

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

08.08.2002

Geschäftszahl

8ObA277/01w

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer und Dr. Rohrer und die fachkundigen Laienrichter Dr. Lukas Stärker und Erika Helscher als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Nicole W***** , vertreten durch Freimüller/Noll/Obereder/Pilz, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei P***** GmbH & Co KG, ***** vertreten durch Dr. Thomas Zottl, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 11.929,23 brutto sA, infolge Rekurses der klagenden und der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 13. Juli 2001, GZ 8 Ra 123/01v-14, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 13. Dezember 2000, GZ 6 Cga 73/00y-10, aufgehoben wurde, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gemäß Art 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

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 Teilzeitarahmenvereinbarung), und Punkt 9 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 dahin auszulegen (Arbeitnehmerbegriff), dass auch Personen wie im vorliegenden Fall die Klägerin durchgehend geschützt sind, die in einem umfassenden Rahmendienstvertrag Vereinbarungen über Entgelt, Kündigungsbedingungen etc treffen, jedoch auch bestimmen, dass sich Ausmaß und Lage der Arbeitszeit nach dem Arbeitsanfall richten und im Einzelfall erst einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt werden?

1. b Ist der "Arbeitnehmerbegriff" im Sinne der Frage zu 1.a dann erfüllt, wenn unverbindlich in Aussicht genommen wird, dass eine Beschäftigung im Umfang von ca 3 Tagen wöchentlich und 2 Samstagen monatlich erfolgt?

1. c Ist der "Arbeitnehmerbegriff" im Sinne der Frage zu 1.a dann erfüllt, wenn tatsächlich eine Beschäftigung im Umfang von ca 3 Tagen wöchentlich und 2 Samstagen monatlich erfolgt?

1. d Kommt der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. 12. 1989 zumindest insoweit rechtsverbindlicher Charakter zu als sie zur Auslegung anderer gemeinschaftsrechtlicher Regelungen heranzuziehen ist.

2. Sind Art 141 EG sowie Art 1 der Richtlinie 75/117/EWG sowie Art 5 der Richtlinie 76/207/EWG (ABl. Nr. L 39 vom 14. 2. 1976, S. 40- im folgenden nur RL 76/207/EWG) und § 4 der Teilzeitarahmenvereinbarung dahin auszulegen dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt

wenn für Vollzeitbeschäftigte (ca 60% Männer , 40% Frauen) durch Gesetz oder Kollektivvertrag nicht nur Regelungen zum Ausmaß der Arbeitszeit, sondern teilweise auch für deren Lage bestehen, auf deren Einhaltung ein 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 Teilzeitarahmenvereinbarung 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 Teilzeitarahmenvereinbarung 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. dem für den Zeitpunkt des Arbeitsvertragabschluss zu ermittelnden Bedarf oder
4. der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit auszugehen, sowie

B hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit zur Abgeltung der für den Arbeitnehmer durch die Flexibilität eingetretenen Mehrbelastung und des dem Arbeitgeber verschafften Vorteils dem Arbeitnehmer

1. einen im Einzelfall zu bestimmenden "angemessenen" Zuschlag zum Stundenlohn, oder
2. einen Mindestzuschlag, der 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.

Text

Begründung:

