

**BUNDESMINISTERIUM
FÜR
AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN**
DVR: 0000060

15/SN-185/ME

SB: Mag. Ulrike Hiebler
DW: 3392

GZ 1055.325/0002e-I.2/2001

Gehaltsskassengesetz 2001;
Begutachtung

Wien, am 23. April 2001

Zu do. Zl. GZ 21.360/1-VIII/A/4/01
vom 1. März 2001

An das

Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen
Abt. VIII/A/4

Wien

Das BmaA beehrt sich, zum vorliegenden Entwurf eines Gehaltsskassengesetzes 2001 Stellung zu nehmen und auf folgende Unvereinbarkeiten mit dem Gemeinschaftsrecht hinzuweisen.

1. Zu §§ 14 und 19 und den diesbezüglichen Erläuterungen:

§ 14 des Gesetzesentwurfs enthält die zentrale Bestimmung hinsichtlich der Einreihung in das im GehaltsskassenG 2001 vorgesehene Gehaltsschema. So bestimmt § 14 Abs 4: „Die Einreihung in eine Gehaltsstufe hat sich nach den in öffentlichen Apotheken oder in Anstaltsapotheken als Apotheker tatsächlich zurückgelegten und bei der Gehaltsskasse gemeldeten Dienstzeiten und nach den für die Vorrückung in höhere Bezüge angerechneten Zeiträumen zu richten.“ Daraus folgt, dass nicht bei der Gehaltsskasse gemeldete Dienstzeiten, d.h. auch solche, die im EWR-Ausland erworben wurden, nicht berücksichtigt werden.

Gem. § 19 Abs 3 des Gesetzesentwurfs sind bei den Anrechnungsgründen des Abs 1 Z 4 sowie Abs 2 Z 2 und 3, Z 4 lit a und b sowie Z 6 für EWR-Bürger die entsprechenden Zeiten in den EWR-Staaten den jeweiligen österreichischen Zeiten gleichzuhalten. Daraus folgt *e contrario*, dass dies für die in Abs 1 Z 1-3, Abs 2 Z 1 und Z 4 lit c enthaltenen Anrechnungsgründe nicht gilt.

Gem. Art 39 Abs 2 EG-Vertrag (EG) ist jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen unzulässig. Art 7 Abs 2 der Verordnung (EWG) 1612/68 vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl L 257 vom 19.10.1968) bestimmt, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats hinsichtlich der Beschäftigungs- und

Arbeitsbedingungen, **insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und berufliche Wiedereingliederung nicht anders behandelt werden darf als inländische Arbeitnehmer.**

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) verbieten Art 39 EG und seine Ausführungsbestimmungen nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle **versteckten Formen, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen** (vgl. Rs C-237/94, O'Flynn, Slg. 1996, I-2617; Rs C-419/92, Scholz, Slg. 1994, I-505). Eine solche versteckte Diskriminierung liegt immer dann vor, wenn sich eine Maßnahme ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer auswirkt, sie nicht durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht (vgl. Rs C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst gg. Österreich (noch nicht in Slg. veröffentlicht); Rs C-237/94, O'Flynn, Slg. 1996, I-2617).

Der Umstand, dass im EWR-Ausland erworbene Beschäftigungszeiten - da sie nicht bei der Gehaltskasse gemeldet sind - nicht angerechnet werden (Art 14 Abs 4), ist daher **mit den EG-Freizügigkeitsbestimmungen nicht vereinbar**, da dadurch praktisch Arbeitnehmer aus dem EWR-Ausland gegenüber Österreichern benachteiligt werden. Die Formulierung „und bei der Gehaltskasse gemeldeten“ beseitigt jede Möglichkeit einer europarechtskonformen Interpretation. Die Erläuterungen zu § 14 gehen zwar davon aus, dass Zeiten der Berufstätigkeit als Apotheker in anderen Mitgliedstaaten des EWR für die Einstufung bzw. Vorrückung wie Zeiten in Österreich berücksichtigt werden, aus welcher Gesetzesbestimmung sich dieses Ergebnis ableiten lässt, ist indes nicht ersichtlich.

Darüber hinaus sieht § 19 des Gesetzesentwurfs in mehreren Fällen nur eine Anrechnung von in Österreich oder bei österreichischen Institutionen „erworbenen“ Dienstzeiten vor. Dies scheint vor dem Hintergrund der Bestimmungen des Art 39 EG und Art 1 der Verordnung 1612/68 **nicht immer sachlich gerechtfertigt**. So ist beispielsweise nicht ersichtlich, weshalb Zeiten der öffentlichen Mandatsausübung oder einer Funktion im Rahmen der Standesvertretung nur dann angerechnet werden, wenn sie in Österreich bzw. bei den entsprechenden österreichischen Einrichtungen absolviert wurden. Der Gerichtshof entschied zuletzt in einem ähnlich gelagerten Fall (Rs C-195/98 vom 30. November 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst gg. Österreich (noch nicht in Slg. veröffentlicht)), dass eine Regel, derzufolge im (EU-) Ausland erworbene Beschäftigungszeiten nicht unter den gleichen Bedingungen angerechnet werden wie solche, die im Inland erworben wurden, mit Art 39 EG und Art 1 und 4 der Verordnung 1612/68 nicht vereinbar ist.

Vor diesem Hintergrund scheinen § 14 Abs 4 und § 19 Abs 3 des Gesetzesentwurfs **nicht gemeinschaftsrechtskonform**.

2. Zu § 21 und den diesbezüglichen Erläuterungen:

Der EuGH entschied in seinem Urteil C-243/95 vom 17. Juni 1998, Hill und Stapleton, Slg. 1998, I-3739, dass „Artikel 119 [nunmehr Artikel 141] des Vertrags sowie die Richtlinie 75/117 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung

des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen dahin auszulegen [sind], dass sie, **sofern prozentual sehr viel mehr weibliche als männliche Arbeitnehmer auf Teilarbeitsplätzen beschäftigt sind**, einer Regelung entgegenstehen, nach der Arbeitnehmer auf Teilarbeitsplätzen bei ihrem Wechsel auf einen Vollarbeitsplatz auf der **Gehaltsskala für Vollzeitbeschäftigte niedriger eingestuft werden**, als sie zuvor auf der Gehaltsskala für Beschäftigte auf Teilarbeitsplätzen eingestuft waren, weil der Arbeitgeber das Kriterium des als tatsächliche Arbeitszeit definierten Dienstes verwendet, es sei denn, dass diese Regelung durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist, die nichts mit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.“

Unter Bezugnahme auf dieses Urteil hob der Verfassungsgerichtshof (VfGH) mit seinem Erkenntnis B 3073/96 vom 05.03.1999 einen auf § 12 Abs 6 des GehaltsskassenG 1959 gestützten Bescheid der (damaligen) Bundesministerin für Gesundheit und Konsumentenschutz auf, da er diesen **als mit dem Gemeinschaftsrecht offenkundig im Widerspruch stehend** erachtete. Gleichzeitig sprach er aus, der Behörde sei es „nicht subjektiv vorwerfbar, dass sie die Unanwendbarkeit der von ihr dem Bescheid zugrundegelegten innerstaatlichen Rechtsvorschrift nicht erkannt hat, da deren Unanwendbarkeit...erst mit dem Urteil des EuGH vom 17.6.1998, Rs C-243/95, Hill/Stapleton, Slg. 1998, I-3739, **offenkundig wurde**“ (Hervorhebung durch den SB).

Aus diesen Ausführungen leiten die Redaktoren des GehaltsskassenG 2001 ab, dass der Stichtag, bis zu dem für einen individuellen angestellten Apotheker das Vorrückungssystem gemäß § 12 Abs 6 GehaltsskassenG galt, unterschiedlich sei und zwischen dem 01.01.1994 und dem 17.06.1998 liege (vgl. Erläuterungen zu den §§ 19 bis 24).

Dieser Rechtsansicht kann nicht gefolgt werden. Art 119 EGV (alte Fassung) war zum Zeitpunkt des österreichischen EU-Beitritts bereits Bestandteil des gemeinschaftlichen Besitzstands und daher ab 01.01.1995 in Österreich anzuwenden. Durch den Vertrag von Amsterdam wurde die Bestimmung inhaltlich erweitert und unnummeriert (nunmehr Art 141 EG). Art 141 EG ist - ebenso wie ihre Vorgängerbestimmung des Art 119 EGV - nach stRsp des EuGH **unmittelbar anwendbar** (vgl. Rs 43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455) und genießt daher **unbedingten Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht** (vgl. grundlegend Rs 6/64, Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1251). Daraus folgt, dass nationale Gerichte seit 01.01.1995 gegen Art 141 EG (bzw. Art 119 EGV) verstoßendes nationales Recht **auch ohne Zwischenschaltung des VfGH unangewendet** lassen müssen. Aus diesem Grund ist § 12 Abs 6 GehaltsskassenG **in jedem Fall seit 01.01.1995 nicht mehr anzuwenden.**

Die oben zitierte Bezugnahme des VfGH auf das Datum des Urteils in der Rs Hill und Stapleton betrifft demgegenüber lediglich die subjektive Vorwerfbarkeit des Umstands, dass die erkennende Behörde ihre Pflicht zur Nichtbeachtung von § 12 Abs 6 GehaltsskassenG nicht erkannt hat. Aus der Feststellung, die Verletzung des Gemeinschaftsrechts sei erst ab dem Urteilszeitpunkt **offenkundig** gewesen, **bedeutet nicht, dass sie vorher nicht bestanden hat.** Der VfGH begrenzt (und könnte dies auch gar nicht!) mit keinem Wort den zeitlichen Geltungsbereich von Art 119 EGV (= Art 141 EG).

Für die Bundesministerin:

H. Tichy m.p.