

# TE OGH 2011/8/30 8ObA87/10t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.08.2011

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter MR Dr. Richard Warnung und Dr. Gerda Höhrhan-Weiguni als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* R\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Sabine Berger, Rechtsanwältin in Salzburg, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 2.905,80 EUR brutto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23. September 2010, GZ 11 Ra 79/10g-17, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 9. März 2010, GZ 59 Cga 207/09v-13, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 544,13 EUR (darin 90,69 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 681,68 EUR (darin 62,28 EUR USt und 308 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte verfügt für Expeditarbeiten über einen Pool von derzeit 43 Personen, die sie bei erhöhtem Arbeitsanfall zur Abdeckung von Arbeitsspitzen fallweise beschäftigt. Zu diesem Pool gehörte die Klägerin, die von Februar 1993 bis zuletzt am 22./23. 1. 2009 immer wieder, jeweils befristet auf einen oder mehrere Tage, für die Beklagte als Expeditarbeiterin tätig war. Der regelmäßige Arbeitsanfall wird von fix beschäftigten Mitarbeitern erledigt. Bei den Expeditarbeiten handelt es sich um einfache Hilfstätigkeiten, die nach kurzer Einschulung ausgeübt werden können.

Die Pool-Mitarbeiter geben üblicherweise im Vorhinein bekannt, wann sie der Beklagten grundsätzlich für eine Arbeit zur Verfügung stehen. Anhand eines provisorischen Arbeitsplans oder durch Nachfrage beim Expeditleiter erlangen die Pool-Mitarbeiter Kenntnis davon, ob und wenn ja für welche Tage ihnen ein Arbeitsangebot unterbreitet wird. Es ist nicht verpflichtend, aber üblich, dass die Pool-Mitarbeiter einen geplanten Urlaub oder einen Krankenstand der Beklagten bekannt geben. Das konkrete Arbeitsangebot für einen bestimmten Tag und eine bestimmte Uhrzeit unterbreitet ein Expeditleiter der Beklagten dem Pool-Mitarbeiter über ein telefonisches Arbeitsauskunftssystem. Der Pool-Mitarbeiter kann dieses Angebot entweder annehmen oder ablehnen. Es kommt immer wieder vor, dass die Pool-Mitarbeiter einzelne Arbeitsangebote ablehnen. In diesem Fall stellt der Expeditleiter das Arbeitsangebot einem anderen Pool-Mitarbeiter. Theoretisch besteht auch die Möglichkeit, dass sich der Pool-Mitarbeiter durch einen

anderen Pool-Mitarbeiter vertreten lässt; dies ist dem Expediteleiter bekanntzugeben. Die Ablehnung eines Arbeitsangebots bedarf keiner Begründung und ist für den Pool-Mitarbeiter sanktionslos. Die Beklagte hat den Pool-Mitarbeitern keine bestimmte Anzahl von Arbeitseinsätzen in Aussicht gestellt. Langjährige Pool-Mitarbeiter können aufgrund ihrer Erfahrung durchaus einschätzen, wie oft ihnen durchschnittlich im Jahr ein Arbeitseinsatz angeboten wird. Die Arbeitseinsätze sind zum überwiegenden Teil auf zwei Tage bzw eine Nachschicht beschränkt, wobei die Arbeitszeiten ursprünglich von 19:00 Uhr bis 1:00 Uhr und in den letzten Jahren jeweils von 20:30 Uhr bis 2:30 Uhr dauerten. Beginn und Ende der Arbeitszeit sind daher von vornherein fixiert. Die Arbeit wird in der Betriebshalle der Beklagten verrichtet. Die Pool-Mitarbeiter können weder die Häufigkeit der Arbeitseinsätze noch die Dauer des einzelnen Einsatzes bestimmen.

Für die Klägerin war die Tätigkeit bei der Beklagten von Anfang an eine Nebenbeschäftigung. Zunächst war sie in ihrem Hauptberuf als Einzelhandelskauffrau, seit dem Jahr 2000 dann als Croupier beschäftigt. Mit dem Expediteleiter vereinbarte sie, dass sie wochenweise nicht bzw nur an geraden oder ungeraden Kalenderwochen eingeteilt werden kann. In weiterer Folge sollte eine Einteilung nur an Freitagen und Samstagen erfolgen. Die Klägerin ging ihrer Croupiertätigkeit auch auf Schiffen nach: In einem solchen Fall teilte sie der Beklagten mit, dass sie über mehrere Wochen nicht eingeteilt werden kann. Nach ihrer Rückkehr erklärte sie sich wieder einsatzbereit. Die Klägerin ging dreimal jährlich in Urlaub, und zwar über längere Zeiträume (zwei Monate), welche sie der Beklagten bekannt gab. Ab und zu lehnte die Klägerin Arbeitseinsätze ab oder sagte diese krankheitshalber kurzfristig ab. Dies hatte keine Sanktionen zur Folge. Die Beklagte hatte auch der Klägerin keine bestimmte Anzahl an Arbeitseinsätzen in Aussicht gestellt. Weil die Klägerin ihre Tätigkeit bei der Beklagten nur als Nebentätigkeit ausübte, war die Häufigkeit der Einsätze für sie ohne Belang. Zum überwiegenden Teil waren die im Einzelnen festgestellten Arbeitseinsätze der Klägerin auf zwei Tage bzw eine Nachschicht beschränkt. Teilweise bestanden zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen längere Unterbrechungen, beispielsweise vom 5. 1. 2003 bis 28. 2. 2003, vom 8. 2. 2004 bis 3. 4. 2004, vom 30. 4. 2004 bis 10. 7. 2004 und vom 11. 7. 2004 bis 2. 10. 2004. Die Anzahl der Einsätze reduzierte sich im Lauf der Zeit, weil der Bedarf der Beklagten aufgrund der fortschreitenden Technisierung ab 2000 stark sank und die Verfügbarkeit der Klägerin eingeschränkt war. Während ihrer Schwangerschaft war die Klägerin ab 11. 2. 2007 nicht für die Beklagte tätig. Etwa ein halbes Jahr nach der Geburt ihres Kindes erklärte sich die Klägerin ab 17. 1. 2008 wieder einsatzbereit und erhielt sogleich von der Beklagten wieder Arbeitsangebote.

Aufgrund gesundheitlicher Probleme war es der Klägerin ab Februar 2009 nicht mehr möglich, die Tätigkeit im Expedit zu verrichten. In der Folge wurden der Klägerin noch ca sieben Arbeitseinsätze angeboten, die sie ablehnte. Die Klägerin teilte ihre Arbeitsunfähigkeit ausschließlich dem Betriebsratsvorsitzenden mit, dem sie auch eine Arbeitsunfähigkeitsbestätigung vorlegte. Der Betriebsrat teilte im März/April 2009 dem Expediteleiter mit, dass die Klägerin für eine Arbeit nicht mehr zur Verfügung stehe und ihr keine Arbeitsangebote mehr zu unterbreiten seien.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Zahlung einer der Höhe nach nicht strittigen Abfertigung im Ausmaß von sechs Monatsentgelten. Es sei von unzulässigen Kettendienstverträgen und daher einem durchgehenden einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen, das einvernehmlich beendet wurde. Darüber hinaus liege auch ein Rahmendienstvertrag vor.

Die Beklagte wandte dagegen im Wesentlichen ein, dass sachlich gerechtfertigte befristete Arbeitsverhältnisse zur Klägerin bestanden hätten, sodass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Abfertigung nicht vorlägen. Mit der Klägerin sei auch kein umfassender Rahmenvertrag in dem Sinn vereinbart worden, dass ein bestimmtes Ausmaß an Einsätzen vereinbart worden wäre.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Für die Annahme eines durchgehenden Arbeitsvertrags der Klägerin sei eine gewisse Dichte an Arbeitseinsätzen erforderlich, an der es jedoch hier fehle. Die Klägerin sei in insgesamt fast 16 Jahren nur an 1046 Tagen beschäftigt gewesen, sodass die Zeiten der Unterbrechungen gegenüber den Beschäftigungszeiten bei weitem überwogen. Auch fehle es an einer Regelmäßigkeit der Tätigkeit, sodass kein unzulässiges Kettenarbeitsverhältnis vorliege. Ungeachtet der zeitlichen Streuung könne allenfalls eine dauernde Bindung im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt einer sittenwidrigen, nur den Arbeitnehmer bindenden Vertragsgestaltung im Sinne von Arbeit auf Abruf oder bedarfsorientierter variabler Arbeitszeit bejaht werden, wenn der Vertrag die Interessen des Arbeitgebers einseitig gegenüber jenen des Arbeitnehmers bevorzuge. Hier sei aber das Arbeitsverhältnis für die Klägerin nur eine Nebenbeschäftigung gewesen. Ihr sei frei gestanden zu entscheiden, in welchen Zeiten sie tätig werden wollte. Weder habe eine konkrete

Arbeitspflicht bestanden, noch sei das Ablehnen eines Arbeitsangebots mit einer Sanktion bedroht gewesen. Die freie Zeiteinteilung habe im Interesse der Klägerin gelegen, sodass von einem durchlaufenden Arbeitsverhältnis nicht ausgegangen werden könne.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil über Berufung der Klägerin im klagestattgebenden Sinn ab. Unter Berufung auf die Entscheidung 8 ObA 86/03k führte es aus, dass schon die als Rahmenvertrag zu wertende Information der Expeditarbeiter über ihre Rechte und Pflichten eine fortgesetzte Erbringung und Entgegennahme der Arbeitsleistung beabsichtigt habe. Demgegenüber spielt die zeitliche Dauer der Einsätze oder das Verhältnis der Arbeitstage zu den Tagen, an denen nicht gearbeitet wurde, keine Rolle. Die Beklagte verfüge über einen ausreichenden Pool von Expeditaushilfsmitarbeitern. Ihr müsse es möglich sein, den Personalbedarf einzuschätzen und entsprechende Vereinbarungen zur Lage und zum Ausmaß der Arbeitszeit zu treffen. Dass die Beklagte mit diesen Mitarbeitern bestimmte „Rahmenkonditionsvereinbarungen“, ua über die Lohnhöhe, abgeschlossen habe, bestreite sie gar nicht. Auch sei Voraussetzung für den jeweiligen Arbeitseinsatz nur mehr ein Arbeitsangebot der Beklagten an die Klägerin und dessen Annahme durch sie. Die Parteien hätten hier daher eine umfassende, unbefristete Vereinbarung für die Erbringung solcher Dienste geschlossen, bei der sich die Klägerin jedenfalls beim jeweiligen Arbeitseinsatz in einer persönlichen Abhängigkeit befunden habe. Die Klägerin habe bei der Beklagten nicht nur ganz vereinzelt als Expeditaushilfsmitarbeiterin tätig werden sollen, sondern grundsätzlich, wie der Vertrag dann auch tatsächlich - von besonderen Ausnahmen wie etwa Schwangerschaft und Urlaub abgesehen - gelebt worden sei, an mehreren Tagen pro Monat. Offenbar sei gerade wegen der beabsichtigten mehrfachen Arbeitseinsätze von vornherein ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis vereinbart worden, wobei der Beklagten aber im Ergebnis der Vorteil aus kurzen Befristungen teilweise gewahrt werden sollte. Es sei von einem durchgehenden Arbeitsverhältnis auszugehen, weil schon der zwischen den Parteien mündlich entstandene Rahmendienstvertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei. Dieses Arbeitsverhältnis habe ununterbrochen mehr als 15 Jahre gedauert, weshalb der Klägerin die begehrte Abfertigung gebühre.

Das Berufungsgericht erklärte die Revision für zulässig, weil die Entscheidung 8 ObA 86/03k in der Lehre mehrfach kritisiert worden sei, wozu der Oberste Gerichtshof noch nicht Stellung genommen habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die von der Klägerin beantwortete Revision der Beklagten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

1. Dass die zwischen den Parteien auf der Grundlage ihrer grundsätzlichen Einigung getroffenen Vereinbarungen über die einzelnen Arbeitseinsätze jeweils als (befristete) Arbeitsverträge zu qualifizieren sind, ist zwischen den Parteien nicht mehr strittig. Die Beklagte hat dies zuletzt in ihrer Revision ausdrücklich zugestanden. Schon das Erstgericht hat aber zutreffend ausgeführt, dass - anders als in der Entscheidung 8 ObA 2347/96x (= SZ 70/167) - hier nicht von einem unzulässigen Kettenarbeitsverhältnis auszugehen ist. Dies wurde von der Klägerin im Rechtsmittelverfahren auch nicht mehr bestritten und ist angesichts der primär an den Interessen der Klägerin orientierten Gestaltung des Verhältnisses der Streitteile, der relativ geringen Zahl der Arbeitseinsätze und der teilweise beträchtlichen, zwischen den Arbeitseinsätzen gelegenen Zeitabstände auch nicht zu beanstanden. Auch das Vorliegen einer sittenwidrigen, nur den Arbeitnehmer bindenden, einseitig die Interessen des Arbeitgebers bevorzugenden Vertragsgestaltung im Sinn einer „Arbeit auf Abruf“ (vgl zu alledem etwa 8 ObA 15/98h) hat das Erstgericht aus den genannten Gründen zutreffend und unwidersprochen verneint.

2. Allerdings ging das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Entscheidung 8 ObA 86/03k davon aus, dass schon die zwischen den Parteien geschlossene Rahmenvereinbarung als (einheitliches) Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei. Dem vermag sich der Oberste Gerichtshof allerdings nicht anzuschließen.

2.1 Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts ganz erheblich von dem zu 8 ObA 86/03k entschiedenen. Im damals zu beurteilenden Fall war bereits der zwischen den Parteien getroffenen Rahmenvereinbarung, der ein Schreiben der damaligen Arbeitgeberin zugrunde lag, die Absicht der damaligen Vertragsparteien zur fortgesetzten Erbringung und Entgegennahme von Arbeitsleistungen zu entnehmen, die sich im damals „gelebten Vertragsverhältnis“ (vgl nur RIS-Justiz RS0111914) dann auch manifestierte. Die damalige Klägerin war - den schriftlich festgelegten Bedingungen entsprechend - mehr als eineinhalb Jahre in fixen Schichten täglich (anfangs sogar in zwei Schichten à vier Stunden täglich) für die Arbeitgeberin tätig, wobei sie ihre Tätigkeit nur

für Krankenstände unterbrach und von ihrem Recht, Arbeitseinsätze abzulehnen, nie Gebrauch machte. Unter diesen damals gegebenen Bedingungen war daher schon aufgrund der Rahmenvereinbarung und des dementsprechend gelebten Vertragsverhältnisses von einem fortdauernden Bindungswillen der Beteiligten auszugehen.

2.2 Der vorliegende Fall unterscheidet sich vom damals beurteilten Sachverhalt grundlegend: Der hier bestehenden grundsätzlichen (Rahmen-)Einigung der Beteiligten lag keine schriftliche Unterlage zugrunde. Zwar trifft es zu, dass zwischen den Parteien dennoch eine Einigung über die Umstände der Tätigkeit der Klägerin bestand. Die Klägerin, die immer einen Hauptberuf hatte (zuletzt: Croupier), stellte aber von Anfang an klar, dass sie nur zu bestimmten Zeiten und nur in beschränktem Umfang zur Verfügung stehen werde. Tatsächlich ließ sie sich nur zu bestimmten Zeiten einteilen, wobei sie oft auch über längere Zeit (mehrere Wochen, etwa wegen ihrer Tätigkeit als Croupier; urlaubsbedingt dreimal jährlich bis zu zwei Monate) keine Einteilung akzeptierte. Die Klägerin lehnte Arbeitseinsätze durchaus auch ab, ohne mit Sanktionen rechnen zu müssen. Die Rahmenvereinbarung war somit von vornherein dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin die Auswahl von Zahl, Lage und Häufigkeit ihrer Einsätze ihren Interessen entsprechend vorbehielt, was die Beklagte auch akzeptierte. Diese Freiheit, die Arbeitstätigkeit selbst einzuteilen und nach eigenem Gutdünken auch wieder zu ändern, ist aber mit persönlicher Abhängigkeit und damit mit der Annahme eines echten Arbeitsvertrags nicht vereinbar.

3. Damit erweist sich die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts als richtig, dass die Rahmenvereinbarung zwischen den Streitteilen als solche nicht als echtes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, sondern dass diese Qualifikation nur auf die den einzelnen Arbeitseinsätzen zugrunde liegenden Vereinbarungen zutrifft. Damit fehlt es aber an einem mindestens drei Jahre ununterbrochen dauernden Arbeitsvertrag, sodass der Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachte Abfertigung (alt) nicht zu Recht besteht. Der Revision war daher Folge zu geben und das klageabweisende Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den § 41 Abs 1, § 50 Abs 1 ZPO.

**Schlagworte**

Arbeitsrecht

**Textnummer**

E98414

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:008OBA00087.10T.0830.000

**Im RIS seit**

05.10.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

01.04.2014

**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)