



Vordienstzeitenanrechnung in Österreich aus unionsrechtlicher Sicht

Denise Posch,^{*} Graz

Abstract: Das Thema der Vordienstzeitenanrechnung in Österreich ist ein schier endloses. Bereits rund 20 Vorabentscheidungsverfahren wurden durch österreichische Gerichte initiiert – immer wieder liefen nationale Regelungen in Gesetzen oder Kollektivverträgen hinsichtlich der Anrechnung von in vorangehenden Arbeitsverhältnissen erbrachten Dienstzeiten dem Unionsrecht zuwider. Die Aktualität des Themas ebbt durch neue Vorlagen und teils weitreichende Entscheidungen des EuGH nicht ab, neue Perspektiven führen zu weiteren Fragen. Der durch den vorliegenden Beitrag versuchte Blick auf die Urteile aus der Vogelperspektive zeigt deutlich, dass sich ein Dogmatikwandel in der Argumentation des EuGH anbahnt. Während in den frühen 2000er Jahren eine beschränkte Vordienstzeitenanrechnung primär auf das damit einhergehende Problem einer potentiellen Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters überprüft wurde, wird in der aktuelleren Judikatur des EuGH schnell eine verbotene Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gesehen, die nicht selten in hypothetischen Sachverhalten erkannt wird, die keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Der Beitrag versucht daher, eine Gesamtschau der Urteile unter den Gesichtspunkten Altersdiskriminierung und Arbeitnehmerfreizügigkeit zu bieten. Besonders auf die Urteile *Bowman*, *SALK*, *EurothermenResort Bad Schallerbach* und *Krah* wird intensiver eingegangen, da sie eine Vielzahl von Fragen aufwerfen, die in der Literatur bisher nur fragmentarisch bzw aufgrund ihrer Aktualität noch gar nicht behandelt oder nicht in einen gemeinsamen Kontext eingebettet wurden. Als besonders interessant erweist sich die in der *Rs Krah* geäußerte und somit für die Mitgliedstaaten bindende Aussage des EuGH, dass gleichwertige Vordienstzeiten stets zur Gänze auf das bestehende Dienstverhältnis anzurechnen sind, wenn eine derartige Berücksichtigung von Vordienstzeiten vorgesehen ist. Dies könnte schon bald eine „Ganz oder gar nicht-Politik“ nach sich ziehen, die abermals neue Probleme aufwerfen würde.

Keywords: Vordienstzeiten, Altersdiskriminierung, Arbeitnehmerfreizügigkeit

I. Einleitung

Das österreichische Arbeitsrecht ist von einer Vielzahl an Ansprüchen geprägt, die dem AN nicht schon bei Diensteintritt gebühren, sondern erst nach einer gewissen Dauer des

^{*} Mag.^a Denise Posch ist Universitätsassistentin am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

Arbeitsverhältnisses erwachsen. Es ist daher nur nachvollziehbar, dass AN beim Wechsel des AG vorangehende Dienstzeiten auf das aktuelle Arbeitsverhältnis angerechnet haben wollen. Ebenso gibt es die Forderung, Schul- und Lehrzeiten, die in den Jahren vor der Volljährigkeit absolviert wurden, im Arbeitsverhältnis nicht unberücksichtigt zu lassen. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die Behandlung ebenjener Vordienstzeiten in österreichischen Gesetzen und Kollektivverträgen. Die Tatsache, dass eine solche Anrechnung in unterschiedlichsten Formen und von verschiedensten Faktoren abhängig gemacht in zahlreichen Vorschriften des österreichischen Arbeitsrechts vorgesehen ist, sorgte in den letzten Dekaden auch für zahlreiche Akten auf dem Tische des EuGH. Erst nach und nach scheint in Bezug auf die unionsrechtlichen Anforderungen an Vordienstzeitenanrechnungen Rechtsklarheit einzutreten.

Der vorliegende Beitrag soll daher zunächst einen kurzen Überblick über das Konzept der Vordienstzeiten verschaffen (dazu II.). Darauf aufbauend werden die mannigfaltigen unionsrechtlichen Probleme, die mit einer Vordienstzeitenanrechnung einhergehen, dargestellt. Einerseits ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit als fundamentales, durch die EU verbürgertes Grundrecht angesprochen. Beschränkungen im Hinblick auf eine Berücksichtigung von vorangehenden Berufszeiten bergen großes Potential, diese Garantie zu gefährden (dazu III. B.). Andererseits werden Vordienstzeitenanrechnungen am unionsrechtlich vorgezeichneten Verbot der Altersdiskriminierung gemessen (s III. A.). In diesem Zusammenhang erfolgt insb eine Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zum Thema. Entscheidungen aus den letzten 20 Jahren sollen dabei möglichst systematisch abgehandelt werden. Außerdem werden die Urteile in III. C. gesammelt tabellarisch aufbereitet, was eine prägnante und schnell erfassbare Übersicht über die jeweiligen Hauptaussagen ermöglichen soll.

Kernstück des Beitrags stellt eine kritische Würdigung der behandelten Urteile dar (s IV.). Diese verfolgt das Ziel, ein Zusammenspiel der zentralen Aussagen zu erkennen und – auch anhand der einschlägigen Literatur – etwaige Inkonsistenzen in den Argumentationen des EuGH aufzuzeigen. Hierbei werden die Urteile in zwei große Fallgruppen geordnet: Zum einen soll auf den Aspekt potentieller Ungleichbehandlung aufgrund des Alters wegen der beschränkten Anrechnung von Vordienstzeiten eingegangen werden, zum anderen werden diverse Betrachtungen ebenjener Problematik vom Standpunkt der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus angestellt. Dabei wird die Frage gestellt, inwieweit vor allem die jüngste Judikatur zu einem geänderten Verständnis führen könnte und welche Rolle hier die Werte der Betriebstreue und der Berufserfahrung einnehmen. Die Würdigung wird durch Überlegungen zum Thema Inländerdiskriminierung und einen Ausblick zur Frage der Gleichwertigkeit anzurechnender Vordienstzeiten abgeschlossen.

In einem Resümee werden schließlich die Ergebnisse zusammengeführt und jene Punkte aufgezeigt, die für eine Vielzahl an Urteilen Relevanz aufgewiesen haben und zukünftig zu weiteren Problemen führen könnten (s V.).

II. Grundsätzliches zu Vordienstzeiten

Laut Statistik Austria wurden in Österreich im Jahre 2010¹ ca eine Million Arbeitsverhältnisse aufgenommen, wovon mehr als drei Viertel innerhalb zweier Jahre wieder beendet wurden. Folgen einer solchen Beendigung sind neben Arbeitslosigkeit vor allem Wechsel in andere Beschäftigungsverhältnisse.² Wechselt man den AG, werden die Zeiten, die man bei bisherigen, vorangehenden AG geleistet hat, als *Vordienstzeiten* bezeichnet.

Ebenjene Vordienstzeiten sind insofern relevant, als das österreichische Arbeitsrecht zahlreiche Regelungen enthält, die eine Korrelation zwischen zurückgelegten Dienstzeiten und Ansprüchen des AN aufweisen. Beispiele für diese sog *dienstzeitabhängigen Ansprüche* sind die Erhöhung des Urlaubsausmaßes gem § 2 UrlG, die Höhe der Abfertigung alt nach § 23 AngG, die längeren Kündigungsfristen bei Angestellten³ iSd § 20 AngG oder die Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 2 EFZG bzw § 8 AngG. Derartige Ansprüche können niemals zulasten des AN abbedungen werden.⁴ Weiters sehen viele KollIV dienstzeitabhängige Gehaltssteigerungen vor,⁵ ebenso wie dies in den Gesetzen der privat- und öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse der Bediensteten des Bundes, der Länder und der Gemeinden der Fall ist.⁶ Die Mehrzahl der Regelungen, die die Anrechnung von Vordienstzeiten betreffen, finden sich aber nicht im Gesetz, sondern in KollIV (s sogleich) und Einzelvereinbarungen. Neben den gesetzlich geregelten Fällen besteht also keine allgemeine Verpflichtung des AG zur Anrechnung von Vordienstzeiten bzw kein grundsätzliches Recht des AN darauf.⁷

A. Die Funktionen von dienstzeitabhängigen Ansprüchen und von Vordienstzeitenanrechnungen

Im Arbeitsleben ist es oft erstrebenswert, dass *Arbeitsverhältnisse* beständig sind und *für lange Zeit aufrechterhalten* werden. AN und AG profitieren wechselseitig von langer Betriebszugehörigkeit; der Erfahrungsschatz und die Kenntnis der internen Prozesse wächst stetig, es kann gezielt weitergebildet werden und es bedarf keiner aufwändigen, unter Umständen auch kostspieligen Einschulungen. Durch eine derartige Beständigkeit können ua auch die Kundenbeziehungen profitieren.⁸ Aus diesen Gründen ist es nachvollziehbar, dass Gesetzgeber, Sozialpartner und einzelne Arbeitsvertragsparteien Regelungen treffen, die eine lange Betriebszugehörigkeit honorieren möchten.

¹ Eine aktuellere Statistik liegt nicht vor.

² Vgl http://www.statistik.at/web_de/presse/110835.html (Abfragedatum: 4.8.2020).

³ Anmerkung: Die Kündigungsfristen für Arbeiter werden mit 1.10.2021 an jene der Angestellten angeglichen.

⁴ *Bramshuber*, Betriebsstreue und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2018, 16; vgl § 12 UrlG, § 40 AngG, § 6 EFZG.

⁵ ZB KollIV für die Arbeitnehmerinnen der Universitäten, Dienstordnung für die Angestellten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs und viele andere.

⁶ Vgl *Wachter*, Die Vordienstzeitenanrechnung auf dem Prüfstand des Unionsrechts, in *Wachter/Reissner* (Hrsg), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2015) 259 (261 mwN).

⁷ *Stupar*, EuGH: (Nicht-)Anrechnung von Vordienstzeiten bei anderen AG ist keine Altersdiskriminierung, ZAS 2013, 92.

⁸ *Bramshuber*, ZESAR 2018, 16.

Ein weiterer hinter Zeitvorrückungen und damit verbundenen Einstufungen in höhere Entgeltstufen stehender Gedanke ist die damit zusammenhängende Kompensation der Inflation – andernfalls müsste ein AN regelmäßig in Eigenregie versuchen, mit dem AG ein höheres Entgelt auszuhandeln.⁹

Neben der Betriebstreue kann auch die allgemeine, *in anderen Arbeitsverhältnissen erlangte Berufserfahrung* als leistungssteigernd anerkannt werden. Ihr Vorhandensein kann im Zuge einer Vordienstzeitenanrechnung gewürdigt werden.

Die Honorierung von Betriebstreue basiert also auf anderen Überlegungen als die Berücksichtigung von Berufserfahrung. Hier gilt es, sauber zu trennen. Dass dies vor allem vom EuGH nicht immer getan wurde, führte zu teils unstimmgiger Argumentation in der Rechtsprechung zum Thema der anrechenbaren Vordienstzeiten (dazu IV. B. 4.).

B. Aufklärungspflicht des AN über bestehende Vordienstzeiten

Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses trifft den AN die Obliegenheit, dem AG jene Vordienstzeiten mitzuteilen, die ihm nach dem jeweiligen KollV bzw Gesetz als anrechenbar erscheinen.¹⁰ Verabsäumt der AN, derartige Informationen dem AG zu erteilen, so ist dieser verpflichtet, den AN direkt nach Vordienstzeiten zu fragen¹¹ und ihn gegebenenfalls aufzufordern, Nachweise darüber vorzulegen.¹² Verletzt der AG diese Verpflichtung, müssen auch nachträglich bekanntgegebene Vordienstzeiten berücksichtigt werden und den AG trifft die Pflicht, dem AN die Entgeltdifferenz, die eine etwaige aus der Anrechnung resultierende höhere Einstufung mit sich bringt, zu bezahlen.¹³ Die Beweislast liegt allerdings beim AN, dh er muss Dienstzeiten aus vorherigen Arbeitsverhältnissen nachweisen, was grundsätzlich durch Vorlage von Dienstzeugnissen oder Versicherungsbestätigungen erfolgt.¹⁴ Verschweigt der AN Vordienstzeiten, selbst nachdem der AG ihn darauf aufmerksam gemacht hat, können diese im Nachhinein nicht mehr geltend gemacht werden.¹⁵ Im Wesentlichen entspringen diese wechselseitigen Notwendigkeiten der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des AN¹⁶ und der Fürsorgepflicht des AG.¹⁷

Neben den gesetzlich normierten obligatorischen Anrechnungen von Vordienstzeiten, wie etwa § 2 Abs 3 UrlG oder § 23 Abs 1 AngG, ist es selbstverständlich auch möglich, günstigere Regelungen in nachgeordneten Rechtsquellen vorzusehen. Hierbei sind vor allem der KollV und der Einzelarbeitsvertrag als Rechtsquellen zu nennen.¹⁸ Wird der Bereich, für den die günstigere Anrechnung der Vordienstzeiten wirksam werden soll, nicht genau abgegrenzt, so

⁹ Potz, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Entgeltsysteme – verlangt das Unionsrecht die Gleichbehandlung von Vordienstzeiten und Dienstzeiten? JAS 2020, 83 (105).

¹⁰ OGH 17.3.1993, 9 ObA 11/93, WBI 1993, 356= infas 1993 A 112.

¹¹ OLG Wien 1.12.1999, 9 Ra 264/99f, Arb 11.977 = ARD 5117/11/2000.

¹² Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 3 UrlG Rz 2.

¹³ Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz (Teillieferungen; 2012) § 18 Rz 75.

¹⁴ Schrank, Urlaubsgesetz (2018) § 3 Rz 39.

¹⁵ Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁹ (2020) 11.3; OGH 16.6.2008, 8 ObA 19/08i, DRdA 2009, 49.

¹⁶ OGH 16.6.2008, 8 ObA 19/08i, DRdA 2009, 49.

¹⁷ Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 18 Rz 75; Reissner in ZellKomm³ § 3 UrlG Rz 2.

¹⁸ Gerhartl, Die Anrechnung von Vordienstzeiten im Arbeitsverhältnis, ASoK 2007, 131 (132).

wirkt sich das im Zweifel positiv für den AN aus, wird doch dann anzunehmen sein, dass sich die Anrechnung der Vordienstzeiten auf alle dienstzeitabhängigen Ansprüche erstreckt.¹⁹

C. Einstufung anhand erbrachter Dienstzeiten in Gesetz oder KollV

Wie bereits angeschnitten, kommt der Anrechnung von Vordienstzeiten in vielen KollV beträchtliche Bedeutung zu, da mit ihr oft eine bessere Einstufung und damit ein höherer Entgeltanspruch einhergeht. Auch im Bereich des öffentlichen Dienstes finden sich in den diversen Gesetzen²⁰ Regelungen, die systematisch weitestgehend denjenigen der KollV ähneln. Im Folgenden soll kurz skizziert werden, nach welchen Techniken Einstufungen in der österreichischen Arbeitswelt vorgenommen werden.

Zunächst wird darauf abgestellt, welche Tätigkeit der AN faktisch überwiegend leistet, um ihn danach in eine konkrete Verwendungs- oder Beschäftigungsgruppe einzureihen.²¹ Es wird also einerseits nach Beschäftigungsart und Qualifikation kategorisiert. In weiterer Folge wird etwaig vorhandene Arbeitserfahrung bei anderen AG relevant und der AN wird in ein bestimmtes Verwendungsgruppenjahr eingeordnet.²² Dabei ist zu unterscheiden, ob nur betriebsfremde, vorangehende Verwendungsgruppenjahre oder jegliche Berufsjahre als anrechenbar anerkannt werden. Das Ausmaß der anzuerkennenden, in der bestimmten Verwendungsgruppe zurückgelegten Dienstzeiten kann dabei beschränkt werden.²³ Konkrete Ausgestaltungen oder Voraussetzungen, wie etwa Facheinschlägigkeit der anzurechnenden Vordienstzeiten, können vorgesehen werden.²⁴

Vor allem in den gesetzlich normierten Fällen der Gehaltsstufenvorrückung wird in Österreich mit dem Konzept des Vorrückungstichtages gearbeitet. Er stellt das Kriterium dar, nach welchem kategorisiert wird, wann ein AN in die nächste Entlohnungsklasse aufsteigt.²⁵

Differenzierungen zwischen Vordienstzeiten, die bei einem österreichischen AG absolviert wurden, und solchen, die aus einem sonstigen Arbeitsverhältnis in einem der Mitgliedstaaten der EU stammen, sind unzulässig. Letztere sind gleich zu behandeln wie im Inland geleistete Dienstzeiten.²⁶

III. Einfluss des Europäischen Arbeitsrechts

Wie die eingangs angeführte Statistik belegt, ist der österreichische Arbeitsmarkt von einer hohen Dynamik geprägt: Über Jahre oder Jahrzehnte hinweg durchgehend andauernde

¹⁹ OGH 6.9.1983, 4 Ob 92/83, infas 1984 A 78 = DRdA 1984, 159.

