

1. Einleitung

Die Zahl der Menschen, die **mehrere Erwerbstätigkeiten** ausüben, hat in den letzten Jahren in Österreich und Europa erheblich **zugenommen**.¹ Aus juristischer Sicht rückt damit das Problem in den Fokus, ob und inwieweit die Aufnahme einer weiteren Erwerbstätigkeit neben einer bereits ausgeübten Beschäftigung rechtlichen Schranken unterliegt. Die vorliegende arbeitsrechtliche Arbeit behandelt nur einen Ausschnitt dieses Problemkreises. Im Fokus steht die Frage, **inwieweit es Arbeitnehmern erlaubt ist**, neben einem bestehenden oder nach einem beendeten Arbeitsverhältnis eine **beliebige Erwerbstätigkeit auszuüben**. Von der Vielzahl der potentiellen rechtlichen Beschränkungen, die der Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang zu beachten hat, werden nur arbeits- und wettbewerbsrechtliche Vorgaben behandelt. Insb Gewerbe- und Kartellrecht sind nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Zu der angesprochenen Grundfrage bestehen nach geltendem Recht **erhebliche Unsicherheiten**. Zwar haben *Resch*² und *Reissner*³ in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts ausführliche Arbeiten zu Teilbereichen des hier behandelten Problemkreises vorgelegt. Die gesetzliche Ausgangslage hat sich seither allerdings erheblich geändert. Dies gilt für das nationale Recht ebenso wie für das Unionsrecht und betrifft sowohl Verfassungs- bzw Primärrecht als auch die einfachgesetzliche bzw sekundärrechtliche Ebene. Neben der Schaffung und **Fortentwicklung von grundrechtlichen Gewährleistungen** wurde die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers durch **Neuerungen im Arbeits- und Wettbewerbsrecht** wesentlich umgestaltet. Insb wurde mit der Novelle BGBl I 2024/11 in § 2i AVRAG **erstmalig ein ausdrückliches Recht der Arbeitnehmer auf Mehrfachbeschäftigung** normiert. Die genauen Auswirkungen dieser Novelle sind allerdings unklar. Weiters soll die vorliegende Arbeit die im Schrifttum bereits ausführlich bearbeiteten Themengebiete in eine breiter angelegte Untersuchung einbetten und durch Sichtbarmachen problemübergreifender Zusammenhänge und Prinzipien die Arbeiten von *Resch* und *Reissner* weiterführen. Die einzelnen anzusprechenden Fragen werden sogleich unter 1.2. dargestellt.

1 *Eurofound*, Privileg oder Notwendigkeit? Das Arbeitsleben von Menschen mit mehreren Arbeitsstellen, Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen (2020); *Statistik Austria*, Tatsächlich geleistete Arbeitsstunden (2021), http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/arbeitszeit/-arbeitsvolumen/062886.html; vgl auch *Freller*, Grenzen des Verbots nebenberuflicher Tätigkeiten (2021) 9 mwN; *Mosing*, ASoK 2014, 304.

2 *Resch*, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung (1991).

3 *Reissner*, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausele (1996).

1.1. Terminologie

Um Missverständnisse und Ungenauigkeiten zu vermeiden, sind vorab einige terminologische Klarstellungen vorzunehmen.⁴ Soweit es um Erwerbstätigkeiten neben einem bestehenden aufrechten Arbeitsverhältnis geht, wird von **Nebenbeschäftigung** gesprochen. Damit sind sowohl selbständige als auch unselbständige Erwerbstätigkeiten gemeint. Normen, die einem Arbeitnehmer (bestimmte) weitere Erwerbstätigkeiten untersagen, werden daher grundsätzlich als **Nebenbeschäftigungsverbote** bezeichnet. Der Begriff der **Nebentätigkeit** wird in der vorliegenden Arbeit nur im Zusammenhang mit dem öffentlichen Dienstrecht verwendet, dabei handelt es sich – der gesetzlichen Definition entsprechend (zB §§ 37, 56 BDG) – um eine weitere Tätigkeit für denselben Dienstgeber bzw diesem zurechenbare Rechtsträger.⁵ Nur wenn das jeweilige Verbot auf Tätigkeiten beschränkt ist, die zu einer Wettbewerbssituation zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber führen, wird von einem **Konkurrenzverbot** gesprochen. Als **Konkurrenzklauseln** werden, § 36 AngG und § 2c AVRAG entsprechend, Vereinbarungen bezeichnet, die den Arbeitnehmer für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränken. Soweit es um Beschränkungen für die Zeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses geht, wird wie im einschlägigen Schrifttum vom **nachvertraglichen Bereich** gesprochen, auch wenn diese Bezeichnung teilweise irreführend ist (die Konkurrenzklausele als vertragliche Vereinbarung soll ja gerade im „nachvertraglichen“ Bereich gelten). Erwerbstätigkeiten, die der Arbeitnehmer nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ausübt bzw ausüben möchte, werden als **Folgebeschäftigungen** bezeichnet. Mit dem Begriff **Erwerbsbeschränkung** werden übergreifend rechtliche Vorgaben bezeichnet, die sowohl Neben- als auch Folgebeschäftigungen erfassen.

1.2. Forschungsfragen

Die in der vorliegenden Arbeit zu untersuchenden Forschungsfragen betreffen allesamt das **Grundproblem**, inwieweit Arbeitnehmer durch den **Abschluss eines Arbeitsvertrages** in ihrer **ökonomischen Betätigungsfreiheit beschränkt** werden bzw beschränkt werden können. Die daraus folgenden Einzelfragen sind zahlreich und vielseitig:

In Bezug auf die betroffenen **Grundrechte** des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers stellt sich zunächst die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundrechte der GRC. Ferner ist zu klären, nach welchen Maßstäben die in den hier untersuchten Konstel-

4 Zur etablierten Terminologie *Kerschbaumer*, Konkurrenzverbot bzw erlaubte Nebenbeschäftigungen 18 mwN.

5 Vgl etwa § 37 Abs 2 BDG: Eine Nebentätigkeit liegt auch vor, wenn der Beamte auf Veranlassung seiner Dienstbehörde eine Funktion in Organen einer juristischen Person des privaten Rechts ausübt, deren Anteile ganz oder teilweise im Eigentum des Bundes stehen.

lationen vorliegenden **Grundrechtskollisionen** aufzulösen sind. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob und inwieweit Unterschiede zwischen staatlichen bzw staatsnahen Dienstgebern und privaten Arbeitgebern bei der **Grundrechtsbindung** bestehen und wie sich allfällige Unterschiede in der Folge auf die Möglichkeiten der freien Erwerbsausübung der jeweiligen Dienst- bzw Arbeitnehmer auswirken.

Zu den europäischen Grundfreiheiten ist im gegebenen Kontext fraglich, ob das Beschränkungsverbot der **Arbeitnehmerfreizügigkeit** auch auf horizontaler Ebene zwischen den Arbeitsvertragsparteien unmittelbar anwendbar ist. In der Folge ist zu klären, ob durch gesetzliche und/oder vertragliche Beschränkungen der ökonomischen Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers eine unzulässige **Beschränkung** der Grundfreiheit bewirkt wird.

Da die hier untersuchten Sachverhaltskonstellationen häufig in den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher wie auch wettbewerbsrechtlicher Normen fallen, besteht eine strukturelle Frage zum **Verhältnis von Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht**. In diesem Zusammenhang sind insb auch die arbeitsrechtlichen Implikationen der UWG-Novelle 2018 zum **wettbewerbsrechtlichen Geheimnisschutz** (§§ 26a ff UWG) zu erörtern.

Zur Lage **während des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses** ist zunächst allgemein zu klären, inwieweit dem Arbeitnehmer weitere Erwerbstätigkeiten außerhalb des Arbeitsverhältnisses untersagt sind. Zu diesem Zweck ist ua zu untersuchen, **welche Interessen des Arbeitgebers** eine Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigung des Arbeitnehmers rechtfertigen können. Dabei ist fraglich, inwieweit dem arbeitsrechtlichen **Tendenzschutz** für die Beurteilung der berechtigten Arbeitgeberinteressen Bedeutung zukommt. Ferner sind **Spezialvorschriften** zu Nebenbeschäftigungsverboten für bestimmte Gruppen zu behandeln und ist deren Vereinbarkeit mit den wirtschaftlichen Grundrechten des Arbeitnehmers sowie mit dem allgemeinen Gleichheitssatz zu erörtern.

Eine zentrale Frage der vorliegenden Arbeit ist, ob und ggf unter welchen Voraussetzungen Nebenbeschäftigungsverbote durch **vertragliche Vereinbarung** begründet bzw gesetzliche Verbote verschärft werden können. Die verbreitete Auffassung dazu geht pauschal von der Zulässigkeit vertraglicher Verschärfungen aus und scheint aus grundrechtlicher Sicht überprüfungsbedürftig. Offen sind auch einige Fragen zu den **Rechtsfolgen** von Verstößen gegen wirksame Nebenbeschäftigungsverbote, insbesondere ob dem Arbeitgeber bei verbotener Konkurrenz ein Herausgabeanspruch in Bezug auf den rechtswidrig erzielten Vermögensvorteil des Arbeitnehmers zukommt. Ein solcher Herausgabeanspruch ist in der Spezialnorm des § 7 Abs 2 AngG vorgesehen, fraglich ist ob auch eine allgemeine Rechtsgrundlage besteht bzw ob die Sonderstellung der von § 7 Abs 2 AngG erfassten

Fälle eine allfällige Differenzierung rechtfertigt. In weiterer Folge stellt sich die Frage nach einem Auskunfts- bzw Rechnungslegungsanspruch des Arbeitgebers bei verbotener Konkurrenztätigkeit des Arbeitnehmers. Unsicherheiten bestehen auch zu den anwendbaren **Verjährungsregeln** bei Verstößen gegen Nebenbeschäftigungsverbote.

Indirekte Beschränkungen für Nebenbeschäftigungen ergeben sich aus dem **Arbeitszeitrecht**, insb aus der gebotenen Zusammenrechnung der Arbeitszeiten aus verschiedenen dem AZG unterliegenden Arbeitsverhältnissen (§ 2 Abs 2 S 2 AZG). Hier bestehen erhebliche Unsicherheiten zu den zivil- und verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsfolgen von Verstößen gegen das AZG, die sich aus der beschriebenen Zusammenrechnung ergeben.

Die Rechtslage in Bezug auf Erwerbsbeschränkungen des Arbeitnehmers **nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses** ist weitgehend gesetzlich geregelt. Dies gilt insb für die Frage, inwieweit (nach)vertragliche Beschränkungen vereinbart werden können. Derartige Konkurrenzklauseln unterliegen den Schranken der §§ 36 f AngG, § 2c AVRAG. Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang insb mit Blick auf den sachlichen Anwendungsbereich dieser Normen. Vor allem ist zu klären, ob indirekte Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar keine durchsetzbare Unterlassungspflicht des (ehemaligen) Arbeitnehmers begründen, diesen aber unter finanziellen Druck setzen, an den Vorgaben der §§ 36 f AngG, § 2c AVRAG zu messen sind. Die Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelung zu Konkurrenzklauseln mit den Grundrechten des Arbeitnehmers und den europäischen Grundfreiheiten wird ebenfalls erörtert.

Erhebliche praktische Bedeutung kommt der **kollektivvertraglichen Regelung** von Nebenbeschäftigungen und von Konkurrenzklauseln zu. IdZ ist zu klären, ob die mit Neben- und Folgebeschäftigungen verbundenen Rechtsfragen von den Kollektivvertragsparteien mit normativer Wirkung geregelt werden können. Zu diesem Zweck sind sowohl die inhaltliche Regelungskompetenz des Kollektivvertrages (insb § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG) als auch die Grundrechtsbindung der Kollektivvertragsparteien eingehend zu erörtern.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, aus den in den einzelnen Teilbereichen zutage geförderten Ergebnissen **strukturelle Erkenntnisse** zur ökonomischen Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers abzuleiten. Zum Abschluss der Arbeit wird daher gefragt, inwieweit die gewonnenen Erkenntnisse auf **arbeitnehmerähnliche Personen** angewendet werden können.

1.3. Gang der Untersuchung

Da die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen ganz erheblich von den geltenden **verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben** abhängt, erscheint es sinnvoll, diese Vorgaben zunächst herauszuarbeiten und ihre Wirkungsweise darzustellen.

Am Beginn der Arbeit steht daher eine Auseinandersetzung mit den wirtschaftlichen Grundrechten des nationalen Verfassungsrechts und des Unionsrechts. Auf unionaler Ebene sind auch die Grundfreiheiten zu behandeln, hier liegt der Schwerpunkt dem Thema der Arbeit entsprechend auf der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Für den weiteren Gang der Untersuchung bietet sich eine **Gliederung** in zeitlicher Hinsicht, bezogen auf den **Bestand des Arbeitsverhältnisses**, an: Zunächst werden Beschränkungen der ökonomischen Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers während des aufrechten Arbeitsverhältnisses behandelt. Im Anschluss wird zum **nachvertraglichen Bereich** untersucht, inwieweit der Arbeitnehmer auch nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses noch Beschränkungen in Bezug auf seine ökonomische Betätigungsfreiheit unterliegt oder unterworfen werden kann.

Innerhalb der beiden genannten Bereiche erfolgt eine **Unterteilung nach gesetzlichen und vertraglichen Beschränkungen**. Am Beginn des jeweiligen Abschnitts steht also die Frage, inwieweit die freie Erwerbsausübung des Arbeitnehmers schon von Gesetzes wegen eingeschränkt ist, wobei sowohl **arbeitsrechtliche** als auch **wettbewerbsrechtliche Normen** erörtert werden. In der Folge wird untersucht, ob und inwieweit diese gesetzliche Lage durch vertragliche Vereinbarung geändert werden kann. Dabei steht die Frage nach der Zulässigkeit **vertraglicher Verschärfungen** im Vordergrund. Zu klären ist also insb, ob und inwieweit durch vertragliche Vereinbarungen zusätzliche oder in ihren **Rechtsfolgen** intensiver wirkende Beschränkungen der ökonomischen Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers begründet werden können. Am Ende der beiden Bereiche werden die Rechtsfolgen von Verstößen gegen wirksame Beschränkungen untersucht.

In einem **eigenen Abschnitt** wird untersucht, inwieweit die hier interessierenden arbeitsvertraglichen Probleme – Zulässigkeit und Rechtsfolgen von Nebenbeschäftigungen, Festlegung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote – durch **Kollektivvertrag geregelt** werden können. Zu diesem Zweck wird zunächst die gesetzliche Ermächtigung der Kollektivvertragsparteien zur normativ wirkenden Regelung von Arbeitsbedingungen behandelt und auf die Grundrechtsbindung des Kollektivvertrags eingegangen. Daraus ergibt sich der Maßstab, an dem in der Folge die kollektivvertragliche Regelung von Nebenbeschäftigungen und nachvertraglichen Wettbewerbsverboten gemessen wird.

Zum **Abschluss** werden die gewonnenen **Erkenntnisse zusammengefasst** und systematisiert sowie ihre **Anwendbarkeit auf arbeitnehmerähnliche Selbständige** diskutiert.

2. Verfassungs- und unionsrechtliche Maßstäbe

2.1. Einleitung

Die Zulässigkeit und Wirksamkeit von gesetzlichen oder vertraglichen Beschränkungen der Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers wird wesentlich durch eine Reihe von im nationalen **Verfassungsrecht** und im europäischen **Primärrecht** verankerten **Grundrechten** bestimmt. Aus dem nationalen Verfassungsrecht sind vor allem die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) und die dem Eigentumsschutz immanente Privatautonomie zu nennen (Art 5 StGG), aus dem Grundrechtskatalog der GRC vor allem Berufsfreiheit (Art 15) und Unternehmerische Freiheit (Art 16). Die EMRK enthält kein spezifisches Grundrecht der Erwerbs- oder Berufsfreiheit. Verschiedene Aspekte kommerzieller Betätigung sind zwar nach der Rsp des EGMR von Art 8 EMRK⁶ (Achtung des Privat- und Familienlebens) bzw Art 10 EMRK⁷ (Meinungsfreiheit) geschützt. Da der Schutzbereich der Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG spezifisch auf Erwerbstätigkeiten ausgerichtet ist und im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen keine Unterschiede bestehen, werden Art 8 und Art 10 EMRK in der Folge jedoch nicht weiter behandelt. Ebenfalls nicht behandelt werden spezifische Grundrechte, deren Schutzbereich bei bestimmten Neben- bzw Folgebeschäftigungen des Arbeitnehmers eröffnet ist, wie ZB die Wissenschaftsfreiheit, die Kunstfreiheit oder die Pressefreiheit.⁸

Mit Blick auf die **europäischen Grundfreiheiten** ist in erster Linie zu erörtern, inwieweit Beschränkungen für Erwerbstätigkeiten des Arbeitnehmers der **Arbeitnehmerfreizügigkeit** widersprechen.⁹ Bei selbständigen Neben- oder Folgebeschäftigungen kann freilich auch der Schutzbereich der Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit eröffnet sein.

Bevor auf die einzelnen Grundrechte näher eingegangen wird, ist es notwendig, die in Rsp und Schrifttum entwickelten grundrechtsdogmatischen Lehren zumindest teilweise darzustellen. Da sich die Prüfung von Grundrechtseingriffen und von Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten strukturell in vielen

6 ZB EGMR 16.10.2008, 39627/05 (*Taliadorou/Zypern*); 27.10.2004, 55480/00 (*Sidabras/Litauen*). Vgl auch *M. Binder*, ZAS 1984, 163 zum Einfluss von Art 8 EMRK bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Konkurrenzklausel iSv § 36 AngG/§ 2c AVRAG.

7 ZB EGMR 24.2.1994, 13710/88 (*Casado Coca/Spanien*); 28.6.2001, 24699/95 (*Verein gegen Tierfabriken/Schweiz*) mwN. Vgl auch OGH 24.11.1993, 9 ObA 239/93.

8 Vgl aber noch (kursorisch) zur Wissenschaftsfreiheit unten 3.2.2.2.3.4.

9 Ausführlich *Parafianowicz*, Zulässigkeit von Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch Wettbewerbsverbote (2016); zur Relevanz der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Nebenbeschäftigungsverbote auch *Resch*, RdM 2013, 203 (208); *Mosing*, ASoK 2014, 304 (306). Zum nachvertraglichen Bereich *Schrammel*, ecolex 1996, 467; *K. Mayr*, RdW 1998, 679 sowie zuletzt ausführlich OLG Innsbruck 28.11.2023, 13 Ra 30/23v.

Aspekten ähneln, können die dabei gewonnen Einsichten in der Folge auch bei der Auseinandersetzung mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit fruchtbar gemacht werden.¹⁰

2.2. Grundrechtsdogmatik

Im Rahmen der vorliegenden, im Kern arbeitsrechtlichen Untersuchung kann keine umfassende Erörterung **allgemeiner Grundrechtslehren** erfolgen.¹¹ Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf wesentliche Strukturprinzipien, soweit sie für die oben aufgeworfenen Forschungsfragen relevant sind, wie etwa die Eigenschaft von staatlichen Dienstgebern als Grundrechtsträger, das Verhältnis von nationalen zu unionalen Grundrechten oder die Horizontalwirkung der Grundrechte.

2.2.1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Grundrechtsschutz gewährleistende Normen sind in aller Regel **unmittelbar anwendbar**.¹² Sie bedürfen also keiner Ausgestaltung durch unterrangige Vorschriften, vielmehr sollen sie ja ihrer ursprünglichen Funktion entsprechend gerade auch die Gesetzgebung in die Schranken weisen. Gleiches gilt für die europäischen **Grundfreiheiten**.¹³

Im Hinblick auf die in der GRC verankerten Grundrechte ist allerdings zu beachten, dass ihre **Anwendung nicht** zu einer **Kompetenzverschiebung** von den Mitgliedstaaten zur Union führen soll. Für die Anwendung der Chartagrundrechte gelten daher besondere Regeln, die zunächst zu erörtern sind.

2.2.2. Anwendungsbereich der Grundrechtecharta

Für die Anwendbarkeit der unionalen Grundrechte der GRC ist vor allem **Art 51 GRC** maßgeblich, demzufolge die Charta jedenfalls die Organe, Einrichtungen und

10 Vgl. statt vieler *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013) 141 ff; zur Parallelität der Rechtfertigungsprüfung bei Eingriffen in Grundfreiheiten und Grundrechte auch *Holoubek* in FS Rill (2010) 245 (253); aus der Rsp zB EuGH 21.12.2016, C-201/15 (*AGET Iraklis*).

11 Einen instruktiven und aktuellen Überblick bietet *Holoubek*, Grundrechtsdogmatik, in *Bezemek* (Hrsg.), Rechtsdogmatik – Stand und Perspektiven (2023) 249

12 Vgl. nur *Berka/C. Binder/Kneihs*, Grundrechte² 35 ff mwN. Zum vermeintlichen Ausgestaltungsvorbehalt der Versammlungsfreiheit gemäß Art 12 StGG vgl. *Berka/C. Binder/Kneihs*, Grundrechte² 738, 761; zu den europäischen Grundrechten (und Grundfreiheiten) *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 163.

13 ZB EuGH 19.12.1968, 13/68 (*Salgoil*); 14.7.1976, 13/76 (*Donà*); 21.6.1974, 2/74 (*Reyners*); 3.12.1974, 33/74 (*van Binsbergen*); statt vieler *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004) 348; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 28 ff; *Grabenwarter* in *Grabenwarter*, EnzEuR II § 13 Rz 50; zur Arbeitnehmerfreizügigkeit *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* Art 45 AEUV Rz 2.

sonstigen Stellen der Union bindet, für die **Mitgliedstaaten** jedoch ausschließlich **bei der Durchführung des Unionsrechts** gilt.¹⁴

Aus der Rsp des EuGH vor dem Inkrafttreten der GRC wurden im Wesentlichen **zwei verschiedene Ansätze** abgeleitet. Nach dem vor allem auf das Urteil *Wachauf*¹⁵ zurückgehenden Ansatz sind die Mitgliedstaaten nur an die europäischen Grundrechte gebunden, wenn sie **Sekundärrechtsakte durchzuführen oder umzusetzen** haben und damit in gewisser Weise im Auftrag der Union tätig sind (**agency situation**). Deutlich großzügiger hat der EuGH die Anwendung der Grundrechte in dem Urteil *ERT*¹⁶ und zahlreichen daran anknüpfenden Entscheidungen gehandhabt.¹⁷ Demnach könne der EuGH eine nationale Regelung auf ihre Konformität mit europäischen Grundrechten prüfen, wenn sie in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle, was insb immer dann der Fall sei, wenn die in Frage stehende Regelung eine **Grundfreiheit oder** (nach jüngerer Rsp) die **Unionsbürgerschaft beschränke**.¹⁸ Bei Ausarbeitung und Beschluss der GRC wurde insofern ein Mittelweg beschritten, als in Art 51 bewusst eine restriktivere – eher an das Urteil *Wachauf* anknüpfende – Formulierung („ausschließlich bei der Durchführung...“) gewählt, in den Erläuterungen allerdings auf die großzügigere Anwendungsbereich-Judikatur verwiesen wurde.¹⁹

Der EuGH hat in der Folge an seiner großzügigen Rsp festgehalten und diese in einzelnen Entscheidungen noch ausgedehnt. Hier sind vor allem die ***Rs Åkerberg Fransson***²⁰ und ***Melloni***²¹ vom 26.2.2013 zu nennen. In der ***Rs Åkerberg Fransson*** hat der EuGH den Anwendungsbereich der GRC mit dem Anwendungsbereich

14 Zum folgenden ausführlich *Nusser*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte (2011); *Schorkopf* in Grabenwarter, *EnzEuR* II § 3 Rz 18 ff; *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, *GRC*² Art 51 Rz 15 ff; *Nowak* in *Heselhaus/Nowak*, *Handbuch*² § 9 Rz 22 ff; *Latzel*, Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, *EuZW* 2015, 658; *Stangl*, Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta, in *Kahl/Raschauer/Storr*, *Grundsatzfragen* (2013) 1; *Heißl*, Grundrechtskollisionen 485 ff; zuletzt etwa *Callies*, Funktionswandel von Grundfreiheiten und Grundrechten im Recht der Europäischen Union als Legitimationsproblem, *ZEuS* 2022, 709 (718 ff).

15 EuGH 13.7.1989, 5/88 (*Wachauf*).

16 EuGH 18.6.1991, C-260/89 (*ERT*).

17 Ausführlich *Nowak* in *Heselhaus/Nowak*, *Handbuch*² § 9 Rz 35 f mwN; jüngst *Leidenmühler*, *ecolex* 2023, 89 (90).

18 ZB EuGH 18.6.1991, C-260/89 (*ERT*); 4.10.1991, C-159/90 (*Society for the protection of unborn children*); 19.1.1999, C-348/96 (*Calfa*); 24.11.1998, C-274/96 (*Bickel*). Unklar ist die Aussage von *Holoubek/Oswald*, der Anwendungsbereich der GRC sei nicht eröffnet, wenn der Zusammenhang mit einer Grundfreiheit oder der Unionsbürgerschaft nur im Sinne einer allgemeinen Beschränkung bestehe (in *Holoubek/Lienbacher*, *GRC*² Art 51 Rz 43 aE). Die als Beleg angeführten Entscheidungen des VfGH behandeln diese Frage nicht und lassen die Anwendbarkeit der GRC teilweise explizit offen (VfSlg 19.901/2014, 19.866/2014). Zur GRC als Prüfungsmaßstab in Verfahren nach Art 140, Art 144 B-VG unten 2.2.3.1.

19 *Barriga*, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2003) 100 f; *Bernsdorff* in *Meyer*, *GRC*⁴ Art 15 Rz 5 ff; *Bezemek* in *Holoubek/Lienbacher*, *GRC*² Art 16 Rz 1 ff; *Nowak* in *Heselhaus/Nowak*, *Handbuch*² § 35 Rz 1 ff, 20; *Wunderlich* in *FS Schwarze* (2014) 304.

20 EuGH (GK) 26.2.2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*); dazu *Kingreen*, *EuR* 2013, 446; ähnlich bereits EuGH (GK) 15.11.2011, C-256/11 (*Dereci*).

21 EuGH 26.2.2013, C-399/11 (*Melloni*).

des Unionsrechts gleichgesetzt und gemeint, dass die GRC in allen vom Unionsrecht erfassten Fallgestaltungen zu beachten sei.²² Diese Aussage wurde in der Literatur überwiegend kritisch aufgenommen, weil sie zu einem „nahezu unbeschränkten“ Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte führe.²³

Nach teilweise vehementer Kritik vor allem des BVerfG²⁴ hat der EuGH in seiner jüngeren Rsp versucht, die Voraussetzungen für eine Anwendung der GRC näher zu konkretisieren.²⁵ Der EuGH verlangt mittlerweile eine **hinreichend enge Verbindung** zwischen dem Unionsrecht und der in Frage stehenden mitgliedstaatlichen Regelung. Die vom EuGH zur Prüfung dieses Zusammenhanges herangezogenen Kriterien sind allerdings eher vage.²⁶

Für die in der vorliegenden Arbeit zu untersuchenden Fallkonstellationen kann von einer **Geltung der Grundrechtecharta** ausgegangen werden. Dies gilt zunächst für Fälle, in denen es einem Arbeitnehmer verwehrt ist bzw verwehrt werden soll, ein weiteres Dienstverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber einzugehen. Diesfalls sind sogar die strengeren Voraussetzungen im Sinne der *Wachauf*-Rsp erfüllt, weil es einen diese Fälle determinierenden Sekundärrechtsakt gibt. Art 9 der **Transparenz-RL**²⁷ verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verbieten darf, ein weiteres Arbeitsverhältnis mit anderen Arbeitgebern aufzunehmen, und ihn nicht benachteiligen darf, falls er dies tut (dazu noch unten 2.6.). Die Regelungen über unselbständige Nebenbeschäftigungen von Arbeitnehmern im österreichischen Recht können daher als Maßnahmen zur Durchführung des Unionsrechts iSv Art 51 GRC gesehen werden.

22 Ebenso zB EuGH (GK) 21.12.2016, C-201/15 (*AGET Iraklis*).

23 *Schorkopf* in Grabenwarter, EnzEuR II § 3 Rz 26 mwN; vgl auch *Schubert* in EuArbR Art 51 GRC Rz 16 mwN. Deutlich wird dies in einer Aussage der Großen Kammer des EuGH, wonach die Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte in den Geltungsbereich des Unionsrechts und folglich der Charta falle (21.12.2016, C-201/15 [*AGET Iraklis*] Rz 64), womit der EuGH eine *petitio principii* aufstellt.

24 ZB BVerfG 24.4.2013, 1 BvR 1215/07 Rz 91: „Der Europäische Gerichtshof ist danach für die aufgeworfenen – ausschließlich die deutschen Grundrechte betreffenden – Fragen nicht gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 GG. Nichts anderes kann sich aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Åkerberg Fransson (EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10) ergeben. Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof (vgl. BVerfGE 126, 286 <307>) darf dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als *Ultra-vires*-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte [...]. Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche.“

25 EuGH 6.3.2014, C-206/13 (*Siragusa*); 8.11.2012, C-40/11 (*Iida*); 8.5.2013, C-87/12 (*Ymeraga*); 10.7.2014, C-198/13 (*Hernández*); 7.9.2017, C-117/17 (*Demarchi*).

26 Vgl *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC² Art 51 Rz 28 ff.

27 Richtlinie EU 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen.

Im Hinblick auf die Regelung selbständiger Nebenbeschäftigungen und zu Erwerbstätigkeiten des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergibt sich die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta – zumindest nach dem aktuellen Stand der EuGH-Judikatur – aus der potentiell beschränkenden Wirkung derartiger Regelungen für die Ausübung der **Grundfreiheiten** (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit). Dies gilt insb wenn man im Hinblick auf das für eine Anwendung der Grundfreiheiten notwendige grenzüberschreitende Sachverhaltselement eine potentielle Beeinträchtigung grenzüberschreitender Tätigkeit ausreichen lässt, wie bspw der EuGH in der Rs *Venturini*.²⁸ Insgesamt besteht in der Judikatur des EuGH jedenfalls eine Tendenz zur großzügigen Anwendung der GRC.

Im Übrigen ist zu **Art 51 GRC** zu bemerken, dass sein Wortlaut, der für die Geltung der Charta nur zwischen Union und Mitgliedstaaten unterscheidet, **implizit gegen eine unmittelbare** Bindung von Privatpersonen an die Chartagrundrechte spricht (**Dritt- oder Horizontalwirkung**).²⁹ Nach der Rsp des EuGH darf aus Art 51 GRC allerdings nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass Privatpersonen nicht auch direkt an einzelne Grundrechte der Charta gebunden sein können (dazu unten 2.2.5.2.).³⁰

2.2.3. Verhältnis der Grundrechtecharta zu nationalen Grundrechten

Da sich nationale und unionale Grundrechte in ihrem persönlichen Anwendungsbereich und ihrem sachlichen Schutzbereich häufig überlappen, stellt sich die Frage nach dem **Verhältnis** zwischen **nationalen und europäischen Grundrechten**. Das Problem ist nicht zuletzt deshalb von praktischer Bedeutung, weil davon auch abhängt, welchem Gericht in Bezug auf Grundrechtseingriffe das letzte Wort zukommt. Nach aktuellem Stand der Rsp und Lehre ist die Frage nach dem Verhältnis von GRC und nationalen Grundrechten und der damit zusammenhängenden (vorrangigen) Entscheidungskompetenz des EuGH gegenüber nationalen Verfassungsgerichten noch nicht abschließend geklärt.³¹ Die verschie-

28 EuGH 5.12.2013, C-159-161/12 (*Venturini ua*); näher unten 2.8.2.

29 Vgl bereits SA *Trstenjak*, 8.9.2011, C-282/10 (*Dominguez*); *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC² Art 51 Rz 56 ff; *Edenharter*, EuR 2022, 302 (312 f); *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 157 mwN.

30 EuGH (GK) 6.11.2018, C-569/16 (*Bauer*); EuGH (GK) 6.11.2018, C-684/16 (*Max-Planck-Gesellschaft*).

31 Vgl nur *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC² Art 51 Rz 32 ff mwN; *Holoubek*, Doppelte Bindung und Richtlinienumsetzung, ZÖR 2018, 603; *Edenharter*, Grundrechtsschutz im föderalen Mehrebenensystem (2018); *Szczekalla*, Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz in der EU und in den Mitgliedstaaten, in *Heselhaus/Nowak*, Handbuch² § 2; *Jarass*, GRC³ Art 53 Rz 22 ff; *Kämmerer/Kotzur*, Vollendung des Grundrechtsverbunds oder Heimholung des Grundrechtsschutzes? NVwZ 2020, 177; *Spamanta*, Should we „harmonize“ fundamental rights in the EU? CMLR 2018, 997; *Streinz*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, in *Kment* (Hrsg), FS *Jarass* (2015) 133; *Wedemeyer*, Neue Entwicklungen des pluralen Grundrechtsschutzes im europäischen Mehrebenensystem? EuR 2021, 732; *Wendel*, Europäischer Grundrechtsschutz und nationale Spielräume: Grundlagen und Grundzüge eines Spielraumtests im europäischen Grundrechtspluralismus, EuR 2022, 327.