

I. Einleitung

Die österreichische Arbeitsrechtsordnung kennzeichnet sich dadurch aus, dass an vielen Stellen eine Anknüpfung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit erfolgt, um gewisse Ansprüche zu gewähren. Das Anciennitätsprinzip kann als eines der grundlegenden Leitmotive bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen gesehen werden, das nicht nur in diversen gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommt, sondern auch die Entgeltfindung in vielen Kollektivverträgen¹ prägt. Dies hat zur Folge, dass sich mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer:innen (AN) verbessert, wie ein Blick auf die Regelung zum Entgelt, zur Dauer des Urlaubs,² zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall³ und zu Kündigungsfristen⁴ sowie zur Höhe der Abfertigung⁵ offenbart. Diese Verbesserungen der Arbeitsbedingungen werden regelmäßig mit der Honorierung der Betriebstreue begründet, wodurch die Verbindung zwischen den AN und den Arbeitgeber:innen (AG) gestärkt werden soll. Indem besondere Vorteile in Aussicht gestellt werden, werden Anreize gesetzt, die mittelbar zum Verbleib im aktuellen Arbeitsverhältnis motivieren sollen, ohne dass die Kündigungsmöglichkeiten tatsächlich eingeschränkt werden.⁶ Dass es sich dabei nicht um antiquierte Motive und Maßnahmen handelt, die in der heutigen Praxis keine Rolle spielen, zeigt die durch den Fachkräftemangel⁷ verstärkte Bedeutung der Mitarbeiterbindung.^{8, 9} Im sogenannten „War for Talents“¹⁰ streben AG hinsichtlich einer zukunftsorientierten Unternehmenspla-

- 1 Windisch-Graetz, Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsprobleme bei der kollektiven Entgeltfindung, in Resch (Hrsg), Kollektive Lohngestaltung in Österreich (2014) (88); Risak, Die Begründung des Dienstverhältnisses und sonstige Gleichbehandlungsfragen bei älteren Arbeitnehmer_innen, ZAS 2014, 124 (128); Rebhahn in Neumayr/Reissner, Zell-Komm³ (2018) § 1157 ABGB Rz 57.
- 2 § 2 Abs 1 UrlG.
- 3 § 8 Abs 1 AngG; § 2 Abs 1 EFZG.
- 4 § 20 Abs 2 AngG; § 1159 ABGB.
- 5 § 23 AngG.
- 6 Zum Begriff der mittelbaren oder indirekten Betriebsbindung Löschnigg, Phänomene der Betriebsbindung, in Resch (Hrsg), Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag (2004) (16f).
- 7 Mühlböck et al, Analyse des Fachkräftebedarfs in Österreich anhand ökonomischer Knappheitsindikatoren, statistik.at/fileadmin/pages/256/Fachkraeftebedarf_OEsterreich_IHS_2023.pdf (abgefragt am 13. 2. 2024); Online-Studie zur Stimmung am österreichischen Arbeitsmarkt, ASoK 2024, 46.
- 8 Unter der Arbeitnehmerbindung oder auch „Retention Management“ wird die Bindung von AN an ihre aktuellen AG verstanden. Ziel der Maßnahmen ist es, den Arbeitsplatz so weit zu attraktivieren, sodass AN langfristig in ihren aktuellen Arbeitsverhältnissen verbleiben wollen.
- 9 Korenjak, Mitarbeiterbindung und Arbeitsvertragsgestaltung, ZAS 2022, 105; Hartl, Arbeitsrechtliche Instrumente der Betriebsbindung, RdW 2019, 774; dazu auch Löschnigg in Resch, Kritische Klauseln 15 ff.
- 10 Korenjak, ZAS 2022, 105 (105); Grabner/Schiffner/Wabnegg, Talente binden mit den „New Ways of Working“: Chancen und Herausforderungen, CFO aktuell 2023, 191 (191).

nung¹¹ an, entsprechende Vorsorge zu treffen, um sich am Arbeitsmarkt als attraktive Vertragspartner zu positionieren, AN zu gewinnen und langfristig zu binden.¹²

