



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MICHAL BOBEK
vom 5. September 2018¹

Rechtssache C-258/17

**E. B.
gegen
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA**

(Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofs [Österreich])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Sozialpolitik – Gleichbehandlung – Verbot der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung – Homosexuelle Beziehungen mit Minderjährigen – Disziplinarsanktionen gegen Polizeibeamten nach Strafurteil – Aufrechterhaltung der Wirkungen der Disziplinarentscheidung“

I. Einleitung

1. E. B., der im Jahr 1942 geborene Kläger, wurde 1974 während seiner Zeit im österreichischen Polizeidienst wegen des Versuchs sexueller Handlungen mit Personen männlichen Geschlechts im Alter von 14 und 15 Jahren strafrechtlich verurteilt. Wegen derselben Handlungen erhielt der Kläger 1975 die Disziplinarstrafe der Zwangsversetzung aus dem Polizeidienst in den vorzeitigen Ruhestand bei 25%iger Kürzung seines Ruhegehalts.

2. Das österreichische Recht enthielt damals zwei unterschiedliche Straftatbestände: „Schändung“ (sexuelle Handlungen mit Personen *unter 14 Jahren*) und „Unzucht“ (*männliche* homosexuelle Handlungen mit Personen *unter 18 Jahren*). Letzterer Straftatbestand wurde im Jahre 2002 als eine unzulässige Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung angesehen und aufgehoben.

3. Mit der Begründung, dass die gegen ihn verhängten strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen als Verstoß gegen die sexuelle Ausrichtung diskriminierend seien, wendet sich der Kläger im Wesentlichen dagegen, dass er weiterhin nur ein gekürztes Ruhegehalt erhalte.

4. Vor diesem rechtlichen und tatsächlichen Hintergrund möchte der Verwaltungsgerichtshof (Österreich) wissen, ob die Kürzung des Ruhegehalts des Klägers mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung nach Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG² vereinbar ist, auch wenn die ursprüngliche Disziplinarentscheidung vor Inkrafttreten dieser Richtlinie Bestandskraft erlangt hatte. Das vorlegende Gericht möchte darüber hinaus wissen, wie und von welchem Zeitpunkt an der Diskriminierung möglicherweise abzuhelpen gewesen wäre.

¹ Originalsprache: Englisch.

² Richtlinie des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000, L 303, S. 16).

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

5. In Art. 1 der Richtlinie 2000/78 wird u. a. die sexuelle Ausrichtung als ein unzulässiger Diskriminierungsgrund aufgeführt.

6. Art. 2 Abs.1 und Abs. 2 Buchst. a, Art. 3 Abs.1 Buchst. c und Art. 17 der Richtlinie 2000/78 lauten:

„Artikel 2

Der Begriff ‚Diskriminierung‘

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet ‚Gleichbehandlungsgrundsatz‘, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.

(2) Im Sinne des Absatzes 1

a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;

...

Artikel 3

Geltungsbereich

(1) Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf

...

c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts;

...

Artikel 17

Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen diese Bestimmungen der Kommission spätestens am 2. Dezember 2003 mit und melden alle sie betreffenden späteren Änderungen unverzüglich.“

7. Gemäß Art. 18 Satz 1 dieser Richtlinie war diese grundsätzlich bis 2. Dezember 2003 umzusetzen.

B. Nationales Recht

1. Strafrecht

8. Am 25. Februar 1974 galten die §§ 128 und 129 des Strafgesetzes (im Folgenden: StG) jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 273/1971. Sie lauteten:

„Schändung

§ 128

Wer einen Knaben oder ein Mädchen unter vierzehn Jahren, oder eine im Zustande der Wehr- oder Bewusstlosigkeit befindliche Person zur Befriedigung seiner Lüste auf eine andere als die im § 127 bezeichnete Weise geschlechtlich missbraucht, begeht das Verbrechen der Schändung, und soll mit schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren, bei sehr erschwerenden Umständen bis zu zehn, und wenn eine der im § 126 erwähnten Folgen eintritt, bis zu zwanzig Jahren bestraft werden.

Verbrechen der Unzucht

...

§ 129

Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft:

I. Gleichgeschlechtliche Unzucht einer Person männlichen Geschlechtes, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, mit einer Person, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“

9. Nach den genannten Bestimmungen galten somit unterschiedliche Schutzalter für homosexuelle Kontakte (18 Jahre) einerseits sowie für heterosexuelle oder lesbische Kontakte (14 Jahre) andererseits.

10. Entsprechendes galt für die Rechtslage nach dem am 1. Januar 1975 in Kraft getretenen Strafgesetzbuch (im Folgenden: StGB) gemäß den §§ 207 und 209 StGB.

11. Mit Urteil vom 21. Juni 2002³ wurde § 209 StGB (der dem § 129 I StG entsprach) vom Verfassungsgerichtshof (Österreich) mit Wirkung vom 28. Februar 2003 als verfassungswidrig aufgehoben.

12. Dem Wirksamwerden dieser Aufhebung kam der österreichische Bundesgesetzgeber zuvor, indem er seinerseits die Vorschrift des § 209 StGB durch Bundesgesetz BGBl. I Nr. 134/2002 schon mit Wirkung vom 13. August 2002 aufhob.

13. In der Folge wurde Österreich vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) mehrfach im Zusammenhang mit der Anwendung des § 209 StGB verurteilt. In der Rechtssache L. und V./Österreich vertrat der EGMR die Auffassung, dass § 209 StGB gegen die Art. 8 und 14 EMRK verstoße, weil der Gesetzgeber keine hinreichende Rechtfertigung für das unterschiedliche Schutzalter in Ansehung homosexueller Kontakte mit Erwachsenen einerseits und heterosexueller oder lesbischer Kontakte mit Erwachsenen andererseits dargetan habe⁴.

³ Urteil des VfGH vom 21. Juni 2002, G 6/02 ECLI:AT:VFGH:2002:G6.2002.

⁴ Urteil des EGMR vom 9. Januar 2003, L. und V./Österreich (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298), vgl. auch Urteile vom 9. Januar 2003, S.L./Österreich (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099), und vom 21. Oktober 2004, Woditschka und Wilfling/Österreich (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

2. Beamtenrecht

14. Gemäß § 13 Abs. 1 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (im Folgenden: BDG 1979), in der Fassung dieses Paragraphen nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 119/2002 galt bis zum 30. Dezember 2016, dass der Beamte mit Ablauf des 65. Jahres nach dem Jahr seiner Geburt in den Ruhestand tritt.

15. Für den im Jahr 1942 geborenen Kläger wäre dies ohne seine disziplinarrechtliche Verurteilung der 1. Januar 2008 gewesen. Die damaligen, für das Ausgangsverfahren maßgebenden Vorschriften über die Berechnung des Ruhegehalts waren in dem Pensionsgesetz (PG) 1965 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 53/2007 (im Folgenden: Bundesgesetz 2007) enthalten. Diese Vorschriften regeln die Art und Weise der Ermittlung der Ruhegehälter auch unter Berücksichtigung des Dienst Eintritts und der Dienstdauer.

3. Polizeidienstrecht

16. Die Disziplinarentscheidung gegen den Kläger vom 10. Juni 1975 erfolgte auf der Grundlage der damals geltenden Dienstpragmatik (RGrBl. Nr. 15/1914) (im Folgenden: DP). Die Art. 24 und 87 DP lauteten wie folgt:

„Verhalten

Artikel 24

(1) Der Beamte hat in und außer Dienst das Standesansehen zu wahren, sich stets im Einklang mit den Anforderungen der Disziplin zu verhalten und alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die seine Stellung erfordert, schmälern könnte.

...

Ahndung von Pflichtverletzungen – Disziplinäre Verantwortlichkeit

Artikel 87

Beamte, welche ihre Standes- und Amtspflichten verletzen, werden unbeschadet ihrer strafgesetzlichen Verantwortlichkeit mit Ordnungs- oder Disziplinarstrafen belegt, je nachdem sich die Pflichtverletzung nur als eine Ordnungswidrigkeit oder mit Rücksicht auf die Schädigung oder die Gefährdung staatlicher Interessen, auf die Art oder die Schwere der Verfehlung, auf die Wiederholung oder auf sonstige erschwerende Umstände als ein Dienstvergehen darstellt.“

III. Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

17. Der am 1. Januar 1942 geborene Kläger befindet sich im Ruhestand.

18. Mit Urteil vom 10. September 1974 wurde der Kläger, damals ein im aktiven Dienst stehender Polizeibeamter, wegen des Versuchs der gleichgeschlechtlichen Unzucht nach § 129 I StG verurteilt. Er erhielt eine Freiheitsstrafe von drei Monaten, die für drei Jahre auf Bewährung ausgesetzt wurde. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos.

19. Mit Erkenntnis der Disziplinarkommission bei der Bundespolizeidirektion Wien vom 10. Juni 1975 wurde der Kläger für schuldig erkannt,

„seine Standespflichten (§ 24 Abs. 1 DP) dadurch verletzt zu haben, dass er am 25. Februar 1974 gegen Abend, außer Dienst, im Wiener Prater den 15-jährigen W und den 14-jährigen H zur Vornahme einer so genannten Handonananie an ihm aufforderte, weshalb er wegen Verbrechens der versuchten gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Jugendlichen nach den §§ 8, 129 I StG verurteilt wurde.

Er hat dadurch ein Dienstvergehen (§ 87 DP) begangen; es wird deshalb über ihn die Disziplinarstrafe der Versetzung in den dauernden Ruhestand mit gemindertem Ruhegenuss verhängt und der Abzug von dem normalmäßigen Ruhegenuss mit 25 % festgesetzt (§ 93 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit § 97 Abs. 1 DP).“

20. Die Berufung des Klägers wurde mit Erkenntnis vom 24. März 1976 abgewiesen. Die Versetzung des Klägers in den Ruhestand wurde damit zum 1. April 1976 wirksam.

21. Mit Bescheid vom 17. Mai 1976 wurde das Ruhegehalt des Klägers auf Basis seiner Versetzung in den Ruhestand mit Wirkung vom 1. April 1976 und unter Berücksichtigung der von der Disziplinarbehörde verfügten 25%igen Kürzung bemessen.

22. Wie in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden ist, erhielt der Kläger von diesem Zeitpunkt an ein gekürztes Ruhegehalt.

23. Wie oben in den Nrn. 11 und 12 dargestellt, war § 209 StGB (der § 129 I StB entsprach) durch Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 21. Juni 2002 für verfassungswidrig erklärt und danach im selben Jahr vom österreichischen Gesetzgeber aufgehoben worden.

24. Mit Schreiben vom 2. Juni 2008 stellte der Kläger bei der Disziplinarbehörde u. a. die Anträge, die Disziplinarentscheidung vom 10. Juni 1975 aufzuheben und das Disziplinarverfahren gegen ihn einzustellen, hilfsweise festzustellen, dass die Rechtswirkungen dieser Disziplinarentscheidung mit dem 21. Juni 2002 erloschen seien. Darüber hinaus beantragte er die Auszahlung von Aktivbezügen für näher genannte Zeiträume, hilfsweise, die Aufhebung der Kürzung des Ruhegehalts ab dem 21. Juni 2002 anzuordnen.

25. Die Anträge wurden abgelehnt.

26. Am 11. Februar 2009 stellte der Kläger an die Dienst- bzw. Pensionsbehörde Anträge auf Bemessung und Nachzahlung von Aktivbezügen bzw. eines höheren Ruhegehalts. Er vertrat in erster Linie die Auffassung, zur Vermeidung einer (fortdauernden) Diskriminierung sei er besoldungs- und pensionsrechtlich so zu stellen als hätte er bis zur Erreichung seines gesetzlichen Pensionsalters Aktivdienst geleistet. Hilfsweise machte er zumindest ein Ruhegehalt ohne 25%ige Kürzung geltend.

27. Die Anträge wurden abgelehnt. Die dagegen vor dem Bundesverwaltungsgericht (Österreich) erhobene Klage wurde abgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof, das in dieser Rechtssache vorlegende Gericht.

28. In seinem Vorlagebeschluss geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass eine nachteilige Disziplinarentscheidung wie diejenige gegenüber dem Kläger nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 2000/78 als österreichische Rechtsvorschrift nicht mehr zulässig gewesen wäre. In Ermangelung (neuer) Rechtfertigungsgründe für ein unterschiedliches Schutzalter für männliche homosexuelle Kontakte mit Erwachsenen einerseits und für heterosexuelle und lesbische Kontakte mit Erwachsenen andererseits wäre es nämlich auch für Zwecke des Disziplinarrechts unzulässig, zwischen der Aufforderung einer minderjährigen Person zu homosexuellen Handlungen durch Erwachsene und jener zu heterosexuellen oder lesbischen Handlungen durch Erwachsene zu differenzieren.

29. Auf einer solchen Differenzierung beruhe aber „ganz ohne Zweifel“ das betreffende Disziplinarerkenntnis, habe es sich doch zentral auf die (damalige) gesetzliche Strafbarkeit des dem Kläger angelasteten Verhaltens gestützt. Wenngleich nicht auszuschließen sei, dass eine vergleichbare Aufforderung zu heterosexuellen oder lesbischen Handlungen auch als Verletzung der Standespflichten ausgelegt worden wäre, wäre eine disziplinarrechtliche Verurteilung in Ermangelung der Verwirklichung des Tatbestands des § 129 I StG „ungleich milder“ ausgefallen.

30. Angesichts dieser Erwägungen fragt sich das vorlegende Gericht, welche Auswirkungen das Inkrafttreten der Richtlinie 2000/78 und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung auf die laufenden Ruhegehaltszahlungen an den Kläger haben. Der Verwaltungsgerichtshof hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgenden Fragen vorgelegt:

1. Steht Art. 2 der Richtlinie 2000/78 der Aufrechterhaltung der Rechtsgestaltungswirkung einer nach nationalem Recht in Rechtskraft erwachsenen Verwaltungsentscheidung im Bereich des Beamtendisziplinarrechtes (Disziplinarerkenntnis), mit welcher eine Versetzung des Beamten in den Ruhestand unter Kürzung der Ruhebezüge verfügt wurde, entgegen, wenn

für die genannte Verwaltungsentscheidung im Zeitpunkt ihrer Erlassung Bestimmungen des Unionsrechtes, insbesondere die Richtlinie, noch nicht maßgebend waren, jedoch

eine (gedachte) gleichartige Entscheidung gegen die Richtlinie verstieße, wenn sie im zeitlichen Anwendungsbereich derselben erlassen würde?

2. Bejahendenfalls, ist es für die Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes

- a) unionsrechtlich erforderlich, den Beamten für Zwecke der Bemessung seines Ruhebezuges so zu stellen, als hätte er sich im Zeitraum zwischen dem Wirksamwerden der Verwaltungsentscheidung und seinem gesetzlichen Pensionsantrittsalter nicht im Ruhestand, sondern im Aktivstand befunden, oder ist es

- b) hierfür ausreichend, den ungekürzten Ruhebezug, welcher infolge Ruhestandsversetzung zu dem in der Verwaltungsentscheidung genannten Zeitpunkt zusteht, als gebühlich zu erkennen?

3. Hängt die Beantwortung der Frage 2 davon ab, ob der Beamte die faktische Aufnahme einer aktiven Tätigkeit im Bundesdienst vor Erreichen des Pensionsalters initiativ angestrebt hat?

4. Falls (allenfalls auch in Abhängigkeit von den in der Frage 3 genannten Umständen) eine Rückgängigmachung der prozentuellen Kürzung des Ruhebezuges als ausreichend angesehen wird:

Kann das Diskriminierungsverbot der Richtlinie einen vom nationalen Richter bei Bemessung des Ruhebezuges zu beachtenden Anwendungsvorrang vor entgegenstehendem nationalem Recht auch für Bezugsperioden begründen, welche vor Eintritt der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit der Richtlinie gelegen sind?

5. Bei Bejahung der Frage 4: Auf welchen Zeitpunkt bezieht sich eine solche „Rückwirkung“?

31. Der Kläger, die italienische und die österreichischen Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Mit Ausnahme der italienischen Regierung haben die vorgenannten Beteiligten in der Sitzung vom 29. Mai 2018 auch mündliche Ausführungen gemacht.

IV. Würdigung

32. Können bestehende Wirkungen einer Verwaltungsentscheidung aufgrund einer neuen Bestimmung angefochten werden, wenn die Verwaltungsentscheidung vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung erlassen und bestandskräftig geworden war? Darum geht es im Grundsatz in der ersten Vorlagefrage.

33. Meines Erachtens ist diese Frage bei einem Sachverhalt wie im Ausgangsverfahren mit „Nein“ zu beantworten.

34. Im Hinblick auf die von mir zu dieser ersten Frage vorgeschlagene Antwort (nachfolgend Abschnitt A) würde sich eine Antwort auf die restlichen Fragen erübrigen. Für den Fall aber, dass der Gerichtshof zu einer anderen Auffassung gelangen sollte, werde ich den Gegenstand der restlichen Fragen (Abschnitte B und C) sowie die Bedeutung des Art. 157 AEUV (früher Art. 141 EG) kurz erörtern. Zwar wird Art. 157 AEUV in den Vorlagefragen nicht genannt, doch hat ihn der Kläger herangezogen (Abschnitt D).

A. Zur ersten Frage

35. Kann bei einer Verwaltungsentscheidung, die eine Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung enthält und in deren Folge die Ruhegehaltsansprüche gekürzt wurden und die Bestandskraft erlangte, bevor eine derartige Diskriminierung durch die Richtlinie 2000/78 verboten wurde, die Kürzung der Ruhegehaltsansprüche nach dem Inkrafttreten der Richtlinie nicht mehr aufrechterhalten werden? Dies ist der Kern der ersten Frage des vorlegenden Gerichts.

36. Im Vorlagebeschluss wird ausgeführt, dass es bei der ersten Frage nicht um die Gültigkeit der Entscheidung über die Zwangsversetzung des Klägers in den Ruhestand und die Kürzung seiner Ruhegehaltsansprüche geht. Diese Entscheidung wurde in den 1970er Jahren angefochten und der Kläger hatte sie nach Aufhebung der verletzenden strafrechtlichen Vorschrift erneut (erfolglos) angefochten.

37. Bei der ersten Vorlagefrage gehe es vielmehr um die Frage, ob es, soweit der Verwaltungsakt diskriminierend ist, der Richtlinie 2000/78 widerspricht, die *Wirkungen aufrechtzuerhalten*, die sich aus dieser Entscheidung in Bezug auf die *fortdauernd gekürzten Ruhegehaltsansprüche* ergeben.

38. Zur Klärung dieser Frage beginne ich mit einer Darstellung des vom Gerichtshof verwendeten allgemeinen Ansatzes für die zeitliche Anwendbarkeit neuer Bestimmungen auf fortdauernde Wirkungen bereits bestehender Sachverhalte (Abschnitt 1). Anschließend behandle ich den spezifischen Ansatz des Gerichtshofs bei Ruhegehaltssachen (Abschnitt 2). Danach werde ich die Rechtsprechung zu Dauerrechtsverhältnissen (Abschnitt 3) sowie den Umfang der Pflicht zur erneuten Überprüfung bestandskräftiger Entscheidungen (Abschnitt 4) darstellen. Abschließend werde ich die gefundenen Ergebnisse auf den vorliegenden Fall anwenden (Abschnitt 5).

39. Bevor ich mich jedoch diesen Fragen zuwende, sind zwei Vorbemerkungen erforderlich.

40. Erstens besteht offenbar Einigkeit darüber, dass die unterschiedliche *strafrechtliche* Behandlung der sexuellen Beziehungen mit Minderjährigen, je nachdem, ob sie homosexueller oder heterosexueller Art sind, wie dies nach den österreichischen Rechtsvorschriften im Jahre 1974 der Fall war, *heute* nicht mehr zulässig wäre. Dies gilt konsequenterweise auch für die Bezugnahme auf die Sexualität des Klägers in der Begründung der *disziplinarrechtlichen* Entscheidung. Diese Feststellungen werden von der österreichischen Regierung auch nicht angegriffen. Dennoch, und ohne dass dem insoweit

widersprochen worden ist, hat die österreichische Regierung darauf hingewiesen, dass sowohl die strafrechtliche als auch die disziplinarrechtliche Sanktion nach dem österreichischen Recht von 1974 und 1975 in vollem Umfang rechtmäßig gewesen seien. Sie hätten in Einklang mit den vorherrschenden europäischen Anschauungen gestanden, die sich seitdem weiterentwickelt hätten.

41. Zweitens besteht vorliegend über das genaue Verhältnis zwischen der strafrechtlichen und der disziplinarrechtlichen Sanktion im Kontext des Ausgangsverfahrens eine gewisse Unklarheit. Die Frage, ob eine Disziplinarstrafe (von einer bestimmten Schwere) die notwendige Folge des Strafurteils gewesen sei, ist sowohl in den schriftlichen Erklärungen als auch in der mündlichen Verhandlung recht ausführlich erörtert worden. Einerseits wird in den (recht allgemein gehaltenen⁵) Disziplinarvorschriften für Beamte, anders als im Strafgesetz, formell nicht zwischen homosexuellem und heterosexuellem Verhalten unterschieden. Andererseits stellt das vorlegende Gericht im Vorlagebeschluss fest, dass die verhängte Disziplinarmaßnahme ohne die strafrechtliche Verurteilung „ungleich milder“ ausgefallen wäre.

42. In ihrer Antwort auf Fragen zum genauen Verhältnis zwischen strafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Sanktionen gegen einen Polizeibeamten hat die österreichische Regierung erläutert, dass im Jahr 1974 eine rechtskräftige strafrechtliche Sanktion gegen einen Polizeibeamten nicht notwendigerweise *hinreichend* gewesen sei, um ihn ohne Weiteres zu entlassen⁶. Jedoch sei eine solche Verurteilung für eine disziplinarrechtliche Sanktion auch nicht *erforderlich* gewesen. Österreichische Polizeibeamte seien im Jahr 1974 gehalten gewesen, sich sowohl im Dienst als auch außerhalb des Dienstes gemäß den höchsten Ansprüchen zu verhalten. Die Tatsache, dass ein bestimmtes Verhalten nicht Gegenstand einer strafrechtlichen Verurteilung war (oder überhaupt strafrechtlich relevant war), besage nicht, dass es nach den Disziplinarvorschriften unproblematisch gewesen wäre. Wie die österreichische Regierung zu diesem Punkt unwidersprochen ausgeführt hat, würde eine sexuelle Aufforderung seitens eines 32-jährigen Polizeibeamten gegenüber 14 und 15 Jahre alten Jungen in einem öffentlichen Park völlig *unabhängig von* der sexuellen Ausrichtung keinesfalls als ein korrektes Verhalten anzusehen sein. Tatsächlich bestätigt das vorlegende Gericht, dass eine vergleichbare Aufforderung zu heterosexuellen Handlungen gegenüber Minderjährigen in einem öffentlichen Park als eine Pflichtverletzung ausgelegt worden wäre, die damals durch eine Disziplinarmaßnahme zu bestrafen gewesen wäre.

43. Aus diesen Aussagen ziehe ich zweierlei Schlussfolgerungen. Erstens gehe ich davon aus, dass die *bloße Tatsache* eines Strafurteils gegen einen Polizeibeamten als solche als eine Verletzung von Berufspflichten anzusehen war. Es dürfte klar sein, dass die Anforderungen an einen Polizeibeamten höher sind als nur „keine Straftat zu begehen“. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung zwangsläufig Auswirkungen in Bezug auf eine Reihe möglicher Sanktionen hatte und diese gegenüber Fällen, in denen kein Strafurteil ergeht, „ungleich härter“ ausfallen⁷. Zweitens gehe ich auch davon aus, dass über diese einseitige Implikation in Bezug auf die Schwere der Sanktion (der strafrechtlichen Verurteilung folgt die disziplinarische Sanktion) hinausgehend die strafrechtliche Verurteilung *keine notwendige Voraussetzung* für den Erlass dieser disziplinarischen Sanktion gewesen ist.

⁵ Art. 24 DP (oben in Nr. 16 dieser Schlussanträge zitiert).

⁶ Dabei fügte sie hinzu, dass die rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung eines Beamten gemäß den geltenden nationalen Vorschriften kraft Gesetzes automatisch die Beendigung des Dienstverhältnisses zur Folge habe und dass insoweit kein Bedarf für eine Disziplinarentscheidung bestehe.

⁷ Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut des damals geltenden Art. 87 DP (siehe oben, Nr. 16).

1. Zeitliche Anwendbarkeit neuer Bestimmungen

a) Allgemeiner Ansatz

44. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs, ist eine neue Vorschrift grundsätzlich unmittelbar auf die „künftigen Auswirkungen eines Sachverhalts anzuwenden, der unter der Geltung der alten Vorschrift entstanden ist“, und darf der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht so weit ausgedehnt werden, „dass die Anwendung einer neuen Vorschrift auf die künftigen Auswirkungen von Sachverhalten, die unter der Geltung der alten Regelung entstanden sind, schlechthin ausgeschlossen ist“⁸.

45. Die Vorschriften des materiellen Unionsrechts sind jedoch im Interesse der Beachtung der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes so auszulegen, dass sie für „vor ihrem Inkrafttreten abgeschlossene Sachverhalte“ nur gelten, soweit „aus ihrem Wortlaut, ihrer Zielsetzung oder ihrem Aufbau eindeutig hervorgeht, dass ihnen eine solche Wirkung beizumessen ist“⁹.

46. Nach einer anderen Formulierung des Gerichtshofs heißt es, dass eine neue Rechtsnorm „nicht auf unter dem alten Recht entstandene und endgültig erworbene Rechtspositionen anwendbar ist, doch auf deren künftige Wirkungen sowie auf neue Rechtspositionen Anwendung findet. Etwas anderes gilt nur – vorbehaltlich des Verbots der Rückwirkung von Rechtsakten –, wenn zusammen mit der Neuregelung besondere Vorschriften getroffen werden, die speziell die Voraussetzungen für ihre zeitliche Geltung regeln“¹⁰.

47. Die allgemeinen Grundsätze, die sich aus diesen Urteilen ergeben, können somit wie folgt zusammengefasst werden: i) keine Anwendung neuer Vorschriften auf „abgeschlossene Sachverhalte“, die unter der Geltung der alten Vorschriften entstanden sind und über die entschieden wurde, und ii) Anwendung neuer Vorschriften auf künftige Auswirkungen „abgeschlossener Sachverhalte“, die fortdauernde Auswirkungen haben. Ältere Umstände können nur dann für eine erneute rechtliche Beurteilung nach den neuen Vorschriften berücksichtigt werden, wenn eine solche Beurteilung aufgrund der Art oder Struktur der neuen Vorschriften vorgesehen oder erforderlich ist.

48. Derselbe Ansatz kommt auch im Rahmen des Beitritts eines neuen Mitgliedstaats zur Europäischen Union zum Ausdruck¹¹ und zwar sowohl in Bezug auf die nationale Anwendung (neuer) unionsrechtlicher Vorschriften als auch in Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Vorabentscheidung über derartige Fragen. Frühere Sachverhalte (d. h. vor dem Beitritt liegende Sachverhalte) sind zu berücksichtigen, wenn sie relevant sind und bei der Anwendung nach dem Beitritt geltender neuer Rechtsvorschriften (erneut) bewertet werden müssen¹². So hatte der Gerichtshof z. B. nach dem Beitritt nicht materiell erneut zu prüfen, ob einige Klauseln in einem vor dem Beitritt geschlossenen Verbrauchervertrag missbräuchlich waren, obwohl der Vertrag tatsächlich nach dem Beitritt durchgeführt werden sollte¹³. Demgegenüber hält sich der Gerichtshof für

8 Vgl. z. B. Urteile vom 16. Mai 1979, Tomadini (84/78, EU:C:1979:129, Rn. 21), und vom 6. Oktober 2015, Kommission/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, Rn. 49).

9 Urteil vom 6. Oktober 2015, Kommission/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, Rn. 50).

10 Urteil vom 26. März 2015, Kommission/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, Rn. 32).

11 Was sich in gewisser Weise nicht grundsätzlich, sondern nur im Maßstab unterscheidet (die gesamte Rechtsordnung, wenn sie tatsächlich „geändert“ wurde).

12 Vgl. z. B. Urteile vom 14. Juni 2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (Verfahren vor der Behörde zum Zeitpunkt des Beitritts noch nicht abgeschlossen, Entscheidung nach dem Beitritt), vom 22. Dezember 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, Rn. 22 bis 27) (Antrag auf Genehmigung vor dem Beitritt, erneute Entscheidung nach dem Beitritt), vom 24. November 2011, Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, Rn. 29) (Lizenzvertrag vor dem Beitritt, angebliche Urheberrechtsverletzung nach dem Beitritt), vom 12. September 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, Rn. 30) (Arbeitsvertrag vor dem Beitritt, Ruhestand nach dem Beitritt), und vom 3. September 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, Rn. 21 bis 24) (Arbeitsunfall vor dem Beitritt, Anfechtung des betreffenden Rechtsakts nach dem Beitritt).

13 Urteil vom 10. Januar 2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9).

zuständig, zu prüfen, ob eine nationale Regelung über die Begrenzung von Verzugszinsen, die ein Rechtsgeschäft betraf, das lange vor dem Beitritt abgeschlossen worden war, aber fortdauernde Auswirkungen nach dem Beitritt entfaltete (und letztlich auf die Zinsberechnung), mit dem Unionsrecht vereinbar war¹⁴.

b) Urteil Ciola

49. Sowohl der Kläger als auch die Kommission stützen sich in ihren schriftlichen Erklärungen und mündlichen Ausführungen auf das Urteil des Gerichtshofs Ciola¹⁵. Es ist zweckmäßig, sich dieses Urteil genau anzusehen, da es zeigt, wie die im vorstehenden Abschnitt dargestellten allgemeinen Grundsätze auf einen konkreten Sachverhalt angewandt werden können.

50. Der magische Stichtag in der Rechtssache Ciola war der 1. Januar 1995 als Österreich den Europäischen Gemeinschaften beiträt. An diesem Tag trat, natürlich abgesehen von ausdrücklichen Ausnahmen, in diesem neuen Mitgliedstaat das Gemeinschaftsrecht, einschließlich der Freizügigkeitsbestimmungen, in vollem Umfang in Kraft und war dort sofort unmittelbar anwendbar.

51. Die Gesellschaft des Herrn Ciola war Eigentümerin und Pächterin von 200 Bootsliegeplätzen im österreichischen Teil des Bodensees. Eine Verwaltungsentscheidung aus dem Jahr 1990 bestimmte, dass maximal 60 Liegeplätze an im Ausland wohnhafte Bootsbesitzer vermietet werden dürften¹⁶. Jedes Jahr sei eine Aufstellung der an Personen mit Wohnsitz im Ausland vergebenen Liegeplätze vorzulegen¹⁷.

52. Mit Bescheid vom 10. Juli 1996 (18 Monate nach dem Beitritt) erging eine neue Verwaltungsentscheidung, in der die Gesellschaft für schuldig erkannt wurde, im Januar und Mai 1995 über das Kontingent von 60 hinaus zwei Liegeplätze an Personen mit Wohnsitz im Ausland vergeben zu haben. Für diese Verstöße gegen die Verwaltungsentscheidung von 1990 wurden Geldstrafen verhängt¹⁸. Herr Ciola erhob Anfechtungsklage gegen den Bescheid von 1996 über die Verhängung der Geldstrafe. Die Rechtssache wurde dem Gerichtshof vorgelegt, wobei die zweite Frage des vorlegenden Gerichts im Hinblick darauf, dass die ursprüngliche Verwaltungsentscheidung vor dem Beitritt bestandskräftig geworden war, ausdrücklich den zeitlichen Geltungsbereich dieser Beschränkung betraf.

53. Der Gerichtshof leitete seine Erwägungen mit der Feststellung ein, dass die Festlegung eines Liegeplatz-Kontingents für Bootseigner mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat gegen den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs verstoße. Er ergänzte jedoch, dass „der Rechtsstreit nicht das rechtliche Schicksal des Verwaltungsaktes, nämlich des Bescheids vom 9. August 1990, selbst, sondern die Frage betrifft, ob ein solcher Verwaltungsakt *im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Sanktion* [nach dem Beitrittsdatum], die wegen der Nichtbeachtung einer sich aus ihm ergebenden Verpflichtung verhängt wurde, deshalb unangewendet bleiben muss, weil er mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs unvereinbar ist“¹⁹. Der Gerichtshof gelangte zu dem Ergebnis, dass eine solche Verwaltungsentscheidung unangewendet bleiben muss.

14 Urteil vom 15. Dezember 2016, Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954).

15 Urteil vom 29. April 1999 (C-224/97, EU:C:1999:212).

16 Urteil vom 29. April 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, Rn. 3 und 4).

17 Schlussanträge des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, Nr. 5).

18 Urteil vom 29. April 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, Rn. 8), Schlussanträge des Generalanwalts Mischo zu diesem Urteil (C-224/97, EU:C:1998:598, Nr. 6).

19 Urteil vom 29. April 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, Rn. 25 und 34), Hervorhebung nur hier. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Mischo zu diesem Urteil (C-224/97, EU:C:1998:598, Nrn. 40 bis 43).

54. Vorliegend vertritt der Kläger die Auffassung, aus dem Urteil Ciola folge, dass eine Person, die unter den nachteiligen Folgen einer Verwaltungsentscheidung leide, einen Anspruch darauf habe, dass diese Wirkungen beseitigt werden, wenn angenommen werden könne, dass die Verwaltungsentscheidung mit den neuen Bestimmungen unvereinbar *gewesen wäre*, wenn sie nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen ergangen wäre.

55. Eine solche Schlussfolgerung lässt sich aus dem Urteil Ciola jedoch nicht herleiten. In jener Rechtssache hatte der Kläger die *Rechtswirksamkeit einer Geldstrafe* angefochten, die *nach dem Inkrafttreten* der Freizügigkeitsbestimmungen in Österreich verhängt worden war. Zudem war die Geldstrafe wegen *Handlungen* der Gesellschaft von Herrn Ciola – die Vermietungen im Januar und Mai 1995 – verhängt worden, die *als solche* nach dem Beitritt erfolgten.

56. Im Urteil Ciola erfolgte somit erkennbar eine neue Anwendung der nach dem Beitritt geltenden neuen Bestimmungen, weil das für die Bewertung einer neuen Situation zwangsläufig notwendig war. Nach dem Beitritt eingetretene Sachverhalte (die Vermietung der Liegeplätze) mussten bewertet werden und zwar im Hinblick auf die Rechtslage nach dem Beitritt (also im Hinblick auf das an das neu geltende Unionsrecht angepasste nationale Recht). Zudem gab es sicherlich keine „Beseitigung“ (vergänger) Wirkungen der Verwaltungsentscheidung von 1990, wie dies vom Kläger dargestellt wird. Der Gerichtshof hat nicht festgestellt, dass diese Verwaltungsentscheidung hätte überprüft werden müssen oder dass wegen ihres früheren Bestehens Schadensersatz zu zahlen wäre. Es ging stattdessen lediglich darum, dass diese alte Entscheidung, die mit den neuen, nach 1995 geltenden Bestimmungen unvereinbar war, nicht länger bei einer neuen, aktuellen Rechtsanwendung im Zusammenhang mit der Verhängung von Verwaltungsstrafen nach dem Beitritt angewendet werden konnte.

2. Speziell: Rechtsprechung in Ruhegehaltssachen

57. Der im vorstehenden Abschnitt dargestellte Ansatz gilt auch im Kontext der Richtlinie 2000/78 und bei Ruhegehaltssachen²⁰. Wie diese Grundsätze aber im Einzelfall anzuwenden sind, ist allerdings nicht offensichtlich. Die Besonderheiten von Ruhegehaltsregelungen dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Die Ansprüche und Ruhegehälter werden über Jahrzehnte angesammelt bzw. ausgezahlt, während deren sich die Gesetze erheblich ändern können. Die Tatsache, dass bei Ruhegehaltssachen um erhebliche Geldbeträge für den Einzelnen und, insgesamt betrachtet, für den Staat und die privaten Rentenfonds gehen kann, macht es umso sensibler.

58. Dies ist in der Tat ein wichtiger Gesichtspunkt, der sich durch die Urteile zieht, die in diesem Abschnitt über Ruhegehaltssachen erörtert werden. Die große Mehrheit dieser Fälle betrifft Entscheidungen über Ruhegehaltssachen, die *nach* dem Inkrafttreten neuer Bestimmungen getroffen wurden.

a) Alte Sachverhalte, neue Rechtsvorschriften und die Notwendigkeit einer erneuten Entscheidung

59. Es gibt viele Urteile speziell in Ruhegehaltssachen, in denen der Gerichtshof bestätigt hat, dass bei der Feststellung des Ruhegehaltsanspruchs Sachverhalte, die vor dem Inkrafttreten neuer Vorschriften über das Verbot der Diskriminierung (insbesondere in Bezug auf Dienstzeiten) liegen, berücksichtigt werden müssen.

²⁰ Urteile vom 1. April 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), und vom 10. Mai 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Bestimmte Ruhegeldregelungen sind jedoch vom Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 durch deren Art. 3 Abs. 3 ausgeschlossen.

60. So betrafen die Urteile Bruno u. a. sowie O'Brien²¹ z. B. die Gleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten gemäß der Richtlinie 97/81/EG²². Der Gerichtshof führt in diesen Urteilen aus, dass bei der Feststellung, ob eine Person einen Anspruch auf ein Ruhegehalt hat, auch vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie liegende Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen seien²³. Sowohl im Urteil Bruno u. a. als auch im Urteil O'Brien war das Ruhegehalt *nach* dem Inkrafttreten der Richtlinie festzulegen²⁴.

61. Dies war auch der Fall in den Rechtssachen Barber²⁵ und Ten Oever²⁶, in denen es um angebliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unter Verstoß gegen Art. 119 EG ging. In diesen Fällen wurde der Ruhegehaltsanspruch nach dem Inkrafttreten von Art. 119 EWG ermittelt²⁷.

62. Im Urteil Maruko²⁸ ging es um die sich aus einer angeblichen Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung unter Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78 ergebende Versagung einer Hinterbliebenenrente. Wie in der Rechtssache Ten Oever²⁹ lagen der betreffende Sachverhalt und die neue Entscheidung (Versterben des Partners bzw. Versagung der Hinterbliebenenrente) *nach* Ablauf der Umsetzungsfrist³⁰.

63. Die Urteile in den Rechtssachen Kauer und Duchon betrafen Fälle von Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit³¹. In diesen Fällen hatten die Kläger *nach* dem Beitritt in Österreich eine Altersrente beantragt und den Antrag gestellt, bestimmte, in die Zeit vor dem Beitritt fallende Sachverhalte aus anderen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen (in der Rechtssache Kauer Kindererziehungszeiten in Belgien und in der Rechtssache Duchon einen Arbeitsunfall in Deutschland, der Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte).

64. Die vorgenannten, Ruhegehälter betreffenden Rechtssachen betrafen – zusammenfasst – alle Situationen, in denen Sachverhalte aus der Zeit vor den neuen Vorschriften zum Zeitpunkt der *nach Inkrafttreten* der neuen Vorschriften getroffenen Entscheidung berücksichtigt wurden. Das stimmt voll und ganz mit der oben dargestellten Rechtsprechung überein: es handelt sich um eine bestehende Sachlage zu der nach Inkrafttreten der neuen Vorschriften eine erneute rechtliche Bewertung zu erfolgen hat. In solchen Fällen ist es insbesondere im Kontext der sozialen Sicherheit ganz folgerichtig, dass alle vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften liegenden relevanten tatsächlichen Umstände berücksichtigt werden müssen.

65. Aus diesem Grund lässt sich diese Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall übertragen, in dem der Sachverhalt, das anzuwendende Recht und die Verwaltungsentscheidung selbst vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften liegen. In die Zeit nach deren Inkrafttreten fallen allein die Auszahlungen des Ruhegehalts an den Kläger.

21 Urteile vom 10. Juni 2010, Bruno u. a. (C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329), und vom 1. März 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110).

22 Richtlinie des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit – Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeit (ABl. 1998, L 14, S. 9).

23 Urteile vom 10. Juni 2010, Bruno u. a. (C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Rn. 55), und vom 1. März 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 24 und 25).

24 In der Rechtssache O'Brien im Jahr 2005. In der Rechtssache Bruno u. a. wird dies vom Gerichtshof nicht ausdrücklich bestätigt, aber die Tatsache, dass keiner der Kläger im Ruhestand war, ergibt sich implizit aus Rn. 12 des Urteils. In ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Bruno u. a. stellt Generalanwältin Sharpston fest: „Die Richtlinie 97/81 regelt daher die im Ausgangsverfahren streitige Berechnung der für den Rentenanspruch maßgebenden Beitragswochen, soweit vor dem Inkrafttreten der Richtlinie noch keiner der Kläger tatsächlich in den Ruhestand getreten war. Das nationale Gericht hat festzustellen, ob dies der Fall ist.“, siehe Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston in den verbundenen Rechtssachen Bruno u. a. (C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:28, Nr. 40). Hervorhebung nur hier.

25 Urteil vom 17. Mai 1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

26 Urteil vom 6. Oktober 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

27 Im Urteil Ten Oever stellte sich die Frage einer etwaigen Hinterbliebenenrente nach dem Tod der Ehefrau im Jahr 1988. Herr Barber war 1980 entlassen worden.

28 Urteil vom 1. April 2008 (C-267/06, EU:C:2008:179).

29 Urteil vom 6. Oktober 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

30 Vgl. Urteil vom 1. April 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, Rn. 21).

31 Urteile vom 7. Februar 2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), und vom 18. April 2002, Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234).

66. Das gilt umso mehr, als vorliegend die angeblich diskriminierende Entscheidung die Rechtsbewertung und -anwendung in Bezug auf Umstände impliziert, die als solche nicht *unmittelbar* mit dem Anspruch auf Ruhegehalt oder dessen Berechnung zusammenhängen. Die angebliche Diskriminierung bezieht sich auf eine Disziplinarmaßnahme, mit der gegen den Kläger nach Feststellung seiner Schuld eine aus zwei Teilen bestehende Disziplinarstrafe verhängt wurde³². Zweifellos hatte diese Entscheidung Auswirkungen auf das Ruhegehalt des Klägers³³. Aber anders als in den in diesem Abschnitt dargestellten Fällen geht es vorliegend z. B. nicht um objektive, auf die persönliche Situation oder auf Dienstzeiten bezogene Anspruchsvoraussetzungen. Hintergrund ist vielmehr eine gesonderte Disziplinarentscheidung im Hinblick auf einen spezifischen Sachverhalt.

b) Bestehender Ruhegehaltsanspruch, neue Bestimmungen und aktuelle Situation

67. Das von allen Beteiligten herangezogene Urteil in Römer³⁴ passt nicht recht in das obige Muster. Es ist daher genauer zu untersuchen.

68. In jener Rechtssache befand sich der Kläger tatsächlich bereits im Ruhestand und bezog sein Ruhegehalt, als er im Jahr 2001 (also vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78) eine Lebenspartnerschaft mit seinem männlichen Partner begründete. Herrn Römer wurde die Steuerklasse, die bei (heterosexuellen) Ehen normalerweise gilt³⁵ und die ihn zu einem höheren Ruhegehalt berechtigt hätte, versagt.

69. In der Sache entschied der Gerichtshof, dass Herr Römer, soweit eine Diskriminierung gegeben sei, *ab Ablauf der Umsetzungsfrist* der Richtlinie 2000/78 steuerliche Gleichbehandlung fordern könne. Anders als in den oben dargestellten Fällen erging im Fall Römer die Entscheidung über den Ruhegehaltsanspruch des Klägers vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen. Gegenstand des Verfahrens war die fortdauernde Diskriminierung in Bezug auf die anschließenden Zahlungen und die steuerliche Situation des Klägers.

70. Dieser Fall unterscheidet sich jedoch von dem vorliegenden insbesondere aus zwei Gründen.

71. Zunächst ist es zutreffend, dass die steuerliche Situation von Herrn Römer vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78 festgelegt worden war; insoweit handelte es sich also um eine „endgültige“ Entscheidung. Es war aber auch so, dass das maßgebende nationale Recht für den Fall einer *Änderung der persönlichen Verhältnisse* eine *Überprüfung* der steuerlichen Behandlung vorsah. So war, wie der Gerichtshof ausgeführt hat „auf Antrag des Betroffenen vom Anpassungszeitpunkt an die [günstigere Steuerklasse] zugrunde zu legen, wenn eine der Voraussetzungen [für diese Steuerklasse] erst nach dem Tag des Beginns der Ruhegeldzahlung eingetreten ist“³⁶.

72. In der Rechtssache Römer gab es somit einen Mechanismus für den Erlass erneuter Entscheidungen unter Berücksichtigung neuer und für die Zwecke sozialversicherungsrechtlicher Berechnungen relevanter Änderungen der persönlichen Verhältnisse.

73. Abgesehen von der vorgenannten Überprüfungsklausel betraf das Urteil Römer zweitens, und noch grundlegender, die Art und Weise, in der neue Bestimmungen (Richtlinie 2000/78) auf die *aktuelle persönliche Situation* eines Einzelnen anzuwenden sind, um eine *Entscheidung über Ruhegehaltsansprüche* zu überprüfen.

32 Der verfügende Teil dieser Entscheidung ist oben in Nr. 19 wiedergegeben.

33 Siehe oben, Nrn. 21 und 22.

34 Urteil vom 10. Mai 2011 (C-147/08, EU:C:2011:286).

35 Konkret: die Steuerklassifizierung des fiktiven Nettoarbeitsentgelts zur Ermittlung der ruhegeldfähigen Bezüge.

36 Urteil vom 10. Mai 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, Rn. 19).

74. Dies unterscheidet sich meiner Ansicht nach völlig von der Art der zeitlichen Anwendbarkeit, für die der Kläger vorliegend plädiert. In der vorliegenden Rechtssache wird nicht die (gesetzlich vorgesehene) Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse zwecks künftiger Anpassung geltend gemacht, sondern die Überprüfung eines viele Jahre zurückliegenden *abgeschlossenen Sachverhalts* und einer daraufhin ergangenen *disziplinarischen Entscheidung* im Licht neuer Rechtsvorschriften zwecks Änderung der sich für den Ruhegehaltsanspruch ergebenden Folgewirkungen.

c) Ausnahmen von der Regel?

75. Es gibt zwar vereinzelt Urteile des Gerichtshofs, in denen die Gewährung eines Ruhegehaltsanspruchs und alle betreffenden Sachverhalte ersichtlich den neuen Vorschriften vorausgehen. Mit anderen Worten: Eine einen Ruhegehaltsanspruch zuerkennende (oder ablehnende) und dessen Höhe festlegende Entscheidung war ergangen, doch wurden offenbar neue Vorschriften herangezogen, um diese Entscheidung zu überprüfen, ohne dass es neue Tatsachen oder eine Änderung der persönlichen Verhältnisse gegeben hatte.

76. Solche Urteile sind in der Praxis aber selten und können bei näherem Hinsehen leicht auseinandergehalten werden. In der Rechtssache P.³⁷ war die Klägerin die geschiedene Ehefrau eines Kommissionsbeamten. Zum Zeitpunkt des Todes des Beamten hatte P. keinen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung, weil kein alleiniges „Verschulden“ des verstorbenen Ehemanns für die Scheidung festgestellt worden war. Nur wenige Monate nach dessen Tod traten neue Vorschriften in Kraft, nach denen P. einen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung *gehabt hätte*³⁸. Im Ergebnis wandte der Gerichtshof die neuen Vorschriften an, wodurch P. ein Anspruch auf Ruhegeld ab Inkrafttreten dieser neuen Vorschriften zuerkannt wurde.

77. Die Rechtssache P. weist allerdings einige Besonderheiten auf. Die Kommission sprach sich nachdrücklich für die Anwendung der neuen Vorschriften aus (sie bestritt die Zahlung des Ruhegelds aus anderen Gründen). Andere Organe wandten die Vorschriften mit sofortiger Wirkung an; dies nicht zu tun, hätte nach Auffassung der Kommission zu einer Ungleichbehandlung zwischen den Beamten geführt. Zudem war die ursprüngliche Entscheidung, mit der der Ruhegeldanspruch der P. abgelehnt worden war, einige Tage *nach* Inkrafttreten der neuen Vorschriften ergangen (allerdings war ihr früherer Ehegatte vor diesem Zeitpunkt verstorben).

78. In der Rechtssache Brock war dem Kläger im Jahr 1958 eine Invalidenrente gewährt worden. Im Jahre 1961 wurde diese in eine Altersrente umgewandelt³⁹. Die Frage war im Kern, ob neue Vorschriften über die Berücksichtigung von Beitragszahlungen in anderen Mitgliedstaaten, die am 1. Januar 1964 in Kraft traten, anwendbar waren. Der Gerichtshof entschied, dass dies der Fall sei.

79. Hervorzuheben ist, dass in jenem Fall das maßgebende Recht *ausdrücklich eine Neufeststellung von Renten vorsah, die vor dem Inkrafttreten dieser Vorschriften berechnet worden waren*.

80. Der wichtigste Gesichtspunkt, der die Urteile P. und Brock von der vorliegenden Rechtssache unterscheidet ist jedoch der, dass die betreffenden Entscheidungen in jenen Rechtssachen die Beurteilung der *Voraussetzungen für die Gewährung des Ruhegelds nach neuen Rechtsvorschriften* betraf.

37 Urteil vom 5. Februar 1981, P./Kommission (40/79, EU:C:1981:32).

38 Im Wesentlichen wurde die Bedingung der Alleinschuld des Verstorbenen beseitigt und durch die neue Bedingung, dass der Hinterbliebene *nicht* allein schuldig war, ersetzt.

39 Urteil vom 14. April 1970 (68/69, EU:C:1970:24).

81. Dies unterscheidet sich offensichtlich von der *Beurteilung eines vergangenen Verhaltens aufgrund neuer Rechtsvorschriften* zwecks Feststellung, wie anders eine (disziplinarische) Entscheidung gelautet hätte und wie diese sich auf künftige Ruhegehaltsansprüche ausgewirkt hätte.

82. So hat z. B. in der Rechtssache P. die Geschiedene nicht etwa verlangt, ihr Scheidungsurteil zu überprüfen, um festzustellen, ob ihr früherer Ehegatte allein schuldig war. In der Rechtssache Brock hat nicht etwa die arbeitsunfähige Partei eine Überprüfung der Umstände ihres Unfalls verlangt, um festzustellen, ob diese als ein Arbeitsunfall anzusehen seien. Die Entscheidungen über die Verantwortlichkeit für die Scheidung oder den Unfall waren genauso endgültig, wie es auch die Disziplinarentscheidung im vorliegenden Fall ist.

83. Zusammenfassend kann man sagen, dass Urteile wie die Urteile P. und Brock auf den ersten Blick „stärker vergangenheitsbezogen“ sind als andere (wie die oben erörterten Urteile). Aber auch wenn sie tatsächlich recht alte und vereinzelte Sachverhalte betreffen, lassen sie sich vom vorliegenden Fall eindeutig unterscheiden. Aus diesen Urteilen lässt sich meines Erachtens keinesfalls herleiten, dass der Erlass neuer Vorschriften einen unbedingten Anspruch auf Überprüfung zugrunde liegender, früherer, im Übrigen bestandskräftig gewordener Verwaltungsentscheidungen im Licht dieser neuen Vorschriften und auf entsprechende Anpassung des Ruhegehalts verleiht.

d) Übergangsbestimmungen

84. Eine weitere Rechtsprechung im Ruhegehaltskontext, die einer Erwähnung wert ist, betrifft die Richtlinie 79/7/EWG⁴⁰. Nach dieser Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit zu verwirklichen. Um Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu beseitigen, änderten die Mitgliedstaaten im Rahmen dieses Umsetzungsprozesses die nationalen Vorschriften über soziale Leistungen.

85. Diese Gesetzesänderungen führten zu einer Reihe von Vorlagen an den Gerichtshof. Soweit hier von Interesse, betrafen diese Fälle Klägerinnen, denen aufgrund diskriminierender nationaler Rechtsvorschriften durch eine *vor Ablauf der Frist für die Umsetzung* der Richtlinie ergangenen Entscheidung Sozialleistungen verweigert worden waren. Sie begehrten die Gewährung dieser Leistungen *nach Ablauf der Umsetzungsfrist* durch Anwendung der neuen Antidiskriminierungsbestimmungen.

86. Der Gerichtshof hat in den hierzu ergangenen Urteilen wiederholt bestätigt, dass die Auswirkungen der Diskriminierung nach Ablauf der Umsetzungsfrist hätten beseitigt sein müssen. Sieht man sich diese Fälle näher an, so erkennt man, dass auch sie sich sehr stark von dem vorliegenden Fall unterscheiden.

87. In der Rechtssache Borrie Clarke⁴¹ beispielsweise ging es darum, dass nach den nationalen Vorschriften für Frauen, die eine Invaliditätsrente beantragten, *gegenüber* Männern eine zusätzliche Voraussetzung (die Unfähigkeit zur Verrichtung von Hausarbeit) galt. Die Klägerin erfüllte diese zusätzliche Voraussetzung nicht und ihr Rentenanspruch wurde 1983 abgewiesen. Um der Richtlinie nachzukommen, wurde das nationale Recht später geändert. Die Invaliditätsrente wurde durch eine Behindertenbeihilfe ersetzt und es wurden neue Voraussetzungen festgelegt, die für beide Geschlechter gleich waren. Im Rahmen der Übergangsbestimmungen erhielten aber Personen, die zuvor eine Invaliditätsrente erhalten hatten, automatisch Behindertenbeihilfe, ohne nachweisen zu müssen, dass sie die neuen Voraussetzungen erfüllten. Die Übergangsbestimmungen bestätigten und verlängerten somit die Ungleichbehandlung.

⁴⁰ Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. 1979, L 6, S. 24).

⁴¹ Urteil vom 24. Juni 1987 (384/85, EU:C:1987:309).

88. Der Gerichtshof stellte fest, „dass [seit Ablauf der Umsetzungsfrist] dann, wenn ein Mann, der sich in der gleichen Lage wie eine Frau befindet, automatisch Anspruch auf die neue Schwerbehindertenbeihilfe aufgrund der genannten Übergangsbestimmungen erworben hat, ohne seine Rechte erneut nachweisen zu müssen, die Frau ebenfalls einen Anspruch darauf hat, ohne eine zusätzliche Voraussetzung, die vor diesem Zeitpunkt nur für verheiratete Frauen galt, erfüllen zu müssen“⁴².

89. Meines Erachtens entspricht die Situation in der Rechtssache *Borrie Clarke* derjenigen in den anderen bereits oben in Abschnitt A dargestellten Ruhegehaltssachen. Die Übergangsbestimmungen führten für die Zukunft zu einer neuen Anwendung (oder zumindest zu einer Erneuerung der alten Entscheidung aufgrund des neuen Rechts) der diskriminierenden Vorschriften für die Zukunft. Dementsprechend unterscheidet sich auch diese Rechtsprechung deutlich von der vorliegenden Rechtssache.

90. Andere Urteile behandeln gleichartige Sachverhalte, wenn auch in Bezug auf andere Leistungen⁴³.

3. Dauerrechtsverhältnisse

91. Die Kommission nahm in ihren schriftlichen Erklärungen auf das Urteil *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁴ Bezug und zog eine Parallele zur fortdauernden Diskriminierung bei der Zahlung des monatlichen Gehalts. Dies erinnert an die Argumentation des Klägers, in der wiederholt auf eine fortdauernde Diskriminierung in Form der gekürzten, regelmäßig erfolgenden Ruhegehaltszahlungen Bezug genommen wird.

92. Sofern mit dem Hinweis auf diese Rechtsprechung die Ansicht vertreten werden soll, dass aus diesem eine andere Auffassung als die im vorstehenden Abschnitt dargestellte hergeleitet werden könnte, ist nicht ersichtlich, inwieweit dies den Ansprüchen des Klägers dienen könnte. Meines Erachtens besagt diese Rechtsprechung wiederum etwas völlig anderes.

93. In der Rechtssache *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁵ berücksichtigte das österreichische Recht bei der Berechnung der *Entlohnung von Vertragslehrern* die in Österreich als Lehrkraft erworbene Erfahrung in vollem Umfang. Lehrerfahrung in anderen Mitgliedstaaten wurde jedoch nur teilweise angerechnet. Nach Ansicht des Gerichtshofs verstieß diese Einschränkung gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Zudem stellte er fest, dass es, um dieser Diskriminierung abzuweichen, erforderlich sei, Lehrerfahrung in anderen Mitgliedstaaten in vollem Umfang zu berücksichtigen, auch wenn diese *vor dem österreichischen Beitritt* erworben wurde.

94. Das Urteil *Österreichischer Gewerkschaftsbund* ist eines von mehreren Urteilen, in denen der Gerichtshof tatsächlich entschieden hat, dass im Rahmen von Arbeitsverhältnissen Sachverhalte, die vor dem Inkrafttreten neuer Vorschriften liegen, bei der Lohnfestsetzung für Arbeitnehmer berücksichtigt werden müssen, wenn sie nach der neuen rechtlichen Regelung dafür von Bedeutung sind⁴⁶. So hat der Gerichtshof in einer Reihe von Urteilen beginnend mit dem Urteil *Hütter* festgestellt, dass die österreichischen Vorschriften, in denen bei der Festlegung der Besoldungsgruppen der Beamten Berufserfahrung vor dem Alter von 18 Jahren berücksichtigt wurde, gegen das Verbot der

42 Urteil vom 24. Juni 1987, *Borrie Clarke* (384/85, EU:C:1987:309, Rn. 12).

43 Vgl. z. B. Urteil vom 8. März 1988, *Dik u. a.* (80/87, EU:C:1988:133).

44 Urteil vom 30. November 2000 (C-195/98, EU:C:2000:655).

45 Urteil vom 30. November 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-195/98, EU:C:2000:655).

46 Vgl. z. B. Urteile vom 30. September 2003, *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513), vom 26. Oktober 2006, *Kommission/Italien* (C-371/04, EU:C:2006:668), und vom 18. Juni 2009, *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381).

Diskriminierung aus Gründen des Alters nach Richtlinie 2000/78 verstoßen⁴⁷. Um die Diskriminierung zu beseitigen, mussten die Besoldungsgruppen angepasst werden und zwar auch in Bezug auf einschlägige Erfahrung, die vor dem Auslaufen der Umsetzungsfrist dieser Richtlinie erworben worden war.

95. Meines Erachtens lassen sich zwischen solchen Fällen, in denen es um die Anpassung von Gehältern zur Beseitigung einer Diskriminierung geht, und Fällen wie dem vorliegenden keine unmittelbare Parallelen ziehen, und zwar aus einem einfachen Grund: Die Beschäftigungsverhältnisse in Fällen wie in der Rechtssache Österreichischer Gewerkschaftsbund waren *Dauerrechtsverhältnisse* mit gegenseitigen Rechten und Pflichten. Ein Beschäftigter hat eine Gehaltsgruppe oder einen Rang und eine einschlägige Erfahrung über eine Anzahl von Jahren, die jeden Monat als Grundlage für die Berechnung seines Gehalts dient. Es gibt also jeden Monat eine „Aktualisierung“, eine erneute Anwendung der geltenden Rechtsvorschriften zwecks entsprechender Berechnung seines Gehalts, wobei ständige Anpassungen wegen neuer Rechtsvorschriften und Änderungen der persönlichen Lage notwendig werden⁴⁸. Dies entspricht in gewisser Weise dem Sachverhalt in der Rechtssache Römer, bei dem bestimmte Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit einer Änderung der persönlichen Lage des Klägers eine ähnliche „Aktualisierung“ ermöglichten⁴⁹.

96. Demgegenüber war in Fällen wie dem vorliegenden, das Beschäftigungsverhältnis beendet⁵⁰, der gesamte Ruhegehaltsanspruch bereits vor dieser Zeit angesammelt worden, und die Disziplinarentscheidung über die 25%ige Kürzung war im Jahr 1975 auf der Grundlage vergangener Ereignisse getroffen worden und bestandskräftig geworden. Wie wohl bei jedem vergangenen Ereignis sind die praktischen Auswirkungen dieser Entscheidung weiterhin spürbar, doch gibt es kein andauerndes Rechtsverhältnis mehr, das eine erneute Beurteilung nach dem neuen Recht erforderlich machen würde. Es gibt keine fortdauernden relevanten Umstände aus der Vergangenheit. In diesem Sinne sind die Rechtswirkungen des in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts tatsächlich abgeschlossen.

4. Überprüfung früherer Entscheidungen

97. Um einen vollständigen Überblick zu geben, ist schließlich darauf hinzuweisen, dass das Unionsrecht neben den Grundsätzen hinsichtlich der zeitlichen Anwendung neuer Vorschriften auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte und/oder andauernde Rechtsverhältnisse enthält, sondern auch die begrenzte Pflicht zur Überprüfung früherer Entscheidungen, sofern diese mit dem Unionsrecht unvereinbar sind.

98. Der Gerichtshof unterstreicht in seiner Rechtsprechung die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft für die Gewährleistung sowohl des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen als auch einer geordneten Rechtspflege. Nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen sollen nicht mehr in Frage gestellt werden können⁵¹. Das gilt selbst dann, wenn das nationale Gericht dadurch einen Verstoß der betreffenden Entscheidung gegen Unionsrecht abstellen könnte⁵².

47 Urteile vom 18. Juni 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), vom 28. Januar 2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38), und vom 14. März 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180).

48 Dies entspricht wiederum dem allgemeinen Grundsatz, dass der spezifische Inhalt der gegenseitigen Rechte und Pflichten in einem Dauerrechtsverhältnis, das unter dem früheren Recht begründet wurde, für die Zukunft geändert werden muss, um mit dem neuen Recht in Einklang zu stehen – siehe auch z. B. meine Schlussanträge in der Rechtssache Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, Nr. 41).

49 Siehe oben, Nrn. 67 bis 74.

50 Im Vorlagebeschluss wird erläutert, dass sich systematisch der „Dienststand“ in einen „Ruhestand“ umgewandelt habe. Ausschlaggebend ist dabei, dass der Beamte keinen Dienst mehr verrichtet.

51 Vgl. z. B. Urteil vom 11. November 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

52 Urteile vom 1. Juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, Rn. 46 und 47), und vom 16. März 2006, Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, Rn. 21).

99. Es ist zutreffend, dass bestandskräftige Entscheidungen überprüft werden können, jedoch nur bei Vorliegen wirklich außergewöhnlicher Umstände. Zu diesen Umständen gehört der Fall einer fehlerhaften Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um eine Vorabentscheidung ersucht worden war, sofern der Betroffene, sich unmittelbar nach Kenntnisnahme von der Entscheidung des Gerichtshofs an die Verwaltungsbehörde gewandt hat⁵³.

100. Unabhängig davon, ab wann man von einem „außergewöhnlichen“ Umstand sprechen kann, war aber den wenigen Fällen, in denen eine solche Verpflichtung anerkannt wurde, selbstverständlich gemeinsam, dass die Unvereinbarkeit zu dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung auf nationaler Ebene getroffen wurde, *bereits existierte*. Die ursprüngliche Entscheidung verstieß somit bereits gegen das Unionsrecht.

101. Im vorliegenden Fall war Österreich zum Zeitpunkt des Erlasses der betreffenden Entscheidungen (sowohl der Disziplinaentscheidung als auch der Entscheidung über die Gewährung des Ruhegehalts an den Kläger) allerdings noch kein Mitgliedstaat, und die Richtlinie 2000/78 war noch nicht erlassen. Im Übrigen erging die Disziplinaentscheidung von 1974, wie die österreichische Regierung vom Kläger unwidersprochen ausführt, im Einklang mit dem nationalen Recht.

102. Es liegen daher keine außergewöhnlichen Umstände vor, die eine Überprüfung der bestandskräftigen Verwaltungsentscheidungen in diesem Fall rechtfertigen würden, geschweige denn irgendein Gesichtspunkt, der einen allgemeineren und weiter reichenden Rechtsgrundsatz hinsichtlich der zeitlichen Anwendbarkeit des Unionsrechts rechtfertigen würde, um dasselbe Ergebnis zu erzielen.

5. Anwendung auf den vorliegenden Fall

103. Die wesentlichen Schlussfolgerungen, die aus den verschiedenen oben dargestellten Urteilen gezogen werden können, sind Folgende.

104. Erstens: Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur zeitlichen Anwendbarkeit neuer Vorschriften und zu Ruhegehaltsansprüchen konzentriert sich sehr stark auf Sachverhalte, in denen *nach* Inkrafttreten der neuen Vorschriften über den Ruhegehaltsanspruch entschieden wurde.

105. Zweitens: Die Rechtsprechung zu andauernden (Beschäftigungs-) Verhältnissen und zur Anpassung von Gehaltsgruppen und Monatsgehältern lässt sich nicht auf das Ruhegehalt übertragen, das (lange) vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften berechnet und bereits ausgezahlt wurde.

106. Drittens gibt es in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine stabile Grundlage für die weitreichende Rechtsauffassung, dass fortdauernde Auswirkungen von Verwaltungsentscheidungen auf Ruhegehaltszahlungen, die *vor* dem Inkrafttreten neuer Vorschriften bestandskräftig geworden waren, unter Berücksichtigung dessen überprüft werden müssten, wie diese neuen Vorschriften angewandt worden wären. Zudem widerspricht diese Rechtsauffassung der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Bestandskraft.

107. Ich habe bereits versucht, die Unterschiede zum vorliegenden Fall darzustellen und zu erklären, warum er in keine der Kategorien fällt, die nach den obigen Abschnitten einschlägig sind. Im Kern bin ich der Auffassung, dass vorliegend die Zwangsversetzung in den Ruhestand und die Festsetzung der gekürzten Ruhegehaltsansprüche einen im Sinne der oben in Nr. 46 angeführten Rechtsprechung

⁵³ Um solche außergewöhnlichen Umstände geht es in den Urteilen vom 13. Januar 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 28), und vom 18. Juli 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, Rn. 63).

bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78 „abgeschlossenen Sachverhalt“ darstellen. Die laufenden Ruhegehaltszahlungen an den Kläger können im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht als „künftige Auswirkungen“ eines vor Inkrafttreten der Richtlinie entstandenen Sachverhalts angesehen werden, die beseitigt oder angepasst werden müssten.

108. Die Disziplinaentscheidung wurde bereits in den 1970er Jahren ohne Erfolg angefochten. Die Rechtsstellung des Klägers als eines in den Ruhestand versetzten Polizeibeamten und die Kürzung seines Ruhegehalts wurden damals festgelegt. Der Kläger bezieht sein Ruhegehalt seit 1976. Es gab keine neue Entscheidung, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78 getroffen wurde oder die danach zu treffen gewesen wäre.

109. Zudem traten vorliegend alle einschlägigen, der Disziplinaentscheidung zugrunde liegenden Umstände in den 1970er Jahren ein. Anders als in der Rechtssache Römer gibt es somit keine aktuellen, die andauernde persönliche Lage des Klägers betreffenden Fakten, die für eine Überprüfung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78 in Betracht kämen.

110. Meines Erachtens können Fälle, wie die Rechtssachen Brock und P. keine Grundlage für die allgemeine Vorstellung bilden, es bestünde ein Recht zur Überprüfung von Ruhegehaltszahlungen in der Weise, dass neue Vorschriften rückwirkend auf eine frühere bestandskräftige Entscheidung über den Anspruch auf diese Zahlungen und deren Höhe angewandt werden. Die Fälle Brock und P. sind meiner Ansicht nach auch ganz anders gelagert als der vorliegende Fall. In beiden Rechtssachen war die bereits bestehende Verwaltungsentscheidung unter Anwendung einer Reihe recht spezifischer und objektiver Voraussetzungen in Bezug auf den Ruhegehaltsanspruch und dessen Höhe getroffen worden. Diese Voraussetzungen wurden durch nachfolgende Rechtsänderungen verändert. Anders liegen die Dinge im vorliegenden Fall, in dem der Vorschlag faktisch auf eine Wiederholung des Disziplinarverfahrens von vor 40 Jahren im Licht der neuen Antidiskriminierungsbestimmungen und eine qualitative Beurteilung dessen hinauslaufen würde, ob diese Entscheidung anders ausgefallen wäre und, wenn ja, wie.

111. Der Kläger stellt in seinem Vorbringen auf das „andauernde“ Wesen der Diskriminierung in Form der gekürzten monatlichen Zahlungen ab. Wie sich aber aus der Erörterung der Urteile über noch bestehende Dauerrechtsverhältnisse und der Notwendigkeit ihrer schrittweisen Anpassung im Licht der neuen Vorschriften wie in den Rechtssachen Österreichischer Gewerkschaftsbund oder Römer ergibt, erfordert der bloße Empfang monatlicher Zahlungen, die auf bestandskräftigen Entscheidungen aus den Jahren 1975 und 1976 beruhen, keine erneute Beurteilung irgendwelcher relevanten Umstände.

112. Was im vorliegenden Fall tatsächlich verlangt wird, ist die erneute Beurteilung einer bestandskräftigen zugrunde liegenden Disziplinaentscheidung unter Anwendung neuer Antidiskriminierungsbestimmungen, um Folgewirkungen für die monatlichen Ruhegehaltszahlungen festzulegen. Die wahre Natur dessen, was verlangt wird, kommt vielleicht am besten in der deutschen Fassung des letzten Satzes der ersten Vorlagefrage zum Ausdruck, in dem von dem Erlass einer gleichartigen „gedachten“ Entscheidung die Rede ist, die gegen die Richtlinie 2000/78 verstieße, wenn sie im zeitlichen Geltungsbereich derselben erlassen würde. Das Wort „gedachte“ lässt sich, tatsächlich mit „notional“ übersetzen, im vorliegenden Zusammenhang trifft aber (völlig) „imaginary“ den wahren Sinn wohl eher.

113. Meines Erachtens gewährt das Unionsrecht dem Einzelnen in einem Fall wie dem vorliegenden eindeutig kein Recht, im Licht einer neuen Rechtslage die Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung zu verlangen, von der er im Laufe seines Lebens betroffen wurde und die nachteilige Auswirkungen auf sein Ruhegehalt (oder andere Leistungen) hatte oder gehabt haben mag. Für eine derart weitreichende Rechtsauffassung bietet das Unionsrecht einfach keine Grundlage.

114. Um dem Vorbringen des Klägers voll gerecht zu werden, ist schließlich darauf hinzuweisen, dass es in seinen Erklärungen ein sehr viel tiefer gehendes *moralisches* Argument gibt, das mit dem „technischen“ Argument der zeitlichen Anwendbarkeit neuer Vorschriften teilweise verzahnt, teilweise aber auch davon unabhängig ist. Dieses moralische Argument ist, wenn man es – wie vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgeschlagen – gesondert betrachtet, weitgehend unabhängig von der Frage der Überprüfung einer Disziplarentscheidung aus dem Jahr 1975. Der Österreich danach zu machende Vorwurf wäre nicht das Versäumnis der Überprüfung in der Vergangenheit liegender Sachverhalte, sondern das Versäumnis, nach dem Jahr 2003, als die Richtlinie 2000/78 bereits in Kraft und Urteile des EGMR gegen Österreich ergangen waren⁵⁴, aktiv und für die Zukunft für in der Vergangenheit geschehenes Unrecht Entschädigung zu leisten.

115. Insoweit möchte ich lediglich meine Auffassung wiederholen, dass ich nicht erkennen kann, dass sich eine solche Verpflichtung *aus dem Unionsrecht* ergäbe. Art. 17 der Richtlinie 2000/78, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu erlassen, gilt selbstverständlich nur im Rahmen der zeitlichen Anwendbarkeit dieser Richtlinie.

116. Zudem werden Verwaltungsentscheidungen im spezifischen Kontext ihrer Zeit erlassen. Der strafrechtliche, disziplinarische und moralische Rahmen in Österreich und anderswo in Europa hat sich seit 1975 erheblich gewandelt. So werden nunmehr beispielsweise in Österreich Disziplinarmaßnahmen nur gegen Polizeibeamte verhängt, deren Handlungen das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Polizei untergraben. Eine strafrechtliche Verurteilung hat jedoch automatisch die Entlassung zur Folge und zwar ohne Anspruch auf Ruhegehalt. Das Schutzzalter liegt in Österreich jetzt sowohl für Homosexuelle als auch für Heterosexuelle bei 14 Jahren. Es gibt aber auch bestimmte Ausnahmen für Kinder unter 16, bei denen eine unzureichende Reife festgestellt wird.

117. Die moralischen Maßstäbe entwickeln sich also weiter. Außerdem sind moralische Argumente oftmals zweischneidig. Bei komplexen Fallgestaltungen, in denen – wie hier – mehrere moralische Urteile zu fällen sind, sind sie eine zweischneidige Angelegenheit. Abgesehen von extremen Situationen offensichtlicher und offenkundiger Missachtung grundlegender Werte der Menschlichkeit, die unabhängig vom Zeitpunkt zur Wiedergutmachung des geschehenen Unrechts verpflichten⁵⁵, sollte es daher der Gesellschaft und ihrem Recht erlaubt sein, sich schrittweise weiterzuentwickeln, wobei Vergangenes in der Vergangenheit ruhen darf.

6. Ergebnis zur ersten Frage

118. Angesichts der vorstehenden Ausführungen schlage ich vor, die erste Frage des vorlegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

Art. 2 der Richtlinie 2000/78 steht der Aufrechterhaltung der Rechtsgestaltungswirkung einer nach nationalem Recht in Bestandskraft erwachsenen Verwaltungsentscheidung im Bereich des Beamtendisziplinarrechts (Disziplinarerkenntnis), mit welcher eine Versetzung des Beamten in den Ruhestand unter Kürzung des Ruhegehalts verfügt wurde, nicht entgegen, wenn

- für diese Verwaltungsentscheidung zum Zeitpunkt ihres Ergehens Unionsrechtsbestimmungen, insbesondere die Richtlinie, noch nicht maßgebend waren, jedoch
- eine (gedachte) gleichartige Entscheidung gegen die Richtlinie verstieße, wenn sie im zeitlichen Geltungsbereich dieser Richtlinie erlassen würde.

⁵⁴ Oben in Fn. 4 angeführt.

⁵⁵ Wenn nämlich der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat – Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, Bd. 1, Ausgabe 5, S. 105 bis 108.

B. Zu den Fragen 2 und 3

119. Angesichts der vorgeschlagenen Antwort auf die erste Frage des vorlegenden Gerichts bedürfen die zweite und die dritte Frage keiner Beantwortung. Für den Fall, dass der Gerichtshof anderer Auffassung sein sollte, werde ich nachstehend auf diese Fragen kurz eingehen.

120. Sollte der Gerichtshof der Ansicht sein, dass die Auswirkungen der diskriminierenden Disziplarentscheidung nicht aufrechterhalten bleiben dürfen, stellt sich die Frage, was das „Nichtaufrechterhalten dieser Auswirkungen“ in einem Fall wie dem vorliegenden tatsächlich bedeutet.

121. Sofern die Antwort auf diese Frage nicht von den in den 1970er Jahren getroffenen Entscheidungen abzukoppeln und ähnlich dem, was zuvor erörtert wurde, festzustellen wäre, dass die aktive und zukunftsgerichtete Verpflichtung besteht, Entschädigung zu leisten (vermutlich durch Zahlung eines Pauschalbetrags), hätte das nationale Gericht die Disziplarentscheidung daraufhin zu überprüfen, ob sie im Einklang mit der Richtlinie 2000/78 erlassen worden wäre, sowie, von welchem Zeitpunkt an diese neue gedachte Entscheidung anwendbar wäre. Ich bezeichne dies nachstehend als den „Was-wäre-wenn?“-Ansatz.

122. Eine Verwaltungsentscheidung, die vierzig Jahre zurückliegt, einschließlich ihrer Auswirkungen fiktiv nachzuzeichnen, erscheint höchst problematisch. Jedoch ist das vorlegende Gericht in seinen Fragen 2 und 3 in Bezug auf das „Drehbuch“ für eine derartige fiktive Nachzeichnung recht spezifisch. Der Gerichtshof würde also zwangsläufig zu dessen Mitverfasser, es sei denn, er beschränkte sich auf die Feststellung, dass „die Wirkungen nicht aufrechterhalten werden dürfen“, und überließe dem nationalen Gericht die Entscheidung, wie diese Auswirkungen zu identifizieren und zu „beseitigen“ sind. Ich werde im Folgenden einige Überlegungen darüber anstellen, wie die Handlung verlaufen könnte.

1. Zur zweiten Frage

123. Durch die Disziplarentscheidung wurde der Kläger in den vorzeitigen Ruhestand versetzt, und seine Ruhegehaltsansprüche wurden um 25 % gekürzt. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es zur Beseitigung der mit der Verwaltungsentscheidung verbundenen Diskriminierung genügt, die 25%ige Kürzung des Ruhegehalts aufzuheben, oder ob das Ruhegehalt so zu berechnen ist, als ob der Kläger in der Zeit seit seiner Versetzung in den Ruhestand gearbeitet hätte. Genügt es, die künftigen Auswirkungen *der 25%igen Kürzung* aufzuheben oder müssen auch die künftigen Auswirkungen der *Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand* beseitigt werden?

124. Der Kläger vertritt die Auffassung, dass die 25%ige Kürzung in vollem Umfang aufgehoben und seine Ruhegehaltsansprüche so berechnet werden müssten, als habe er in der Zwischenzeit im Polizeidienst gearbeitet, mit anderen Worten, dass er so zu stellen sei, wie er stehen würde, wenn die Disziplarentscheidung überhaupt nicht ergangen wäre (und keine Sanktion auferlegt worden wäre).

125. Die Kommission trägt zum „Was-wäre-wenn?“-Ansatz nur in Bezug auf die 25%ige Kürzung vor, wobei sie anerkennt, dass es wohl selbst ohne eine homophobe Voreingenommenheit zwecks Ahndung seines Verhaltens zu einer Kürzung des Ruhegehalts des Klägers gekommen wäre. In Bezug auf die Versetzung in den Ruhestand hält sie den „Was-wäre-wenn?“-Ansatz dagegen für unangebracht. Die sich aus der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand ergebende Kürzung des Ruhegehalts sei faktisch keine „künftige Auswirkung“ eines Sachverhalts, der in der Vergangenheit entstanden sei und auf den die neuen Vorschriften anzuwenden seien. Die Rechtswirkungen der Versetzung in den Ruhestand seien zu dem Zeitpunkt erschöpft gewesen, zu dem das Beschäftigungsverhältnis beendet worden sei. Aus diesem Grund könnten die Auswirkungen, die in der Nichterhöhung des Ruhegehalts aufgrund der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand zu sehen seien, aufrechterhalten bleiben.

126. Hierzu mache ich die folgenden Bemerkungen.

127. Wäre die Disziplinarentscheidung im Jahr 1975 in einer mit dem im Jahr 2000 eingeführten Verbot der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung *vereinbaren* Art und Weise erlassen worden, hätte dies nicht notwendigerweise die Zwangsversetzung des Klägers in den Ruhestand bedeutet. Tatsächlich wäre es möglich, unter der vom vorlegenden Gericht erwähnten „ungleich milderen“⁵⁶ Sanktion auch die Möglichkeit zu verstehen, dass der Kläger nicht zwangsweise in den Ruhestand versetzt worden wäre.

128. Wäre dem aber so, könnten die „künftigen Auswirkungen der Versetzung in den Ruhestand“ nicht aufrechterhalten bleiben. Diese Auswirkungen schließen ohne Zweifel die Tatsache ein, dass der Kläger nicht mehr im Polizeidienst beschäftigt war, keine weiteren Anwartschaften auf das Ruhegehalt erwarb und dass diese „verlorenen Jahre“ nicht bei der Berechnung seines Ruhegehalts berücksichtigt wurden. In diesem Sinne sind die Auswirkungen dieser Sanktion tatsächlich noch „fortdauernd“. Bei Beseitigung der künftigen Auswirkungen der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand müssten diese verlorenen Jahre daher (in irgendeiner Weise) berücksichtigt werden.

129. Die Kommission widerspricht dieser Auffassung. Sie meint, dass die Auswirkungen, die dazu führen, dass das Ruhegehalt wegen der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand nicht steigt, aufrechtzuerhalten seien.

130. Nach meiner Meinung lässt sich die Argumentation der Kommission in diesem Punkt nicht mit ihrer Haltung vereinbaren, dass die mit der Disziplinarentscheidung verhängte 25%ige Kürzung eine „künftige Auswirkung“ im obigen Sinne *ist*. Beide Sanktionen – die Zwangsversetzung in den Ruhestand und die 25%ige Kürzung – wurden auf der Grundlage desselben Sachverhalts und durch dieselbe Disziplinarentscheidung verhängt. Die Grundsatzfrage ist in beiden Fällen, welche Auswirkungen die Disziplinarentscheidung gehabt hätte, wäre sie in einer mit der Richtlinie 2000/78 vereinbaren Art und Weise erlassen worden.

131. Wäre der von der Kommission getroffenen Differenzierung zwischen den verschiedenen Auswirkungen zu folgen, würde dies bedeuten, dass der Kläger tatsächlich aus dem Dienst hätte entlassen werden können und sich dagegen in keiner Weise hätte zur Wehr setzen können. Eine vollständige Entlassung hätte, anders als die Versetzung in den Ruhestand, das Rechtsverhältnis ohne fortdauernde Auswirkungen in der Form von Ruhegehaltszahlungen beendet.

132. Sollte der Gerichtshof im Licht der vorstehenden Ausführungen zu dem Schluss kommen, dass die Auswirkungen der Disziplinarentscheidung nicht aufrechterhalten werden können und der „Was-wäre-wenn“-Ansatz anzuwenden ist, sollte bei diesem Ansatz eine Alternative erwogen werden, bei der der Kläger nicht in den Ruhestand versetzt wird, und eine weitere, bei der die 25%ige Kürzung des Ruhegehalts des Klägers nicht (vollständig) vorgenommen wird.

133. Ich möchte darauf hinweisen, dass sich bei einem solchen Vorgehen offensichtlich eine Reihe weiterer schwieriger Fragen ergeben würde. Um die „künftigen Auswirkungen“ der Versetzung in den Ruhestand im Jahr 1976 zu beseitigen, müsste dann angenommen werden, dass der Kläger in der gesamten Zwischenzeit seit 1976 oder alle Jahre seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78 gearbeitet hat⁵⁷? Müsste eine entsprechende Erhöhung des Ruhegehalts ausgeglichen werden

⁵⁶ Siehe oben, Nr. 41.

⁵⁷ In den schriftlichen Erklärungen und in der mündlichen Verhandlung wurde bestätigt, dass der Kläger nach seinem Ausscheiden in der Privatwirtschaft tätig war, wofür er eine Rente bezieht.

durch die Rentenbezüge aus anderen Quellen von Berufstätigkeit des Klägers in diesen Jahren? Müsste eine entsprechende Erhöhung des Ruhegehalts ausgeglichen werden durch die Ruhegehaltszahlungen aus dem Polizeidienst, die der Kläger ab seiner Versetzung in den Ruhestand bereits erhalten hat (und die er selbstverständlich nicht erhalten hätte, wenn er weiterhin im Dienst gewesen wäre)⁵⁸?

134. Was schließlich speziell die 25%ige Kürzung angeht, so geht das vorlegende Gericht in seiner zweiten Frage stillschweigend davon aus, dass diese Kürzung eine alleinige Folge des diskriminierenden Charakters der Entscheidung sei.

135. „Was wäre, wenn?“ müsste aber wirklich heißen: „Was wäre, wenn?“ Es müsste daher die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass der Kläger selbst ohne eine strafrechtliche Verurteilung gleichwohl aufgrund desselben Sachverhalts disziplinarrechtlich bestraft worden⁵⁹ und sein Ruhegehalt auch dann, wenn auch um weniger als 25 %, gekürzt worden wäre. Dies ist in der Tat der Vorschlag der Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen. Wäre ohne eine Diskriminierung des Klägers sein Ruhegehalt gekürzt worden, allerdings nur um beispielsweise 5 % oder 10 %, dann sollten die Auswirkungen dieser Kürzung um 5 % oder 10 % aufrechterhalten werden.

136. Ich stimme mit der Kommission darin überein, dass dann, wenn man den „Was-wäre-wenn“-Ansatz in Bezug auf die Kürzung um 25 % verfolgt, dieser fiktive Handlungsverlauf bis zu seinem logischen Ende nachgezeichnet werden müsste. Wie genau anders die Disziplinarentscheidung ausgefallen wäre, wenn sie in nicht diskriminierender Art und Weise erlassen worden wäre, wäre eine (wirklich schwierige) Frage für das nationale Gericht.

2. Dritte Frage

137. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht geklärt wissen, ob die Antwort auf die zweite Frage davon abhängig ist, ob der Betreffende eine aktive Tätigkeit im österreichischen Bundesdienst vor Erreichen des Pensionsalters initiativ angestrebt hat.

138. Ich muss zugeben, dass mir die Relevanz einer solchen Frage angesichts des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens ein Rätsel ist. Aber da wir uns bereits mit „Was-wäre-wenn“-Szenarien beschäftigen, kann man diese Frage schwerlich als hypothetisch ansehen.

139. Der vorliegende Sachverhalt gibt nichts zu der Frage her, ob der Kläger jemals aktiv eine (Wieder-)Einstellung in den österreichischen Bundesdienst angestrebt hat. Die Annahme liegt nahe, dass es für eine Person, die unter Umständen wie die im Ausgangsverfahren aus diesem Dienst entlassen worden war, ziemlich aussichtslos ist, zu versuchen, in diesen Dienst wieder einzutreten (sofern überhaupt rechtlich möglich). Wenn dies tatsächlich der Fall ist und der Kläger hätte später nicht um Wiedereinstellung in den Bundesdienst nachgesucht, welche Schlussfolgerung sollte daraus gezogen werden? Wäre dem Kläger ein Vorwurf zu machen, wenn er dies nicht versucht hätte? Hätte er deswegen mögliche Nachteile?

⁵⁸ In der mündlichen Verhandlung wurde bestätigt, dass der Kläger aus dem Polizeidienst seit seiner Versetzung in den Ruhestand im Jahr 1976 Ruhebezüge erhielt.

⁵⁹ Siehe oben, Nr. 42, und die Erklärung der österreichischen Regierung, dass ein Polizeibeamter, der zu sexuellen Kontakten mit Minderjährigen auffordert, *unabhängig von der sexuellen Ausrichtung* der Beteiligten disziplinarrechtlich bestraft werden könne.

140. Wenn es jedoch, wie oben in Nr. 133 ausgeführt, notwendig ist, die Auswirkungen der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand zu beseitigen, ergibt sich eine Reihe von Fragen danach, wie mit der Zwischenzeit umgegangen werden soll. Bei der fiktiven Nachzeichnung des Handlungsverlaufs sollte es meines Erachtens dem nationalen Gericht überlassen bleiben, zu entscheiden, welche spezifischen Einzelheiten zu berücksichtigen sind, um einen Ausgleich zu finden zwischen der vollständigen Nichtberücksichtigung dieser Zwischenzeit auf der einen und deren vollen Berücksichtigung, so als ob der Kläger in dieser Zeit im öffentlichen Sektor gearbeitet hätte, auf der anderen Seite.

C. Zu den Fragen 4 und 5

141. Angesichts der vorgeschlagenen Antwort auf die erste Vorlagefrage, bedarf es keiner Antwort auf die vierte und die fünfte Frage. Für den Fall, dass der Gerichtshof anderer Auffassung sein sollte, möchte ich hierzu einige Überlegungen einbringen.

142. Mit seiner vierten und seiner fünften Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, von welchem Zeitpunkt an eine etwaige (teilweise) Rückgängigmachung der 25%igen Kürzung wirksam werden müsste. Diese Fragen beziehen sich auf den Zeitpunkt, von dem an die Auswirkungen der 25%igen Kürzung zu beseitigen sind. Sie beziehen sich nicht auf die Auswirkungen der Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand. Wie oben in Nr. 133 ausgeführt, bin ich jedoch der Auffassung, dass unterschiedliche Ansätze für die künftigen Auswirkungen der 25%igen Kürzung und die künftigen Auswirkungen der Versetzung in den Ruhestand zu Unstimmigkeiten führen würden.

143. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich meines Erachtens aus der oben in den Nrn. 44 ff. zusammengefassten Rechtsprechung. Es ist davon auszugehen, dass die Anwendung der Richtlinie 2000/78 – ungeachtet des oben dargestellten möglicherweise weitreichenden Ansatzes zur Beseitigung der künftigen Auswirkungen – weiterhin dem Rückwirkungsverbot unterliegt. Unabhängig von der Antwort auf die erste Vorlagefrage kann daher jedenfalls davon ausgegangen werden, dass die Auswirkungen der 25%igen Kürzung ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist für die Richtlinie, nicht aber früher, beseitigt werden müssen.

D. Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts

1. Tragweite der Vorlagefragen

144. Der Kläger macht in seinen schriftlichen Erklärungen schließlich geltend, dass die verhängte Disziplinarentscheidung (auch) eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts unter Verstoß gegen Art. 157 AEUV (früher Art. 119 EWG und dann Art. 141 EG) darstelle. Diese Bestimmung, die erstmals im Jahr 1979 in Kraft getreten ist, stehe den künftigen Auswirkungen der Disziplinarentscheidung in ähnlicher Weise entgegen, wie es vom vorlegenden Gericht in seiner ersten Frage in Bezug auf die Richtlinie 2000/78 angedacht worden sei, dies aber von einem früheren Zeitpunkt an.

145. Hierzu möchte ich folgende Anmerkungen machen.

146. Das vorlegende Gericht nimmt nicht auf Art. 157 AEUV (oder seine Vorläuferbestimmungen) Bezug. Der Kläger ist tatsächlich der einzige Verfahrensbeteiligte, der diese Frage in seinen schriftlichen Erklärungen aufwirft. Man könnte die Ansicht vertreten, dass eine Stellungnahme zur möglichen Anwendung von Art. 157 AEUV für das vorlegende Gericht hilfreich wäre. Insbesondere aus den folgenden Gründen bin ich jedoch der Auffassung, dass der Gerichtshof davon Abstand nehmen sollte.

147. Erstens wird weder in den Vorlagefragen noch überhaupt im Vorlagebeschluss in irgendeiner Weise auf diese Bestimmung Bezug genommen. Hätte das vorlegende Gericht sie als relevant angesehen, hätte es sie zumindest erwähnt. Es mag verschiedene Gründe für ein derartiges Unterlassen geben und es wäre nicht richtig, das Fehlen einer Bezugnahme als ein „Versehen“ zu betrachten. Es geht hier nicht darum, dass der Gerichtshof auf die Details und die Relevanz einer obskuren technischen Rechtsvorschrift hinweisen sollte, die übersehen worden sein könnte. Art. 157 AEUV ist eine wichtige Vertragsbestimmung. Da die Hinweise auf Art. 157 AEUV in den schriftlichen Erklärungen des Klägers tatsächlich eine zentrale Rolle einnehmen, ist gleichermaßen plausibel, dass der Kläger beim vorlegenden Gericht angeregt hatte, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen, dieser Vorschlag aber abgelehnt wurde.

148. Zweitens verlangt Art. 94 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, dass das Vorabentscheidungsersuchen u. a. den maßgeblichen Sachverhalt und die anwendbaren nationalen Vorschriften sowie die Gründe enthält, die das nationale Gericht veranlasst haben, die spezifischen Fragen an den Gerichtshof zu richten. Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht den Vorlagebeschluss verfasst, ohne Art. 157 AEUV (oder seine Vorläuferbestimmungen) zu erwähnen oder die in Bezug auf diese Bestimmung potenziell relevanten Tatsachen oder nationalen Rechtsvorschriften anzugeben. Unter diesen Umständen stünde es meines Erachtens nicht im Einklang mit der Rechtsprechung⁶⁰ zu Art. 94 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, über diese fehlenden Angaben hinwegzugehen und auf Geheiß eines Beteiligten von sich aus Hinweise zu einer nicht gestellten Frage zu geben.

149. Für den Fall aber, dass der Gerichtshof auf das Vorbringen des Klägers zu Art. 157 AEUV einzugehen beabsichtigt, mache ich hierzu nachstehend einige kurze Anmerkungen.

2. Art. 157 AEUV

150. In meinem Antwortvorschlag zur ersten Frage habe ich dargelegt, warum die Richtlinie 2000/78 der Aufrechterhaltung der Auswirkungen der Disziplarentscheidung nicht entgegensteht. Diese Entscheidung erfolgt außerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs der Richtlinie. Diese Richtlinie kann nicht dafür herangezogen werden, diese Entscheidung zu überprüfen, um einige ihrer Wirkungen zu beseitigen. Diese Argumente gelten entsprechend für Art. 157 AEUV.

151. Sollte der Gerichtshof eine andere Auffassung vertreten, wäre es Sache des vorlegenden Gerichts, das mögliche Vorliegen einer derartigen Diskriminierung festzustellen. Das Hauptargument ist jedoch offenbar, dass männliche Homosexuelle schlechter behandelt würden als weibliche Homosexuelle⁶¹. Der Kläger macht geltend, dass eine weibliche Polizeibeamtin im Fall von homosexuellen Handlungen mit Minderjährigen über 14 Jahre keine (oder jedenfalls eine mildere) Disziplinarstrafe erhalten würde als ein männlicher homosexueller Polizeibeamter bei gleichartigen Handlungen.

152. Sollte diese Annahme (im Hinblick auf die Disziplinarpraxis der österreichischen Polizei in den 1970er Jahren) sachlich richtig sein, was vom vorlegenden Gericht festzustellen wäre, verbietet Art. 157 AEUV eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf „Entgelt“. Nach ständiger Rechtsprechung *umfasst* Entgelt in diesem Sinne *nicht* Zahlungen aufgrund der gesetzlichen Rentensysteme, die zu den Leistungen der sozialen Sicherheit gehören⁶². Die österreichische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass es sich in diesem Fall um ein gesetzliches

⁶⁰ Aus jüngerer Zeit vgl. z. B. Beschlüsse vom 31. Mai 2018, Bán (C-24/18, nicht veröffentlicht, EU:C:2018:376, Rn. 18 ff.), vom 7. Juni 2018, easyJet Airline (C-241/18, nicht veröffentlicht, EU:C:2018:421, Rn. 12 ff.), und vom 7. Juni 2018, Filippi u. a. (C-589/16, EU:C:2018:417, Rn. 25 ff.).

⁶¹ Vgl. im Umkehrschluss Urteil vom 17. Februar 1998, Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

⁶² Vgl. Urteil vom 28. September 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, Rn. 20 bis 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Altersversorgungssystem handelt. Ob dies (im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs⁶³) der Fall ist, wäre vom vorlegenden Gericht zu klären. Auf der Grundlage der betreffenden Aussage der österreichischen Regierung hierzu würden diese Arten von Zahlungen jedoch grundsätzlich nicht unter Art. 157 AEUV fallen, so dass diese Bestimmung im vorliegenden Fall nicht anwendbar wäre.

153. Wäre dies jedoch nicht der Fall, müsste die zeitliche Anwendbarkeit von Art. 157 AEUV (und seiner Vorläuferbestimmungen) in Betracht gezogen werden. Ich verweise insoweit auf meine Ausführungen zu den Fragen 4 und 5, die entsprechend gelten. Zudem gilt gemäß den Urteilen in den Rechtssachen Barber⁶⁴ und Ten Oever⁶⁵, dass die „unmittelbare Wirkung von Artikel 119 EWG-Vertrag zur Stützung der Forderung nach Gleichbehandlung auf dem Gebiet der beruflichen Renten nur für Leistungen geltend gemacht werden [kann], die für *Beschäftigungszeiten nach dem 17. Mai 1990* [Datum des Urteils Barber] geschuldet werden, vorbehaltlich der Ausnahme, die für Arbeitnehmer oder deren anspruchsberechtigte Angehörige vorgesehen ist, die vor diesem Zeitpunkt nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben“⁶⁶.

154. Aus dem Sachverhalt, auf den sich das vorlegende Gericht gestützt hat, ergibt sich jedoch, dass keine der maßgeblichen Dienstzeiten nach dem 17. Mai 1990 liegen.

V. Ergebnis

155. Ich schlage dem Gerichtshof vor, die erste Vorlagefrage des Verwaltungsgerichtshofs (Österreich) wie folgt zu beantworten:

Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf steht der Aufrechterhaltung der Rechtsgestaltungswirkung einer nach nationalem Recht in Bestandskraft erwachsenen Verwaltungsentscheidung im Bereich des Beamtendisziplinarrechts (Disziplinarerkenntnis), mit welcher eine Versetzung des Beamten in den Ruhestand unter Kürzung des Ruhegehalts verfügt wurde, nicht entgegen, wenn

- für diese Verwaltungsentscheidung zum Zeitpunkt ihres Ergehens Unionsrechtsbestimmungen, insbesondere die Richtlinie 2000/78, noch nicht maßgebend waren, jedoch
- eine (gedachte) gleichartige Entscheidung gegen die Richtlinie verstieße, wenn sie im zeitlichen Geltungsbereich dieser Richtlinie erlassen würde.

⁶³ Vgl. z. B. Urteile vom 28. September 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, Rn. 20 bis 24 und die dort angeführte Rechtsprechung), sowie vom 24. November 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, Rn. 34 und 35).

⁶⁴ Urteil vom 17. Mai 1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

⁶⁵ Urteil vom 6. Oktober 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

⁶⁶ Siehe den Tenor des Urteils vom 6. Oktober 1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833). Hervorhebung nur hier.