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. Sie wollte zunächst vorübergehend arbeiten gehen und Geld ansparen. Zu Beginn der Vorstellung bei der Beklagten hatte die Klägerin einen Bewerbungsbogen auszufüllen; darin verneinte sie die Frage, ob sie aus zwingenden Gründen auf ein regelmäßiges Einkommen angewiesen sei. Beim Aufnahmegespräch stellte ein Mitarbeiter der Beklagten der Klägerin das Arbeitszeitmodell "Beschäftigung nach Bedarf" vor. Er meinte auch, dass man bei Bewährung über ein fixes Beschäftigungsverhältnis sprechen könne. Der Mitarbeiter machte die Klägerin ausdrücklich darauf aufmerksam, dass sie nicht mit einem fixen Einkommen rechnen könne, sondern sich lediglich ein Zusatzverdienst ergebe. Auch wies er darauf hin, dass keine Rufbereitschaft bestehe, sondern der Arbeitseinsatz im Einvernehmen vereinbart werde. Er stellte dies so dar, dass die Beschäftigten für die folgende Woche einen schriftlichen Dienstplan vorgelegt bekommen oder kurzfristig angerufen werden; zu jedem Angebot könne man ja oder nein sagen oder auch im Vorhinein bekannt geben, wann man nicht arbeiten will. Auf den genauen Umfang der Arbeitseinsätze der Klägerin konnte er sich nicht festlegen, stellte aber in Aussicht, dass es sich um etwa drei Tage pro Woche sowie zwei Samstage im Monat handeln könne. Des weiteren informierte sie der Mitarbeiter über die allgemeinen rechtlichen Konsequenzen eines Arbeitsverhältnisses. Die Höhe des Entgeltes benannte er für den Fall der tatsächlichen Beschäftigung mit S 90,-- (EUR 6,54) pro Stunde zuzüglich allfälliger Verkaufsprovisionen. Mit all dem war die Klägerin einverstanden. Nach dem Rahmendienstvertrag beruht der Arbeitseinsatz auf dem "Konsensprinzip", dh er richtet sich nach dem Arbeitsanfall bei der beklagten Partei und wird im Einzelfall einvernehmlich zwischen der beklagten Partei und der Klägerin festgelegt. Ausdrücklich verzichtete die Klägerin als Arbeitnehmerin abermals auf einen bestimmten Beschäftigungsumfang; die beklagte Partei garantierte andererseits, dass die Klägerin, wenn sie von der beklagten Partei geplante Arbeitseinsätze von Fall zu Fall ablehnt, sich 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 des Rahmendienstvertrages bestätigte die Klägerin nochmals, dass sie zur Kenntnis genommen hat, dass ihr kein fixes Einkommen zugesichert wird.

Die Klägerin war bei der beklagten Partei bis 30. 6. 2000 beschäftigt. In den Monaten ihrer Beschäftigung hatte die Klägerin unregelmäßige Arbeitseinsätze und dementsprechende unregelmäßige Entgeltforderungen; diese wurden von der beklagten Partei beglichen.

II Zum Vorbringen der Parteien:

Die Klägerin begehrt von der beklagten Partei den Betrag von zuletzt S 164.149,80 brutto (= 11.929,23 EUR) sA. Sie brachte dazu vor, dass die Beklagte überwiegend Bedarfsarbeitskräfte verwende, wobei durch den jeweiligen Abteilungsleiter nach dessen Gutdünken an dem "Pool" der Bedarfsarbeitskräfte eine Auswahl für unmittelbar bevorstehende Verkaufstage getroffen werde. Damit sei es dem Arbeitgeber ein Leichtes, sämtliche Schutzbestimmungen des Arbeitsrechtes dadurch auszuhöhlen, dass Arbeitseinsätze ganz einfach nicht mehr angefordert würden. Die Mitwirkung der Bedarfsarbeitskräfte bestehe lediglich darin, zum konkret angebotenen Arbeitseinsatz ja oder nein zu sagen. Es könne daher nicht von einem "Konsens" gesprochen werden, sondern es werde das wirtschaftliche Risiko des Einsatzes der Arbeitnehmer vollständig auf diese verlagert. Diese Vereinbarung sei sittenwidrig. Werde eine Bedarfsarbeitskraft über längere Zeit nicht eingesetzt, könne dies als Instrument dafür benützt werden, das Urlaubsentgelt, die Entgeltfortzahlung und die Abfertigung gegen Null tendieren zu lassen. Wenn in einer Lohnzahlungsperiode überhaupt kein Entgelt anfallt, sei der Arbeitnehmer von der Gebietskrankenkasse abzumelden. Die Klägerin habe im Oktober 1999 123,32 Arbeitsstunden geleistet, was einem Bruttomonatsgehalt von S 11.118,-- (EUR 807,98) und ab 1. 1. 2000 einem solchen von S 11.365,07 (EUR 825,93) entsprechen würde. Es sei das von ihr eingeforderte und geleistete maximale Arbeitsausmaß Grundlage für die Berechnung ihrer Ansprüche. Die Beklagte habe auch kurzfristig Arbeitseinsätze storniert oder angeordnet.