Wenngleich es sich bei der Bindung von AN um ein dem Grunde nach legitimes Ansinnen handelt, sind der Rechtsgestaltung dennoch Grenzen gesetzt, um AN davor zu schützen, dass ihre Mobilitätsmöglichkeiten übermäßig eingeschränkt werden.¹³ Gerade im Lichte des Europarechts drängt sich die Frage auf, inwiefern Maßnahmen zur Arbeitnehmerbindung als ungebührliche Mobilitätshemmungen zu verstehen sind.¹⁴ Dabei determiniert das Unionsrecht, insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV, maßgeblich den Gestaltungsspielraum der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt als eine der fundamentalen Garantien der EU und stellt damit einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes und der europäischen Integration dar. Der Kern der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist der Schutz von AN, bei ihrer intraeuropäischen Mobilität durch nationale Gesetzgebung oder Praxis nicht behindert zu werden. Demgemäß dürfen AN bei der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts weder diskriminiert werden, noch darf das Freizügigkeitsrecht selbst beschränkt werden. Eingriffe in die Arbeitnehmerfreizügigkeit sind folglich nicht zulässig, sofern es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Gleichzeitig ist das Arbeitsrecht nur partiell harmonisiert und verbleibt in weiten Teilen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten der EU, wodurch unweigerlich Unterschiede in den Arbeitsrechtsordnungen der jeweiligen Mitgliedstaaten entstehen. Dazu können insbesondere Regelungen zählen, die auf die Dauer eines Arbeitsverhältnisses bei einem inländischen AG Bezug nehmen und somit womöglich die Mobilitätsentscheidungen der AN beeinflussen.¹⁵

Dabei sind unterschiedliche Interessen in Einklang zu bringen: Auf der einen Seite kann es nationalen Gesetzgebern ein Anliegen sein, bestehende Arbeitsbeziehungen zu stärken und langjährige Arbeitsverhältnisse zu fördern. Zudem können auch AG den Wunsch haben, AN an das eigene Unternehmen zu binden. Insbesondere in Zeiten, in denen ein regelmäßiger Wechsel der Arbeitsplätze gegenüber linearen Er-

11 *Reinalter*, Fachkräftemangel und Mitarbeiterbindung sind zentrale Herausforderungen der Zukunft, VWT 2015, 279; *Basiouny*, Is Workplace Loyalty Gone for Good? knowledge.wharton.upenn.edu/article/is-workplace-loyalty-gone-for-good (abgefragt am 13. 2. 2024).

12 *Hartl*, RdW 2019, 774; *Reinalter*, VWT 2015, 279; *Grabner/Schiffner/Wabnegg*, CFO aktuell 2023, 191.

13 Vgl dazu auch *Benda*, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat (1966) 493, der bereits im Jahr 1966 – unabhängig von der europarechtlichen Komponente und lange vor der einschlägigen Judikatur des EuGH- von der Beschränkung der Mobilität durch zu hohe betriebliche Sozialleistungen, die an langjährige Betriebszugehörigkeit geknüpft werden, ausging; grundlegend zur Mobilität in der österreichischen Arbeitsrechtsordnung *Strasser*, Rechtsordnung und Mobilität der Arbeitskraft (1969); *Binder*, Allgemeine und rechtliche Aspekte der Mobilität von Arbeitnehmern, ZfA 1978, 75; *Winkler*, Der Mobilitätsschutz des Arbeitnehmers (1998); *Löschnigg* in *Resch*, Kritische Klauseln 16 ff.

14 Siehe dazu etwa auch *Winkler*, Mobilitätsschutz 13 ff.

15 Dazu bereits vor dem Beitritt Österreichs zur EU *Strasser*, Rechtsordnung und Mobilität der Arbeitskraft 36 ff.

werbsbiografien zunehmend an Bedeutung gewinnt, erscheint die Bindung von AN als geeignetes Mittel, um Personalfuktuation zu vermeiden. Auf der anderen Seite sind die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die damit verbundenen Rechte der AN zu berücksichtigen, denn mit der Arbeitnehmerbindung geht unweigerlich eine Einschränkung der Mobilität von AN einher. In diesem Zusammenhang spielt neben den Bestimmungen im Primärrecht der EU die umfassende Rechtsprechungstätigkeit des EuGH eine wichtige Rolle für die innereuropäische Integration.

