

1. Einleitung

Ab Beginn der 70er Jahre konnte ein kontinuierlicher Anstieg von befristeten Arbeitsverhältnissen in der EU festgestellt werden. Im EU-Gesamtschnitt wuchs die Befristungsrate von 1993 bis 2000 von 9 auf 13,4%.¹ Grund für diese Entwicklung war die Veränderung des Arbeitsmarktes seit den 70er Jahren. Flexible Arbeits- und Beschäftigungsformen gewannen zunehmend an Bedeutung.² Anhaltender technischer Fortschritt, Deregulierung und Wettbewerb und neue Formen von Produktions- und Arbeitsorganisation führten bzw. führten zu einem tief greifenden Wandel in der Arbeitswelt.³

Bereits in den 80er Jahren sah sich die EU veranlasst, wegen der verschiedenen Regelungen über die Befristung eines Arbeitsvertrages in den einzelnen Mitgliedstaaten eine Rechtsangleichung herbeizuführen und mit Mindestvorschriften befristet Beschäftigte zu schützen.⁴

Am 19. Juni 1996 erklärten die europäischen Sozialpartner (EGB, UNICE, CEEP)⁵ der Kommission ihre Bereitschaft, Verhandlungen über atypische Arbeitsverhältnisse zu führen.⁶ Am 6. Juni 1997 kam es vorerst zum Abschluss der Europäischen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die durch die RL 97/81/EG vom 7. April 1998 zu Gemeinschaftsrecht wurde. Die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse gelangte erst am 18. März 1999 zum Abschluss.

2. Die RL 99/70 über befristete Arbeitsverhältnisse

Am 10. Juli 1999 trat die RL in Kraft und soll gem Art 2 bis zum 10. Juli 2001 umgesetzt werden.

Die Ziele der Rahmenvereinbarung legt unter anderem § 1 RV fest: a) Die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse soll durch die Verankerung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verbessert und b) der Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge (nach österreichischer Terminologie Kettenarbeitsverhältnisse) verhindert werden. Be-

reits in der Präambel der Rahmenvereinbarung formulieren die Sozialpartner ihren Willen, „einen allgemeinen Rahmen zu schaffen, der durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen sichert und die Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverträge auf einer für Arbeitgeber und Arbeitnehmer akzeptablen Grundlage ermöglicht“. Die Vorschriften sollen gleichzeitig nur allgemeine Grundsätze und Mindestvorschriften darstellen, was den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, den Arbeitnehmern höhere Schutzstandards zu gewährleisten. Des Weiteren wollte man den Arbeitnehmern nicht nur

Die Umsetzung der RL 99/70 über befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich

Petra Laback

Schutz geben, sondern den Schutz so gestalten, dass er in das Organisationsgefüge von Unternehmen passt.⁷

Die Festlegung eines Diskriminierungsverbotes von befristet Beschäftigten hatte auch eine verbesserte Durchsetzung des Verbotes mittelbarer Geschlechtsdiskriminierung zum Ziel. Denn es sind mehr Frauen als Männer im EU-Bereich befristet beschäftigt.⁸

In Österreich erfolgte die Umsetzung der RL mit Einfügung eines neuen § 2b AVRAG, der am 30. April 2002 in Kraft trat.⁹ Die Umsetzung geschah also verspätet.

In Abs 1 des § 2b AVRAG setzte der österreichische Gesetzgeber das in § 4 der RV verankerte Diskriminierungsverbot um, mit Abs 2 das in § 6 Abs 1 RV festgesetzte Recht auf

1 Daten 1995–1998 entnommen aus: Holzinger, Atypische Beschäftigung in Österreich – Trends und Handlungsoptionen vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen (2001) Tabelle 8, 35; 1999 und 2000 aus: EUROSTAT, Arbeitskräfteerhebung – Wichtigste Ergebnisse 1999 bzw 2000, Statistik kurzgefaßt.

