

# TE OGH 2002/8/8 8ObA277/01w

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.08.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer und Dr. Rohrer und die fachkundigen Laienrichter Dr. Lukas Stärker und Erika Helscher 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, infolge Rekurses 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 infolge 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

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gemäß Art 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gemäß Artikel 234, EG folgende Fragen 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 durchgehend 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 durchgehend 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, wenn unverbindlich 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, wenn tatsächlich 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 (ABI 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 (ABI 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 Lage bestehen, auf deren Einhaltung ein Vollzeitbeschäftiger 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 ist.4. 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. 1.Ziffer eins  
der Normalarbeitszeit oder

2. 2.Ziffer 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 Vollzeitbeschäftigte 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 (potentielle Arbeitszeit), dann, wenn die Vorankündigungszeit

1. a.Litera a

14 Tage oder

2. b.Litera b

einen angemessenen Rahmen unterschreitet, zuzerkennen.

## Text

Begründung:

I Sachverhalt:römisch eins Sachverhalt:

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. Sie wollte zunächst vorübergehend arbeiten gehen und Geld ansparen. Zu Beginn der Vorstellung bei der Beklagten hatte die Klägerin einen Bewerbungsbogen auszufüllen; darin verneinte sie die Frage, ob sie aus zwingenden Gründen auf ein regelmäßiges Einkommen angewiesen sei. Beim Aufnahmengespräch stellte ein Mitarbeiter der Beklagten der Klägerin das Arbeitszeitmodell "Beschäftigung nach Bedarf" vor. Er meinte auch, dass man bei 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. Des weiteren informierte sie der Mitarbeiter über die allgemeinen rechtlichen Konsequenzen eines Arbeitsverhältnisses. 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. Nach dem Rahmendienstvertrag beruht der Arbeitseinsatz 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 des Rahmendienstvertrages 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. In den Monaten ihrer Beschäftigung hatte die Klägerin unregelmäßige Arbeitseinsätze und dementsprechende unregelmäßige Entgeltforderungen; diese wurden von der beklagten Partei beglichen.

II Zum Vorbringen der Parteienrömisch II Zum Vorbringen der Parteien:

Die Klägerin begehrte von der beklagten Partei den Betrag von zuletzt S 164.149,80 brutto (= 11.929,23 EUR) sA. Sie brachte dazu vor, dass die Beklagte überwiegend Bedarfsarbeitskräfte verwende, wobei durch den jeweiligen Abteilungsleiter nach dessen Gutdünken aus dem "Pool" der Bedarfsarbeitskräfte eine Auswahl für unmittelbar

bevorstehende Verkaufstage getroffen werde. Damit sei es dem Arbeitgeber ein Leichtes, sämtliche Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes dadurch auszuhöhlen, dass Arbeitseinsätze ganz einfach nicht mehr angefordert würden. Die Mitwirkung der Bedarfsarbeitskräfte bestehe lediglich darin, zum konkret angebotenen Arbeitseinsatz ja oder nein zu sagen. 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 benutzt werden, das Urlaubsentgelt, die Entgeltfortzahlung und die 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. Es sei das von ihr eingeforderte und geleistete maximale Arbeitsausmaß Grundlage für die Berechnung ihrer Ansprüche. Die Beklagte habe auch kurzfristig Arbeitseinsätze storniert oder angeordnet.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren. 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 Werkstage 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. 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.

### III Zum bisherigen Verfahrensverlauf: römisch III Zum bisherigen Verfahrensverlauf:

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 und verwies die Rechtssache zur Prüfung des tatsächlichen Beschäftigungsverlaufes an das Erstgericht zurück. Es ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu. Der hier zu beurteilende "Rahmendienstvertrag" erfülle keinesfalls die Voraussetzungen eines "echten" Dienstvertrages, weil der Arbeitnehmer in keiner Weise zur Arbeitsleistung verpflichtet sei. Mangels Feststellungen zum tatsächlichen Einsatz der Klägerin könne zwar nicht beurteilt werden, ob schon aufgrund des Überwiegens der Zeiten der Unterbrechung gegenüber denen der Beschäftigung das Vorliegen von Kettenarbeitsverträgen zu verneinen sei. Nur wenn durch die Handhabung des Vertrages eine bei Vertragsabschluss bei der Klägerin erweckte Erwartungshaltung auf eine bestimmte durchschnittliche Einsatzzeit manifestiert worden sei, hätte die Klägerin im Sinne einer schlüssigen Vereinbarung Anspruch auf Abgeltung dieser Arbeitszeit, wenn die Arbeitsleistung durch Umstände, die in der Sphäre des Dienstgebers lägen, unterblieben sei oder das Beschäftigungsausmaß etwa als Reaktion auf Krankenstände unterschritten worden wäre.