Das Ziel dieser Arbeit ist es, die dargestellten diametral entgegengesetzten Interessen und deren Verhältnis zueinander zu analysieren. Die dieser Arbeit zugrundeliegende Forschungsfrage ist, inwiefern österreichische Regelungen, welche die Betriebstreue honorieren, indem sie höhere Ansprüche an den längeren Verbleib in einem Arbeitsverhältnis knüpfen, mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV in Einklang zu bringen sind. Sollte damit der Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung oder Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegen, ist zu untersuchen, inwiefern die Honorierung der Betriebstreue als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann.

Die vorliegende Arbeit besteht dabei aus fünf Hauptteilen. Nach der Einleitung in Teil I wird im Teil II der Begriff der Betriebstreue definiert und werden die damit verfolgten Ziele aus den unterschiedlichen Perspektiven von AN, AG und dem Staat betrachtet. Dazu stellt sich auch die Frage, welche Wertevorstellungen das Arbeitsrecht in dieser Hinsicht prägen. Im Teil III werden die relevanten Rechtsgrundlagen zur europäischen Arbeitnehmerfreizügigkeit untersucht sowie deren Anwendungsbereich und maßgebliche Inhalte determiniert. Besonderer Fokus wird dabei auf die Tatbestände der mittelbaren Diskriminierung und Beschränkung gelegt, um zu prüfen, ob diese Vorschriften als mittelbare Diskriminierung und/oder Beschränkung zu sehen sind. Insbesondere ist es fraglich, ob Regelungen zur Arbeitnehmerbindung tatsächlich mobilitätshemmend wirken können, indem sie die Ausübung der Freizügigkeit einschränken oder unattraktiv erscheinen lassen. Liegt ein Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit vor, ist eine mögliche Rechtfertigung unter Berufung auf die Betriebstreue zu prüfen. Dabei stellt sich die Frage, was in der Judikatur des EuGH unter dem Rechtfertigungsgrund der Betriebstreue verstanden wird. Im Teil IV werden zunächst gesetzliche Regelungen des österreichischen Arbeitsrechts näher beleuchtet, die eine für AN vorteilhafte Anspruchserhöhung bei längerer Betriebszugehörigkeit vorsehen. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf die Frage gelegt, ob diese Normen den europäischen Vorgaben entsprechen. Zudem sollen bestimmte Regelungen aus Kollektivverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträgen auf ihre Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit überprüft werden. In einem abschließenden Teil V werden die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchungen präsentiert.

II. Die Honorierung der Betriebstreue als arbeitsrechtliches Instrument

A. Definition des Begriffs der Betriebstreue

An mehreren Stellen der österreichischen Arbeitsrechtsordnung werden an die Dauer eines konkreten Arbeitsverhältnisses bestimmte Rechtsfolgen geknüpft, wodurch sich Ansprüche mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit erhöhen. Prominente Beispiele dazu sind etwa die Dauer des Urlaubs,¹⁶ der Kündigungsfrist¹⁷ oder der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall¹⁸ sowie die Berechnung der Abfertigung alt.¹⁹ Zudem können auch Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen und Einzelverträge bestimmte Vorteile für besonders langjährige Beschäftigte vorsehen, wie etwa Jubiläumsgelder oder Treueprämien. Der diesen Instrumenten zugrundeliegende Gedanke wird vielfach in der Literatur²⁰ und Judikatur²¹ als die Honorierung der Betriebstreue bezeichnet. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Begriff, den der Gesetzgeber selbst in einer Gesetzesbestimmung verwendet oder gar legaldefiniert. Vielmehr wird der Begriff der Honorierung der Betriebstreue als Gestaltungsmittel, das AN an die Betriebe bindet und die AG davor schützt, ständig neue AN einstellen und einschulen zu müssen, im Arbeitsrecht vorausgesetzt.²² Sprachlich handelt es sich also bei der Betriebstreue um das positiv konnotierte Pendant zum Begriff der Betriebsbindung²³ bzw der Arbeitnehmerbindung.

