jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2004/12/22 8ObA116/04y

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.12.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek und die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und ADir. Reg. Rat Winfried Kmenta als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Nicole W*****, vertreten durch Freimüller/Noll/Obereder/Pilz, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei P***** GmbH & Co KG, *****, vertreten durch Dr. Thomas Zottl, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 11.929,23 brutto sA, über den Rekurs der klagenden und der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 13. Juli 2001, GZ 8 Ra 123/01v-14, mit dem über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 13. Dezember 2000, GZ 6 Cga 73/00y-10, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin war im Frühherbst 1998 19 Jahre alt, hatte soeben die Schule beendet, lebte noch bei den Eltern und wurde von diesen auch finanziell unterstützt. Da sie sich über ihren weiteren beruflichen Werdegang noch im Unklaren war, wollte sie zunächst vorübergehend arbeiten gehen und Geld ansparen. Sie richtete an die beklagte Partei ein Bewerbungsschreiben. Zu Beginn der Vorstellung hatte die Klägerin einen Bewerbungsbogen auszufüllen; darin verneinte sie die Frage, ob sie aus zwingenden Gründen auf ein regelmäßiges Einkommen angewiesen sei. Anschließend führte sie ein Aufnahmegespräch mit einem Mitarbeiter der beklagten Partei. Dieser erkundigte sich zunächst nach ihrem bisherigen schulischen und beruflichen Werdegang und ihren persönlichen Verhältnissen, erst dann stellte er der Klägerin das Unternehmen, ihre Verkaufstätigkeit sowie das Arbeitszeitmodell "Beschäftigung nach Bedarf" vor. Ein anderes Vertragsmodell als dieses bot er ihr nicht an, meinte aber, dass man im Falle der Bewährung über ein fixes Beschäftigungsverhältnis sprechen könne. Der Mitarbeiter machte die Klägerin ausdrücklich darauf aufmerksam, dass sie nicht mit einem fixen Einkommen rechnen könne, sondern sich lediglich ein Zusatzverdienst ergebe. Auch wies er darauf hin, dass keine Rufbereitschaft bestehe, sondern der Arbeitseinsatz im Einvernehmen vereinbart werde. Er stellte dies so dar, dass die Beschäftigten für die folgende Woche einen schriftlichen Dienstplan vorgelegt bekommen oder kurzfristig angerufen werden; zu jedem Angebot könne man ja oder nein sagen oder auch im Vorhinein bekannt geben, wann man nicht arbeiten will. Auf den genauen Umfang der Arbeitseinsätze der Klägerin

konnte er sich nicht festlegen, stellte aber in Aussicht, dass es sich um etwa drei Tage pro Woche sowie zwei Samstage im Monat handeln könne. Damit erklärte sich die Klägerin einverstanden. Des weiteren informierte sie der Mitarbeiter über die allgemeinen rechtlichen Konsequenzen eines Arbeitsverhältnisses wie Kündigungsumstände, Abfertigungsanspruch, Sonderzahlungen, Urlaub, Entgeltfortzahlung und Sozialversicherungspflicht. Die Höhe des Entgeltes benannte er für den Fall der tatsächlichen Beschäftigung mit S 90 (EUR 6,54) pro Stunde zuzüglich allfälliger Verkaufsprovisionen. Mit all dem war die Klägerin einverstanden und sie einigten sich auf das von dem Mitarbeiter vorgestellte Arbeitsverhältnis. In dem Rahmendienstvertrag wurde das Bedarfsarbeitsverhältnis zwischen den Parteien wie folgt festgehalten:

Der Arbeitseinsatz beruht demzufolge auf dem "Konsensprinzip", dh er richtet sich nach dem Arbeitsanfall bei der beklagten Partei und wird im Einzelfall einvernehmlich zwischen der beklagten Partei und der Klägerin festgelegt. Ausdrücklich verzichtete die Klägerin als Arbeitnehmerin abermals auf einen bestimmten Beschäftigungsumfang, die beklagte Partei garantierte andererseits, dass die Klägerin, wenn sie von der beklagten Partei geplante Arbeitseinsätze von Fall zu Fall ablehnt, sich hiefür nicht zu rechtfertigen hat und keine Nachteile erleidet. Zur Vertragsbeendigung wurde festgehalten, dass die beklagte Partei unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen zum Monatsende oder zum 15. eines jeden Monats, die Klägerin jederzeit unter Einhaltung einer zweitägigen Frist kündigen kann. Im Anhang, der einen integrierenden Bestandteil des Rahmendienstvertrages darstellte, bestätigte die Klägerin nochmals, dass sie zur Kenntnis genommen hat, dass ihr kein fixes Einkommen zugesichert wird.

Die Klägerin war bei der beklagten Partei bis 30. 6. 2000 beschäftigt. Mit Schreiben vom 5. 5. 2000 sprach die beklagte Partei die Kündigung aus. In den Monaten ihrer Beschäftigung hatte die Klägerin unregelmäßige Arbeitseinsätze und dementsprechende unregelmäßige Entgeltforderungen; diese wurden von der beklagten Partei beglichen.

Die Klägerin begehrt von der beklagten Partei den Betrag von zuletzt S 164.149,80 (=11.929,23 EUR) brutto sA aus ihrem Rahmendienstvertrag zur beklagten Partei und brachte dazu vor, dass die beklagte Partei im Verkauf überwiegend Bedarfsarbeitskräfte verwende, wobei durch den jeweiligen Abteilungsleiter aus dem "Pool" der Bedarfsarbeitskräfte eine Auswahl für unmittelbar bevorstehende Verkaufstage getroffen werde. Der einzelnen Arbeitskraft werde der Einsatz nach Gutdünken des Abteilungsleiters angeboten. Damit sei es dem Arbeitgeber ein Leichtes, sämtliche Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes dadurch auszuhöhlen, dass Arbeitseinsätze ganz einfach nicht mehr angefordert würden. Die von der beklagten Partei "Konsensprinzip" genannte Mitwirkung der Bedarfsarbeitskräfte bestehe lediglich darin, zum konkret angebotenen Arbeitseinsatz ja oder nein zu sagen. Dem Beschäftigten stehe kein Recht zu, konkrete Geldverdienstmöglichkeiten von sich aus in Gang zu setzen. Es könne daher nicht von einem "Konsens" gesprochen werden, sondern es werde das wirtschaftliche Risiko des Einsatzes der Arbeitnehmer vollständig auf diese verlagert. Diese Vereinbarung sei sittenwidrig. Werde eine Bedarfsarbeitskraft über längere Zeit nicht eingesetzt, könne dies als Instrument dafür benützt werden, das Urlaubsentgelt, die Entgeltfortzahlung, sogar die Zahlung der Abfertigung gegen Null tendieren zu lassen. Wenn in einer Lohnzahlungsperiode überhaupt kein Entgelt anfalle, sei der Arbeitnehmer von der Gebietskrankenkasse abzumelden. Die Klägerin habe im Oktober 1999 123,32 Arbeitsstunden geleistet, was einem Bruttomonatsgehalt von S 11.118 (EUR 807,98) und ab 1. 1. 2000 einem solchen von S 11.365,07 (EUR 825,93) entsprechen würde. Nach Auffassung der Klägerin sei das von ihr eingeforderte und geleistete maximale Arbeitsausmaß Grundlage für die Berechnung ihrer Ansprüche. Die Beklagte habe auch kurzfristig Arbeitseinsätze storniert oder angeordnet.

