

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

B e s c h l u s s

gefasst:

I.) 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 heutigen Tage in dieser Rechtssache amtswegig eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren im Sinne des § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

B e g r ü n d u n g :

I 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 hierfür 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 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 Werkstage bezahlten Urlaub pro Jahr, auf kollektivvertragliche Sonderzahlungen sowie auf gesetzliche Abfertigung und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Weiters seien die Bedarfsarbeitskräfte auch sozialversichert. Grundsätzlich werde am Montag oder Dienstag einer jeden Woche die Umsatzplanung für die Folgewoche durch den Verkaufsleiter erstellt. Anhand dieser Umsatzplanung würden - in Entsprechung der Wünsche der Arbeitnehmer - die Arbeitseinsätze der nächsten Woche geplant; die Mitarbeiter gäben bekannt, ob sie an einem Tag generell nicht arbeiten können, und könnten darüber hinaus mitteilen, wann sie in der nächsten Woche bei der Personaleinsatzplanung nicht berücksichtigt werden wollten. 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.

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.

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:

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.

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 Arbeitszeitgesetz 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 Normalarbeitszeit auch Regelungen über die Durchrechnung über längere Zeiträume. Die Gehaltsordnung knüpft an die Normalarbeitszeit an und enthält für Teilzeitbeschäftigte die Regelung, dass diesen ein aliquotes Gehalt gebührt. Für die Sonderzahlungen (Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld) ist bei den Teilzeitbeschäftigten auf den Durchschnitt der letzten 13 Wochen abzustellen. <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 Kandra 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 verschoben** (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 BGG 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, Beschäftigungsangebote 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 eines 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 des **wirtschaftlichen Risikos** durch den Arbeitgeber unterlaufen werden. Eine "Atomisierung" der Arbeitszeitvereinbarung, die letztlich wiederum zu flexiblen Arbeitszeitformen wie Arbeit auf Abruf und kapazitätsorientierter 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 billigenwerten 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 Beschäftigungsangebot, 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 genommenen 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 Durchrechnungszeitraum (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 seine **Treuepflicht rechtzeitig anzukündigen hat**.<Ist die Klägerin (wie sie behauptet) in der letzten Zeit ihres Arbeitsverhältnisses - ohne dass ihr dies zuzurechnen wäre, etwa weil sie grundlos angebotene Arbeitseinsätze abgelehnt hat - geringer beschäftigt worden, hat sie Anspruch auf Nachzahlung des auf die **Durchschnittsbeschäftigung**

entfallenden Entgelts. Insoweit ist ja dann die Arbeitsleistung aus dem Arbeitgeber zurechenbaren Gründen unterblieben (vgl § 1155 ABGB).<Nur dadurch ist sichergestellt, dass ein Arbeitnehmer, der mit seinem Arbeitgeber einen gesetzwidrigen Arbeitsvertrag auf "Arbeit nach Bedarf" abgeschlossen hat, wenigstens nach einiger Zeit auch für ihn einfach nachvollziehbar mit einer dem bisherigen 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 Samstage/Monat) 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 Umfang **teilunwirksam**. 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 höchstens 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 Arbeitszeitgestaltung 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 Arbeitsbedingungen (Z 6).<Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Festsetzung des Entgeltes bewirken, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Bezahlung der Differenz hat (vgl § 2a Abs 2 Gleichbehandlungsgesetz).<Was nun den sonstigen Arbeitsbedingungen zuzurechnen oder als Entgelt im Sinn des § 2 Abs 1 Z 2 Gleichbehandlungsgesetz zu behandeln ist und welche Folgen als angemessener Ausgleich anzusehen sind (vgl auch § 2a Abs 6 Gleichbehandlungsgesetz), ist im Sinne der **richtlinienkonformen Interpretation** unter Bedachtnahme auf die einschlägigen EG-Richtlinien zu beurteilen (vgl OGH 25. 6. 2001, 8 ObA 7/01i; mwN = insb 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 C-262/88 Barber, Slg 1990, I-1889).<C Zum Gemeinschaftsrecht und den Vorabentscheidungsfragen<Der Oberste Gerichtshof hat nun mit Beschluss vom heutigen Tage folgende Fragen dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:<1a.) Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur

Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen vom 10. 2. 1975 (ABl Nr L 45 vom 19. 2. 1975, S 19 - im folgenden nur RL 75/117/EWG) sowie § 2 der von der UNICE, CEEP und EGB geschlossenen **Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit**, die mit der Richtlinie 97/81/EG des Rates (ABl Nr L 14 v 20. 1. 1998, S 9) umgesetzt wurde (im folgenden Teilzeitrahmenvereinbarung), und Punkt 9 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 dahin auszulegen (Arbeitnehmerbegriff), dass auch Personen wie im vorliegenden Fall die Klägerin geschützt sind, die in einem umfassenden Rahmendienstvertrag Vereinbarungen über Entgelt, Kündigungsbedingungen etc treffen, jedoch auch bestimmen, dass sich **Ausmaß und Lage der Arbeitszeit nach dem Arbeitsanfall richten und im Einzelfall erst einvernehmlich** zwischen den Parteien festgelegt werden.<1. b Ist der "Arbeitnehmerbegriff" im Sinne der Frage zu 1.a dann erfüllt, wenn **unverbindlich in Aussicht** genommen wird, dass eine Beschäftigung im Umfang von ca 3 Tagen wöchentlich und 2 Samstagen monatlich erfolgt?<1. c Ist der "Arbeitnehmerbegriff" im Sinne der Frage zu 1.a dann erfüllt, wenn **tatsächlich** eine Beschäftigung im Umfang von ca 3 Tagen wöchentlich und 2 Samstagen monatlich erfolgt?<1. d Kommt der **Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte** der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 zumindest insoweit rechtsverbindlicher Charakter zu als sie zur Auslegung anderer gemeinschaftsrechtlicher Regelungen heranzuziehen ist.<2. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG (ABl Nr L 39 vom 14. 2. 1976, S. 40 - im folgenden nur RL

76/207/EWG) und § 4 der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte **Ungleichbehandlung** darstellt<wenn für **Vollzeitbeschäftigte** (ca 60 % Männer, 40 % Frauen) durch **Gesetz oder Kollektivvertrag** nicht nur Regelungen zum **Ausmaß** der Arbeitszeit, sondern teilweise auch für deren Verteilung bestehen, auf deren Einhaltung ein Vollzeitbeschäftigter auch ohne vertragliche Vereinbarung Anspruch hat,<solche Regelungen aber für **Teilzeitbeschäftigte**, die weit überwiegend Frauen sind (ca 90 % Frauen und 10 % Männer) **auch** für den Fall **fehlen**, dass die **Vertragsparteien dazu keine** - gesetzlich geforderte - **vertragliche** Vereinbarung treffen.<3. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG und § 4 der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt, wenn ein **Arbeitgeber** bei **Teilzeitbeschäftigten**, bei denen anzunehmen ist, dass sie weit überwiegend Frauen sind (ca 90 % Frauen und 10 % Männer) **ausdrücklich eine Vereinbarung über die Lage und das Ausmaß der Arbeitszeit ausschließt**, während bei Vollzeitbeschäftigten, bei denen anzunehmen ist, dass sie nicht in diesem Ausmaß überwiegend Frauen sind, sowohl Ausmaß als auch teilweise die Verteilung der Arbeitszeit schon durch das Gesetz bzw den Kollektivvertrag vorgegeben sind.<4. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG und § 4 aber auch § 1 lit b (Förderung der Entwicklung der Teilzeitarbeit) der Teilzeitrahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es hier zum **Ausgleich** einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung **erforderlich und zulässig** ist<A hinsichtlich des **Ausmaßes der Arbeitszeit** von einem

bestimmten Ausmaß und bejahendenfalls von<1. der Normalarbeitszeit oder<2. der höchsten tatsächlich geleisteten Wochenarbeitszeit, sofern der Arbeitgeber nicht nachweist, dass diese auf einen damals bestehenden besonderen erhöhten Arbeitsbedarf zurückzuführen ist, oder<3. des dem für den Zeitpunkt des Arbeitsvertragabschluss zu ermittelnden Bedarfs oder<4. der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit auszugehen, sowie<B hinsichtlich der **Lage der Arbeitszeit zur Abgeltung** der für den Arbeitnehmer durch die Flexibilität eingetretenen Mehrbelastung und des dem Arbeitgeber verschafften Vorteils dem Arbeitnehmer<1. einen im Einzelfall zu bestimmenden "angemessenen" **Zuschlag** zum Stundenlohn, oder<2. einen Mindestzuschlag, der Vollzeitbeschäftigten gebührt, die über die Normalarbeitszeit (8 Stunden täglich oder 40 Stunden wöchentlich) hinaus arbeiten, oder<3. unabhängig vom geleisteten Arbeitszeitausmaß einen Ausgleich für die nicht als Arbeitszeit entlohnte Zeit, während der nach der Vereinbarung eine Lagerung der Arbeitszeit möglich wäre (potenzielle Arbeitszeit), dann, wenn die Vorankündigungszeit<a. 14 Tage oder<b. einen angemessenen Rahmen unterschreitet zuzuerkennen.<Die Vorlage dieser Fragen fußt auf folgenden Überlegungen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts:<Vorweg ist es erforderlich abzuklären, **ob und ab wann** ein Vertragspartner wie die Klägerin auch im Sinne der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen als geschützte Person ("Arbeitnehmer") **anzusehen** ist. Es scheint dazu in den Mitgliedstaaten auch unterschiedliche Entwicklungen zu geben. In Deutschland wird offenbar die Meinung vertreten, dass die Schutzbestimmungen nur auf "Arbeitsverträge" zur Anwendung kommen, die bereits eine konkrete Verpflichtung