²⁰ Beispielhaft zu nennen sind hier das VBG 1948, das GehG 1956 oder das BBG.

²¹ *Burger-Ehrnhofer*, Vordienstzeiten im Geltungsbereich des Universitäten-Kollektivvertrags – die Rechtssache Kraus und ihre Folgen, UNILEX 2020, 12.

²² *Haider/Knell*, Dienstvertrag – Einstufung und Entgelt, Lexis Briefings (Stand 26.9.2020, lexis360.at).

²³ <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.819739> (Stand 07.10.2020).

²⁴ *David/Knell/Gruber*, Einstufung und Entgelt, in *David/Knell/Gruber* (Hrsg), Dienstvertrag kompakt² (2019) 10.

²⁵ *Vinzenz*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.3.2018, Stollwitzer, C-482/16, ZESAR 2018, 384 (388).

²⁶ *Schrank*, URIG § 3 Rz 57 mwN.

Beschäftigungsverhältnisse entsprechen kaum mehr der Realität. Umso lauter wurden folglich die Diskussionen um das Thema der Vordienstzeitenanrechnung. Regelungen, die Dienstverhältnisse privilegieren, die bereits seit langer Zeit aufrecht sind, bergen freilich die Gefahr, kürzer dauernde Arbeitsverhältnisse im Vergleich dazu schlechter zu behandeln. Tritt zu dieser Tatsache dann noch ein grenzüberschreitender Sachverhalt, müssen ebenjene Regelungen mit dem Recht der EU im Einklang stehen.²⁷ Das konkrete Thema der Vordienstzeitenanrechnung findet jedoch im Europarecht keine direkte Erwähnung. Es gibt auch keine aus dem Unionsrecht resultierende Verpflichtung, Vordienstzeiten anzurechnen. Wenn sich die nationalen Gerichte mit einer Frage in diesem Zusammenhang beschäftigen, dann müssen sie vor allem Diskriminierungsverbote (dazu A.) und einschlägige Regelungen im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit beachten (s B.).

A. Altersdiskriminierung

Die Frage, ob Dienstzeiten, die bei anderen AG zurückgelegt wurden, auf ein neues Arbeitsverhältnis angerechnet werden, ist eng mit einer potentiellen Diskriminierung aufgrund des Alters verbunden. Es liegt in der Natur der Sache, dass jüngere AN regelmäßig weniger Vordienstzeiten aufweisen, weswegen eine geringere Einstufung ihr Recht auf Gleichbehandlung verletzen könnte. Ebenso ist es arbeitsrechtlicher Alltag, dass älteren AN mit zahlreichen Dienstjahren bei einem Arbeitgeberwechsel Einbußen in Hinblick auf ihre dienstzeitabhängigen Ansprüche drohen. Wird bei einer Vordienstzeitenanrechnung unmittelbar oder mittelbar an das Alter des AN angeknüpft, liegt ein Sachverhalt vor, der den Anforderungen eines diskriminierungsfreien Rahmens für Einstellung und Beschäftigung gerecht werden muss.

Auf europarechtlicher Ebene ist der Diskriminierungsschutz primär- und sekundärrechtlich auf mehrfache Weise verankert und wirkt sich dementsprechend intensiv auf die nationale Rechtsordnung aus. Primärrechtliche Normierungen eines Antidiskriminierungsschutzes finden sich in Art 21 Abs 1 GRC und Art 10 AEUV, Art 19 AEUV wiederum stellt die Kompetenzgrundlage zur Schaffung von Sekundärrecht in jenen Belangen dar. Die wichtigste dadurch erzeugte Sekundärrechtsquelle ist die Richtlinie 2000/78/EG. Mit dieser RL wurde das Verbot der Altersdiskriminierung etabliert.²⁸ Da der Geltungsbereich in Art 3 lit b der RL ausdrücklich auch die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts umfasst, spielt sie bei Fragen der Vordienstzeitenanrechnung oft eine zentrale Rolle, zumal mit derartigen Regelungen häufig Entgeltfragen verknüpft sind.

In Österreich wurde die gegenständliche RL für den privaten Rahmen durch das GIBG 2004 umgesetzt.²⁹

²⁷ *Windisch-Graetz*, Auswirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf das Arbeitsrecht, in *Kozak* (Hrsg), EuGH und Arbeitsrecht (2015) 115 (116).

²⁸ *Groß*, Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG (2010) 23.

²⁹ *Friedrich*, Altersdiskriminierung, in *Karl/Poier* (Hrsg), Alter und Gerechtigkeit (2009) 89; *Wachter*, Vordienstzeitenanrechnung 259 (261); EuGH, 28.1.2015, C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, Rz 11.

B. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Art 45-48 AEUV normieren die Freizügigkeit der AN, welche eine der fundamentalen Garantien der EU für ihre Bürger darstellt. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde in den letzten Jahren als Konzept, welches zunächst primär die Förderung der Wirtschaft und des Binnenmarktes forcierte,³⁰ um eine zentrale Facette erweitert: Das Rechtsinstitut stellt nunmehr den Menschen als grenzüberschreitendes Individuum in den Mittelpunkt. Ihm soll ein möglichst unbeschwertes Fortkommen innerhalb der Union gewährleistet und gesichert werden, um persönliche, individuelle Freiheit optimal ausleben zu können.³¹

Durch Art 45 AEUV schuf die EU die Basis für die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, doch bedarf eine solche mehrerer Konkretisierungen.³² Im Wesentlichen kann die Gewährleistung der Freizügigkeit der AN grob in drei zentrale Postulate eingeteilt werden: Sie statuiert erstens ein Diskriminierungsverbot, verbietet zweitens Maßnahmen, die AN darin beschränken können, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, und gebietet drittens, den gleichen Zugang zur Beschäftigung innerhalb der EU für alle EU-Bürger sicherzustellen.³³

Im Folgenden sollen die Konzepte des Diskriminierungs- und des Beschränkungsverbot näher beleuchtet werden. Dies erscheint zweckmäßig, zumal eine begrenzte Anrechnung von Vordienstzeiten laut Judikatur des EuGH unter Umständen Gefahr läuft, gegen diese Verbote zu verstoßen.

1. Diskriminierungsverbot (Art 45 Abs 2 AEUV)

Art 45 Abs 2 AEUV spielt eine Schlüsselrolle in der Gewährleistung der Freizügigkeit. Er statuiert ein ausdrückliches Verbot der unterschiedlichen Behandlung von AN aus anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Ihm wird heute allerdings ein – nicht allein aus dem Wortlaut erschließbares – allgemeines Verbot der Diskriminierung zugeschrieben.³⁴ Das Diskriminierungsverbot des Art 45 Abs 2 AEUV wirkt also umfassend: Es geht über rein arbeitsrechtliche Regelungen hinaus und schützt auch vor Ungleichbehandlungen im Umfeld, wenn die benachteiligende Regelung unmittelbar oder mittelbar Wirkung auf die Arbeitstätigkeit hat.³⁵

Grundsätzlich funktionieren Diskriminierungsverbote im arbeitsrechtlichen Bereich auf europäischer Ebene immer nach demselben Prinzip: Sowohl auf Ebene des Primärrechts als auch auf Ebene des Sekundärrechts besteht das Verbot, unmittelbar oder mittelbar zu diskriminieren. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn direkt an die in den Verträgen

³⁰ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 961.

³¹ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht⁸ (2018) § 27 Rz 2.

³² Fuchs/Marhold/Friedrich, Europäisches Arbeitsrecht⁶ (2020) 83.

³³ Steinmeyer in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht³ (2020) Art 45 AEUV Rz 46.

³⁴ Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁷⁰ (2020) Art 45 AEUV Rz 240.

³⁵ Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht³ (2017) § 2 Rz 31.

genannten Gründe (hier: die Staatsangehörigkeit)³⁶ als Unterscheidungskriterien angeknüpft wird und demjenigen, der eine andere Staatsangehörigkeit aufweist, deswegen Nachteile erwachsen.³⁷ Unmittelbare Diskriminierungen liegen also offen zutage, sie sind zumeist leicht erkennbar. Mittelbare Benachteiligung ist hingegen verschleiert, es werden also dem Anschein nach neutrale Kriterien herangezogen, die in Wahrheit aber für eine bestimmte Gruppe, hier zB die Wanderarbeiter, negative Auswirkungen haben.³⁸ Ein klassisches Beispiel sind sog Wohnsitzklauseln: Das Kriterium „Wohnsitz im Inland“ kann zwar theoretisch auch von einem AN aus einem anderen Mitgliedstaat erfüllt werden, wird idR aber bedeutend öfter von einem Inländer verwirklicht werden.³⁹ Ob eine Maßnahme mittelbar diskriminierend ist, hängt weiters nicht davon ab, dass durch sie alle Inländer begünstigt werden oder im Vergleich zu den Inländern ausschließlich Wanderarbeitnehmer schlechter behandelt werden.⁴⁰

Beide Formen der Diskriminierung sind gleichermaßen verboten. Während unmittelbare Diskriminierungen nicht gerechtfertigt werden können,⁴¹ gibt es Fälle, in denen eine mittelbare Diskriminierung als gerechtfertigt angesehen werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Regelung ein legitimes Ziel zugrunde liegt und sie als Mittel zur Erreichung des Zieles geeignet, angemessen und erforderlich ist.⁴²

2. Beschränkungsverbot

Der Gewährleistungsanspruch des Art 45 AEUV reicht allerdings über ein bloßes Gleichbehandlungsgebot hinaus: Der gegenständliche Artikel enthält auch ein Beschränkungsverbot.⁴³ Das Bestehen eines solchen Beschränkungsverbot hat der EuGH allerdings erst vergleichsweise⁴⁴ spät herausgearbeitet.⁴⁵ Spätestens seit dem Urteil *Bosman*⁴⁶ wird dieses weite Verständnis des Art 45 AEUV allgemein angenommen und akzeptiert.⁴⁷

Der EuGH definiert in stRsp jede nationale Regelung als Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die geeignet ist, das Recht auf Freizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁴⁸ Verboten wird also nicht nur jenes innerstaatliche Recht, das in irgendeiner Form aufgrund bestimmter Charakteristika Unterscheidungen vornimmt, sondern auch nationale Regelungen, die unterschiedslos, sohin unabhängig von der Staatsangehörigkeit des AN, anzuwenden sind. Beeinträchtigen oder behindern sie die Freizügigkeitsabsichten eines AN, verstoßen sie gegen das Beschränkungsverbot des Art 45 AEUV.⁴⁹

³⁶ Weiters insb Geschlecht, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung.

³⁷ *Brechmann* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) Art 45 AEUV Rz 45.

³⁸ *Wißmann/Schlachter* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht²⁰ (2020) Art 45 AEUV Rz 42 ff.

³⁹ *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht³ § 2 Rz 31.

⁴⁰ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 27; 27.2.2014, C-172/11, *Erny*, ECLI:EU:C:2014:157, Rz 41 mwN.

⁴¹ *Brechmann* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ Art 45 AEUV Rz 45.

⁴² *Brechmann* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ Art 45 AEUV Rz 47 ff.

⁴³ *Wißmann/Schlachter* in *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, ErfK²⁰ Art 45 AEUV Rz 53.

⁴⁴ Konkret: Verglichen mit der Auseinandersetzung zum Thema Beschränkungsverbot in Bezug auf Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.

⁴⁵ *Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 267.

⁴⁶ EuGH 15.12.1995, C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463.

⁴⁷ *Franzen* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV³ (2018) Art 45 AEUV Rz 86.

⁴⁸ EuGH 27.1.2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, Rz 18; 31.3.1993, C-19/92, *Kraus*, ECLI:EU:C:1993:125, Rz 32.

⁴⁹ *Franzen* in *Streinz*, AEUV Art 45 Rz 86.

Die Möglichkeit einer Rechtfertigung einer derartigen Beschränkung wurde dem System der Legitimierung von mittelbaren Diskriminierungen nachgebildet: Eine Verletzung des Beschränkungsverbotens kann folglich auf die gleiche Weise und wegen derselben Gründe gerechtfertigt werden wie ein Verstoß gegen die mittelbare Gleichbehandlungspflicht.⁵⁰

Ungewiss und strittig ist die Reichweite des Beschränkungsverbotens.⁵¹ Da sich der EuGH im Urteil *Bosman* einer extrem weiträumigen Ausdrucksweise bedient hat, war lange Zeit nicht klar, ob unter Umständen schon die geringfügigsten Beeinträchtigungen der Freizügigkeit durch nationale Regelungen dem Unionsrecht zuwiderlaufen.⁵² Es verwundert daher nicht, dass die Literatur die Frage nach den Grenzen des Beschränkungsverbotens als eigentliche Gretchenfrage sieht.⁵³ Zunächst steht fest, dass es kein generelles, allgemeines Beschränkungsverbot gibt.⁵⁴ In der Rs *Graf*⁵⁵ steckte der EuGH den Umfang des Beschränkungsverbotens vorsichtig ab und erklärte, dass eine beachtliche Beschränkung nur dann vorliegt, wenn sie den Zugang des AN zum Arbeitsmarkt beeinflusst. Auf die in *Graf* und *Bosman* angeführte Spürbarkeit der Beschränkung kommt es nach der neueren Judikatur des EuGH allerdings nicht mehr an.⁵⁶ Jede selbst noch so unbedeutend erscheinende Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist verboten.⁵⁷ In der Rs *Graf* werden die Auswirkungen einer Beschränkung thematisiert und in der neueren Judikatur aufgegriffen: Eine Regelung verletzt die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht, wenn sie zu ungewiss oder zu indirekt wirkt, um einen AN wirklich davon abhalten zu können, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.⁵⁸ Dass die von der Freizügigkeit geschützten Rechte nur schlagend werden, wenn es sich um eine Zugangsbeschränkung handelt, muss ebenfalls differenziert betrachtet werden.⁵⁹

*Windisch-Graetz*⁶⁰ ist zuzustimmen, wenn sie postuliert, dass stets der jeweilige Einzelfall betrachtet werden muss: Hängt die Entscheidung des AN, nicht von seiner Freizügigkeit Gebrauch zu machen, mit der betreffenden österreichische Norm kausal zusammen? Ist dies zu bejahen, liegt ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit vor, es kann aber nicht starr auf ein „Zugangsverbot“ bzw. „Ausübungsmodalitäten“ hingepprüft werden. ME bewegen wir uns letzten Endes also doch wieder in einer Art „Spürbarkeitsprüfung“, wenn es auf die Bewertung einer nationalen Maßnahme als freizügigkeitshemmend ankommt.⁶¹

⁵⁰ Forsthoff in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 324; Franzen in *Streinz*, AEUV Art 45 Rz 86.

⁵¹ Forsthoff in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 273.

⁵² *Windisch-Graetz*, Arbeitnehmerfreizügigkeit 118.

⁵³ Für eine schöne Aufbereitung der Komplexität und Brisanz dieser offensichtlichen Schwäche im Konstrukt der Grundfreiheiten vgl. Forsthoff in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 188 ff; Steinmeyer in *Franzen/Gallner/Oetker*, AEUV Art 45 Rz 63.

⁵⁴ Forsthoff in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 190; Franzen in *Streinz*, AEUV Art 45 Rz 88.

⁵⁵ EuGH 27.1.2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, Rz 23.

⁵⁶ Vgl. zB EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 34 mwN.

⁵⁷ Vgl. zB EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513; 10.3.2005, C-178/04, *Marhold*, ECLI:EU:C:2005:164; 16.3.2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais*, ECLI:EU:C:2010:143; 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799.

⁵⁸ Vgl. EuGH 27.1.2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49; 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193; 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850; 23.4.2020, C-710/18, *WN*, ECLI:EU:C:2020:299.

⁵⁹ *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV (2019) Art 45 AEUV Rz 67/2, 68.

⁶⁰ Arbeitnehmerfreizügigkeit 120; ebenso *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger*, Art 45 AEUV Rz 67/1.

⁶¹ Ähnlich *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger*, Art 45 AEUV Rz 67/1.

Letztlich wird sohin der ähnlich anmutenden Linie *Forsthoffs*⁶² zu folgen sein, der die Aussichtslosigkeit einer möglichen Formel zur Grenzziehung des Beschränkungsverbots der Arbeitnehmerfreizügigkeit postuliert: Es gibt kein Schema, das beachtet werden kann, um schließlich eine verbotene Beschränkung zuverlässig erkennen oder ausschließen zu können. Dass dies zu Rechtsunsicherheit führt und dem EuGH im Zweifelsfall eine weitreichende Prüfungskompetenz nationaler Bestimmungen einräumt, liegt auf der Hand.