Rechnerisch ergibt sich das Klagebegehren (siehe Aufschlüsselung S 5 und 6 in ON 5 sowie S 2 in ON 8) aus der Differenz zwischen dem der Klägerin nach ihrem Vorbringen zustehenden Bruttomonatsgehalt von 807,98 EUR bis 1. 1. 2000 und von 825,93 EUR ab 1. 1. 2000 zu den tatsächlich von der beklagten Partei geleisteten Zahlungen.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Aufgrund des Rahmendienstvertrages würden die Arbeitseinsätze nach dem "Konsensprinzip" vereinbart. Das zeitliche Ausmaß der fallweisen Beschäftigung werde nach den voraussichtlichen Umsatzerwartungen bzw dem Arbeitsanfall einerseits sowie den Wünschen der Arbeitnehmer andererseits im Einzelfall einvernehmlich festgelegt. Die Klägerin sei ausdrücklich auf die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung hingewiesen worden. Im Anhang sei ausdrücklich festgehalten worden, dass die Rahmenvereinbarung der Klägerin kein Einkommen sichere und es ihr freistünde, von Fall zu Fall Arbeitseinsätze ohne Nachteil abzulehnen. Die Klägerin habe auch zu keinem Zeitpunkt arbeitsbereit sein müssen. Die Bedarfsarbeitskräfte hätten Anspruch auf 30 Werktage bezahlten Urlaub pro Jahr, auf kollektivvertragliche Sonderzahlungen sowie auf gesetzliche Abfertigung und auf Entgeltfortzahlung im

Krankheitsfall. Weiters seien die Bedarfsarbeitskräfte auch sozialversichert. Grundsätzlich werde am Montag oder Dienstag einer jeden Woche die Umsatzplanung für die Folgewoche durch den Verkaufsleiter erstellt. Anhand dieser Umsatzplanung würden - in Entsprechung der Wünsche der Arbeitnehmer - die Arbeitseinsätze der nächsten Woche geplant; die Mitarbeiter gäben bekannt, ob sie an einem Tag generell nicht arbeiten können, und könnten darüber hinaus mitteilen, wann sie in der nächsten Woche bei der Personaleinsatzplanung nicht berücksichtigt werden wollten. Es handle sich bei den verwendeten Rahmendienstverträgen nicht um eine Form der "Arbeit auf Abruf", da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, sich zu bestimmten Zeiten für den Arbeitseinsatz bereit zu halten. Diese Regelung sei mit den gesetzlichen Vorschriften über Teilzeitarbeit, insbesondere mit den §§ 19c und 19d Arbeitszeitgesetz (im Folgenden: AZG) vereinbar. Von einer sittenwidrigen Überwälzung des "unternehmerischen Risikos" könne keine Rede sein. Ein Kettenarbeitsverhältnis liege schon aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Rahmendienstvertrages nicht vor, da die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes sowie die kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und -termine vertraglich zugesichert seien.Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Aufgrund des Rahmendienstvertrages würden die Arbeitseinsätze nach dem "Konsensprinzip" vereinbart. Das zeitliche Ausmaß der fallweisen Beschäftigung werde nach den voraussichtlichen Umsatzerwartungen bzw dem Arbeitsanfall einerseits sowie den Wünschen der Arbeitnehmer andererseits im Einzelfall einvernehmlich festgelegt. Die Klägerin sei ausdrücklich auf die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung hingewiesen worden. Im Anhang sei ausdrücklich festgehalten worden, dass die Rahmenvereinbarung der Klägerin kein Einkommen sichere und es ihr freistünde, von Fall zu Fall Arbeitseinsätze ohne Nachteil abzulehnen. Die Klägerin habe auch zu keinem Zeitpunkt arbeitsbereit sein müssen. Die Bedarfsarbeitskräfte hätten Anspruch auf 30 Werktage bezahlten Urlaub pro Jahr, auf kollektivvertragliche Sonderzahlungen sowie auf gesetzliche Abfertigung und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Weiters seien die Bedarfsarbeitskräfte auch sozialversichert. Grundsätzlich werde am Montag oder Dienstag einer jeden Woche die Umsatzplanung für die Folgewoche durch den Verkaufsleiter erstellt. Anhand dieser Umsatzplanung würden - in Entsprechung der Wünsche der Arbeitnehmer - die Arbeitseinsätze der nächsten Woche geplant; die Mitarbeiter gäben bekannt, ob sie an einem Tag generell nicht arbeiten können, und könnten darüber hinaus mitteilen, wann sie in der nächsten Woche bei der Personaleinsatzplanung nicht berücksichtigt werden wollten. Es handle sich bei den verwendeten Rahmendienstverträgen nicht um eine Form der "Arbeit auf Abruf", da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, sich zu bestimmten Zeiten für den Arbeitseinsatz bereit zu halten. Diese Regelung sei mit den gesetzlichen Vorschriften über Teilzeitarbeit, insbesondere mit den Paragraphen 19 c und 19d Arbeitszeitgesetz (im Folgenden: AZG) vereinbar. Von einer sittenwidrigen Überwälzung des "unternehmerischen Risikos" könne keine Rede sein. Ein Kettenarbeitsverhältnis liege schon aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Rahmendienstvertrages nicht vor, da die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes sowie die kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und -termine vertraglich zugesichert seien.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab und begründete dies zusammengefasst damit, dass zwar nach § 19d Abs 2 AZG Ausmaß und Lage der Arbeitszeit einer Teilzeitarbeit auf einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruhen müssten. Hier sei aber ohnehin jeder einzelne Arbeitseinsatz im Einvernehmen zwischen den Streitteilen festgelegt worden, sodass kein sittenwidriger Arbeitsvertrag vorliege.Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab und begründete dies zusammengefasst damit, dass zwar nach Paragraph 19 d, Absatz 2, AZG Ausmaß und Lage der Arbeitszeit einer Teilzeitarbeit auf einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruhen müssten. Hier sei aber ohnehin jeder einzelne Arbeitseinsatz im Einvernehmen zwischen den Streitteilen festgelegt worden, sodass kein sittenwidriger Arbeitsvertrag vorliege.

Infolge Berufung der Klägerin hob das Berufungsgericht die angefochtene Entscheidung auf, verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück und ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu.

