



# Exposé der Dissertation

Vorläufiger Titel der Dissertation

„Arbeitnehmerfreizügigkeit und Betriebstreue“

verfasst von

Mag. iur. Magdalena Lenglinger

Betreuerin

Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Brameshuber

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)

Studienkennzahl lt. Studienblatt

UA 783 101

Studienrichtung lt. Studienblatt

Rechtswissenschaften

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Arbeits- und Sozialrecht

## **Inhalt**

<b>1. PROBLEMAUFRISS UND FORSCHUNGSFRAGEN .....</b>	<b>3</b>
<b>2. DER AKTUELLE STAND DER FORSCHUNG: RELEVANZ UND FORSCHUNGSLÜCKE.....</b>	<b>5</b>
<b>3. AUFBAU UND GANG DER UNTERSUCHUNG.....</b>	<b>5</b>
<b>4. VORLÄUFIGES INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>7</b>
<b>5. METHODE UND ZEITPLAN .....</b>	<b>8</b>
<b>6. AUSGEWÄHLTE JUDIKATUR UND LITERATUR.....</b>	<b>9</b>
KOMMENTARE UND MONOGRAFIEN.....	9
AUFSÄTZE UND BEITRÄGE .....	9
JUDIKATUR.....	10

## **1. Problemaufriss und Forschungsfragen**

Die österreichische Arbeitsrechtsordnung ist stellenweise von dem Gedanken geprägt, eine möglichst hohe Beständigkeit von Arbeitsverhältnissen zu fördern. Die sogenannte Betriebsstreue wird dadurch honoriert, indem ausgewählte Ansprüche nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses berechnet werden. So sieht das österreichische Arbeitsrecht Regelungen vor, wonach Arbeitgeber:innen gesetzlich dazu verpflichtet sind, langjährige Betriebszugehörigkeit zu honorieren wie zB in Form einer zusätzlichen Woche Urlaub<sup>1</sup>, einer längeren Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall<sup>2</sup> oder bei der Berechnung der Länge der Kündigungsfrist.<sup>3</sup> Diese und ähnliche Normen nehmen Bezug auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses und lassen Ansprüche im Zuge einer langjährigen Betriebszugehörigkeit anwachsen. Zudem können auch Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen oder Einzelverträge vergleichbare Klauseln vorsehen, wonach Ansprüche von Arbeitnehmer:innen an die Dauer der Betriebszugehörigkeit geknüpft werden wie zB in Form von Treue- oder Jubiläumsgeldern. Die Vorschriften sind grundsätzlich von dem Gedanken getragen, den Arbeitnehmer:innen einen Anreiz zu bieten, möglichst lange in einem Arbeitsverhältnis zu verbleiben. Angestrebt ist damit unweigerlich eine gewisse Hemmung von Arbeitsplatzmobilität zu Gunsten der Betriebstreue.

Gleichzeitig sehen die Verträge der EU mit Art 45 AEUV die Arbeitnehmerfreizügigkeit vor. Diese gilt als eine der fundamentalen Garantien in der EU zur Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes und stellt einen Grundpfeiler der EU dar. Demgemäß dürfen Arbeitnehmer:innen bei der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts weder diskriminiert werden noch darf das Freizügigkeitsrecht beschränkt werden. Zugleich sind aber Diskriminierungen und Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit einer sachlichen Rechtfertigung mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zugänglich, sofern dies verhältnismäßig ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob österreichische Regelungen, welche die Betriebstreue honorieren, indem sie höhere Ansprüche bei längerem Verbleib in einem Arbeitsverhältnis vorsehen, mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV in Einklang zu bringen sind. Zunächst ist zu prüfen, ob diese Vorschriften als mittelbare Diskriminierung oder Beschränkung zu sehen sind. Insbesondere ist es fraglich, ob diese Regelungen mobilitätshemmend wirken, indem sie die Ausübung der Freizügigkeit einschränken oder unattraktiv erscheinen lassen. Eine entsprechende Überprüfung bereitet insofern Schwierigkeiten, als dass die

---

<sup>1</sup> § 2 Abs 1 UrlG.