Obwohl der Begriff der Betriebstreue im Schrifttum häufig verwendet wird, findet sich nur selten ein Definitionsversuch. Erwähnenswert sind dabei die Ausführungen von *Migsch*, wonach es sich einerseits bei der Honorierung der Betriebstreue um eine Abgeltung „eines über die Vertragspflichten hinausreichenden, obliegenheitsgemäßen Verhaltens“ und andererseits „um die Verstärkung einer ohnehin bereits vertraglich verankerten Pflicht“ handle.²⁴ Diese Ausführungen können zur Annahme verleiten, bei der Betriebstreue handle es sich um einen Spezialfall der arbeitsrechtli-

16 §§ 2 ff UrlG.

17 § 20 Abs 2 AngG; § 1159 Abs 2 ABGB.

18 § 8 AngG; § 2 EFZG.

19 § 23 AngG; § 2 ArbAfG.

20 Statt vieler *Brameshuber*, Betriebstreue und Arbeitnehmerfreizügigkeit, ZESAR 2018, 16; *Schlachter*, Vordienstzeitenanrechnung zwischen Freizügigkeit und Betriebstreue, DRdA 2021, 463; *Posch*, Vordienstzeitenanrechnung in Österreich aus unionsrechtlicher Sicht, ALJ 2021, 118; *Vinzenz/Burger*, Beschränkte Anrechnung von Vordienstzeiten im Kollektivvertrag für das wissenschaftliche Universitätspersonal, EuZA 2020, 522; *Friedrich*, Anrechnung von ausländischen Vordienstzeiten bei der Berechnung des Urlaubsmaßes – Zur Europarechtskonformität des § 3 Abs 3 UrlG, ASoK 2017, 162.

21 OGH 29. 6. 2017, 8 ObA 33/17m; OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 40/20b; OGH 25. 6. 2021, 8 Obs 1/21m.

22 ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 16, wonach die Betriebstreue ein zulässiges Unterscheidungsmerkmal darstelle und keine Form der Altersdiskriminierung.

23 *Löschnigg in Resch*, Kritische Klauseln 26.

24 *Migsch*, Zur Reform des Abfertigungsrechts, DRdA 1978, 177 (184).

chen Treuepflicht. Essenziell ist aber, die Begriffe der Treuepflicht und der Betriebstreue klar voneinander zu trennen. Aus dem Arbeitsvertrag resultieren gewisse Treue- und Fürsorgepflichten, die jeden der Vertragspartner dazu verpflichten, die Interessen des anderen zu wahren.²⁵ Das heutige Verständnis der Treuepflicht zielt vor allem auf die Respektierung der unternehmerischen Tätigkeiten der AG ab, die sich unter anderem in der Verschwiegenheitsverpflichtung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, dem Konkurrenzverbot bei aufrechter Vertragsverhältnis oder dem Verbot der pflichtwidrigen Annahme von Geschenken manifestiert.²⁶ Eine Pflicht oder Obliegenheit zur langfristigen Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses kann aus der Treuepflicht jedoch nicht abgeleitet werden. Gleichsam kann die Treuepflicht auch keine mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit steigende Intensivierung der Pflicht zur sorgfältigen Dienstleistung begründen.²⁷ Ebenso ist bei der Honorierung der Betriebstreue auch nicht ein konkretes Verhalten entscheidend, das sich in einer gesteigerten Identifikation mit dem Arbeitsverhältnis, einer erhöhten Leistungsbereitschaft oder in einem andersartigen Ausdruck einer besonderen Loyalität zum AG niederschlägt, sondern lediglich der Verbleib in einem aufrechten Arbeitsverhältnis.

Darüber hinaus könnte der Ausdruck der Betriebstreue sowie der Betriebszugehörigkeit zu dem Missverständnis verleiten, dass es etwa auf den Verbleib in einem konkreten Betrieb iSd § 34 ArbVG²⁸ oder nach dem europarechtlichen Verständnis eines Betriebes²⁹ ankommt. Typischerweise wird durch die Betriebstreue eine besonders lange Vertragsdauer zu einem Vertragspartner belohnt, ohne dass dafür der konkrete Einsatz in einem spezifischen Betrieb oder Betriebsteil relevant ist. Untermauert wird dies durch die Zusammenrechnungsregeln etwa der §§ 2 Abs 3 und 3 Abs 1 URLG oder des § 8 URLG,³⁰ wonach verschiedene Beschäftigungsverhältnisse bei ein und demselben AG zusammenzurechnen sind, ohne dass je nach Beschäftigung in den verschiedenen Betrieben unterschieden wird.³¹ Bei der Honorierung der Betriebstreue handelt es sich vielmehr um ein Instrument des Arbeitsrechts, bei dem durch die progressive Gewährung von Vorteilen der Verbleib in einem aufrechten