### IV Die dem Obersten Gerichtshof vorgelegten Rechtsmittel: römisch IV Die dem Obersten Gerichtshof vorgelegten Rechtsmittel:

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

### **Rechtliche Beurteilung**

V Die amtswegige Einholung einer Vorabentscheidung fußt auf folgenden Überlegungen römisch fünf Die amtswegige Einholung einer Vorabentscheidung fußt auf folgenden Überlegungen.

A Allgemeine innerstaatliche Rechtslage.

A. 1. Zur Frage der Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit und zur Unzulässigkeit von "Kettendienstverträgen". Für Arbeitnehmer mit "Normalarbeitszeit" wird durch das Arbeitszeitgesetz nicht nur deren Ausmaß von grundsätzlich 40 Stunden pro Woche und 8 Stunden pro Tag festgelegt (§ 3 Arbeitszeitgesetz, im Folgenden AZG), sondern es werden auch umfangreiche Regelungen über verschiedene Möglichkeiten von anderen Verteilungen der Normalarbeitszeit getroffen (§§ 4 ff AZG). Eine erhöhte Flexibilität ist hier häufig primär nur durch kollektivrechtliche Vereinbarungen (Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung) möglich. A. 1. Zur Frage der Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit und zur Unzulässigkeit von "Kettendienstverträgen". Für Arbeitnehmer mit "Normalarbeitszeit" wird durch das Arbeitszeitgesetz nicht nur deren Ausmaß von grundsätzlich 40 Stunden pro Woche und 8 Stunden pro Tag festgelegt (Paragraph 3, Arbeitszeitgesetz, im Folgenden AZG), sondern es werden auch umfangreiche Regelungen über verschiedene Möglichkeiten von anderen Verteilungen der Normalarbeitszeit getroffen (Paragraphen 4, ff AZG). Eine erhöhte Flexibilität ist hier häufig primär nur durch kollektivrechtliche Vereinbarungen (Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung) möglich.