<sup>2</sup> § 8 Abs 1 AngG; § 2 Abs 1 EFZG

<sup>3</sup> § 20 Abs 2 AngG; § 1159 ABGB.

Reichweite des Beschränkungsverbot in der Judikatur und Literatur nicht abschließend geklärt ist.<sup>4</sup> Regelmäßig wird diesbezüglich eine gewisse Schwelle an Spürbarkeit oder Erheblichkeit gefordert, da ansonsten nahezu jede staatliche oder nichtstaatliche Bedingung ein Hindernis für einen Wegzug darstellen könnte.<sup>5</sup>

Stellen einzelne Normen der österreichischen Arbeitsrechtsordnung, welche die langjährige Treue der Arbeitnehmer:innen zu ihren Arbeitgeber:innen honorieren, eine Diskriminierung oder Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, muss geprüft werden, ob dies allenfalls mit dem Rechtfertigungsgrund der Betriebstreue gerechtfertigt werden kann. Obwohl keine Definition des Begriffs der *Betriebstreue* in europäischen Rechtsakten besteht, wird diese regelmäßig vom EuGH bei der Überprüfung von Normen auf ihre Konformität mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit herangezogen.<sup>6</sup> Bislang wurde in der Judikatur zwar die Betriebstreue als Rechtfertigungsgrund erwähnt, eine genauere Betrachtung jedoch mit der Begründung unterlassen, dass das verwendete Mittel zur Erreichung dieses Zweckes gar nicht geeignet wäre, auch wenn es sich dabei um einen legitimen Zweck handeln würde<sup>7</sup> oder keine Diskriminierung oder Beschränkung vorlag.<sup>8</sup>

Ziel meiner Dissertation ist es, die österreichische Rechtsordnung darauf zu untersuchen, ob Regelungen bestehen, welche die Betriebstreue honorieren, und zu überprüfen, ob diese Regelungen im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben stehen. Grob zusammengefasst untersucht die Dissertation folgende Forschungsfragen:

- **Können nationalen Regelungen, welche die Betriebstreue honorieren, indem sie bei längere Betriebszugehörigkeit arbeitsrechtliche Ansprüche erhöhen, eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV darstellen?**
- **Was wird in der Judikatur des EuGH unter dem Rechtfertigungsgrund der *Betriebstreue* verstanden?**
- **Inwiefern können diese nationalen Regelungen, wonach sich Ansprüche mit Dauer der Betriebszugehörigkeit erhöhen, mit einer Honorierung der Betriebstreue sachlich gerechtfertigt werden?**

<sup>4</sup> *Brameshuber*, Betriebstreue und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2018, 16 (19); *Franzen in Streinz*, EUV/AUEV<sup>3</sup> (2018) Art 45 AEUV Rz 88 ff.

<sup>5</sup> *Schwarze/Wunderlich in Schwarze et al*, EU-Kommentar<sup>4</sup> Art 45 AEUV Rz 47.

<sup>6</sup> So zB in EuGH C-178/04, *Marhold*, ECLI:EU:C:2005:164; EuGH C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799; EuGH C-187/15, *Pöpperl*, ECLI:EU:2016:550.

<sup>7</sup> EuGH C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513, Rn 83; EuGH C-178/04, *Marhold*, ECLI:EU:C:2005:164, Rn 34; EuGH C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799, Rn 38.

<sup>8</sup> EuGH C-437/17, *EurothermenResort*, ECLI:EU:C:2019:193, Rn 33.

