



Datum van inontvangstneming : 20/06/2017

Zaak C-258/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

15 mei 2017

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 april 2017

Verzoeker tot Revision:

E. B.

Verwerende instantie:

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA

Verwaltungsgerichtshof

[OMISSIS]

27 april 2017

Het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) heeft [OMISSIS] [naar aanleiding van het beroep in Revision] tegen het arrest van het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) van 25 mei 2016, [OMISSIS] betreffende pensioenberekening en schadevorderingen op grond van de Oostenrijkse wet inzake gelijke behandeling (hierna: „B-GIBG”; verwerende instantie voor het Bundesverwaltungsgericht: Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter – BVA), de volgende

Beslissing

gegeven:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- 1) Verzet artikel 2 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: „richtlijn 2000/78”) zich tegen de handhaving van de rechtsgevolgen van een naar nationaal recht onherroepelijke bestuurlijke beslissing op het gebied van het ambtenarentucht recht (tuchtrechtelijk besluit) waarbij een ambtenaar op pensioen wordt gesteld met korting van de pensioenuitkering, indien

bij de vaststelling van de genoemde bestuurlijke beslissing bepalingen van Unierecht, met name richtlijn 2000/78, nog niet van toepassing waren,

maar een (denkbeeldige) soortgelijke beslissing in strijd zou zijn met richtlijn 2000/78 als deze was vastgesteld binnen de temporele werkingssfeer ervan? **[Or. 2]**

- 2) Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, is het dan voor de totstandbrenging van een situatie zonder discriminatie

- a) uit het oogpunt van het Unierecht vereist dat de ambtenaar met het oog op de berekening van zijn pensioenuitkering wordt behandeld alsof hij in de periode tussen het tijdstip waarop de bestuurlijke beslissing van kracht is geworden en het tijdstip waarop hij de wettelijke pensioenleeftijd heeft bereikt, niet met pensioen maar in actieve dienst is geweest, of

- b) is het hiervoor voldoende dat wordt erkend dat het passend is hem de ongekorte pensioenuitkering te verlenen waarop hij recht heeft ten gevolge van zijn pensionering op het in de bestuurlijke beslissing genoemde tijdstip?

- 3) Is voor de beantwoording van de tweede vraag van belang of de betrokken ambtenaar vóór het bereiken van de pensioenleeftijd zelf stappen heeft ondernomen om daadwerkelijk in actieve dienst van de federale overheid te treden?

- 4) Indien het (eventueel naargelang van de in de derde vraag vermelde omstandigheden) voldoende wordt geacht dat de procentuele korting van de pensioenuitkering ongedaan wordt gemaakt,

brengt het discriminatieverbod van richtlijn 2000/78 dan met zich mee dat de nationale rechter bij de berekening van de pensioenuitkering de richtlijn ook bij voorrang moet toepassen boven daarmee strijdig nationaal recht wat de tijdvakken betreft die zijn voorafgegaan aan het tijdstip waarop de richtlijn in Oostenrijk rechtstreeks van toepassing is geworden?

- 5) Indien het antwoord op de vierde vraag bevestigend luidt, op welk tijdstip heeft een dergelijke „terugwerkende kracht” dan betrekking?

Motivering:

- 1 I. Hoofdgeding:
- 2 De op 1 januari 1942 geboren verzoeker tot Revision (hierna: „verzoeker”) geniet een publiekrechtelijk pensioen van de federale overheid.[Or. 3]
- 3 Bij vonnis van het Landesgericht für Strafsachen Wien (voor strafzaken bevoegde rechter in eerste aanleg Wenen, Oostenrijk) van 10 september 1974 is verzoeker, die destijds politiebeampte in actieve dienst was, wegens poging tot het strafbare feit als bedoeld in § 1291 van het Strafgesetz 1945 (Oostenrijks wetboek van strafrecht van 1945; hierna: „StG”) [OMISSIS], zoals deze paragraaf luidt in de versie van bondswet BGBl. nr. 273/1971, veroordeeld tot een voorwaardelijke vrijheidsstraf met een proeftijd van drie jaar.
- 4 Een door verzoeker bij het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Wenen, Oostenrijk) ingesteld hoger beroep is verworpen.
- 5 Bij besluit van de Disziplinarkommission bei der Bundespolizeidirektion Wien (tuchtcommissie van de directie van de federale politie Wenen, Oostenrijk) van 10 juni 1975 is vastgesteld dat verzoeker

„in zijn beroepsverplichtingen [§ 24, lid 1, van de Dienstpragmatik (dienstvoorschriften); hierna: „DP”) is tekortgeschoten door op 25 februari 1974 tegen de avond – buiten de diensturen – in de Wiener Prater de 15-jarige W. en de 14-jarige H. te verzoeken hem met de hand seksueel te bevredigen. Om die reden is hij veroordeeld wegens het misdrijf „poging tot gelijkgeslachtelijke ontucht met minderjarigen” in de zin van de §§ 8 en 129 I. StG.

Hij heeft aldus een dienstmisdrijf (§ 87 DP) gepleegd. Derhalve wordt hem een tuchtstraf opgelegd in de vorm van verplichte definitieve pensionering met verminderde pensioenuitkering, waarbij de korting wordt vastgesteld op 25 % van de normale pensioenuitkering (§ 93, lid 1, onder d), juncto § 97, lid 1, DP.”
- 6 Een door verzoeker bij de Disziplinaroberkommission beim Bundesministerium für Inneres (hoogste tuchtcommissie van het ministerie van Binnenlandse Zaken) ingesteld beroep is verworpen bij tuchtrechtelijk besluit van 24 maart 1976. Dientengevolge is verzoeker met ingang van 1 april 1976 op pensioen gesteld.
- 7 Bij besluit van 17 mei 1976 is verzoekers pensioenuitkering vastgesteld op basis van zijn pensionering met ingang van 1 april 1976 en rekening houdend met de door de tuchtcommissie gelaste korting met 25 %.
- 8 Bij schrijven van 2 juni 2008 heeft verzoeker de tuchtrechtelijke autoriteit onder meer verzocht het tuchtrechtelijke besluit van 10 juni 1975 in te trekken en de tuchtprocedure tegen hem te beëindigen, alsook [Or. 4] subsidiair vast te stellen dat de rechtsgevolgen van dat besluit met ingang van 21 juni 2002 zijn vervallen. Hij heeft voorts verzocht om uitbetaling van loon voor actieve dienst voor nader

aangegeven tijdvakken, en subsidiair om opheffing van de korting van de pensioenuitkeringen vanaf 21 juni 2002.

- 9 Verzoeker was in dit verband de rechtsopvatting toegedaan dat zijn verzoeken moesten worden ingewilligd in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) – bijvoorbeeld in de zaak *L. en V. tegen Oostenrijk*, arrest van 9 januari 2003 [OMISSIS] – die volgens hem impliceert dat zijn tuchtrechtelijke veroordeling, die hij in strijd acht met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden („hierna: „EVRM”), moet worden vernietigd.
- 10 De Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt (hoogste tuchtcommissie bij de bondskanselarij) heeft deze verzoeken – die door haar kennelijk in hun geheel werden beschouwd als verzoeken tot hervatting van de tuchtprocedure – bij besluit van 17 juni 2009 afgewezen wegens overschrijding van de fatale termijn van 10 jaar voor de hervatting van de procedure. Volgens haar was het haar rechtens evenmin toegestaan om ambtshalve een (juridisch bindende) beschikking tot intrekking of wijziging van het tuchtrechtelijke besluit te geven.
- 11 Een door verzoeker bij het Verwaltungsgerichtshof ingesteld beroep is op 26 januari 2012 [OMISSIS] ongegrond verklaard.
- 12 Op 11 februari 2009 heeft verzoeker bij de dienst- respectievelijk pensioeninstantie verzoeken ingediend tot berekening en nabetaling van loon voor actieve dienst c.q. van hogere pensioenuitkeringen. Primair heeft hij zich op het standpunt gesteld dat (voortdurende) discriminatie enkel kan worden voorkomen door hem qua beloning en pensioenrechten zo te behandelen alsof hij tot het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd in actieve dienst was geweest. Subsidiair stelt hij op zijn minst recht te hebben op een ongekorte pensioenuitkering.
- 13 De verzoeken tot betaling (nabetaling) van loon voor actieve dienst zijn bij onherroepelijk besluit van de minister van Binnenlandse Zaken van 9 oktober 2013 afgewezen, in wezen op grond dat verzoeker geen schade heeft geleden, temeer daar hij ten gevolge van het feit dat hij niet langer [Or. 5] voor de federale overheid werkte, in de particuliere sector meer heeft verdiend dan het loon voor actieve dienst waarop hij recht zou hebben gehad als hij in dienst van de federale overheid was gebleven.
- 14 Wat de – vervolgens ook door verzoeker gedeeltelijk gewijzigde – verzoeken inzake de berekening van de pensioenrechten betreft, heeft de Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (hierna: „BVA”) bij besluit van 11 juni 2015 het volgende vastgesteld:
 - „1.) Uw verzoek van 11 februari 2009, gewijzigd bij schrijvens van 23 november 2012 en 17 november 2013,

