SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 18. Mai 2004 [1]

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Fall steht das Konzept der „Beschäftigung nach Bedarf" auf dem Prüfstand. Dabei geht es im Wesentlichen um die Frage, ob eine Vertragsgestaltung ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten gegen die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote verstößt.

2. Vor diesem Hintergrund stellt der österreichische Oberste Gerichtshof (im Folgenden auch: das vorlegende Gericht) in seinem Vorabentscheidungsersuchen mehrere Fragen zur Auslegung von sozialpolitischen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere zum Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten und zum Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht.

1 — Originalsprache: Deutsch.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Artikel 141 Absatz 1 EG lautet:

„Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher."

4. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des

Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen [2] (im Folgenden: Richtlinie 75/117) hat folgenden Wortlaut:

„Der in Artikel 119 des Vertrages genannte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, im Folgenden als ‚Grundsatz des gleichen Entgelts' bezeichnet, bedeutet bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen."

5. Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen [3] (im Folgenden: Richtlinie 76/207) in der für den vorliegenden Fall maßgeblichen Fassung hat folgenden Wortlaut:

„Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gewährt werden." [4]

6. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit [5] (im Folgenden: Richtlinie 97/81) bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen, bis zum 20. Januar 2000 in Kraft oder vergewissern sich spätestens zu diesem Zeitpunkt, dass die Sozialpartner im Wege einer Vereinbarung die erforderlichen Vorkehrungen getroffen haben; dabei haben die Mitgliedstaaten alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um jederzeit gewährleisten zu können, dass die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erzielt werden. ..."

7. Artikel 3 der Richtlinie 97/81 lautet:

„Diese Richtlinie tritt am Tag ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* in Kraft." [6]

2 — ABl. L 45, S. 19.

3 — ABl. L 39, S. 40.

4 — Zwischenzeitlich ist Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 durch den geänderten Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c derselben Richtlinie ersetzt worden. Die neue Fassung ist gemäß Artikel 3 der Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207 (ABl. L 269, S. 15) am 5. Oktober 2002 in Kraft getreten. Die Umsetzungsfrist für die vorgenommenen Änderungen dauert noch bis zum 5. Oktober 2005 an.

5 — ABl. 1998, L 14, S. 9 (Berichtigung in ABl. 1998, L 128, S. 71).

6 — Die Veröffentlichung im Amtsblatt erfolgte am 20. Januar 1998.

8. Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die im Anhang zur Richtlinie 97/81 abgedruckt ist, soll gemäß ihrem § 1

„a) die Beseitigung von Diskriminierungen von Teilzeitbeschäftigten sicherstellen und die Qualität der Teilzeitarbeit verbessern;

b) die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis fördern und zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit beitragen, die den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Rechnung trägt".

9. § 2 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit bestimmt:

„Die vorliegende Vereinbarung gilt für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen."

10. § 3 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit definiert den Teilzeitbeschäftigten als einen Arbeitnehmer, dessen normale, auf Wochenbasis oder als Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums berechnete Arbeitszeit unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt.

11. § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit sieht unter anderem vor:

„1. Teilzeitbeschäftigte dürfen in ihren Beschäftigungsbedingungen nur deswegen, weil sie teilzeitbeschäftigt sind, gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

2. Es gilt, wo dies angemessen ist, der Pro-rata-temporis-Grundsatz.

..."

12. In § 6 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit heißt es u. a.:

„1. Die Mitgliedstaaten und/oder die Sozialpartner können günstigere Bestimmungen beibehalten oder einführen, als sie in dieser Vereinbarung vorgesehen sind.

...

4. Diese Vereinbarung gilt unbeschadet spezifischer Gemeinschaftsbestimmungen, insbesondere der Gemeinschaftsbestimmungen zur Gleichbehandlung und Chancengleichheit von Männern und Frauen.

5. Die Vermeidung und Behebung von Streitfällen aufgrund der Anwendung dieser Vereinbarung erfolgt gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten."

13. Neben den genannten Vorschriften ist ferner auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer[7] hinzuweisen, welche anlässlich der Tagung des Europäischen Rates vom 9. Dezember 1989 in Straßburg verabschiedet wurde und auszugsweise folgenden Inhalt hat:

„5. Für jede Beschäftigung ist ein gerechtes Entgelt zu zahlen.

Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, dass entsprechend den Gegebenheiten eines jeden Landes

— den Arbeitnehmern ein gerechtes Arbeitsentgelt garantiert wird, das heißt, ein Arbeitsentgelt, das ausreicht, um ihnen einen angemessenen Lebensstandard zu erlauben;

— die Arbeitnehmer mit einer anderen Arbeitsregelung als dem unbefristeten Vollzeitvertrag ein gerechtes Bezugsentgelt erhalten;

...

7. Die Verwirklichung des Binnenmarktes muss zu einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft führen. Dieser Prozess erfolgt durch eine Angleichung dieser Bedingungen auf dem Wege des Fortschritts und betrifft namentlich die Arbeitszeit und die Arbeitszeitgestaltung sowie andere Arbeitsformen als das unbefristete Arbeitsverhältnis, wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit.

...

9. Die Arbeitsbedingungen eines jeden abhängig Beschäftigten der Europäischen Ge-

7 — Wiedergegeben im Dokument der Kommission KOM(89) 471 vom 2. Oktober 1989.

meinschaft müssen entsprechend den Gegebenheiten der einzelnen Länder durch das Gesetz, durch einen Tarifvertrag oder in einem Beschäftigungsvertrag geregelt sein.

...

10. Entsprechend den Gegebenheiten der einzelnen Länder

— hat jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft Anspruch auf einen angemessenen sozialen Schutz und muss unabhängig von seiner Stellung und von der Größe des Unternehmens, in dem er arbeitet, Leistungen der sozialen Sicherheit in ausreichender Höhe erhalten ...“

B — *Nationales Recht*

14. Aus dem nationalen Recht Österreichs sind insbesondere Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes (im Folgenden: GlBG) und des Arbeitszeitgesetzes vom 6. Juni 1994[8] (im Folgenden: AZG) von Bedeutung.

15. Nach § 2 Absatz 1 GlBG darf aufgrund des Geschlechts niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, bei der Festsetzung des Entgelts und bei den sonstigen Arbeitsbedingungen. Bei Diskriminierungen im Bereich der Festsetzung des Entgelts hat der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Bezahlung der Differenz (§ 2a Absatz 2 GlBG).

16. § 3 AZG setzt die Normalarbeitszeit grundsätzlich auf 40 Stunden pro Woche und 8 Stunden pro Tag fest.

17. In Bezug auf die Lage der Normalarbeitszeit bestimmt § 19c AZG Folgendes:

„(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,

8 — BGBl. 1994 I, S. 1170.

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.

(3) Von Abs. 2 Z 2 kann abgewichen werden, wenn dies in unvorhersehbaren Fällen zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils erforderlich ist und andere Maßnahmen nicht zumutbar sind. Durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung können wegen tätigkeitsspezifischer Erfordernisse von Abs. 2 Z 2 abweichende Regelungen getroffen werden."

18. § 19d AZG lautet auszugsweise:

„(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.

...

(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."

19. Ferner ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss, dass der Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs die Normalarbeitszeit mit 38,5 Stunden pro Woche festlegt und auch Regelungen über die Durchrechnung über längere Zeiträume enthält.

III — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

20. Im Zeitraum zwischen Oktober 1998 und Juni 2000 war die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Frau Wippel, bei der Beklagten des Ausgangsverfahrens, der Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG (im Folgenden: P&C), einem Unternehmen des Bekleidungseinzelhandels, beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis beruhte auf einem Rahmenarbeitsvertrag, dem das Prinzip der Beschäftigung nach Bedarf zugrunde lag.

21. Insbesondere sah dieser Rahmenarbeitsvertrag keine festen Arbeitszeiten vor, vielmehr sollten Dauer und Lage der Arbeitszeit von Fall zu Fall einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt werden. Im Einzelnen sollte P&C je nach Arbeitsanfall die Dienste von Frau Wippel anfordern, und diese sollte den angebotenen Arbeitseinsatz annehmen oder ablehnen können, ohne sich rechtfertigen zu müssen. In der Praxis erstellte der Verkaufsleiter von P&C am Anfang jeder Woche die Umsatz- und Einsatzplanung für die Folgewoche. Jeder Beschäftigte konnte auf einer Liste angeben, wann er oder sie in der jeweils folgenden Woche nicht arbeiten wolle. Die Arbeitseinsätze wurden sodann von P&C in Übereinstimmung mit diesen Wünschen der Beschäftigten festgelegt. Aus den Akten ergibt sich überdies, dass Frau Wippel mehrmals angab, an bestimmten Tagen nicht arbeiten zu können oder zu wollen.

22. Der Rahmenarbeitsvertrag sah auch vor, dass Frau Wippel kein festes Einkommen garantiert werde, da beide Seiten ausdrücklich darauf verzichteten, einen bestimmten Beschäftigungsumfang festzulegen. P&C stellte der Klägerin lediglich in Aussicht, etwa drei Tage pro Woche sowie zwei Samstage im Monat arbeiten zu können. Ihr Entgelt betrug 6,54 EUR pro Stunde zuzüglich eventueller Verkaufsprovisionen.

23. Tatsächlich arbeitete Frau Wippel im Laufe ihrer Beschäftigungszeit von Oktober 1998 bis Juni 2000 unregelmäßig; entsprechend variierte die Höhe ihres Arbeitsentgelts von Monat zu Monat. Die Höchstzahl ihrer monatlichen Arbeitsstunden erreichte sie im Monat Oktober 1999 mit 123,32 Stunden.

24. Vor Abschluss des Rahmenarbeitsvertrags war Frau Wippel, die zu Beginn des Arbeitsverhältnisses 19 Jahre alt war und gerade ihre Schulbildung abgeschlossen hatte, von P&C über die Vor- und Nachteile der gewählten Vertragsgestaltung aufgeklärt worden. Frau Wippel gab dabei an, nicht auf ein regelmäßiges Einkommen angewiesen zu sein.

