



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Dehn und Mag. Korn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Zeitler und Mag. Johann Schneller als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei DI W\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Sieglinde Gahleitner, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei Ö\*\*\*\*\*, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Kündigungsanfechtung (Streitwert: 100.000 EUR), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. April 2015, GZ 9 Ra 103/14d-29, mit dem über Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 18. August 2014, GZ 25 Cga 42/12x-25, aufgehoben wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst zu Recht erkannt, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, binnen 14 Tagen der Arbeiterkammer Wien 450 EUR an pauschalierem Aufwandsersatz für das Berufungsverfahren zu zahlen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.133,54 EUR (darin enthalten 355,59 EUR USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der am \*\*\*\*\* 1948 geborene Kläger war beim Beklagten seit 1. 9. 1994 als Messtechniker im Fernsehdienst beschäftigt. Auf das Dienstverhältnis gelangt der Kollektivvertrag für Dienstnehmer des Österreichischen Rundfunk und Fernsehen (ORF-KV 1996 A) zur Anwendung. Der Kläger bezog zuletzt ein Gehalt von 4.884,40 EUR brutto zuzüglich Zulagen, sohin 3.612,61 EUR netto.

Der Beklagte kündigte zunächst das Dienstverhältnis mit Schreiben vom 31. 3. 2011 zum 31. 7. 2011. Der Kläger hätte ab 1. 8. 2011 Anspruch auf Korridor pension gehabt. Dieser hätte 1.742,68 EUR netto (2.349,35 EUR brutto) monatlich betragen. Diese Kündigung wurde vom Kläger angefochten und mittlerweile rechtskräftig ihre Unwirksamkeit festgestellt.

In der Folge sprach der Beklagte eventualiter mit Schreiben vom 28. 3. 2012 die Kündigung zum 31. 8. 2012 aus. Der Kläger hätte ab 1. 9. 2012 Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer in Höhe von 1.914,11 EUR netto (2.667,46 EUR brutto) monatlich.

In weiterer Folge kündigte der Beklagte das Dienstverhältnis des Klägers neuerlich, und zwar zur Erreichung des Regelpensionsalters per 31. 12. 2013. Diese letzte Kündigung ist unangefochten geblieben. Der Kläger befindet sich seit 1. 1. 2014 in Alterspension. Diese beträgt 2.142,06 EUR netto (3.090,45 EUR brutto) monatlich.

Der Kläger hätte ab 1. 8. 2011 Anspruch auf eine Pensionskassenleistung von rund 400 EUR brutto monatlich gehabt. Diese nimmt er im Hinblick auf die damit verbundene Erhöhung von rund 30 % erst seit 1. 1. 2014 in Anspruch. Aus

der Beendigung des Dienstverhältnisses erhielt er vom Beklagten eine kollektivvertragliche Abfertigung von acht Monatsentgelten in Höhe von 50.330 EUR netto. Der „übergesetzliche“ Anteil daran beträgt zwei Monatsentgelte in Höhe von 12.582,50 EUR netto.

Der Kläger begehrt, mit der vorliegenden Klage, die mit Schreiben vom 28. 3. 2012 zum 31. 8. 2012 ausgesprochene Kündigung für rechtsunwirksam zu erklären. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, weil sie eine wesentliche Beeinträchtigung seiner sozialen Interessen bewirke und nicht durch personenbezogene oder betriebliche Gründe gerechtfertigt sei. Darüber hinaus liege auch eine Beendigungsdiskriminierung aufgrund des Alters vor. Der Beklagte kündige grundsätzlich sämtliche Dienstnehmer mit Erreichen eines gesetzlichen Pensionsanspruchs. Für die Kündigung des Klägers sei damit ausschließlich sein Alter ausschlaggebend gewesen. Sein Arbeitsplatz sei durch zwei neu eingestellte Mitarbeiter nachbesetzt worden. Der Beklagte sei seiner sozialen Gestaltungspflicht nicht nachgekommen. Ein Rechtfertigungsgrund für die Altersdiskriminierung liege nicht vor. Ein solcher könne insbesondere nicht im wirtschaftlichen Vorteil eines Dienstgebers liegen. Personalreduktion stelle keine positive Beschäftigungspolitik dar. Durch seine Weiterbeschäftigung wäre der öffentlich-rechtliche Auftrag des Beklagten nicht gefährdet gewesen. Die Rechtfertigungsprüfung scheitere auch an der verhältnismäßigen Anwendung. Eine nach dem Alter differenzierende Maßnahme sei nicht erforderlich, wenn das angestrebte Ziel auch durch gleich wirksame Alternativmaßnahmen erreichbar sei, die weniger nachteilige Auswirkungen zeigten. Der Kläger habe bei Pensionierung vor Erreichung des Regelpensionsalters mit Abschlägen zu

rechnen, die Möglichkeit zur Teilnahme am Arbeitsmarkt sei eingeschränkt.

