvergleich gilt für jene AN, **die im Zeitpunkt ihrer Einstellung das 50. Lebensjahr bereits vollendet haben**, erst ab dem dritten Beschäftigungsjahr im Unternehmen (§ 105 Abs 3 b letzter Satz ArbVG). Eine weitere Einschränkung des sozialen Kündigungsschutzes oder gar dessen Beseitigung ist jedoch damit für diese Altersgruppe nicht verbunden.⁶⁰⁾

Nach mittlerweile gefestigter Rsp des OGH schließt der **Anspruch auf eine Regelpension** die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zwar nicht aus, es wird jedoch ein strenger Maßstab angelegt. Wesentlich ist aber auch in diesem Fall, ob der AN aus der künftigen Pension allein oder iVm anderen Einkünften seine Lebenshaltungskosten decken kann.⁶¹⁾ Das gilt erst recht, wenn der AN vor dem regulären Pensionsantrittsalter einen Pensionsanspruch hat.⁶²⁾ →

52) 9 ObA 112/10 s infas 2011, A 49.

53) EuGH 12. 9. 2013, C-614/11, RdW 2013/676.

54) Ab 2024 wird das gesetzliche Eintrittsalter für Frauen (60 Jahre) schrittweise (bis zum Jahr 2033) an jenes der Männer (65 Jahre) angeglichen (s Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten BGBl 1992/832).

55) 9 ObA 63/11 x wbl 2012/9; s auch den Besprechungsaufsatz von *Eichinger*, ASoK 2011, 450, sowie die Glosse von *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 36 ff.

56) 9 ObA 206/88 öRdA 1991/3 (abl B. *Schwarz*).

57) So jüngst 9 ObA 125/13 t JusGuide 2014/01/11864. Siehe auch 9 ObA 206/88 RdW 1989, 200.

58) BGBl I 2003/71.

59) Siehe RV 59 BlgNR 22. GP 352 (zu § 105 Abs 3 Z 2 vorletzter Satz ArbVG als Vorläuferbestimmung des § 105 Abs 3 b letzter Satz ArbVG).

60) Vgl OGH 9 ObA 125/13 t JusGuide 2014/01/11864.

61) Grundlegend OGH 8 ObA 53/04 h öRdA 2005/30 (zust K. *Mayr*) = ZAS 2006/5 (abl *Tomandl*); s auch 8 ObA 74/10 f ARD 6147/4/2011; 9 ObA 156/07 t wbl 2008/129.

62) So zuletzt OGH 9 ObA 54/12 z infas 2013, A2 (Anspruch auf Korridorpension). Siehe auch *Tinhofer* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht Kap XVIII Rz 42 mwN aus der Rsp. AA *Tomandl*, ZAS 2006/5 (38 ff), und *Schrammel* in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht 79 f, die eine Sozialwidrigkeit bei Erreichung des Regelpensionsalters generell ausschließen (für Letzteren gilt dies zumindest dann, wenn die Pensionshöhe vom Einkommen während des gesamten Erwerbslebens abhängt).

Eine mittelbare Altersdiskriminierung liegt nach der Rsp des OGH nicht vor, weil der soziale Kündigungsschutz als legitimes Ziel den Schutz von AN, die auf das Arbeitseinkommen angewiesen sind, durch angemessene Mittel verfolge.⁶³⁾

Im Hinblick auf eine allfällige Geschlechtsdiskriminierung darf jedoch bei Frauen ein Pensionsanspruch

nicht berücksichtigt werden, wenn Männer desselben Alters in der gleichen Situation keinen Anspruch hätten (s Kap C.).

63) OGH 8 ObA 48/03 x ZAS 2004, 194 (Tomandl).

→ In Kürze

- Die Kündigung eines AN wegen des Anspruchs auf eine Alterspension kann gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoßen, wenn die Kündigung im konkreten Fall nicht betrieblich notwendig ist.
- Gesetze/KoIV dürfen wegen des Verbots der Geschlechterdiskriminierung hinsichtlich der Beendigung des AV nicht an einem für Männer und Frauen unterschiedlichem Alter und/oder Anspruch auf Alterspension anknüpfen.
- Die auflösende Befristung eines Arbeitsvertrags ab Anspruch auf eine Alterspension verstößt bei Frauen ebenso wie eine Kündigung ab diesem Zeitpunkt gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung, wenn ein Mann in dieser Situation noch keinen Pensionsanspruch hätte.
- Das Verbot der Altersdiskriminierung steht der Berücksichtigung eines Pensionsanspruchs bei Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit nicht entgegen, wenn dies nur ein Aspekt einer umfassenden, individuellen Prüfung der sozialen Schutzbedürftigkeit des AN ist.
- Das Verbot der Geschlechterdiskriminierung steht der Berücksichtigung von Pensionsansprüchen von Frauen bei Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit entgegen, wenn ein Mann in dieser Situation keinen Pensionsanspruch hätte (zB Regelpension ab 60 Jahren).

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Andreas Tinhofer, LL. M, ist Rechtsanwalt in der Kanzlei MOSATI Rechtsanwälte in Wien.
 Kontaktadresse: MOSATI Rechtsanwälte, Berggasse 7/5, 1090 Wien. Tel: +43 (0)1 218 13 30, Fax: +43 (0)1 218 13 30-9, E-Mail: andreas.tinhofer@mosati.at, Internet: www.mosati.at

Vom selben Autor erschienen:

Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen (2002); Der soziale Kündigungsschutz, ZAS 2008, 52; Das Sperrrecht des Betriebsrats – wie lange noch? RdW 2013/66; Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht (2011, Loseblatt).

Literatur:

Kreil, Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung, ZAS 2010/35; *Eichinger*, Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei Auflösungsvereinbarung mit pensionsberechtigter 61-jähriger Arbeitnehmerin, ASoK 2011, 450; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ (2011); *Wachter* (Hrsg), Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011; *ders*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012; *Slezak*, Europarechtliche Grundlagen des Verbots der Altersdiskriminierung, RdW 2010, 679; *Rebhahn*, Altersdiskriminierung in der Judikatur des EuGH, wbl 2011, 173; *Schrammel*, Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung bei sozialrechtlicher Differenzierung, in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht (2013); *Reissner*, Der ältere Arbeitnehmer – Altersbezogene Schutzbestimmungen im Lichte des Antidiskriminierungsrechts, öRdA 2010, 24.

→ Literatur-Tipp



Mayer/Stöger, EUV/AEUV (2014)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
 Fax: (01) 531 61-455
 E-Mail: bestellen@manz.at
 Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at