Das Berufungsgericht vertrat zusammengefasst die Auffassung, dass der "Rahmendienstvertrag" die Voraussetzungen eines "echten" Dienstvertrages nicht erfülle. Die Argumente, die für die Unzulässigkeit der vorliegenden Vereinbarung herangezogen würden, kämen nur dann zum Tragen, wenn die "Vertragswirklichkeit" von der vorliegenden schriftlichen Rahmendienstvertragsvereinbarung abweiche. Es bedürfe daher ergänzender Feststellungen, die eine Beurteilung zuließen, ob Umstände vorhanden seien, die für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprächen. Liege ein durchgehender Arbeitsvertrag vor, habe die Klägerin im Sinn einer schlüssigen Vereinbarung Anspruch auf

Abgeltung der Arbeitszeit, wenn die Arbeitsleistung durch Umstände, die in der Sphäre des Dienstgebers lägen, unterblieben sei. Ein Anspruch könne sich auch daraus ergeben, dass die Klägerin in einem längeren Beschäftigungszeitraum - es empfehle sich eine Einjahresbetrachtung - ein gewisses durchschnittliches Beschäftigungsausmaß geleistet habe, das in der Folge lediglich als Reaktion auf Krankenstände und/oder die Ablehnung von Einsätzen deutlich unterschritten worden sei.

Gegen den Beschluss des Berufungsgerichtes richten sich die Rekurse beider Teile wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

Die Klägerin beantragt den angefochtenen Beschluss im vollklagestattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise die Entscheidung zur Ergänzung der Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die beklagte Partei beantragt die Entscheidung im Sinne der Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung (Klageabweisung) abzuändern.

Beide Teile beantragen, dem Rekurs der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Beide Rekurse sind mangels oberstgerichtlicher Rechtsprechung zur "Arbeit auf Bedarf", insbesondere im Hinblick auf die §§ 19c und d AZG, zulässig. Die Rekurse sind jedoch nicht berechtigt.Beide Rekurse sind mangels oberstgerichtlicher Rechtsprechung zur "Arbeit auf Bedarf", insbesondere im Hinblick auf die Paragraphen 19 c und d AZG, zulässig. Die Rekurse sind jedoch nicht berechtigt.

Vorauszuschicken ist, dass der erkennende Senat in den mehrfach veröffentlichten Unterbrechungs- bzw Vorlagebeschlüssen (jeweils vom 8. 8. 2002; 8 ObA 277/01w = ecolex 2002/291 [Mazal] = DRdA 2002/48 = JBl 2003, 126; siehe auch Mosler, Beschäftigung nach Bedarf - arbeitsrechtliche Grenzen der flexiblen Teilzeitarbeit, DRdA 2002, 461 ff) ausführlich zur innerstaatlichen Rechtslage Stellung genommen hat und das Verfahren bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt hat.Vorauszuschicken ist, dass der erkennende Senat in den mehrfach veröffentlichten Unterbrechungs- bzw Vorlagebeschlüssen (jeweils vom 8. 8. 2002; 8 ObA 277/01w = ecolex 2002/291 [Mazal] = DRdA 2002/48 = JBl 2003, 126; siehe auch Mosler, Beschäftigung nach Bedarf - arbeitsrechtliche Grenzen der flexiblen Teilzeitarbeit, DRdA 2002, 461 ff) ausführlich zur innerstaatlichen Rechtslage Stellung genommen hat und das Verfahren bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gemäß Paragraph 90 a, Absatz eins, GOG ausgesetzt hat.

Folgende Fragen wurden dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:Folgende Fragen wurden dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Artikel 234, EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1a.) Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen vom 10. 2. 1975 (ABl Nr L 45 vom 19. 2. 1975, S 19 - im Folgenden nur RL 75/117/EWG) sowie § 2 der von der UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit, die mit der Richtlinie 97/81/EG des Rates (ABl Nr L 14 v 20. 1. 1998, S 9) umgesetzt wurde (im Folgenden Teilzeitrahmenvereinbarung), und Punkt 9 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 dahin auszulegen (Arbeitnehmerbegriff), dass auch Personen wie im vorliegenden Fall die Klägerin geschützt sind, die in einem umfassenden Rahmendienstvertrag Vereinbarungen über Entgelt, Kündigungsbedingungen etc treffen, jedoch auch bestimmen, dass sich Ausmaß und Lage der Arbeitszeit nach dem Arbeitsanfall richten und im Einzelfall erst einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt werden.1a.) Sind Artikel 141, EG sowie Artikel eins, der Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen vom 10. 2. 1975 (ABl Nr L 45 vom 19. 2. 1975, S 19 - im Folgenden nur RL 75/117/EWG) sowie Paragraph 2, der von der UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit, die mit der Richtlinie 97/81/EG des Rates (ABl Nr L 14 v 20. 1. 1998, S 9) umgesetzt wurde (im Folgenden Teilzeitrahmenvereinbarung), und Punkt 9 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 dahin auszulegen (Arbeitnehmerbegriff), dass auch Personen wie im vorliegenden Fall die Klägerin geschützt sind, die in einem umfassenden Rahmendienstvertrag Vereinbarungen über Entgelt, Kündigungsbedingungen etc treffen, jedoch auch bestimmen, dass sich Ausmaß und Lage der Arbeitszeit nach dem Arbeitsanfall richten und im Einzelfall erst einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt werden.

1. b Ist der "Arbeitnehmerbegriff" im Sinne der Frage zu 1.a dann erfüllt, wennunverbindlich in Aussicht genommen wird, dass eine Beschäftigung im Umfang von ca 3 Tagen wöchentlich und 2 Samstagen monatlich erfolgt?

1. c Ist der "Arbeitnehmerbegriff" im Sinne der Frage zu 1.a dann erfüllt, wenntatsächlich eine Beschäftigung im Umfang von ca 3 Tagen wöchentlich und 2 Samstagen monatlich erfolgt?

1. d Kommt der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 zumindest insoweit rechtsverbindlicher Charakter zu als sie zur Auslegung anderer gemeinschaftsrechtlicher Regelungen heranzuziehen ist.

2. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG (ABl Nr L 39 vom 14. 2. 1976, S 40 - im Folgenden nur RL 76/207/EWG) und § 4 der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt2. Sind Artikel 141, EG sowie Artikel eins, der Richtlinie 75/117/EWG sowie Artikel 5, der Richtlinie 76/207/EWG (ABl Nr L 39 vom 14. 2. 1976, S 40 - im Folgenden nur RL 76/207/EWG) und Paragraph 4, der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt

wenn für Vollzeitbeschäftigte (ca 60 % Männer, 40 % Frauen) durch Gesetz oder Kollektivvertrag nicht nur Regelungen zum Ausmaß der Arbeitszeit, sondern teilweise auch für deren Verteilung bestehen, auf deren Einhaltung ein Vollzeitbeschäftigter auch ohne vertragliche Vereinbarung Anspruch hat,

solche Regelungen aber für Teilzeitbeschäftigte, die weit überwiegend Frauen sind (ca 90 % Frauen und 10 % Männer) auch für den Fall fehlen, dass die Vertragsparteien dazu keine - gesetzlich geforderte - vertragliche Vereinbarung treffen.

3. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG und § 4 der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt, wenn ein Arbeitgeber bei Teilzeitbeschäftigten, bei denen anzunehmen ist, dass sie weit überwiegend Frauen sind (ca 90 % Frauen und 10 % Männer) ausdrücklich eine Vereinbarung über die Lage und das Ausmaß der Arbeitszeit ausschließt, während bei Vollzeitbeschäftigten, bei denen anzunehmen ist, dass sie nicht in diesem Ausmaß überwiegend Frauen sind, sowohl Ausmaß als auch teilweise die Verteilung der Arbeitszeit schon durch das Gesetz bzw den Kollektivvertrag vorgegeben sind.3. Sind Artikel 141, EG sowie Artikel eins, der Richtlinie 75/117/EWG sowie Artikel 5, der Richtlinie 76/207/EWG und Paragraph 4, der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt, wenn ein Arbeitgeber bei Teilzeitbeschäftigten, bei denen anzunehmen ist, dass sie weit überwiegend Frauen sind (ca 90 % Frauen und 10 % Männer) ausdrücklich eine Vereinbarung über die Lage und das Ausmaß der Arbeitszeit ausschließt, während bei Vollzeitbeschäftigten, bei denen anzunehmen ist, dass sie nicht in diesem Ausmaß überwiegend Frauen sind, sowohl Ausmaß als auch teilweise die Verteilung der Arbeitszeit schon durch das Gesetz bzw den Kollektivvertrag vorgegeben sind.

4. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG und § 4 aber auch § 1 lit b (Förderung der Entwicklung der Teilzeitarbeit) der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es hier zum Ausgleich einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung erforderlich und zulässig ist4. Sind Artikel 141, EG sowie Artikel eins, der Richtlinie 75/117/EWG sowie Artikel 5, der Richtlinie 76/207/EWG und Paragraph 4, aber auch Paragraph eins, Litera b, (Förderung der Entwicklung der Teilzeitarbeit) der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es hier zum Ausgleich einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung erforderlich und zulässig ist

A hinsichtlich des Ausmaßes der Arbeitszeit von einem bestimmten Ausmaß und bejahendenfalls von

1. der Normalarbeitszeit oder

2. der höchsten tatsächlich geleisteten Wochenarbeitszeit, sofern der Arbeitgeber nicht nachweist, dass diese auf einen damals bestehenden besonderen erhöhten Arbeitsbedarf zurückzuführen ist, oder

3. dem für den Zeitpunkt des Arbeitsvertragabschluss zu ermittelnden Bedarf oder

4. der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit auszugehen, sowie

B hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit zur Abgeltung der für den Arbeitnehmer durch die Flexibilität eingetretenen Mehrbelastung und des dem Arbeitgeber verschafften Vorteils dem Arbeitnehmer

1. einen im Einzelfall zu bestimmenden "angemessenen"Zuschlag zum Stundenlohn, oder

2. einen Mindestzuschlag, der Vollzeitbeschäftigten gebührt, die über die Normalarbeitzeit (8 Stunden täglich oder 40 Stunden wöchentlich) hinaus arbeiten, oder

3. unabhängig vom geleisteten Arbeitszeitausmaß einen Ausgleich für die nicht als Arbeitszeit entlohnte Zeit, während der nach der Vereinbarung eine Lagerung der Arbeitszeit möglich wäre (potenzielle Arbeitszeit), dann, wenn die Vorankündigungszeit

a. 14 Tage oder

b. einen angemessenen Rahmen unterschreitet zuzuerkennen.

Mit Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12. Oktober 2004, C-313/02, wurden die vom erkennenden Senat gestellten Fragen wie folgt beantwortet:

"1. Ein Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag, der, wie im Ausgangsverfahren, bestimmt, dass sich das Ausmaß und die Ausgestaltung der Arbeitszeit nach dem Arbeitsanfall richten und im Einzelfall erst einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt werden, fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen.

Ein solcher Arbeitnehmer fällt auch in den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung, die der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit als Anhang beigefügt ist, wenn:

- er nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem Mitgliedsstaat einen Arbeitsvertrag hat oder in einem Arbeitsverhältnis steht;

- er ein Arbeitnehmer im Sinne von § 3 Nr 1 dieser Rahmenvereinbarung ist, dessen normale, auf Wochenbasis oder als Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums berechnete Arbeitszeit unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt, und- er ein Arbeitnehmer im Sinne von Paragraph 3, Nr 1 dieser Rahmenvereinbarung ist, dessen normale, auf Wochenbasis oder als Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums berechnete Arbeitszeit unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt, und

- bei Teilzeitbeschäftigten, die nur gelegentlich arbeiten, der Mitgliedstaat diese Arbeitnehmer nicht gemäß § 2 Nr 2 dieser Rahmenvereinbarung ganz oder teilweise ausgeschlossen hat.- bei Teilzeitbeschäftigten, die nur gelegentlich arbeiten, der Mitgliedstaat diese Arbeitnehmer nicht gemäß Paragraph 2, Nr 2 dieser Rahmenvereinbarung ganz oder teilweise ausgeschlossen hat.

2. § 4 der Rahmenvereinbarung, die der Richtlinie 97/81 als Anhang beigefügt ist, und die Art 2 Abs 1 und 5 Abs 1 der Richtlinie 76/207 sind dahin auszulegen, dass sie2. Paragraph 4, der Rahmenvereinbarung, die der Richtlinie 97/81 als Anhang beigefügt ist, und die Artikel 2, Absatz eins, und 5 Absatz eins, der Richtlinie 76/207 sind dahin auszulegen, dass sie

- einer Bestimmung wie § 3 des Arbeitszeitgesetzes, der die Höchstarbeit grundsätzlich auf 40 Stunden pro Woche und 8 Stunden pro Tag festlegt und der daher die Höchstarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit sowohl für Vollzeit- als auch für Teilzeitarbeitnehmer regelt, nicht entgegenstehen;- einer Bestimmung wie Paragraph 3, des Arbeitszeitgesetzes, der die Höchstarbeit grundsätzlich auf 40 Stunden pro Woche und 8 Stunden pro Tag festlegt und der daher die Höchstarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit sowohl für Vollzeit- als auch für Teilzeitarbeitnehmer regelt, nicht entgegenstehen;

- unter Umständen, unter denen alle Arbeitsverträge der übrigen Arbeitnehmer eines Unternehmens die Wochenarbeitszeit festlegen, einem Teilzeitarbeitsvertrag von Arbeitnehmern desselben Unternehmens wie dem im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegenstehen, wonach die Wochenarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit nicht festgelegt sind, sondern sich nach den von Fall zu Fall bestimmten Erfordernissen des Arbeitsanfalls richten, wobei diese Arbeitnehmer zwischen der Annahme und der Ablehnung dieser Arbeit wählen können.

Die vierte Vorlagefrage wurde vom Europäischen Gerichtshof angesichts der Antworten auf die zweite und dritte Frage nicht beantwortet.