des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung vorsehen (vgl Rofls Das neue Recht der Teilzeitarbeit RdA 2001, 142), mag dies auch durch den faktischen Zwang zur Annahme der Arbeitsanbotes des Arbeitgebers bewirkt werden (Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol TZA2, 400 mwN). Im allgemeinen hat der EuGH die wesentlichen Voraussetzungen für die Erfüllung des Arbeitnehmerbegriffes in der Erbringung von Leistungen für eine bestimmte Dauer, der Weisungsgebundenheit und der Entgeltlichkeit gesehen (vgl etwa EuGH 31. 5. 1989 Rs 344/87, Bettray, Slg 1989, 01621 ua; vgl zur Unterschiedlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes EuGH 12. 5. 1998 Rs Sala C-85/96 Slg 1998 I, 02691). Hier ist nun vor allem entscheidend, inwieweit und in welchem Umfang auch eine vertragliche Verpflichtung zur Erbringung von solchen Dienstleistungen bestehen muss. Beachtenswert scheint auch, dass in § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse, die mit der Richtlinie 1999/70/EG des Rates durchgeführt werden soll (Umsetzungsfrist allerdings bis 10. 7. 2001) ebenfalls Beschränkungen für die Verlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen vorgesehen sind (vgl zum Zusammenhang zwischen wiederholten Befristungen und flexiblen Arbeitszeitgestaltungen auch Punkt A 1 und B 1).<In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, inwieweit einer dieser Regelungen, der **Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte** der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989, überhaupt rechtsverbindlicher Charakter zumindest im Sinne einer Auslegungshilfe zukommt. Der Rechtscharakter der der Gemeinschaftscharta, auf die nunmehr Art 136 EG Bezug nimmt, wurde durch den EuGH noch nicht bestimmt. Der Oberste Gerichtshof geht mit der in der österr. Literatur vertretenen Ansicht von deren Unverbindlichkeit aus (vgl

etwa Schrammel/Winkler Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft, 4). Allerdings scheint nicht geklärt, inwieweit ihr nicht doch Bedeutung als Auslegungshilfe zuzuerkennen ist (vgl etwa Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EG und die österreichische Rechtsordnung, 98 mwN auch zu den deutschen Literaturmeinungen). Aus der Gemeinschaftscharta könnten Auslegungshilfen für die Frage der Festlegung der Arbeitsbedingungen gewonnen werden (Frage 1).<Gemäß Art 141 EG-Vertrag muss jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherstellen. Unter Entgelt sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.<Gleichheit des Arbeitsentgeltes ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bedeutet nach Art 141 EG, dass<a) das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit auf Grund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird,<b) für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt beim gleichen Arbeitsplatz gleich ist.<Nach Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG (Lohngleichheitsrichtlinie) bedeutet der Grundsatz des gleichen Entgeltes bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als **gleichwertig** anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen. Die Lohngleichheitsrichtlinie soll nach der Judikatur des EuGH die konkrete Anwendung des in Art 141 EG (119 EG-Vertrag) genannten Grundsatzes des gleichen Entgeltes erleichtern, aber in keiner Weise den Inhalt oder die