„A. b) (bb) tot vaststelling dat A recht heeft op betaling (en nabetaling sinds 1 januari 2008) van het verschil tussen enerzijds de ontvangen pensioenuitkering op basis van het tuchtrechtelijke besluit van de Disziplinarkommission bei der Bundespolizeidirektion Wien van 10 juni 1975 en anderzijds de pensioenuitkering op de grondslag van de categorie E2a, salaristrap 19+DAZ, functietoelage E2a, functietrap 4, functiegroep 7 (bij pensionering met ingang van 1 januari 2008), vermeerderd met 4 % rente (over het na te betalen bedrag) vanaf 11 februari 2009, en

c) tot vaststelling dat bij de toepassing van punt A, onder b) (bb), de inkomsten in aanmerking moeten worden genomen die A in dat tijdvak door de uitoefening van een beroep of door de ontvangst van pensioenuitkeringen op grond van de uitoefening van een beroep (met uitzondering van de pensioenuitkering op basis van het tuchtrechtelijke besluit van de Disziplinarkommission bei der Bundespolizeidirektion Wien van 10 juni 1975) daadwerkelijk heeft ontvangen’,

wordt overeenkomstig § 3 van het Pensionsgesetz 1965 (pensioenwet; hierna: „PG 1965”) [OMISSIS] juncto § 93, lid 1, onder d), DP [OMISSIS] afgewezen.

2.) Uw verzoek van 11 februari 2009

„B. tot vaststelling dat de korting ten opzichte van de normale pensioenuitkering met ingang van 21 juni 2002 verval’t,

wordt overeenkomstig § 3 PG 1965 [OMISSIS] juncto § 93, lid 1, onder d), DP [OMISSIS] afgewezen.

3.) Uw verzoek van 11 februari 2009, gewijzigd bij schrijven van 23 november 2012,

„C. tot vaststelling dat de federale overheid aan A. voor de persoonlijke schade die hij heeft geleden op het vlak van de arbeidsvoorwaarden en de vaststelling van de beloning doordat zijn pensioenrechten op grond van zijn seksuele geaardheid op discriminerende wijze zijn ingehouden, 50 000 EUR schadevergoeding dient te betalen, te vermeerderen met 4 % rente vanaf 11 februari 2009’, [Or. 6]

wordt overeenkomstig § 19b B-GIBG afgewezen.

4.) Uw verzoek van 17 november 2013, dat ertoe strekt

„E. vast te stellen dat de federale overheid aan A. een vergoeding van de kosten voor rechtsbijstand moet betalen ten belope van 7 966,68 EUR (waarvan 1 311,50 EUR omzetbelasting tegen het tarief van 20 %), en ook op dit verzoek te beslissen door middel van een besluit ’,

wordt overeenkomstig § 74, lid 1, van het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (algemene wet bestuursprocesrecht) [OMISSIS], afgewezen.”

- 15 Bij het voor het Verwaltungsgerichtshof bestreden arrest van 25 mei 2016 heeft het Bundesverwaltungsgericht het door verzoeker tegen het besluit van 11 juni 2015 ingestelde beroep op grond van § 28, leden 1 en 2, van het Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (wet tot regeling van de bestuursrechtspraak) ongegrond verklaard en voor recht verklaard dat het beroep in Revision op grond van artikel 133, lid 4, van het Bundes-Verfassungsgesetz (Oostenrijkse federale grondwet) niet ontvankelijk was.
- 16 Ter motivering heeft het Bundesverwaltungsgericht in wezen overwogen dat op grond van het onherroepelijke besluit van de Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt van 17 juni 2009 (en de verwerping van het daartegen bij het Verwaltungsgerichtshof ingestelde beroep) vaststaat dat de gevolgen van het tuchtrechtelijke besluit van 24 maart 1976 nog steeds van kracht zijn. Dat verzoeker – wat de tijdvakken betreft die aan het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd zijn voorafgegaan – geen recht had op loon voor actieve dienst, vloeit voort uit het onherroepelijke besluit van de minister van Binnenlandse Zaken van 9 oktober 2013.
- 17 Het Bundesverwaltungsgericht acht het beroep in Revision niet ontvankelijk, temeer daar zijn arrest in de lijn ligt van de vaste rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof en er ook rechtspraak ter zake bestaat. Ook moet de rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof als consequent worden beschouwd.
- 18 Tegen dat arrest is het buitengewone beroep in Revision voor het Verwaltungsgerichtshof gericht. In de aparte motivering van de ontvankelijkheid wordt onder meer de vraag opgeworpen of de rechtsgevolgen van het tuchtrechtelijke besluit van 24 maart 1976 door het discriminatieverbod [Or. 7] van artikel 2 van richtlijn 2000/78 – wat de in casu relevante pensioentijdvakken betreft – zijn vervallen.
- 19 Ontwikkeling van het nationale recht:
- 20 Op 25 februari 1974 waren de §§128 en 129 StG, telkens in de versie van bondswet BGBl. nr. 273/1971, van toepassing. Zij luiden:

„Aanranding

§ 128. Hij die een jongen of meisje onder de veertien jaar [OMISSIS] ter bevrediging van zijn lusten op een andere dan de in § 127 genoemde wijze seksueel misbruikt, maakt zich schuldig aan aanranding en wordt gestraft met opsluiting van één tot vijf jaar, bij verzwarende omstandigheden tot tien jaar en, indien zich een van de in § 126 genoemde gevolgen voordoet, tot twintig jaar.

Ontucht

I. Gelijkgeslachtelijke ontucht met minderjarigen.

§ 129. Als misdrijf worden ook de hiernavolgende vormen van ontucht gestraft:

I. Gelijkgeslachtelijke ontucht tussen een persoon van het mannelijke geslacht die het achttiende levensjaar heeft voltooid en een persoon die het achttiende levensjaar nog niet heeft voltooid.”

- 21 De voornoemde strafbepalingen voorzagen dus in uiteenlopende leeftijden vanaf welke enerzijds homoseksuele contacten (18 jaar) en anderzijds heteroseksuele of lesbische contacten (14 jaar) waren toegestaan.
- 22 Hierin is ook geen verandering gebracht door het op 1 januari 1975 in werking getreden Strafgesetzbuch, [OMISSIS] (wetboek van strafrecht; hierna: „StGB”; zie §§ 207 en 209).
- 23 § 209 StGB is bij arrest van het Verfassungsgerichtshof van 21 juni 2002 [OMISSIS] met ingang van 28 februari 2003 in strijd met de grondwet verklaard en opgeheven.
- 24 De Oostenrijkse federale wetgever heeft deze opheffing voorkomen door op zijn beurt bij bondswet [Or. 8] BGBl. I nr. 134/2002 de paragraaf in kwestie reeds met ingang van 13 augustus 2002 op te heffen.
- 25 Vervolgens is Oostenrijk door het EHRM meermaals veroordeeld in verband met de (aan de opheffing voorafgaande) toepassing van de – met § 129I StGB overeenstemmende – § 209 StGB (zie in dit verband bijvoorbeeld de arresten *L. en V. tegen Oostenrijk* van 9 januari 2003 [OMISSIS], *S. L. tegen Oostenrijk* van 9 januari 2003, [OMISSIS] en *Woditschka en Wilfling tegen Oostenrijk* van 21 oktober 2004, [OMISSIS] e.a.).
- 26 Het EHRM heeft in het eerstgenoemde arrest in wezen aangenomen dat § 209 StGB in strijd is met de artikelen 8 en 14 EVRM omdat niet is aangetoond dat er een toereikende rechtvaardiging bestaat voor de uiteenlopende leeftijden waarop homoseksuele contacten met volwassenen enerzijds en heteroseksuele of lesbische contacten met volwassenen anderzijds zijn toegestaan.
- 27 Volgens § 13, lid 1, van het Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (wet betreffende de rechtspositie van ambtenaren; hierna: „BDG 1979”), in de versie van bondswet BGBl. I nr. 119/2002, gold tot en met 30 december 2016 dat een ambtenaar met pensioen ging bij voltooiing van het vijfenzestigste levensjaar.
- 28 Bij verzoeker, die in 1942 is geboren, zou dit – indien hem geen tuchtstraf was opgelegd – op 1 januari 2008 het geval zijn geweest. De destijds vigerende bepalingen inzake de berekening van het pensioen luiden als volgt:
- 29 § 4, lid 1, punten 1 en 3, PG 1965, in de versie van bondswet BGBl. I nr. 53/2007, bepaalde:

„§ 4. (1) De grondslag voor de berekening van het pensioen dient als volgt te worden vastgesteld:

1. Voor iedere na 31 december 1979 liggende toerekenbare maand waarin de betrokkene voor de federale overheid heeft gewerkt en waarvoor een pensioenbijdrage volgens de telkens geldende bepalingen moet of moest worden afgedragen (maand van bijdrage) dient de berekeningsgrondslag voor de pensioenbijdrage (bijdragegrondslag) te worden vastgesteld overeenkomstig § 22 van het Gehaltsgesetz 1956 (salariswet; hierna: „GehG”), [OMISSIS] in de telkens vigerende versie. Bijzondere betalingen en extra vergoedingen waaruit rechten voortvloeien, worden daarbij niet in aanmerking genomen.[Or. 9]

[...]

[OMISSIS]”

30 [OMISSIS]

31 Op grond van § 5, lid 1, PG 1965, in de versie van bondswet BGBl. I nr. 53/2007, wordt de volledige grondslag voor de berekening van het pensioen gevormd door 80 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen.

32 § 6, lid 1, PG 1965, in de versie van bondswet BGBl. I nr. 87/2002, bepaalt:

„§ 6. (1) De totale op pensioen rechtgevende loopbaan bestaat uit

a) de op pensioen rechtgevende loopbaan bij de federale overheid,

[...]”

33 § 7 PG 1965, in de versie van BGBl. I nr. 71/2003, bepaalt:

„Hoogte van het pensioen

§ 7. (1) Het pensioen bedraagt voor ieder op pensioen rechtgevend dienstjaar 2,2222 % en voor iedere resterende op pensioen rechtgevende dienstmaand 0,1852 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen. Het hieruit voortvloeiende percentage wordt op twee cijfers na de komma afgerond.

2. Het pensioen mag niet lager liggen dan 40 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen.”

34 § 90 PG 1965, in de versie van bondswet BGBl. I nr. 53/2007, bepaalt:

„Overgangsbepalingen bij wetswijziging BGBl. I nr. 71/2003

§ 90. (1) Wat ambtenaren betreft die op 31 december 2003 een totale op pensioen rechtgevende loopbaan (met inbegrip van de voor het pensioen in aanmerking

genomen tijdvakken vóór indiensttreding) van vijftien jaar hebben, dan wel, wanneer vóór 1 mei 1995 een dienstverband met een Oostenrijks publiekrechtelijk lichaam is aangegaan en een dergelijk dienstverband tot en met 31 december 2003 zonder onderbreking is blijven bestaan, een totale op pensioen rechtgevende loopbaan (met inbegrip van de voor het pensioen in aanmerking genomen tijdvakken vóór indiensttreding) van tien jaar hebben, bedraagt het pensioen in afwijking van §7

[Or. 10]

1. per dienstjaar 2 % en per resterende dienstmaand 0,167 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen, voor de tijdvakken van de totale op pensioen rechtgevende loopbaan vóór 1 januari 2004;
- 2 per dienstjaar 1,667 % en per resterende dienstmaand 0,139 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen, dan wel, wanneer vóór 1 mei 1995 een dienstverband met een Oostenrijks publiekrechtelijk lichaam is aangegaan en een dergelijk dienstverband tot en met 31 december 2003 zonder onderbreking is blijven bestaan, per dienstjaar 1,429 % en per resterende dienstmaand 0,119 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen, voor de tijdvakken van de totale op pensioen rechtgevende loopbaan na 31 december 2003;
- 3) 50 % van de grondslag voor de berekening van het pensioen voor de eerste vijftien jaar van de totale op pensioen rechtgevende loopbaan, dan wel, wanneer vóór 1 mei 1995 een dienstverband met een Oostenrijks publiekrechtelijk lichaam is aangegaan en een dergelijk dienstverband tot en met 31 december 2003 zonder onderbreking is blijven bestaan, voor de eerste tien jaar van de totale op pensioen rechtgevende loopbaan, in beide gevallen ongeacht het tijdvak waarvan die jaren deel uitmaken.