Zu diesen Faktoren tritt außerdem noch die in der Rs *Erzberger*⁶³ formulierte Feststellung, dass ein Umzug innerhalb der EU nicht mit der Garantie auf soziale Neutralität verbunden sein muss. Die Eigenheiten der jeweiligen nationalen Systeme können für die Einzelperson vorteilhaft sein, aber durchaus auch Nachteile im Vergleich zur Situation im Herkunftsstaat bergen. Es existiert keine Garantie durch das Primärrecht, dass der Umzug in einen anderen Mitgliedstaat immer in allen Belangen günstiger oder zumindest neutral ist.⁶⁴

C. Tabellarische Übersicht Rechtsprechung Vordienstzeitenanrechnung (Österreich)

Nachstehende Tabelle soll einen prägnanten Überblick über die Urteile des EuGH zum Thema Vordienstzeitenanrechnung geben:

Rs, Jahr	Thema	Altersdiskriminierung oder Freizügigkeitsverletzung?	Rechtfertigung ⁶⁵	Ergebnis/Konsequenz
Köbler, 2003	Dienstalterszulage nur inländische VDZ ⁶⁶ berücksichtig	Freizügigkeitsverletzung	Treueprämie zulässig? *	Treue nur zum selben AG honorierbar

⁶² In *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 197.

⁶³ EuGH 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger*, ECLI:EU:C:2017:562, Rz 34.

⁶⁴ So auch bereits wiederholt in EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193; 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850.

⁶⁵ Die Spalte „Rechtfertigung“ gibt die von den nationalen Gerichten vorgebrachten Rechtfertigungsgründe für eine bestehende Altersdiskriminierung oder Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wieder. Kurz wird angemerkt, ob diese vom EuGH als legitim erachtet wurden.

⁶⁶ Abkürzung für „Vordienstzeiten“ (nur in dieser Tabelle).

Hütter, 2009	Keine Berücksichtigung der Lehrzeiten im 15.-18. Lebensjahr	Altersdiskriminierung	Gleichstellung Sekundärstufenabgänger Keinen Anreiz für Schulaustritt bieten Keine Verteuerung des Lehrverhältnisses im öffentlichen Dienst zulässig? ✖	Gleiche Berufserfahrung darf nicht allein wegen unterschiedlichem Alter anders behandelt werden
Tyrolean Airways, 2012	Berücksichtigung konzerninterner VDZ	Keine Altersdiskriminierung	/	Konzerninterne VDZ müssen nicht angerechnet werden
SALK, 2013	Begrenzte Berücksichtigung von außerhalb einer Gebietskörperschaft erbrachten VDZ	Freizügigkeitsverletzung (wegen mittelbarer Diskriminierung)	Treueprämie Verwaltungsvereinfachung Transparenz zulässig? ✖	Reine mobilitätsfördernde Maßnahmen, die Wanderarbeitnehmer benachteiligen, sind unionsrechtswidrig
Schmitzer, 2014	Anrechnung Schulzeiten vor dem 18. Lebensjahr Verlängerung Vorrückungszeitraum	(fortgeschriebene) Altersdiskriminierung	Besitzstandwahrung Vertrauensschutz Verwaltungsökonomie	„Reparaturnovelle 2010“ ⁶⁷

⁶⁷ Wachter, Vordienstzeitenanrechnung 259(264) mit Verweis auf Resch, Altersdiskriminierung, Anrechnung von Vordienstzeiten, Verdrängung nationalen Rechts durch Unionsrecht, JBI 2013, 127 (130).

			zulässig? ✖	
Starjakob, 2015	Anrechnung von Schulzeiten vor dem 18. Lebensjahr Verlängerung Vorrückungszeitraum	(fortgeschriebene) Altersdiskriminierung	Besitzstandwahrung Vertrauensschutz Verwaltungsökonomie zulässig? ✖	Benachteiligte haben Anspruch auf „finanzielle Gleichstellung“ bis Beseitigung der Diskriminierung
Bowman, 2016	Längere Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere ⁶⁸	Keine Altersdiskriminierung	/	Längere Vorrückungszeiträume für neu-einsteigende AN unionsrechtskonform
Stollwitzer, 2018	Neueinstufung aller AN ungeachtet ihres Alters; Differenzierung der VDZ nach Branchen	Keine Altersdiskriminierung	/	Solange nicht an das Alter angeknüpft wird, steht es frei, nur bestimmte branchenspezifische Dienstzeiten zu berücksichtigen

⁶⁸ Zumindest zielte die Vorlagefrage darauf ab. Eigentlich war der Ausgangssachverhalt jenem der Rs *Schmitzer* und *Starjakob* sehr ähnlich. Kritik daran unter IV. A. 2.

<p>EurothermenResort Bad Schallerbach, 2019</p>	<p>Maximal fünf extern erbrachte an-rechenbare Jahre für Anspruch auf 6. Urlaubswoche</p>	<p>Keine Freizügigkeits-verletzung /</p>		<p>Regelung des UrlG „echte“ Treueprämie und somit in Ordnung; wirkt außerdem zu ungewiss und indirekt, keine Garantie sozialer Neutralität für Wanderarbeitnehmer</p>
<p>ÖGB, 2019</p>	<p>Reaktion auf <i>Hütter</i> und <i>Schmitzer</i>, diskriminierende Überleitung in neues Besoldungssystem</p>	<p>Alters-diskriminierung und Freizügigkeits-verletzung</p>	<p>Kostenneutralität Verwaltungs-ökonomie Vertrauensschutz Honorierung von Berufserfahrung Diensttreue zulässig? ✖</p>	<p>Anknüpfung für Überleitung an ein durch diskriminierendes System ermitteltes Gehalt = Fortschreibung der Alters-diskriminierung (gänzliche Anrechnung nur von VDZ einer Gebiets-körperschaft unionsrechtswidrig)</p>
<p>Leitner, 2019</p>	<p>Parallel zu ÖGB, de facto ident</p>	<p>Nur Alters-diskriminierung!</p>	<p>Kostenneutralität Verwaltungs-ökonomie Vertrauensschutz Honorierung von Berufserfahrung Diensttreue zulässig? ✖</p>	<p>Anknüpfung für Überleitung an ein durch diskriminierendes System ermitteltes Gehalt = Fortschreibung der Alters-diskriminierung</p>

Krah, 2019	Anrechnung aller gleichwertigen VDZ im Uni-KollIV	Freizügigkeits-verletzung	Berufserfahrung zulässig? *	Gleichwertige Tätigkeiten müssen – wenn, dann – zur Gänze angerechnet werden

IV. Würdigung

Im Folgenden wird auf die zwei großen Bereiche – Altersdiskriminierung und Arbeitnehmerfreizügigkeit – gesondert eingegangen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil es innerhalb der einzelnen Urteile des EuGH oftmals zu Vermengungen der jeweils einschlägigen Gesichtspunkte kommt. Außerdem drängt sich eine Auseinandersetzung mit dem Thema der Inländerdiskriminierung auf. Abschließend soll ein Ausblick gegeben und insb die Frage angesprochen werden, ob nunmehr verpflichtend die uneingeschränkte Anrechnung von gleichwertigen vorangegangenen Beschäftigungszeiten vorzunehmen ist.

Betrachtet man die Historie der Urteile zum Thema Vordienstzeiten und deren Anrechnung, so fällt auf, dass sich die österreichischen Gerichte in den frühen 2000er Jahren meistens unter dem Aspekt einer potentiellen Altersdiskriminierung an den Gerichtshof der EU gewandt haben. Abgesehen von der Rs *Köbler* war das im Jahr 2013 ergangene und in weiterer Folge vielfach zitierte Urteil *SALK* bis zur Entscheidung in der Rs *EurothermenResort Bad Schallerbach* die einzige Stellungnahme des EuGH zur Frage einer eventuellen Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die beschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten. In den jüngsten Vorabentscheidungsersuchen der österreichischen Gerichte⁶⁹ wird im gegebenen Zusammenhang jedoch regelmäßig die Problematik der Behinderung von Wanderarbeitnehmern aufgeworfen.

A. Problembereich Altersdiskriminierung

1. Von *Hütter* bis *Leitner*: Ein Überblick

In der Rs *Hütter*⁷⁰ wollte der OGH im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens wissen, ob die Regelung des VBG 1948, wonach Dienstzeiten nicht angerechnet werden, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegt wurden, dem Gemeinschaftsrecht entgegensteht. Herr Hütter absolvierte im Alter von 15 bis 19 eine Lehre an der Technischen Universität Graz. Wären ihm die Jahre vor Vollendung des 18. Lebensjahres angerechnet worden, hätte dies eine höhere Gehaltseinstufung zur Folge gehabt. Dies wurde insb dadurch verdeutlicht, dass eine 22 Monate ältere Kollegin, die dieselbe Laufbahn wie Herr Hütter vorweisen konnte, in den Genuss der höheren Einstufung kam. Dies lediglich aufgrund der Tatsache, dass sie mehr Lehrzeiten

⁶⁹ Vgl. EuGH 14.3.2018, C-482/16, *Stollwitzer*, ECLI:EU:C:2018:180; 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193; 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373; 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850.

⁷⁰ EuGH 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381.

nach Vollendung des 18. Lebensjahres vorweisen konnte, weil sie erst in höherem Alter mit der Lehre begonnen hatte.⁷¹

Da die in Rede stehende Regelung das Arbeitsentgelt und somit eine Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung iSd Art 3 Abs 1 lit c der RL 2000/78/EG betrifft,⁷² berief sich Herr Hütter rechtmäßig direkt auf die fehlende Rechtfertigung dieser Diskriminierung iS von Art 6 Abs 1 der RL.⁷³ Der EuGH führte aus, dass die Regelung des VBG an das Kriterium der Berufserfahrung anknüpft, deren Honorierung grundsätzlich als legitimes Ziel zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung herangezogen werden kann. Sofort stellte der Gerichtshof jedoch klar, dass die Handhabung des VBG nicht primär die Berufserfahrung vergütet, sondern danach unterscheidet, in welchem Alter diese gewonnen wurde.⁷⁴

Laut Gerichtshof läuft es sohin der RL 2000/78/EG zuwider, bei der Festlegung der Gehaltsstufe von Vertragsbediensteten des öffentlichen Dienstes Vordienstzeiten, die vor dem 18. Lebensjahr absolviert wurden, nicht anzurechnen. Eine Rechtfertigung durch die Gründe der Gleichstellung von allgemeiner Bildung und Berufsbildung ist ebenso wenig denkbar wie eine durch die Regelung beabsichtigte Förderung der Eingliederung von jugendlichen Lehrlingen in den Arbeitsmarkt.⁷⁵

In der Rs *Schmitzer*⁷⁶ ging es um die Frage, ob die rückwirkende Änderung des GehG 1956,⁷⁷ die zwischen dem 1.1.2004 und dem 30.8.2010 anwendbar war, unionsrechtswidrig war.⁷⁸ Als Reaktion auf das Urteil *Hütter* wurden diesbezügliche Bestimmungen im GehG geändert.⁷⁹ Ab dem 1.1.2004 konnten vor dem 18. Lebensjahr zurückgelegte Schulzeiten ab der zehnten Schulstufe angerechnet werden, ebenso wie vor jenem Alter zurückgelegte Berufszeiten oder Studienzeiten, sofern sie für die Beamtentätigkeit von besonderer Bedeutung waren.⁸⁰ Gleichzeitig verlängerte sich für diejenigen Beamten, auf die die reformierte Fassung des GehG Anwendung fand, der allgemeine Vorrückungszeitraum von zwei auf fünf Jahre.

Ähnliches erlebte Herr Starjakob: Er war seit 1.2.1990 bei den ÖBB⁸¹ beschäftigt. Ihm wurden jene Teile seiner Lehrzeit nicht bei Festlegung des Vorrückungsstichtages angerechnet, die er vor dem vollendeten 18. Lebensjahr geleistet hatte.⁸² Im Jahre 2011 wurde jedoch § 53a BBG

⁷¹ EuGH 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381, Rz 13, 14.

⁷² EuGH 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381, Rz 27.

⁷³ EuGH 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381, Rz 18.

⁷⁴ EuGH 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381, Rz 47.

⁷⁵ EuGH 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*, ECLI:EU:C:2009:381, Rz 51.

⁷⁶ EuGH 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359.

⁷⁷ Durch BGBl I 2002/119.

⁷⁸ Die österreichische Rechtslage sah bis zum 31.12.2003 eine generelle Vorrückung von Bundesbeamten in eine höhere Gehaltsstufe nach zwei Jahren vor. Für die Berechnung des Vorrückungsstichtages waren Schul- oder Dienstzeiten, die vor dem vollendeten 18. Lebensjahr geleistet wurden, nicht zu berücksichtigen.

⁷⁹ EuGH 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359, Rz 11.

⁸⁰ EuGH 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359, Rz 14.

⁸¹ Richtigerweise: Bei einem rechtlichen Vorgänger der ÖBB.

⁸² EuGH 28.1.2015, C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, Rz 17.

eingeführt,⁸³ der eine diskriminierungsfreie Neuermittlung des Vorrückungstichtages zum Ziel hatte. Lehr- und Schulzeiten vor dem 18. Lebensjahr konnten nun berücksichtigt werden. Wählte man allerdings diese Option, verlängerten sich die Zeiträume für die Vorrückung in die ersten drei Entgeltstufen um jeweils ein Jahr.⁸⁴ Dahingehend wurde jedoch eine Gehaltsschutzklausel eingeführt.⁸⁵

Der EuGH erkannte, dass durch die Neuregelungen des GehG bzw des BBG eine bestehende Diskriminierung aus Gründen des Alters lediglich auf den ersten Blick beseitigt wurde. Diese erlaubten zwar, sämtliche Berufserfahrung eines Beamten (AN) zu berücksichtigen, unabhängig davon, mit welchem Lebensalter diese erlangt wurde. Die mit der beantragten Anrechnung jener Vordienstzeiten einhergehende Konsequenz war allerdings die Verlängerung der Vorrückungszeiträume. Den Antrag stellen würden nur solche Personen, die einschlägige Zeiten vor dem vollendeten 18. Lebensjahr vorweisen können, also trifft die Verlängerung der Vorrückdauer und sohin Schlechterstellung wieder nur sie. Somit stellte der EuGH fest, dass weiterhin eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Diskriminierung vorlag.⁸⁶

Im ähnlich gelagerten Fall *Bowman*⁸⁷ stand der Kl seit 1988 in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zur Pensionsversicherungsanstalt. Er unterlag somit der Dienstordnung A für die Angestellten bei den Sozialversicherungsträgern Österreich⁸⁸ (DO.A⁸⁹). Diese schloss bis zum Urteil *Hütter* eine Anrechnung von Vordienstzeiten vor dem 18. Geburtstag aus.⁹⁰ Mit der 80. Änderung der DO.A wurde diese Möglichkeit jedoch eingeführt und AN konnten sich nunmehr Schul- und Studienzeiten vor dem vollendeten 18. Lebensjahr im Ausmaß von drei Jahren anrechnen lassen. Gleichzeitig wurde der Vorrückungszeitraum von der ersten in die weiteren Bezugsstufen von zwei auf fünf Jahre verlängert.⁹¹ Die gegenständliche Regelung wirkte für alle AN, die nach dem 1.1.2011 in ein Dienstverhältnis mit den Sozialversicherungsträgern Österreichs traten. Bei zu diesem Datum bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen wurde nur auf Antrag des jeweiligen AN eine Neufestsetzung der Einstufung in die Gehaltsklassen durch die Anrechnung von Vordienstzeiten vorgenommen.⁹²

Herr Bowman optierte für diese Neufestsetzung unter Anrechnung von Schulzeiten im Ausmaß von zwei Jahren und zehn Monaten. Sein AG teilte ihm daraufhin mit, dass die Anrechnung der Vordienstzeiten keinen Einfluss auf seine Einstufung hätte, da die Vorrückung von der ersten in die zweite Bezugsstufe um drei Jahre verlängert wurde und er so unterm Strich keine

⁸³ Durch BGBl I 2011/129.

⁸⁴ EuGH 28.1.2015, C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, Rz 25, 27.

⁸⁵ § 53a Abs 2 Z 3 BBG: „Die Neufestsetzung des individuellen Vorrückungstichtages wird nicht wirksam, wenn damit eine gehaltsmäßige Verschlechterung gegenüber der bisherigen Festsetzung des Vorrückungstichtages verbunden ist.“

⁸⁶ EuGH 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359, Rz 35 sowie EuGH 28.1.2015, C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, Rz 31, 40. Jegliche Rechtfertigung durch die Argumente des Schutzes des Besitzstandes oder des Vertrauensschutzes liefen ins Leere, weil auch sie es niemals legitimieren können, dass eine Altersdiskriminierung festgeschrieben wird.

⁸⁷ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977.

⁸⁸ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 6, 8.

⁸⁹ Die DO.A ist ein KollV.

⁹⁰ § 40 Abs 2 DO.A, Stand 79. Änderung.

⁹¹ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 10, 11.

⁹² *Glowska*, Altersdiskriminierung wegen längerer Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere? ZESAR 2016, 150 (151).

Verbesserung bei Neufestsetzung des Zeitvorrückungstermin erfahren würde. Herr Bowman sah darin eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters.⁹³

Auch die Rs *Stollwitzer*⁹⁴ ist in diesen Kontext einzubetten. Da durch das Urteil *Starjakob* festgestellt wurde, dass die (damalige) Regelung des BBG⁹⁵ gegen das Unionsrecht verstieß, weil sie zwar Vordienstzeiten, die vor dem vollendeten 18. Lebensjahr zurückgelegt wurden, berücksichtigte, aber gleichzeitig nur für von dieser Regelung Benachteiligte den Zeitraum für die Vorrückung in die nächste Gehaltsstufe um ein Jahr verlängerte,⁹⁶ wurde das genannte Gesetz im Jahre 2015 wieder geändert. § 53a des neuen BBG⁹⁷ spiegelt die Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers wider, hinsichtlich der ÖBB eine universelle, rückwirkende Reform der Vordienstzeitenanrechnung einzuführen, um die in der Rs *Starjakob* festgestellte Altersdiskriminierung zu beenden.⁹⁸ Aufgrund der Besonderheit dieses Vorabentscheidungsersuchens wird die gegenständliche Rs unter 3. noch näher beleuchtet.

Der jüngste Fall in diesem Zusammenhang ist die Rs *Leitner*.⁹⁹ Sie knüpft direkt an die Urteile *Hütter* und *Schmitzer* an. Gegenstand des Verfahrens war – einmal mehr – das GehG. Nachdem in der Rs *Schmitzer* eine Diskriminierung aufgrund des Alters durch die Regelungen des GehG festgestellt wurde, war der österreichische Gesetzgeber angehalten, erneut das Besoldungs- und Vorrückungssystem der Beamten zu ändern. In der gegenständlichen Fassung des GehG¹⁰⁰ knüpfte die Regelung, die die Beamten in das neue System überleiten soll, an ihre bisherigen Gehälter an.¹⁰¹ Die Einstufung in ein vermeintlich diskriminierungsfreies Vorrückungssystem erfolgte somit de facto durch die Berücksichtigung von Umständen, die nicht diskriminierungsfrei ermittelt wurden, basierte das letzte Gehalt doch gerade auf einer unionsrechtswidrigen altersdiskriminierenden Einstufung.¹⁰²

Im Wesentlichen wurden als Rechtfertigung dieser fortgesetzten Ungleichbehandlung abermals die Argumente der Kostenneutralität, Verwaltungsökonomie, der Besitzstandswahrung und des Vertrauensschutzes vorgebracht.¹⁰³ Was die Erwägungen zum Haushalt und zur administrativen Vereinfachung angeht, stellte der EuGH klar, dass diese keine legitimen Ziele zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlung iSd Art 6 Abs 1 der RL 2000/78 darstellen können. Besitzstandswahrung und Vertrauensschutz wären an sich legitime Ziele der

⁹³ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 13, 14.

⁹⁴ EuGH 14.3.2018, C-482/16, *Stollwitzer*, ECLI:EU:C:2018:180.

⁹⁵ IdF BGBl I 2011/129.

⁹⁶ EuGH 14.3.2018, C-482/16, *Stollwitzer*, ECLI:EU:C:2018:180, Rz 9.

⁹⁷ IdF BGBl I 2015/64.

⁹⁸ EuGH 14.3.2018, C-482/16, *Stollwitzer*, ECLI:EU:C:2018:180, Rz 13.

⁹⁹ EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375.

¹⁰⁰ Aufgrund BGBl I 2016/104.

¹⁰¹ EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, Rz 33.

¹⁰² Weil sie das fortführt, was der EuGH in der Rs *Schmitzer* bereits als Diskriminierung wegen des Alters iSd RL 2000/78/EG festgestellt hat; EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, Rz 37, 38.

¹⁰³ EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, Rz 42.

Beschäftigungspolitik und des Arbeitsmarktes, können aber niemals eine Festschreibung von Diskriminierung rechtfertigen.¹⁰⁴

Abschließend stellte das Höchstgericht fest, dass nationale Gerichte innerstaatliche Normen unangewendet lassen müssen, die keiner richtlinienkonformen Auslegung zugänglich sind. Sie sind verpflichtet, dem Individuum den Rechtsschutz zu gewährleisten, der ihm durch die RL 2000/78 zusteht. Das Unionsrecht ist in einem Fall wie dem gegenständlich so auszulegen, dass den schlechter gestellten Beamten gleichartige Vorteile gewährt werden wie jenen, die von vornherein keine Diskriminierung in Hinblick auf die Nichtanrechnung einschlägiger Vordienstzeiten und der damit einhergehenden Einstufung in eine niedrigere Gehaltsklasse erlebt haben. Eine Ausgleichszahlung in Höhe der Differenz des Gehaltes, das der benachteiligte Beamte hätte beziehen müssen, wäre er gleichbehandelt worden, und dem tatsächlich bezogenen Gehalt ist zu leisten, solange keine (andere) Maßnahme zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen wurde.¹⁰⁵ Eine etwaige Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird im gegenständlichen Urteil nicht thematisiert.

2. Gesamtschau *Schmitzer, Starjakob* und *Bowman*

Als besonders bemerkenswert erweist sich eine Gesamtschau der Urteile *Schmitzer, Starjakob* und *Bowman*. Ihr gemeinsamer Ursprung liegt in der Rs *Hütter*. Die deswegen notwendig gewordenen Besoldungsreformen in Österreich beschäftigten den EuGH bereits über Jahre hinweg.

Diese drei Urteile weisen sehr viele Parallelen auf. Ausgangspunkt ist jeweils die Forderung, Dienstzeiten, die vor dem 18. Geburtstag zurückgelegt wurden und bisher in unionsrechtswidriger Weise nicht auf die bestehende Dienstzeit angerechnet wurden, in die gehaltsrechtliche Einstufung miteinzubeziehen. Dieser Forderung wurde freilich entsprochen und in Frage stehende Vordienstzeiten wurden angerechnet. Die faktischen Auswirkungen dieser Anrechnung liefen allerdings in allen drei Fällen ins Leere, da keine der Parteien dadurch eine höhere Einstufung erzielen konnte.

Während der Gerichtshof in den Rs *Schmitzer* und *Starjakob* angerufen wurde, um festzustellen, ob die Altersdiskriminierung in den Gesetzen durch das System der Reformen tatsächlich beseitigt wurde, war die Fragestellung im Fall *Bowman* eine andere. Hier fragte der OGH konkret, ob „eine kollektivvertragliche Regelung, die für Beschäftigungszeiten am Beginn der Karriere einen längeren Vorrückungszeitraum vorsieht und die Vorrückung in die nächste Bezugsstufe daher erschwert, eine mittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters darstellt“.¹⁰⁶

Der EuGH formulierte das Ersuchen um und befasste sich in weiterer Folge mit der Frage, ob die Regelung eines KollV gegen Art 21 GRC sowie Art 2 Abs 1 und 2 und Art 6 der RL 2000/78/EG verstößt, nach der für einen AN, der von der Anrechnung von Schulzeiten profitiert,

¹⁰⁴ EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, Rz 43-45.

¹⁰⁵ EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, Rz 79.

¹⁰⁶ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 17.

eine Verlängerung des Vorrückungszeitraumes zwischen erster und zweiter Bezugsstufe schlagend wird.

Der EuGH prüfte in einem ersten Schritt, ob die Regelung der DO.A zu einer Ungleichbehandlung wegen des Alters führt.¹⁰⁷ Eine unmittelbare Diskriminierung schloss der Gerichtshof aus. Auch das Vorliegen einer etwaigen mittelbaren Ungleichbehandlung sah der EuGH nicht, obwohl der OGH darauf verwiesen hatte, dass die Regelung des verlängerten ersten Vorrückungszeitraumes, der unmittelbar bei Dienst Eintritt relevant wird, hauptsächlich die Gruppe neu eingestellter DN treffen würde, die vorwiegend aus jüngeren Personen ohne Vordienstzeiten besteht.¹⁰⁸ Diese Feststellung war dem EuGH nicht ausreichend. Da Schulzeiten unabhängig vom jeweiligen Alter des AN bei Einstellung angerechnet werden konnten, erblickte er in den längeren Vorrückungszeiträumen am Anfang des Dienstverhältnisses keine mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Alters.¹⁰⁹ Auf Antrag eines älteren AN, der wie Herr Bowman bereits zahlreiche Dienstzeiten nachweisen kann, finde dieselbe Verlängerung nämlich auch auf einen langjährig beschäftigten AN Anwendung.¹¹⁰ Die (eigentliche) Frage, ob längere Vorrückungszeiträume am Beginn der Karriere eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellen,¹¹¹ wurde somit gekonnt umschifft und nicht beantwortet¹¹² (dazu gleich unten).

Die österreichischen Gerichte wollten hier also nicht wissen, ob die Überführung der bereits eingegliederten AN in ein neues Besoldungssystem eventuell weiterhin mit einer Unionsrechtswidrigkeit belastet war, sondern ob längere Vorrückungszeiträume am Beginn eines Arbeitsverhältnisses an sich altersdiskriminierend wirken.¹¹³ Die vorgelegte Frage war demnach eine andere, wenngleich sie auf einem Sachverhalt aufbaut, der bereits eine eingehende Klärung in den Urteilen *Schmitzer* und *Starjakob* erfahren hatte.¹¹⁴ ME wäre der Fall *Bowman* in den Kontext der bisherigen Rechtsprechung des EuGH einzubetten gewesen. Es ist daher *Wachter*¹¹⁵ und *Pfalz*¹¹⁶ zuzustimmen, die die besondere Fragestellung der österreichischen Gerichte und den speziellen Einzelfall erkennen und die Entscheidung des europäischen Höchstgerichts darauf zurückführen. In weiterer Folge erläutern *Wachter*¹¹⁷ und *Glowacka*¹¹⁸ mE treffend, dass sehr wohl eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters vorliege, wenn jene Vorrückungszeiträume, die bei Dienst Eintritt schlagend werden, von zwei auf fünf Jahre verlängert werden. IdR werden sich häufiger jüngere AN ohne oder mit einer nur geringen Berufserfahrung in der Situation eines Neueintritts in ein Arbeitsverhältnis

¹⁰⁷ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 20.

¹⁰⁸ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 26.

¹⁰⁹ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 28.

¹¹⁰ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 30.

¹¹¹ EuGH 21.12.2016, C-539/15, *Bowman*, ECLI:EU:C:2016:977, Rz 17.

¹¹² *Wachter*, Judikatur des EuGH zur Altersdiskriminierung im Jahre 2016, in *Wachter* (Hrsg), Jahrbuch Altersdiskriminierung (2017) 179 (240).

¹¹³ *Glowacka*, Vordienstzeiten- und Vorrückungsregelungen – Diskriminierung aufgrund des Alters und/oder des Geschlechts, in *Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz* (Hrsg), Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel (2016) 143 (145).

¹¹⁴ *Kozak*, Altersdiskriminierung: Wiederum Vorlage von „reparierten“ Anrechnungssystemen, DRdA-infas 2016, 17.

¹¹⁵ Judikatur zur Altersdiskriminierung 179 (239).

¹¹⁶ Ende in Sicht (?) – Altersdiskriminierung und Vordienstzeiten im öffentlichen Dienst, DRdA 2020, 228 (232).

¹¹⁷ Judikatur zur Altersdiskriminierung 179 (239).

¹¹⁸ ZESAR 2016, 150 (154).

wiederfinden. Es bleibt also anzunehmen, dass die Ansicht des EuGH hinsichtlich der Verlängerung der Vorrückungszeiträume eine andere gewesen wäre, wenn das Vorabentscheidungsersuchen anders formuliert und der Sachverhalt in engere kontextuale Verbindung mit ähnlichen Fällen gebracht worden wäre.

3. Die *Stollwitzer*-Lösung – branchenspezifische Betrachtung

Auch in der Rs *Stollwitzer* lag der Ursprung des Problems zunächst in der Nichtberücksichtigung von Berufserfahrung, die vor dem 18. Geburtstag erlangt wurde, und in der vermeintlichen Sanierung dieser Altersdiskriminierung durch Anrechnung dieser Zeiten mit gleichzeitiger Verlängerung von einschlägigen Vorrückungszeiträumen. Allerdings wurde nach dem Urteil *Starjakob* ein anderer Weg gewählt, um Unionsrechtskonformität herzustellen und eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters endgültig zu beseitigen. Das BBG wurde dahingehend geändert, dass auch Vordienstzeiten vor Erreichung des 18. Lebensjahres auf das bestehende Dienstverhältnis angerechnet wurden. Allerdings wurde eine weitere Voraussetzung etabliert: Angerechnet wurden nur Zeiten, die als Lehrling oder sonstiger AN bei den ÖBB bzw einem Rechtsvorgänger oder anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen eines Mitgliedstaates des EWR, der Türkei oder der Schweiz absolviert wurden, diese Zeiten jedoch zur Gänze.¹¹⁹ Hintergrund für diese Neuregelung war der Wunsch des Gesetzgebers, wirklich nur jene Arbeitsjahre (und sohin Berufserfahrung) zu würdigen, die eine Verbesserung im Betrieb mit sich bringen.¹²⁰ Insofern kommt der EuGH zum Schluss, dass die Regelung der ÖBB keine Diskriminierung aufgrund des Alters darstellt und auch keine bereits bestehende Ungleichbehandlung festschreibt. Alle AN werden ungeachtet ihres Alters neu eingestuft und die verschiedene Behandlung von Vordienstzeiten – solche, die facheinschlägig sind, und solche, die es nicht sind – liegt im Ermessen des nationalen Gesetzgebers.¹²¹

Eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch § 53a BBG idF 2015 konnte der Gerichtshof nicht feststellen¹²² (zur Arbeitnehmerfreizügigkeit allg III. B.).

Den Überlegungen von *Vinzenz*¹²³ und *Glowacka*¹²⁴ zur Fragwürdigkeit der Eingrenzung einer solchen branchenspezifischen Anrechnung auf die im Gesetz vorgesehenen Fälle im Zusammenhang mit der vermeintlich dahinterstehenden Intention des Gesetzgebers ist mE beizupflichten: Es gibt theoretisch eine Vielzahl von Qualifikationen, die nicht direkt beim gleichen oder vergleichbaren Betrieben erworben wurden und trotzdem zu einer Verbesserung der Arbeitsleistung im Eisenbahnbetrieb beitragen können.

Letzten Endes ist ebenjenes Problem der Kategorisierung bzw Einordnung und damit Bewertung der Qualität einer Tätigkeit ein zentrales Thema bei der zukünftigen Regelung der Vordienstzeitenanrechnung, welches nun spätestens nach der Rs *Krah* in den Mittelpunkt gerückt ist (dazu näher E.).

¹¹⁹ *Vinzenz*, ZESAR 2018, 384 (389).

¹²⁰ *Vinzenz*, ZESAR 2018, 384 (389) mit Verweis auf ErläutRV 584 BlgNR 25. GP 2.

¹²¹ EuGH 14.3.2018, C-482/16, *Stollwitzer*, ECLI:EU:C:2018:180, Rz 47, 45.

¹²² EuGH 14.3.2018, C-482/16, *Stollwitzer*, ECLI:EU:C:2018:180, Rz 46.

¹²³ ZESAR 2018, 384 (390).

¹²⁴ Anmerkung zu OGH 8 ObA 34/18k, DRdA 2020, 56 (59).

4. Das *Tyrolean*-Urteil: unilaterale Betrachtung?

Die Rs *Tyrolean Airways*¹²⁵ wurde ausschließlich hinsichtlich einer potentiellen Altersdiskriminierung durch die beschränkte Anrechnung von konzerninternen Vordienstzeiten geprüft. Im KollV der Tyrolean Airways war vorgesehen, dass eine Vordienstzeitenanrechnung nur in Bezug auf jene Dienstzeiten erfolgt, die bei Tyrolean Airways zurückgelegt wurden. Andere konzerninterne Beschäftigungszeiten bei Lauda Air oder Austrian Airlines waren nicht anzurechnen. Der BR von Tyrolean Airways sah darin eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters und begehrte die Feststellung, dass dem Bordpersonal sämtliche konzernintern erworbenen Dienstzeiten anzurechnen sind.¹²⁶ Das Erstgericht gab der Klage statt, das mit der Berufung von Tyrolean Airways befasste Gericht wandte sich an den EuGH. Es wollte wissen, ob die gegenständliche kollektivvertragliche Regelung eine Altersdiskriminierung iS von Art 21 GRC bzw Art 1, 2 und 6 der RL 2000/78/EG darstellt, weil identische Vordienstzeiten anderer, konzernangehöriger Airlines nicht berücksichtigt werden.