Über die tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen sind nach § 6 AZG Überstunden, zu denen Arbeitnehmer nur dann herangezogen werden dürfen, wenn sie nach den Bestimmungen des AZG zugelassen sind und berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers der Überstundenarbeit nicht entgegenstehen. In § 10 AZG wird festgelegt, dass für Überstunden ein Zuschlag von 50 % gebührt. Damit sollen Mehrbelastungen der Arbeitnehmer (Einschränkung der Freizeit etc) abgegolten und die Arbeitgeber von der Anordnung solcher Überstunden abgehalten werden. Im Zusammenhang mit der Gleitzeit, bei der der Arbeitnehmer in bestimmten Umfang seine Arbeitszeit selbst festlegen kann, ist angeordnet, dass jene Zeitguthaben des Arbeitnehmers, die nicht in die nächste Gleitzeitperiode übertragen werden können - unabhängig vom Überschreiten der Normalarbeitszeit - auch als Überstunden gelten. § 19e AZG sieht im Bereich der Vollzeitbeschäftigte dann, wenn bei Beendigung ein Zeitguthaben vorhanden ist (dies muss nicht aus Überstunden stammen), einen 50 % Zuschlag zur Abgeltung dieses Zeitguthabens vor, außer, der Arbeitnehmer hat von sich aus das Arbeitsverhältnis durch unberechtigten vorzeitigen Austritt gelöst. § 19f AZG enthält umfangreiche Bestimmungen, über die Möglichkeiten des Abbaus von Zeitausgleichsguthaben bei Vollzeitbeschäftigte (Normalarbeitszeit und allfällige Überstunden). Insgesamt sollen also durch "Überstunden" nur kurzfristig anfallende - nicht einplanbare - abgedeckt werden. Über die tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen sind nach Paragraph 6, AZG Überstunden, zu denen Arbeitnehmer nur dann herangezogen werden dürfen, wenn sie nach den Bestimmungen des AZG zugelassen sind und berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers der Überstundenarbeit nicht entgegenstehen. In Paragraph 10, AZG wird festgelegt, dass für Überstunden ein Zuschlag von 50 % gebührt. Damit sollen Mehrbelastungen der Arbeitnehmer (Einschränkung der Freizeit etc) abgegolten und die Arbeitgeber von der Anordnung solcher Überstunden abgehalten werden. Im Zusammenhang mit der Gleitzeit, bei der der Arbeitnehmer in bestimmten Umfang seine Arbeitszeit selbst festlegen kann, ist angeordnet, dass jene Zeitguthaben des Arbeitnehmers, die nicht in die nächste Gleitzeitperiode übertragen werden können - unabhängig vom Überschreiten der Normalarbeitszeit - auch als Überstunden gelten. Paragraph 19 e, AZG sieht im Bereich der Vollzeitbeschäftigte dann, wenn bei Beendigung ein Zeitguthaben vorhanden ist (dies muss nicht aus Überstunden stammen), einen 50 % Zuschlag zur Abgeltung dieses Zeitguthabens vor, außer, der Arbeitnehmer hat von sich aus das Arbeitsverhältnis durch unberechtigten vorzeitigen Austritt gelöst. Paragraph 19 f, AZG enthält umfangreiche Bestimmungen, über die Möglichkeiten des Abbaus von Zeitausgleichsguthaben bei Vollzeitbeschäftigte (Normalarbeitszeit und allfällige Überstunden). Insgesamt sollen also durch "Überstunden" nur kurzfristig anfallende - nicht einplanbare - abgedeckt werden.

Für die Arbeitszeit insgesamt, also Normalarbeitszeit plus Überstunden bestehen absolute Höchstgrenzen, die nicht überschritten werden dürfen.

Das AZG sieht dann noch unter der Überschrift "Vertragsrechtliche Bestimmungen" ( §§ 19b bis 19g AZG) in § 19c für die Lage der Normalarbeitszeit vor, dass diese und ihre Änderung zu vereinbaren ist, soweit sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt wird. Diese Lage der Normalarbeitszeit kann vom Arbeitgeber nur geändert werden, wenn

"1 dies aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen sachlich gerechtfertigt ist,

2. dem Arbeitnehmer die Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im voraus mitgeteilt wird,

3. berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers dieser Einteilung nicht entgegenstehen und

4. keine Vereinbarung entgegensteht..... " Dass vorweg jedenfalls die Lage der Arbeitszeit festzulegen ist, soll auch helfen etwaige Entgeltfortzahlungsansprüche wegen Dienstverhinderungen (Arztbesuche etc) beurteilen zu können. Für das konkrete Ausmaß und die Lage von Teilzeitarbeit findet sich im AZG keine - sei es auch nur subsidiär geltenden - gesetzliche Regelung. § 19d AZG bestimmt für die Teilzeitarbeit Folgendes:4. keine Vereinbarung entgegensteht..... " Dass vorweg jedenfalls die Lage der Arbeitszeit festzulegen ist, soll auch helfen etwaige Entgeltfortzahlungsansprüche wegen Dienstverhinderungen (Arztbesuche etc) beurteilen zu können. Für das konkrete Ausmaß und die Lage von Teilzeitarbeit findet sich im AZG keine - sei es auch nur subsidiär geltenden - gesetzliche Regelung. Paragraph 19 d, AZG bestimmt für die Teilzeitarbeit Folgendes:

"(1) Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die vereinbarte Wochenarbeitszeit die gesetzliche Normalarbeitszeit oder eine durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte kürzere Normalarbeitszeit im Durchschnitt unterschreitet.

(2) Ausmaß und Lage der Arbeitszeit und ihre Änderung sind zu vereinbaren, sofern sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt werden. § 19c Abs. 2 und 3 sind anzuwenden.(2) Ausmaß und Lage der Arbeitszeit und ihre Änderung sind zu vereinbaren, sofern sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt werden. Paragraph 19 c, Absatz 2 und 3 sind anzuwenden.

(3) Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer sind zur Arbeitsleistung über

das vereinbarte Arbeitszeitausmaß (Mehrarbeit) nur insoweit

verpflichtet, als

1. gesetzliche Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung

oder der Arbeitsvertrag dies vorsehen,

2. ein erhöhter Arbeitsbedarf vorliegt oder die Mehrarbeit zur

Vornahme von Vor- und Abschlußarbeiten (§ 8) erforderlich ist, und

3. berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers der

Mehrarbeit nicht entgegenstehen. ...."

(6) Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer dürfen wegen der Teilzeitarbeit

gegenüber vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern nicht benachteiligt

werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine

unterschiedliche Behandlung..... Im Streitfall hat der Arbeitgeber

zu beweisen, daß eine Benachteiligung nicht wegen der Teilzeitarbeit

erfolgt....."

Zufolge § 19g AZG sind sämtliche in diesem Abschnitt dem Arbeitnehmer eingeräumten Rechte zwingend.Zufolge Paragraph 19 g, AZG sind sämtliche in diesem Abschnitt dem Arbeitnehmer eingeräumten Rechte zwingend.

Der Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs legt die Normalarbeitszeit mit 38,5 Stunden pro Woche

fest und enthält für diese Normalarbeitszeit auch Regelungen über die Durchrechnung über längere Zeiträume. Die Gehaltsordnung knüpft an die Normalarbeitszeit an und enthält für Teilzeitbeschäftigte die Regelung, dass diesen ein aliquotes Gehalt gebührt. Für die Sonderzahlungen (Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld) ist bei den Teilzeitbeschäftigten auf den Durchschnitt der letzten 13 Wochen abzustellen.

Die Regelungen der §§ 19c und 19d AZG für Teilzeitbeschäftigte können dahin zusammengefasst werden: Sie gebieten jedenfalls eine Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Nach § 19c Abs 2 Z 4 AZG ist dann, wenn sich der Arbeitgeber eine Änderung der Lage der Arbeitszeit vorbehalten will, eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich. 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 § 19d Abs 3 AZG. Die Möglichkeit eines Vorbehalts hinsichtlich einer Verringerung der Teilzeitarbeit ist nicht vorgesehen. Die Regelungen der Paragraphen 19 c und 19d AZG für Teilzeitbeschäftigte können dahin zusammengefasst werden: Sie gebieten jedenfalls eine Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Nach Paragraph 19 c, Absatz 2, Ziffer 4, AZG ist dann, wenn sich der Arbeitgeber eine Änderung der Lage der Arbeitszeit vorbehalten will, eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich. 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 d, 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. 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.

A.2. Zur Frage der Rechtswidrigkeit der hier vereinbarten "Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf-Konsensprinzip" 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. 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 entlohen 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, Beschäftigungsangebote nach seinem eigenen Bedarf abzulehnen. Er befindet sich nach der dazu gewählten Vertragsklausel über die Beschäftigung nach dem Bedarf-"Konsensprinzip" in einer Art dauerndem Verhandlungszustand über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Zu dem durch die vorliegende Vertragskonstruktion geschaffenen dauernden Verhandlungszustand hat der erkennende Senat darauf hingewiesen, dass es von der arbeitsrechtlichen Lehre als dem Arbeitsrecht zugrundeliegend und geradezu typisch für die Verhandlungssituation des potenziellen Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber angesehen wird, dass dem Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung wenig Einflussmöglichkeiten zukommen und daher das Arbeitsrecht regelmäßig mit zwingenden oder einseitig zwingenden Regelungen an das tatsächliche Vorliegen Umständen anknüpft. Es ist daher eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gem § 19c und 19d AZG zwingend (vgl § 19g AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, 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. 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. 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.A.2. Zur Frage der Rechtswidrigkeit der hier vereinbarten "Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf-Konsensprinzip" Bereits 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. 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 entlohen 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, Beschäftigungsangebote nach seinem eigenen Bedarf abzulehnen. Er befindet sich nach der dazu gewählten Vertragsklausel über die Beschäftigung nach dem Bedarf-"Konsensprinzip" in einer Art dauerndem Verhandlungszustand über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Zu dem durch die vorliegende Vertragskonstruktion geschaffenen dauernden Verhandlungszustand hat der erkennende Senat darauf hingewiesen, dass es von der arbeitsrechtlichen Lehre als dem Arbeitsrecht zugrundeliegend und geradezu typisch für die Verhandlungssituation des potenziellen Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber angesehen wird, dass dem Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung wenig Einflussmöglichkeiten zukommen und daher das Arbeitsrecht regelmäßig mit zwingenden oder einseitig zwingenden Regelungen an das tatsächliche Vorliegen Umständen anknüpft. Es ist daher eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gem Paragraph 19 c und 19d AZG zwingend vergleichbare Paragraph 19 g, AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen insoweit unwirksam, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassenen Angebot 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. 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. 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.

Auch sind auf Arbeitgeberseite keine billigenwerten sachlichen Gründe für eine solche Vertragsklausel ersichtlich, da es ja durchaus 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.

B Innerstaatliche Beurteilung der konkreten Ansprüche B.1. Zum Zustandekommen des Arbeitsvertrages:

Es sind nun zwei Fragen zu unterscheiden, und zwar einerseits die Frage, ob Vertrag als solches nach den für den Typus eines Arbeitsvertrages aufgestellten Regeln zu behandeln ist und andererseits die Frage, wie sich die Nichtigkeit der Vereinbarung über die Beschäftigung nach dem Bedarf-"Konsensprinzip" auf den Bestand des Restvertrages auswirkt.

B.1.1. Zur Frage der Einordnung des Vertragstypus.

Nach § 1151 Abs 1 ABGB entsteht ein Arbeitsvertrag, "wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet". Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich von anderen Vertragstypen vor allem durch die persönliche Arbeit, die Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle auswirkt; dabei müssen die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht alle gemeinsam

vorliegen, sondern nur insgesamt überwiegen. Nach Paragraph 1151, Absatz eins, ABGB entsteht ein Arbeitsvertrag, "wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet". Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich von anderen Vertragstypen vor allem durch die persönliche Arbeit, die Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle auswirkt; dabei müssen die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht alle gemeinsam vorliegen, sondern nur insgesamt überwiegen.

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. 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 - qualifiziert werden, ist 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. 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. 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 - qualifiziert werden, ist 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.

#### B.1.2. Bestand des Restvertrages

Der Umfang der Nichtigkeit bestimmt sich nun grundsätzlich nach der Trennbarkeit der verschiedenen Regelungen und danach, inwieweit die Nichtigkeit zur Erfüllung der Ziele der Vorschriften erforderlich ist. Entscheidend ist also insoweit nicht der Wille der Parteien, sondern der Schutzzweck der Verbotsnorm.

Nach dem Normzweck ist von einer Teilnichtigkeit der Bestimmungen 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.

Es ist daher hier bereits der schriftliche Rahmendienstvertrag, als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, ohne dass es der Feststellungen über den "gelebten Vertrag" 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 - und der Unzulässigkeit von befristeten Kettendienstverträgen, die 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).

#### B.2. Zu den Folgen der Unwirksamkeit der Vertragsklausel über das Ausmaß der Arbeitszeit.

Geht man davon aus, dass § 19d Abs 2 AZG verhindern soll, dass das wirtschaftliche Risiko bei schwankender Teilzeitarbeit vom Arbeitgeber in Richtung Arbeitnehmer verschoben werden kann, könnte man auch das Risiko des Nachweises einer gesetzmäßigen Vereinbarung dem Arbeitgeber aufbürden. Denkbar wäre, dass ein Arbeitnehmer ein Arbeitszeitausmaß (genauer: das Entgelt dafür) verlangen kann, das der nach der geübten Praxis höchstmöglichen Arbeitszeit entspricht; solches fordert die Klägerin. Erwogen werden könnte auch, ob an die Stelle der teilnichtigen Teilzeitregelung die gesetzliche oder kollektivvertragliche Normalarbeitszeit treten soll. Gerade dieses Ergebnis

widersprüche aber in den meisten Fällen - da ja eine flexible Teilzeitarbeit und gerade keine "starre" Vollzeitarbeit gewollt ist - den Interessen beider Parteien. Im Ergebnis ist auf die Regelung in den § 6 AngG und § 1153 ABGB zu verweisen sein, die gerade für den Fall der mangelnden Vereinbarung festlegen, dass die nach "Art und Umfang" den Umständen angemessenen Dienste zu leisten sind. Geht man davon aus, dass Paragraph 19 d, Absatz 2, AZG verhindern soll, dass das wirtschaftliche Risiko bei schwankender Teilzeitarbeit vom Arbeitgeber in Richtung Arbeitnehmer verschoben werden kann, könnte man auch das Risiko des Nachweises einer gesetzmäßigen Vereinbarung dem Arbeitgeber aufbürden. Denkbar wäre, dass ein Arbeitnehmer ein Arbeitszeitmaß (genauer: das Entgelt dafür) verlangen kann, das der nach der geübten Praxis höchstmöglichen Arbeitszeit entspricht; solches fordert die Klägerin. Erwogen werden könnte auch, ob an die Stelle der teilnichtigen Teilzeitregelung die gesetzliche oder kollektivvertragliche Normalarbeitszeit treten soll. Gerade dieses Ergebnis widersprüche aber in den meisten Fällen - da ja eine flexible Teilzeitarbeit und gerade keine "starre" Vollzeitarbeit gewollt ist - den Interessen beider Parteien. Im Ergebnis ist auf die Regelung in den Paragraph 6, AngG und Paragraph 1153, ABGB zu verweisen sein, 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 Arbeitszeitgesetz 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. 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. Da der Arbeitnehmer auch nicht mit einer von ihm nicht gewollten Erhöhung des Arbeitszeitmaßes konfrontiert werden soll, ist zu betonen, dass die Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit ja nur insoweit auszunehmen 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 ja dann die Arbeitsleistung aus dem Arbeitgeber zurechenbaren Gründen unterblieben (vgl § 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 Beschäftigungsmaß entsprechenden Entlohnung rechnen kann. 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 Arbeitgebers richtet und infolge dessen mit keinem regelmäßigen fixen Einkommen zu rechnen ist, aber eine durchschnittliche Beschäftigungsmöglichkeit (hier etwa drei Tage in der Woche sowie zwei Samstage im Monat) in Aussicht gestellt wurde. B.3. Zu den Folgen der Unwirksamkeit der Vertragsklausel über die Lage der Arbeitszeit 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, Arbeitszeitgesetz 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. 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. Da der Arbeitnehmer auch nicht mit einer von ihm nicht gewollten Erhöhung des Arbeitszeitausmaßes konfrontiert werden soll, ist zu betonen, dass die Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit ja nur insoweit auszunehmen 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 ja 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 Beschäftigungsmaß entsprechenden Entlohnung rechnen kann. 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 Arbeitgebers richtet und infolge dessen mit keinem regelmäßigen fixen Einkommen zu rechnen ist, aber eine durchschnittliche Beschäftigungsmöglichkeit (hier etwa drei Tage in der Woche sowie zwei Samstage im Monat) in Aussicht gestellt wurde. B.3. Zu den Folgen der Unwirksamkeit der Vertragsklausel über die Lage der Arbeitszeit

Ein Arbeitnehmer wird regelmäßig davon ausgehen können, dass dann, wenn gesetzlich auch eine einzelvertragliche Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit geboten ist, ihm der redliche Arbeitgeber spätestens mit dem Beginn der Erbringung der Arbeitsleistungen eine solche Vereinbarung anbietet. Der Arbeitnehmer wird dann die erste Festlegung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber regelmäßig als ein Anbot in diesem Sinne verstehen können. Dem steht hier zwar die ausdrückliche negative Vereinbarung entgegen. Diese ist aber im oben dargestellten Umfang teilunwirksam.

#### B.4. Weitere entgelmäßige Konsequenzen

Eine zulässige - den Gesetzeszweck des § 19d iVm 19c AZG nicht umgehende - Vereinbarung über eine Änderung der Arbeitszeit ist nicht erfolgt. Die späteren "Anbote" für eine Änderung der Arbeitszeit sind daher im Ergebnis als - rechtswidrige - Anordnungen zur Änderung der Lage der Arbeitszeit anzusehen. Eine zulässige - den Gesetzeszweck des Paragraph 19 d, in Verbindung mit 19c AZG nicht umgehende - Vereinbarung über eine Änderung der Arbeitszeit ist nicht erfolgt. Die späteren "Anbote" für eine Änderung der Arbeitszeit sind daher im Ergebnis als - rechtswidrige - Anordnungen zur Änderung der Lage der Arbeitszeit anzusehen.

Der Arbeitgeber, der sich nun aufgrund einer verpönten vertraglichen Vereinbarung die Möglichkeit zu einer solchen Anordnung schafft, nimmt dann, wenn der Arbeitnehmer dieser Anordnung Folge leistet damit "Dienste" entgegen, die insoweit durch das vereinbarte Entgelt nicht als abgegolten anzusehen sind. Der vereinbarte Zeitlohn erfasst nicht Vorteile des Arbeitgebers, die dieser im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Vertragsgestaltung aus einer besseren Verfügbarkeit des Arbeitnehmers zieht und die dadurch für den Arbeitnehmer bewirkten Beeinträchtigungen. Der Arbeitnehmer, der solchen rechtswidrigen Anweisungen Folge leistet kann daher dafür ein angemessenes Entgelt im Sinne des § 1152 ABGB fordern. Die wesentlichen Parameter lassen sich auch aus der Regelung des § 19d Abs 2 iVm§ 19c Abs 2 AZG gewinnen. Es ist das Verhältnis der potenziellen Einsatzzeit zur Arbeitszeit, die Dauer der jeweiligen Einsatzzeit sowie die Dauer der Vorankündigungszeit angemessen zu berücksichtigen. Am ehesten erscheint es angemessen dem Arbeitnehmer einen gewissen Zuschlag in Höhe eines Prozentsatzes des im Unternehmen üblichen Stundenlohns zuzuerkennen; bei ganz kurzen Einsatzzeiten mit ganz geringer Vorankündigungszeit, wäre dieser entsprechend hoch zu bemessen; bei der Vorankündigungszeit kann § 19c Abs 2 Z 2 AZG - zweiwöchentliche Vorankündigungszeiten - als Anhaltspunkt dafür dienen, dass Unterschreitungen dieser Zeit jedenfalls finanziell

abzugelten sind. Der Arbeitgeber, der sich nun aufgrund einer verpönten vertraglichen Vereinbarung die Möglichkeit zu einer solchen Anordnung schafft, nimmt dann, wenn der Arbeitnehmer dieser Anordnung Folge leistet damit "Dienste" entgegen, die insoweit durch das vereinbarte Entgelt nicht als abgegolten anzusehen sind. Der vereinbarte Zeitlohn erfasst nicht Vorteile des Arbeitgebers, die dieser im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Vertragsgestaltung aus einer besseren Verfügbarkeit des Arbeitnehmers zieht und die dadurch für den Arbeitnehmer bewirkten Beeinträchtigungen. Der Arbeitnehmer, der solchen rechtswidrigen Anweisungen Folge leistet kann daher dafür ein angemessenes Entgelt im Sinne des Paragraph 1152, ABGB fordern. Die wesentlichen Parameter lassen sich auch aus der Regelung des Paragraph 19 d, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 19 c, Absatz 2, AZG gewinnen. Es ist das Verhältnis der potenziellen Einsatzzeit zur Arbeitszeit, die Dauer der jeweiligen Einsatzzeit sowie die Dauer der Vorankündigungszeit angemessen zu berücksichtigen. Am ehesten erscheint es angemessen dem Arbeitnehmer einen gewissen Zuschlag in Höhe eines Prozentsatzes des im Unternehmen üblichen Stundenlohns zuzuerkennen; bei ganz kurzen Einsatzzeiten mit ganz geringer Vorankündigungszeit, wäre dieser entsprechend hoch zu bemessen; bei der Vorankündigungszeit kann Paragraph 19 c, Absatz 2, Ziffer 2, AZG - zweiwöchentliche Vorankündigungszeiten - als Anhaltspunkt dafür dienen, dass Unterschreitungen dieser Zeit jedenfalls finanziell abzugelten sind.

#### B.5. Zusammenfassung

Im Unterschied zu Vollzeitbeschäftigen (Normalarbeitszeit) ist das Ausmaß der Arbeitszeit nur bestimmbar und nicht durch Gesetz oder Kollektivvertrag festgelegt. Auch bei der Frage der Lage der Arbeitszeit kann bei einem Vollzeitbeschäftigen zumindest davon ausgegangen werden, dass sich die Arbeitszeit insoweit regelmäßig verteilt, als sie an jedem Tag höchsten ein Fünftel der gesamten Wochenarbeitszeit, also 8 Stunden beträgt und häufig auch kollektivrechtlich geregelt wird. Bei Teilzeitbeschäftigten wird dies nicht in gleicher Form gewährleistet. Mehrarbeitsleistungen, die über die Normalarbeitszeit hinausgehen, oder sonst der Vereinbarung nicht entsprechen (keine Übertragung von Gleitzeitguthaben; kein Verbrauch des Zeitausgleichs) werden bei Vollzeitbeschäftigen mit einem fixen Überstundenzuschlag von 50 % abgegolten. Bei Teilzeitbeschäftigten ist dies im allgemeinen nicht vorgesehen. Die durch die rechtswidrige Vereinbarung und Anordnung über die Arbeitszeit herbeigeführten Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers und die daraus erzielten Vorteile des Arbeitgebers können nur durch einen im Einzelfall zu bestimmenden Zuschlag abgegolten werden. Weitere entgelmäßige Konsequenzen könnten sich aus der von der Klägerin geltend gemachten Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten ergeben.

#### B. 6. Die innerstaatliche Rechtslage zu Gleichbehandlungsfragen in ihren wesentlichen Grundzügen:

Die Klägerin stützt sich aber auch darauf, dass die vorliegende Arbeitszeitgestaltung eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstelle. Nach den vorliegenden Statistiken sind über 90 % aller Teilzeitbeschäftigen Frauen, während ihr Anteil bei Vollzeitbeschäftigen etwa bei 40 % liegt. Dass die Verhältnisse im Betrieb der Beklagten davon wesentlich abweichen würden, hat die Beklagte nicht vorgebracht. Der Oberste Gerichtshof geht daher davon aus, dass nicht nur im allgemeinen, sondern auch im Betrieb der Beklagten der Anteil der Frauen an den Teilzeitbeschäftigten wesentlich über dem Frauenanteil bei den Vollzeitbeschäftigen liegt. Nach § 2 Abs 1 des Gleichbehandlungsgesetzes ist jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes verboten, und insbesondere unter anderem bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses (Z 1), bei der Festsetzung des Entgeltes (Z 2) und den sonstigen Arbeitsbedingungen (Z 6). Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Festsetzung des Entgeltes bewirken, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Bezahlung der Differenz hat (vgl § 2a Abs 2 Gleichbehandlungsgesetz). Was nun den sonstigen Arbeitsbedingungen zuzurechnen oder als Entgelt im Sinn des § 2 Abs 1 Z 2 Gleichbehandlungsgesetz zu behandeln ist und welche Folgen als angemessener Ausgleich anzusehen sind (vgl auch § 2a Abs 6 Gleichbehandlungsgesetz), ist im Sinne der richtlinienkonformen Interpretation unter Bedachtnahme auf die einschlägigen EG-Richtlinien zu beurteilen (vgl OGH 25. 6. 2001, 8 ObA 7/01i mWN = insb EuGH 7. 12. 1995, Rs C-472/93, Spano, Slg 1995 I/4321). Weiters ist auch auf die unmittelbare Wirksamkeit des Art 141 EG Bedacht zu nehmen (vgl etwa EuGH 17. 5. 1990 Rs C-262/88 Barber, Slg 1990, I-1889). Die Klägerin stützt sich aber auch darauf, dass die vorliegende Arbeitszeitgestaltung eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstelle. Nach den vorliegenden Statistiken sind über 90 % aller Teilzeitbeschäftigen Frauen, während ihr Anteil bei Vollzeitbeschäftigen etwa bei 40 % liegt. Dass die Verhältnisse im Betrieb de

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)