25 Zur geschichtlichen Entwicklung Ogris, Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert, DRdA 1967, 286 (294).

26 Tomandl, Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsverhältnis (2020) 1 ff, 12 ff; Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁴ (2024) 6/057 ff; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹² 127 ff; Brameshuber, Treuepflichten im Arbeitsrecht, in Kalss/Torggler (Hrsg), Treuepflichten (2018) 111 ff.

27 Brameshuber, Die Sorgfalt des Arbeitnehmers (2019) 236; Mayer-Maly, Treue- und Fürsorgepflicht in rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Sicht, in Tomandl (Hrsg), Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsverhältnis (1975) (79).

28 § 34 ArbVG; Marhold/Brameshuber/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht⁴ (2021) 626.

29 So zB in Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht² (2021) § 27 Rz 26.

30 OGH 28. 7. 2021, 9 ObA 72/21 k, wonach als Dienstzeiten sämtliche Zeiten des aufrechten ununterbrochenen Dienstverhältnisses zum selben AG zu verstehen sind, unabhängig von der rechtlichen Qualifikation.

31 Zum Verständnis des EuGH sodann Kapitel III.G.; zur Ausnahme hinsichtlich der Dienststellen im öffentlichen Dienst sodann in Kapitel III.G.2.d).

Arbeitsverhältnis, unabhängig von der Zuordnung zu konkreten Betrieben, belohnt wird. Honoriert werden soll nicht die Treue zu einer Teileinheit, sondern zu einem bestimmten AG oder sogar zu einem Konzern als Bündel von Rechtspersonen. Die konkreten Maßnahmen sind in unterschiedlichen Rechtsquellen zu finden und können dabei verschiedene Ausgestaltungsformen annehmen. Trotz dieser Unschärfe hat sich der Begriff Betriebstreue in der Literatur etabliert.

1. Betriebstreue als Sonderfall von Anciennität

Regelmäßig wird in jenen Bestimmungen, die dienstzeitabhängige Ansprüche vorsehen, die Verwirklichung des Senioritätsprinzips erkannt.³² Gemeint ist damit jedoch nicht die Anknüpfung an das individuelle Lebensalter, sondern an das Dienstalter und damit an die Dauer einer Beschäftigung. Folglich wäre der Begriff Anciennität³³ bzw. Anciennitätsprinzip³⁴ präziser. Im Schrifttum werden beide Begriffe teilweise synonym verwendet für die Gewährung dienstzeitabhängiger Ansprüche.³⁵ Während beim Anciennitätsprinzip ganz grundsätzlich (irgendeine) Rechtsfolge an das Dienstalter geknüpft oder eine Reihenfolge nach dem Dienstalter erstellt wird, stellt die Honorierung der Betriebstreue einen Sonderfall oder eine untergeordnete Kategorie davon dar, indem gerade Vorteile bei fortgeschrittenem Dienstalter gewährt werden.

2. Abgrenzung zum Themenkomplex der Vordienstzeitenanrechnung

Im Rahmen der Vordienstzeitenanrechnung werden für die Gewährung bestimmter Ansprüche und für die Einstufung in etwaige Entgeltsysteme regelmäßig frühere Beschäftigungszeiten berücksichtigt. Diese Berücksichtigung von beruflicher Erfahrung steht zwar thematisch in einem Naheverhältnis zur Honorierung von Betriebstreue, ist jedoch gedanklich davon zu trennen.³⁶ Ein Grund für die Vermischung beider Begriffe in der Diskussion ist, dass nationale Regelungen gleichzeitig beide Ziele

32 Statt vieler *Strasser*, Rechtsordnung und Mobilität der Arbeitskraft 26; *Binder*, ZfA 1978, 75 (121); *Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ (2022) § 1159 Rz 24; *Wachter* in *Reissner*, AngG⁴ (2022) § 23 Rz 41; idS auch *Schrank*, Senioritätsprinzip, in *Hutter/Mazal* (Hrsg), Fachlexikon Arbeitsrecht (2012); *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1157 ABGB Rz 57; *Löschnigg* in *Resch*, Kritische Klauseln 26.