Der Beklagte bestreitet, die Kündigung sei nicht sozialwidrig. Eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung des Klägers liege im Hinblick auf die gesetzliche Alterspension nicht vor. Auch werde ihm durch die Kündigung eine weitere Teilnahme am Erwerbsleben nicht verwehrt. Er könne neben der vorzeitigen Alterspension einer geringfügigen Beschäftigung nachgehen und dadurch Nebeneinkünfte erwerben. Die Kündigung des Klägers sei aber jedenfalls betrieblich gerechtfertigt. Der Beklagte habe in den Jahren 2008 und 2009 einen massiven Verlust erlitten. 2010 sei unter Berücksichtigung eines Bundeszuschusses ein knapp positives Ergebnis erzielt worden. Eine solche Zuwendung sei auch für die Jahre 2011 bis 2013 zu erwarten. Die Abgeltungen seien jedoch an Auflagen geknüpft, darunter einer Reduzierung des Personalaufwands in Summe und pro Kopf sowie der Personalkapazitäten. Ein vom Beklagten eingeholtes Gutachten weise die Personalkostenreduktion durch die Vornahme von Pensionierungen als die weitaus sozialste Form des Personalabbaus aus. Sie sei kosteneffektiver und sozial verträglicher als die Kündigung junger Mitarbeiter. Der Arbeitsplatz des Klägers werde nicht nachbesetzt, die Kündigung führe zu einer Kostenersparnis von über 100.000 EUR jährlich.

Eine Altersdiskriminierung liege nicht vor, weil der Kläger sogar älter sei als Mitarbeiter, die schon wegen der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Korridor pension gekündigt würden. Jüngere und ältere Dienstnehmer würden gleich behandelt werden, sofern sie Anspruch auf eine Pension hätten. Ohne die Personalkostenreduktion sei die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des Beklagten

gefährdet. Es sei daher nicht unsachlich, zur Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts Altersgrenzen für die Beschäftigung der Mitarbeiter festzulegen. Derartige Maßnahmen lägen im öffentlichen Interesse, weil sie dem Erhalt des öffentlichen Rundfunks dienen. Weiters würden Arbeitsplätze für jüngere Arbeitnehmer geschaffen werden. Selbst bei Vorliegen einer Altersdiskriminierung sei diese jedenfalls im Sinn der einschlägigen Richtlinie gerechtfertigt.

Das Erstgericht gab der Klage statt und erklärte die Kündigung des Klägers vom 31. 8. 2012 für unwirksam. Es liege im Fall des Klägers eine unmittelbare Altersdiskriminierung vor, die nicht nach § 20 Abs 3 GIBG gerechtfertigt sei.

Der dagegen erhobenen Berufung des Beklagten gab das Berufungsgericht Folge, hob das angefochtene Ersturteil auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) räume im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG den Mitgliedstaaten bei der Wahl der beschäftigungspolitischen Ziele und den der Verwirklichung dieser Ziele dienenden Maßnahmen einen weiten Entscheidungsspielraum ein. Derartige gesetzliche Ziele könnten jedoch nicht ohne weiteres auf Maßnahmen des einzelnen Arbeitgebers übertragen werden. Rein finanzielle Erwägungen stellen kein legitimes Ziel dar. Dies bedeute jedoch nicht die Untauglichkeit jeglichen wirtschaftlichen Ziels als Rechtfertigung für diskriminierende Maßnahmen, so etwa bei der Sicherung von Arbeitsplätzen. Im vorliegenden Fall sei eine allgemeine Kündigungspolitik des Arbeitgebers zu beurteilen, also eine an generellen Merkmalen orientierte, gleichmäßig auf alle Arbeitnehmer angewandte