Die beklagte Partei bestreitet das Klagebegehren. Das zeitliche Ausmaß der fallweisen Beschäftigung werde nach den voraussichtlichen Umsatzerwartungen bzw dem Arbeitsanfall einerseits sowie den Wünschen der Arbeitnehmer andererseits im Einzelfall einvernehmlich festgelegt. Die Klägerin sei ausdrücklich auf die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung hingewiesen worden. Im Anhang sei ausdrücklich festgehalten worden, dass die Rahmenvereinbarung der Klägerin kein Einkommen sichere und es ihr freistünde, von Fall zu Fall Arbeitseinsätze ohne Nachteil abzulehnen. Die Klägerin habe auch zu keinem Zeitpunkt arbeitsbereit sein müssen. Die Bedarfsarbeitskräfte hätten Anspruch auf 30 Werktage bezahlten Urlaub pro Jahr, auf kollektivvertragliche Sonderzahlungen sowie auf gesetzliche Abfertigung und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Weiters seien die Bedarfsarbeitskräfte auch sozialversichert. Grundsätzlich werde am Montag oder Dienstag einer jeden Woche die Umsatzplanung für die Folgewoche durch den Verkaufsleiter erstellt. Anhand dieser Umsatzplanung würden - in Entsprechung der Wünsche der Arbeitnehmer - die Arbeitseinsätze der nächsten Woche geplant; die Mitarbeiter gäben bekannt, ob sie an einem Tag generell nicht arbeiten können, und könnten darüber hinaus mitteilen, wann sie in der nächsten Woche bei der Personaleinsatzplanung nicht berücksichtigt werden wollten. 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 Streitparteien festgelegt worden sodass kein sittenwidriger Arbeitsvertrag vorliege.

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

IV Die dem Obersten Gerichtshof vorgelegten Rechtsmittel:

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

Rechtliche Beurteilung

V Die amtswegige Einholung einer Vorabentscheidung fußt auf folgenden Überlegungen.

A Allgemeine innerstaatliche Rechtslage.

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

Über die tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen sind nach § 6 AZG Überstunden, zu denen Arbeitnehmer nur dann herangezogen werden dürfen, wenn sie nach den Bestimmungen des AZG zugelassen sind und berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers der Überstundenarbeit nicht entgegenstehen. In § 10 AZG wird festgelegt, dass für Überstunden ein Zuschlag von 50 % gebührt. Damit sollen Mehrbelastungen der Arbeitnehmer (Einschränkung der Freizeit etc) abgegolten und die Arbeitgeber von der Anordnung solcher Überstunden abgehalten werden. Im Zusammenhang mit der Gleitzeit, bei der der Arbeitnehmer in bestimmten Umfang seine Arbeitszeit selbst festlegen kann, ist angeordnet, dass jene Zeitguthaben des Arbeitnehmers, die nicht in die nächste Gleitzeitperiode übertragen werden können - unabhängig vom Überschreiten der Normalarbeitszeit - auch als Überstunden gelten. § 19e AZG sieht im Bereich der 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. § 19f AZG 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 - abgedeckt werden.

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

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

- "1 dies aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen sachlich gerechtfertigt ist,
2. dem Arbeitnehmer die Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im vorhinein mitgeteilt wird,
3. berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers dieser Einteilung nicht entgegenstehen und
4. keine Vereinbarung entgegensteht..... " Dass vorweg jedenfalls die Lage der Arbeitszeit festzulegen ist, soll auch helfen etwaige Entgeltfortzahlungsansprüche wegen Dienstverhinderungen (Arztbesuche etc) beurteilen zu können. Für das konkrete Ausmaß und die Lage von Teilzeitarbeit findet sich im AZG keine - sei es auch nur subsidiär geltenden - gesetzliche Regelung. § 19d AZG bestimmt für die Teilzeitarbeit Folgendes:

"(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.

(6) Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer dürfen wegen der Teilzeitarbeit gegenüber vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern nicht benachteiligt werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung..... Im Streitfall hat der Arbeitgeber zu beweisen, daß eine Benachteiligung nicht wegen der Teilzeitarbeit erfolgt....."

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

Der Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs legt die Normalarbeitszeit mit 38,5 Stunden pro Woche fest und enthält für diese Normalarbeitszeit auch Regelungen über die Durchrechnung über längere

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

Die Regelungen der §§ 19c und 19d AZG für Teilzeitbeschäftigte können dahin zusammengefasst werden: Sie gebieten jedenfalls eine Festlegung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Nach § 19c Abs 2 Z 4 AZG ist dann, wenn sich der Arbeitgeber eine Änderung der Lage der Arbeitszeit vorbehalten will, eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich. Die Zulässigkeit der Änderung ist dann an den weiteren Voraussetzungen des § 19c Abs 2 AZG zu messen. Eine Änderung hinsichtlich des ebenfalls zu vereinbarenden Ausmaßes der Teilzeitarbeitszeit ist überhaupt nur im Sinne einer "Mehr"arbeit zulässig und bedarf neben eines entsprechenden Vorbehalts der weiteren Voraussetzungen des § 19d Abs 3 AZG. Die Möglichkeit eines Vorbehalts hinsichtlich einer Verringerung der Teilzeitarbeit ist nicht vorgesehen.

Nicht planbare "Arbeitsspitzen" können bei Vollzeitbeschäftigten durch "Überstunden" mit Überstundenzuschlag, bei Teilzeitbeschäftigten durch "Mehrarbeit", die innerhalb der Grenzen der Normalarbeitszeit zuschlagsfrei ist, abgedeckt werden. Zum Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit nur kurzer Laufzeit, bei denen naturgemäß bei jedem Vertragsabschluss auch Ausmaß und Lage der Arbeitszeit neu vereinbart werden können, ist festzuhalten, dass nach ständiger Judikatur eine Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse ("Kettenarbeitsverhältnisse") unzulässig und dann mangels sachlichen Grundes für die Befristung von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auszugehen ist.

A.2. Zur Frage der Rechtswidrigkeit der hier vereinbarten "Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf-Konsensprinzip" Bereits vor der gesetzlichen Regelung durch die §§ 19c und 19d AZG wurden bestimmte flexible Teilzeitarbeitsmodelle als sittenwidrig abgelehnt, weil sie das wirtschaftliche Risiko - insbesondere einer ausreichenden Auftragslage - auf den Arbeitnehmer verschieben. Bei der Vereinbarung von kapazitätsorientierter Arbeitszeit legt der Arbeitgeber die Lage der umfänglich bestimmten Arbeitszeit innerhalb gewisser Grenzen einseitig fest. Bei der Arbeit auf Abruf fehlt jede Vereinbarung über eine bestimmte Grundanzahl von Arbeitsstunden, die der Unternehmer auf jeden Fall 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 dem Bedarf-"Konsensprinzip" in einer Art dauerndem Verhandlungszustand über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit. Zu dem durch die vorliegende Vertragskonstruktion geschaffenen dauernden Verhandlungszustand hat der erkennende Senat darauf hingewiesen, dass es von der arbeitsrechtlichen Lehre als dem Arbeitsrecht zugrundeliegend und geradezu typisch für die Verhandlungssituation des potenziellen Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber angesehen wird, dass dem Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung wenig Einflussmöglichkeiten zukommen und daher das Arbeitsrecht regelmäßig mit zwingenden oder einseitig zwingenden Regelungen an das tatsächliche Vorliegen Umständen anknüpft. Es ist daher eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gem § 19c und 19d AZG zwingend (vgl § 19g AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen insoweit unwirksam, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassenen Anbot abhängig macht. Insgesamt geht es nicht bloß um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass der Arbeitnehmer mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann. Im übrigen besteht die Gefahr, dass die Vorschriften über die Fortzahlung des Entgelts, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers, und über die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber unterlaufen werden. Gerade solche Konstellationen, in denen einem Arbeitnehmer durch geringe Einsatzzeiten und faktisch lange Wartezeiten ein weit erhöhtes wirtschaftliches Risiko aufgebürdet und die Dispositionsmöglichkeit über die Freizeit oder die Möglichkeit der Annahme einer anderen Teilzeitbeschäftigung massiv eingeschränkt wird, wollte das Gesetz verhindern.

Auch sind auf Arbeitgeberseite keine billigenwerten sachlichen Gründe für eine solche Vertragsklausel ersichtlich, da es ja durchaus möglich sein muss, den Personalbedarf einzuschätzen und entsprechende Vereinbarungen zur Lage und zum Ausmaß der Arbeitszeit zu treffen. Sind doch der Ausschluss allfälliger Entgeltfortzahlungsbelastungen aus Krankheitsgründen ebenso wie die "schleichende" Anpassung der Arbeitskapazitäten an den jeweiligen Bedarf ohne Beachtung des durch das Beendigungsrecht gewährten Schutzes (Verringerung) oder der Voraussetzungen für "Mehrarbeit" und "Überstunden" (Vermehrung) verpönt.

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

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

B.1.1. Zur Frage der Einordnung des Vertragstypus.