33 *Höpner*, Angriff auf die Mitbestimmung abgewehrt – aber das Problem bleibt: Zum Erzberger-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, verfassungsblog.de/angriff-auf-die-mitbestimmung-abgewehrt-aber-das-problem-bleibt-zum-erzberger-urteil-des-europaeischen-gerichtshofs (abgefragt am 29. 1. 2024).

34 *Duden Wörterbuch*, Anciennitätsprinzip, duden.de/rechtschreibung/Anciennitaetsprinzip (abgefragt am 29. 1. 2024).

35 *Burger* in *Reissner*, AngG⁴ (2022) § 8 Rz 42; *Gerhartl*, Vordienstzeiten und Beschäftigungsausmaß, ASoK 2018, 294; *Schörghofer*, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Anciennität, DRdA 2014, 411; *Hitz*, Neuregelung der Karenzzeitenanrechnung ab 1. 8. 2019 und ihre Auswirkung auf Vordienstzeiten, ASoK 2019, 298 (302); *Prankl*, Objektiv betriebsbedingte Kündigungen nach Anciennität: Verstoß gegen absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht, *ecolx* 2020, 626.

36 Siehe dazu auch *Posch*, ALJ 2021, 118 (120).

verfolgen können, indem etwa Ansprüche an die Dauer des aufrechten Vertragsverhältnisses geknüpft werden, wobei ein gewisser Teil durch den Nachweis früherer Berufserfahrung erbracht werden kann. Durch die Anrechnung von externen Zeiten können attraktive Arbeitsbedingungen für jene AN in Aussicht gestellt werden, die über relevante Berufserfahrungen verfügen. Eine Anrechnung von früheren Dienstzeiten erfolgt jedoch nicht mit dem Ziel, Arbeitnehmer dadurch an den AG zu binden, indem die Treue honoriert wird, sondern um Berufserfahrung abzugelten. Genau betrachtet steht die Anrechnung von arbeitgeberfremden Vordienstzeiten der Grundintention der Honorierung von Betriebstreue im Kern entgegen, sodass Beschränkungen bei der Vordienstzeitenanrechnung jedenfalls nicht mit der Betriebstreue zu rechtfertigen sind.³⁷

Ein weiterer Grund für die Verbindung der Themenkomplexe Vordienstzeitenanrechnung und Betriebstreue ist die Vielzahl an Verfahren, in denen eine Vordienstzeitenanrechnung, die Zeiten bei eigenen Dienststellen im Vergleich zu den übrigen Vorerfahrungen privilegierte, unter dem Aspekt einer vermeintlichen Honorierung der Betriebstreue vorgesehen war. Diesbezüglich geht jedoch die Judikatur³⁸ davon aus, dass es sich dabei nicht um Maßnahmen zur Honorierung von Betriebstreue handelt und verneint die Rechtfertigung möglicher Eingriffe.

Nachdem der Fokus dieser Arbeit auf der Betriebstreue liegt, soll auf die Probleme, die sich im Rahmen der Vordienstzeitenanrechnung ergeben, nicht vertieft eingegangen werden. Da aber ein Großteil der Judikatur, in der sich der EuGH mit der Berufung auf die Betriebstreue als Rechtfertigungsgrund³⁹ zu befassen hatte, zu Fällen der Vordienstzeitenanrechnung erging, wird in weiterer Folge vereinzelt auch auf diesen Themenkomplex Bezug genommen.

3. Abgrenzung von Betriebstreue und Berücksichtigung von Berufserfahrung

Die Berücksichtigung von beruflicher Erfahrung durch die Anrechnung von Vordienstzeiten steht zwar thematisch in einem Naheverhältnis zur Honorierung von Betriebstreue, ist jedoch gedanklich davon zu trennen.⁴⁰ Ein Grund für die Vermischung beider Begriffe in der Diskussion ist, dass nationale Regelungen gleichzeitig beide Ziele verfolgen können. So berücksichtigten etwa die in der Rs *Krah* vorgelegten Normen einerseits die bei der Einstellung bereits gegebene Berufserfahrung und andererseits jene Dienstzeiten, die ab Dienst Eintritt im Laufe des Vertrages erworben wurden.⁴¹ Diese beiden Regelungstechniken haben gemeinsam, dass in der Vergangenheit liegende Zeitperioden als Grundlage für verbesserte Arbeitsbedingungen herangezogen werden. Dabei wird in beiden Fällen Berufserfahrung im weiteren

³⁷ Zur Abgrenzung von Berufserfahrung und Betriebstreue Kapitel II.A.3.

³⁸ EuGH C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513; EuGH C-178/04, *Marhold*, ECLI:EU:C:2005:164; EuGH C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513; OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 40/20b; zur Betriebstreue bei Entgeltvorrückungen auch OGH 23. 11. 2023, 9 ObA 32/23 f.

³⁹ Siehe sodann in Kapitel III.G.

⁴⁰ *Posch*, ALJ 2021, 118 (120).

⁴¹ SA des GA Bobek C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rn 29 ff.

Sinn, sei es innerhalb des gleichen Arbeitsverhältnisses oder außerhalb bei anderen AG, abgegolten. Obwohl diese zwei Rechtfertigungsgründe oft im gleichen Kontext genannt werden, verfolgen sie jedoch unterschiedliche Ziele, die bei genauerer Betrachtung zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führen.

a) Berufserfahrung

Wird die Berufserfahrung honoriert, werden Zeiten in einschlägigen Tätigkeitsfeldern abgegolten. Dabei wird in der Judikatur des EuGH zwischen gleichwertigen und schlicht nützlichen Zeiten früherer Erwerbstätigkeit unterschieden.⁴² Der Zweck solcher Regelungen ist, dass durch die Berufserfahrung bessere Arbeitsleistungen erwartet werden, die es dem Betrieb zu erhalten gilt. Bei der Anrechnung der Vorerfahrung wird vorab festgelegt, welcher zeitliche Umfang und welche Art der Berufserfahrung typischerweise zu einer besseren Arbeitsleistung führt.⁴³ Irrelevant ist dabei, für wen die frühere Erwerbstätigkeit erbracht wurde. Eine Einschränkung jener AG, bei denen die zu berücksichtigenden Berufserfahrungen erworben werden können, wird nur unter dem Nachweis gelingen, dass es sich dabei um die Einzigen mit branchenspezifischen Besonderheiten handelt.⁴⁴ Werden Zeiten früherer Erwerbstätigkeit aus dem Grund nicht angerechnet, weil sie nicht beim selben AG erbracht wurden, so kann dies jedenfalls nicht aus Gründen der Honorierung der Berufserfahrung gerechtfertigt werden.⁴⁵

b) Betriebstreue

Dagegen kann Betriebstreue nicht durch die allgemeine Berufstätigkeit oder Berufserfahrung nachgewiesen werden, sondern grundsätzlich nur durch eine bei demselben AG geleistete Dienstzeit.⁴⁶ Damit soll nicht die berufliche Kompetenz durch Erfahrungsgewinn in der Vergangenheit bzw die Steigerung der Leistungsfähigkeit durch eine längere Berufserfahrung honoriert werden. Vielmehr steht im Vordergrund, dass die betroffenen AN den AG nicht gewechselt und sich damit als treu erwiesen haben. Irrelevant ist dabei, welche konkreten Tätigkeiten beim AG verrichtet wurden. Verdeutlicht wird dies dadurch, dass auch Zeiten für den Anspruchserwerb einbezogen werden, in denen keine einschlägigen Tätigkeiten verrichtet wurden, solange das Arbeitsverhältnis zum gleichen AG bestand.⁴⁷

c) Verhältnis von Berufserfahrung und Betriebstreue

Ausschlaggebend sind bei der Honorierung der Betriebstreue die bei demselben AG ohne Rücksicht auf die inhaltliche Ausgestaltung oder eine tatsächliche Leistungssteigerung zurückgelegten Zeiten. Gefördert wird dabei vor allem eine möglichst li-

⁴² EuGH C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:859, Rn 50ff.

⁴³ *Schlachter*, DRdA 2021, 463 (468).

⁴⁴ *Vinzenz*, Vorrückstichtag/Altersdiskriminierung, Anm zu Rs Stollwitzer, ZESAR 2018, 384 (390); *Schlachter*, DRdA 2021, 463 (468).

⁴⁵ EuGH C-710/18, *WN/Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2020:299, Rn 40.

⁴⁶ *Schlachter*, DRdA 2021, 463 (469).

⁴⁷ *Schlachter*, DRdA 2021, 463 (469).

neare Erwerbsbiografie, während bei der Berücksichtigung von Berufserfahrung durch Vordienstzeitenanrechnung auch Erfahrungszuwachs durch nicht lineare Erwerbskarrieren abgegolten wird.

Genau betrachtet steht die Möglichkeit einer Anrechnung von arbeitgeberfremden Vordienstzeiten der Grundintention der Honorierung von Betriebstreue im Kern entgegen, sodass Beschränkungen bei der Vordienstzeitenanrechnung jedenfalls nicht mit der Betriebstreue zu rechtfertigen sind. Im Umkehrschluss wird bei dienstzeitabhängigem Anspruchserwerb durch ausschließlich beim aktuellen AG verbrachte Zeiten ohne die Möglichkeit, fremde Dienstzeiten anzurechnen, auch nur die Betriebstreue honoriert und eine Rechtfertigung mit der Berufserfahrung scheidet aus.

Dennoch können Systeme auch eine Kombination aus beiden Aspekten – Anrechnung von Vordienstzeiten zur Belohnung von Berufserfahrung und dienstzeitabhängige Ansprüche zur Honorierung von Betriebstreue – vorsehen, ohne zu einer Unvereinbarkeit zu führen. So kombiniert etwa das österreichische Urlaubsrecht beides, indem zunächst bis zu fünf Jahren frühere Beschäftigungen angerechnet werden können und weitere 20 Jahre beim selben AG verbracht werden müssen, um in den Genuss der sechsten Urlaubswoche zu kommen.⁴⁸ Gerade im Bereich der Entgeltsysteme ist eine Kombination typisch, wie es zB auch in der Rs *Krah* der Fall war.⁴⁹ Zahlreiche österreichische Kollektivverträge sehen eine Steigerung des Entgelts anhand der Dienstjahre bei gleichzeitiger (zumindest begrenzter) Anrechnung von Vordienstzeiten vor.⁵⁰

4. Verfolgte Ziele bei der Honorierung der Betriebstreue

Für ein besseres Verständnis der Betriebstreue soll nun auf die Hintergründe eingegangen werden, indem die möglicherweise verfolgten Zwecke beleuchtet werden. Zunächst könnte es sich dabei um Maßnahmen zum Arbeitnehmerschutz handeln, weil durch die Honorierung der Betriebstreue günstigere Arbeitsbedingungen geschaffen werden. Wäre jedoch tatsächlich der Arbeitnehmerschutz das Leitmotiv, dann würden die Vergünstigungen nicht von einer teils sehr langen Zeitspanne abhängen, sondern würden bereits mit Beginn des Arbeitsverhältnisses gewährt werden.

Werden Vorteile wie etwa eine längere Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder ein höheres Urlaubsausmaß an eine längere Beschäftigungsdauer geknüpft, führt dies typischerweise dazu, dass besonders ältere AN in deren Genuss kommen, was wie-

48 §§ 2, 3 UrlG.

49 Siehe dazu die Ausführungen in SA des GA Bobek C-703/17, *Krah*, ECLI:EU:C:2019:450, Rn 19 ff.

50 So etwa der Kollektivvertrag für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben (1. 1. 2025), wonach einerseits Vordienstzeiten im Ausmaß von bis zu sieben Jahre angerechnet werden und andererseits das Gehaltsschema verschiedene Stufen vorsieht, in die nach der Zurücklegung einer bestimmten Dauer vorgerückt wird. Eine ähnliche Kombination aus Anrechnung früherer Berufserfahrung und Zeitvorrückungen sieht auch der Kollektivvertrag für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (1. 1. 2025) vor.