2 Tólos, Atypische Beschäftigungsformen und politische Maßnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Fraueninteressen, Forschungsbericht für das Bundesministerium für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz (1997) 609; Biffi, Beschäftigungspolitik in Österreich vor dem Hintergrund einer Europäischen Beschäftigungspolitik, ÖZP 2000, 285 (290 ff.).

3 Halse, Atypische Beschäftigung in Österreich (1998) 60.

4 Vgl Entschließung des Rates, ABl Nr C 2/1 vom 4. Jänner 1980; Entschließung des Europäischen Parlaments, ABl Nr C 260/54 vom 12. Oktober 1981, Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Re-

gelung der Zeitarbeit, KOM (82) 155 endg., ABl Nr C 128/2 vom 19. Mai 1982, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der Zeitarbeit, KOM (84) 159 endg., ABl Nr C 133/1 vom 21. Mai 1984, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, KOM (90) 228 endg., ABl Nr C 224/4 vom 8. September 1990; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Zeitarbeitnehmern, KOM (90) 228 endg., ABl Nr C 224/8 vom 8. September 1990; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen, KOM (90) 228 endg., ABl Nr C 224/6 vom 8. September 1990; letzterer wurde schließlich auch angenommen.

5 Europäischer Gewerkschaftsbund, Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas (Union des industries de la Communauté Européenne), Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (Centre européen des entreprises publiques).

6 Thema: Atypische Arbeitsverhältnisse, EuroAS 1996, 112.

7 Schlussfolgerungen der Sondertagung des Europäischen Rates über Beschäftigungsfragen in Luxemburg 20./21. November 1997.

8 Siehe auch die Feststellung in Z 9 der Präambel der RV: „Da mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer in befristeten Arbeitsverhältnissen in der Europäischen Union Frauen sind, kann diese Vereinbarung zur Verbesserung der Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern beitragen.“

9 BGBl I Nr 52/2002 vom 29. März 2002.

Information und Beschäftigungsmöglichkeit.¹⁰ Der österreichische Gesetzgeber unterließ es allerdings § 5 RV über die Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverhältnisse durch Gesetz umzusetzen, was vielfach kritisiert wurde.¹¹ Auf diese soll im Folgenden noch näher eingegangen werden.

2.1 Anwendungsbereich der RL

Nach § 2 Abs 1 gilt die RV für „befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder -verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definitionen“. Somit bestimmt sich der Arbeitnehmerbegriff nach dem jeweiligen nationalen Recht eines Mitgliedstaates und nicht nach Gemeinschaftsrecht.¹²

2.2 Definition eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers

Die RV geht in § 3 davon aus, dass es sich um einen solchen handelt, wenn er in einem „direkt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag oder -verhältnis“ steht, „dessen Ende durch objektive Bedingungen, wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird“. Leiharbeiter sind vom Anwendungsbereich der RV ausgenommen. Befristet Beschäftigte sind ansonsten also gemäß der RV alle Arbeitnehmer, die diese „Kriterien“ erfüllen. Sohin fallen in Österreich als weitere Folge auch befristete Arbeitsverhältnisse, die vom Anwendungsbereich des § 1 Abs 2 AVRAG ausgeschlossen sind, unter die Definition der RV (zB Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden, Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter nach dem Landarbeitsgesetz, Arbeitsverhältnisse zum Bund, auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zwingend regeln [VBG], Arbeitsverhältnisse zu Stiftungen, Anstalten und Fonds, auf die das VBG anzuwenden ist).

Die RL-Umsetzung war demgemäß nicht umfangreich genug. Daher ist jedenfalls das Diskriminierungsverbot der RV im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw der unmittelbaren Anwendbarkeit der RL auch auf diese Arbeitsverhältnisse anzuwenden.

Befristet Beschäftigte sind nach dem Wortlaut des § 3 Abs 1 RV nicht nur jene, deren Arbeitsvertrag mit einem kalendermäßige bestimmten Tag endet, sondern auch jene, deren Arbeitsvertrag bei Eintritt eines objektiv voraussehbaren und gewissen Ereignisses, dessen Eintrittszeitpunkt aber ungewiss ist, endet. Der Wortlaut der österreichischen Regelung in

§ 2b AVRAG „auf bestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverhältnisse“ ist in dieser Hinsicht unklar. *Jöst/Risak*¹³ empfehlen, diesen als Synonym anzusehen und ihn iSd RV auszulegen. Unklar bleibt nun allerdings, ob damit auch auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse¹⁴ gemeint sind. In Anbetracht unterschiedlicher Ansätze und Auffassungen diesbezüglich¹⁵ und der Tatsache, dass § 2b AVRAG eindeutig eine Regelung zugunsten befristet Beschäftigter darstellt, sollte man mE auch auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse als „auf bestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverhältnisse“ ansehen. Das Diskriminierungsverbot und die Information über frei werdende unbefristete Arbeitsverhältnisse käme auch Arbeitnehmern mit auflösend bedingten Arbeitsverträgen zugute und würde diesen eine bessere Ausgangsposition verschaffen. Würde man sie nicht in den Geltungsbereich des § 2b AVRAG miteinbeziehen, würden sie im Vergleich mit befristet Beschäftigten sachlich nicht gerechtfertigt benachteiligt werden.

3. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Eine Kernbestimmung der RV stellt § 4 dar – in ihm ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verankert, der bestimmt, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer in ihren Beschäftigungsbedingungen nur wegen ihres befristeten Arbeitsvertrages gegenüber den vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden dürfen. Den Vergleichsrahmen bilden also vergleichbare Dauerbeschäftigte gem § 3 Abs 2 RV. Das Diskriminierungsverbot gilt aber nicht, wenn sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Wie oben dargelegt, ist jedoch der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes durch § 1 Abs 2, 3 und 4 AVRAG maßgeblich eingeschränkt. Daher kommt es bei einem nicht zu vernachlässigenden Anteil der Arbeitnehmerschaft nicht zur Anwendung, was nicht im Sinne der RL bzw RV sein kann, gilt sie schließlich für alle Arbeitnehmer nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff (§ 2 Abs 1 RV)¹⁶ und die in § 1 Abs 2 und 4 AVRAG genannten Arbeitsverhältnisse unterliegen dem österreichischen Arbeitnehmerbegriff. Dies gilt allerdings nicht für Heimarbeiter.¹⁷ Da nun der österreichische Gesetzgeber seiner Umsetzungsverpflichtung nicht umfangreich genug nachgekommen ist, ist das Diskriminierungsverbot auf diese Arbeitsverhältnisse in vertikaler Wirkung unmittelbar anwendbar.¹⁸ In horizontaler Wirkung kommt es allerdings zu einem Staatshaftungsanspruch.

§ 2b AVRAG ist als zwingende Norm zu betrachten, da diese Bestimmung keine ausdrückliche Öffnungsklausel enthält, dh nicht durch einzelvertragliche Vereinbarung, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung abdingbar ist.

10 § 2b AVRAG: „(1) Arbeitnehmer mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis dürfen gegenüber Arbeitnehmern mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis nicht benachteiligt werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. (2) Der Arbeitgeber hat Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis über im Unternehmen oder Betrieb frei werdende Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an einer geeigneten, für den Arbeitnehmer leicht zugänglichen Stelle im Unternehmen oder Betrieb erfolgen.“

11 1/SN-198/ME: Bundeskanzleramt, 14/SN-198/ME: Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte; 15/SN-198/ME: Österreichischer Gewerkschaftsbund, 2; Klein, Neues aus der Gesetzgebung – AVRAG-Novelle, ASoK 2001 189, 190.
12 Wank/Börgmann, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über befristete Arbeitsverträge, RdA 1999, 383 (384); Schrammel/Winkler, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft (2002) 67.
13 Jöst/Risak, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97 (97).
14 Ihre Beendigung ist vom Eintritt eines von den Parteien vereinbarten künftigen Ereignisses abhängig. Der Eintritt der Bedingung ist ungewiss („Ob“).

15 Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 356; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹ (2001) 263; Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht⁴ (1999) 29 f.
16 Wank/Börgmann, RdA 1999, 383 (384); Schrammel/Winkler, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft 67.
17 Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (1998) 38, diese unterliegen nicht dem österreichischen Arbeitnehmerbegriff; vgl EB RV 1077 BlgNr 18 GP 9.
18 Streinz, Europarecht⁵ (2001) 157 f.

Bezüglich der Beschäftigungsbedingungen gehen *Fuchs/Marhold*¹⁹ davon aus, dass das Arbeitsentgelt nicht von der Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft erfasst ist (Art 137 Abs 6 EGV), verweisen aber darauf, dass dies strittig ist.²⁰ Als wichtigste Beschäftigungsbedingung ist das Arbeitsentgelt also aus dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes ausgenommen, dh es kann aus § 4 RV kein Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt wie für vergleichbare Dauerbeschäftigte abgeleitet werden. Arbeitsentgelt ist aber nicht nur das übliche Entgelt, sondern auch alle Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge, Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld. Der EuGH zählt auch Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge zum Arbeitsentgelt.²¹ Der österreichische Gesetzgeber lässt den Rechtsanwender diesbezüglich ein wenig im Unklaren. § 2b Abs 1 AVRAG legt nur ein allgemeines Diskriminierungsverbot fest, das, richtlinienkonform ausgelegt, das Arbeitsentgelt nicht beinhalten würde. Andererseits werden in den Erläuternden Bemerkungen als Beispiel für eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung Pensionskassenregelungen, die Arbeitsentgelt darstellen, angeführt.²² Daraus und aus dem weiten Wortlaut des § 2b Abs 1 AVRAG schließen *Jöst/Risak*²³ die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes auch auf Arbeitsentgelt und entgeltähnliche Leistungen. Eine weitere Beschäftigungsbedingung, auf die das Diskriminierungsverbot allgemein anwendbar ist, ist der Kündigungsschutz.²⁴ Da bei einer Befristung grundsätzlich die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, wird hier eine Gleichbehandlung scheinbar nicht in Betracht kommen. Allerdings müssten wohl bei einer Umdeutung einer unzulässigen Befristungsvereinbarung in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer dieselben Kündigungsbedingungen wie bei vergleichbaren Dauerbeschäftigten auf das umgedeutete unbefristete Arbeitsverhältnis angewandt werden. Dies wäre vor allem für Kündigungsbedingungen (Fristen und Termine) wichtig, die für den Arbeitnehmer günstiger als die allgemein vorgeschriebenen sind. Ist nun eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart, wird auch diese den Kündigungsbedingungen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten entsprechen müssen.

3.1 Sachlicher Grund für Diskriminierung

Welche sachlichen Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, bleibt der Entscheidung der nationalen Gerichte überlassen. Der EuGH hat als sachliche Gründe solche angesehen, die einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprechen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind.²⁵ Als Kriterium wird nur die Betriebszugehörigkeitszeit angeführt, weshalb Einkommen oder Arbeits-

zeit hier nicht als sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung dienen können.²⁶

Daher hat sich der österreichische Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage²⁷ mit den sachlichen Gründen auseinander gesetzt: Bei der Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist, ist auf den Einzelfall abzustellen. Es kommt auf Art und Zweck der Leistung an. Die Sachlichkeit soll dabei immer danach zu beurteilen sein, ob es der Zweck einer Regelung rechtfertigt, befristet Beschäftigte anders zu behandeln als vergleichbare Dauerbeschäftigte. Beispielhaft wird eine Pensionskassenregelung als sachlich gerechtfertigt angesehen, die die Einbeziehung in diese Regelung von der Dauer der Beschäftigung abhängig macht. Daher sollen sehr kurze befristete Arbeitsverhältnisse von der Einbeziehung ausgeschlossen werden können. Der Gesetzgeber sieht es auch sachlich gerechtfertigt, dass keine Verpflichtung zur Aushändigung eines Dienstzettels für Arbeitsverhältnisse besteht, deren Dauer höchstens ein Monat besteht.²⁸ Sachlich gerechtfertigt scheint auch eine Ungleichbehandlung bei umfangreicheren Schulungsmaßnahmen, „wenn deren Dauer und/oder die vom Arbeitgeber dafür aufzuwendenden Kosten außer Verhältnis zu der (noch) zu erwartenden Dauer des Arbeitsverhältnisses steht“.²⁹

3.2 Pro-rata-temporis-Grundsatz

Laut § 4 Abs 2 RV gilt, wo dies angemessen ist, der „Pro-rata-temporis-Grundsatz“. Dieser Grundsatz wurde nicht entsprechend im österreichischen Recht verankert. Im Angestelltenbereich ist er zwar ausdrücklich normiert (§ 16 AngG), für Arbeiter müssen Lehre und Rsp korrigierend eingreifen.³⁰ Hier besteht also noch Umsetzungsbedarf, da Verwaltungspraxis³¹ oder Rechtsprechung³² nicht zur RL-Umsetzung ausreichen, da sie jederzeit geändert werden können und keine ausreichende Publizität genießen.³³ Eine unmittelbare Wirkung des Pro-rata-temporis-Grundsatzes scheint aber nicht zu greifen, da fraglich ist, ob diese Bestimmung hinreichend genau formuliert ist.³⁴

3.3 Rechtsfolgen eines Verstoßes

Die RV selbst lässt die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbotes offen. Jedoch legt Art 2 Abs 1 der RL den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, Verstöße zu sanktionieren. Die RV überlässt es den Mitgliedstaaten, diesbezügliche Regelungen zu treffen.

§ 2 b AVRAG enthält selbst, wie das Diskriminierungsverbot des § 19 d Abs 6 AZG für Teilzeitbeschäftigte, keine Rechtsfolgenregelung. Es ist aber davon auszugehen, dass

19 *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht (2001) 156.

20 Vgl *Bödding*, Die europäischen Instrumentarien der Sozialpartner (1996) 102 f., *Schwarze*, Sozialer Dialog im Gemeinschaftsrecht, EAS B 8100, Rdnr. 29.

21 Grundlegend EuGH Urteil vom 17. Mai 1990, Rs. C-262/88, Slg 1990, 01889 – *Barber*.

22 EB RV 951 BlgNr 21 GP 5.

23 *Jöst/Risak*, ZAS 2002, 97 (99).

24 Vgl BAG vom 13. 3. 1997, 2 AZR 175/96.

25 Vgl EuGH vom 31. März 1981, Rs 96/80, Slg 1981, 00911 – *Jenkins*; EuGH vom 13. Mai 1986, Rs 170/84, Slg 1986, 01607 – *Bilka*; ähnlich EuGH vom 7. März 1996, Rs C-278/93, Slg 1996, I-1165 – *Freers und Speckmann*; EuGH vom 9. Februar 1999,

Rs C-167/97, Slg 1999, I-00623 – *Seymour-Smith und Perez*; EuGH vom 14. September, Rs C-249/97, Slg 1999, I-05295 – *Gruber*.

26 *Kaufmann*, Die europäische Sozialpartnereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ArbuR 1999, 332 (333).

27 EB RV 951 BlgNr 21 GP 5.

28 EB RV 951 BlgNr 21 GP 5.

29 *Rolfs*, Befristung des Arbeitsvertrages, EAS B 3200, Rz 15.

30 Erläuternd *Jöst/Risak*, ZAS 2002, 97 (99).

31 Siehe zuletzt EuGH vom 12. September 2002, Rs C-386/01 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 12. September 2002, Rs C-312/01 – *Kommission/Griechenland*; EuGH vom 16. Mai 2002,

Rs C-142/01, Slg 2002, I-04541 – *Kommission/Italienische Republik*; vgl auch EuGH vom 12. Oktober 1995, Rs C-242/94, Slg 1995, I-03031 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 29. Juni 1995, Rs C-109, 207, 225/94, Slg 1995, I-01791 – *Kommission/Griechenland*.

32 EuGH vom 19. September 1996, Rs C-236/95, Slg 1996, I-04459 – *Kommission/Griechenland*.

33 Zutreffend *Jöst/Risak*, ZAS 2002, 97 (100); kritisch auch 14/SN-198/ME: Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte.

34 *Rolfs*, EAS B 3200, Rz 18 zu den Worten „wo dies angemessen ist“; diese führen zu Unklarheiten.

daher, angelehnt am Gleichbehandlungsgesetz (GlBG), ein Anspruch auf Gleichstellung mit unbefristet Beschäftigten besteht.³⁵

4. Maßnahmen zur Vermeidung von Kettenbefristungen

Als zweite Kernbestimmung der RV trägt § 5 dem Ziel Rechnung, den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden.

Wie bereits angesprochen, hat Österreich diese Regelung nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt. Begründet wird dies in den Erläuternden Bemerkungen damit, dass § 5 RV die Setzung von Maßnahmen nur fordert, sofern keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung bestehen. Der Gesetzgeber sieht nun in § 879 ABGB eine derartige gleichwertige gesetzliche Maßnahme, denn durch die ständige Judikatur des OGH zu § 879 ABGB und die Lehre ist eine mehrmalige Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverhältnisse nichtig, wenn für diese mehrmalige Befristung keine sachliche Rechtfertigung gegeben werden kann. In diesem Fall gilt das Arbeitsverhältnis als eines auf unbestimmte Zeit. Des Weiteren wird diese Auffassung damit gerechtfertigt, dass sachliche Rechtfertigungen nur sehr schwer „generalisiert und typisiert“ werden können, und die Beurteilung jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt.³⁶

Aus folgenden europarechtlichen Erwägungen kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden: Richtlinien fordern lediglich die Mitgliedstaaten auf, das Ziel bzw den Zweck, im Sinne eines Ergebnisses, der Richtlinie zu erfüllen. Art 249 EGV überlässt den Mitgliedstaaten Form und Mittel, um „bei der Durchführung der Aufträge der Gemeinschaft nationalen Besonderheiten Rechnung zu tragen“³⁷ können. Dabei muss die Art der Umsetzung von Bestimmtheit und Klarheit geprägt sein, dass Rechtsunterworfenen, denen die jeweilige Richtlinie subjektive Rechte gewährt, von diesen Rechten Kenntnis erlangen und sie vor Gerichten durchsetzen können.³⁸ Ein Mitgliedstaat hat freilich nicht die Pflicht, Richtlinien in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung umzusetzen, Verwaltungspraxis³⁹ oder Rechtsprechung⁴⁰ reichen allerdings dazu nicht aus, da sie jederzeit geändert werden können und keine ausreichende Publizität genießen. Es kann aber unter Umständen ein allgemeiner rechtlicher Rahmen bzw eine Generalklausel für eine ordnungsgemäße Umsetzung ausreichen, jedoch nur, wenn die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie⁴¹ sowie die Erkennbarkeit und Durchsetzung von auf einer Richtlinie beruhenden, subjektiven Rechten gewährleistet sind.⁴² Allerdings wird § 879 ABGB dieses Erfordernis nicht erfüllen, da er für einen allgemeinen

gesetzlichen Rahmen eindeutig zu eng gefasst ist. Auch der Gesetzgeber des Universitätsorganisationsgesetzes 2002 (UOG 2002) sieht anscheinend § 879 ABGB zu eng gefasst und stellt in den Materialien abschließend angeführte sachliche Gründe fest, bei denen eine Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen zulässig ist und bezieht sich ausdrücklich auf § 5 der RV, die ihn veranlasst, eine Obergrenze für die zulässige Gesamtdauer von sechs Jahren zu ziehen.⁴³ Aus all diesen Gründen ist evident, dass der österreichische Gesetzgeber auch § 5 RV in nationales Recht umsetzen muss.

Im Hinblick auf die Wahlmöglichkeit unter alternativen Maßnahmen, die § 5 RV den Mitgliedstaaten zur Verfügung stellt, ist der Gesetzgeber offenbar der Auffassung, § 5 lit a RV gewählt zu haben. Der österreichische Gesetzgeber hat jedoch keine solche demonstrative Aufzählung sachlicher Gründe festgelegt.

Hiermit sei also zusammenfassend festgestellt, dass Österreich die Bestimmung des § 5 RV völlig unzureichend und soweit ersichtlich, abgesehen vom UOG 2002, nicht in nationales Recht umgesetzt hat.

Fraglich ist nun, ob § 5 RV unmittelbar anwendbar sein kann, da er den Mitgliedstaaten einerseits drei Wahlmöglichkeiten eröffnet und es in § 5 Abs 2 RV den Mitgliedstaaten überlässt, welche befristeten Arbeitsverhältnisse als aufeinander folgend zu betrachten sind und welche Arbeitsverhältnisse als unbefristet zu gelten haben.

Hinsichtlich der oben erwähnten drei Wahlmöglichkeiten in § 5 RV ist es allerdings fraglich, ob, als Erfordernis der unmittelbaren Anwendung, diese Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist. Dies erscheint mE nicht abwegig zu sein, aber zur genaueren Analyse werden bei Bedarf die Gerichte bzw der EuGH darüber entscheiden zu haben. Jedenfalls kommt bei Verneinung einer unmittelbaren Anwendbarkeit die Staatshaftung als Rechtsschutzinstrument zum Zuge.

Falls eine unmittelbare Anwendbarkeit bejaht wird, entstehen für alle anderen Arbeitnehmer mit Arbeitsverhältnissen zu privaten Arbeitgebern (horizontale Wirkung) bei Nichtumsetzung Staatshaftungsansprüche⁴⁴, die allerdings an drei Voraussetzungen gebunden sind: „Die Verleihung von Rechten an einzelne, die Bestimmbarkeit dieser Rechte auf Grundlage der Richtlinie sowie ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die Umsetzungspflicht und dem eingetretenen Schaden.“⁴⁵⁺⁴⁶

Mag^a. Petra Laback ist dzt Rechtspraktikantin in Graz.

35 Jöst/Risak, ZAS 2002, 97 (98).

36 EB RV 951 BlgNR 21 GP, 5.

37 Schmidt in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵ (1997), Art 189 Rz 39.

38 EuGH vom 11. August 1995, Rs C-433/93, Slg 1995, I-2303 – *Kommission/Deutschland*; EuGH vom 19. Mai 1999, Rs C-255/97, Slg 1999, I-03011 Rz 37 – *Kommission/Frankreich*.

39 Siehe zuletzt EuGH vom 12. September 2002, Rs C-386/01 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 12. September 2002, Rs C-312/01 – *Kommission/Griechenland*; EuGH vom 16. 5. 2002,

Rs C-142/01, Slg 2002, I-04541 – *Kommission/Italienische Republik*; vgl auch EuGH vom 12. Oktober 1995, Rs C-242/94, Slg 1995, I-03031 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 29. Juni 1995, Rs C-109, 207, 225/94, Slg 1995, I-01791 – *Kommission/Griechenland*.

40 EuGH vom 19. September 1996, Rs C-236/95, Slg 1996, I-04459 – *Kommission/Griechenland*.

41 EuGH vom 26. Oktober 1983, Rs C-163/82, Lts 1 – *Kommission/Italien*; vgl *Biervert in Schwarze*, EU-Kommentar¹ (2000) Art 249 Rz 28.

42 Ruffert in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV² (2002) Art 249 Rz 51.

43 EB RV 1134 BlgNR 21. GP 100 zu § 109 UOG 2002.

44 Grundlegend EuGH vom 19. November 1991, vB Rs C-6/90 und C-9/90, Slg 1991, I-5357 – *Franco-vich*; EuGH vom 14. Juli 1994, Rs C-91/92, Slg 1994, I-03325 – *Faccini Dori*.

45 *Streinz*, Europarecht⁵, Rz 410.

46 Zur Staatshaftung in Österreich vgl zB *Schoißwohl*, Zur Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsjudikatur, *ecolex* 1998, 963; *Klagian*, Die Staatshaftung nach dem Gemeinschaftsrecht (Teil II), *ZfRV* 1997, 15.