Daraus folgt für die Entscheidung der hier vorliegenden Rechtssache, dass der Beantwortung der im Vorlage- bzw Unterbrechungsbeschluss des erkennenden Senates vom 8. 8. 2002 aufgezeigten europarechtlichen Fragen für die Beurteilung der innerstaatlichen Rechtslage in der hier zu beurteilenden Rechtssache keine unmittelbare Bedeutung zukommt. Es ist daher ausschließlich auf die Ausführungen im Unterbrechungsbeschluss des erkennenden Senates 8 ObA 277/01w zur innerstaatlichen Rechtslage zu verweisen. Diese - den Parteien bekannten - Ausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Regelungen der §§ 19c und 19d AZG gebieten jedenfalls eine Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Nach § 19d Abs 2 Z 4 AZG ist dann, wenn sich der Arbeitgeber eine Änderung der Lage der Arbeitszeit vorbehalten will, eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich (vgl OGH 19. 8. 1998, 9 ObA 187/98k = RIS-Justiz RS0110659 = DRdA 1999/34 [Löschnigg] = Arb 11.767 = ASoK 1999, 139 = WBl 1999/19; ebenso Cerny/Klein/Schwarz, Arbeitszeitgesetz, 246; Grillberger, AZG2, 145 f ua). Die Zulässigkeit der Änderung ist dann an den weiteren Voraussetzungen des § 19c Abs 2 AZG zu messen. Eine Änderung hinsichtlich des ebenfalls zu vereinbarenden Ausmaßes der Teilzeitarbeitszeit ist überhaupt nur im Sinne einer "Mehr"arbeit zulässig und bedarf neben eines entsprechenden Vorbehalts der weiteren Voraussetzungen des § 19c Abs 3 AZG. Die Möglichkeit eines Vorbehalts hinsichtlich einer Verringerung der Teilzeitarbeit ist nicht vorgesehen.Die Regelungen der Paragraphen 19 c und 19d AZG gebieten jedenfalls eine Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Nach Paragraph 19 d, Absatz 2, Ziffer 4, AZG ist dann, wenn sich der Arbeitgeber eine Änderung der Lage der Arbeitszeit vorbehalten will, eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich vergleiche OGH 19. 8. 1998, 9 ObA 187/98k = RIS-Justiz RS0110659 = DRdA 1999/34 [Löschnigg] = Arb 11.767 = ASoK 1999, 139 = WBl 1999/19; ebenso Cerny/Klein/Schwarz, Arbeitszeitgesetz, 246; Grillberger, AZG2, 145 f ua). Die Zulässigkeit der Änderung ist dann an den weiteren Voraussetzungen des Paragraph 19 c, Absatz 2, AZG zu messen. Eine Änderung hinsichtlich des ebenfalls zu vereinbarenden Ausmaßes der Teilzeitarbeitszeit ist überhaupt nur im Sinne einer "Mehr"arbeit zulässig und bedarf neben eines entsprechenden Vorbehalts der weiteren Voraussetzungen des Paragraph 19 c, Absatz 3, AZG. Die Möglichkeit eines Vorbehalts hinsichtlich einer Verringerung der Teilzeitarbeit ist nicht vorgesehen.

Nicht planbare "Arbeitsspitzen" können bei Vollzeitbeschäftigten durch "Überstunden" mit Überstundenzuschlag, bei Teilzeitbeschäftigten durch "Mehrarbeit", die innerhalb der Grenzen der Normalarbeitszeit zuschlagsfrei ist, abgedeckt werden (vgl zum Kostenvorteil durch die Flexibilisierungsvarianten des verstärkten Einsatzes von Teilzeitbeschäftigten Kandera Arbeitszeitflexibilisierung, 284 f).Nicht planbare "Arbeitsspitzen" können bei Vollzeitbeschäftigten durch "Überstunden" mit Überstundenzuschlag, bei Teilzeitbeschäftigten durch "Mehrarbeit", die innerhalb der Grenzen der Normalarbeitszeit zuschlagsfrei ist, abgedeckt werden vergleiche zum Kostenvorteil durch die Flexibilisierungsvarianten des verstärkten Einsatzes von Teilzeitbeschäftigten Kandera Arbeitszeitflexibilisierung, 284 f).

Zum Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit nur kurzer Laufzeit, bei denen naturgemäß bei jedem Vertragsabschluss auch Ausmaß und Lage der Arbeitszeit neu vereinbart werden können, ist festzuhalten, dass nach ständiger Judikatur eine Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse ("Kettenarbeitsverhältnisse") unzulässig und dann mangels sachlichen Grundes für die Befristung von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auszugehen ist (vgl etwa RIS-Justiz RS0110312 und RS0028393 mzwN etwa SZ 62/46).Zum Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit nur kurzer Laufzeit, bei denen naturgemäß bei jedem Vertragsabschluss auch Ausmaß und Lage der Arbeitszeit neu vereinbart werden können, ist festzuhalten, dass nach ständiger Judikatur eine Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse ("Kettenarbeitsverhältnisse") unzulässig und dann mangels sachlichen Grundes für die Befristung von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auszugehen ist vergleiche etwa RIS-Justiz RS0110312 und RS0028393 mzwN etwa SZ 62/46).

Bereits vor der gesetzlichen Regelung durch die §§ 19c und 19d AZG wurden bestimmte flexible Teilzeitarbeitsmodelle als sittenwidrig abgelehnt, weil sie das wirtschaftliche Risiko - insbesondere einer ausreichenden Auftragslage -auf den Arbeitnehmer verschieben (vgl DRdA 1992/49 [Wachter] = ZAS 1992/21 [Holzer/Reissner] - Grazer Stadthostessen mwN; Rebhahn, RdW 1989, 194). Auch die Gesetzesmaterialien (AB 622 BlgNR 20. GP, 7) zur Novelle BGBl I 1997/46 gehen davon aus, dass damit Arbeit auf Abruf und Arbeit nach Arbeitsanfall verhindert werden soll. Bei der Vereinbarung von kapazitätsorientierter Arbeitszeit legt der Arbeitgeber die Lage der umfänglich bestimmten Arbeitszeit innerhalb gewisser Grenzen einseitig fest. Bei der Arbeit auf Abruf fehlt jede Vereinbarung über eine bestimmte Grundanzahl von Arbeitsstunden, die der Unternehmer auf jeden Fall entlohnen muss; der Vertragspartner verpflichtet sich vielmehr, während eines bestimmten Zeitraumes auf Anforderung des Unternehmers zu arbeiten,