Het hieruit voortvloeiende percentage wordt op twee cijfers na de komma afgerond.”

- 35 Volgens artikel 1 van richtlijn 2000/78 geldt onder meer een verbod op discriminatie op grond van seksuele geaardheid.
- 36 Artikel 2, lid 1 en lid 2, onder a), artikel 3, lid 1, onder c), en artikel 17 van richtlijn 2000/78 bepalen:

„Artikel 2

Het begrip discriminatie

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er

- a) ‘directe discriminatie’, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;

[...]

[Or. 11]

Artikel 3

Werkings sfeer

1. Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot

[...]

- c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

[...]

Artikel 17

Sancties

De lidstaten stellen vast welke sancties gelden voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 2 december 2003 in kennis van die bepalingen en stellen haar zo spoedig mogelijk in kennis van eventuele latere wijzigingen daarop.”

37 Richtlijn 2000/78 diende volgens artikel 18, eerste volzin, ervan in beginsel tegen 2 december 2003 te worden omgezet.

38 Het Verwaltungsgerichtshof gaat – anders dan het Bundesverwaltungsgericht, waarvan het oordeel voor het Verwaltungsgerichtshof niet bindend is – voorlopig ervan uit dat het buitengewone beroep in Revision ontvankelijk is, omdat verzoeker in zijn motivering van de ontvankelijkheid de in het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing nader toegelichte en door het Verwaltungsgerichtshof essentieel geachte vraag betreffende de uitlegging van de Unierechtelijke bepaling van artikel 2 van richtlijn 200/78 opwerpt.

- 39 Tevens gaat het Verwaltungsgerichtshof – anders dan het Bundesverwaltungsgericht – voorlopig ervan uit dat in het besluit van de Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt van 17 juni 2009 nog niet **[Or. 12]** op rechtens bindende wijze is beslist over de hier aan de orde gestelde kwestie van een beperking van de rechtsgevolgen van het op 24 maart 1976 vastgestelde tuchtrechtelijke besluit. Wat het voornaamste verzoek betreft, dat strekt tot hervatting van de tuchtprocedure, volgt dit reeds uit het feit dat het in casu niet gaat om het wegnemen van de gevolgen van het tuchtrechtelijke besluit voor tijdvakken na de vaststelling ervan, dat wil zeggen om het complete verdwijnen ervan uit de rechtsorde, hetgeen het geval zou zijn geweest bij inwilliging van het verzoek tot hervatting van de zaak. Voor de overige in punt 8 vermelde verzoeken volgt het ontbreken van de verbindende kracht uit het feit dat de Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt geen inhoudelijke (vaststellende) beslissing naar aanleiding van die verzoeken heeft genomen, maar die verzoeken zelf vanwege de te late indiening ervan heeft afgewezen. Het onherroepelijke karakter van een dergelijk afwijzend besluit impliceert niet dat de daarin vervatte vaststellingen bindend zijn voor de beoordeling van de rechtsgevolgen van het tuchtrechtelijke besluit van 24 maart 1976.
- 40 Ook uit het onherroepelijke besluit van de minister van Binnenlandse Zaken van 9 oktober 2013 kan geen definitieve inhoudelijke vaststelling volgen dat verzoeker tijdens de daarin genoemde tijdvakken niet in actieve dienst maar gepensioneerd was. Dat besluit had namelijk alleen betrekking op de ontzegging van een recht op betaling op grond van de overweging dat verzoeker tijdens de relevante periode in de particuliere sector hogere inkomsten heeft verworven dan het geval zou zijn geweest indien hij ook na 1 april 1976 in actieve dienst van de overheid was gebleven.
- 41 Aangenomen dient te worden dat bepalingen Unierecht zich niet verzetten tegen de tuchtrechtelijke veroordeling van verzoeker in 1976.
- 42 Daartegenover staat dat het Verwaltungsgerichtshof ervan uitgaat dat een soortgelijke tuchtrechtelijke veroordeling na de omzetting van richtlijn 2000/78 in Oostenrijks recht niet meer had mogen worden uitgesproken. Bij gebreke van (nieuwe) rechtvaardigingsgronden voor de uiteenlopende leeftijden vanaf welke enerzijds homoseksuele contacten met volwassenen en anderzijds heteroseksuele en lesbische contacten met volwassenen zijn toegestaan **[Or. 13]**, is het namelijk ook in het kader van het tuchtrecht niet geoorloofd een onderscheid te maken tussen een verzoek van een volwassene aan een mondige minderjarige om homoseksuele handelingen te verrichten en een dergelijk verzoek om heteroseksuele of lesbische handelingen te verrichten. Het lijdt echter niet de minste twijfel dat een dergelijk onderscheid ten grondslag lag aan het in het geding zijnde tuchtrechtelijke besluit, aangezien dit besluit voornamelijk was gebaseerd op het (destijds) strafbare karakter van het aan verzoeker ten laste gelegde gedrag. Ook al kan – naargelang van de concrete omstandigheden – niet worden uitgesloten dat een vergelijkbaar verzoek tot het verrichten van heteroseksuele of lesbische handelingen als strijdig met de goede zeden en dus

onder bepaalde omstandigheden ook als (destijds tuchtrechtelijk strafbare) inbreuk op de gedragscode was beschouwd, zou een eventuele tuchtrechtelijke veroordeling bij gebreke van het vervullen van de bestanddelen van § 129I StG (of enig ander strafbaar feit) veel milder zijn uitgevallen. Met name zou geen verplichte pensionering als tuchtstraf zijn opgelegd.

- 43 Indien echter de handhaving van de rechtsgevolgen van het in het geding zijnde tuchtrechtelijke besluit voor de berekening van verzoekers pensioenuitkering moet worden geacht verboden discriminatie op grond van seksuele geaardheid te vormen in de zin van artikel 2 van richtlijn 2000/78, dan zou de relevante rechtssituatie na de omzetting van die richtlijn in Oostenrijks recht in zoverre gewijzigd zijn dat voor latere pensioentijdvakken de pensioenuitkering op een niet-discriminerende wijze moet worden berekend (zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van 29 april 1999, Ciola, C-224/97). Dit zou tot gevolg hebben dat – ook zonder onherroepelijke beschikking van de tuchtrechtelijke autoriteiten tot intrekking of wijziging van het besluit van 24 maart 1976 – dit besluit geen rechtsgevolgen meer zou sorteren wat de genoemde pensioentijdvakken betreft. Hetzelfde zou ten aanzien van die tijdvakken gelden voor de gevolgen van de vaststellingen die zijn vervat in het besluit van 17 mei 1976 betreffende de berekening van de pensioenuitkering. **[Or. 14]**
- 44 Voorts gaat het Verwaltungsgerichtshof om de hiernavolgende redenen ervan uit dat de berekening van de pensioenen van overheidsambtenaren binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt.
- 45 De BDG 1979 gaat qua systematiek uit van de elkaar aanvullende begrippen „Beamter des Dienststandes” (ambtenaar in actieve dienst) en „Beamter des Ruhestandes” (ambtenaar in ruste) en omschrijft daarmee een verschillende status binnen een bestaand publiekrechtelijk dienstverband, dat in beginsel gedurende het gehele leven van de betrokkene blijft bestaan. Een ambtenaar is ofwel in actieve dienst ofwel in ruste. Hij kan niet zowel het een als het ander zijn. Wanneer een ambtenaar niet meer in actieve dienst is, maar nog wel in een publiekrechtelijk dienstverband staat, dan verkrijgt hij derhalve de hoedanigheid van ambtenaar in ruste. Het BDG 1979 maakt namelijk door het gebruik van andere begrippen een duidelijk onderscheid tussen de beëindiging van het publiekrechtelijke dienstverband en de pensionering (zie dienaangaande bijvoorbeeld het arrest van het Verwaltungsgerichtshof van 8 november 1995 [OMISSIS]). Het publiekrechtelijke dienstverband (daaronder begrepen het pensioen) en de met sociale zekerheid verband houdende vraagstukken zijn namelijk principieel verschillende rechtsgebieden (zie arrest van het Verwaltungsgerichtshof van 17 augustus 2000, [OMISSIS]).
- 46 De berekening van het pensioen raakt dus aan de beloningsvoorwaarden voor ambtenaren in de zin van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 (zie arresten Hof van 21 januari 2015, Felber, C-529/13, punt 24, en 16 juni 2016, Lesar, C-159/15, punt 18).

- 47 Naar het oordeel van het Verwaltungsgerichtshof is voor de beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag de uitlegging van het Unierecht vereist. Deze ligt niet zonder meer voor de hand.
- 48 Enerzijds kan worden geargumenteed dat de handhaving van de rechtsgevolgen van het tuchtrechtelijke besluit, waartegen ten tijde van de vaststelling ervan uit het oogpunt van het Unierecht geen bezwaren bestonden, slechts de voortgezette toepassing is van een rechtspositionele maatregel waartoe destijds – althans uit het oogpunt van het Unierecht – rechtmatig en onherroepelijk is besloten.**[Or. 15]**
- 49 Anderzijds kan worden betoogd dat verzoeker op het vlak van beloning nadelen blijft ondervinden die verband houden met zijn seksuele geaardheid, doordat de destijds vastgestelde maatregel ook rechtsgevolgen blijft sorteren voor tijdvakken na de omzetting van de richtlijn in Oostenrijks recht (zie in dit verband ook de overwegingen van het EHRM in zijn arrest van 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet tegen Nederland [OMISSIS], met name punt 52).
- 50 Mocht worden bevestigd dat sprake is van discriminatie, rijst voorts de vraag of verzoeker op grond van het Unierecht zo moet worden behandeld alsof hij nooit op pensioen was gesteld. Dat zou tot gevolg hebben dat hij tot het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd – dat wil zeggen tot en met 31 december 2007 – recht zou hebben op loon voor actieve dienst, en dat de pensioenuitkeringen waarop hij sinds 1 januari 2008 recht heeft, op grond van de – in het overzicht van het toepasselijke recht weergegeven – bepalingen van het PG 1965 zo zouden moeten worden berekend alsof hij tot dat tijdstip ook daadwerkelijk in actieve dienst was geweest. Tegen een dergelijke benadering pleit mogelijkwerwijs dat verzoeker zelf geen stappen heeft ondernomen om daadwerkelijk in actieve dienst van de politie te treden voordat hij de pensioenleeftijd bereikte.
- 51 Daartegenover staat dat het evenmin uitgesloten lijkt te zijn dat het voor de totstandbrenging van een situatie zonder discriminatie voldoende is de in het tuchtrechtelijke besluit vastgelegde korting van de normale pensioenuitkering met 25 % buiten toepassing te laten (en het pensioen voor het overige te berekenen op basis van zijn tot 1974 verkregen rechten).
- 52 Overigens gaat het Verwaltungsgerichtshof ervan uit dat nationale rechterlijke instanties richtlijn 2000/78 slechts bij voorrang moeten toepassen voor pensioentijdvakken die volgen op het tijdstip waarop die richtlijn in Oostenrijk rechtstreeks van toepassing is geworden. Verzoeker is evenwel van mening dat richtlijn 2000/78 ten aanzien van besluiten die zijn vastgesteld nadat die richtlijn in Oostenrijks recht is omgezet (zoals het litigieuze besluit) tevens terugwerkende kracht heeft met betrekking tot eerdere tijdvakken (eventueel zelfs tot 1 april 1976 of alleen maar tot de opheffing van § 209 StGB door het **[Or. 16]** Verfassungsgerichtshof of tot het tijdstip van wijziging van de reeds aangehaalde arresten van het EHRM). Aangezien deze rechtsopvatting niet zonder meer van de hand kan worden gewezen (denkbaar is ook dat de richtlijn terugwerkt tot het tijdstip waarop Oostenrijk is toegetreden tot de Europese Economische

Gemeenschap), worden ook in die richting vragen gesteld (de vierde en de vijfde vraag). Deze zijn echter slechts relevant indien verzoeker ook reeds vóór 1 januari 2008 recht had op pensioenuitkeringen, wat een ontkennend antwoord op vraag 2, onder a), onderstelt.

- 53 Op grond van de voorgaande overwegingen heeft het Verwaltungsgerichtshof besloten het Hof van Justitie van de Europese Unie de aan het begin weergegeven prejudiciële vragen voor te leggen.

Wenen, 27 april 2017