Der Gerichtshof schloss nicht aus, dass es Einzelfälle geben könnte, in denen die Regelung des KollV ältere AN tatsächlich härter trifft. Allerdings knüpfe die in Frage stehende Klausel an Berufserfahrungen eines Flugbegleiters an, die er bei derselben Luftlinie erworben habe. Nicht angerechnet wurden Zeiten bei anderen Airlines, und dies unabhängig vom Alter des AN im Zeitpunkt der Einstellung. Der EuGH befand, dass die Regelung des KollV kein Kriterium der Nichtberücksichtigung statuiert, das untrennbar mit dem Alter zusammenhängt oder mittelbar daran anknüpft. Die Nichtanrechnung von konzerninternen Dienstzeiten stellt somit keine Altersdiskriminierung dar.¹²⁷

Es wäre in Anbetracht der neueren Judikatur des EuGH zur Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit,¹²⁸ insb den Aussagen in der Rs *Krah* in Bezug auf die (bedingt) verpflichtende Anrechnung identischer Vordienstzeiten, von Interesse gewesen, den gegenständlichen Sachverhalt auch aus diesem anderen Blickwinkel zu betrachten.

B. Problembereich Arbeitnehmerfreizügigkeit

1. Von *Köbler* bis *Krah*: Ein Überblick

In der Entscheidung in der Rs *Köbler* aus dem Jahr 2003¹²⁹ geht es erstmals um die Zulässigkeit einer beschränkten Vordienstzeitenanrechnung vor dem Hintergrund der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV.

¹²⁵ EuGH 7.6.2012, C-132/11, *Tyrolean Airways*, ECLI:EU:C:2012:329. Zum Zeitpunkt des gegenständlichen Urteils war die Tyrolean Airways neben der Lauda Air eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Austrian Airlines. Seit Austrian Airlines und Lauda Air im Jahre 2003 zusammengelegt wurden, werden die Arbeitsbedingungen des Bordpersonals dieser beiden Airlines durch einen einheitlichen KollV geregelt. Auf das Bordpersonal der Tyrolean Airways fand ein eigener KollV Anwendung.

¹²⁶ EuGH, 7.6.2012, C-132/11, *Tyrolean Airways*, ECLI:EU:C:2012:329, Rz 16. Dazu auch *Stupar*, ZAS 2013, 90.

¹²⁷ EuGH 7.6.2012, C-132/11, *Tyrolean Airways*, ECLI:EU:C:2012:329, Rz 29, 30.

¹²⁸ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 32; 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 77; 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 40.

¹²⁹ EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513.

Der deutsche Staatsbürger Köbler war seit 1986 ordentlicher Universitätsprofessor an der Universität Innsbruck und beantragte 1996 die Zuerkennung einer besonderen Dienstalterszulage nach dem GehG. Diese Zulage gebührte nach 15 Jahren Dienstzeit als Professor an österreichischen Universitäten. Köbler erfüllte die Voraussetzung der 15 erbrachten Dienstjahre, allerdings hatte er sie nicht zur Gänze an österreichischen Universitäten geleistet, sondern auch in anderen EU-Mitgliedstaaten. Er erblickte darin eine mittelbare Diskriminierung.¹³⁰ Der EuGH entschied, dass eine Regelung wie jene des GehG die Freizügigkeit der AN behindert. Einerseits benachteiligt sie Wanderarbeitnehmer, die nach Österreich kommen und ausländische Vordienstzeiten vorweisen können, die in weiterer Folge nicht angerechnet werden. Andererseits könnte ein österreichischer Universitätsprofessor durch die nationale Norm gehindert werden, von seiner Freizügigkeit Gebrauch zu machen, da er bei einer späteren Rückkehr befürchten muss, dass seine gleichwertigen im Ausland zurückgelegten Dienstzeiten nicht berücksichtigt werden.¹³¹

Eine Dekade später sah sich der EuGH mit einem ähnlichen Sachverhalt konfrontiert: In der Rs *SALK*¹³² wurde der Gerichtshof vom LG Salzburg mit der Frage konfrontiert, ob eine Regelung, die die gänzliche Anrechnung von beim Land Salzburg zurückgelegten Vordienstzeiten vorsieht, gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstößt, wenn gleichzeitig Dienstzeiten, die bei anderen AG als dem Land Salzburg erbracht wurden, nur zu 60% berücksichtigt werden.¹³³ Im konkreten Fall war die Anrechnung von Vordienstzeiten für die Frage der Einstufung in Entlohnungsstufen relevant,¹³⁴ betroffen war sämtliches ärztliches und nichtärztliches Krankenhauspersonal, das dem Salzburger L-VBG¹³⁵ unterlag.¹³⁶

Laut EuGH kann sich die nationale Regelung¹³⁷ stärker auf Wanderarbeitnehmer auswirken und diese besonders benachteiligen, da diese mit großer Wahrscheinlichkeit vor Eintritt in die Dienste des Landes Salzburg Vordienstzeiten in einem anderen EU-Mitgliedstaat als Österreich zurückgelegt haben. Ein Wanderarbeitnehmer mit denselben facheinschlägigen Berufszeiten wäre bei Eintritt also in eine niedrigere Gehaltsstufe einzuordnen als ein AN, der die gleichen Dienstzeiten beim Land Salzburg absolviert hat. In diesem Zusammenhang weist der EuGH darauf hin, dass eine Maßnahme auch dann mittelbar diskriminierend ist, wenn sie nicht bewirkt, dass alle Inländer begünstigt oder ausschließlich Wanderarbeitnehmer benachteiligt werden.¹³⁸ Somit wurde die Regelung des Landes Salzburg als mittelbar diskriminierend und als Verstoß gegen Art 45 AEUV und Art 7 Abs 1 VO (EU) 492/2011 qualifiziert.

¹³⁰ EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, Rz 6. Die im Rechtsstreit ebenfalls behandelte Frage der Staatshaftung interessiert im Folgenden nicht.

¹³¹ EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, Rz 72-74.

¹³² EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799.

¹³³ Konkret ging es in dem Verfahren um die dem Land Salzburg als Alleingesellschafterin unterstellte gemeinnützige Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH, eine Dachgesellschaft dreier Krankenhäuser. AN der SALK sind Beamte oder Vertragsbedienstete des Landes. Im Jahre 2012 klagte der Zentralbetriebsrat der SALK auf Feststellung des Rechtes der DN auf Anrechnung sämtlicher berufseinschlägiger Dienstzeiten, die bei anderen AG als dem Land Salzburg zurückgelegt wurden. Die DN seien so zu stellen wie jene, die sämtliche Tätigkeiten zuvor beim Land Salzburg erbracht haben und sohin eine hundertprozentige Anrechnung der Vordienstzeiten genießen.

¹³⁴ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 13.

¹³⁵ Salzburger Landesvertragsbedienstetengesetz, LGBl 2000/4 idF LGBl 2012/99.

¹³⁶ *Kohlegger*, Aktuelle Judikatur zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, in *Wachter/Reissner* (Hrsg), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2015) 215 (222).

¹³⁷ §§ 53 und 54 Salzburger L-VBG, LGBl 2000/4 idF LGBl 2012/99.

¹³⁸ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 31.

Bemerkenswert ist, dass im Urteil *SALK* erstmals die Notwendigkeit einer objektiven Betrachtung des diskriminierenden Charakters einer nationalen Norm im Zusammenhang mit der Vordienstzeitenthematik ins Treffen geführt wurde.¹³⁹ Um beurteilen zu können, ob eine Regelung des EU-Mitgliedstaates Wanderarbeitnehmer benachteiligt, darf nicht auf potentielle oder faktische subjektive Beweggründe abgestellt werden: Die Möglichkeit, „*sich auf eine so grundlegende Freiheit wie die Freizügigkeit zu berufen, kann nicht durch solche Überlegungen rein subjektiver Art eingeschränkt werden*“.¹⁴⁰ Hervorzuheben ist außerdem, dass der EuGH in diesem Urteil von seiner bisherigen Rechtsprechung abgeht¹⁴¹ und es nicht mehr darauf ankommt, dass die Beschränkung der Freizügigkeit spürbar ist,¹⁴² wie das beispielsweise noch in der Rs *Graf*¹⁴³ der Fall war.

Aus der Folgezeit zu erwähnen ist das Urteil *ÖGB* aus dem Jahr 2019,¹⁴⁴ das am selben Tag ergeht wie die Entscheidung in der Rs *Leitner* (dazu schon A. 1.) und weitgehende Übereinstimmungen hinsichtlich des behandelten Gegenstandes aufweist, allerdings um das Thema einer möglichen Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit erweitert wird. Primär wurde die Feststellung erwartet, dass das aufgrund der Urteile *Hütter* und *Schmitzer* geänderte VBG immer noch eine Altersdiskriminierung darstelle.¹⁴⁵ Die nationalen Gerichte bringen dabei dieselben Rechtfertigungsgründe (Kostenneutralität, Verwaltungsökonomie, Besitzstandswahrung und Vertrauensschutz) aufs Tapet, welche mit wortgleichen Erwägungen des EuGH verworfen werden.¹⁴⁶ Anders als bei der Rs *Leitner* wurde vom OGH allerdings auch eine potentielle Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit thematisiert, die sich durch die eingeschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten ergeben könne. Konkret wird gefragt, ob die Regelung des § 26 VBG¹⁴⁷ AN davon abhalten könne, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Demnach werden nämlich Berufszeiten, die ein Vertragsbediensteter bei einer Gebietskörperschaft oder einem Gemeindeverband eines Mitgliedstaates des EWR, der Türkei oder der Schweiz sowie bei Einrichtungen der EU und zwischenstaatlichen Einrichtungen, denen Österreich angehört, zur Gänze auf das Besoldungsdienstalter angerechnet. Andere facheinschlägige Vordienstzeiten werden hingegen bis zum Ausmaß von maximal zehn Jahren bei Berechnung der Einstufung berücksichtigt.

Der EuGH zitiert seine Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot in der Rs *SALK*: Hindert oder hält eine nationale Regelung einen AN davon ab, seinen Herkunftsstaat zu verlassen, beeinträchtigt diese Regelung die Grundfreiheit.¹⁴⁸ Der EuGH befindet weiters, dass sich ein

¹³⁹ *Kohlegger*, Judikatur zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht 215 (223). Zu finden in EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 33.

¹⁴⁰ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 33.

¹⁴¹ Dass die Aussage über den Anlassfall der Rs *SALK* hinausging, bekräftigte die Wiederholung derselben in EuGH 3.12.2014, C-315/13, *De Clercq*, ECLI:EU:C:2014:2408, Rz 61.

¹⁴² *Kohlegger*, Judikatur zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht 215 (224).

¹⁴³ EuGH 27.1.2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, Rz 7.

¹⁴⁴ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373.

¹⁴⁵ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 11, 18.

¹⁴⁶ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 39 bzw EuGH 8.5.2019, C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, Rz 42-45.

¹⁴⁷ IdF BGBl I 2016/104.

¹⁴⁸ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 76.

Wanderarbeitnehmer durch § 26 Abs 3 VBG dazu gezwungen sehen könnte, eine Beschäftigung bei den in § 26 Abs 2 VBG genannten AG zu suchen, um bei diesen Vordienstzeiten zu erwerben. Außerdem wäre ein Wanderarbeitnehmer mit mehr als zehn Jahren Berufserfahrung bei anderen als den genannten Körperschaften davon abgehalten, sich auf eine Stelle als Vertragsbediensteter in Österreich zu bewerben, wenn ihm nicht sämtliche Vordienstzeiten angerechnet würden.¹⁴⁹ Die österreichische Regelung des VBG sei daher geeignet, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu verletzen. Die Rechtfertigungsgründe der Honorierung von Berufserfahrung und Diensttreue wurden zwar grundsätzlich als legitimes Ziel akzeptiert, waren nach Ansicht des EuGH aber nicht geeignet, durch das VBG verwirklicht zu werden.¹⁵⁰ Damit liege nicht nur Altersdiskriminierung, sondern auch ein Verstoß gegen Art 45 AEUV und Art 7 Abs 1 VO (EU) 492/2011 vor.¹⁵¹

Das derzeit wohl brisanteste Urteil fällt der EuGH im Oktober 2019 in der Rs *Krah*.¹⁵² Eine deutsche Staatsangehörige, Frau Adelheid Krah, ist promovierte Historikerin und war seit Oktober 2010 als Senior Lecturer/Postdoc an der Universität Wien beschäftigt. Davor war sie als Lehrbeauftragte fünf Jahre an der Universität München und mehr als acht Jahre an der Universität Wien beschäftigt. Der auf sie anzuwendende KollV sah keine Anrechnung von Vordienstzeiten vor, allerdings rückte man als Senior Lecturer/Postdoc nach achtjähriger Tätigkeit an der Universität in eine höhere Gehaltsstufe. Eine weitere Vorrückung war wiederum nach acht Jahren vorgesehen. Im Jahr 2011 erließ das Rektorat der Universität Wien einen internen Beschluss, mit dem festgelegt wurde, dass einschlägige Vordienstzeiten von Senior Lecturers/Postdocs im Ausmaß von vier Jahren angerechnet werden. Eine Unterscheidung von Vordienstzeiten, die im Inland, und solchen, die im Ausland zurückgelegt wurden, wurde nie getroffen.¹⁵³ Auch an der Universität Wien selbst zurückgelegte Zeiten wurden höchstens bis zu vier Jahre berücksichtigt.¹⁵⁴ Frau Krah klagte daraufhin beim ASG Wien auf die vollständige Anrechnung ihrer Dienstzeiten, was eine Einstufung in eine höhere Gehaltsstufe zur Folge gehabt hätte.¹⁵⁵

Der EuGH verneinte das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art 45 Abs 2 AEUV und Art 7 Abs 1 VO (EU) 492/2011 iS einer unmittelbaren Diskriminierung. Der Beschluss des Rektorats wirke auf alle Senior Lecturers/Postdocs der Universität Wien in Bezug auf die Staatsangehörigkeit unterschiedslos. Das Unterscheidungskriterium, an das der Beschluss anknüpft, sei die Zugehörigkeit zu einem speziellen AG. In weiterer Folge musste geprüft werden, ob dieser Umstand eventuell eine mittelbare Diskriminierung sein könnte. Auch dies verneinte der EuGH und bekräftigte, es gebe keine Hinweise, dass eher AN aus anderen EU-Mitgliedstaaten vor Eintritt in den Dienst der Universität Wien mehr als vier Jahre Vordienstzeiten von anderen

¹⁴⁹ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 79.

¹⁵⁰ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 85-90.

¹⁵¹ EuGH 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373, Rz 92.

¹⁵² EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850.

¹⁵³ EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 6, 7, 10 und 11.

¹⁵⁴ EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 27.

¹⁵⁵ Das OLG Wien als Berufungsgericht stellte ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Es wollte wissen, ob der Beschluss der Universität Wien der Arbeitnehmerfreizügigkeit zuwiderläuft, weil er eine Beschränkung der Anrechnung von Vordienstzeiten auf vier Jahren vorsieht. Die zweite Frage des OLG Wien, nämlich ob ein Entlohnungssystem, das an die Dauer der Beschäftigung beim selben AG ein höheres Entgelt bindet, aber gleichzeitig keine volle Anrechnung der facheinschlägigen Vordienstzeiten vorsieht, unionsrechtskonform sei, blieb unbeantwortet.

Universitäten vorweisen können als österreichische AN.¹⁵⁶ Somit liegt keine dem Anschein nach neutrale Regelung vor, die in Wirklichkeit Wanderarbeitnehmer diskriminiert.

Schließlich prüfte der EuGH das Vorliegen einer etwaigen Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die im Beschluss vorgesehene limitierte Anrechnung von Vordienstzeiten. Diesbezüglich erkannte der EuGH, dass AN aus anderen Mitgliedstaaten, die eine vier Jahre übersteigende gleichwertige Tätigkeit an anderen Universitäten als jener in Wien vorweisen können, davon abgehalten werden, sich an der Universität Wien zu bewerben, wenn nicht die volle Berufserfahrung angerechnet wird. Es stehe solchen AN nämlich eine niedrigere Gehaltseinstufung bevor, die bereits bei Dienst Eintritt spürbar wäre und somit nicht zu indirekt und ungewiss wirke, weswegen eine Behinderung der Freizügigkeit jedenfalls angenommen werden könne.¹⁵⁷

Der EuGH bringt dabei erstmals die Unterscheidung von gleichwertigen und bloß nützlichen Berufszeiten ins Spiel. Seine Ausführungen bezüglich der Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind nur dann treffend, wenn das nationale Gericht erkennt, dass Frau Krah Vordienstzeiten vorweist, die einer gleichwertigen Tätigkeit entstammen. Eine beschränkte Anrechnung solcher Vordienstzeiten wäre eine Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹⁵⁸ Diese Thematik wird unter 4. und E. einer tiefergehenden Betrachtung unterzogen.

2. Rückkehrerproblematik

In den Urteilen *Köbler*, *SALK* und *Krah* wird als Argument für oder gegen – je nachdem, von welcher Partei vorgebracht – eine Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit geltend gemacht, dass beschränkte Vordienstzeitenanrechnungen potentielle Rückkehrer in ihrer Grundfreiheit beeinträchtigen. In allen genannten Fällen sah der EuGH eine Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Tatsache, dass sich ein Inländer, der Dienstjahre im EU-Ausland verbringt, bei seiner Rückkehr zum seinerzeitigen inländischen AG nicht all jene Jahre anrechnen lassen könne.¹⁵⁹

Allerdings hat nicht jede Regelung die Qualität einer solchen Behinderung für Rückkehrer. In der Rs *EurothermenResort Bad Schallerbach*¹⁶⁰ erklärte der EuGH, dass eine Regelung wie jene des UrlG zu ungewiss und indirekt wirke, um einen AN wirklich davon abzuhalten, von seiner Freizügigkeit Gebrauch zu machen (dazu gleich 3.). Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dieser Thematik erscheint mir deswegen sinnvoll, da nämliche Ungewissheit und

¹⁵⁶ EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 32, 38.

¹⁵⁷ EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 48, 49.

¹⁵⁸ EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 52.

¹⁵⁹ So konnte sich beispielsweise ein Arzt aus Salzburg, der im Zuge seiner Karriere zehn Jahre in Italien praktiziert hat, nur fünf davon bei der Rückkehr nach Salzburg gutschreiben lassen. Dieses Beispiel als Verdeutlichung, angelehnt an *Obwexer*, Grundfragen in der Entwicklung der neueren Rechtsprechung des EuGH, in *Herzig/Klamert/Palmstorfer/Puff/Vranes/Weismann* (Hrsg), *Europarecht und Rechtstheorie* (2017) 165 (170).

¹⁶⁰ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193.

Indirektheit in Rückkehrerfällen besonders häufig anzutreffen sein wird. Dementsprechend akkurat muss der Maßstab sein, an dem eine Freizügigkeitsverletzung in diesen Konstellationen gemessen wird.

An dieser Stelle ist das Urteil *SALK* noch einmal näher zu betrachten. Zu diesem Urteil ergingen keine Schlussanträge des Generalanwaltes *Bot*, wie auch einleitend im Urteilskopf angeführt ist.¹⁶¹ ME formuliert der EuGH in dieser Rs nicht immer trennscharf und konkret und lässt so manche maßgebliche Argumentation der Parteien unkommentiert. Tatsächlich wird ebenjene Frage der Rückkehrer in dieser Rs gerade nicht explizit behandelt. In Rz 29 des besagten Urteils¹⁶² gibt der EuGH die Rechtsansicht des vorlegenden Gerichts wieder. Unklarheiten mögen sich aus der teils irritierenden Verwendung des Indikativs ergeben, weswegen es schwer zu erkennen ist, ob der EuGH diese Rechtsansicht teilt oder bloß vorgebrachte Argumente wiedergibt. Ich bin der Meinung, dass sich der EuGH in diesem Urteil tatsächlich nicht zu einer potentiellen Rückkehrerproblematik geäußert hat, da er seine Argumentation in Rz 31 fortführt und dieses Argument in keiner Weise mehr aufgreift. In Rz 33 weist er die Bedenken der österreichischen und deutschen Regierung, eine Regelung wie die gegenständliche sei zu ungewiss und wirke zu indirekt auf die Entscheidung eines Wanderarbeitnehmers, in den Betrieb der SALK einzutreten, zurück. Laut Gerichtshof täten die Beweggründe für die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit eines Wanderarbeitnehmers nichts zur Sache. Direkt im Anschluss stellt der EuGH fest, dass „jede Beeinträchtigung dieser Freiheit, mag sie auch unbedeutend sein, verboten [ist].“¹⁶³ Aus meiner Sicht wäre eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Rückkehrerproblematik wünschenswert. Besonders interessant wäre es, ein Zusammenspiel der vom EuGH aufgeworfenen Faktoren zu untersuchen: Macht es tatsächlich Sinn, die Spürbarkeitsgrenze bei solchen Sachverhalten komplett zu eliminieren? Auch Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* äußert in seinen Schlussanträgen zur Rs *EurothermenResort Bad Schallerbach*¹⁶⁴ Zweifel an der stets angenommenen Vergleichbarkeit von Rückkehrerfällen. So führt er zB ins Treffen, dass zwischen Fällen von Rückkehrern im öffentlich-rechtlichen Sektor und jenen bei privaten AG durchaus zu unterscheiden sei. Im einen Fall sei eine potentielle „Heimkehr“ auf den alten Arbeitsplatz praxisnäher als im anderen.

In der aus Deutschland kommenden Rs *WN*¹⁶⁵ wird vom EuGH eine Gleichartigkeit mit dem Sachverhalt der Rs *SALK* verneint.¹⁶⁶ Die klagende Partei ist eine Lehrerin, die ihren Beruf 17 Jahre lang in Frankreich ausgeübt hatte. Zur Zeit der Klagseinbringung war sie beim Land

¹⁶¹ Diese Vorgehensweise erfolgt durch Beschluss des Gerichtshofes und kann dann erklärt werden, wenn der EuGH befindet, dass die gegenständliche Rs keine Fragen aufwirft, die neuartiger Natur sind.

¹⁶² EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 29: „Außerdem weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass diese Regelung die DN, die, nachdem sie zunächst im Dienst des Landes Salzburg und danach für andere AG gearbeitet hätten, in den Dienst des Landes Salzburg zurückgekehrt seien, in gleicher Weise berühre, da sämtliche von ihnen bis zum Wiedereintritt in den Landesdienst zurückgelegten Dienstzeiten nur zu 60% angerechnet würden. Damit **ist** die Regelung geeignet, die bereits beim Land Salzburg beschäftigten DN davon abzuhalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Entschieden sie sich nämlich dafür, aus dem Dienst des Landes Salzburg auszuscheiden, würden, falls sie später in dessen Dienst zurückkehren wollten, sämtliche bis dahin zurückgelegte Dienstzeiten bei der Festsetzung ihrer Entlohnung nur zum Teil angerechnet.“ (Hervorhebungen und leichte Redaktion durch die Verfasserin).

¹⁶³ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 34.

¹⁶⁴ Schlussanträge des GA *Saugmandsgaard Øe* vom 25.7.2018 zu C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2018:627, Rz 61, 62.

¹⁶⁵ EuGH 23.4.2020, C-710/18, *WN*, ECLI:EU:C:2020:299. Auch wenn das gegenständliche Urteil keinen direkten Bezug zu Österreich aufweist, sei es der Vollständigkeit halber angeführt, da es direkt Bezug auf die Rs *Krah* nimmt.

¹⁶⁶ EuGH 23.4.2020, C-710/18, *WN*, ECLI:EU:C:2020:299, Rz 20.

Niedersachsen beschäftigt und fiel unter den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder, welcher eine begrenzte Anrechnung von Vordienstzeiten für bei anderen AG zurückgelegte einschlägige Berufsjahre vorsah. Wären ihr die vollen in Frankreich zurückgelegten 17 statt der im Tarifvertrag vorgesehenen drei Jahre angerechnet worden, wäre die Kl in eine höhere Entgeltgruppe eingestuft worden. Der Tarifvertrag sah aber nur eine gänzliche Anrechnung jener Dienstzeiten vor, die beim Land Niedersachsen als AG zurückgelegt wurden.¹⁶⁷

Auch hier ergingen keine Schlussanträge eines Generalanwaltes. Aus meiner Sicht sind die beiden genannten Urteile miteinander vergleichbar, ist doch in beiden Fällen die in Frage stehende Regelung eine solche, die nur bei einer Gebietskörperschaft zurückgelegte Vordienstzeiten zur Gänze anrechnet und für alle anderen Dienstzeiten Beschränkungen bei ihrer Berücksichtigung vorsieht. Der EuGH argumentiert im Wesentlichen, dass im Unterschied zu *SALK* in der *Rs WN* nicht davon ausgegangen werden könne, die Kl werde aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Dies wurde jedoch auch in der österreichischen *Rs* nie ausdrücklich angenommen, weil der EuGH eben gerade die Gesichtspunkte einer mittelbaren Diskriminierung und damit einhergehenden Arbeitnehmerfreizügigkeitsverletzung mit einer unterschiedslos wirkenden Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bei seiner Argumentation vermischt. Durch genau diese fehlende Trennschärfe lässt sich kein Muster in der Beurteilung von Rückkehrerfällen in Bezug auf eine potentielle Arbeitnehmerfreizügigkeitsverletzung erkennen.

3. Urlaub und Betriebstreue?

Ein Urteil, das beinahe aus dem Rahmen fällt, weil es nicht um die Einstufung in eine Gehaltsklasse geht, ist jenes in der *Rs EurothermenResort Bad Schallerbach*.¹⁶⁸ Nach siebenjähriger Pause gelangte dieser Akt unter dem Schlagwort der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf den Tisch des EuGH. Dieser musste darüber erkennen, ob die beschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten in § 3 Abs 3 UrlG gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstößt.

Die beklagte Partei im Ausgangsverfahren beschäftigte mehrere AN, die Vordienstzeiten in einem anderen EU-Mitgliedstaat vorweisen konnten. Die klagende Partei vertrat die Meinung, die Regelung des § 3 Abs 3 iVm § 2 UrlG verstoße gegen Unionsrecht, in concreto gegen Art 45 AEUV und Art 7 Abs 1 der VO (EU) 492/2011. Gem den zitierten nationalen Rechtsvorschriften kommt ein AN nach 25 Dienstjahren beim selben AG in den Genuss von 36 Werktagen bezahlten Jahresurlaub, während es davor sechs Tage weniger sind. Es ist allerdings möglich, auf das Erfordernis der 25 Jahre gewisse vorangegangene Dienstzeiten anzurechnen, womit es dann nicht voller 25 Jahre bedarf, um die Bedingungen für die zusätzliche Urlaubswoche zu erfüllen. Einschlägig war primär § 3 Abs 1 Z 1 iVm Abs 3 UrlG, der besagt, dass bei der Bemessung des Urlaubsausmaßes im Inland zugebrachte Dienstzeiten, sofern sie

¹⁶⁷ EuGH 23.4.2020, C-710/18, *WN*, ECLI:EU:C:2020:299, Rz 15.

¹⁶⁸ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193.

mindestens je sechs Monate gedauert haben, nur bis zu maximal fünf Jahren auf die Dienstzeiten beim aktuellen AG anzurechnen sind, auch wenn die tatsächliche Zahl höher ist.¹⁶⁹

Zunächst befasste sich der Gerichtshof mit der Frage, ob durch die österreichische Regelung eine gegen Art 45 Abs 2 AEUV und Art 7 Abs 1 VO 492/2011 verstoßende Diskriminierung geschaffen wurde.¹⁷⁰ Der EuGH erkannte, dass die Regelung keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellt, da sie an das Kriterium der Höhe der Dienstjahre und nicht an die Staatsbürgerschaft anknüpft.¹⁷¹ Zur Frage der mittelbaren Diskriminierung entschied der EuGH mE korrekt, als er festhielt, dass nichts darauf hindeute, österreichische AN würden eher 25 (bzw 20¹⁷²) Jahre im Dienst des derzeitigen AG bleiben als Wanderarbeitnehmer (zu einer in diese Richtung weisenden Statistik s oben II.). Die beiden Vergleichsgruppen waren nun zum einen jene AN, die die besagte Zeit beim selben AG blieben, und jene AN, die einen Beschäftigungswechsel hinter sich hatten.¹⁷³

Die zweite Frage, mit der sich der Gerichtshof beschäftigte, war die etwaige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die österreichische Rechtslage. Der EuGH sah durch die Regelung des UrlG auch keine derartigen Beschränkung. Ein Umzug innerhalb der EU sei mit keiner Garantie auf soziale Neutralität verbunden.¹⁷⁴ Das Gemeinschaftsrecht garantiert lediglich, dass sämtliche Wanderarbeitnehmer den gleichen Arbeitsbedingungen unterliegen wie Inländer.¹⁷⁵

Ein weiteres Argument der klagenden Partei war, österreichische AN würden durch die Regelung des UrlG davon abgehalten, ihren Arbeitsplatz zu verlassen, um zwischenzeitlich andernorts zu arbeiten und dann zum damaligen AG zurückzukehren, da ihnen in diesem Fall nicht sämtliche Zeiten beim vorübergehend verlassenen AG anzurechnen wären. Dem begegnete der EuGH mit einem Verweis auf die Rs *Graf*¹⁷⁶ und stellte klar, dass eine solche Argumentation zu ungewiss und zu indirekt sei und sich auf eine Gesamtheit von hypothetischen, unbestimmten Umständen stütze.¹⁷⁷

Im Unterschied zur Situation in der Rs *SALK* erlaubt § 3 Abs 3 iVm Abs 2 UrlG die Anrechnung von fünf betriebsfremd erbrachten Arbeitsjahren ohne weitere Einschränkungen oder Kriterien, während bei *SALK* eine mit 60% gedeckelte Anrechnung von Vordienstzeiten erfolgte, wenn diese nicht beim Land Salzburg als AG erbracht wurden.¹⁷⁸ Drei Jahre vor dem Urteil befand *Mayr*,¹⁷⁹ dass § 3 UrlG unionsrechtswidrig sei, da er AN hemmen würde, von ihrer Freizügigkeit

¹⁶⁹ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 15.

¹⁷⁰ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 22.

¹⁷¹ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 23. Dies hebt zu Recht *Friedrich*, Anrechnung von ausländischen Vordienstzeiten bei der Berechnung des Urlaubsmaßes – Zur Europarechtskonformität des § 3 Abs 3 UrlG, ASoK 2017, 162 (166) hervor; ihm folgend *Brameshuber*, ZESAR 2018, 16 (21).

¹⁷² Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass es durch die Regelung des § 3 Abs 2 Z 1 iVm Abs 3 UrlG möglich ist, bereits nach 20 Jahren beim selben AG in den Genuss der sechsten Urlaubswoche zu kommen, wenn man zuvor mindestens fünf Jahre Vordienstzeiten aufweisen kann und diese auf das bestehende Arbeitsverhältnis angerechnet werden.

¹⁷³ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 26.

¹⁷⁴ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 37 unter Bezugnahme auf EuGH 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger*, ECLI:EU:C:2017:562.

¹⁷⁵ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 38.

¹⁷⁶ EuGH 27.1.2000, C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, Rz 25.

¹⁷⁷ EuGH 13.3.2019, C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2019:193, Rz 40.

¹⁷⁸ *Friedrich*, ASoK 2017, 162 (165).

¹⁷⁹ *Gebührt die sechste Urlaubswoche aufgrund der Freizügigkeit der AN?* ecolex 2016, 852 (854).

Gebrauch zu machen. Dabei stützt er sich vorwiegend auf die Argumentation des EuGH in der Rs *SALK* und verkennt dabei die oben genannten Unterschiedlichkeiten. *Friedrich*¹⁸⁰ erläutert richtigerweise, dass § 3 UrlG keineswegs mit § 54 Salzburger L-VBG verglichen werden kann, da hinter beiden Regelungen vollkommen unterschiedliche Konzeptionen stehen und die Beweggründe des Gesetzgebers von verschiedenen Ansätzen herrühren. Die Regelung, wonach ein AN nach 25 bzw 20 Jahren im aufrechten Dienstverhältnis zum konkreten, selben AG ein „Benefit“ in Form einer weiteren Urlaubswoche erhält, hat den Charakter einer echten Treueprämie,¹⁸¹ während die gänzliche Anrechnung nur der beim Land Salzburg erbrachten Vordienstzeiten de facto lediglich die Mobilität innerhalb der verschiedenen AG des Bundeslandes fördert.¹⁸² Dass die Regelung im UrlG tatsächlich eine Honorierung von Betriebstreue darstellt, wird ferner durch § 3 Abs 1 Satz 2 UrlG unterstrichen, wonach eine Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses von maximal drei Monaten nur dann unbeachtlich bleibt und somit die erbrachten Dienstzeiten beider Phasen zusammenzurechnen sind, wenn das Aussetzen seinen Grund nicht in einer Arbeitnehmerkündigung, einem unberechtigten Austritt oder einer ungerechtfertigten Entlassung findet.¹⁸³

4. Das *Krah*-Urteil – Freizügigkeitsverletzung und (Vor-)Dienstzeiten

Eine Reihe weiterer Neuerungen brachte schließlich das Urteil in der Rs *Krah*. Im Gegensatz zur Rs *SALK*, in der lediglich beim Land Salzburg erbrachte Vordienstzeiten zur Gänze berücksichtigt wurden, entschied sich die Universität Wien dazu, einschlägige Vordienstzeiten im Ausmaß von vier Jahren anzurechnen, ohne dabei auf die AG zu schauen, bei denen die Tätigkeiten verrichtet wurden.¹⁸⁴ Die Vordienstzeiten konnten dann angerechnet werden, wenn sie für die Tätigkeit eines Postdocs/Senior Lecturer einschlägig waren, wobei diese Einschlägigkeit nicht näher definiert wurde. Auch wenn das auf Tätigkeitszeiten zutraf, die bei der Universität Wien selbst absolviert wurden, war die Anrechnung mit vier Jahren beschränkt. Der EuGH erkannte darin eine Verletzung des Beschränkungsverbotes nach Art 45 Abs 1 AEUV.

In der deutschen Literatur findet sich die Ansicht, im gegenständlichen Fall sogar eine mittelbare Diskriminierung zu erblicken. Laut *Wienbracke*¹⁸⁵ sei das entscheidende Kriterium für eine begünstigte Situation in Form einer vollständigen Vordienstzeitenanrechnung die „Tätigkeit an der Universität Wien“, was von Inländern leichter zu erfüllen sei als von Wanderarbeitnehmern. Diese Ansicht ist mE jedoch entschieden abzulehnen.¹⁸⁶ Österreicherischen Senior Lecturers/Postdocs, die sich erstmalig an der Universität Wien

¹⁸⁰ ASoK 2017, 162 (165 ff).

¹⁸¹ *Bramshuber*, ZESAR 2018, 16 (18) mwN: Wenngleich nicht außer Acht gelassen werden darf, dass der primäre Zweck von Urlaub heute allgemein jener der Erholung ist! Allg dazu *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 2 UrlG Rz 6 f. Kurze historische Ausführungen zum Wandel des Urlaubszwecks finde sich bei *Schöffmann*, Sechste Urlaubswoche auf dem Prüfstand, DRdA 2020, 32 (34).

¹⁸² *Kohlegger*, Aktuelle Judikatur zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, in *Reissner/Wachter* (Hrsg), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht und Sozialrecht (2015) 222 (225).

¹⁸³ *Auer-Mayer*, Unionsrechtliche Auswirkungen auf das Urlaubsrecht, ZAS 2018, 12 (16).

¹⁸⁴ *Bramshuber*, ZESAR 2018, 16 (20).

¹⁸⁵ *Wienbracke*, Das *Krah*-Urteil des EuGH – eine (kritische) Anmerkung, NZA 2020, 8 (10).

¹⁸⁶ So auch der EuGH 10.10.2019, C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:850, Rz 32.

bewerben, werden ebenso wie jedem anderen EU-Bürger maximal vier Jahre angerechnet. Es werden sogar bei bereits an der Universität Wien Beschäftigten im Falle eines Verwendungsgruppenwechsels maximal vier Jahre berücksichtigt. Insofern erschließt sich nicht, wie eine „völlig neutrale Regelung“¹⁸⁷ eine Diskriminierung darstellen soll. Die Beschränkung der Berücksichtigung von vier Vordienstzeitjahren wirkt gegenüber jedermann gleich und nicht auf verschleierte Art und Weise stärker gegenüber Wanderarbeitnehmern.¹⁸⁸ An dieser Stelle sei an die Feststellung in der Rs *Erzberger* hinsichtlich nicht garantierter sozialer Neutralität bei Umzug innerhalb der EU erinnert (dazu 3.).

Ausdrücklich ist darauf hinzuweisen, dass Generalanwalt *Bobek* in seinen Schlussanträgen überhaupt keine Unionsrechtswidrigkeit in dem internen Beschluss der Universität Wien erkennen kann; auch eine verbotene Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit liege nicht vor. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, auf die Ausführungen des Generalanwalts näher einzugehen, die überraschenderweise nicht vom EuGH aufgegriffen wurden. Die Unterscheidung von Dienstzeitenregel und Berufserfahrungsregel, wie sie *Bobek* vornimmt,¹⁸⁹ hätte eine differenziertere Behandlung des gegenständlichen Falles erlaubt.¹⁹⁰ Maßnahmen, die positive Rechtsfolgen an das Bestehen eines durchgängigen Dienstverhältnisses zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien knüpfen, sind geeignet, Betriebstreue zu honorieren.¹⁹¹ Dieses Konzept nennt *Bobek* eine *Dienstzeitenregel*, die ab Diensteintritt bei der Universität Wien schlagend wird und von diesem Zeitpunkt an für das zukünftige Aufsteigen in höhere Gehaltsstufen relevant ist. Demgegenüber stellt er die Struktur einer *Berufserfahrungsregel* dar, deren Ziel es ist, bisher gesammelte Berufserfahrung zu würdigen. Hier spielt das Kriterium des immerwährend identen AG keine Rolle. Bei der Beurteilung, ob eine Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die auf vier Jahre beschränkte Anrechnung von einschlägigen Vordienstzeiten vorliegt, vermengt der EuGH diese beiden Konzepte und prüft sohin unpräzise. Die Universität Wien brachte weiters lediglich den Rechtfertigungsgrund der Honorierung von Berufserfahrung aufs Tapet, obwohl das im KollIV der Universitäten vorgesehene Vergütungssystem eben genau dem Schema folgt, das *Bobek* pragmatisch herausgearbeitet hat: Die Karriere eines Wissenschaftlers wird einmal horizontal innerhalb der einzelnen Verwendungsgruppen und einmal vertikal beim Übertritt von einer Gruppe in die nächsthöhere bewertet. Bei Eintritt in eine Gruppe wird horizontal angerechnet, dies führt freilich auch zu einem schnelleren Fortkommen bei der vertikalen Laufbahn; damit wird Berufserfahrung beim Einstieg gewürdigt. Ab diesem Zeitpunkt soll Betriebstreue belohnt werden, sie stellt ein primär angestrebtes Ziel dar. Hier wäre eine differenziertere Argumentation angebracht gewesen, da die vom EuGH ins Treffen geführte Unterscheidung von gleichwertigen und bloß nützlichen Vordienstzeiten in diesem Rahmen wohl irrelevant ist.¹⁹²

In der Literatur gehen die Meinungen zum Vorliegen einer unionsrechtswidrigen Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch den internen Beschluss der Universität Wien auseinander.

¹⁸⁷ So die Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 56.

¹⁸⁸ So auch *Friedrich*, Die Berücksichtigung von Vordienstzeiten bei der Vorrückung und Arbeitnehmerfreizügigkeit – eine scheinbar nicht enden wollende Geschichte, DRdA 2021, 24 (28).

¹⁸⁹ Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 29.

¹⁹⁰ So auch *Vinzenz/Burger*, Beschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten im KollIV für das wissenschaftliche Universitätspersonal, EuZA 2020, 523 (531).

¹⁹¹ *Brameshuber*, ZESAR 2018, 16.

¹⁹² Vgl Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 25-30.

Zwar ist man sich – anders als im deutschen Schrifttum (s oben) – einig, dass kein Diskriminierungstatbestand erfüllt ist, allerdings erweist es sich als durchaus spannend, die Frage zu erörtern, ob nun dem EuGH oder doch dem Generalanwalt inhaltlich zuzustimmen ist. *Vinzenz/Burger*¹⁹³ pflichten dem EuGH bei, wenn er erkennt, dass die auf vier Jahre begrenzte Anrechnung von tätigkeitsbezogenen Vordienstzeiten eine Verletzung der Freizügigkeit darstellt. Sie münzen dabei die Erfordernisse der „Gewissheit und Direktheit“ einer freizügigkeitshemmenden Maßnahme auf die gegenständliche interne Regelung der Universität Wien um und kommen zum Schluss, dass eine begrenzte Anrechnung von Vordienstzeiten ab Dienst Eintritt schlagend wird sowie direkten Einfluss auf die Entgelthöhe hat und sich somit auch unmittelbar auf die Entscheidung eines AN, in den Dienst der Universität Wien zu treten, auswirken, ergo dessen seine Entscheidung, von der Freizügigkeit Gebrauch zu machen, beeinträchtigen kann.

Während bei dieser Argumentation also vor allem auf die Kriterien der Gewissheit und Direktheit abgestellt wird, verneint *Friedrich*¹⁹⁴ eine Verletzung des Beschränkungsverbots vor allem wegen der unterschiedslosen Behandlung von mobilen und nicht mobilen AN. Im Wesentlichen wird hier Generalanwalt *Bobek* gefolgt, der die Konzeption des Beschränkungsverbots als untrennbar vom Grundgedanken des Gleichbehandlungsgebotes ansieht.¹⁹⁵ Verboten seien demnach Regelungen, die mobile AN gegenüber nicht mobilen AN unterschiedlich behandeln, also sozusagen eine „Diskriminierung aus Gründen der Zu- und Abwanderung“ erfolgt und die Ungleichbehandlung eben gerade deswegen eintritt, weil sich AN dazu entscheiden, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen.¹⁹⁶

Es drängt sich also die Frage auf, welche beiden Gruppen miteinander verglichen werden müssten, um zum Ergebnis zu gelangen, dass die gegenständliche Regelung die Freizügigkeit der AN hemmt, denn schließlich wirkt die Anrechnung von maximal vier einschlägigen Dienstjahren für jeden, der in die Verwendungsgruppe B1 der Universität Wien einzustufen ist, gleich. ME verkennt der EuGH in Rz 30 seiner Begründung einen wesentlichen Punkt: Personen, die länger als vier Jahre als Senior Lecturer/Postdoc an der Universität Wien tätig waren, werden nicht gegenüber jenen bessergestellt, die eine gleichwertige Tätigkeit an einer anderen Einrichtung erbracht haben: Für die erste Gruppe von Personen handelt es sich nicht um Vordienstzeiten, sondern um schlichte Dienstjahre. Ihnen erwächst kein Vorteil dadurch, es kommt auch zu keiner „doppelten Anrechnung“ der Jahre – sie durchschreiten schlichtweg den

¹⁹³ EuZA 2020, 523 (528).

¹⁹⁴ DRdA 2021, 24 (30).

¹⁹⁵ „Nach meinem Verständnis baut der Grundgedanke des Art 45 Abs 1 AEUV und die Rechtsprechung zu Beeinträchtigungen der Freizügigkeit der AN gleichwohl auf einer Unterscheidung und somit auf dem Begriff der Diskriminierung auf. Der Grund für diese Diskriminierung ist jedoch nicht (nur) die Staatsangehörigkeit und nicht (nur) das Moment des Weggangs von einem Arbeitsmarkt oder des Zugangs zum Markt eines anderen Mitgliedstaats für sich betrachtet. Im Mittelpunkt steht eine Diskriminierung zwischen im Binnenmarkt „mobilen“ bzw „nicht mobilen“ AN“; Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 75.

¹⁹⁶ Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 76 mit Verweis auf die Schlussanträge des GA *Fennelly*, der diese Formulierung in der Rs *Graf* verwendete. S dazu Schlussanträge des GA *Fennelly* vom 16.9.1999 zu C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:1999:423, Rz 22.

vorgesehenen Zeitraum zur Vorrückung im Universitäten-KollV. Es ist also *Vinzenz/Burger*¹⁹⁷ zuzustimmen, die genau diese Unstimmigkeiten als zentralen Mangel in der Begründung des EuGH erkennen und somit im Einklang mit Generalanwalt *Bobek* die unrichtige Interpretation von Dienstzeiten und Vordienstzeiten, sohin Dienstjahre und Berufserfahrung, erkennen und kritisch aufbereiten.¹⁹⁸

Insofern schließt sich hier auch der Kreis zu den unzureichenden Ausführungen in der Rs *SALK* in Hinblick auf eine potentielle Rückkehrerproblematik (s 2.). In Wirklichkeit wäre dies die einzig denkbare Situation, in der ein AN, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, schlechter gestellt wird als ein immobilier AN: Derjenige, der die Universität Wien mit mehr als vier Jahren Dienstzeit als Postdoc verlässt, um im EU-Ausland oder an einer vergleichbaren Einrichtung innerhalb Österreichs zu arbeiten, kann sich bei Rückkehr auf den Arbeitsplatz in Wien nur vier Jahre anrechnen lassen, selbst wenn er davor bereits länger in Beschäftigung zu diesem AG stand. Er würde somit wieder in § 49 Abs 3 lit b des KollV eingestuft werden, da ihm nur vier Jahre an (diesmal wirklich:) Vordienstzeiten angerechnet werden, während er bei Verzicht auf die Ausübung seines Freizügigkeitsrechts bereits weiter vorgerückt wäre.¹⁹⁹ Dass diese Ereignisse in ebenjener Ausgestaltung von zahlreichen hypothetischen und ungewissen Faktoren abhängen, liegt wohl auf der Hand. Ebenso fraglich ist die tatsächliche Eignung, jemanden dadurch abzuhalten, seinen Arbeitsplatz zu wechseln. Insofern muss mE erneut auf die Relevanz eines gewissen Mindestanfordernisses an Spürbarkeit einer Begrenzung hingewiesen werden.²⁰⁰

C. Betriebstreue als potentieller Rechtfertigungsgrund

In vielen durch die österreichischen Gerichte initiierten Vorabentscheidungsverfahren versucht man, eine eingeschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten und die damit einhergehende Altersdiskriminierung bzw Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch das Argument der Betriebstreue zu rechtfertigen.²⁰¹ In der Rs *Köbler* hat der EuGH noch darauf hingewiesen, dass er sich bis dato nicht festgelegt habe, ob eine Treueprämie tatsächlich als ein Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung oder Freizügigkeitsbeschränkung durch nationale Normen darstellen könne.²⁰² Während er es in dieser Entscheidung zumindest noch „nicht ausschließen [konnte], dass das Ziel der Bindung der AN an ihre AG im Rahmen einer Politik der Forschung und der Hochschullehre einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt“,²⁰³ so ist Betriebstreue nunmehr jedenfalls als zulässiges und legitimes Ziel anerkannt,²⁰⁴ was auch ausdrücklich von Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* in den

¹⁹⁷ EuZA 2020, 523 (528).

¹⁹⁸ Auch *Wienbracke*, NZA 2020, 8 (11) erkennt diese Schwäche der Argumentationslinie und die Vermengung von Dienstzeiten und Vordienstzeiten.

¹⁹⁹ Und zwar in die Gehaltsstufe, die § 49 Abs 3 lit c des KollV normiert, sohin nach achtjähriger Tätigkeit.

²⁰⁰ Zur Vergleichsgruppenproblematik mE korrekt *Potz*, JAS 2020, 83 (99): „Wenn die Vergleichsgruppe der nicht mobilen AN nur aus den AN eines einzelnen Betriebs besteht, hat nämlich jede betriebsinterne (vertragliche) Regelung das Potential, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu behindern“.

²⁰¹ Vgl zB EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513; 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799; 8.5.2019, C-24/17, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2019:373.

²⁰² EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, Rz 80.

²⁰³ EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, Rz 83.

²⁰⁴ *Brameshuber*, ZESAR 2018, 16 (23); EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 37 f.

Schlussanträgen der Rs *EurothermenResort Bad Schallerbach* postuliert wurde.²⁰⁵ Bisher kam es jedoch noch zu keiner Konstellation, in der die Betriebstreue wirklich als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung oder eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit schlagend werden konnte. In der Rs *EurothermenResort Bad Schallerbach* lag nach Ansicht des EuGH keine Diskriminierung oder Beschränkung vor, die hätte gerechtfertigt werden müssen. Und die Regelung der Salzburger Landeskliniken in der Rs *SALK* war nicht geeignet, eine echte Treueprämie darzustellen, ebenso wenig wie die Umstände in dem Urteil *ÖGB*.

Eindeutig wurde inzwischen geklärt, was Betriebstreue darstellt: Die einzige Form einer echten Treueprämie ist die Honorierung von Dienstzeiten, die bei ein und demselben AG zurückgelegt wurden.²⁰⁶

D. Exkurs: Inländerdiskriminierung

Aus dem Urteil des EuGH in der Rs *Krah* ergibt sich mE, dass es bei gleichwertigen vorangehenden Tätigkeiten zu keiner Beschränkung des Ausmaßes der anzurechnenden Vordienstzeiten beim aktuellen AG kommen darf, wenn eine Berücksichtigung von Vordienstzeiten grundsätzlich vorgesehen ist.²⁰⁷ Die durch das Urteil für die Mitgliedstaaten bindend gewordene Pflicht, bei Vornahme von Anrechnungen von (gleichwertigen) Vordienstzeiten keine Restriktionen hinsichtlich der Höhe bzw Anzahl der anzurechnenden Dienstzeiten zu treffen, wird allerdings nur in Situationen schlagend, denen ein Element der Grenzüberschreitung innewohnt.²⁰⁸ Auf Arbeitsverhältnisse, die rein inländischer Natur sind, wirkt Art 45 AEUV bzw die durch den EuGH ermittelten Wirkungen zur Vordienstzeitenanrechnung nicht unmittelbar.²⁰⁹ Eine solche Inländerdiskriminierung ist aus europarechtlicher Sicht unproblematisch. Auf nationaler Eben darf nicht verkannt werden, dass die innerstaatlichen Grenzen des Verfassungsrechts und ganz besonders des darin verankerten Gebots der Gleichbehandlung (Art 7 B-VG) keinesfalls durch Unionsrecht ausgehebelt werden können und die Inländerdiskriminierung sohin an österreichischem Verfassungsrecht zu messen ist.²¹⁰ Da sich zahlreiche Regelungen im Zusammenhang mit einer Vordienstzeitenanrechnung in KollV finden, muss außerdem daran erinnert werden, dass auch die Kollektivvertragsparteien aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte an Art 7 B-VG gebunden sind.²¹¹ Daher können sich mE auch Inländer auf eine Gleichbehandlung iSd Entscheidung berufen.