## **2. Der aktuelle Stand der Forschung: Relevanz und Forschungslücke**

Die Relevanz des gewählten Themas wird durch diesbezüglich fortlaufend vorgelegten Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu diesen Fragen anschaulich belegt. Auffallend ist dabei die wiederholte Behandlung von österreichischen Regelungen in der Rechtsprechung des EuGH. Diese Entscheidungen bedürfen einer wissenschaftlichen Aufarbeitung. Eine umfassende Aufarbeitung des Themenbereichs samt Systembildung, die Aussagen für zukünftige Entscheidungen erlauben würde, hat bisher noch nicht stattgefunden. Eine Monografie zu diesem Thema ist im deutschsprachigen Raum nicht bekannt. Wichtige Beiträge zur Diskussion stellen jedoch die Aufsätze von *Brameshuber*<sup>9</sup> und *Schlachter*<sup>10</sup> dar. Hinsichtlich der jeweiligen Entscheidungen des EuGH gibt es bereits zahlreiche Stellungnahmen in der Literatur, die jedoch überwiegend auf den konkreten Fall bezogen sind.<sup>11</sup> Die Dissertation soll die Entscheidungen des EuGH sowie die bestehende Literatur derart aufarbeiten, dass daraus allgemeingültige Schlüsse gezogen werden können sowie im besten Fall die Schaffung eines kohärenten Systems zulassen.

## **3. Aufbau und Gang der Untersuchung**

Im ersten Kapitel wird in das Forschungsthema eingeführt und der Gang der Untersuchung und der Aufbau der Arbeit skizziert sowie die Forschungsfragen gestellt. Zudem soll ein kurzer historischer Abriss die Entstehung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darlegen.

Im zweiten Kapitel werden die unionsrechtlichen Grundlagen der Arbeitnehmerfreizügigkeit dargestellt. Behandelt wird, ob neben Art 45 AEUV auch noch andere primärrechtliche Grundlagen für die Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit herangezogen werden können. Darauf folgend wird der Anwendungsbereich des Art 45 AEUV analysiert. Besondere Relevanz kommt dabei der Frage nach den Normadressaten zu. In der Literatur umstritten und bislang noch nicht vom EuGH geklärt ist die Frage, ob das Beschränkungsverbot auch für private AG gilt. Ginge man davon aus, so wären auch Einzelverträge an den Maßstäben der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu prüfen. Art 45 AEUV sieht neben dem Verbot von Diskriminierungen auch ein Verbot von Beschränkungen vor. Diesbezüglich stellt sich die Frage nach der Reichweite des Beschränkungsverbotes. Unklar ist, wie gravierend eine mobilitätshemmende Maßnahme sein

---

<sup>9</sup> *Brameshuber*, Betriebstreue und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2018, 16.

<sup>10</sup> *Schlachter-Voll*, Vordienstzeitenanrechnung zwischen Freizügigkeit und Betriebstreue, DRdA 2021, 463.

<sup>11</sup> So zB *Resch*, Vordienstzeitenanrechnung und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2014, 155; *Pfalz*, Ende in Sicht (?) – Altersdiskriminierung und Vordienstzeiten im öffentlichen Dienst, DRdA 2020, 228; *Vinzenz/Burger*, Beschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten im Kollektivvertrag für das wissenschaftliche Universitätspersonal, EuZA 2020, 522; *Schöffmann*, Sechste Urlaubswoche auf dem Prüfstand, DRdA 2020, 32.

muss, damit sie als Beschränkung iSd Art 45 AEUV anzusehen ist. Dafür ist die bisherige Judikatur des EuGH zu analysieren.

In einem nächsten Schritt ist die Rechtfertigung aus Gründen der Betriebstreue zu untersuchen. Dabei wird die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere der Rs *Schöning-Kougebetopoulou*<sup>12</sup>, *ÖGB*<sup>13</sup>, *Köbler*<sup>14</sup>, *Marhold*<sup>15</sup>, *SALK*<sup>16</sup>, *Pöpperl*<sup>17</sup> und *EurothermenResort*<sup>18</sup>, systematisch aufgearbeitet und kontextualisiert. In weiterer Folge wird versucht, ein grundlegendes System aus der bisherigen Rechtsprechung abzuleiten.

Das dritte Kapitel widmet sich zunächst der Bedeutung der Betriebstreue in Österreich im Allgemeinen. Dabei wird zunächst der Zweck der Honorierung der Betriebstreue betrachtet und dann die Frage gestellt, ob es sich grundsätzlich um ein Interesse der Allgemeinheit handeln kann.

Im vierten Kapitel findet eine eingehende Behandlung ausgewählter Regelungen des österreichischen Arbeitsrechtes statt. Jede Regelung wird für sich auf folgende Aspekte überprüft: In einem ersten Schritt muss eruiert werden, ob die gegenständliche Regelung eine Diskriminierung oder Beschränkung darstellen kann. Anhand der Interpretationsmethoden wird dann der Zweck dieser Regelungen ermittelt, um die Frage beantworten zu können, ob die Regelung dem Schutz der Betriebstreue dienen soll oder ob doch andere Zwecke verfolgt werden. Zuletzt wird die Frage behandelt, ob die ausgewählte Regelung auch eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sachlich rechtfertigen kann.

Im fünften Kapitel werden die Ergebnisse zusammengefasst und ein Ausblick geboten.

---

<sup>12</sup> EuGH C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, ECLI:EU:C:1998:3.

<sup>13</sup> EuGH C-195/98, *ÖGB*, ECLI:EU:C:2000:655.

<sup>14</sup> EuGH C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513.

<sup>15</sup> EuGH C-178/04, *Marhold*, ECLI:EU:C:2005:164.

<sup>16</sup> EuGH C-514/12, *SALK*, ECLI:EU:C:2013:799.

<sup>17</sup> EuGH C-187/15, *Pöpperl*, ECLI:EU:C:2016:550.

<sup>18</sup> EuGH C-437/17, *EurothermenResort*, ECLI:EU:C:2019:193.

## **4. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis**

1. Einleitung und Gang der Untersuchung
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit
  - 2.1. Entstehung und Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit
  - 2.2. Das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit im Primärrecht
  - 2.3. Anwendungsbereich
    - 2.3.1. Normadressaten und horizontale Drittwirkung
    - 2.3.2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich
  - 2.4. Diskriminierungsverbot
  - 2.5. Beschränkungsverbot
    - 2.5.1. Inhalt des Beschränkungsverbot
    - 2.5.2. Spürbarkeit bzw Erheblichkeit
    - 2.5.3. Marktzugangs- oder bloßes Ausübungskriterium
  - 2.6. Rechtfertigung mit Betriebstreue
    - 2.6.1. Rechtsprechung des EuGH
    - 2.6.2. Eignung und Verhältnismäßigkeit
  - 2.7. Beweislast und Rechtsfolgen
  - 2.8. Das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sekundärrecht
3. Betriebstreue in Österreich
  - 3.1. Zweck von gesetzlicher Honorierung der Betriebstreue
  - 3.2. Betriebstreue als zwingendes Interesse der Allgemeinheit?
4. Ausgewählte Beispiele aus der österreichischen Rechtsordnung
  - 4.1. Gesetzlich verpflichtende Honorierung der Betriebstreue
    - 4.1.1. Urlaub
    - 4.1.2. Urlaubersatzleistung
    - 4.1.3. Länge der Kündigungsfrist
    - 4.1.4. Dauer des Anspruches auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
    - 4.1.5. Abfertigung alt/neu
  - 4.2. Individualrechtliche Maßnahmen
    - 4.2.1. Treuegeld
    - 4.2.2. Rückzahlungsklauseln
    - 4.2.3. Konventionalstrafen
5. Conclusio

## 5. Methode und Zeitplan

Die Untersuchung erfolgt anhand der allgemeinen Grundsätze der österreichischen und europäischen juristischen Methodenlehren.<sup>19</sup> Anhand einer umfassenden wörtlichen, historischen, systematischen und teleologischen Interpretation der einschlägigen Normen werden die rechtsdogmatischen Grundlagen des Untersuchungsgegenstandes erarbeitet. Darüber hinaus wird die einschlägige Judikatur des EuGH kontextualisiert und umfassend aufgearbeitet. Die erworbenen Erkenntnisse werden in das Verhältnis zur österreichischen Rechtslage samt Rechtsprechung des OGH gesetzt. Basierend auf diesem Ergebnis werden Schlussfolgerungen über die Konformität der nationalen Rechtslage mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit gezogen.