Nach § 1151 Abs 1 ABGB entsteht ein Arbeitsvertrag, "wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet". Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich von anderen Vertragstypen vor allem

durch die persönliche Arbeit, die Abhängigkeit des Arbeitnehmers, also dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle auswirkt; dabei müssen die Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht alle gemeinsam vorliegen, sondern nur insgesamt überwiegen.

Die Parteien haben hier eine umfassende, unbefristete Vereinbarung für die Erbringung solcher Dienste geschlossen, bei der sich die Klägerin jedenfalls beim jeweiligen Arbeitseinsatz in der dargestellten persönlichen Abhängigkeit befunden hat. Zweifelhaft könnte nur sein, ob bereits eine "Verpflichtung für eine gewisse Zeit" zur Erbringung dieser Dienstleistungen im Sinne des § 1151 ABGB entstanden ist, obwohl der konkrete Arbeitseinsatz sowohl hinsichtlich Ausmaß als auch Lage der Arbeitszeit einvernehmlich festzulegen war. Da aber die Parteien ein durchgehendes Dauerschuldverhältnis angestrebt haben, in dem sie die sonst wesentlichen Vereinbarungen getroffen haben und offensichtlich gerade nicht wollten, dass die einzelnen Arbeitseinsätze dann als einzelne - unzulässige - qualifiziert werden, ist auch unter Beachtung der typischen wechselseitigen Treue- und Fürsorgepflichten (diese werden durchgehend, allenfalls auch bei der Vereinbarung über die einzelnen Arbeitseinsätze, zu beachten sein) von einem Arbeitsverhältnis auszugehen.

B.1.2. Bestand des Restvertrages

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

Nach dem Normzweck ist von einer Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit jedenfalls insoweit auszugehen, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem entsprechenden Anbot des Arbeitgebers abhängig macht.

Es ist daher hier bereits der schriftliche Rahmendienstvertrag, als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, ohne dass es der Feststellungen über den "gelebten Vertrag" bedürfte. Der Rahmendienstvertrag weist alle Merkmale eines Arbeitsvertrages auf - mit Ausnahme der Vereinbarung eines bestimmten Arbeitszeitausmaßes und einer bestimmten Lage der Arbeitszeit. Er enthält Regelungen über die Stundenentlohnung, Anspruch auf Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Kündigungsregelungen. Es sollte offenbar gerade wegen der in Aussicht genommenen Dichte der Beschäftigung - 3 mal pro Woche - und der Unzulässigkeit von befristeten Kettendienstverträgen, die zur Annahme eines durchgehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses geführt hätte, gleich vorweg ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis vereinbart, der Beklagten aber im Ergebnis doch der Vorteil aus kurzen Befristungen teilweise gewahrt werden (keine Bindung an ein bestimmtes Arbeitsausmaß, etc).

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

Geht man davon aus, dass § 19d Abs 2 AZG verhindern soll, dass das wirtschaftliche Risiko bei schwankender Teilzeitarbeit vom Arbeitgeber in Richtung Arbeitnehmer verschoben werden kann, könnte man auch das Risiko des Nachweises einer gesetzmäßigen Vereinbarung dem Arbeitgeber aufbürden. Denkbar wäre, dass ein Arbeitnehmer ein Arbeitszeitausmaß (genauer: das Entgelt dafür) verlangen kann, das der nach der geübten Praxis höchstmöglichen Arbeitszeit entspricht; solches fordert die Klägerin. Erwogen werden könnte auch, ob an die Stelle der teilnichtigen Teilzeitregelung die gesetzliche oder kollektivvertragliche Normalarbeitszeit treten soll. Gerade dieses Ergebnis widerspräche aber in den meisten Fällen - da ja eine flexible Teilzeitarbeit und gerade keine "starre" Vollzeitarbeit gewollt ist - den Interessen beider Parteien. Im Ergebnis ist auf die Regelung in den § 6 AngG und § 1153 ABGB zu verweisen sein, die gerade für den Fall der mangelnden Vereinbarung festlegen, dass die nach "Art und Umfang" den Umständen angemessenen Dienste zu leisten sind.

Die Bezugnahme auf die "Umstände" wird als Verweis auf die "Verkehrssitte" verstanden. Eine Verkehrssitte zum Ausmaß von Teilzeitbeschäftigungen in einem Betrieb oder allgemein wird wohl schwer feststellbar sein. Wohl wird aber davon ausgegangen werden können, dass die übliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigten den Bestimmungen des AZG entspricht. § 19d Abs 3 Z 2 Arbeitszeitgesetz legt nun fest, dass der Arbeitgeber selbst bei einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Mehrarbeit, also über den "vereinbarten" Umfang der Teilzeitbeschäftigung hinaus, den Arbeitnehmer dazu nur dann heranziehen kann, wenn ein "erhöhter Arbeitsbedarf" vorliegt. Daraus lässt sich ableiten, dass das den Umständen angemessene Ausmaß der Arbeitszeit in jenem Umfang anzunehmen ist, der dem normalen Arbeitsbedarf im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entspricht. Dabei ist primär davon auszugehen, was aus dem Erklärungsverhalten der Vertragsparteien abzuleiten ist. In weiterer Folge kann dies auch aus dem faktischen Vollzug erschlossen werden. Insoweit wird der Durchschnitt des geleisteten Arbeitsausmaßes einen guten Anhaltspunkt bieten. Jedoch kann der Arbeitnehmer nachweisen, dass dieser Durchschnitt durch von der Normalauslastung abweichende verringerte spätere Arbeitseinsätze gesenkt wurde. Der Arbeitgeber wiederum kann etwa geltendmachen, dass die Verringerung über besonderen Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte. Da der Arbeitnehmer auch nicht mit einer von ihm nicht gewollten Erhöhung des Arbeitszeitausmaßes konfrontiert werden soll, ist zu betonen, dass die Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die ausdrückliche mangelnde Festlegung des Ausmaßes und der Lage der Arbeitszeit ja nur insoweit auszunehmen ist, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem entsprechenden Anbot des Arbeitgebers abhängig macht. Wohl aber kann darin die insoweit wirksame Vereinbarung gesehen werden, dass der Arbeitnehmer von der so bestimmten Arbeitszeit von sich aus Abstand nehmen kann, was er aber schon im Hinblick auf seine Treuepflicht rechtzeitig

anzukündigen hat. Ist die Klägerin (wie sie behauptet) in der letzten Zeit ihres Arbeitsverhältnisses - ohne dass ihr dies zuzurechnen wäre, etwa weil sie grundlos angebotene Arbeitseinsätze abgelehnt hat - geringer beschäftigt worden, hat sie Anspruch auf Nachzahlung des auf die Durchschnittsbeschäftigung entfallenden Entgelts. Insoweit ist ja dann die Arbeitsleistung aus dem Arbeitgeber zurechenbaren Gründen unterblieben (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. Dies gilt erst recht dann, wenn zwar wie hier ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass sich die Beschäftigung und damit die sich daraus ergebende Entlohnung nach dem Arbeitsanfall des Arbeitgebers richtet und infolge dessen mit keinem regelmäßigen fixen Einkommen zu rechnen ist, aber eine durchschnittliche Beschäftigungsmöglichkeit (hier etwa drei Tage in der Woche sowie zwei Samstage im Monat) in Aussicht gestellt wurde. B.3. Zu den Folgen der Unwirksamkeit der Vertragsklausel über die Lage der Arbeitszeit

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

B.4. Weitere entgeltmäßige Konsequenzen

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

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

B.5. Zusammenfassung

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, also 8 Stunden beträgt und häufig auch kollektivrechtlich geregelt wird. Bei Teilzeitbeschäftigten wird dies nicht in gleicher Form gewährleistet. Mehrarbeitsleistungen, die über die Normalarbeitszeit hinausgehen, oder sonst der Vereinbarung nicht entsprechen (keine Übertragung von Gleitzeitguthaben; kein Verbrauch des Zeitausgleichs) werden bei Vollzeitbeschäftigten mit einem fixen Überstundenzuschlag von 50 % abgegolten. Bei Teilzeitbeschäftigten ist dies im allgemeinen nicht vorgesehen. Die durch die rechtswidrige Vereinbarung und Anordnung über die Arbeitszeit herbeigeführten Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers und die daraus erzielten Vorteile des Arbeitgebers können nur durch einen im Einzelfall zu bestimmenden Zuschlag abgegolten werden. Weitere entgeltmäßige Konsequenzen könnten sich aus der von der Klägerin geltend gemachten Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten ergeben.

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

Die Klägerin stützt sich aber auch darauf, dass die vorliegende Arbeitszeitgestaltung eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darstelle. Nach den vorliegenden Statistiken sind über 90 % aller 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 EuGH 7. 12. 1995, Rs C-472/93, Spano, Slg 1995 I/4321). Weiters ist auch auf die unmittelbare Wirksamkeit des Art 141 EG Bedacht zu nehmen (vgl etwa EuGH 17. 5. 1990 Rs C-262/88 Barber, Slg 1990, I-1889).

C Zum Gemeinschaftsrecht und den Vorabentscheidungsfragen

Der Oberste Gerichtshof wird in diesem Zusammenhang - unbeschadet der Zuständigkeit des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur letztlich verbindlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechtes - die gemeinschaftsrechtlichen Annahmen, die der Oberste Gerichtshof seiner Anfrage zugrundelegt darstellen, um so offenzulegen, welches gemeinschaftsrechtliche Verständnis den Fragen zugrundeliegt. 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 dazu 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 Rolfs, Das neue Recht der Teilzeitarbeit RdA 2001, 142), mag dies auch durch den faktischen Zwang zur Annahme der Arbeitsanbotens 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, Betray, Slg 1989, 01621 ua; vgl zur Unterschiedlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes EuGH 12. 5. 1998 Rs C-85/96, Sala, 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 vom 28. 6. 1999 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 Gemeinschaftscharta, auf die nunmehr Art 136 EG Bezug nimmt, wurde durch die Rechtsprechung des EuGH noch nicht festgelegt. Der Oberste Gerichtshof geht mit der in der österr. Literatur vertretenen Ansicht von deren Unverbindlichkeit aus. Allerdings scheint nicht geklärt, inwieweit ihr nicht doch Bedeutung als Auslegungshilfe zuzuerkennen ist. 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. 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 (Lohnleichheitsrichtlinie) 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 Richtlinie soll 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, Slg 2001, I-4961 mwN etwa EuGH 17. 5. 1990 Rs C-262/88, Barber, Slg 1990, I-1889).

Wie der EuGH bereits wiederholt entschieden hat, umfasst der Begriff des Entgeltes 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, EuGH 26. 6. 2001 Rs C-381/99, Brunnhofer Rz 33). Diese 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, 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. 6. 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 EuGH 14. 9. 1999, Rs C-249/97, Gruber Slg 1999, I-5295 Rz 27; ferner auch schon EuGH 31. 5. 1995 Rs C-400/93, Royal Copenhagen, Slg 1995 I-1275 oder auch die Schlussanträge des GA Cosmas in der Rs C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse Slg 1999 I-2865 Rz 32) und inwieweit eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt werden kann, ist wohl der sachliche Bezugsrahmen entscheidend. Hierbei 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 Nacharbeit oder des Arbeitsrhythmus im Bereich des Gesundheitsschutzes (vgl etwa EuGH 12. 11. 1996, C-84/94, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg 1996, I-5755). Diese sind hier aber nicht betroffen.

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 zur Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit wurden die beschäftigungsfördernden Aspekte von Teilzeitbeschäftigten, 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 Teilzeitrahmenvereinbarung). 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 Teilzeitrahmenvereinbarung). Die "Anwendungsmodalitäten" sollen durch die Mitgliedstaaten und die Sozialpartner festgelegt werden (§ 4 Z 3 der Teilzeitrahmenvereinbarung). 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 Teilzeitrahmenvereinbarung). 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 daher die Vorgabe in § 4 Z 3 der Teilzeitrahmenvereinbarung ("Festlegung der Anwendungsmodalitäten") 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 des Rates vom 14. 10. 1991 (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 schriftlich zu unterrichten (vgl auch § 2 des österr. Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes). 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, Slg 2001 I 1061 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, S 6) zugrunde zu liegen, nach dem 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 vom 5. 4. 1993 über die mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - wengleich auf Arbeitsverhältnisse nicht 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 gemeinschaftsrechtlichen 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 Arbeitnehmerrechte angestrebt und 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 (vgl Pkt B 2-4) 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 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 selbst eine wöchentliche Arbeitszeit von 10 Stunden 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 § 19c Abs 2 Z 2 AZG (§ 19d 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 (Fragen 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 ("Kartellierung" der Mindestarbeitsbedingungen), vereinbar sind (vgl zum Charakter als Mindeststandard - § 6 Abs 1 der Teilzeitarahmenvereinbarung). Vom Ausmaß scheint besonders relevant, ob eine Abgeltung der potenziellen Arbeitszeit zu erfolgen hat, durch die den Teilzeitarbeitnehmerinnen 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).

VI.) Zur Verpflichtung zur Vorlage:

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 vorgegebene 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.