²⁰⁵ Schlussanträge des GA *Saugmandsgaard Øe* vom 25.7.2018 zu C-437/17, *EurothermenResort Bad Schallerbach*, ECLI:EU:C:2018:627, Rz 69; *Schöffmann*, DRdA 2020, 32 (35).

²⁰⁶ Siehe dazu *Schöffmann*, DRdA 2020, 32 (35 mwN).

²⁰⁷ Wenngleich es abermals zu betonen gilt, dass es keine allgemeine Verpflichtung zur Anrechnung von Vordienstzeiten gibt.

²⁰⁸ *Burger-Ehrnhofer*, UNILEX 2020, 12 (13).

²⁰⁹ *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht⁶ 81, *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht³ § 2 Rz 22, OGH 28.9.2017, 8 ObA 34/17h, DRdA-InfA 2018/2, 6 (*Halwax*) = ÖZPR 2018/25, 42 (*Resch*).

²¹⁰ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich⁶ (2017) 103.

²¹¹ *Allg Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 6/326.

E. Ausblick: Gleichwertigkeit der Tätigkeit?

Jedenfalls Ausfluss der Rs *Krah* ist, dass Vordienstzeitenanrechnungen in KollV nun einem „Ganz-oder-gar-nicht“-Schema folgen müssen:²¹² Einigen sich die Sozialpartner auf eine Vordienstzeitenanrechnungsklausel in einem KollV, so darf diese keine Beschränkungen des Ausmaßes der Anrechnung von gleichwertigen Vordienstzeiten enthalten; eine solche wäre unionsrechtswidrig. Nur eine gänzliche Anrechnung von Vordienstzeiten, die eine Gleichwertigkeit zu den Tätigkeiten im neu aufgenommenen Arbeitsverhältnis aufweisen, entspricht dem Unionsrecht.²¹³ *Wachter*²¹⁴ vertritt nach den Reformen aufgrund des Urteils *Starjakob* die Meinung, dass durch die ausschließliche Berücksichtigung von branchenspezifischen Vordienstzeiten eine Schlechterbehandlung von jüngeren AN realisiert wird, da jene angesichts ihres geringeren Lebensalters im Vergleich zu älteren AN mit höherer Wahrscheinlichkeit regelmäßig weniger anrechenbare Dienstzeiten aufweisen werden. Das Gesagte zum Kriterium der branchenspezifischen Tätigkeit wird sich wohl auch auf die Einstufung von Tätigkeiten als gleichwertig ummünzen lassen. Auch wenn *Glowacka*²¹⁵ dagegen vorbringt, dass eine derartige Honorierung von Berufserfahrung jedenfalls auch vom EuGH als geeignete Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung anerkannt ist, erscheint es mE durchaus realistisch, dass die Ergebnisse des Urteils *Krah* aus ebenjenem Blickwinkel doch nochmals zu einem Vorabentscheidungsverfahren führen werden.

Nach der Argumentation des EuGH in der Rs *Krah* drängt sich die Frage auf, ob (vor allem) gleichwertige Vordienstzeiten nun stets auf neu eingegangene Arbeitsverhältnisse anzurechnen sind, selbst wenn keine derartige Berücksichtigung im KollV vorgesehen ist. *Burger-Ehrnhofer*²¹⁶ bejaht dies und erblickt in der fehlenden Möglichkeit einer Vordienstzeitenanrechnung eine Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, da der gänzliche Ausschluss, vorangehende Dienstzeiten in welcher Form auch immer zu honorieren, ein noch größeres Hindernis für Wanderarbeitnehmer darstelle, ihre Freizügigkeit auszunutzen, als dies eine teilweise Anrechnung tue. Im Ergebnis ist jedoch *Potz*²¹⁷ zuzustimmen, die (weiterhin) keine Pflicht zur Vordienstzeitenanrechnung erkennt, wenn diese Regelung von vornherein keinen Einzug in den KollV findet.

Die nunmehrige Pflicht für den nationalen Gesetzgeber, in Zukunft bei der Möglichkeit der Anrechnung von Vordienstzeiten zwischen gleichwertiger und bloß nützlicher Tätigkeit zu unterscheiden, wird mE letzten Endes auf den AG überwältigt werden. Es wird ihm obliegen, bei einem neueintretenden AN die von ihm vorzuweisende Berufserfahrung zu bewerten und anhand dessen einer Anrechnung zuzustimmen oder nicht. *Pfeil*²¹⁸ spricht in diesem Zusammenhang von einer „unzumutbaren Belastung“ für den AG. Dem kann im Wesentlichen nur durch genaue Abgrenzungen und klar definierte Tätigkeitsbeschreibungen im Gesetz oder

²¹² So auch *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (31).

²¹³ *Erler*, Vordienstzeitenanrechnung in Kollektivverträgen, ÖZPR 2019, 172.

²¹⁴ Die neue Regelung der Vordienstzeitenanrechnung bei den ÖBB, in *Wachter* (Hrsg), Jahrbuch Altersdiskriminierung (2016) 243 (251).

²¹⁵ DRdA 2020, 56 (59).

²¹⁶ Neue Regeln für die Anrechnung von Vordienstzeiten in Kollektivverträgen? Zu den Konsequenzen der EuGH-Entscheidung *Krah*, ASoK 2019, 442.

²¹⁷ JAS 2020, 83 (105).

²¹⁸ Sind Vordienstzeiten nun stets anzurechnen? FS Fuchs (2020) 265 (274).

KollIV abgeholfen werden. Dass dies keinesfalls ein einfaches Unterfangen ist, zeigen schon die Überlegungen zu der branchenspezifischen Tätigkeit des § 53 BBG (dazu A. 3.).

V. Resümee

An der Rechtsprechungslinie des EuGH zur Thematik der Vordienstzeitenanrechnung lässt sich eines deutlich erkennen:²¹⁹ Der Berücksichtigung des in Art 45 AEUV verorteten Beschränkungsverbots wird immer häufiger der Vorrang bei der Prüfung einer potentiellen Unionsrechtswidrigkeit eingeräumt, wenn es um Sachverhalte geht, die ebenso diskriminierende Elemente aufweisen könnten. Die Tendenz des EuGH passt zu einer Praxis, die augenscheinlich keine Subsidiarität des ungeschriebenen Beschränkungsverbot mehr annimmt, obwohl korrekterweise ein Vorrang des Diskriminierungsverbotes bestehen sollte.²²⁰ Oftmals wird vom Gerichtshof nicht einmal mehr näher spezifiziert, welcher Absatz des Art 45 AEUV bei der Beurteilung der vorgelegten Frage herangezogen wird.²²¹

Natürlich stellt sich die Frage, inwieweit es sich bei einer derart detaillierten Betrachtung von Urteilen des EuGH um eine Haarspalterei handelt. Es mag zunächst zwar kleinlich wirken, sich auf mangelnde Trennschärfe zu berufen, die doch am Ende zumeist zu ein und demselben Ergebnis führt. Dennoch darf die Inkonsistenz in der Argumentation nicht unkommentiert bleiben, zeigen sich doch oftmals erst mit genügend (zeitlichem) Abstand und der damit gewonnenen inhaltlichen Distanz die Auswirkungen unpräziser Urteile. Die in IV. B. 4. erörterte Vermengung von Dienstzeiten und Vordienstzeiten zeigt dieses Problem deutlich auf. Besagte Auswirkungen können von großer Reichweite sein und letzten Endes weitreichende Reformen in den nationalen Rechtssystemen hervorrufen, während manchmal eine zu kasuistisch gewählte Betrachtung von Sachverhalten zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, vor allem wenn nicht klar hervorkommt, ob die gewählte Argumentation streng einzelfallbezogen ist oder über den vorgebrachten Sachverhalt hinaus Aussagen treffen soll. Die rasche Qualifikation unterschiedslos wirkender Regelungen als unionsrechtswidrig ist mE jedenfalls problematisch: Wenn es zB nicht einmal mehr eines grenzüberschreitenden Elements bedarf, um eine Beurteilung durch den EuGH zu erlangen, könnte dies letztlich zu einer drastischen Ausweitung der Prüfungs Kompetenzen auf europäischer Ebene führen.

Unterstützt werden diese Überlegungen durch die Schlussanträge von Generalanwalt *Bobek* zur Rs *Krah*. Dieser spricht genau die Problematik der Untrennbarkeit der Prüfung einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit von jener einer mittelbaren Diskriminierung an. Plakativ stellt er die Frage, ob denn eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegen könne, „wenn es nicht einmal den geringsten Hinweis auf eine Ungleichbehandlung (aus Gründen der Staatsangehörigkeit) gibt“.²²² Er stellt fest, dass der EuGH bisher stets implizit eine potentiell vorliegende Ungleichbehandlung bei der Prüfung einer vorliegenden

²¹⁹ *Steinmeyer* in *Franzen/Gallner/Oetker*, AEUV Art 45 Rz 72.

²²⁰ *Schöffmann*, DRdA 2020, 32 (34 mwN).

²²¹ *Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art 45 Rz 233.

²²² Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 67.

Arbeitnehmerfreizügigkeitsbeschränkung mituntersucht hat. Eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit sei weiterhin eine gewisse Ausformung einer Verschiedenbehandlung. Was denn in weiterer Folge eine Beeinträchtigung genau ausmache und unter welchen Maßstäben sie zu prüfen ist, stellt *Bobek* lediglich als Frage in den Raum.²²³ Für *Bobek* bedarf es zweierlei Kriterien, um von einer Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sprechen zu können: Einerseits muss eine Schlechterstellung zwischen mobilen und nicht mobilen AN beim Verlassen eines oder Eintreten in einen EU-Mitgliedstaat vorliegen, andererseits darf die Wirkung der Regelung, der beeinträchtigende Qualität unterstellt wird, nicht zu hypothetisch sein.²²⁴

Eine solche klare Differenzierung zwischen den Konzepten einer mittelbaren Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern und einer unterschiedslos wirkenden Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird nicht immer vorgenommen. Am Beispiel der Rs *SALK* kann man eine Vermengung der beiden Prüfungsmaßstäbe gut erkennen, da der EuGH in seiner Argumentation grundsätzlich stets von einer mittelbaren Diskriminierung ausgeht, manche Akzente aber scheinbar doch auf die Prüfung einer Freizügigkeitsbeschränkung hindeuten (s IV. B. 2.).

Die fehlende Präzisierung und Grenzziehung sowie die schwere Konkretisierbarkeit²²⁵ dieses im Wesentlichen erst durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Beschränkungsverbot führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit: Folgt man den Postulaten in der Rs *SALK*, wonach jede Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit verboten ist, egal, wie unbedeutend sie auch sein mag,²²⁶ wird man sich schnell in den Ausführungen des Generalanwalts *Bobek* zur Rs *Krah* wiederfinden. Dieser erkennt mE zu Recht, dass eine zu weitreichend betriebene Handhabung des EuGH in der Kategorisierung von nationalen Anrechnungsregelungen als verbotene Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit unter Umständen sogar negative Auswirkungen auf die Gesamtheit der AN hat.²²⁷ Die Kollektivvertragsparteien bzw einzelne AG könnten sich als Reaktion angehalten fühlen, jegliche Berücksichtigung von Berufserfahrung unterbleiben zu lassen.²²⁸ Generalanwalt *Bobek* spricht in der Rs *Krah* von einem „auffälligen Maß an Bevormundung und Eingriff in die (verbliebene) Vertragsfreiheit beim Aushandeln eines Vertrags“.²²⁹ In Summe deutet das Vorgehen des EuGH in Richtung einer Harmonisierung des Arbeitsrechts innerhalb der Union und den Versuch einer Beseitigung von Eigenheiten der verschiedenen Rechtsordnungen.²³⁰

Da wie erörtert weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene eine allgemeine Verpflichtung zur Anrechnung von Vordienstzeiten besteht, könnte aus meiner Sicht aus Furcht vor unionsrechtswidrigen Anrechnungsregelungen eine „Ganz-oder-gar-nicht-Politik“ als

²²³ Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 74.

²²⁴ Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 85.

²²⁵ *Steinmeyer* in *Franzen/Gallner/Oetker*, AEUV Art 45 Rz 72.

²²⁶ EuGH 5.12.2013, C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rz 34.

²²⁷ *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (31).

²²⁸ *Pfeil*, FS *Fuchs* 265 (273).

²²⁹ Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 101, 97.

²³⁰ *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger*, Art 45 AEUV Rz 67/2; *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (30); allg *Benecke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁷¹ (2020) Art 153 AEUV Rz 3.

Antwort auf die Rs *Krah* entstehen.²³¹ Im schlimmsten Fall könnte eine zu umfangreiche Auslegung des Primärrechts in Hinblick auf Vordienstzeiten und ihre Berücksichtigung also dazu führen, dass keinem AN daraus ein Nutzen erwächst.²³²

Letzten Endes könnten durch die dargestellten Entwicklungen auch alte Wunden aufgerissen werden: Auch wenn es zuletzt so aussah, als hätte das Kapitel der altersdiskriminierenden Vordienstzeitenanrechnung in Österreich ein Ende gefunden, könnten durch die Konsequenzen des *Krah*-Urteils aber genau ebenjene Aspekte und Problematiken abermals entfacht werden (s IV. E.). Entschieden sich die Sozialpartner nämlich, eine umfassende Anrechnung von Vordienstzeiten zu tolerieren, würde dies zwangsläufig wieder auf eine Diskriminierung jener AN hinauslaufen, die zahlenmäßig mehr Dienstjahre mitbringen. Es liegt in der Natur der Sache, dass dies vorwiegend auf jene AN zutreffen würde, die mehr Lebensjahre aufweisen. Konsequenz dieser Tatsache wäre aber, dass diese älteren AN teurer wären, da sie bereits bei Eintritt mehr dienstzeitenabhängige Ansprüche und höhere Entgelteinstufungen geltend machen könnten. Unterm Strich wäre diese Gruppe von AN also gegenüber jüngeren, „günstigeren“ AN benachteiligt.²³³

Es wäre nicht das erste Mal,²³⁴ dass die Rechtsprechung des EuGH dazu führt, dass im Ergebnis einzelne, wenige AN bessergestellt werden, die Gesamtheit der AN allerdings nachteilige Konsequenzen erlebt. Ebenso wie *Friedrich*²³⁵ erachte ich es als wünschenswert, würden auch die europäischen Gerichte bei Fällung ihrer Urteile die Reflexwirkungen auf die nationalen Arbeitsmärkte nicht außer Acht lassen.²³⁶ Auch der Perspektivenwechsel der Problematisierung von Vordienstzeitenanrechnungen von der Altersdiskriminierung hin zur Arbeitnehmerfreizügigkeit²³⁷ birgt Gefahren wie die soeben aufgezeigten: Die Berücksichtigung von Dienstjahren und Berufserfahrung hat stets das Potential, eine (wenn auch verschleierte) Ungleichbehandlung aufgrund des Alters darzustellen. Eine abschließende Lösung der gesamten Problematik wird sich mE nur durch eine Gesamtschau der beiden Themenbereiche Altersdiskriminierung und Arbeitnehmerfreizügigkeit realisieren lassen: Wenn es um Vordienstzeiten und ihre Anrechnung geht, so müssen die Faktoren Alter und Freizügigkeit zusammengedacht werden.

²³¹ Diese Bedenken statuiert auch GA *Bobek* in seinen Schlussanträgen vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz 113; ähnlich *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (31).

²³² Schlussanträge des GA *Bobek* vom 23.5.2019 zu C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rz Rz 97. Derselben Argumentation folgend *Friedrich*, ASoK 2017, 162 (166 f) bezüglich der Rs *EurothermenResort Bad Schallerbach*.

²³³ Pfeil, FS Fuchs 265 (273).

²³⁴ Es sei an dieser Stelle an die Karfreitagsproblematik erinnert; EuGH 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigations*, ECLI:EU:C:2019:43.

²³⁵ *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (31).

²³⁶ So auch *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 523 (531) und *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (31).

²³⁷ *Potz*, JAS 2020, 83 (105) bezeichnet dies als gewissermaßen „überraschend“.