Tragweite dieses Grundsatzes berühren (vgl etwa zuletzt EuGH 26. 6. 2001 Rs C-381/99 Brunnhofer mwN etwa EuGH 17. 5. 1990 Rs C-262/88 Barber, Slg 1990, I-1889).<Der Grundsatz des gleichen Entgeltes verbietet jede Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei gleichem Arbeitsplatz oder gleicher Arbeit ohne Rücksicht darauf, woraus sich diese Ungleichbehandlung ergibt (vgl Rechtssache Barber Rz 32), es sei denn, das unterschiedliche Entgelt ist durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes nichts zu tun haben (vgl EuGH 27. 3. 1980 Rs 129/79, Macarthy's Slg 1980, 1275 Rz 12, allerdings zu unterschiedlichen Zeitpunkten beschäftigten Arbeitnehmern sowie EuGH 17. 6. 1998 Rs C-243/95 Hill und Stapleton Slg 1998 I-3739 Rz 34).<Wie der EuGH bereits wiederholt entschieden hat, umfasst der Begriff des Entgelts iSd Art 141 Abs 2 EG alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gewährten Vergütungen, vorausgesetzt, dass sie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses gewährt (EuGH 17. 5. 1990 Rs C-262/88, Barber, Slg 1990 I-1889 Rz 12, Rs Brunnhofer Rz 33). Die Kriterien scheinen auch **Zuschläge** für die ungünstige **Lagerung** der Arbeitszeit zu erfüllen (EuGH 15. 12. 1994 Rs C-399/92 ua, Helmig, Slg 1994, I-5727 - zu Überstundenzuschlägen aber unter dem Aspekt des **Ausmaßes** der Arbeitszeit), auch wenn dadurch zusätzlich die Arbeitgeber angehalten werden sollen, vorweg ein ausreichendes Ausmaß an Arbeitskapazität fix zu vereinbaren oder eine ungünstige Lagerung der Arbeitszeit abgegolten werden soll.<Der Grundsatz der Gleichbehandlung wurde schließlich für die "sonstigen Arbeitsbedingungen" durch Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG

festgelegt. <**Allgemein** wird eine **Diskriminierung** dann angenommen, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder gleiche Vorschriften auf ungleiche Sachverhalte angewendet werden (vgl etwa EuGH 30. 4. 1998 Rs C-394/96 Brown Slg 1998, I-4185 und EuGH 13. 2. 1996 Rs C-342/93 Gillespie Slg 1996, I-475). Entscheidend ist hier die Frage des Vorliegens einer **mittelbaren Diskriminierung**, bei der die Anwendung einer Maßnahme - hier der Regelungen oder fehlenden Regelungen über die Teilzeitbeschäftigung - trotz neutraler Formulierung **mehr Frauen als Männer benachteiligt** (vgl zuletzt etwa EuGH 14. 9. 1999, Rs C-249/97 Gruber, Slg 1999, I-5295, Rz 25 mwN = EuGH 2. 10. 1997 Rs C-1/95, Gerster, Slg 1997, I-5253, Rz 30), sofern diese unterschiedliche Behandlung nicht **objektiv** durch Faktoren **gerechtfertigt** ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben und zur Befriedigung wirklicher Bedürfnisse der Unternehmen geeignet und erforderlich sind (vgl etwa EuGH 13. 5. 1986 Rs 170/84 Bilka Slg 1986, 1607; EuGH 26. 9. 2000 Rs C-322/98, Kachelmann Slg 2000 I-7505 Rz 23 mwN = EuGH 6. April 2000 Rs C-226/98, Jørgensen, Slg 2000, I-2447, Rz 29). Bei der Prüfung, ob Teilzeitbeschäftigte **in der gleichen oder einer ähnlichen Situation** sind wie Vollzeitbeschäftigte (vgl Rs Gruber Rz 27; ferner auch schon EuGH 31. 5. 1995 Rs C-400/93 Royal Copenhagen oder auch die Schlussanträge des GA Cosmas in der Rs C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse Rz 32) und inwieweit eine unterschiedliche Behandlung **objektiv gerechtfertigt** werden kann, ist wohl der **sachliche Bezugsrahmen** entscheidend. <Hiebei scheint auch von Belang, inwieweit die Sozialpolitik beim Stand des Gemeinschaftsrechts in einer