wobei die Bereitschaft zur Arbeit während der potenziellen Einsatzzeit nicht gesondert abgegolten werden soll. Von beiden Formen unterscheidet sich der vorliegende Fall durch die Möglichkeit des Arbeitnehmers, Beschäftigungsanbote nach seinem eigenen Bedarf abzulehnen. Er befindet sich nach der dazu gewählten Vertragsklausel über die Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf-"Konsensprinzip" in einer Art dauerndem Verhandlungszustand über Ausmaß und Lage der ArbeitszeitBereits vor der gesetzlichen Regelung durch die Paragraphen 19 c und 19d AZG wurden bestimmte flexible Teilzeitarbeitsmodelle als sittenwidrig abgelehnt, weil sie das wirtschaftliche Risiko - insbesondere einer ausreichenden Auftragslage - auf den Arbeitnehmer verschieben vergleiche DRdA 1992/49 [Wachter] = ZAS 1992/21 [Holzer/Reissner] - Grazer Stadthostessen mwN; Rebhahn, RdW 1989, 194). Auch die Gesetzesmaterialien (AB 622 BlgNR 20. GP, 7) zur Novelle BGBl römisch eins 1997/46 gehen davon aus, dass damit Arbeit auf Abruf und Arbeit nach Arbeitsanfall verhindert werden soll. Bei der Vereinbarung von kapazitätsorientierter Arbeitszeit legt der Arbeitgeber die Lage der umfänglich bestimmten Arbeitszeit innerhalb gewisser Grenzen einseitig fest. Bei der Arbeit auf Abruf fehlt jede Vereinbarung über eine bestimmte Grundanzahl von Arbeitsstunden, die der Unternehmer auf jeden Fall entlohnen muss; der Vertragspartner verpflichtet sich vielmehr, während eines bestimmten Zeitraumes auf Anforderung des Unternehmers zu arbeiten, wobei die Bereitschaft zur Arbeit während der potenziellen Einsatzzeit nicht gesondert abgegolten werden soll. Von beiden Formen unterscheidet sich der vorliegende Fall durch die Möglichkeit des Arbeitnehmers, Beschäftigungsanbote nach seinem eigenen Bedarf abzulehnen. Er befindet sich nach der dazu gewählten Vertragsklausel über die Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf-"Konsensprinzip" in einer Art dauerndem Verhandlungszustand über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit.

Von anderen Formen flexibler Teilzeitarbeit (dazu Ch. Klein, Möglichkeiten und Grenzen flexibler Teilzeitarbeit in Cerny-FS 219 ff), etwa der fallweisen Beschäftigung sowie der Teilzeitarbeit als Breitbandmodell (Schwanken der Arbeitszeit um einen Durchschnittswert) unterscheidet sich der vorliegende Fall schon durch die bewusste umfassende vertragliche Vereinbarung (anders bei fallweiser Beschäftigung) und die mangelnde Festlegung eines Durchschnittswertes.

Eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gemäß §§ 19c und 19d AZG zwingend (§ 19g AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, ist unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen insoweit unwirksam, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassenen Anbot abhängig macht.Eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gemäß Paragraphen 19 c und 19d AZG zwingend (Paragraph 19 g, AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, ist unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen insoweit unwirksam, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassenen Anbot abhängig macht.

Insgesamt geht es nicht bloß um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass der Arbeitnehmer mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann, sofern nicht durch Kollektivvertrag die Bezahlung einer Mindeststundenanzahl vorgeschrieben ist. Im Übrigen besteht die Gefahr, dass die Vorschriften über die Fortzahlung des Entgelts, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers, und über die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber unterlaufen werden. Eine "Atomisierung" der Arbeitszeitvereinbarung, die letztlich wiederum zu flexiblen Arbeitszeitformen wie Arbeit auf Abruf und kapazitätsorienterter Arbeitszeit führen kann, ist als unzulässige Umgehung des Gesetzes abzulehnen (vgl Mosler Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung DRdA 1999, 338 ff). Dies gilt erst recht dann, wenn - wie hier - überhaupt keine Grundvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit getroffen wurde. Gerade solche Konstellationen, in denen einem Arbeitnehmer durch geringe Einsatzzeiten und faktisch lange Wartezeiten ein weit erhöhtes wirtschaftliches Risiko aufgebürdet und die Dispositionsmöglichkeit über die Freizeit oder die Möglichkeit der Annahme einer anderen Teilzeitbeschäftigung massiv eingeschränkt wird, wollte das Gesetz verhindern (AB 622 BlgNR 20. GP, 7 und EB zur RV 735 BlgNR 18. GP, 43).Insgesamt geht es nicht bloß um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass der Arbeitnehmer mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann, sofern nicht durch Kollektivvertrag die Bezahlung einer Mindeststundenanzahl vorgeschrieben ist. Im Übrigen besteht die Gefahr, dass die Vorschriften über die Fortzahlung des Entgelts, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers, und über die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber unterlaufen werden. Eine "Atomisierung" der

Arbeitszeitvereinbarung, die letztlich wiederum zu flexiblen Arbeitszeitformen wie Arbeit auf Abruf und kapazitätsorienterter Arbeitszeit führen kann, ist als unzulässige Umgehung des Gesetzes abzulehnen vergleiche Mosler Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung DRdA 1999, 338 ff). Dies gilt erst recht dann, wenn - wie hier - überhaupt keine Grundvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit getroffen wurde. Gerade solche Konstellationen, in denen einem Arbeitnehmer durch geringe Einsatzzeiten und faktisch lange Wartezeiten ein weit erhöhtes wirtschaftliches Risiko aufgebürdet und die Dispositionsmöglichkeit über die Freizeit oder die Möglichkeit der Annahme einer anderen Teilzeitbeschäftigung massiv eingeschränkt wird, wollte das Gesetz verhindern (AB 622 BlgNR 20. GP, 7 und EB zur RV 735 BlgNR 18. GP, 43).

Auch sind auf Arbeitgeberseite keine billigenswerten sachlichen Gründe für eine solche Vertragsklausel ersichtlich, da es möglich sein muss, den Personalbedarf einzuschätzen und entsprechende Vereinbarungen zur Lage und zum Ausmaß der Arbeitszeit zu treffen. Sind doch der Ausschluss allfälliger Entgeltfortzahlungsbelastungen aus Krankheitsgründen ebenso wie die "schleichende" Anpassung der Arbeitskapazitäten an den jeweiligen Bedarf ohne Beachtung des durch das Beendigungsrecht gewährten Schutzes (Verringerung) oder der Voraussetzungen für "Mehrarbeit" und "Überstunden" (Vermehrung) verpönt.