Die notwendigen Lehrveranstaltungen des Doktoratsstudiums der Rechtswissenschaften sowie das Seminar zur Präsentation des Dissertationsverhoben wurden bereits positiv absolviert. Die Fertigstellung der Dissertation soll voraussichtlich Ende 2023/Anfang 2024 erfolgen. Die Dissertation wird im Zuge einer Stelle als Universitätsassistentin (*prae doc*) am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien verfasst.

---

<sup>19</sup> Etwa F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre<sup>3</sup>(2018); Riesenhuber, Europäische Methodenlehre<sup>4</sup> (2021).

## **6. Ausgewählte Judikatur und Literatur**

### **Kommentare und Monografien**

*Barnard*, EU Employment Law<sup>4</sup> (2022)

*Callies/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>6</sup> (2022)

*Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäisches Arbeitsrecht<sup>4</sup> (2022)

*Grabnitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV (2022)

*Jaeger/Stöger*, Kommentar zu EUV/AEUV (Stand 1.7.2019)

*Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten (2011)

*Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>4</sup> (2022)

*Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zur Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2018)

*Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013)

*Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2019)

*Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht (2021)

*Roloff*, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht (2003)

*Schlachter/Heinig*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht<sup>2</sup> (2021)

*Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar<sup>4</sup> (2019)

*Streinz*, EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018)

### **Aufsätze und Beiträge**

*Birk*, Zur Vereinbarkeit des § 23 Abs 7 AngG mit der Regelung der Freizügigkeit im Primär- und Sekundärrecht der EU, ZAS 1999, 1

*Brameshuber*, Betriebstreue und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2018, 16

*Friedrich*, Anrechnung von ausländischen Vordienstzeiten bei der Berechnung des Urlaubsausmaßes – Zur Europarechtskonformität des § 3 Abs 3 UrlG, ASoK 2017, 162

*Krebber*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Unionsrechts, EuZA 2019, 62

*Peyrl*, ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit und Arbeitsmarkt, DRdA 2019, 104

*Rasche/Sülze*, Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch § 16 Abs. 2 TV-L, EuZA 2020, 476

*Resch*, Vordienstzeitenanrechnung und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2014, 155

*Schlachter-Voll*, Vordienstzeitenanrechnung zwischen Freizügigkeit und Betriebstreue, DRdA 2021, 463

*Schörghofer*, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Anciennität, DRdA 2014, 411

*Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459

*Vinzenz/Burger*, Beschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten im Kollektivvertrag für das wissenschaftliche Personal, EuZA 2020, 522

*Windisch-Graetz*, Diskriminierungsverbot von Wanderarbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit, ecolex 2017, 236

*Zankel*, Praxisrelevante Anwendungsfälle des Benachteiligungsverbot des § 7 AVRAG – Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Arbeitnehmerfreizügigkeit, ASoK 2021, 174

## **Judikatur**

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

EuGH C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, ECLI:EU:C:1998:3

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

EuGH C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49

EuGH C-281/98, *Angonese*, ECLI:EU:C:2000:296

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

EuGH C-187/15, *Pöpperl*, ECLI:EU:C:2016:550

EuGH C-437/17, *EurothermenResort*, ECLI:EU:C:2019:193

EuGH C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:859

EuGH C-710/18, *WN/Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2020:299

EuGH C-86/21, *Delia*, ECLI:EU:C:2022:310