

# TE OGH 1992/2/12 9ObA247/91

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.02.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith und Dr.Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Martin Meches und Hermann Wachtberger als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, Studentin und Stadthostess, \*\*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\*, Rechtsanwälte \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei Landeshauptstadt Graz, vertreten durch den Bürgermeister A\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, dieser vertreten durch \*\*\*\*\*, Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wegen 236.841 S sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 11.September 1991, GZ 8 Ra 127/90-16, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 4.Oktober 1990, GZ 32 Cga 38/90-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß sie zu lauten haben:

"Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin einen Betrag von 236.841 S brutto samt 4 % Zinsen seit 1.März 1990 zu zahlen sowie der Klägerin die mit 58.060,60 S bestimmten Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz (darin 5.200 S Barauslagen und 8.810,10 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der Klägerin die mit 10.200,60 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 1.700,10 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war seit 1.Oktober 1986 bei der beklagten Partei als Stadthostess beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde vom Arbeitgeber zum 31.August 1990 gekündigt.

Nach § 41 Abs 2 des Statuts der Landeshauptstadt Graz Stmk LGBl 130/1967 idF LGBl 72/1987 sind der Stadt zur Besorgung im eigenen Wirkungsbereich die behördlichen Aufgaben insbesondere in folgenden Angelegenheiten zugewiesen:

" ... 21. Örtliche Maßnahmen zur Förderung und Pflege des Fremdenverkehrs ..."

Der MA 15 der Stadt Graz (Amt für Fremdenverkehr) waren nach dem Geschäftsverteilungsplan unter anderem Fremdenverkehrsangelegenheiten, Werbung, Blumenschmuckwettbewerb, Prospekte, Bücher, Plakate und sonstige Werbegeschenke, Hostessen, Reisebüros, Verkehrsvereine, Journalisten und Reisebürogruppen, Publikationen, Stadtrundfahrten und Fremdenführungen zugewiesen. Per 1.September 1990 hat die G\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* Gesellschaft

mbH ihre Geschäfte aufgenommen und wurde das Amt für Fremdenverkehr in der MA 15 der Stadt Graz aufgelöst. Bis dahin wurden von der beklagten Partei unter Aufsicht des Fremdenverkehrsamtes durchschnittlich 24 Hostessen beschäftigt.

Mit den Hostessen wurden als Sonderverträge bezeichnete, auf ein Jahr befristete Dienstverträge abgeschlossen.

Im Dienstvertrag der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Februar 1989 bis 31. Jänner 1990 wurde unter anderem vereinbart:

" ...

3. Die Einberufung zur Dienstleistung erfolgt durch die Abteilung 15 - Amt für Fremdenverkehr - jeweils tageweise für einen bestimmten Zeitraum. An jedem Tag des Einsatzes während dieses Zeitraumes beträgt die Mindestarbeitsleistung 6 Stunden. Die Einsatzdauer in Graz ist zeitlich mit 24.00 Uhr begrenzt. Der Dienstnehmer verpflichtet sich, für den jeweils vorgesehenen Zeitraum auf Abruf zur Verfügung zu stehen.

4. Der Dienstnehmer wird als Hostess eingestellt. Der Dienstnehmer hat bei Kongressen, Tagungen, Empfängen und dergleichen über Weisung des Amtes für Fremdenverkehr insbesondere als Auskunftsperson, Dolmetscher, Empfangsdame sowie für Führungen und sonstige Hilfsdienste (wie zB Schreibarbeiten, Einkäufe etc) zur Verfügung zu stehen.

5. Für seine Dienstleistung (auch zur Nachtzeit) erhält der Dienstnehmer eine Entschädigung von 81 S brutto pro Stunde. Dazu kommt für Stadtführungen und Stadtrundfahrten ein Fremdsprachenzuschlag von 142 S brutto pro Führung.

6. Bei genereller Erhöhung der Bezüge des öffentlichen Bediensteten erhöht sich die Entschädigung mit deren Wirksamkeit um den Prozentsatz, um den sich das Gehalt der Dienstklasse V, Gehaltsstufe 2, ändert.