bestimmten Frage (Förderung der Flexibilisierung und Verhinderung der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten unter dem Aspekt des Arbeitszeitrechtes) noch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, die hinsichtlich der Art der sozialen Schutzmaßnahmen und der konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung über einen sachgerechten Gestaltungsspielraum verfügen (EuGH 26. 9. 2000 Rs C-322/98 Kachelmann, Slg 2000 I-7505 Rz 30 mwN).<Der sachliche Bezugsrahmen liegt hier wohl **allgemein** in der **Zielrichtung der arbeitszeitrechtlichen Regelungen**. Diese liegt nun - nach österreichischem Recht und dem Gemeinschaftsrecht - insbesondere hinsichtlich der Festlegung der täglichen und wöchentlichen **Höchstgrenzen**, der Arbeitsruhe, der Nachtarbeit oder des Arbeitsrhythmus im Bereich des **Gesundheitsschutzes** (vgl zuletzt etwa OGH 13. 6. 2002, 8 ObA 116/02w unter Hinweis auf EuGH 12. 11. 1996 Rs C-84/94 Slg 1996, I-5755; vgl allgemein zur Unterscheidung der arbeitnehmerschutzrechtlichen und der vertragsrechtlichen Komponente der Arbeitszeitregelungen auch Berger, Überstunden ein zweiseitiger Begriff in FS Schwarz 27 ff). Diese sind hier aber **nicht betroffen**.<Gerade bei den "vertragsrechtlichen" Bestimmungen des **österreichischen** Arbeitszeitgesetzes, ist aber ersichtlich, dass es unter den Aspekten des Schutzes<A. einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeitszeit,<B. der privaten Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers,<C. der anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers,<D. der Vorhersehbarkeit eines regelmäßigen Einkommens, aber auch<E. der Höhe des Einkommens<auch um die **Eingrenzung der Gestaltungsbefugnis** des **Arbeitgebers** bei der Frage des **Ausmaßes** und der **Lage** der Arbeitszeit durch **gesetzliche oder kollektivrechtliche**

Regelungen bzw klare einzelvertragliche Festlegungen geht.<Bei den **gemeinschaftsrechtlichen** Regelungen scheinen ähnliche Tendenzen erkennbar zu sein.<Der Richtlinie 97/81/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit vom 15. 12. 1997 (ABl Nr L 14 v 20. 1. 1998, 9 - im folgenden Teilzeitrictlinie) wurden die **beschäftigungsfördernden** Aspekten von Teilzeitbeschäftigungen, aber auch Probleme im Zusammenhang mit der Chancengleichheit von Männern und Frauen zugrundegelegt und darin vom Ziel der **Abschaffung der Diskriminierung** Teilzeitbeschäftigter ausgegangen (vgl die Präambel sowie § 1 der Rahmenvereinbarung). Die Richtlinie schließt eine schlechtere Behandlung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten bei den Beschäftigungsbedingungen aus, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt (vgl § 4 Z 1 der Rahmenvereinbarung). Die "Anwendungsmodalitäten" sollen durch die **Mitgliedstaaten und die Sozialpartner festgelegt werden** (§ 4 Z 3 der Rahmenvereinbarung). Durch die Richtlinie sollen die Gemeinschaftsregelungen über die Gleichbehandlung und Chancengleichheit nicht beeinträchtigt und das allgemeine Schutzniveau für Arbeitnehmer nicht gesenkt werden (vgl § 6 Z 2 und 4 der Rahmenvereinbarung). Im übrigen sollen auch Hindernisse für die Ausübung von Teilzeitbeschäftigung abgebaut und weitgehend die Möglichkeit der Ausübung von Teilzeitbeschäftigung eingeräumt werden.<Die **Zielrichtung** der Richtlinie scheint also nicht darin zu liegen, etwa eine Verdrängung der Vollzeitbeschäftigungsverhältnisse durch **flexiblere Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse zu verhindern, sondern**

den Teilzeitbeschäftigten **nicht diskriminierende Arbeitsbedingungen** zu gewährleisten. Punkt 9 der **Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte** der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 bestimmt, dass die **Arbeitsbedingungen** eines jeden abhängigen Beschäftigten der Europäischen Gemeinschaften durch **Gesetz, Tarifvertrag oder den Beschäftigungsvertrag** geregelt sein müssen. Es könnte die Vorgabe in § 4 Z 3 der Rahmenvereinbarung (Festlegung der Anwendungsmodalitäten") unter Beachtung der in der Gemeinschaftscharta auch als Verpflichtung verstanden werden, **flexible Arbeitszeitformen zumindest dann** einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen **Mindestregelung zu unterziehen** (zu "typisieren"), **wenn keine konkreten, abweichenden vertraglichen Vereinbarungen** getroffen werden. Im Übrigen ist wohl eine bestimmte Typisierung auch Voraussetzung dafür, dass gestaltende Regelungen etwa der Tarifvertragspartner adäquat ansetzen können (vgl. zur Problematik der individualrechtlichen Interessendurchsetzung im Diskriminierungsbereich etwa Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 228).<Der **Gedanke der Verlagerung der Verhandlungsebenen** auf die **kollektivrechtlichen** Gestaltungsmechanismen zur Schaffung von **Mindestarbeitsbedingungen** findet sich etwa auch in der **Richtlinie 93/104/EG** des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 23. 11. 1993 (Arbeitszeitrichtlinie), die in **Art 6 Z 1** ausdrücklich eine Festlegung der wöchentlichen Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Tarifvereinbarungen der Sozialpartner vorsieht.<Dass neben dem Aspekt der Verhandlungsstärke auch die **Klarheit einer Regelung** dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen dient zeigt