25. Nunmehr streiten die Parteien des Ausgangsverfahrens über eine Lohnforderung von Frau Wippel. Diese erhob im Juni 2000 beim Arbeits- und Sozialgericht Wien Klage gegen P&C auf Zahlung von 11 929,23 EUR

zuzüglich Auslagen und Nebenforderungen. Sie macht geltend, P&C müsse ihr rückwirkend Entgelt nachzahlen, und zwar für die Differenz zwischen dem Höchstmaß der Arbeit, welches von ihr habe verlangt werden können, und den tatsächlich monatlich von ihr geleisteten Arbeitsstunden. Frau Wippel behauptet, ihre größtmögliche Arbeitszeit, die sie im Monat Oktober 1999 ableistete, hätte Grundlage ihres Entgelts für *jeden* Monat sein müssen, in dem sie für P&C gearbeitet habe. Auf dieser Grundlage beansprucht sie ein Bruttomonatsgehalt von 807,98 EUR im Zeitraum bis Dezember 1999 und von 825,93 EUR im Zeitraum von Januar bis Juni 2000.

26. Das Arbeits- und Sozialgericht Wien wies die Klage unter Verweis auf § 19d Absatz 2 AZG ab; im vorliegenden Fall sei jeder einzelne Arbeitseinsatz im Einvernehmen zwischen den Streitteilen festgelegt worden. Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht hob die erstinstanzliche Entscheidung auf, verwies die Rechtssache zur Prüfung des tatsächlichen Beschäftigungsverlaufs an das Erstgericht zurück und ließ den Rekurs zu. Beide Parteien legten Rekurs beim Obersten Gerichtshof ein.

27. Zum österreichischen Recht führt der Oberste Gerichtshof aus, dass nach dem AZG für Vollzeitarbeitnehmer eine nach Ausmaß und Lage gesetzlich festgelegte Normalarbeitszeit gelte. Dagegen finde sich für Teilzeitbeschäftigte hinsichtlich des konkreten Ausmaßes und der Lage ihrer Arbeitszeit im AZG keine — sei es auch nur subsidiäre — gesetzliche Regelung.

28. Unter Beachtung des Zwecks der arbeitszeitrechtlichen Regelungen sei eine Vereinbarung wie die im vorliegenden Fall unwirksam. Sie laufe darauf hinaus, dass der Arbeitnehmer auf seinen gesetzlichen Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichte und überlasse die Lage der Arbeitszeit der Willkür des Arbeitgebers.

29. Der Oberste Gerichtshof weist auch auf statistische Daten hin, wonach über 90 % aller Teilzeitbeschäftigten Frauen seien, während ihr Anteil unter den Vollzeitbeschäftigten bei etwa 40 % liege. Da P&C nicht vorgetragen habe, dass die Verhältnisse in ihrem Betrieb hiervon wesentlich abwichen, sei davon auszugehen, dass nicht nur im Allgemeinen, sondern auch im Betrieb von P&C der Anteil der Frauen an den Teilzeitbeschäftigten wesentlich über ihrem Anteil bei den Vollzeitbeschäftigten liege.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

30. Mit Beschluss vom 8. August 2002 hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) a) Sind Artikel 141 EG, Artikel 1 der Richtlinie 75/117 sowie § 2 der von der UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über die Teilzeitarbeit, die mit der Richtlinie 97/81 umgesetzt wurde, und Nummer 9 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 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?

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. drei Tagen wöchentlich und zwei Samstagen monatlich erfolgt?

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

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

2) Sind Artikel 141 EG, Artikel 1 der Richtlinie 75/117 sowie Artikel 5 der Richtlinie 76/207 und § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit dahin auszulegen, dass es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt, wenn für Vollzeitbeschäftigte (ca. 60 % Männer und 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 Artikel 141 EG, Artikel 1 der Richtlinie 75/117 sowie Artikel 5 der Richtlinie 76/207 und § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit 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 Artikel 141 EG, Artikel 1 der Richtlinie 75/117 sowie Artikel 5 der Richtlinie 76/207 und § 4, aber auch § 1 Buchstabe b (Förderung der Entwicklung der Teilzeitarbeit) der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit 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 Arbeitsvertragsabschlusses 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 (acht 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

i) 14 Tage oder

ii) einen angemessenen Rahmen unterschreitet,

zuzuerkennen?

31. Frau Wippel, P&C, die Regierungen der Republik Österreich und des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission haben vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben.

V — **Würdigung**

A — *Zulässigkeit der Vorlagefragen*

32. In seinem Vorlagebeschluss führt der Oberste Gerichtshof aus, das Konzept der Beschäftigung nach Bedarf sei nach nationalem Recht unzulässig und der zwischen Frau Wippel und P&C geschlossene Rahmenarbeitsvertrag teilweise nichtig. Vor diesem Hintergrund äußert die Kommission in ihren schriftlichen und mündlichen Erklärungen den Eindruck, dass es im Ausgangsrechtsstreit vor allem um Fragen des nationalen österreichischen Rechts gehe. Damit problematisiert die Kommission indirekt auch die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Artikel 234 EG und die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Beantwortung der Vorlagefragen.

33. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung allein Sache des nationalen Gerichts ist, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache so-

wohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen. Das Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts kann nur zurückgewiesen werden, wenn offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens besteht [9].

34. Im vorliegenden Fall beabsichtigt der Oberste Gerichtshof die Anwendung von innerstaatlichen Vorschriften wie etwa des AZG und des GlBG, welche jedenfalls in Teilen der Umsetzung von Rechtsakten der Gemeinschaft dienen [10]. Nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung [11] kann es bei der Anwendung nationaler Gesetze auch auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts ankommen. Auf den Ausgangsrechtsstreit bezogen gilt dies nicht nur für die tatbestandlichen Voraussetzungen der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote, sondern auch — wie die Kommission zutreffend bemerkt — für deren Rechtsfolgen, also für die Konsequenzen, welche aus Sicht des Gemeinschaftsrechts aus einer etwaigen Diskriminierung zu ziehen wären.

9 — Vgl. etwa die Urteile vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnrn. 59 bis 61), vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-230/96 (Cabour, Slg. 1998, I-2055, Randnr. 21), vom 6. Juni 2000 in der Rechtssache C-281/98 (Angonese, Slg. 2000, I-4139, Randnr. 18) und vom 25. März 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 und C-499/00 (Ribaldi, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 72).

10 — Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die Richtlinien 76/207 und 97/81 zu nennen.

11 — Zum Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gemäß Artikel 249 Absatz 3 EG in Verbindung mit Artikel 10 EG vgl. nur das Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnrn. 19 bis 26 und die dort zitierte Rechtsprechung).

35. Damit fehlt es dem Vorabentscheidungsersuchen nicht offensichtlich an jeglichem Bezug zum Ausgangsverfahren. Die Vorlagefragen sind zulässig.

B — *Zur ersten Frage, Buchstabe d: Rechtscharakter der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte*

36. Frage 1 Buchstabe d betrifft den Rechtscharakter der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Das vorlegende Gericht fragt nach der Rechtsverbindlichkeit dieser Charta; es möchte wissen, ob die Charta zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts heranzuziehen ist. Ich schlage vor, diese Frage vorweg zu prüfen, weil sie Auswirkungen auf die Beantwortung aller anderen Fragen des vorlegenden Gerichts hat.

37. Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer wurde anlässlich der Tagung des Europäischen Rates von Straßburg am 9. Dezember 1989 im Wege einer Erklärung verabschiedet [12]. Sie hat deshalb nicht den rechtsverbindlichen Charakter von Primärrechtsakten, wie er dem Vertrag und, gemäß Artikel 311 EG, den ihm beigefügten Protokollen zukommt.

12 — Diese Erklärung wurde von den Staats- bzw. Regierungschefs von elf der damals zwölf Mitgliedstaaten angenommen und ist nicht im Amtsblatt veröffentlicht; vgl. dazu die Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Bull. EG 12-1989, Nr. 1.1.10.

Auch kann die Charta schon mangels Rechtsetzungskompetenz des Europäischen Rates nicht als verbindlicher Akt des Sekundärrechts angesehen werden. In ihr kommen lediglich allgemeine sozialpolitische Zielvorstellungen zum Ausdruck, die darauf abzielen, der Union einen Impuls für ihre Entwicklung auf dem Gebiet der Sozialpolitik zu geben [13].

38. Wenngleich also die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer als solche kein verbindlicher Rechtsakt ist [14], weisen doch diverse Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts einen starken Bezug zu ihr auf, den es bei deren Auslegung und Anwendung angemessen zu berücksichtigen gilt. Im Hinblick auf derartige Vorschriften hat auch der Gerichtshof die Charta bereits als Auslegungshilfe herangezogen [15].

39. Was etwa Artikel 141 EG betrifft, so befindet sich diese Bestimmung im Kapitel des Vertrages über die Sozialpolitik, dessen einleitende Vorschrift, Artikel 136 Absatz 1 EG, seit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam [16] ausdrücklich auf die Charta verweist. Gleiches gilt für die Richtlinie 97/81, deren dritter Erwägungsgrund ebenfalls direkt auf die Charta Bezug nimmt. Selbst die vor Verabschiedung der Charta in Kraft getretenen Richtlinien 75/117 und 76/207 dienen der Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für Arbeitnehmer im betrieblichen Bereich und betreffen somit ebenfalls einen Gegenstand der Charta [17], in deren Lichte sie folglich auszulegen und anzuwenden sind.

40. Aber auch abgesehen von solchen Vorschriften, welche bereits aufgrund ihres spezifischen sozialpolitischen Regelungsgehalts einen engen Bezug zu ihr aufweisen, ist die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer bei der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen. Denn die Ziele des sozialen Fortschritts und eines hohen Maßes an sozialem Schutz, wie sie in Artikel 2 EG, im zweiten und dritten Erwägungsgrund der Präambel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie im achten Erwägungsgrund der Präambel des Vertrags über die Europäische Union zum Ausdruck kommen, gelten für sämtliche Aktivitäten der Gemeinschaft. Entsprechend nimmt der vierte Erwägungsgrund der Präambel des

13 — Vgl. auch Artikel 4 EU, der zwar im Jahre 1989 noch nicht in Kraft war, aber als Ausdruck dessen angesehen werden kann, was bereits vor dem Vertrag über die Europäische Union die Rolle des Europäischen Rates und der in ihm vertretenen Staats- bzw. Regierungschefs der Mitgliedstaaten war.

14 — Gegen eine Rechtsverbindlichkeit der Charta spricht sich im Ergebnis auch Generalanwalt Jacobs in seinen verbundenen Schlussanträgen vom 28. Januar 1999 in den Rechtssachen C-67/96, C-115/97 bis C-117/97 und C-219/97 (Albany u. a., Slg. 1999, I-5751, I-5754, Nr. 137) aus.

15 — Urteil vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-151/02 (Jaeger, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 47), ähnlich das Urteil vom 26. Juni 2001 in der Rechtssache C-173/99 (BECTU, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 39). Beide Urteile betrafen die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 307, S. 18; im Folgenden: Richtlinie 93/104), deren vierter Erwägungsgrund ausdrücklich auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer Bezug nimmt.

16 — Am 1. Mai 1999.

17 — Vgl. Nr. 16 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.

Vertrags über die Europäische Union ausdrücklich auf die diese Ziele konkretisierende Charta Bezug.

41. Dem vorlegenden Gericht ist deshalb zu antworten, dass die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, wenngleich rechtlich unverbindlich, als Auslegungshilfe für Vorschriften des Gemeinschaftsrechts heranzuziehen ist.

C — *Zur ersten Frage, Buchstaben a bis c: Begriff des Arbeitnehmers*

42. Mit seiner Frage 1, Buchstaben a bis c, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Artikels 141 EG, der Richtlinie 75/117, der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer auch solche Personen umfasst, welche lediglich geringfügig beschäftigt sind und ihre Tätigkeit nach Bedarf ausüben, und zwar ohne konkrete, im Voraus festgelegte Arbeitszeiten.

43. Das Gemeinschaftsrecht kennt keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff, vielmehr hängt die Bedeutung dieses Begriffs von der jeweils betroffenen Vorschrift ab [18]. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit einerseits und Artikel 141 EG, der Richtlinie 75/117, der Richtlinie 76/207 sowie der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer andererseits.

1. Der Begriff des Arbeitnehmers in der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit

44. Was zunächst die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit betrifft, so gilt diese gemäß ihrem § 2 Absatz 1 „für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen".

45. Im Sinne der Rahmenvereinbarung ist folglich der Begriff des Arbeitnehmers nicht gemeinschaftsrechtlicher Natur. Vielmehr wird der persönliche Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung unter Verweis auf das jeweils anwendbare innerstaatliche Recht definiert. Der Begriff des Arbeitnehmers ist also in Abhängigkeit von den im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und Gepflogenheiten zu bestimmen. Dabei verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum. Dem Gemeinschaftsrecht können insoweit allenfalls äußerste Schranken entnommen wer-

18 — Urteile vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-85/96 (Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691, Randnr. 31) und vom 13. Januar 2004 in der Rechtssache C-256/01 (Allonby, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 63).

den. So könnte es der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Artikel 10 EG) widersprechen, wenn ein Mitgliedstaat den Begriff des Arbeitnehmers in seinem nationalen Recht derart eng definierte, dass der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit jede praktische Wirksamkeit genommen und die Verwirklichung ihrer in § 1 genannten Ziele übermäßig erschwert würde. Hierfür bestehen aber im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

46. Im Vorlagebeschluss teilt der Oberste Gerichtshof mit, dass nach seiner Auffassung Frau Wippel trotz des Fehlens im Voraus vereinbarter, fester Arbeitszeiten als Arbeitnehmerin im Sinne des österreichischen Rechts anzusehen sei. Sie fällt damit nach § 2 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit in deren persönlichen Anwendungsbereich.

2. Der Begriff des Arbeitnehmers in Artikel 141 EG, in den Richtlinien 75/117 und 76/207 sowie in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

47. Was Artikel 141 EG, die Richtlinien 75/117 und 76/207 sowie die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer anbelangt, so definieren diese den Begriff des Arbeitnehmers nicht ausdrücklich. Seine Bedeutung muss deshalb unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze ermittelt werden, wobei insbesondere der Zusammenhang, in dem dieser Begriff steht, sowie die Ziele des Vertrages zu berücksichtigen sind [19].

48. Nach Artikel 2 EG ist es u. a.. Aufgabe der Gemeinschaft, die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Artikel 141 Absatz 1 EG stellt eine spezifische Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen dar, welcher eine der Grundlagen der Gemeinschaft und Teil der im Gemeinschaftsrecht geschützten Grundrechte ist [20]. Gemäß Artikel 3 Absatz 2 EG wirkt die Gemeinschaft darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Unter Bezugnahme auf die Europäische Sozialcharta [21] und die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer [22] formuliert Artikel 136 Absatz 1 EG u. a. das Ziel der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen sowie eines angemessenen sozialen Schutzes.

49. Vor dem Hintergrund dieses sozialen Schutzzwecks ist der Begriff des Arbeitnehmers in Artikel 141 EG, wie auch in den Richtlinien 75/117 und 76/207 sowie in

19 — Urteil Allonby (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 64).

20 — Urteil Allonby (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 65); vgl. ferner die Urteile vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne II, Slg. 1976, 455, Randnr. 12) und vom 10. Februar 2000 in den Rechtssachen C-270/97 und C-271/97 (Deutsche Post, Slg. 2000, I-929, Randnr. 57).

21 — Unterzeichnet am 18. Oktober 1961 in Turin.

22 — Vgl. insbesondere Nrn. 7 bis 10 der Charta.

der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, als gemeinschaftsrechtlicher Begriff zu betrachten und weit auszulegen [23]. Als Anhaltspunkt kann hierbei die Definition dienen, welche der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Artikel 39 EG entwickelt hat [24].

50. Zu Artikel 39 EG hat der Gerichtshof, ausgehend von den gegenseitigen Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis, in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass als Arbeitnehmer anzusehen ist, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält [25]. Allerdings setzt der Begriff des Arbeitnehmers eine tatsächliche und echte Tätigkeit voraus, die keinen so geringen Umfang hat, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt [26].

51. Ob im Ausgangsrechtsstreit die Tätigkeit von Frau Wippel als tatsächlich und echt anzusehen ist oder aber ihr Umfang so gering war, dass diese Tätigkeit sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt, hat das vorlegende Gericht anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen [27]. Gleichwohl kann der Gerichtshof, da er die Fragen des vorlegenden Gerichts sachdienlich zu beantworten hat, auf der Grundlage der Akten sowie der vor ihm abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen Hinweise geben, die dem vorlegenden Gericht seine Entscheidung erleichtern [28].

52. So hat der Gerichtshof bereits im Fall Raulin für Recht erkannt, dass eine Person, welche auf Abruf arbeitet und nur geringfügig beschäftigt ist, als Arbeitnehmer angesehen werden kann [29]. Diese Rechtssache weist übrigens einige Parallelen zum Sachverhalt des Ausgangsverfahrens auf. So fehlte es auch im Fall Raulin an einer Garantie in Bezug auf die zu leistenden Arbeitsstunden, und oft wurde nur sehr wenige Tage pro Woche oder wenige Stunden pro Tag gearbeitet. Der Arbeitgeber schuldete Arbeitslohn und Sozialleistungen nur insoweit, als der Beschäftigte tatsächlich gearbeitet hatte. Im Gegenzug war der Beschäftigte nicht verpflichtet, einem „Abruf" von Seiten des Arbeitgebers nachzukommen.

23 — Urteil Allonby (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 66).

24 — In diesem Sinne auch das Urteil Allonby (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 67).

25 — Urteile vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85 (Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Randnr. 17), vom 31. Mai 1989 in der Rechtssache 344/87 (Bettray, Slg. 1989, 1621, Randnr. 12), vom 8. Juni 1999 in der Rechtssache C-337/97 (Meeusen, Slg. 1999, I-3289, Randnr. 13) und vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-413/01 (Ninni-Orasche, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 24), vgl. ferner das Urteil Martínez Sala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 32).

26 — Vgl. das Urteil vom 26. Februar 1992 in der Rechtssache C-357/89 (Raulin, Slg. 1992, I-1027, Randnrn. 10 und 12), das Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81 (Levin, Slg. 1982, 1035, Randnr. 17) sowie die in Fußnote 25 zitierten Urteile Lawrie-Blum (Randnr. 21), Meeusen (Randnr. 13) und Ninni-Orasche (Randnr. 26).

27 — Urteile Raulin (zitiert in Fußnote 26, Randnr. 13) und Allonby (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 69).

28 — Ständige Rechtsprechung im Bereich der Sozialpolitik; vgl. etwa die Urteile vom 11. September 2003 in der Rechtssache C-77/02 (Steinicke, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 59) und vom 23. Oktober 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-4/02 und C-5/02 (Schonheit und Becker, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 83).

29 — Urteil Raulin (zitiert in Fußnote 26, Randnrn. 9 bis 11).

53. Zwar erlaubt es die Rechtsprechung, bei der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft die etwaige Unregelmäßigkeit und beschränkte Dauer der erbrachten Leistungen zu berücksichtigen [30]. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass die Arbeit von Frau Wippel auf einen längeren Zeitraum angelegt war und durchschnittlich drei Tage pro Woche sowie zwei Samstage pro Monat umfasste. Überdies ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes auch Personen, die nur wenige Stunden pro Woche arbeiten und deren Einkommen möglicherweise unterhalb des Existenzminimums liegt, als Arbeitnehmer anzusehen sind [31].

54. Schon eine Anwendung des im Rahmen der Freizügigkeit gemäß Artikel 39 EG entwickelten Arbeitnehmerbegriffs spricht folglich für eine Qualifizierung von Frau Wippel als Arbeitnehmerin. Somit kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob darüber hinaus der Begriff des Arbeitnehmers im Bereich der Sozialpolitik angesichts seines sozialen Schutzzwecks weiter zu fassen ist als im Bereich der Freizügigkeit nach Artikel 39 EG [32].

55. Insgesamt ist deshalb dem vorlegenden Gericht zu antworten, dass der Begriff des Arbeitnehmers im Rahmen des Artikels 141 EG, der Richtlinie 75/117, der Richtlinie 76/207 und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer jedenfalls jede Person umfasst, die für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt und als Gegenleistung eine Vergütung erhält, es sei denn, bei diesen Leistungen handelt es sich um keine tatsächlichen und echten Tätigkeiten oder um Tätigkeiten von so geringem Umfang, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Auf eine im Voraus bestimmte, feste Arbeitszeit kommt es insoweit nicht an.

D — *Vorbemerkung zur zweiten und dritten Frage: Anwendbarkeit der Richtlinien 97/81 und 76/207*

56. In seiner zweiten und dritten Frage nimmt der Oberste Gerichtshof auf Artikel 141 EG, auf die Richtlinien 75/117 und 76/207 sowie auf die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit Bezug. Bevor diese Fragen im Einzelnen erörtert werden, schlage ich vor, zu klären, ob und in welchem Umfang die genannten Vorschriften auf den vorliegenden Fall anwendbar sind.

1. Anwendbarkeit der Richtlinie 97/81 und der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit für Zeiträume vor dem 20. Januar 2000

57. Im Zusammenhang mit der Richtlinie 97/81 und der ihr beigefügten Rahmenver-

30 — Urteil Raulin (zitiert in Fußnote 26, Randnr. 14).

31 — Urteile Levin (zitiert in Fußnote 26, Randnrn. 15 und 16) und Lawrie-Blum (zitiert in Fußnote 25, Randnr. 21).

32 — Die Kommission und P&C deuten dies in ihren schriftlichen Stellungnahmen an.

einbarung über Teilzeitarbeit ist für die Beantwortung der zweiten und dritten Frage zu beachten, dass ihre Umsetzungsfrist erst am 20. Januar 2000 abgelaufen ist [33], also *nach* Beginn des Arbeitsverhältnisses zwischen Frau Wippel und P&C.

58. Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung dieser Rahmenvereinbarung im vorliegenden Fall zukommt, soweit Abschnitte des Arbeitsverhältnisses betroffen sind, die vor dem 20. Januar 2000 lagen, insbesondere, ob das nationale Recht auch für diesen Zeitraum bereits richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden ist [34].

59. Grundsätzlich gilt, dass Richtlinien zu dem durch sie festgelegten Zeitpunkt oder andernfalls am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft treten [35]. Bereits von diesem Zeitpunkt an entfalten sie Rechtswirkungen [36]. So müssen etwa die Mitgliedstaaten schon während der Umsetzungsfrist alles unterlassen, was geeignet ist, das in einer Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen [37].

60. Aber auch über dieses Frustrationsverbot hinaus können Richtlinien bereits vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist Rechtswirkungen entfalten. Was die Richtlinie 97/81 betrifft, so ist ihrem Wortlaut zu entnehmen, dass sie am Tag ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt, dem 20. Januar 1998, *in Kraft trat* [38]. Zwar wurde den Mitgliedstaaten eine bis 20. Januar 2000 dauernde Umsetzungsfrist gesetzt; diese Frist betrifft aber lediglich den Erlass der erforderlichen *Rechts- und Verwaltungsvorschriften* sowie *Vereinbarungen der Sozialpartner* [39]. Sinn und Zweck einer solchen Umsetzungsfrist ist es, genügend Zeit für etwa erforderliche Gesetzgebungsverfahren und Vertragsverhandlungen zwischen den Sozialpartnern vorzusehen [40]. Von diesem Sonderfall abgesehen ist

33 — Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 97/81.

34 — Zum Umfang der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung innerstaatlichen Rechts vor Ablauf der Umsetzungsfrist werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Während sich etwa Generalanwalt Darmon für eine generelle Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist ausspricht (verbundene Schlussanträge vom 14. November 1989 in den Rechtssachen C-177/88 und C-179/88, Dekker u. a., Slg. 1990, I-3941, I-3956, Nr. 11), geht Generalanwalt Jacobs weniger weit, nimmt aber immerhin eine Verpflichtung der nationalen Gerichte an, bereits in Kraft getretene nationale Maßnahmen zur Durchführung der Richtlinie im Einklang mit dieser auszulegen (Schlussanträge vom 25. Juni 1992 in der Rechtssache C-156/91, Hansa Fleisch, Slg. 1992, I-5567, Nrn. 23 und 24).

35 — Artikel 254 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 2 EG. Richtlinien, welche nicht an alle Mitgliedstaaten gerichtet sind, werden durch die Bekanntgabe an ihre Adressaten wirksam.

36 — Urteil vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie, Slg. 1997, I-7411, Randnr. 41). Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-157/02 (Rieser, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nr. 112).

37 — Artikel 249 Absatz 3 EG in Verbindung mit Artikel 10 Absatz 2 EG. So auch — bezogen auf den Erlass von Vorschriften — das Urteil Inter-Environnement Wallonie (zitiert in Fußnote 36, Randnr. 45) sowie die Urteile vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-14/02 (ATRAL, Slg. 2003, I-4431, Randnr. 58) und vom 5. Februar 2004 in der Rechtssache C-157/02 (Rieser, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 66).

38 — Artikel 3 der Richtlinie 97/81.

39 — Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 97/81.

40 — In diesem Sinne auch die Urteile Inter-Environnement Wallonie (zitiert in Fußnote 36, Randnr. 43) und Rieser (zitiert in Fußnote 37, Randnr. 68).

aber die Richtlinie bereits mit dem Tag ihres Inkrafttretens hinsichtlich des zu erreichenden Ziels rechtsverbindlich und bindet auch die rechtsprechende Gewalt in den Mitgliedstaaten [41].

61. Insbesondere standen die politischen Wertentscheidungen des Gemeinschaftsgesetzgebers in Bezug auf die Teilzeitarbeit und damit das Ziel der Richtlinie 97/81 bereits mit deren Inkrafttreten fest. Solche Wertentscheidungen sind namentlich dort zu berücksichtigen, wo der nationale Richter Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe des innerstaatlichen Rechts auszulegen und anzuwenden hat.

62. Soweit nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen bereits vor Erlass einer Richtlinie existierten, geht übrigens auch der Einwand [42] fehl, Gerichte dürften bei der Umsetzung einer Richtlinie nicht der Entscheidung des Gesetzgebers vorgreifen. Denn soweit der nationale Richter lediglich einen Interpretationsspielraum richtlinienkonform ausfüllt, welchen ihm der Gesetzgeber bereits in bestehenden innerstaatlichen Vorschriften eingeräumt hat, nimmt er nur seine ureigenste Aufgabe wahr.

63. Ich bin deshalb der Auffassung, dass Bestimmungen des nationalen Rechts, insbesondere Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden sind. Im vorliegenden Fall strahlen die Wertentscheidungen des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Teilzeitarbeit insbesondere auf die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist bestehenden nationalen Diskriminierungsverbote aus und können deren Auslegung und Anwendung beeinflussen [43]. Dieselben Wertentscheidungen wären im Übrigen auch zu beachten, soweit es im Ausgangsrechtsstreit auf den Begriff der Sittenwidrigkeit nach innerstaatlichem Recht ankommen sollte; dieser Begriff spielte in Österreich nach den Angaben des vorlegenden Gerichts für die Beurteilung bestimmter Teilzeitarbeitsmodelle eine Rolle, jedenfalls bevor § 19d in das AZG aufgenommen wurde.

41 — Urteil Inter-Environnement Wallonie (zitiert in Fußnote 36, Randnrn. 40 und 41); Urteile vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8) und vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-318/98 (Fornasar u.a., Slg. 2000, I-4785, Randnrn. 41 und 42). Das Urteil Rieser (zitiert in Fußnote 37, Randnr. 67) spricht sich nicht gegen eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist aus; es stellt lediglich klar, dass bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist keine *unmittelbare Anwendung* der Richtlinie in Frage kommt und bestehendes nationales Recht nicht *unangewendet* bleiben muss. Demgegenüber handelt es sich bei der richtlinienkonformen Auslegung gerade um die *Anwendung* bestehenden nationalen Rechts.

42 — Vgl. etwa Nr. 24 der Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Hansa Fleisch (zitiert in Fußnote 34).

43 — Bereits im AZG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 46/1997 war in § 19d Absatz 6 ein Verbot der Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer enthalten. Vgl. außerdem das Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht in § 2 GlBG.

2. Sachlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207

64. Soweit außerdem eine mögliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Frage steht, ist zu klären, ob Artikel 141 EG und Artikel 1 der Richtlinie 75/117 oder aber die Richtlinie 76/207 zur Anwendung kommen und wie sich dazu die Richtlinie 97/81 einschließlich der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit verhält.

65. Artikel 141 EG und Artikel 1 der Richtlinie 75/117 verbieten eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich des *Entgelts*, während eine geschlechtsbezogene Diskriminierung mit Blick auf die *Arbeitsbedingungen* von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 erfasst wird. Die Anwendungsbereiche dieser beiden Regelungen schließen sich gegenseitig aus [44].

66. Im vorliegenden Fall streiten die Parteien des Ausgangsverfahrens nicht in erster Linie über die Entlohnung selbst. Die Lohnforderung von Frau Wippel ist vielmehr eine Folge ihres Streits mit P&C über die Ausgestaltung der Arbeitszeit, also über eine Arbeitsbedingung. Dass Unterschiede in den Arbeitsbedingungen für die betroffenen Arbeitnehmer immer auch finanzielle Auswirkungen haben können, die gegebenenfalls Anlass zu Rechtsstreitigkeiten geben, steht einer Anwendung der Richtlinie 76/207 nicht entgegen [45]. Einschlägig bei solchen Streitigkeiten sind nicht Artikel 141 EG und Artikel 1 der Richtlinie 75/117, sondern Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 als die speziellere Bestimmung.

67. Das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 76/207 ist übrigens auch neben dem Verbot der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten gemäß der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit anwendbar [46], weil beide Vorschriften unterschiedliche Sachverhalte regeln und verschiedene Ziele verfolgen. Ihre jeweiligen Diskriminierungsverbote haben unterschiedliche Anknüpfungspunkte. Sie stehen in keinem Spezialitätsverhältnis zueinander.

E — *Zur zweiten Frage: Diskriminierung durch das Gesetz*

68. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob es aus Sicht des Gemeinschaftsrechts eine

44 — Vgl. etwa das Urteil Steinicke (zitiert in Fußnote 28, Randnrn. 48 bis 51), ferner meine Schlussanträge vom 1. April 2004 in der Rechtssache C-19/02 (Hlozek, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 96 und 97 mit weiteren Nachweisen).

45 — Urteil Steinicke (zitiert in Fußnote 28, Randnrn. 49 bis 51).

46 — So im Ergebnis auch Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 3. April 2003 in der Rechtssache C-77/02 (Steinicke, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nrn. 41, 42 und 58). Vgl. ferner § 6 Absatz 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit.

verbotene Diskriminierung darstellt, wenn für Vollzeitbeschäftigte konkrete gesetzliche oder tarifvertragliche Bestimmungen zur Arbeitszeit bestehen, für Teilzeitbeschäftigte jedoch keine solche — gegebenenfalls subsidiär anwendbare — Regelung existiert.

Zunächst ist zu fragen, ob überhaupt eine Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten vorliegt. Bejahendenfalls wäre sodann zu untersuchen, ob eine solche Schlechterstellung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann.

69. Insoweit ist zum einen an das (geschlechtsneutrale) Verbot der Diskriminierung zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten zu denken, zum anderen an das Verbot der (mittelbaren) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

a) Abwesenheit einer Schlechterstellung in Bezug auf die Lage der Arbeitszeit

1. Das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

70. Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit enthält ein Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten: Gemäß ihrem § 4 Absatz 1 dürfen Teilzeitbeschäftigte in ihren Beschäftigungsbedingungen gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

72. Was zunächst die *Lage der Arbeitszeit* betrifft[47], so sieht das österreichische Recht nach der Darstellung des vorlegenden Gerichts sowohl für Teilzeit- als auch für Vollzeitbeschäftigte in § 19c Absatz 1 und § 19d Absatz 2 AZG lediglich eine vertragliche oder kollektivvertragliche Vereinbarung vor. Die vom vorlegenden Gericht angeführten Vorschriften enthalten weder im einen noch im anderen Fall eigenständige, gegebenenfalls subsidiär anwendbare Bestimmungen über die Lage der Arbeitszeit[48]. Da das Gesetz somit für Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte gleich ist, führt es zu keiner Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten.

71. Um festzustellen, ob eine Rechtslage wie die österreichische in diesem Sinne diskriminierend wirkt, ist zweierlei zu prüfen:

47 — Mit „Lage der Arbeitszeit" wird beschrieben, *wann* jeweils gearbeitet wird.

48 — Insbesondere geben Vorschriften über eine etwaige Überschreitung der Normalarbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten keinen hinreichenden Aufschluss über die *Lage* ihrer Arbeitszeit; sie betreffen eher das Ausmaß dieser Arbeitszeit.

b) Abwesenheit einer Schlechterstellung in Bezug auf das Ausmaß der Arbeitszeit

73. Fraglich ist sodann, ob eine Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten in Bezug auf das *Ausmaß der Arbeitszeit* vorliegt[49]. Das österreichische Recht sieht in § 3 AZG eine Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche und acht Stunden pro Tag vor. Folgt man dem von der österreichischen Regierung vorgetragenen Standpunkt, so handelt es sich bei dieser Regelung keineswegs um eine spezifische Bestimmung nur für Vollzeitbeschäftigte. Vielmehr gelten die genannten Höchstgrenzen für Vollzeit- wie Teilzeitbeschäftigte gleichermaßen; für Letztere kann sich, wenn sie unregelmäßig arbeiten, insbesondere die Begrenzung der täglichen Arbeitszeit auswirken.

74. Anders als die österreichische Regierung scheinen hingegen das vorlegende Gericht und Frau Wippel davon auszugehen, dass die in § 3 AZG vorgesehene Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche und acht Stunden pro Tag eine spezifische Regelung für Vollzeitbeschäftigte beinhaltet, während das österreichische Recht kein gesetzliches Leitbild für Teilzeitbeschäftigte kennt. Insbesondere fehlt es im österreichischen Recht an einer — gegebenenfalls subsidiär anwendbaren — Arbeitszeitbestimmung, wie sie etwa in Deutschland für den Sonderfall der Arbeit auf Abruf anzutreffen ist[50].

75. Selbst wenn man letzterer Sichtweise folgt, stellt sich allerdings die Frage, ob in einer solchen *Ungleichbehandlung* durch das Gesetz eine *Schlechterstellung* von Teilzeitbeschäftigten zu sehen ist. Die Antwort auf diese Frage sollte aus dem Gesamtzusammenhang der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit sowie aus ihrem Sinn und Zweck abgeleitet werden.

i) Die Ziele des angemessenen sozialen Schutzes, der Beschäftigungsförderung und einer flexibleren Organisation der Arbeitszeit

76. In Artikel 136 Absatz 1 EG setzen sich Gemeinschaft und Mitgliedstaaten u. a. die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und einen angemessenen sozialen Schutz

49 — Mit „Ausmaß der Arbeitszeit" wird beschrieben, *wieviel* gearbeitet wird.

50 — § 12 Absatz 1 des deutschen Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21. Dezember 2000 (Teilzeit- und Befristungsgesetz, BGBl. I S. 1966) lautet: „Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen."

zum Ziel. Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer fordert zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen Fortschritte bei der Arbeitszeit und ihrer Gestaltung sowie den Rückgriff auf „andere Arbeitsformen", etwa die Teilzeitarbeit, aber auch die Saisonarbeit.

77. Was schließlich die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit selbst betrifft, so zeigen die ihr vorangestellten allgemeinen Erwägungen, dass sie in besonderer Weise der Vereinbarkeit von Beruf und Familienleben, der Förderung von Beschäftigung, der Steigerung der Beschäftigungsintensität und einer flexibleren Organisation der Arbeit verpflichtet ist [51]. Das Ziel einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit, die den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Rechnung trägt, findet sich überdies auch in § 1 Buchstabe b der Rahmenvereinbarung an prominenter Stelle wieder.

78. Aus einer Zusammenschau dieser Zielbestimmungen folgt, dass bei der Auslegung und Anwendung der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit neben einem angemessenen sozialen Schutz auch der Beschäftigungsförderung, der flexibleren Organisation der Arbeitszeit sowie den jeweiligen Bedürfnissen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern besonderes Augenmerk zu schenken ist. Flexibilität und innovative Gestaltungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis sind als Beitrag zur Beschäftigungsförderung sowie zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen zu verstehen, nicht notwendigerweise als Hindernis für sie.

ii) Keine gegenläufigen Wertungen in den Richtlinien 93/104 und 91/533

79. Auch aus anderen arbeitsrechtlichen Richtlinien, auf die das vorlegende Gericht hinweist, ist keine gegenläufige Wertentscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers zu entnehmen.

80. Was zum einen die Richtlinie 93/104 betrifft, so verlangt zwar ihr Artikel 6 Nr. 1, dass „die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird". Wie aber bereits die Überschrift und der einleitende Halbsatz dieser Vorschrift zeigen, soll damit lediglich eine *Höchstgrenze* für die Arbeitszeit zum Zweck der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes eingeführt werden [52].

51 — Nrn. 4 und 5 der Allgemeinen Erwägungen zur Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit; vgl. auch den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 97/81.

52 — Diese Einschätzung wird durch den fünften und achten Erwägungsgrund der Richtlinie 93/104 bestätigt. Vgl. außerdem das Urteil vom 12. November 1996 in der Rechtssache C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1996, I-5755, Randnrn. 12, 22, 29 und 45).

81. Was zum anderen die Richtlinie 91/533[53] betrifft, so bestimmt diese zwar, dass der Arbeitnehmer schriftlich über seine normale Tages- oder Wochenarbeitszeit zu informieren ist[54]. Diese Regelung zielt aber lediglich darauf ab, den Arbeitnehmer über bestehende Rechte und Pflichten zu informieren, ihm den Nachweis dieser Rechte und Pflichten zu erleichtern sowie insgesamt den Arbeitsmarkt transparenter zu gestalten[55]. Die Richtlinie 91/533 sollte nicht dahin gehend verstanden werden, dass sie über diese bloße Informationspflicht hinaus auch eine inhaltliche Harmonisierung des nationalen Arbeitsvertragsrechts bezweckt, etwa im Sinne einer Rechtspflicht, im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten in jeglicher Art von Arbeitsverhältnis zwingend vorzusehen[56]. In einem Arbeitsverhältnis ohne feste Arbeitszeiten muss es vielmehr möglich sein, der Informationspflicht auf andere geeignete Weise nachzukommen, etwa indem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in regelmäßigen Abständen Dienstpläne übermittelt[57].

82. Insgesamt kann deshalb weder aus der Richtlinie 93/104 noch aus der Richtlinie 91/533, noch im Übrigen aus Nr. 9 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer im Umkehrschluss die Wertung entnommen werden, dass Arbeitsverhältnisse, welche sich durch das Fehlen regelmäßiger Arbeitszeiten auszeichnen, verboten sein sollen.

iii) Keine Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten

83. Vor diesem Hintergrund ist es nicht von vornherein als Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten anzusehen, wenn das Gesetz auf konkrete, gegebenenfalls subsidiär anwendbare Festlegungen zum Ausmaß ihrer Arbeitszeit verzichtet und insbesondere keine Mindestarbeitszeit für sie vorschreibt. Denn je mehr Raum der Gesetzgeber Arbeitgebern und Arbeitnehmern für eine flexible Gestaltung von Arbeitsverhältnissen belässt, desto mehr wird die Schaffung von Arbeitsplätzen erleichtert und desto eher kann den spezifischen Bedürfnissen bestimmter Personengruppen Rechnung getragen werden.

84. So lässt etwa eine Beschäftigung nach Bedarf, bei der die Wünsche der Betroffenen hinsichtlich ihres Arbeitseinsatzes maßgeblich berücksichtigt werden, auch dem Arbeitnehmer größtmögliche Freiheiten. Sie eignet sich deshalb besonders gut für Arbeitnehmer, die nur zu unregelmäßigen Zeiten und in schwankendem Umfang einer

53 — Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (ABl. L 288, S. 32; im Folgenden: Richtlinie 91/533).

54 — Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe i in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 91/533.

55 — Vgl. auch den zweiten Erwagungsgrund der Richtlinie 91/533.

56 — So zeigen etwa der achte Erwagungsgrund der Richtlinie 91/533 sowie ihr Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b („Gelegenheitsarbeit"), dass der Gemeinschaftsgesetzgeber keine starre, jegliche Flexibilität ausschließende Regelung beabsichtigte.

57 — So auch die österreichische Regierung in ihrer mündlichen Stellungnahme.

Erwerbstätigkeit nachgehen können oder wollen oder die lediglich nach einem Zusatzverdienst Ausschau halten. Dies trifft beispielsweise für Personen zu, die sich in der Hauptsache der privaten Betreuung ihrer Kinder oder ihrer pflegebedürftigen Angehörigen widmen wollen, aber auch für Schüler und Studenten. Übrigens wollte auch Frau Wippel nach den Angaben des vorlegenden Gerichts „vorübergehend arbeiten gehen und Geld ansparen".

85. Zwar mag für Arbeitnehmer, die auf ein regelmäßiges Erwerbseinkommen in bestimmtem Umfang angewiesen sind oder auf die zeitliche Vorhersehbarkeit ihres Arbeitseinsatzes Wert legen, eine subsidiär anwendbare gesetzliche Festlegung der Arbeitszeit hilfreich sein und dem Ziel des sozialen Schutzes, dem Grundsatz des gerechten Entgelts [58] sowie dem Bestreben nach einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen entsprechen. Gleichzeitig kann aber eine solche Regelung die Anreize zur Schaffung neuer Arbeitsplätze im Wege innovativer Vertragsgestaltungen verringern und so zumindest jenen eine Erwerbstätigkeit erschweren, die nicht regelmäßig und nicht stets im selben Umfang arbeiten können oder wollen. Eine gesetzliche Arbeitszeitbestimmung für Teilzeitbeschäftigte ist also nicht immer ein Vorteil, ihr Fehlen nicht notwendigerweise ein Nachteil für die Betroffenen.

86. Den unterschiedlichen Kräfteverhältnissen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis und insbesondere einem etwaigen Missbrauch von Vertragsgestaltungen ohne feste Arbeitszeiten durch den Arbeitgeber kann bei der konkreten Anwendung des Diskriminierungsverbots auf den Einzelfall Rechnung getragen werden [59]. Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit gebietet es nicht zwingend, bereits auf der Ebene der Gesetzgebung die Gestaltungsmöglichkeiten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeitszeiten einzuschränken.

87. Freilich bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, im Rahmen der festgelegten Ziele über das gemeinschaftsrechtliche Schutzniveau hinauszugehen und in ihrer Gesetzgebung strengere Bestimmungen zum Schutz von Teilzeitbeschäftigten vorzusehen, etwa eine Regelung über die Mindestarbeitszeit [60]. Eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zu weiter gehenden Regelungen besteht aber nicht. Denn bei den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zur Teilzeitarbeit handelt es sich lediglich um Mindeststandards [61].

58 — Vgl. dazu Nr. 5 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.

59 — Vgl. dazu unten die Ausführungen zur dritten Frage, insbesondere Nrn. 108 bis 112.

60 — So existiert etwa in Belgien eine gesetzliche Mindestarbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte, die einem Drittel der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht (Artikel 11bis des Gesetzes vom 3. Juli 1978 über die Arbeitsverträge, *Moniteur Belge* vom. 22. August 1978). In Deutschland existiert für den Sonderfall der Arbeit auf Abruf eine subsidiär anwendbare gesetzliche Bestimmung (vgl. oben, Fußnote 50). In anderen Mitgliedstaaten können Kollektivvereinbarungen Bestimmungen zur Mindestarbeitszeit vorsehen.

61 — Vgl. Artikel 137 Absatz 2 Unterabsatz 1 Buchstabe b EG (diese Vorschrift ersetzt Artikel 2 Absatz 2 Unterabsatz 1 des in Maastricht unterzeichneten Abkommens über die Sozialpolitik vom 7. Februar 1992), den elften Erwägungsgrund der Richtlinie 97/81 sowie § 6 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit.

c) Zwischenergebnis

88. Eine Regelung wie das österreichische AZG, welche auf eine — gegebenenfalls subsidiär anwendbare — gesetzliche Bestimmung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte verzichtet, beinhaltet keine verbotene Diskriminierung gegenüber Vollzeitbeschäftigten im Sinne von § 4 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit.

2. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

89. Zu prüfen bleibt, ob das Fehlen einer — gegebenenfalls subsidiär anwendbaren — gesetzlichen Bestimmung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte im österreichischen Recht zu einer verbotenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 führt.

90. Folgt man der Sichtweise des vorlegenden Gerichts [62], so behandelt das österreichische Recht Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte unterschiedlich. Mit einer Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche und acht Stunden pro Tag sieht es in § 3 AZG eine spezifische Regelung für Vollzeitbeschäftigte vor, kennt aber andererseits keine — gegebenenfalls subsidiär anwendbare — Arbeitszeitbestimmung für Teilzeitbeschäftigte.

91. Zwar ist das AZG insoweit geschlechtsneutral formuliert. Nach ständiger Rechtsprechung enthält aber auch eine neutral gefasste innerstaatliche Regelung dann eine mittelbare Diskriminierung, wenn sie tatsächlich einen erheblich höheren Anteil von Angehörigen eines Geschlechts benachteiligt, sofern diese unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [63].

92. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts finden sich unter den Vollzeitbeschäftigten in Österreich etwa 60 % Männer und 40 % Frauen, während unter den Teilzeitbeschäftigten der Anteil der Frauen 90 % und jener der Männer lediglich 10 % beträgt. Das Fehlen einer — gegebenenfalls subsidiär

62 — Zur Ansicht des vorlegenden Gerichts vgl. Nr. 74 dieser Schlussanträge; zur Gegenansicht, welche die österreichische Regierung vertritt, vgl. Nr. 73 dieser Schlussanträge.

63 — Urteile vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-322/98 (Kachelmann, Slg. 2000, I-7505, Randnr. 23) und vom 6. April 2000 in der Rechtssache C-226/98 (Jørgensen, Slg. 2000, I-2447, Randnr. 29); vgl. ferner die Urteile vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka Kaufhaus, Slg. 1986, 1607, Randnrn. 29 bis 31) und vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743, Randnr. 12), das Urteil Steinicke (zitiert in Fußnote 28, Randnr. 57) sowie das Urteil vom 20. März 2003 in der Rechtssache C-187/00 (Kutz-Bauer, Slg. 2003, I-2741, Randnr. 50). Das Verbot mittelbarer Diskriminierungen in Bezug auf die Arbeitsbedingungen folgt im Übrigen auch aus Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207.

anwendbaren — Arbeitszeitbestimmung für Teilzeitbeschäftigte wirkt sich also wesentlich stärker auf Frauen aus als auf Männer.

93. Wie jedoch die Kommission zutreffend ausführt, sind Vollzeitbeschäftigte und Teilzeitbeschäftigte in dem hier entscheidenden Punkt schon gar nicht vergleichbar. Was nämlich das Ausmaß der Arbeitszeit betrifft, so ist die Vollzeitbeschäftigung in Österreich einer individualvertraglichen Regelung überhaupt nicht zugänglich: Die Zahl der zu arbeitenden Stunden steht mit der gesetzlichen Normalarbeitszeit nach § 3 AZG (oder einer günstigeren tarifvertraglichen Regelung) fest. Hingegen setzt die Teilzeitbeschäftigung eine vertragliche Vereinbarung der Arbeitszeit geradezu voraus, sei es in Form einer festen und regelmäßig anfallenden Stundenzahl, sei es in Form einer variablen Stundenzahl im Sinne des Konzepts der Beschäftigung nach Bedarf.

94. Selbst wenn man aber — entgegen der hier vertretenen Ansicht — Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte in dem hier interessierenden Punkt für vergleichbar hielte, könnten objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, den Verzicht auf eine konkrete gesetzliche Arbeitszeitregelung für Teilzeitbeschäftigte rechtfertigen. Denn das Bestreben nach Flexibilität in den Arbeitsbedingungen dient der Förderung von Beschäftigung und damit letztlich auch der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen. Außerdem wirkt sich das Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung auf Teilzeitbeschäftigte, wie bereits erläutert, nicht notwendigerweise nachteilig aus [64].

95. Zusammenfassend gilt deshalb: Eine Regelung wie das österreichische AZG, welche auf eine — gegebenenfalls subsidiär anwendbare — gesetzliche Bestimmung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte verzichtet, beinhaltet keine verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207.

F — *Zur dritten Frage: Diskriminierung im Arbeitsvertrag*

96. Mit seiner dritten Frage zielt das vorlegende Gericht auf die konkrete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses im Ausgangsrechtsstreit ab. Es möchte im Wesentlichen wissen, ob aus Sicht des Gemeinschaftsrechts eine verbotene Diskriminierung vorliegt, wenn ein Vertrag wie der von P&C verwendete Rahmenarbeitsvertrag über Beschäftigung nach Bedarf keine im Voraus vereinbarten, festen Arbeitszeiten vorsieht.

64 — Vgl. Nrn. 83 bis 85 dieser Schlussanträge.

97. Wiederum ist zum einen an das (geschlechtsneutrale) Verbot der Diskriminierung zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten zu denken, zum anderen an das Verbot der (mittelbaren) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

1. Das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

98. Auf den ersten Blick entspricht das von P&C praktizierte Konzept der Beschäftigung nach Bedarf nicht unbedingt den klassischen Vorstellungen von Teilzeitarbeit. Der Begriff des Teilzeitbeschäftigten im Sinne der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist jedoch denkbar weit. So definiert § 3 Absatz 1 dieser Rahmenvereinbarung jeden Arbeitnehmer als Teilzeitbeschäftigten, dessen normale, auf Wochenbasis oder als Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums berechnete Arbeitszeit unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt. Aus den Akten ergibt sich, dass dies bei Frau Wippel der Fall war. Eine Arbeitnehmerin wie Frau Wippel ist also Teilzeitbeschäftigte im Sinne der Rahmenvereinbarung und fällt in deren Schutzbereich.

99. § 4 Absatz 1 dieser Rahmenvereinbarung verlangt, Teilzeitbeschäftigte in ihren Beschäftigungsbedingungen nicht schlechter zu behandeln als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

100. Der zwischen Frau Wippel und P&C vereinbarte Rahmenarbeitsvertrag sah keine festen Arbeitszeiten vor, vielmehr sollten Dauer und Lage der Arbeitszeit im Sinne einer Beschäftigung nach Bedarf von Fall zu Fall einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegt werden.

101. Eine solche Vertragsgestaltung unterscheidet sich zwar grundlegend von der für vergleichbare Vollzeitbeschäftigte geltenden, durch Tarifvertrag im Voraus festgelegten Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden pro Woche[65]. Zu prüfen bleibt jedoch, ob in einer solchen *Ungleichbehandlung* auch eine *Schlechterstellung* von Teilzeitbeschäftigten liegt.

a) Zusammenfassung der vorgebrachten Argumente

102. Das vorlegende Gericht, Frau Wippel und die österreichische Regierung argumen-

65 — Der Vorlagebeschluss verweist insoweit auf den Kollektivvertrag für die Handelsangestellten Österreichs. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, sich im Sinne von § 3 Absatz 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit zu vergewissern, dass dieser Tarifvertrag auf die vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten im Betrieb der P&C Anwendung findet.

tieren im Wesentlichen, dass durch eine Beschäftigung nach Bedarf ohne im Voraus festgelegte Arbeitszeiten das wirtschaftliche Risiko vom Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer verlagert werde, ein dauernder Verhandlungszustand zwischen beiden eintrete sowie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassen würden.

103. In ihren schriftlichen und mündlichen Ausführungen weist Frau Wippel auch auf die möglichen sozialen Folgen der gewählten Vertragsgestaltung hin: Werde eine Bedarfsarbeitskraft über längere Zeit nicht eingesetzt, so könne dies als Instrument dafür benutzt werden, ihr Urlaubsentgelt, ihre Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder bei Schwangerschaft sowie die ihr am Ende des Arbeitsverhältnisses geschuldete Abfindung (so genannte „Abfertigung") gegen null tendieren zu lassen. Wenn in einer Lohnzahlungsperiode überhaupt kein Entgelt anfalle, sei der Arbeitnehmer überdies von der Gebietskrankenkasse abzumelden. Außerdem erlaube die Vertragsgestaltung der Beschäftigung nach Bedarf es dem Arbeitgeber, den gesetzlichen Kündigungsschutz zu unterlaufen.

104. P&C wendet ein, das Konzept der Beschäftigung nach Bedarf sei bei ihren Mitarbeitern überaus beliebt und werde auch von der Arbeitnehmervertretung (Betriebsrat) mit Nachdruck befürwortet. Das zeitliche Ausmaß der Beschäftigung werde jeweils nach den voraussichtlichen Umsatzerwartungen oder 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. Es sei auch ausdrücklich festgehalten worden, dass die Rahmenvereinbarung der Klägerin kein Einkommen sichere und es ihr freistehe, von Fall zu Fall Arbeitseinsätze ohne Nachteil für sie 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 die gesetzliche Abfertigung, ferner auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Außerdem seien die Bedarfsarbeitskräfte sozialversichert. Von einer sittenwidrigen Überwälzung des unternehmerischen Risikos auf die Arbeitnehmer könne keine Rede sein.

b) Auslegung des Diskriminierungsverbots

105. Das Verbot der Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten gemäß § 4 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist im Lichte von Gesamtzusammenhang sowie Sinn und Zweck dieser Regelung auszulegen und anzuwenden [66].

66 — Vgl. dazu im Einzelnen Nrn. 76 bis 78 dieser Schlussanträge.

i) Keine generelle Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten

106. Zwar kann sich eine Vertragsgestaltung, die keine im Voraus vereinbarten, festen Arbeitszeiten vorsieht, für diejenigen Arbeitnehmer nachteilig auswirken, welche auf ein regelmäßiges Erwerbseinkommen in bestimmtem Umfang angewiesen sind oder auf die zeitliche Vorhersehbarkeit ihres Arbeitseinsatzes Wert legen. Dieselbe Vertragsgestaltung kann sich aber positiv für Arbeitnehmer auswirken, die nur zu unregelmäßigen Zeiten und in schwankendem Umfang einer Erwerbstätigkeit nachgehen können oder wollen oder die lediglich nach einem Zusatzverdienst Ausschau halten [67]. Die positive Einstellung des Betriebsrats von P&C als gewählter Arbeitnehmervertretung zum Konzept der Beschäftigung nach Bedarf kann als zusätzliches Indiz gewertet werden, dass eine solche Vertragsgestaltung nicht einseitig den Arbeitgeber bevorzugt und den Arbeitnehmer benachteiligt.

107. Vor diesem Hintergrund kann eine Vertragsgestaltung ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten nicht als generell nachteilig für Teilzeitbeschäftigte angesehen werden. Dies würde nämlich den Zielen der flexiblen Organisation der Arbeitszeit und der Beschäftigungsförderung, auf denen die Rahmenvereinbarung für Teilzeitarbeit aufbaut, zuwiderlaufen und die Interessen bestimmter Arbeitnehmer [68] nicht hinreichend berücksichtigen.

ii) Angemessener sozialer Schutz und Missbrauchsverbot

108. Andererseits darf jedoch bei der Auslegung und Anwendung des Benachteiligungsverbots im Einzelfall das Ziel des angemessenen sozialen Schutzes [69], insbesondere eine gebührende Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers, nicht außer Acht bleiben.

109. Zum einen verlangt dieses Ziel vom Arbeitgeber, sich bei der Einstellung eines Arbeitnehmers zu vergewissern, ob diesem die Vor- und Nachteile einer Vertragsgestaltung ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten hinreichend vertraut sind und seinen Interessen entsprechen. Nötigenfalls hat er ihn darüber angemessen aufzuklären. Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass Frau Wippel vor ihrer Einstellung ausführlich aufgeklärt wurde und erklärte, nicht auf ein regelmäßiges Einkommen angewiesen zu sein. Ganz allgemein hat P&C nach eigenen,

67 — Vgl. Nr. 84 dieser Schlussantrage und die dort genannten Beispiele.

68 — Zu Beispielen vgl. Nr. 84 dieser Schlussantrage.

69 — Artikel 136 Absatz 1 EG und Nr. 10 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.

unwidersprochenen Angaben das Modell der Beschäftigung nach Bedarf ausschließlich gegenüber Mitarbeitern zum Einsatz gebracht, die auf kein regelmäßiges Einkommen angewiesen waren.

110. Zum anderen kann aus dem Ziel des angemessenen sozialen Schutzes auch ein Missbrauchsverbot für die gesamte Laufzeit des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden. Sofern nämlich der Arbeitgeber in einem System der Beschäftigung nach Bedarf dem Arbeitnehmer in missbräuchlicher Weise keine Arbeit anbietet, kann dies die von Frau Wippel beschriebenen sozialen Folgen haben, etwa für das Bestehen oder die Berechnung bestimmter an das Arbeitsverhältnis geknüpfter Ansprüche wie Urlaubsgeld, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und für Schwangere oder Schutz durch eine Krankenversicherung. Ein solcher Missbrauch wäre namentlich dann festzustellen, wenn ohne sachlichen Grund bestimmten Arbeitnehmern Arbeit angeboten würde, anderen aber gegen ihren Willen nicht oder nur in erheblich geringerem Umfang.

111. Allerdings darf aus der bloß abstrakten Gefahr eines Missbrauchs durch den Arbeitgeber nicht geschlossen werden, dass eine Vertragsgestaltung ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten sich *generell* nachteilig auf Teilzeitbeschäftigte auswirke. Ein missbräuchliches Unterlassen von Beschäftigungsangeboten im Einzelfall wäre vielmehr ebenso zu beurteilen wie jedes andere missbräuchliche Verhalten des Arbeitgebers im Laufe eines Arbeitsverhältnisses und könnte den hierfür im jeweiligen nationalen Arbeitsrecht vorgesehenen Sanktionen unterworfen werden [70]. Den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten verbleibt insoweit nach der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ein weites Ermessen. Je nach Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts können Missbräuche beispielsweise zu Schadensersatz-, Unterlassungs- oder sonstigen Ansprüchen des Arbeitnehmers führen.

112. Es obliegt dem vorlegenden Gericht, sich zu vergewissern, dass es in dem bei ihm anhängigen konkreten Fall zu keinem solchen Missbrauch kam; im Verfahren vor dem Gerichtshof hat Frau Wippel jedenfalls diesbezüglich nichts vorgetragen.

c) Zwischenergebnis

113. Aus den vorgenannten Gründen stellt es keine verbotene Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten im Sinne von § 4 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit dar, wenn ein Rahmenarbeitsvertrag keine im Voraus vereinbarten, festen

70 — Vgl. § 6 Absatz 5 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, der hinsichtlich der Vermeidung und Behebung von Streitfällen auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder Gepflogenheiten verweist.

Arbeitszeiten vorsieht, es sei denn, der Arbeitnehmer war sich der Vor- und Nachteile dieser Vertragsgestaltung nicht hinreichend bewusst oder der Arbeitgeber unterlässt es in der Folge missbräuchlich, dem Arbeitnehmer Arbeit anzubieten.

a) Abwesenheit einer Benachteiligung von Frauen

116. Für die Annahme einer Benachteiligung von Frauen nach ihrem Geschlecht genügt nicht die bloße Feststellung, dass ihr — isoliert betrachteter — Anteil in einer ganz bestimmten Gruppe, etwa unter den nach Bedarf Beschäftigten, deutlich höher liege als derjenige der Männer. Der Begriff der Benachteiligung verlangt es vielmehr, einen Vergleich mit anderen Gruppen von Beschäftigten im selben Betrieb zu ziehen.

2. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

114. Zu prüfen bleibt, ob das von P&C verwendete Modell der Beschäftigung nach Bedarf ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 führt.

115. Zwar ist dieses Modell geschlechtsneutral ausgestaltet; die Beschäftigung nach Bedarf steht Arbeitnehmern beider Geschlechter offen. Nach ständiger Rechtsprechung enthält aber auch eine neutral gefasste Regelung dann eine mittelbare Diskriminierung, wenn sie tatsächlich einen erheblich höheren Anteil von Angehörigen eines Geschlechts benachteiligt, sofern diese unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [71].

117. In ihren schriftlichen Ausführungen hat P&C unwidersprochen erklärt, dass in ihrem Betrieb 84,84 % der nach Bedarf Beschäftigten Frauen seien, während der Anteil der Frauen unter den Voll- und Teilzeitbeschäftigten mit *festen* Arbeitszeiten 75,82 % betrage. Auf Nachfrage hat P&C in der mündlichen Verhandlung ergänzend ausgeführt, dass der Anteil der weiblichen Arbeitnehmer unter den Vollzeitbeschäftigten — gesondert betrachtet — rund 65 % betrage, jener unter den Teilzeitbeschäftigten — sowohl Teilzeitkräfte mit festen Arbeitszeiten als auch nach Bedarf Beschäftigte — rund 85 % [72].

71 — Vgl. bereits Nr. 91 dieser Schlussanträge und die in Fußnote 63 zitierte Rechtsprechung.

72 — Die zuletzt genannten Werte von 65 % und 85 % beziehen sich nach Angaben von P&C auf eine Gesamtbetrachtung ihrer Betriebe in Deutschland und Österreich.

118. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob derartige statistische Daten aussagekräftig sind [73]. Gleichwohl kann der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht, dessen Fragen er sachdienlich zu beantworten hat, Hinweise geben, die diesem seine Entscheidung erleichtern.

119. Der Anteil der Frauen unter den nach Bedarf Beschäftigten und unter jenen Teilzeitbeschäftigten, welche über feste Arbeitszeiten verfügen, unterscheidet sich praktisch nicht und liegt bei rund 84 % bis 85 %. Stellt man die nach Bedarf beschäftigten Teilzeitkräfte den Voll- bzw. Teilzeitbeschäftigten mit festen Arbeitszeiten gegenüber, so liegt der Anteil der weiblichen Arbeitnehmer unter den nach Bedarf Beschäftigten um rund zehn Prozentpunkte höher (84,84 % im Gegensatz zu 75,82 %). Ein Vergleich aller Teilzeitkräfte mit den Vollzeitkräften führt zu folgendem Ergebnis: Weibliche Arbeitnehmer stellen zwar auch unter den Vollzeitkräften die überwältigende Mehrheit, ihr Anteil liegt aber mit etwa 65 % um rund 20 Prozentpunkte niedriger als bei den Teilzeitkräften.

120. Diese Zahlen lassen erkennen, dass der Anteil von Arbeitnehmern weiblichen Geschlechts bei P&C durchgehend hoch ist. Jede von P&C gewählte Vertragsgestaltung (Vollzeitbeschäftigung, Teilzeitbeschäftigung mit festen Arbeitszeiten oder Beschäftigung nach Bedarf) wirkt sich also besonders stark auf Frauen aus.

121. Da im vorliegenden Fall vor allem das Fehlen im Voraus vereinbarter, fester Arbeitszeiten problematisiert wird, kommt dem Vergleich zwischen Arbeitnehmern *mit festen Arbeitszeiten* (ob teilzeit- oder vollzeitbeschäftigt) und jenen *ohne feste Arbeitszeiten* besondere Bedeutung zu. Zwischen diesen beiden Gruppen unterscheidet sich der Frauenanteil nur um rund zehn Prozentpunkte. Einen solchen Unterschied hat der Gerichtshof im Urteil Seymour-Smith und Perez als unerheblich erachtet [74]. Vor diesem Hintergrund bin ich der Auffassung, dass nicht von einer Ungleichbehandlung nach dem Geschlecht gesprochen werden kann, wenn bei P&C für Vollzeit- und bestimmte Teilzeitbeschäftigte feste Arbeitszeiten gelten, für nach Bedarf Beschäftigte jedoch nicht.

122. Allgemein gilt: Wirkt sich eine Vertragsgestaltung ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten nicht wesentlich stärker auf Arbeitnehmer eines Geschlechts aus als andere Vertragsgestaltungen, so führt dies zu

73 — Urteil vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-167/97 (Seymour-Smith und Perez, Slg. 1999, I-623, Randnr. 62).

74 — Urteil zitiert in Fußnote 73, Randnrn. 63 und 64.

keiner verbotenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207.

b) Hilfsweise: Rechtfertigung

123. Selbst wenn das vorlegende Gericht aber zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Vertragsgestaltung der Beschäftigung nach Bedarf im Betrieb der P&C sich wesentlich stärker auf Frauen auswirke als andere Vertragsgestaltungen und damit zu einer Ungleichbehandlung nach dem Geschlecht führe, wäre weiterhin zu untersuchen, ob sich diese Ungleichbehandlung mit objektiv gerechtfertigten Faktoren erklären lässt, welche nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

124. Wie bereits ausgeführt, kann das in Frage stehende Konzept der Beschäftigung nach Bedarf nicht als generell nachteilig für die Betroffenen angesehen werden [75]. Vielmehr können objektive Faktoren für eine flexible Vertragsgestaltung sprechen, insbesondere der Wunsch des Arbeitnehmers selbst, zu unregelmäßigen Zeiten und in schwankendem Umfang einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. In einem solchen Fall hat der Verzicht auf im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten nichts mit einer (mittelbaren) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun.

125. Anders kann die Sachlage allenfalls dann zu beurteilen sein, wenn die Arbeitnehmer eines Geschlechts von der Beschäftigung nach Bedarf wesentlich stärker betroffen sind als von anderen Vertragsgestaltungen und bei ihrer Einstellung nicht hinreichend über die Vor- und Nachteile aufgeklärt werden. Insbesondere in solchen Fällen besteht ein erhebliches Risiko, dass die vereinbarten Beschäftigungsbedingungen bei objektiver Betrachtung nicht dem Interesse der Betroffenen entsprechen und so das Diskriminierungsverbot verletzen. Gleiches wäre anzunehmen, falls solchen Arbeitnehmern im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses in missbräuchlicher Weise keine Arbeit angeboten würde [76].

G — *Zur vierten Frage: Ausgleich einer etwaigen Diskriminierung*

126. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, wie eine etwaige Diskriminierung finanziell auszugleichen ist.

127. Werden die zweite und dritte Frage so beantwortet wie oben vorgeschlagen, erübrigt sich eine Antwort auf die vierte Frage.

75 — Nrn. 106 und 107 dieser Schlussantrage.

76 — Nrn. 109 und 110 dieser Schlussantrage.

VI — **Ergebnis**

128. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die ihm vom österreichischen Obersten Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

1) Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, welche anlässlich der Tagung des Europäischen Rates vom 9. Dezember 1989 in Straßburg verabschiedet wurde, ist nicht rechtsverbindlich. Sie ist jedoch als Auslegungshilfe für Vorschriften des Gemeinschaftsrechts heranzuziehen.

2) Im Rahmen des Artikels 141 EG, der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer umfasst der Begriff des Arbeitnehmers jedenfalls jede Person, die für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt und als Gegenleistung eine Vergütung erhält, es sei denn, bei diesen Leistungen handelt es sich um keine tatsächlichen und echten Tätigkeiten oder um Tätigkeiten von so geringem Umfang, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Auf eine im Voraus bestimmte, feste Arbeitszeit kommt es insoweit nicht an.

Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von § 2 Absatz 1 des Anhangs zur Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE,

CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist in Abhängigkeit von den im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und Gepflogenheiten zu bestimmen.

3) Eine Regelung wie das österreichische Arbeitszeitgesetz, welche auf eine — gegebenenfalls subsidiär anwendbare — gesetzliche Bestimmung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte verzichtet, beinhaltet weder eine verbotene Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten im Sinne von § 4 Absatz 1 des Anhangs zur Richtlinie 97/81 noch eine verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207.

4) Sieht ein Rahmenarbeitsvertrag keine im Voraus vereinbarten, festen Arbeitszeiten vor, so stellt dies keine verbotene Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten im Sinne von § 4 Absatz 1 des Anhangs zur Richtlinie 97/81 dar, es sei denn, der Arbeitnehmer war sich der Vor- und Nachteile dieser Vertragsgestaltung nicht hinreichend bewusst oder der Arbeitgeber unterlässt es in der Folge missbräuchlich, dem Arbeitnehmer Arbeit anzubieten.

Wirkt sich eine Vertragsgestaltung ohne im Voraus vereinbarte, feste Arbeitszeiten nicht wesentlich stärker auf Arbeitnehmer eines Geschlechts aus als andere Vertragsgestaltungen, so führt dies zu keiner verbotenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207.