Die Parteien haben hier eine umfassende, unbefristete Vereinbarung für die Erbringung solcher Dienste geschlossen, bei der sich die Klägerin jedenfalls beim jeweiligen Arbeitseinsatz in der dargestellten persönlichen Abhängigkeit befunden hat. Dadurch unterscheidet sich dieser Fall auch von "Rahmenkonditionsvereinbarungen", bei denen überhaupt keine Integration in den Betrieb des Vertragspartners vorgesehen war (vgl im Zusammenhang RIS-Justiz RS0014467 mwN inbes ZAS 1989, 136; in der Entscheidung vom 20. 2. 2002 zu9 ObA 296/01x wurde zu dieser Frage im Zusammenhang mit dem "Werk- bzw freien Dienstvertrag" nicht Stellung genommen) oder überhaupt der Wille zu einer dauerhaften durchgehende Vereinbarung - die eben auch die "Kettendienstproblematik" ausschaltet - fehlt (vgl OGH 6. 7. 1998, 8 ObA 15/98h = DRdA 1999/44 [Krapf] ua). Zweifelhaft könnte nur sein, ob bereits eine "Verpflichtung für eine gewisse Zeit" zur Erbringung dieser Dienstleistungen im Sinne des § 1151 ABGB entstanden ist, obwohl der konkrete Arbeitseinsatz sowohl hinsichtlich Ausmaß als auch Lage der Arbeitszeit einvernehmlich festzulegen war. Da aber die Parteien ein durchgehendes Dauerschuldverhältnis angestrebt haben, in dem sie die sonst wesentlichen Vereinbarungen getroffen haben und offensichtlich gerade nicht wollten, dass die einzelnen Arbeitseinsätze dann als einzelne - unzulässige - Kettenarbeitsverhältnisse qualifiziert werden, wird auch unter Beachtung der typischen wechselseitigen Treue- und Fürsorgepflichten (diese werden durchgehend, allenfalls auch bei der Vereinbarung über die einzelnen Arbeitseinsätze - zu beachten sein) von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sein.Die Parteien haben hier eine umfassende, unbefristete Vereinbarung für die Erbringung solcher Dienste geschlossen, bei der sich die Klägerin jedenfalls beim jeweiligen Arbeitseinsatz in der dargestellten persönlichen Abhängigkeit befunden hat. Dadurch unterscheidet sich dieser Fall auch von "Rahmenkonditionsvereinbarungen", bei denen überhaupt keine Integration in den Betrieb des Vertragspartners vorgesehen war vergleiche im Zusammenhang RIS-Justiz RS0014467 mwN inbes ZAS 1989, 136; in der Entscheidung vom 20. 2. 2002 zu 9 ObA 296/01x wurde zu dieser Frage im Zusammenhang mit dem "Werk- bzw freien Dienstvertrag" nicht Stellung genommen) oder überhaupt der Wille zu einer dauerhaften durchgehende Vereinbarung - die eben auch die "Kettendienstproblematik" ausschaltet - fehlt vergleiche OGH 6. 7. 1998, 8 ObA 15/98h = DRdA 1999/44 [Krapf] ua). Zweifelhaft könnte nur sein, ob bereits eine "Verpflichtung für eine gewisse Zeit" zur Erbringung dieser Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 1151, ABGB entstanden ist, obwohl der konkrete Arbeitseinsatz sowohl hinsichtlich Ausmaß als auch Lage der Arbeitszeit einvernehmlich festzulegen war. Da aber die Parteien ein durchgehendes Dauerschuldverhältnis angestrebt haben, in dem sie die sonst wesentlichen Vereinbarungen getroffen haben und offensichtlich gerade nicht wollten, dass die einzelnen Arbeitseinsätze dann als einzelne - unzulässige - Kettenarbeitsverhältnisse qualifiziert werden, wird auch unter Beachtung der typischen wechselseitigen Treue- und Fürsorgepflichten (diese werden durchgehend, allenfalls auch bei der Vereinbarung über die einzelnen Arbeitseinsätze - zu beachten sein) von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sein.

Nach dem Normzweck ist von einer Teilnichtigkeit der Bestimmungen (vgl dazu Ch. Klein, Möglichkeiten und Grenzen flexibler Teilzeitarbeit in FS Cerny, 220) über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit jedenfalls insoweit auszugehen, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem entsprechenden Anbot des Arbeitgebers abhängig macht.Nach dem Normzweck ist von einer Teilnichtigkeit der Bestimmungen vergleiche

dazu Ch. Klein, Möglichkeiten und Grenzen flexibler Teilzeitarbeit in FS Cerny, 220) über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit jedenfalls insoweit auszugehen, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem entsprechenden Anbot des Arbeitgebers abhängig macht.

Nach Ansicht des erkennenden Senats ist daher bereits der schriftliche Rahmendienstvertrag (- im Zusammenhang mit den bei seinem Abschluss abgegebenen Erklärungen des zuständigen Mitarbeiters der beklagten Partei über das zu erwartende durchschnittliche Beschäftigungsanbot, das weit über eine fallweise Beschäftigung hinausging -), als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, ohne dass es der Feststellungen über den "gelebten Vertrag" im Sinne der Ausführungen des Berufungsgerichtes bedürfte. Der Rahmendienstvertrag weist alle Merkmale eines Arbeitsvertrages auf - mit Ausnahme der Vereinbarung eines bestimmten Arbeitszeitausmaßes und einer bestimmten Lage der Arbeitszeit. Er enthält Regelungen über die Stundenentlohnung, Anspruch auf Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Kündigungsregelungen. Es sollte offenbar gerade wegen der in Aussicht genommen Dichte der Beschäftigung - 3 mal pro Woche -, die jedenfalls bei jeweils nur für diesen Zeitraum abgeschlossenen Arbeitsverträgen wegen der Unzulässigkeit von Kettendienstverträgen zur Annahme eines durchgehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses geführt hätte, gleich vorweg ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis vereinbart, der Beklagten aber im Ergebnis doch der Vorteil aus kurzen Befristungen teilweise gewahrt werden (keine Bindung an ein bestimmtes Arbeitsausmaß, etc).

Fraglich ist, welche Konsequenz das Fehlen der vorgeschriebenen Vereinbarung über das zeitliche Ausmaß der Teilzeitarbeit hat. Der Gesetzgeber hat diese Frage - anders als etwa der Gesetzgeber in der BRD - nicht geregelt.

Aus den im Unterbrechungsbeschluss des erkennenden Senates angeführten Gründen ist im Ergebnis auf die Regelung in § 6 AngG und § 1153 ABGB zu verweisen, die gerade für den Fall der mangelnden Vereinbarung festlegen, dass die nach "Art und Umfang" den Umständen angemessenen Dienste zu leisten sind.Aus den im Unterbrechungsbeschluss des erkennenden Senates angeführten Gründen ist im Ergebnis auf die Regelung in Paragraph 6, AngG und Paragraph 1153, ABGB zu verweisen, die gerade für den Fall der mangelnden Vereinbarung festlegen, dass die nach "Art und Umfang" den Umständen angemessenen Dienste zu leisten sind.

Die Bezugnahme auf die "Umstände" wird als Verweis auf die 'Verkehrssitte" verstanden. Eine Verkehrssitte zum Ausmaß von Teilzeitbeschäftigungen in einem Betrieb oder allgemein wird wohl schwer feststellbar sein. Wohl wird aber davon ausgegangen werden können, dass die übliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigten den Bestimmungen des AZG entspricht. § 19d Abs 3 Z 2 AZG legt nun fest, dass der Arbeitgeber selbst bei einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Mehrarbeit, also über den "vereinbarten" Umfang der Teilzeitbeschäftigung hinaus, den Arbeitnehmer dazu nur dann heranziehen kann, wenn ein "erhöhter Arbeitsbedarf" vorliegt. Daraus lässt sich ableiten, dass das den Umständen angemessene Ausmaß der Arbeitszeit in jenem Umfang anzunehmen ist, der dem normalen Arbeitsbedarf im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entspricht. Dabei ist primär davon auszugehen, was aus dem Erklärungsverhalten der Vertragsparteien abzuleiten ist. In weiterer Folge kann dies auch aus dem faktischen Vollzug erschlossen werden. Insoweit wird der Durchschnitt des geleisteten Arbeitsausmaßes einen guten Anhaltspunkt bieten. Als Durchschnittszeitraum wird - soweit nicht der Kollektivvertrag anderes vorsieht oder wegen der Kürze des Arbeitsverhältnisses die 13 Wochenfrist (vgl § 6 Abs 4 UrlG bzw § 3 Abs 4 EFZG; ferner Mosler Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 338 ff [342]) zu wählen ist - regelmäßig ein einjähriger Durchrechnungszeitraum (vgl auch bereits in § 4 Abs 6 AZG) angemessen sein.Die Bezugnahme auf die "Umstände" wird als Verweis auf die "Verkehrssitte" verstanden. Eine Verkehrssitte zum Ausmaß von Teilzeitbeschäftigungen in einem Betrieb oder allgemein wird wohl schwer feststellbar sein. Wohl wird aber davon ausgegangen werden können, dass die übliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigten den Bestimmungen des AZG entspricht. Paragraph 19 d, Absatz 3, Ziffer 2, AZG legt nun fest, dass der Arbeitgeber selbst bei einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Mehrarbeit, also über den "vereinbarten" Umfang der Teilzeitbeschäftigung hinaus, den Arbeitnehmer dazu nur dann heranziehen kann, wenn ein "erhöhter Arbeitsbedarf" vorliegt. Daraus lässt sich ableiten, dass das den Umständen angemessene Ausmaß der Arbeitszeit in jenem Umfang anzunehmen ist, der dem normalen Arbeitsbedarf im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entspricht. Dabei ist primär davon auszugehen, was aus dem Erklärungsverhalten der Vertragsparteien abzuleiten ist. In weiterer Folge kann dies auch aus dem faktischen Vollzug erschlossen werden. Insoweit wird der Durchschnitt des geleisteten Arbeitsausmaßes einen guten Anhaltspunkt bieten. Als Durchschnittszeitraum wird - soweit nicht der Kollektivvertrag anderes vorsieht oder wegen der Kürze des Arbeitsverhältnisses die 13 Wochenfrist vergleiche Paragraph 6, Absatz 4, UrlG bzw Paragraph 3, Absatz

4, EFZG; ferner Mosler Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 338 ff [342]) zu wählen ist - regelmäßig ein einjähriger Durchrechnungszeitraum vergleiche auch bereits in Paragraph 4, Absatz 6, AZG) angemessen sein.

Jedoch kann der Arbeitnehmer nachweisen, dass dieser Durchschnitt durch von der Normalauslastung abweichende verringerte spätere Arbeitseinsätze gesenkt wurde. Der Arbeitgeber wiederum kann etwa geltend machen, dass die Verringerung über besonderen Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte.

Unter Beachtung des Normzwecks des § 19d Abs 2 AZG, wonach für den Arbeitnehmer nicht nur vorhersehbar sein soll, wieviel an Arbeitsleistung er regelmäßig erbringen muss und mit welchem Verdienst er rechnen kann, sondern auch dass er nicht mit einer von ihm nicht gewollten Erhöhung des Arbeitszeitausmaßes konfrontiert wird, ist zu betonen, dass die Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit nur insoweit anzunehmen ist, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeitvon einem entsprechenden Anbot des Arbeitgebers abhängig macht. Wohl aber kann darin die insoweit wirksame Vereinbarung gesehen werden, dass der Arbeitnehmer von der so bestimmten Arbeitszeit von sich aus Abstand nehmen kann, was er aber schon im Hinblick auf seine Treuepflicht rechtzeitig anzukündigen hat.Unter Beachtung des Normzwecks des Paragraph 19 d, Absatz 2, AZG, wonach für den Arbeitnehmer nicht nur vorhersehbar sein soll, wieviel an Arbeitsleistung er regelmäßig erbringen muss und mit welchem Verdienst er rechnen kann, sondern auch dass er nicht mit einer von ihm nicht gewollten Erhöhung des Arbeitszeitausmaßes konfrontiert wird, ist zu betonen, dass die Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit nur insoweit anzunehmen ist, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem entsprechenden Anbot des Arbeitgebers abhängig macht. Wohl aber kann darin die insoweit wirksame Vereinbarung gesehen werden, dass der Arbeitnehmer von der so bestimmten Arbeitszeit von sich aus Abstand nehmen kann, was er aber schon im Hinblick auf seine Treuepflicht rechtzeitig anzukündigen hat.

Ist die Klägerin (wie sie behauptet) in der letzten Zeit ihres Arbeitsverhältnisses - ohne dass ihr dies zuzurechnen wäre, etwa weil sie grundlos angebotene Arbeitseinsätze abgelehnt hat - geringer beschäftigt worden, hat sie Anspruch auf Nachzahlung des auf die Durchschnittsbeschäftigung entfallenden Entgelts. Insoweit ist dann die Arbeitsleistung aus dem Arbeitgeber zurechenbaren Gründen unterblieben (vgl § 1155 ABGB).Ist die Klägerin (wie sie behauptet) in der letzten Zeit ihres Arbeitsverhältnisses - ohne dass ihr dies zuzurechnen wäre, etwa weil sie grundlos angebotene Arbeitseinsätze abgelehnt hat - geringer beschäftigt worden, hat sie Anspruch auf Nachzahlung des auf die Durchschnittsbeschäftigung entfallenden Entgelts. Insoweit ist dann die Arbeitsleistung aus dem Arbeitgeber zurechenbaren Gründen unterblieben vergleiche Paragraph 1155, ABGB).

Nur dadurch ist sichergestellt, dass ein Arbeitnehmer, der mit seinem Arbeitgeber einen gesetzwidrigen Arbeitsvertrag auf "Arbeit nach Bedarf" abgeschlossen hat, wenigstens nach einiger Zeit auch für ihn einfach nachvollziehbar mit einer dem bisherigen Beschäftigungsausmaß entsprechenden Entlohnung rechnen kann. Derjenige, der an einer flexiblen Teilzeitarbeit interessiert ist und nur einen Zusatzverdienst anstrebt, erwartet einen - wenn auch mit beträchtlichen Schwankungsbreiten - durchschnittlichen Zusatzverdienst wie bisher (in diesem Sinn Grillberger Arbeitszeitgesetz2, 154). Dies gilt erst recht dann, wenn zwar wie hier ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass sich die Beschäftigung und damit die sich daraus ergebende Entlohnung nach dem Arbeitsanfall des D

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at