7. Bei Dienstreisen im Inland werden Reisegebühren nach der Reisegebührenvorschrift Landeshauptstadt Graz nach der ersten (niedrigsten) Gebührenstufe und bei Dienstreisen in das Ausland entsprechend der Bundesregelung nach der zweiten Gebührenstufe gewährt.

8. Der Dienstnehmer hat während seiner Dienstleistung die von der Stadtgemeinde Graz zur Verfügung gestellte Uniform zu tragen, wobei die Dienstkleidervorschrift, die der Stadtsenat in seiner Sitzung am 18.12.1987 ... novelliert und wiederverlautbart hat, sinngemäß Anwendung findet.

9. Auf dieses privatrechtliche Dienstverhältnis finden nur hinsichtlich der allgemeinen Dienstpflichten, Dienstverhinderung, Kündigung und Kündigungsfristen die Bestimmungen des Gesetzes über das Dienst- und Gehaltsrecht der Vertragsbediensteten der Landeshauptstadt Graz (Grazer Gemeindevertragsbedienstetengesetz) §§ 8, 12, 33 und 34 Anwendung.

Alle sonstigen Bestimmungen dieses Gesetzes finden auf dieses Dienstverhältnis keine Anwendung."

Mit der Klägerin wurden Dienstverträge für die Zeit vom 1. Oktober 1986 bis 15. Jänner 1987, vom 20. Jänner 1987 bis 19. Jänner 1988, vom 25. Jänner 1988 bis 24. Jänner 1989 und vom 1. Februar 1989 bis zum Zeitpunkt einer allfälligen Ausgliederung des Amtes für Fremdenverkehr aus der Stadt Graz, längstens jedoch bis einschließlich 31. Jänner 1990 abgeschlossen. Tatsächlich wurde die Klägerin auch in den Zeiträumen, die zwischen dem Endtermin des Dienstvertrages und dem Anfangstermin des nächsten Dienstvertrages lagen, teilweise ebenso beschäftigt wie in jenen Zeiträumen, die nach den schriftlichen Sonderverträgen vom Dienstverhältnis umfaßt waren.

Voraussetzung für den Abschluß eines derartigen Sondervertrages waren die Ablegung der Fremdenführerprüfung, die Kenntnis von Fremdsprachen, die Ablegung der Matura, eine gute Allgemeinbildung und ein entsprechendes Auftreten. Die Klägerin verfügte über diese Qualifikation.

Die Stadthostessen hatten die Aufgabe, bei Kongressen, Tagungen, Empfängen udgl. über Weisung des Amtes für Fremdenverkehr als Auskunftsperson, Dolmetscher, Empfangsdame, für Führungen und diverse Hilfsdienste, wie zB Schreibarbeiten, Einkäufe etc zur Verfügung zu stehen. Mit dem Ansteigen des Städtetourismus hatten sie überdies die Informationsstellen der Stadt Graz (derzeit 4) sowie eine weitere Informationsstelle am Flughafen Graz-Thalerhof zu besetzen. Einige Hostessen übernahmen die Organisation von Fremdenführerkursen; daran war die Klägerin nur insofern beteiligt, als sie bei Verhinderung der dafür eingesetzten Hostessen Hilfsdienste übernahm.

Die Stadthostessen wurden von Beamtinnen des Magistrates Graz, Abteilung 15, eingeteilt. Im Magistrat waren die einzelnen Hostessen und deren spezifische Fähigkeiten, insbesondere Sprachkenntnisse, in einer Liste erfaßt. Aufgrund dieser Liste wählte die Hostessen-Einsatzleiterin die passende Hostess für den jeweiligen Arbeitseinsatz aus. Die Einteilung der Hostessen zu bestimmten, bereits vorhersehbaren Veranstaltungen erfolgte im Einvernehmen. Hingegen wurden die Hostessen zu sich kurzfristig ergebenden Einsätzen telefonisch aufgefordert. Die Hostessen hatten keine Rufbereitschaft und waren daher nicht verpflichtet, zu bestimmten Zeiten zu Hause anwesend zu sein, um allfällige Telefonanrufe der einteilenden Beamtin der beklagten Partei entgegenzunehmen. Mitunter wurden einzelne Einsätze von den Hostessen abgelehnt, etwa von Studentinnen, die aufgrund ihrer Ausbildungssituation keine Zeit hatten. Die Klägerin lehnte nur dann, wenn sie etwa durch Prüfungen verhindert war, einen Arbeitseinsatz ab. Mit Hostessen, die häufig Einsätze ablehnten, wurden keine weiteren Sonderverträge abgeschlossen. Bezüglich der Urlaubsgestaltung wurde auf die Hostessen ein gewisser Druck unter Hinweis darauf ausgeübt, daß allenfalls keine neuen Sonderverträge geschlossen würden. Es wurde jedoch den Hostessen grundsätzlich nicht untersagt, den Urlaub in der von ihnen gewünschten Form abzuwickeln. Tatsächlich wurden die Hostessen in stark unterschiedlichem Ausmaß eingesetzt. Während einzelne Hostessen bis zu 190 Stunden monatlich beschäftigt wurden, kamen andere auf lediglich zwei Einsatzstunden pro Monat.

Die Klägerin war im Jahre 1988 eingesetzt wie folgt:

Jänner 24 Stunden, Februar 47 Stunden, März 27 Stunden, April 51 Stunden, Mai 32 Stunden, Juni 125 Stunden, Juli 190 Stunden, August 143 Stunden, September 170 Stunden, Oktober 172 Stunden, November 34 Stunden, Dezember 94 Stunden.

Im Jahre 1989 lauteten die Zahlen:

Jänner 46 Stunden, Februar 178 Stunden, März 49 Stunden, April 112 Stunden, Mai 43 Stunden, Juni 154 Stunden, Juli 155 Stunden, August 167 Stunden, September 89 Stunden, Oktober 71 Stunden, November 30 Stunden, Dezember 24 Stunden.

In den Jahren 1986 und 1987 war die Klägerin in ähnlichem Umfang beschäftigt wie in den Jahren 1988 und 1989.

Bis zur Neuregelung der Entgeltbedingungen für Hostesseneinsätze ab 1. September 1989 wurden gewisse Tätigkeiten unabhängig von der tatsächlichen Dauer mit einem Pauschale, entsprechend einer angenommenen Minstdauer, honoriert. Ab Inkrafttreten der neuen Entgeltbedingungen am 1. September 1989 wurde bei Führungen und Stadtrundfahrten das Entgelt nach der tatsächlichen Arbeitszeit berechnet; Mindestentlohnungszeiten wurden für Einsätze außerhalb von Graz vereinbart.

Bei der beklagten Partei werden 90 bis 95 % der Bediensteten als Beamte (bzw als Vertragsbedienstete unter Anwendung des Grazer Gemeindevertragsbedienstetengesetzes, im folgenden: Grazer GVBG) beschäftigt. Mit den Sonderverträgen der Hostessen vergleichbare Verträge bestehen nur für rund 8 Markthelfer, die an einzelnen Markttagen gegen stundenweise Entlohnung herangezogen werden. Darüber hinaus werden im Gesundheitsbereich etwa 11 Fachärzte und zwei bis drei Physiotherapeutinnen mit einem Ausmaß von im Minimum 8 Stunden monatlich bis fast zu dem einer Halbtagsbeschäftigung aufgrund von Sonderverträgen beschäftigt.

Die Klägerin begehrt die Zuerkennung eines Betrages von 236.841 S brutto sA und brachte vor, daß das ihr als Stadthostess gewährte Entgelt weit unter jenem Entgelt liege, das ihr bei Anwendung des Grazer GVBG auf ihr Dienstverhältnis mit der beklagten Partei zugestanden wäre. Lediglich die Klägerin und die anderen Stadthostessen würden von der beklagten Partei nicht nach dem Grazer GVBG honoriert und daher aus sachfremden Gründen schlechtergestellt als alle übrigen Bediensteten der beklagten Partei, auf die durchwegs die Bestimmungen dieses Gesetzes angewendet würden. Aufgrund der von der Klägerin tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten in Verbindung mit den Anstellungserfordernissen hätte ihre Entlohnung zumindest nach Dienstklasse IV Gehaltsstufe 4 b der Dienst- und Gehaltsordnung der Beamten zu erfolgen gehabt. Der Klägerin stehe demnach für den Zeitraum vom Februar 1987 bis inklusive August 1989 - unter Zugrundelegung der geleisteten Arbeitsstunden - ein Entgeltanspruch von 502.015 S brutto zu, worauf tatsächlich lediglich 265.174 S gezahlt worden seien.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Das Grazer GVBG sei nur auf privatrechtliche Dienstverhältnisse mit Personen anzuwenden, die behördliche Aufgaben zu besorgen hätten. Weiters finde es keine Anwendung auf Personen, die nur fallweise oder zwar regelmäßig, aber höchstens auf die Dauer eines Monats

verwendet würden. Die Klägerin werde wie alle anderen Hostessen nicht zur Besorgung behördlicher Aufgaben herangezogen und überdies nur fallweise verwendet. Das Amt für Fremdenverkehr, welchem die Klägerin zugeordnet sei, besorge keinerlei hoheitliche Aufgaben, sondern sei ausschließlich in der Privatwirtschaftsverwaltung tätig. Mit der Klägerin sei daher ebenso wie mit den anderen Hostessen zulässigerweise ein Dienstvertrag nach dem ABGB abgeschlossen worden. Sie werde, wie alle anderen Hostessen, nur tageweise bei Bedarf für einen jeweils bestimmten Zeitraum eingesetzt, so daß die Ausnahmsbestimmung des § 1 Abs 2 lit a des Grazer GVBG Anwendung finde. Die Differenzierung des Gesetzes zwischen Arbeitnehmern, welche behördliche Aufgaben erfüllen, und solchen, die derartige Aufgaben nicht besorgen, sei nicht unsachlich; überdies rechtfertigten die besonderen Verhältnisse, die durch die saisonalen Schwankungen im Tourismus gekennzeichnet seien, eine differenzierte Behandlung der Hostessen. Schließlich unterlägen nicht alle übrigen Bediensteten der beklagten Partei den Bestimmungen des Grazer GVBG.

Außer Streit gestellt wurde das Klagebegehren der Höhe nach.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß die Klägerin keine Tätigkeiten ausgeübt habe, die der Hoheitsverwaltung zuzurechnen und aus diesem Grund als behördliche Aufgaben im Sinne des Grazer GVBG anzusehen seien; dies ungeachtet des Umstandes, daß im Statut der Landeshauptstadt Graz neben zahlreichen weiteren nicht zur Hoheitsverwaltung gehörenden Agenden - praktisch sämtliche Tätigkeitsbereiche des Magistrates der Stadt Graz - auch die örtlichen Maßnahmen zur Pflege und Förderung des Fremdenverkehrs als behördliche Aufgaben bezeichnet würden. Das Grazer GVBG sei daher auf die Klägerin nicht anzuwenden. Darüber hinaus treffe die Ausnahmsregelung des § 1 Abs 2 lit a dieses Gesetzes auf die Klägerin zu, weil sie zu Dienstleistungen nur nach Maßgabe eines konkreten Bedarfes von Fall zu Fall herangezogen worden sei. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht verletzt worden, weil in bezug auf Arbeitsverpflichtung, Urlaubsgestaltung und regelmäßige Verwendbarkeit wesentliche Unterschiede zwischen den Hostessen und den übrigen Arbeitnehmern der beklagten Partei vorlägen; die unterschiedliche Behandlung der Grazer Stadthostessen sei daher sachlich gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichtes und vertrat die Rechtsauffassung, daß das Fremdenverkehrsamt, dem die Klägerin unterstanden sei, keine behördlichen Aufgaben im Sinne des Grazer GVBG zu besorgen habe. Die Stadt Graz habe von der ihr mit § 41 Abs 2 des Stmk LGBl 1974/30 eingeräumten Ermächtigung, bei örtlichen Maßnahmen zur Förderung und Pflege des Fremdenverkehrs behördliche Aufgaben wahrzunehmen, keinen Gebrauch gemacht. Nach § 1 Abs 1 des Grazer GVBG falle das Dienstverhältnis der Klägerin daher nicht unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Diese Regelung verstoße auch nicht gegen den verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatz. Der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1925 habe dem Umstand, ob Vertragsbedienstete behördliche Aufgaben zu besorgen haben oder nicht, so große Bedeutung beigemessen, daß er unterschiedliche Regelungskompetenzen vorgesehen habe. Auch wenn mit der B-VG-Novelle 1974 die Dienstrechtsregelungskompetenz für die nicht mit behördlichen Aufgaben betrauten Landes- und Gemeindevertragsbediensteten den Ländern übertragen worden sei, werde damit nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Unterschied zwischen behördlichen und sonstigen Aufgaben nunmehr keine Bedeutung haben dürfe. Das Land Steiermark verstoße daher nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, soweit es für die beiden Bediensteten-Gruppen weiterhin unterschiedliche Regelungen vorsehe. Ob ein Bediensteter behördliche Aufgaben zu besorgen habe oder nicht, sei ein wesentlicher Unterschied, der zu unterschiedlichen Regelungen führen dürfe, ohne daß das Gleichheitsgebot verletzt würde.

Die beklagte Partei habe aber auch den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt, wenn sie auf die Stadthostessen anders als auf die übrigen 90 bis 95 % der Bediensteten der beklagten Partei - gleichgültig ob es sich um Beamte oder Vertragsbedienstete handle - das Entlohnungsschema der für die Beamten geltenden Dienstordnung nicht anwende. Bei der Untersuchung der kritisierten Differenzierung sei nicht die Situation der Klägerin allein, sondern die Situation aller Stadthostessen mit der der übrigen Bediensteten der beklagten Partei zu vergleichen. Hierbei sei zu beachten, daß die Klägerin in überdurchschnittlichem Ausmaß zum Einsatz gekommen sei. Auch das Aufgabengebiet, mit dem die Hostessen betraut gewesen seien, mache es schwierig, wenn nicht unmöglich, vorausschauend für jede einzelne Hostess unter Bedachtnahme auf ihre spezifischen sprachlichen und sonstigen Fähigkeiten den Einsatz über eine längere Zeit zu planen. Die beklagte Partei habe sich daher zwangsläufig ein besonders großes Maß an Flexibilität im Arbeitskräfteeinsatz vorbehalten müssen; sie habe diese Flexibilität zumindest in der Praxis auch den Hostessen gewährt, bei denen sie - unabhängig von der vertraglichen

Regelung - begründete Verhinderungen, wie etwa durch Prüfungen, im tragbaren Häufigkeitsrahmen toleriert habe. Das gesamte Gehaltsschema sei für regelmäßige Arbeitsleistungen in einer lebenslangen oder wenigstens langdauernden Laufbahn und nicht für Arbeitskräfte bestimmt, deren Einsatz generell nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten planbar sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Nach § 1 Abs 1 des Grazer GVBG Stmk LGBl 30/1974 findet dieses Gesetz, soweit nicht Abs 2 etwas anderes bestimmt, auf Personen Anwendung, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Graz stehen und behördliche Aufgaben zu besorgen haben. Von der mit Art 21 Abs 2 B-VG idF der B-VG-Novelle 1974 eingeräumten Möglichkeit, auch das Dienstrecht der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigten Gemeindebediensteten der Stadt Graz, die keine behördlichen Aufgaben zu besorgen haben, zu regeln, hat der Landesgesetzgeber bisher keinen Gebrauch gemacht. Nach der Übergangsbestimmung des Art XI Abs 2 der B-VG-Novelle 1974 bleiben im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bestehende bundesgesetzliche Vorschriften in Angelegenheiten, die nunmehr nach Art 21 Abs 1 und 2 B-VG in die Landeskompentenz fallen, als Bundesgesetze solange in Kraft, bis die Länder gleichartige Bestimmungen erlassen haben. Die temporäre Kompetenz des Bundes zur Regelung dieser Materie erlischt erst dann, wenn der an sich zuständige Landesgesetzgeber von der ihm durch die B-VG-Novelle 1974 eingeräumten Regelungskompetenz tatsächlich Gebrauch gemacht hat (siehe Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz AngG7 116 f; Schrammel, Das Sonderarbeitsrecht der Gebietskörperschaften auf dem Prüfstand, ZAS 1988, 187 ff (190)).

Mangels einer landesgesetzlichen Regelung gelten daher für die Vertragsbediensteten der Stadt Graz, die keine behördlichen Aufgaben zu besorgen haben, primär die Bestimmungen des ABGB und nur dann, wenn sie in einer von der Gemeinde betriebenen Unternehmung im Sinne der §§ 1 und 2 AngG beschäftigt sind, das Angestelltengesetz (siehe auch Just, Die B-VG-Novelle 1962 in ihren Auswirkungen auf das Dienstrecht der Gemeindebediensteten, DRdA 1963, 233 ff (234); Neuhofer, Handbuch des Gemeinderechts 200; Schrammel aaO, 193;

Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz aaO 116 f; 9 Ob A 158/91).

Nach der herrschenden Bereichstheorie sind auch Bedienstete, die ungeachtet des behördlichen Charakters ihrer zum Bereich der Hoheitsverwaltung gehörenden Dienststelle zur Besorgung behördlicher Aufgaben herangezogen werden, dennoch als "Angestellte, die behördliche Aufgaben zu besorgen haben" anzusehen (siehe VfSlg 1936 und 2168). Das Amt für Fremdenverkehr hatte aber ungeachtet seiner Bezeichnung, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, keinen Tätigkeitsbereich, der mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet war und daher der Hoheitsverwaltung zuzurechnen wäre (siehe VfSlg 3262; SZ 55/173; 57/195; 60/156; zuletzt 1 Ob34, 35/90; siehe auch Walter-Mayer, Grundriß des besonderen Verwaltungsrechts 2 719).

Das Grazer GVBG und die zufolge Verweisung in § 17 und anderen Bestimmungen dieses Gesetzes der Entlohnung der Vertragsbediensteten zugrunde zu legende Dienst- und Gehaltsordnung der Beamten der Landeshauptstadt Graz sind daher auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht unmittelbar anwendbar.

Da aber die beklagte Partei das Grazer GVBG sowie die darin angeführte Dienst- und Gehaltsordnung nicht nur auf die mit behördlichen Aufgaben betrauten Bediensteten, sondern auf die überwiegende Mehrheit aller auch nicht mit derartigen Aufgaben betrauten Bediensteten - offenbar als *lex contractus* (siehe Just aaO 234) - anwendet, ist zu prüfen, ob die Schlechterstellung der Klägerin durch die ausnahmsweise Nichtanwendung dieses Gesetzes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt oder sachlich gerechtfertigt ist.

Beurteilt man daher das Arbeitsverhältnis der Klägerin, ungeachtet des Umstandes, daß sie keine behördlichen Aufgaben zu besorgen hatte - im Hinblick darauf, daß die beklagte Partei dieses Gesetz im übrigen auch auf die nicht mit derartigen Aufgaben betrauten Bediensteten anwendet - nach den Bestimmungen des Grazer GVBG, ist zunächst zu prüfen, ob nicht die Ausschlußbestimmung des § 1 Abs 2 lit a dieses Gesetzes "findet keine Anwendung auf Personen, die nur fallweise oder zwar regelmäßig, aber höchstens auf die Dauer eines Monats verwendet werden"

zum Tragen kommt.

Da die privatrechtlichen Dienstverhältnisse öffentlich Bediensteter regelnden Vertragsbedienstetengesetze zahlreiche arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen enthalten, würde es dem Gesetzeszweck widersprechen, den Begriff der fallweisen Verwendung so auszulegen, daß zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Normalarbeitsverhältnis abweichende Beschäftigungsformen geradezu begünstigt würden.

Die ausschließlich an den Interessen des Arbeitgebers orientierte Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Streitparteien kommt nun der wegen der Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf den Arbeitnehmer als sittenwidrig zu qualifizierenden Arbeit auf Abruf zumindest nahe, wobei darauf hinzuweisen ist, daß nicht einmal eine bestimmte, jedenfalls abzugeltende Mindestarbeitszeit vereinbart wurde (siehe Schwarz-Löschnigg Arbeitsrecht<sup>4</sup> 324; Klein, Arbeitsrechtliche Aspekte neuer Arbeitszeitformen, DRdA 1984, 301 ff (305 f); Firlei, Neue Formen und Aspekte atypischer Arbeitsverhältnisse, in österreichische Landesberichte zum XI. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, 31 ff (68); derselbe, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271 ff und 411 ff (287); Mesch-B.Schwarz-Stemberger, Arbeitszeitgestaltung, 196 sowie die insbesondere durch Festlegung einer Mindestarbeitszeit den Arbeitnehmer vor kraß einseitiger Gestaltung des Arbeitsverhältnisses schützende Regelung des § 4 des deutschen Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung).

Da nicht nur die zeitliche Lage, sondern auch der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung zur Disposition der beklagten Partei stand, war die Klägerin verstärkten Sanktionspotentialen des Arbeitgebers ausgeliefert, dem es nach der für die Klägerin nachteiligen Gestaltung des Arbeitsvertrages freistand, zu Lasten der Klägerin und zum Vorteil ihrer Arbeitskolleginnen den Arbeitseinsatz der Klägerin und damit deren Entgelt nach Belieben zu reduzieren. Daß zwischen solcherart beschäftigten Arbeitnehmern mehr Konkurrenz und damit mehr Anpassungsdruck herrscht als dies bei Normalarbeitsverhältnissen der Fall ist, liegt auf der Hand (siehe Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht aaO 412; Klein aaO 306). Bei einer am Gesetzeszweck orientierten Auslegung kann daher die Tätigkeit der Klägerin, die der beklagten Partei jahrelang auf Abruf zur Verrichtung der vereinbarten Dienste zur Verfügung stand und jeweils mehrmals monatlich zum Einsatz kam, nicht als bloß "fallweise Beschäftigung" im Sinne des § 1 Abs 2 lit a des Grazer GVBG gewertet werden. Würde daher dieses Gesetz wie im Falle der überwiegenden Zahl der anderen nicht mit der Besorgung behördlicher Aufgaben betrauten Bediensteten der beklagten Partei auch auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin angewendet, käme die genannte Ausnahmsregelung nicht zum Tragen.

Da nun das Grazer GVBG und damit die Dienst- und Gehaltsordnung der Beamten der Landeshauptstadt Graz auf die übrigen nicht mit der Besorgung behördlicher Aufgaben betrauten Bediensteten nicht unmittelbar, sondern nur als *lex contractus* zur Anwendung kommen kann, bleibt zu prüfen, ob es - abgesehen von den Regelungen des genannten Gesetzes - sachlich gerechtfertigt ist, die hier in Anspruch genommenen Entgeltregelungen auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nicht anzuwenden (zur Frage des erlaubten bzw. verbotenen Differenzierungsanlasses siehe insbesondere Strasser, Betriebspension und Gleichbehandlung 30 ff).

Als Differenzierungsanlaß käme im vorliegenden Fall nur die besondere, ausschließlich an dem sich jeweils ergebenden Bedarf des Arbeitgebers orientierte Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zu Lasten der Klägerin in Frage, die noch verstärkt wurde durch die Aneinanderreihung befristeter Dienstverhältnisse, was als Kettenarbeitsvertrag nicht nur nach § 7 Abs 3 des Grazer GVBG, sondern auch bei Anwendung des ABGB auf das vorliegende Arbeitsverhältnis unzulässig war (siehe Floretta in Floretta-Spielbüchler-Strasser Arbeitsrecht I 3 251 f sowie WBI 1989, 27 = RdW 1989, 30 mwH). Diese einseitige Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zum Nachteil der Klägerin, auf die das gesamte Beschäftigungsrisiko überwälzt und die nur nach der tatsächlich vom Arbeitgeber in Anspruch genommenen Arbeitszeit honoriert wurde, rechtfertigt es nicht, die Klägerin auch noch bezüglich des - ohnehin nur entsprechend den Zeiten ihres tatsächlichen Einsatzes begehrten - Entgeltes schlechterzustellen als die übrigen bei der beklagten Partei beschäftigten Bediensteten.

Der Revision war daher Folge zu geben und die Urteile der Vorinstanzen im Sinne des Zuspruches der der Höhe nach außer Streit stehenden Entgeltdifferenz abzuändern.

Die Entscheidung über die Kosten sämtlicher Instanzen beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:009OBA00247.91.0212.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19920212\_OGH0002\_009OBA00247\_9100000\_000

**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)