sich auf Ebene des Gemeinschaftsrechts etwa an der **Richtlinie 91/533/EWG (Nachweisrichtlinie)**. Nach dieser soll ja gerade wegen der Vielfalt der Arbeitsformen (vgl die Präambel) der Arbeitgeber verpflichtet werden, den Arbeitnehmer über die im einzelnen aufgezählten **Punkte** des Arbeitsvertrages **schriftliche** zu unterrichten (vgl auch § 2 AVRAG). Auch hier geht das Gemeinschaftsrecht offenbar von der häufig bestehenden Festlegung der Arbeitszeit durch Tarifverträge oder gesetzliche bzw verwaltungsrechtliche Vorschriften aus, da nach Art 2 Abs 3 dieser Richtlinie die Unterrichtung über die normale Tages- und Wochenarbeitszeit (Art 2 Abs 2 lit i) auch durch Verweis auf diese Vorschriften erfolgen kann. Nun hat der EuGH zwar bereits wiederholt insbesondere unter Hinweis auf Art 6 der Nachweisrichtlinie 91/533/EWG ausgesprochen, dass eine Verletzung der Bestimmungen über die "Unterrichtung" am Inhalt des vereinbarten Arbeitsvertrages als solches nichts ändert und dieser auch durch andere Beweismittel nachgewiesen werden kann (vgl etwa EuGH 8. 2. 2001 Rs C-350/99 Lange mwN). Dadurch scheint jedoch nicht die Frage umfasst, inwieweit auch aus der Nachweisrichtlinie das gemeinschaftsrechtliche Verständnis ableitbar ist, dass durch die **Unterlassung der klaren Festlegung** von Rechten auch die **Diskriminierung schwächerer** Arbeitnehmergruppen bewirkt oder **verstärkt** werden kann, weil ihnen diese Rechte entweder nicht offensichtlich sind oder sie von der Durchsetzung schon wegen der zu erwartenden Schwierigkeiten abgehalten werden (vgl zur Verpflichtung zur Unterrichtung über Schutzbestimmungen etwa Art 7 der RL 75/117/EWG, Art 8 der RL 76/207/EWG ua). Ein ähnlicher Gedanke scheint auch Art 4 der **Richtlinie 97/80/EG** des Rates über die **Beweislast** bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vom 15. 12.

1997 (ABl Nr L 14 v 20. 1. 1998, 6) zugrundezuliegen, in dem vorgesehen ist, dass dann, wenn eine Person Tatsachen glaubhaft macht, die eine Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.<Im Zusammenhang mit dem **Verbraucherschutz** wurde in der Richtlinie 93/13/ EWG des Rates über die missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - wenngleich nicht auf Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbar - aus dem Gedanken des **Verhandlungsungleichgewichts** heraus (vgl die Präambel) in Art 5 das Erfordernis festgelegt, dass die Klauseln "**klar und verständlich**" abgefasst sein müssen.<Fasst man die dargestellten gemeinschaftrechtlichen Regelungen zusammen, so könnte diesen insgesamt - vergleichbar dem österreichischen Recht - der Gedanken entnehmbar sein, dass<1. eine auf den Einzelfall bezogene Vereinbarung über das Ausmaß und die Lage der Arbeitszeit ermöglicht werden soll<2. aber auch auf Ebene des Gemeinschaftsrechts ein Verhandlungsungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmer - insbesondere im Zusammenhang mit Diskriminierungsfragen - zugrundegelegt wird und<a. die Bedeutung von **kollektiven Verhandlungsebenen** zur Erlangung von Mindestbeschäftigungsbedingungen betont,<b. die **Transparenz** der dem Arbeitnehmer zustehenden Rechte angestrebt und auch<c. der **beweismäßigen** Sicherung von im Einzelvertrag erzielten Vereinbarungen Bedeutung zugemessen wird.<Betrachtet man unter diesem Aspekt den vorliegende Fall und das unter Ausklammerung der Diskriminierungsproblematik erzielte Auslegungsergebnis so scheint die grundsätzliche Haltung des österreichischen Gesetzgebers, Ausmaß und Lage der Arbeitszeit bei