Vorgangsweise. Diese Kündigungspolitik stehe im Zusammenhang mit den für den konkreten Arbeitgeber aufgestellten gesetzlichen Rahmenbedingungen, insbesondere den konkreten Vorgaben betreffend den Personalabbau. Damit komme dieser Kündigungspolitik ein ähnlicher Stellenwert wie eine in einem Kollektivvertrag verankerte Regelung zu. Die Rechtfertigung sei nach § 20 Abs 3 GIBG zu prüfen. Ein Ziel der österreichischen Rechtsordnung sei, dass sich der Arbeitgeber bei aus wirtschaftlichen Gründen notwendigen Kündigungen daran orientiere, für welche Arbeitnehmer die Kündigung die geringste soziale Härte bedeute. Es erscheine daher legitim, bei der Kündigungsauswahl darauf abzustellen, ob ein Arbeitnehmer durch einen Pensionsanspruch sozial abgesichert sei. Darin liege ein zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Alters geeignetes Ziel, auf das sich der einzelne Arbeitgeber berufen könne. Auch die Sicherung von Arbeitsplätzen stelle wie die Sicherung des Fortbestands eines für die Öffentlichkeit bedeutsamen Unternehmens ein im Allgemeininteresse stehendes Ziel dar, das über rein wirtschaftliche Motive hinausgehe. Der Arbeitgeber könne sich gegenüber dem Arbeitnehmer darauf berufen, dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz in einer bestimmten Weise ausgestaltet habe und das System der Alterspension auch der Arbeitsteilung zwischen den Generationen dienen solle. So sei es als sachgerecht angesehen worden, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit zur Anfechtung einer Kündigung als sozial ungerechtfertigt einschränke, wenn unabhängig vom Arbeitseinkommen eine finanzielle Absicherung vorhanden sei, weil § 105 Abs 3 ArbVG insgesamt als eine Entscheidung zugunsten der am Arbeitsmarkt auf das Arbeitseinkommen angewiesenen Arbeitnehmer verstanden werden könne. Dies decke sich mit

der Zielsetzung im Zusammenhang mit der Alterspension aus der gesetzlichen Sozialversicherung. Auch diese Altersgrenzen seien Ausdruck der Arbeitsteilung zwischen den Generationen. Es könne nicht gesagt werden, dass eine Kündigung zum Zeitpunkt der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehe. Auch könne eine übermäßige Beeinträchtigung legitimer Interessen des Klägers zu verneinen sein. Dies gelte aber nur unter der Voraussetzung, dass die Kündigung des Klägers nach der wirtschaftlichen Situation des Beklagten tatsächlich, also objektiv geboten gewesen sei. Es fehlten dazu jedoch Feststellungen, nach denen beurteilt werden könne, ob der Beklagte sich in einer Situation befunden habe, eine Sozialauswahl zur Kündigung treffen zu müssen. Wenn danach zufolge Rechtfertigung eine Altersdiskriminierung zu verneinen sei, seien die Voraussetzungen des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zu prüfen. Auch dazu seien bisher noch keine Feststellungen vom Erstgericht getroffen worden.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil Rechtsprechung zur Frage fehle, ob individuelle Maßnahmen des Arbeitgebers im Rahmen seiner Personalpolitik nach § 20 Abs 3 GIBG gerechtfertigt werden können.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Klägers mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt wird. Der Beklagte beantragt, den Rekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Der Rekurs des Klägers ist zulässig und auch berechtigt.



1. Vom Beklagten werden Arbeitnehmer grundsätzlich mit Erreichung des Korridor pensionsalters gekündigt, sofern ein Pensionsanspruch besteht. Da der Kläger diese erste Kündigung erfolgreich angefochten hat, erfolgte eine weitere Kündigung zu dem Stichtag, zu dem der Kläger einen Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer hatte. Diese ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zu prüfen ist zunächst, ob darin eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt.

Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG („Richtlinie“) verbietet unter anderem die mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters bei den „Entlassungsbedingungen“ (Art 3 Abs 1 lit c iVm Art 1 und Art 2 der Richtlinie).

§ 17 Abs 1 Z 7 GIBG verbietet in Umsetzung der Richtlinie unter anderem eine Diskriminierung wegen des Alters bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach § 19 Abs 1 GIBG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person aufgrund des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach § 19 Abs 2 GIBG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen (unter anderem) eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können.

In der Entscheidung vom 12. 10. 2010, C-499/08 (*Ingeniørforeningen*), beurteilte der EuGH ein Gesetz, das Arbeitnehmern eine Entlassungsabfindung vorenthielt, weil sie zum Zeitpunkt ihrer Entlassung eine Altersrente beziehen konnten, als unmittelbar diskriminierend. Die Altersrente

setze ein Mindestalter voraus, kollektivvertraglich im konkreten Fall 60 Jahre. Die Bestimmung stützte sich somit auf ein Kriterium, das untrennbar mit dem Alter des Arbeitnehmers verbunden sei (Rn 23 f). In ihrem Schlussantrag hatte die Generalanwältin bereits darauf verwiesen, dass bei vordergründiger Betrachtung eine Unterscheidung nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines einlösbaren Rentenanspruchs auf eine nur mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters hindeute. Durch den Hinweis auf einen solchen Rentenanspruch scheine sich die Regelung auf ein neutrales Kriterium zu stützen, das lediglich in seinen praktischen Auswirkungen vorwiegend zu Lasten älterer Arbeitnehmer gehe. Diese Sichtweise sei jedoch zu restriktiv. Sie verkenne nämlich, dass eine unmittelbare Diskriminierung auch dann vorliegen könne, wenn eine Ungleichbehandlung auf ein Kriterium gestützt werde, das zwar auf den ersten Blick als neutral erscheine, aber in Wirklichkeit mit dem vom Unionsgesetzgeber verbotenen Differenzierungsgrund untrennbar verbunden sei (Rn 33 f).

Auch im konkreten Fall stellt der Beklagte zwar im Rahmen seiner Kündigungspolitik auf eine „soziale Absicherung“ ab, versteht darunter aber, wie sich aus seinem Vorbringen ergibt, eine Absicherung durch bestimmte Formen der Alterspension, die zumindest ein Lebensalter von 62 Jahren voraussetzen. Es ist daher auch im vorliegenden Fall von einer unmittelbaren Altersdiskriminierung auszugehen; dies vorbehaltlich der Frage, ob hier ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist.

2. § 20 GIBG regelt nun „Ausnahmebestimmungen“, in denen ungeachtet der Erfüllung des Tatbestands des § 19 GIBG eine Diskriminierung aufgrund des Alters nicht anzunehmen ist, wenn nach Abs 3

leg cit die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen ist und durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. § 20 Abs 3 GIBG entspricht im Wesentlichen Art 6 Abs 1 der Richtlinie, der den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, vorzusehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Der Kläger sieht in § 20 Abs 3 GIBG keine richtlinienkonforme Umsetzung, weil die Richtlinie zwar den Mitgliedstaaten bei der Wahl der zur Verwirklichung ihrer sozial- und beschäftigungspolitischen Ziele geeigneten Maßnahmen einen weiten Spielraum einräume, der aber Privaten nicht in diesem Ausmaß zustehe. Die Richtlinie sehe keine pauschale Delegation bei der Wahl der Maßnahmen an den einzelnen Arbeitgeber vor.

Tatsächlich wurde in der Literatur die im § 20 Abs 3 und 4 GIBG gewählte, nahezu wörtliche Form der Umsetzung der Richtlinie als „zumindest zweifelhaft“ kritisiert, weil die von der RL vorgegebenen Möglichkeiten „im nationalen Recht“ nicht näher ausgeführt sind. Der Gesetzgeber habe den vom EuGH den Mitgliedstaaten eingeräumten weiten Entscheidungsspielraum bei der Wahl der zur Verwirklichung ihrer sozial- und beschäftigungspolitischen Ziele geeigneten Maßnahmen durch diese nahezu wörtliche Umsetzung eins zu eins an die Kollektivvertragspartner und die Parteien des Einzelarbeitsvertrags weitergegeben (vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG [2009] § 20 Rz 24 mwN).

Zu einer Anrufung des EuGH, wie vom Kläger

angeregt, besteht allerdings aus nachfolgenden Gründen keine Veranlassung. In der Rechtsache C-388/07 (*Age Concern England*) wurde an den EuGH die Frage herangetragen, ob Art 6 Abs 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Erlassung von Rechtsvorschriften erlaube, wonach eine Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters keine Diskriminierung darstelle, wenn nachgewiesen sei, dass sie ein verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung eines legitimen Ziels darstelle, oder ob die Mitgliedstaaten nach Art 6 Abs 1 der Richtlinie verpflichtet seien, die derart gerechtfertigten Arten der Ungleichbehandlung durch eine Aufzählung oder sonstige Maßnahmen zu definieren, die nach Form und Inhalt Art 6 Abs 1 der Richtlinie entsprechen. Der Kläger in dem dortigen Verfahren machte geltend, dass Art 6 Abs 1 der Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichten wolle, in ihre Umsetzungsregelungen ein spezifisches Verzeichnis der Ungleichbehandlungen aufzunehmen, die im Hinblick auf ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt sein könnten. Die Bestimmung stehe daher einer nationalen Regelung entgegen, nach der eine Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters, welcher Natur sie auch sei, dann nicht rechtswidrig sei, wenn nachgewiesen werden könne, dass sie ein verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Zwecks darstelle (Rn 36).

Der EuGH beantwortete die gestellte Vorlagefrage, dass Art 6 Abs 1 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er eine nationale Regelung, die keine genaue Aufzählung der Ziele enthält, die eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierung aus Gründen des Alters rechtfertigen könnten, nicht entgegensteht. Nach Art 6 Abs 1 der Richtlinie bestehe die Möglichkeit, Ausnahmen von diesem Grundsatz vorzusehen, jedoch nur für Maßnahmen, die

durch rechtmäßige sozialpolitische Ziele wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt sind. Es sei Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob die fraglichen Regelungen einem solchen rechtmäßigen Ziel entsprechen und ob der nationale Gesetz- oder Verordnungsgeber angesichts des Wertungsspielraums, über den die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik verfügen, davon ausgehen durfte, dass die gewählten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich waren (Rn 52).

In der Begründung wurde außerdem ausdrücklich darauf verwiesen, dass sich aus Art 6 Abs 1 der Richtlinie ergebe, dass die Ziele, die als „rechtmäßig“ im Sinne dieser Bestimmung und damit als geeignet angesehen werden können, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters zu rechtfertigen, sozialpolitische Ziele wie solche aus dem Bereich der Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung sind. Diese Ziele unterscheiden sich insoweit, als sie im allgemeinen Interesse stehen, von rein individuellen Beweggründen, die der Situation des Arbeitgebers eigen sind, wie Kostenreduzierung oder Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, ohne dass allerdings ausgeschlossen werden könne, dass eine nationale Rechtsvorschrift bei der Verfolgung der genannten rechtmäßigen Ziele den Arbeitgebern einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt (Rn 46).

Aus dieser Entscheidung des EuGH lässt sich ableiten, dass bei der Umsetzung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie die Mitgliedstaaten die Ausnahmen vom Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters nicht näher konkretisieren und auch kein Verzeichnis

der erlaubten Ungleichbehandlungen aufnehmen müssen. Die beinahe wortgleiche Wiedergabe der Ausnahmebestimmungen des Art 6 Abs 1 Richtlinie durch § 20 Abs 3 GIBG erscheint daher im Hinblick auf diese Rechtsprechung des EuGH als unbedenklich (vgl. *Tinhofer*, Die Beendigung des Dienstverhältnisses von älteren Arbeitnehmern, ZAS 2014/21, 136).

3. Völlig unstrittig hat sich die Auslegung des § 20 Abs 3 GIBG an Art 6 Abs 1 der Richtlinie zu orientieren. Eine Diskriminierung ist daher nur dann zu verneinen, wenn die Gründe für die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes sozialpolitisches Ziel gerechtfertigt werden können, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (EuGH 6. 11. 2012, C-286/12, *Europäische Kommission gegen Ungarn*, Rn 60 ff; EuGH 5. 7. 2012 *Hörnfeldt*, C-141/11, Rn 21 uva; vgl auch *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2014, 261).

Dies schließt aber nicht aus, dass auch Maßnahmen eines einzelnen Arbeitgebers an diesen Zielen gemessen werden können, sofern sie diesen in nachvollziehbarer Weise dienen. So verweist etwa *Eichinger* darauf, dass die Ausführungen des EuGH dahin gedeutet werden können, dass im Rahmen des nationalen Rechts als legitim anerkannte sozialpolitische Ziele auch bei der Prüfung zu berücksichtigen sind, ob individuelle Arbeitgebermaßnahmen altersdiskriminierend sind (ASoK 2011, 450 [459]). Auch *Schrammel* geht davon aus, dass eine „Arbeitgeberpolitik“, Arbeitsverhältnisse bei Erreichung des Pensionsalters aufzulösen, den gleichen Stellenwert wie eine zwischen den Sozialpartnern ausgehandelte Regelung, die eine automatische Beendigung

der Arbeitsverhältnisse vorsehe, habe. Arbeitgebern könnte in solchen Fällen ein Handeln im Allgemeininteresse nicht abgesprochen werden (in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht? [2012], 89).

Eine Rechtfertigung nach § 20 Abs 3 GIBG ist daher entgegen der Auffassung des Klägers auch bei generellen Maßnahmen eines einzelnen Arbeitgebers nicht von vornherein ausgeschlossen.

4. Nach der Rechtsprechung des EuGH entspricht es einem legitimen Ziel, aus beschäftigungspolitischen Gründen Arbeitnehmer mit Erreichung des gesetzlichen Pensionsalters zu kündigen, auch um jüngeren Arbeitnehmern den Eintritt in das Berufsleben zu erleichtern oder eine ausgewogene Altersstruktur zu erreichen (EuGH 16. 10. 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, Rn 77; EuGH 21. 7. 2011, C-159/10, C-160/10, *Fuchs/Köhler*, Rn 66). In der Entscheidung vom 12. 10. 2010, C-45/09, *Rosenblatt* verwies der EuGH darauf, dass Altersklauseln wie in dem dort zu beurteilenden Tarifvertrag Ausdruck eines in Deutschland seit Jahren bestehenden politischen und sozialen Konsenses und auch in anderen Staaten anerkannt seien. Der Konsens beruhe vor allem auf dem Gedanken einer Arbeitsteilung zwischen den Generationen. Diese Klauseln verfolgten daher ein legitimes Ziel (Rn 43 f).

Dementsprechend hat auch der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass keine Diskriminierung aufgrund des Alters vorliegt, wenn etwa ein Vertragsbediensteter nach Erreichung des 65. Lebensjahres gekündigt wird (RIS-Justiz RS0121536). Die Festlegung eines Pensionsalters, das auf einer sozialpolitischen Bewertung beruht, dient nicht nur dazu, das Arbeitseinkommen im erforderlichen Ausmaß zu ersetzen, wenn das Risiko „Alter“

dazu führt, dass dem Arbeitnehmer die Arbeit nicht mehr zugemutet werden kann, sondern verfolgt zweifelsohne auch den Zweck, jungen Menschen, deren Existenz andersweitig noch nicht gesichert ist, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen. Dabei handelt es sich um ein auch mit der Rechtfertigungsbestimmung der Richtlinien in Deckung zu bringendes sozialpolitisches Ziel (9 ObA 131/05p).

5. Zugleich hat der EuGH auch darauf verwiesen, dass die Mitgliedstaaten das in der Richtlinie aufgestellte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nicht aushöhlen dürfen. Dieses Verbot ist im Lichte des in Art 15 Abs 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Rechts, zu arbeiten, zu sehen. Daraus folgt, dass auf die Teilnahme älterer Arbeitnehmer am Berufsleben und damit am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben besonderes Augenmerk zu richten ist. Ihr Verbleiben im Berufsleben fördert die Vielfalt im Bereich der Beschäftigung, die ein im 25. Erwägungsgrund der Richtlinie anerkanntes Ziel ist. Es trägt außerdem entsprechend dem in den Erwägungsgründen 9 und 11 zum Ausdruck gebrachten Anliegen des Unionsgesetzgebers zu ihrer persönlichen Entfaltung und Lebensqualität bei. Der Belang des Verbleibens dieser Personen im Berufsleben ist jedoch unter Wahrung gegebenenfalls gegenläufiger Belange zu berücksichtigen (EuGH 21. 7. 2011, C-159/10 und C-160/10, *Fuchs/Köhler*, Rn 62 ff).

Unter Berücksichtigung des grundsätzlich weiten Entscheidungsspielraums der Mitgliedstaaten verwies der EuGH auch darauf, wie schon aus den Worten „besondere Bestimmungen, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können“ im 25. Erwägungsgrund der Richtlinie hervorgehe, gelte dieser Spielraum insbesondere



für die Entscheidung, die Lebensarbeitszeit der Arbeitnehmer zu verlängern, oder im Gegenteil, deren früheren Eintritt in den Ruhestand vorzusehen, zu der sich die betreffenden nationalen Stellen aufgrund politischer, wirtschaftlicher, sozialer, demografischer und/oder haushaltsbezogener Erwägungen und in Anbetracht der konkreten Arbeitsmarktlage in einem bestimmten Mitgliedstaat veranlasst sehen können (EuGH 16. 10. 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, Rn 69).

Umgelegt auf die österreichischen Regelungen ergibt sich, dass, auch wenn in bestimmten Fällen vor Erreichung der Regelaltersgrenze die Möglichkeit des Bezugs einer vorzeitigen Alterspension besteht, damit in der Regel nur der Schutz der wohlverworbenen Rechte von Arbeitnehmern, etwa wegen einer langen Versicherungsdauer und früher bestehender, für den Arbeitnehmer günstigerer Regelungen bezweckt wird, nicht jedoch als sozialpolitisches Ziel ein Abbau älterer Arbeitnehmer zugunsten jüngerer. Dies ergibt sich schon aus den mit diesen jeweiligen Pensionsformen verbundenen Abschlägen gegenüber einer Pension bei Erreichung des Regelpensionsalters, aber auch aus den mit dem faktisch niedrigeren Pensionsalter resultierenden Problemen der Pensionsversicherung für die Zukunft und den damit verbundenen gesetzlichen Bemühungen der Eindämmung von Pensionen vor Erreichung des Regelpensionsalters. So wurde in der Regierungsvorlage zur Novelle des ASVG BGBl I 2003/71 (RV 59 BlgNR XXII. GP 175 f) ausgeführt, dass als Maßnahme zur Sicherung der gesetzlichen Pensionsversicherung die schrittweise Aufhebung der vorzeitigen Alterspensionen sowie die Erhöhung der Abschläge bei vorzeitigem Pensionsantritt vorgesehen sei. Die vorzeitige Alterspension

bei langer Versicherungsdauer laufe ab 1. 7. 2004 aus, indem das Anfallsalter etappenweise hinaufgesetzt werde (RV 59 BlgNR XXII. GP 328). Auch in der Novelle BGBl I 2012/35 wurden im Vorblatt als Maßnahmen zur Pensionssicherung die Aufhebung der vorzeitigen Alterspensionen und die Erhöhung der Abschläge bei vorzeitigem Pensionsantritt genannt (RV 1685 BlgNR XXIV. GP 26). Die Novellierungen unter anderem der Korridor pension sollen zu einer Erhöhung des faktischen Pensionsantrittsalters führen. Erreicht werden soll dies etwa durch eine Verschärfung besonderer Anspruchsvoraussetzungen für die Korridor pension sowie für die (auslaufende) vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer (Erl RV 1685 BlgNR XXIV. GP 7).

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass eine Regelung oder eine Maßnahme eines einzelnen Arbeitgebers, die die Kündigung eines Arbeitnehmers vor Erreichung des Regelpensionsalters vorsieht, schon deshalb sozial gerechtfertigt ist, weil der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Korridor pension oder eine Pension bei langer Versicherungsdauer hat. Vielmehr läuft ein solcher „erzwungener“ Pensionsantritt dem seit vielen Jahren verfolgten sozialpolitischen Ziel der Erhöhung des faktischen Pensionsantrittsalters zuwider.

6. Zu prüfen ist daher, ob die Kündigung des Klägers allenfalls durch ein anderes sozialpolitisches Ziel gerechtfertigt ist.

In der auch vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 9 ObA 113/12a wurde ausgeführt, dass aus § 105 Abs 3c ArbVG abgeleitet werden kann, dass es ein Ziel der österreichischen Rechtsordnung ist, dass dann, wenn die Kündigung von Arbeitnehmern aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich ist,

jene gekündigt werden sollen, für die dies die geringste soziale Härte darstellt. Dieses Ziel steht auch mit der Beschäftigungspolitik und dem Arbeitsmarkt im Zusammenhang, werden doch jene Arbeitnehmer stärker geschützt, die auf den Erhalt des Arbeitsplatzes typischerweise mehr angewiesen sind. In dieser Entscheidung wurde die Regelung eines Kollektivvertrags, die darauf abstellt, ob die Arbeitnehmer bereits durch einen Pensionsanspruch abgesichert sind, als durch das angemessene und objektive Ziel der sozialen Auswahl gerechtfertigt angesehen.

Wenn sich der Beklagte auch im vorliegenden Fall darauf beruft, dass der Abbau von Arbeitnehmern, die sozial abgesichert sind, da sie zumindest Anspruch auf eine vorzeitige Alterspension haben, aufgrund finanzieller Umstände gerechtfertigt ist, da bei Nichtsenkung der pro Kopf Personalkosten der Verlust staatlicher Zuwendungen droht, so gilt grundsätzlich für den Beklagten wie auch für andere Arbeitgeber, dass wirtschaftliche Gründe nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs eine Diskriminierung nicht rechtfertigen können. So wurde ausdrücklich festgehalten, dass ein Arbeitgeber eine Diskriminierung nicht damit rechtfertigen kann, dass die Ausschaltung einer solchen Diskriminierung mit zusätzlichen Kosten verbunden sei (EuGH C-243/95, *Hill*). Rechtfertigungen, die sich aus der Erhöhung der finanziellen Lasten und eventuellen administrative Schwierigkeiten herleiten, können die Nichtbeachtung der Verpflichtungen, die sich aus dem in Art 2 der Richtlinie aufgestellten Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ergeben, grundsätzlich nicht rechtfertigen (EuGH C-501/12, *Specht*). Haushaltserwägungen könnten einer sozialpolitischen Entscheidung zwar zugrunde liegen,

jedoch kein mit dieser Politik verfolgtes Ziel darstellen und eine Diskriminierung nicht rechtfertigen (EuGH C-4/02, *Schönheit*, Rn 93 ua).

Soweit der Beklagte zur Rechtfertigung seiner Vorgangsweise auf § 31 Abs 13 Z 1 ORF-G verweist, handelt es sich bei den dort vorgesehenen Strukturmaßnahmen zur mittelfristigen substantiellen Reduktion der Kostenbasis unter anderem durch Senkung der Personalkosten um ein rein wirtschaftliches Ziel, das der zitierten Judikatur folgend kein legitimes Ziel im Sinn der Richtlinie und des GIBG darstellen kann (vgl auch *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2014, 260 f).

Auch in der zitierten Entscheidung 9 ObA 113/12a wurde nicht die Notwendigkeit des Beklagten, Kosten zu sparen, als legitimes Ziel angesehen, sondern das Bestreben, im Rahmen von unternehmerisch erforderlichen Einsparungen durch Kündigungen eine sozial ausgewogene Auswahl zu treffen, indem Mitarbeiter ausgewählt werden, die sozial abgesichert sind. Grundsätzlich kann dieses Ziel auch für den vorliegenden Fall als legitim angesehen werden.

Dabei kommt es – entgegen geäußerter Kritik an dieser Entscheidung (so etwa *Wachter*, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2014, 262, 276 f) – nicht zu einer Vermengung der Rechtfertigung der Kündigung im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem ArbVG mit der nach dem GIBG, sondern zur Anerkennung des sich aus der österreichischen Rechtsordnung, darunter eben auch § 105 ArbVG, ergebenden Prinzips der sozialen Gestaltung gerade im Zusammenhang mit Kündigungen als legitimes sozialpolitisches Ziel iSd § 20 Abs 3 GIBG, das sich unter anderem darin realisiert, dass bei Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen jene gekündigt werden sollen, für

die dies die geringere soziale Härte darstellt.

7. Voraussetzung dafür, eine Altersdiskriminierung zu verneinen, ist aber auch, dass das Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich ist. Das ist für den vorliegenden Fall zu verneinen.

Bereits in der Entscheidung 9 ObA 113/12a wurde darauf verwiesen, dass zu prüfen ist, inwieweit die Kündigung älterer Arbeitnehmer Teil eines konkreten Gesamtkonzepts des Arbeitgebers ist, aus dem sich gerade das Erfordernis der Kündigung des Klägers ableiten lässt.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass es der sozialen Gestaltungspflicht im Rahmen von Kündigungen entspricht, wenn das einzige Kriterium zur Auswahl der Kündigung dasjenige ist, nur Personen zu kündigen, die einen Pensionsanspruch haben, wobei nicht auf das Regelpensionsalter abgestellt wird, sondern auf einen Anspruch auf Korridor pension oder auf vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer, also nur ein mit Abschlägen verbundener Pensionsanspruch. Zwar hat der Beklagte zusätzlich – wenn auch ohne Konkretisierung – vorgebracht, dass in jedem Einzelfall eine soziale Abwägung vorgenommen wird. Dessen ungeachtet erschöpft sich das Konzept zum Personalabbau selbst nach dem Vorbringen des Beklagten darin, dass gezielt alte, weil teure Arbeitnehmer bei Pensionsanspruch abgebaut werden. Das entspricht aber nicht einem Gesamtkonzept, das die Interessen aller, auch älterer Arbeitnehmer ausgewogen berücksichtigt. Beispielsweise wäre in die Überlegungen einzubeziehen, inwieweit jüngere Arbeitnehmer auf die Arbeitsstelle angewiesen sind, etwa im Hinblick darauf, ob sie im Fall einer Kündigung nicht ohnehin rasch eine gleichwertige Arbeitsstelle finden könnten.

Die vom Erstgericht getroffene Feststellung, dass abgesehen von der Kündigung von Personen mit gesetzlichen Frühpensionsansprüchen welcher Art immer zu Einsparungszwecken ein Gesamtkonzept des Beklagten nicht festgestellt werden könne, wurde vom Beklagten zwar in der Berufung bekämpft, wobei die Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht behandelt wurde. Aus den gewünschten Ersatzfeststellungen lässt sich aber kein über finanzielle Gründe hinausgehendes Gesamtkonzept erkennen, das über den schlichten Abbau älterer, daher teurerer Mitarbeiter, die über einen Pensionsanspruch verfügen, hinausgeht. Dieses Abstellen ausschließlich auf diese Mitarbeiter, wenn auch mit Pensionsanspruch, kann nicht als angemessenes Mittel angesehen werden, einen sozial ausgeglichenen Stellenabbau vorzunehmen.

Selbst wenn im Einzelfall des Klägers zum Zeitpunkt der Kündigung kein anderer Mitarbeiter in einer sozialen besseren Position gewesen wäre, hat sich der Beklagte selbst darauf berufen, dass es seiner grundsätzlichen Beschäftigungspolitik entspricht, ältere Mitarbeiter mit Pensionsanspruch zu kündigen. Der Kläger wurde daher aufgrund einer generellen altersdiskriminierenden Maßnahme gekündigt, nicht aufgrund der schlechteren sozialen Situation anderer.

Diese Vorgangsweise kann auch nicht mit dem Erhalt des Ö\*\*\*\*\* als öffentlich-rechtliche Anstalt gerechtfertigt werden, da auch in diesem Fall das gewählte Mittel, die ausschließliche Kündigung älterer Arbeitnehmer zur Senkung der Personalkosten, nicht als angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Ziels angesehen werden kann.

Da somit im vorliegenden Fall kein Ausnahmetatbestand nach § 20 Abs 3 GIBG vorliegt, war dem

Rekurs des Klägers Folge zu geben und die klagestattgebende erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Da sich die Kündigungsanfechtung (auch) auf das GIBG stützte, greift § 58 Abs 1 ASGG nicht.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 18. August 2016  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: