jusline®
»» Recht. Schnell

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

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

I.) Der Antrag der klagenden Partei, die Rechtssache dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung vorzulegen, wird zurückgewiesen.römisch eins.) Der Antrag der klagenden Partei, die Rechtssache dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung vorzulegen, wird zurückgewiesen.

II.) Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften über das mit Beschluss vom heutige Tage in dieser Rechtssache amtswegig eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren im Sinne des § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.römisch II.) Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften über das mit Beschluss vom heutige Tage in dieser Rechtssache amtswegig eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren im Sinne des Paragraph 90 a, Absatz eins, GOG ausgesetzt.

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. 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.

Feststellungen über den konkreten Ablauf des Dienstverhältnisses wurden vom Erstgericht aus rechtlichen Gründen bewusst nicht getroffen.

II Zum Vorbringen der Parteienrömisch II Zum Vorbringen der Parteien:

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 Arbeitseinsatz storniert oder angeordnet.

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 d 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 d 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.

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, verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück und ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu.

In seiner Entscheidung kam das Berufungsgericht zum Ergebnis, dass der hier zu beurteilende "Rahmendienstvertrag" keinesfalls die Voraussetzungen eines "echten" Dienstvertrages erfülle. Aufgrund dieses Rahmenvertrages sei nämlich der Arbeitnehmer in keiner Weise zur Arbeitsleistung verpflichtet. 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, doch liege - ausgehend von der zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung - wohl eine sachliche Rechtfertigung der Mehrfachbefristungen vor. Wenn man den Rahmenvertrag untersuche, komme man zum Ergebnis, dass der "Arbeitnehmer" im vorliegenden Fall in keiner Weise zu irgendeiner Arbeitsbereitschaft verpflichtet sei. Die Tatsache, dass der Abschluss eines neuen "Arbeitseinsatzes" ein entsprechendes Anbot des Arbeitgebers voraussetze, könne noch nicht als Überwälzung des unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer angesehen werden. Die Argumente, die für die Unzulässigkeit der vorliegenden Vereinbarung herangezogen würden, kämen im Wesentlichen erst dann zum tragen, wenn die "Vertragswirklichkeit" von der vorliegenden (schriftlichen) Rahmendienstvertragsvereinbarung abweiche. Es sei auch hier zu prüfen, ob es zu einer "Verdichtung" der einzelnen Dienstleistungen derart gekommen sei, dass von einem einheitlichen, durchgehenden Rechtsverhältnis im Sinne eines Arbeitsverhältnisses gesprochen werden könne. Dann, 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. Ein Anspruch könne sich auch daraus ergeben, dass die Klägerin in einem längerem Beschäftigungszeitraum - es empfehle sich diesbezüglich eine Ein-Jahres-Betrachtung - ein gewisses durchschnittliches Beschäftigungsausmaß aufweise, das (wie sie vorbrachte) in der Folge lediglich als Reaktion auf Krankenstände und/oder die Ablehnung von Einsätzen deutlich unterschritten worden sei.

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

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

Die Klägerin beantragt, den angefochtenen Beschluss im voll klagsstattgebenden Sinn abzuändern, hilfsweise die Entscheidung zur Ergänzung der Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; überdies beantragt sie, die Rechtssache dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen. Die beklagte Partei beantragt die Entscheidung im Sinne der Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung (Klagsabweisung) abzuändern.

Rechtliche Beurteilung

Beide Teile beantragen, dem Rekurs der Gegenseite nicht Folge zu geben.<Der Antrag der Klägerin auf Einholung einer Vorabentscheidung ist zurückzuweisen, weil nach einhelliger Ansicht ein Antragsrecht der Parteien nicht besteht vgl RIS-Justiz RS0058452 mwN = etwa SZ 68/89, SZ 69/5, SZ 69/274, SZ 70/171 uva).<Im Übrigen sind die Rekurse mangels oberstgerichtlicher Rechtsprechung zur "Arbeit auf Bedarf", insbesondere im Hinblick auf die §§ 19c und d AZG zulässig,<V 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 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. Über die tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen sind nach § 6 Arbeitszeitgesetz Überstunden, zu denen Arbeitnehmer nur dann herangezogen werden dürfen, wenn diese nach den Bestimmungen des AZG zugelassen ist 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 des Arbeitnehmers (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 Vollzeitbeschäftigten 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. § 19 f Arbeitszeitgesetz enthält umfangreiche Bestimmungen, über die Möglichkeiten des Abbaus von Zeitausgleichsguthaben bei Vollzeitbeschäftigten (Normalarbeitszeit und allfällige Überstunden). Insgesamt sollen also durch "Überstunden" nur kurzfristig anfallende - nicht einplanbare - Arbeitsspitzen 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 des Arbeitszeitgesetzes) in § 19c für die Lage der Normalarbeitszeit folgendes vor.<"(1) Die Lage der Normalarbeitszeit und ihre Änderung ist zu vereinbaren, soweit sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt wird.<(2) Abweichend von Abs 1 kann die Lage der Normalarbeitszeit vom Arbeitgeber 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 vorhinein mitgeteilt wird,<3. berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers dieser Einteilung nicht entgegenstehen und<4. keine Vereinbarung entgegensteht ....."<Die Bedeutung der Anordnung, dass vorweg jedenfalls die Lage der Arbeitszeit festzulegen ist, zeigt sich im Übrigen etwa aus der Bestimmung des § 4b Abs 2 Z 4 AZG. Nach dieser ist es selbst bei Gleitzeitvereinbarungen, die in einem bestimmten Rahmen die Festlegung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer selbst ermöglichen, erforderlich, die Lage einer "fiktiven Normalarbeitszeit" festzulegen, um etwa Entgeltfortzahlungsansprüche beurteilen zu können (vgl Grillberger Arbeitszeitgesetz, 55; Klein in Cerny/Klein/Schwarz , Arbeitszeitgesetz, 137; vgl zu den Ansprüchen im Zusammenhang mit Feiertagen auch Schrank Arbeitszeit- und Ruhezeitausgleich im neuen Arbeitszeitrecht in FS Tomandl, 351 f).<Für das Ausmaß und die Lage von Teilzeitarbeit findet sich im Arbeitzeitgesetz keine - sei es auch nur subsidiär geltende - Regelung. § 19d der Arbeitszeitgesetzes 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.<(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.<(4) Sofern in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsverträgen Ansprüche nach dem Ausmaß der Arbeitszeit bemessen werden, ist bei Teilzeitbeschäftigten die regelmäßig geleistete Mehrarbeit zu berücksichtigen, dies insbesondere bei der Bemessung der Sonderzahlungen.<.....<(6) Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer dürfen wegen der Teilzeitarbeit gegenüber vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern nicht benachteiligt werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. Freiwillige Sozialleistungen sind zumindest in jenem Verhältnis zu gewähren, das dem Verhältnis der regelmäßig geleisteten Arbeitszeit zur gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Normalarbeitszeit entspricht. Im Streitfall hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass eine Benachteiligung nicht wegen der Teilzeitarbeit erfolgt.<(7) Durch Kollektivvertrag kann festgelegt werden, welcher Zeitraum für die Berechnung der regelmäßig geleisteten Mehrarbeit (Abs 4) und für die Berechnung der Sozialleistungen (Abs 6) heranzuziehen ist. ....."<Zufolge § 19g Arbeitszeitgesetz sind sämtliche in diesem Abschnitt dem Arbeitnehmer eingeräumten Rechte zwingend und können durch den Arbeitsvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden.<Der Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs legt die Normalarbeitszeit mit 38,5 Stunden pro Woche fest und enthält für diese Noramlarbeitszeit 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.<Aus den Gesetzesmaterialien zum Arbeitsrechtlichen Begleitgesetz BG BGBl 833/1992 (RV 735 BlgNR 18. GP, 17, 44), mit dem

die Bestimmung des § 19c (nunmehr § 19d) Arbeitszeitgesetz eingeführt wurde, ergibt sich, dass der Zweck der Novelle insgesamt darin liegen sollte, im Zusammenhang mit der Pensionsreform durch arbeitsrechtliche Begleitmaßnahmen die Gleichbehandlung der Frauen im Erwerbsleben zu erreichen und für die Teilzeitbeschäftigten eine Einschränkung des einseitigen Weisungsrechtes des Arbeitgeber zu bewirken.<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 § 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, Arbeitszeitgesetz2, 145 f ua). Die Zulässigkeit der Änderung ist dann an den weiteren Voraussetzungen des § 19c Abs 2 Arbeitszeitgesetz 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.<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).<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 Grund für die Befristung von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auszugehen ist (vgl etwa RIS-Justiz RS0110312 und RS0028393 mzwN etwa SZ 62/46).<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 (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 Arbeitszeit.<Von anderen Formen flexibler Teilzeitarbeit (dazu neuerdings 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 eins Durchschnittswertes.<Zu dem durch die vorliegende Vertragskonstruktion geschaffenen dauernden Verhandlungszustand hat der erkennende Senat erst jüngst - wenn auch in anderem Zusammenhang - 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 (vgl dazu OGH 9. 11. 2000, 8 ObS 204/00h = RdW 2001/463 = WBl 2001/118 mwN; vgl gerade im Zusammenhang mit dem Arbeitszeitrecht auch Cerny Probleme des Arbeitszeitrechts in FS Weißenberg, 257). Dem entspricht es auch, dass der Arbeitnehmer nach ständiger Judikatur des Obersten Gerichtshofes während des aufrechten Arbeitsverhältnisses nicht wirksam auf zwingende Ansprüche verzichten kann (vgl zur "Drucktheorie" OGH RIS-Justiz RS0029981 mwN etwa WBl 1992, 404 uva - auch zur Frage der Abgrenzung von Änderungsvereinbarungen). Mag die Annahme des Verhandlungsungleichgewichts auch im Einzelfall nicht zutreffen

- hier mögen in Ausnahmefällen dann Überlegungen zur Abgrenzung zum Rechtsmissbrauch angebracht sein -, so ist dies doch ein wesentlicher Anknüpfungspunkt.<Es ist daher eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gem § 19c und 19d Arbeitszeitgesetz zwingend (vgl § 19g AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen (Koziol - Welser, Bürgerliches Recht 12, Bd I, 164; Apathy in Schwimann2 § 879 Rz 37; Krejci in Rummel3 § 879 Rz 250 uva) 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 deswirtschaftlichen 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).<Auch sind auf Arbeitgeberseite keine billigenswerten sachlichen Gründe für eine solche Vertragsklausel ersichtlich, da es ja 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 ist zutreffend, dass auch bei "Teilzeitbeschäftigungen" die aus dem Arbeitsverhältnis ableitbaren Rechte nur dann zustehen, wenn ein Arbeitsvertrag vorliegt. Daher ist auch zu prüfen, ob der "Rahmendienstvertrag" als Arbeitsverhältnis im Sinne der arbeitsrechtlichen Regelungen anzusehen ist.<Dabei sind nun zwei Fragen zu unterscheiden, und zwar einerseits die Frage, ob der Vertrag als solcher 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 beiderseitigem 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 (vgl RIS-Justiz RS0021284, RS0021306, etwa zuletzt OGH DRdA 1999, 392 = RdW 1999, 673 mwN, insbesondere Arb 10.944, SZ 70/52 uva); dabei müssen die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht alle gemeinsam vorliegen, sondern können durchaus in unterschiedlicher Ausprägung gegeben sein, wenn sie 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. 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 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 (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.<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 (vgl Koziol - Welser, Bürgerliches Recht12, Bd I 164; Apathy in Schwimann2 § 879 Rz 37; Krejci in Rummel3 § 879 Rz 250 uva).<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 Ansicht des erkennenden Senats ist daher bereits der schriftliche Rahmendienstvertrag (- im Zusammenhang mit dem 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 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, die zur Annahmen 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<Fraglich ist, welche Konsequenz das Fehlen der vorgeschriebenen Vereinbarung über das zeitliche Ausmaß der Teilzeitarbeit hat. Der Gesetzgeber hat diese durchaus naheliegende Frage - anders als etwa der Gesetzgeber in der BRD - nicht geregelt.<Geht man davon aus, dass § 19d Abs 2 AZG verhindern soll, dass das wirtschaftliche Risiko bei schwankender Teilzeitarbeit vom Arbeitnehmer in Richtung Arbeitgeber verschoben werden kann, könnte man auch das Risiko des Nachweises einer gesetzmäßigen Vereinbarung dem Arbeitgeber aufbürden. Denkbar wäre daher die Auslegung, 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 noch, ob eine bloße Teilnichtigkeit der Teilzeitvereinbarung in Betracht kommen könnte. An die Stelle der fraglichen Teilzeitregelung würde dann die gesetzliche oder kollektivvertragliche Normalarbeitszeit treten. Gerade dieses Ergebnis widerspräche aber in den meisten Fällen - da ja eine flexible Teilzeitarbeit und gerade keine "starre" Vollzeitarbeit gewollt ist - den Interessen beider Parteien. Die Parteien würden dadurch in eine vertragliche Regelung gezwängt, die sie in dieser Form mit großer Wahrscheinlichkeit nicht abgeschlossen hätten (siehe B. Schwarz in Klein/B. Schwarz, Die Neuerungen im Arbeitszeitrecht 85 f).<Im Ergebnis ist auf die Regelung in den § 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.<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 Arbeitszeitgesetzes 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. 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 Durchrechnungsszeitraum (vgl auch bereits in § 4 Abs 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 damit 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 ja 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 seineTreuepflicht 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 Beschäftigungsausmaß entsprechenden Entlohnung rechnen kann. Erwartet doch auch derjenige, der an einer flexiblen Teilzeitarbeit interessiert ist und nur einen Zusatzverdienst anstrebt, 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 Dienstgebers 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 SamstageMonat) in Aussicht gestellt wurde.<B.3. Zu den Folgen der Unwirksamkeit der Vertragsklausel über die Lage der Arbeitszeit<Auch hier fehlt eine gesetzliche Regelung, welche Konsequenz das Fehlen der vorgeschriebenen Vereinbarung über die Lage der Teilzeitarbeit hat. Wie beim Fehlen der vorgeschriebenen Vereinbarung über das zeitliche Ausmaß der Teilzeitarbeit ist auch hier die Gültigkeit des Vertrages nicht in Zweifel zu ziehen und kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich lediglich um eine sanktionslose Ordnungsvorschrift handelt.<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 (vgl in diesem Sinne OGH 13. 6. 2002 8 ObA 116/02w).<Dem steht hier die ausdrückliche negative Vereinbarung entgegen. Diese ist aber oben dargestellten Umfangteilunwirksam. Als Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung kommen neben dem hypothetischen Parteiwillen die Übung des redlichen Verkehrs, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Verkehrsauffassung in Betracht, wobei unter diesen Aspekten keine feste Rangfolge besteht, sondern unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten die Lücke so zu schließen ist, wie es der Gesamtregelung des Vertrages gemessen an der Parteienabsicht am besten entspricht (vgl RIS-Justiz RS0017832 mzwN uva). Auch hier wird es mangels anderer Anhaltspunkte dem hypothetischen Parteiwillen redlicher, also auch gesetzestreuer Parteien am ehesten entsprechen, spätestens die erste Arbeitszeiteinteilung auch als Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit anzusehen. Stellen sich die Arbeitnehmer doch - mangels anderer Anhaltspunkte - auch typischerweise auf diese Lage der Arbeitszeit ein.<B.4. Weitere entgeltmäßige Konsequenzen<Eine zulässige - den Gesetzeszweck des § 19d iVm 19c Arbeitszeitgesetz nicht umgehende - Vereinbarung über eine Änderung der Arbeitszeit ist nicht erfolgt. Die späteren "Anbote" für eine Änderung der Arbeitszeit sind daher Ergebnis als - rechtswidrige - Anordnungen zur Änderung der Lage der Arbeitszeit anzusehen. Der Arbeitnehmer ist - ex ante - betrachtet nicht verpflichtet, dieser Anordnung Folge zu leisten.<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. Zwar erfasst der vereinbarte Zeitlohn schon Hinblick darauf, dass er ja grundsätzlich nicht einen konkreten Arbeitserfolg, sondern die Dauer der Verfügbarkeit des Arbeitnehmers für nach Anweisungen des Arbeitgebers zu verrichtende "Dienste" abgelten soll (vgl RIS-Justiz RS0021362 = ZAS 1988, 124 [Schnorr]) grundsätzlich auch durch rechtswidrige

Anweisungen erzielte Arbeitserfolge. Dies gilt aber nicht für Vorteile des Arbeitgebers, die dieser 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 - ex post - dafür ein angemessenes Entgelt Sinne des § 1152 ABGB fordern.<Die wesentlichen Parameter lassen sich auch aus der Regelung des § 19d Abs 2 iVm § 19c Abs 2 Arbeitszeitgesetz gewinnen. Es ist - nach Art eines beweglichen Systems - das Verhältnis der potenziellen Einsatzzeit (potenzielle Arbeitszeit) zur Arbeitszeit, die Dauer der jeweiligen Einsatzzeit sowie die Dauer der Vorankündigungszeit (siehe insbesondere Rebhahn, RdW 1989, 194 f) angemessen zu berücksichtigen ist. Am ehesten erscheint es angemessen, dem Arbeitnehmer einen gewissen - nach den obigen Kriterien gestaffelten - Zuschlag in Höhe eines Prozentsatzes des Unternehmen üblichen Stundenlohns zuzuerkennen; je länger die Vorankündigungszeit und die Dauer der jeweiligen Einsatzzeit desto geringer wäre dieser zu bemessen; bei ganz kurzen Einsatzzeiten mit ganz geringer Vorankündigungszeit, wäre dieser entsprechend hoch zu bemessen; bei der Vorankündigungszeit kann § 19c Abs 2 Z 2 AZG - zwei wöchentliche Vorankündigungszeiten - als Anhaltspunkt dafür dienen, dass Unterschreitungen dieser Zeit jedenfalls finanziell abzugelten sind.<B. 5. Zusammenfassung der Folgen einer rechtswidrigen Vertragsklausel über die mangelnde Festlegung von Lage und Ausmaß der Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigten und Vollzeitbeschäftigten.<Im Unterschied zu Vollzeitbeschäftigten (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 Vollzeitbeschäftigten zumindest davon ausgegangen werden, dass sich die Arbeitszeit insoweit regelmäßig verteilt, als sie an jedem Tag höchsten ein Fünftel der gesamten Wochenarbeitszeit, als 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 Vollzeitbeschäftigten mit einem fixen Überstundenzuschlag von 50 % abgegolten. Bei Teilzeitbeschäftigten ist dies im Allgemeinen nicht vorgesehen. Die durch rechtswidrige Vereinbarung und Anordnung über die Arbeitszeit herbeigeführte Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers und die daraus erzielten Vorteile des Arbeitgebers könnten durch einen im Einzelfall zu bestimmenden Zuschlag abgegolten werden.<Allfällige weitere entgeltmäßige Konsequenzen könnten sich aus der von der Klägerin geltend gemachten Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten ergeben. Dabei scheint insbesondere relevant, inwieweit unabhängig vom Ausmaß der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit und der dafür allenfalls gebührenden Zuschläge für die potenzielle Arbeitszeit - die Betriebszeit, in der der Arbeitgeber nach der Vereinbarung eine Lagerung der Arbeitszeit "anordnen" kann - ein angemessener Ausgleich etwa vergleichbar jenem für die Rufbereitschaft zuzuerkennen ist (vgl zur Abgeltung der Rufbereitschaft RIS-Justiz RS0021688, RS0027969 und RS0021696 = ZAS 1993/6 [Andexlinger] = Arb 11018 ua; vgl zu den dahingehenden Überlegungen in Deutschland, allerdings nur für den Fall dass der Tarifvertrag eine Abgeltung der Rufbereitschaft vorsieht, Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol TZA2, 405; zur Gleichsetzung der "einvernehmlichen" Festlegung der Arbeitszeit mit der kapazitätsorientierten Arbeitszeit derselbe aaO, 400).<Auch scheint prüfenswert, inwieweit nicht - mangels anderen Nachweises durch den Arbeitgeber hinsichtlich eines damals bestehenden besonderen erhöhten Arbeitsbedarfs - doch die höchste tatsächlich geleistete Wochenarbeitszeit als vereinbartes Arbeitsausmaß anzusehen ist.<B. 6. Die innerstaatliche Rechtslage zu Gleichbehandlungsfragen in ihren wesentlichen Grundzügen:<Die Klägerin stützt sich aber auch darauf, dass die vorliegende Arbeitzeitgestaltung eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstelle.<Nach den vorliegenden Statistiken sind über 90 % aller Teilzeitbeschäftigten Frauen, während ihr Anteil bei Vollzeitbeschäftigten 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 Vollzeitbeschäftigten 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 Arbeitbedingungen (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 RIS-Justiz RS0102121 ua, EuGH 7. 12. 1995, Rs C-472/93 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

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