Teilzeitbeschäftigten der **vertraglichen Vereinbarung** zu überlassen, trotzdem als **sachgerecht**, weil es nur dadurch möglich wird, den übereinstimmenden **spezifischen Wünschen** von Arbeitnehmern (etwa Kinderbetreuung, Studium etc) und Arbeitgebern (Auslastungsspitze, Vertretungsfälle etc) gerecht zu werden. Die in diesem Zusammenhang immer wieder geltend gemachten Bedenken einer strukturellen Benachteiligung (vgl etwa Fink, Regelung atypischer Beschäftigungsverhältnisse auf EU-Gemeinschaftsebene in Talos Atypische Beschäftigung, 82 ff, insbes 133) schlagen **insoweit** nicht durch (vgl im Zusammenhang etwa auch EuGH 15. 12. 1994 Rs C-399/92 ua Helmig Slg 1994, I-5727 - zu den fehlenden Überstundenzuschlägen - bei gleicher Stundenanzahl gleiches Entgelt, zur Abgrenzung im Bereich der sozialen Sicherheit etwa EuGH 14. 12. 1995 Rs C-317/93 Nolte Slg 1995 I-4625 - berechtigter Ausschluss der geringfügig Beschäftigten wegen sozial- und beschäftigungspolitischer Zielsetzung). Insoweit besteht hinsichtlich der Interessenlage etwa an einer "gleichmäßigen Verteilung" auch ein struktureller Unterschied zu Vollzeitbeschäftigten. Daher scheint es auch gerechtfertigt, das offensichtlich aus dem typologisch angenommenen Verhandlungsungleichgewicht entwickelte Modell der Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen durch Gesetz, Verwaltungsvorschrift oder Tarifvertrag auch für die "diskriminierungsanfällige" Arbeitnehmergruppe der Teilzeitbeschäftigten insoweit einzuschränken. <Dies scheint aber **dort nicht** zu gelten, wo die Arbeitsvertragsparteien diese individualrechtliche Gestaltungsbefugnis gar nicht nutzen bzw **über den gesetzlichen Rahmen hinaus** von der konkreten Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit Abstand zu nehmen. Der Grundgedanke der kollektiven Festlegung von

Mindestarbeitsbedingungen im Arbeitszeitbereich soll unter dem Aspekt der Flexibilisierung nur insoweit eingeschränkt werden, als zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eine transparente und einfach beweisbare einzelvertragliche Regelung getroffen wird.<In der **BRD** etwa wurde die Teilzeitrichtlinie im Wesentlichen durch Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (21. 12. 2000 BGBl I S 1966) umgesetzt. Dabei finden sich im § 12 dieses Gesetzes auch Regelungen über die Arbeit auf Abruf, die diese grundsätzlich als zulässig einstufen, jedoch zur Voraussetzung haben, dass eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit festgelegt wird. **Unterlassen** dies die **Vertragsparteien**, so sieht das Gesetz als Mindestarbeitsbedingungen (vgl dazu Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol TZA, 246; zur Orientierung an einem für den Arbeitnehmer günstigeren aus der faktischen Gestaltung ermittelten hypothetischen Parteienwillen - Buschmann aaO, 418) selbst eine Arbeitszeit von **10 Stunde** und die Dauer der täglichen Arbeitszeit mit mindestens **3 aufeinanderfolgenden** Stunden vor. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung besteht grundsätzlich nur nach einer 4 tägigen Vorankündigung. Damit ist hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit nicht nur die Vorankündigungszeit wesentlich geringer bemessen als nach § 19 c Abs 2 Z 2 AZG (§ 19 d Abs 2 AZG), sondern fehlen auch die weiteren Einschränkungen des **§ 19c Abs 2 Z 1** und **Z 3** AZG ("sachliche Gründe"; "Arbeitnehmerinteressen"). Allerdings soll den Mitwirkungsbefugnissen der Tarifvertragspartner und des Betriebsrates große faktische Bedeutung zukommen (vgl Buschmann aaO, 421 ff).<Eine vergleichbare **subsidiäre Festlegung von Ausmaß und auch Verteilung der Arbeitszeit**, die eine Orientierung für Fälle

der unterlassenen oder unzulässigen Vereinbarung und auch einen Ansatzpunkt für kollektivrechtliche Gestaltungen bietet, wurde vom **österreichischen Gesetzgeber** - anders als im Zusammenhang mit der Normalarbeitszeit - für **Teilzeitbeschäftigte** generell **nicht** getroffen. Die **Beklagte** wiederum hat diesen Mangel systematisch zum Nachteil der überwiegend weiblichen Teilzeitbeschäftigten **genutzt** (Frage 2 und 3).<Betrachtet man nun die offensichtlich gerade für diskriminierte Arbeitnehmergruppen im Zusammenhang mit der Durchsetzung ihrer Ansprüche wesentlichen Fragen der **Transparenz** und der **Beweisbarkeit**, so stellt sich die Frage, ob die allein aufgrund der allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen ermittelten Ansprüche im Sinne der Punkte B 2-B4 dieses Beschlusses, die **bloß bestimmbar** sind, **ausreichen**, um die **Diskriminierung zu beseitigen** und ob sie mit dem Ziel der Teilzeitrichtlinie, Hindernisse für eine **Flexibilisierung** zu beseitigen, vereinbar sind (vgl im Zusammenhang zur Frage der "Kartellierung" der

Mindestarbeitsbedingungen zum Schutz der Arbeitnehmer etwa Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht DRdA 1987, 271 ff und 411 ff; vgl zum Charakter eines Mindeststandards § 6 Abs 1 der Teilzeitrahmenvereinbarung). Vom Ausmaß scheint insbesondere relevant, ob eine **Abgeltung der potenziellen Arbeitszeit** zu erfolgen hat, durch die den Teilzeitarbeiterinnen die Nachteile (insbesondere bei der anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft oder der privaten Lebensgestaltung) abgegolten werden, die mit der - gerade auch durch die mangelnde transparente Festlegung der Arbeitszeiten bewirkten - erhöhten Flexibilität verbunden sind und ob nicht - mangels anderen Nachweises durch den Arbeitgeber hinsichtlich eines damals gerade bestehenden besonderen erhöhten

Arbeitsbedarfes - doch von der **höchsten tatsächlich geleisteten wöchentlichen Arbeitszeit** als vereinbartes Arbeitsausmaß auszugehen ist (**Frage 4**).

(Frage 4).

VI.) Zur Verpflichtung zur Vorlage und Aussetzung:

Bei den hier die Auslegung des Gemeinschaftsrechtes betreffenden Fragen kann vor dem Hintergrund der bisher ergangenen Entscheidungen des EuGH nicht davon ausgegangen werden, dass kein Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung dieser Fragen verbleibt. Daher ist der Oberste Gerichtshof verpflichtet, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten (vgl. Dausen, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art 177 des EG-Vertrages², 116 mwN, OGH 4 Ob 86/99x, 7 Ob 211/99a uva).

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass es wohl auch für die **Effektivität der Umsetzung** der einschlägigen Richtlinien insgesamt entscheidend ist, dass in einem **gemeinsamen Markt** nicht beispielsweise bei knapp nebeneinander liegenden Bekleidungsgeschäften in zwei Mitgliedstaaten die Bediensteten des einen Geschäftes den vollen auch durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebenen arbeitsrechtlichen Schutz genießen, während in dem anderen Geschäft in dem anderen derzeitigen (oder künftigen) Mitgliedstaat die Bediensteten nicht einmal als Arbeitnehmer gelten. Es werden dann wohl im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit in Grenzregionen bald nur noch Niederlassungen in dem zweitgenannten Mitgliedstaat eröffnet werden. Auch scheint es unter den oben dargelegten Prämissen (Verhandlungsungleichgewicht, ökonomischer

Vorteil größerer Flexibilität, die durch teilweise Zurückdrängung der kollektiven Festlegungen im Arbeitszeitbereich erzielt werden kann) fraglich, inwieweit das Ziel der Teilzeitrichtlinie, eine zwischen dem Mitgliedstaaten **harmonisierte Flexibilisierung unter Ausschaltung von Diskriminierungen für Teilzeitbeschäftigte** zu erreichen, nicht nur durch eine für den ganzen gemeinsamen Markt **einheitliche Auslegung** des nach dem Stand des Gemeinschaftsrechtes anzunehmenden **Schutzniveaus** erreicht werden kann, die auch einheitlich sichert, dass zumindest klare und transparente Arbeitszeitregelungen getroffen und den Teilzeitarbeitnehmerinnen die aus der erhöhten Flexibilität allenfalls eintretenden Nachteile - insbesondere bei der anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft oder der privaten Lebensgestaltung - abgegolten werden.

Der Ausspruch über die Aussetzung des Verfahrens gründet sich auf § 90a Abs 1 GOG.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 8. August 2002
Dr. P e t r a g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: