

# TE OGH 2005/2/17 8ObA124/04z

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.02.2005

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Glawischnig sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Manfred Engelmann und Mag. Johann Ellersdorfer als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei N\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Peter Petzelbauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung des aufrechten Bestandes des Dienstverhältnisses über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Aufhebungsbeschluss des Oberlandesgerichtes Wien vom 29. September 2004, GZ 7 Ra 147/04w-10, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin war ab 12. 1. 2004 bei der beklagten Partei als Thekenkraft mit einem Bruttomonatslohn von EUR 1.050 tätig; auf das Dienstverhältnis ist der Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe anzuwenden.

Im Zuge eines Vorstellungsgesprächs am 10. 1. 2004 wurde der Klägerin von einer Mitarbeiterin der beklagten Partei zugesagt, dass sie am 12. 1. 2004 zu arbeiten beginnen könne und dass das Arbeitsverhältnis für eine Probezeit geschlossen werde. Es kann nicht festgestellt werden, wie lange diese Probezeit dauern sollte.

Am Morgen des 12. 1. 2004 wurde der Klägerin ein internes Formblatt der beklagten Partei zur Unterschrift vorgelegt, in das lediglich die hier unterstrichenen Angaben eingesetzt wurden: „Zwischen N\*\*\*\*\* GesmbH und Frau/Herr S\*\*\*\*\* S\*\*\*\* wird ein befristetes Dienstverhältnis bis 29. 2. 2004 vereinbart. Eine Probezeit ist vereinbart vom Eintrittstag bis 11. 2. 2004. Wien, 12. 1. 2004.“.

Dieses Schreiben unterfertigte die Klägerin ohne ihm viel Bedeutung beizumessen. Mündlich wurde die Klägerin, die ausgezeichnet Deutsch spricht, nicht auf den Inhalt des Schreibens hingewiesen. Am 31. 1. 2004 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass sie am darauffolgenden Monat nicht mehr zur Arbeit kommen müsse. Eine Woche darauf erhielt sie von ihrem Gynäkologen den für sie überraschenden Bescheid, dass sie schwanger sei, der Geburtstermin wurde für 12. 9. 2004 errechnet.

Die Klägerin begehrte die Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses über den 1. 2. 2004 hinaus.

Eine über das kollektivvertragliche Ausmaß von 14 Tagen hinausgehende Probezeit oder eine Befristung sei nicht vereinbart gewesen, sodass der Kündigungsschutz nach § 10 MschG zu gelten habe. Eine über das kollektivvertragliche Ausmaß von 14 Tagen hinausgehende Probezeit oder eine Befristung sei nicht vereinbart gewesen, sodass der Kündigungsschutz nach Paragraph 10, MschG zu gelten habe.

Die Beklagte bestritt und wendete ein, dass mit der Klägerin bis zum 29. 2. 2004 ein befristetes Dienstverhältnis und überdies eine Probezeit bis zum 11. 2. 2004 vereinbart worden sei. Die Auflösungserklärung vom 31. 1. 2004 sei somit rechtswirksam innerhalb der Probezeit erfolgt.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Rechtlich kam es zu dem Ergebnis, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses während der Probezeit nicht den Kündigungsbestimmungen des Mutterschutzgesetzes unterliege. Gegen die Zulässigkeit einer Probezeit von einem Monat bestünden keine Bedenken, weil der Kollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe lediglich bei unbefristeten Dienstverhältnissen festlege, dass die ersten 14 Tage als Probezeit gelten. Im Fall der Klägerin liege ein befristetes Dienstverhältnis vor, für das hinsichtlich der Probezeit nur die allgemeine Beschränkung des § 1158 Abs 2 ABGB gelte. Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Rechtlich kam es zu dem Ergebnis, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses während der Probezeit nicht den Kündigungsbestimmungen des Mutterschutzgesetzes unterliege. Gegen die Zulässigkeit einer Probezeit von einem Monat bestünden keine Bedenken, weil der Kollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe lediglich bei unbefristeten Dienstverhältnissen festlege, dass die ersten 14 Tage als Probezeit gelten. Im Fall der Klägerin liege ein befristetes Dienstverhältnis vor, für das hinsichtlich der Probezeit nur die allgemeine Beschränkung des Paragraph 1158, Absatz 2, ABGB gelte.

Das Berufungsgericht gab der dagegen von der Klägerin erhobenen Berufung Folge, hob das Urteil des Erstgerichtes auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Gleichzeitig sprach es aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Die RL 92/85/EWG des Rates vom 19. 10. 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz („Mutterschutz-RL“) stehe einer Auflösung des Dienstverhältnisses mit einer schwangeren Arbeitnehmerin während der Probezeit dann nicht entgegen, wenn die Auflösung aus anderen Gründen als dem der Schwangerschaft erfolgte (ARD 5525/2/2004).

Die Probezeitvereinbarung sei allerdings in dem 14 Tage übersteigenden Ausmaß als teilnichtig zu betrachten.

Gemäß Art 17 lit a des Kollektivvertrags für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe könne das unbefristete Arbeitsverhältnis in den ersten 14 Tagen, die als Probezeit gelten, ohne vorherige Kündigung gelöst werden. Aus dem Wortlaut des Kollektivvertrags sei für das befristete Dienstverhältnis ein Verbot der Vereinbarung einer längeren Probezeit bis zum Höchstmaß gemäß § 1158 Abs 2 ABGB nicht abzuleiten. Es könne den Kollektivvertragsparteien im Hinblick darauf, dass sie mit Art 17 lit a KV ausdrücklich nur für das unbefristete Arbeitsverhältnis eine vom gesetzlichen Höchstrahmen abweichende Regelung der Probezeit getroffen haben, nicht unterstellt werden, dass ihnen dabei ein Versehen unterlaufen sei, das zu einer planwidrigen Regelungslücke geführt hätte. Befristete Dienstverhältnisse seien im Gastgewerbe notorisch vor allem im Bereich der Saisonbetriebe. Mangels anderer ausdrücklicher Vereinbarung könnten sie jedoch vor Ablauf der Frist von beiden Teilen nur aus wichtigen Gründen vorzeitig gelöst werden. Demgegenüber biete im Anwendungsbereich des Kollektivvertrags für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe ein unbefristetes Dienstverhältnis wegen der lediglich 14 Tage, ohne Bindung an Termine, betragenden Kündigungsfrist einen verhältnismäßig geringen Bestandschutz. Unter dem Gesichtspunkt sei das Interesse der Vertragsteile eines befristeten Dienstvertrags an der Vereinbarung einer Probezeit, in der beiden Teilen eine sofortige Auflösung möglich sei, gewichtiger als bei einem unbefristeten Dienstverhältnis. Der im KV vorgenommenen Differenzierung könne daher allgemein eine sachliche Begründung nicht abgesprochen werden. Gemäß Artikel 17, Litera a, des Kollektivvertrags für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe könne das unbefristete Arbeitsverhältnis in den ersten 14 Tagen, die als Probezeit gelten, ohne vorherige Kündigung gelöst werden. Aus dem Wortlaut des Kollektivvertrags sei für das befristete Dienstverhältnis ein Verbot der Vereinbarung einer längeren Probezeit bis zum Höchstmaß gemäß Paragraph 1158, Absatz 2, ABGB nicht abzuleiten. Es könne den Kollektivvertragsparteien im Hinblick darauf, dass sie mit Artikel 17, Litera a, KV ausdrücklich nur für das unbefristete Arbeitsverhältnis eine vom

gesetzlichen Höchstrahmen abweichende Regelung der Probezeit getroffen haben, nicht unterstellt werden, dass ihnen dabei ein Versehen unterlaufen sei, das zu einer planwidrigen Regelungslücke geführt hätte. Befristete Dienstverhältnisse seien im Gastgewerbe notorisch vor allem im Bereich der Saisonbetriebe. Mangels anderer ausdrücklicher Vereinbarung könnten sie jedoch vor Ablauf der Frist von beiden Teilen nur aus wichtigen Gründen vorzeitig gelöst werden. Demgegenüber biete im Anwendungsbereich des Kollektivvertrags für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe ein unbefristetes Dienstverhältnis wegen der lediglich 14 Tage, ohne Bindung an Termine, betragenden Kündigungsfrist einen verhältnismäßig geringen Bestandschutz. Unter dem Gesichtspunkt sei das Interesse der Vertragsteile eines befristeten Dienstvertrags an der Vereinbarung einer Probezeit, in der beiden Teilen eine sofortige Auflösung möglich sei, gewichtiger als bei einem unbefristeten Dienstverhältnis. Der im KV vorgenommenen Differenzierung könne daher allgemein eine sachliche Begründung nicht abgesprochen werden.

Die - in Umsetzung der in der RL 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 vorgegebenen allgemeinen Grundsätze und Mindestvorschriften für befristete Arbeitsverhältnisse ergangene - Regelung des § 2b AVRAG, wonach Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis gegenüber Arbeitnehmern mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Arbeitsbedingungen nicht benachteiligt werden dürfen, lasse eine unterschiedliche Behandlung nur dann zu, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Die - in Umsetzung der in der RL 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 vorgegebenen allgemeinen Grundsätze und Mindestvorschriften für befristete Arbeitsverhältnisse ergangene - Regelung des Paragraph 2 b, AVRAG, wonach Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis gegenüber Arbeitnehmern mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Arbeitsbedingungen nicht benachteiligt werden dürfen, lasse eine unterschiedliche Behandlung nur dann zu, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei.

Die Richtlinie 1999/70/EG nenne als Ziel der Rahmenvereinbarung, die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zu verbessern, sowie die Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge verhindern (§ 1 der Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner EGB, UNICE und CEEP über befristete Arbeitsverhältnisse vom 18. 3. 1999, die durch die Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse übernommen wurde). In § 4 der RL werde der Grundsatz der Nichtdiskriminierung dahingehend definiert, dass befristet beschäftigte Dienstnehmer in ihren Arbeitsbedingungen gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigte nicht schlechter behandelt werden dürfen, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung sei aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Die Richtlinie 1999/70/EG nenne als Ziel der Rahmenvereinbarung, die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zu verbessern, sowie die Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge verhindern (Paragraph eins, der Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner EGB, UNICE und CEEP über befristete Arbeitsverhältnisse vom 18. 3. 1999, die durch die Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse übernommen wurde). In Paragraph 4, der RL werde der Grundsatz der Nichtdiskriminierung dahingehend definiert, dass befristet beschäftigte Dienstnehmer in ihren Arbeitsbedingungen gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigte nicht schlechter behandelt werden dürfen, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung sei aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Zur Umsetzung der RL 1999/70/EG in § 2 AVRAG werde in der Regierungsvorlage vom 13. 12. 2001, 951d BlgNR XXI. GP, ausgeführt, dass die Sachlichkeit stets danach zu beurteilen sei, ob es der Zweck einer Regelung rechtfertigt, befristet beschäftigte Arbeitnehmer anders zu behandeln als vergleichbare Dauerbeschäftigte. Zur Umsetzung der RL 1999/70/EG in Paragraph 2, AVRAG werde in der Regierungsvorlage vom 13. 12. 2001, 951d BlgNR römisch 21 . GP, ausgeführt, dass die Sachlichkeit stets danach zu beurteilen sei, ob es der Zweck einer Regelung rechtfertigt, befristet beschäftigte Arbeitnehmer anders zu behandeln als vergleichbare Dauerbeschäftigte.

Ausgehend von diesem Verständnis und der Zielrichtung der Richtlinie müsse der Begriff der Arbeitsbedingungen weit ausgelegt werden, sodass auch eine Gestaltung, die bei befristeten Dienstverhältnissen eine fristlose Auflösung durch den Arbeitgeber gestatte, wenn dies bei Dauerarbeitsverhältnissen nicht (mehr) zulässig wäre, darunter zu subsumieren sei. Dieses Verständnis gebiete vor allem die im Zusammenhang mit Kettenarbeitsverhältnissen erklärte Zielsetzung der Richtlinie, eine Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen zu verhindern.

Dass die Vereinbarung einer längeren Probezeit für den Arbeitnehmer immer nachteilig und jedenfalls gegen das Diskriminierungsverbot nach § 2b AVRAG verstöße, könne angesichts der mit einer längeren Befristung verbunden

stärkeren beidseitigen Vertragsbindung nicht generell behauptet werden. Dass die Vereinbarung einer längeren Probezeit für den Arbeitnehmer immer nachteilig und jedenfalls gegen das Diskriminierungsverbot nach Paragraph 2 b, AVRAG verstoße, könne angesichts der mit einer längeren Befristung verbunden stärkeren beidseitigen Vertragsbindung nicht generell behauptet werden.

Ob daher die unterschiedliche Behandlung des Arbeitsverhältnisses auf bestimmte und unbestimmte Zeit bei der Länge der Probezeit gerechtfertigt sei, sei nach den Besonderheiten des Einzelfalls zu beurteilen.

Der mit einer Befristung des Dienstverhältnisses verbundene Vorteil einer längeren Unkündbarkeit komme in der mit der Klägerin geschlossenen Vereinbarung praktisch überhaupt nicht zum Tragen. Das Ende der vereinbarten Befristung (29. 2. 2004) liege nämlich nur 3 Tage nach dem nächstmöglichen Dienstgeberkündigungstermin ab Ende der einmonatigen Probezeit (bei Kündigung am 12. 2. wäre dies der 26. 2. 2004). Dass die Vereinbarung einer Probezeit von einem Monat anstelle von nur 14 Tagen unter diesen Voraussetzungen für einen Arbeitnehmer jedenfalls ungünstiger sei, müsse aber vor allem aus dem, für diese Dauer vorenthaltenen, besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz (§ 10 MschG; aber etwa auch § 8b EinstG) geschlossen werden, dessen Umgehung die RL 1999/70/EG gerade zu verhindern trachte. Diesem Nachteil stehe auch kein feststellbar kongruenter Vorteil gegenüber. Die gegenständliche Vereinbarung einer Probezeit von mehr als 14 Tagen verstoße daher gegen § 2 AVRAG. Unter Berücksichtigung des Normzwecks komme nur eine Sanktion in Betracht, die im Ergebnis zu einer Beseitigung der Diskriminierung führe. Der mit einer Befristung des Dienstverhältnisses verbundene Vorteil einer längeren Unkündbarkeit komme in der mit der Klägerin geschlossenen Vereinbarung praktisch überhaupt nicht zum Tragen. Das Ende der vereinbarten Befristung (29. 2. 2004) liege nämlich nur 3 Tage nach dem nächstmöglichen Dienstgeberkündigungstermin ab Ende der einmonatigen Probezeit (bei Kündigung am 12. 2. wäre dies der 26. 2. 2004). Dass die Vereinbarung einer Probezeit von einem Monat anstelle von nur 14 Tagen unter diesen Voraussetzungen für einen Arbeitnehmer jedenfalls ungünstiger sei, müsse aber vor allem aus dem, für diese Dauer vorenthaltenen, besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz (Paragraph 10, MschG; aber etwa auch Paragraph 8 b, EinstG) geschlossen werden, dessen Umgehung die RL 1999/70/EG gerade zu verhindern trachte. Diesem Nachteil stehe auch kein feststellbar kongruenter Vorteil gegenüber. Die gegenständliche Vereinbarung einer Probezeit von mehr als 14 Tagen verstoße daher gegen Paragraph 2, AVRAG. Unter Berücksichtigung des Normzwecks komme nur eine Sanktion in Betracht, die im Ergebnis zu einer Beseitigung der Diskriminierung führe.

Gemäß § 10a MschG werde der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses von der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs 1 bzw Abs 3 MschG gehemmt, es sei denn dass die Befristung aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen sei. Gemäß Paragraph 10 a, MschG werde der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses von der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots nach Paragraph 3, Absatz eins, bzw Absatz 3, MschG gehemmt, es sei denn dass die Befristung aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen sei.

Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht mit den Parteien zu erörtern haben, wann und in welcher Form die Klägerin ihre Schwangerschaft der beklagten Partei bekanntgegeben habe und ob sie dabei eine ärztliche Bestätigung vorgelegt oder wenigstens angeboten habe. Mit der Klägerin werde ferner eine Neufassung des Klagebegehrens im Hinblick darauf zu erörtern sein, dass die Hemmung des Ablaufs des befristeten Dienstverhältnisses inzwischen jedenfalls beendet sei. Der konkrete Zeitpunkt der Beendigung werde davon abhängen, ob die beklagte Partei im fortgesetzten Verfahren Gründe für eine sachliche Rechtfertigung der Befristung iSd § 10a Abs 2 MschG vorbringen und beweisen könne, andernfalls davon, wann für die Klägerin das Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs 1 oder Abs 3 MschG tatsächlich begonnen habe. Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht mit den Parteien zu erörtern haben, wann und in welcher Form die Klägerin ihre Schwangerschaft der beklagten Partei bekanntgegeben habe und ob sie dabei eine ärztliche Bestätigung vorgelegt oder wenigstens angeboten habe. Mit der Klägerin werde ferner eine Neufassung des Klagebegehrens im Hinblick darauf zu erörtern sein, dass die Hemmung des Ablaufs des befristeten Dienstverhältnisses inzwischen jedenfalls beendet sei. Der konkrete Zeitpunkt der Beendigung werde davon abhängen, ob die beklagte Partei im fortgesetzten Verfahren Gründe für eine sachliche Rechtfertigung der Befristung iSd Paragraph 10 a, Absatz 2, MschG vorbringen und beweisen könne, andernfalls davon, wann für die Klägerin das Beschäftigungsverbot gemäß Paragraph 3, Absatz eins, oder Absatz 3, MschG tatsächlich begonnen habe.

Der Rekurs gemäß §§ 2 ASGG, 519 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ZPO sei zuzulassen gewesen, da soweit überblickbar eine

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die im Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe vorgesehene Möglichkeit, bei befristeten Dienstverhältnissen eine längere Probezeit zu vereinbaren als bei unbefristeten Dienstverhältnissen, eine Benachteiligung iSd § 2b Abs 1 AVRAG bzw eine Diskriminierung iSd der RL 1999/70/EG darstelle, ferner welche Rechtsfolgen eine Verletzung dieser Bestimmungen nach sich ziehe, noch fehle.Der Rekurs gemäß Paragraphen 2, ASGG, 519 Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, ZPO sei zuzulassen gewesen, da soweit überblickbar eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die im Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe vorgesehene Möglichkeit, bei befristeten Dienstverhältnissen eine längere Probezeit zu vereinbaren als bei unbefristeten Dienstverhältnissen, eine Benachteiligung iSd Paragraph 2 b, Absatz eins, AVRAG bzw eine Diskriminierung iSd der RL 1999/70/EG darstelle, ferner welche Rechtsfolgen eine Verletzung dieser Bestimmungen nach sich ziehe, noch fehle.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der „Revisionsrekurs“ der beklagten Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mit dem Antrag den angefochtenen Beschluss aufzuheben und das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Klägerin beantragt in ihrer Rekursbeantwortung dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist, da eine gesicherte Rechtsprechung zur Auslegung des Abschnitts 17 lit a des KV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe nicht besteht, zulässig, jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist, da eine gesicherte Rechtsprechung zur Auslegung des Abschnitts 17 Litera a, des KV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe nicht besteht, zulässig, jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Rekurswerberin führt gegen die von ihr im Wesentlichen gebilligte Rechtsansicht des Berufungsgerichtes lediglich ins Treffen, dass die Zulässigkeit der Vereinbarung einer einmonatigen Probezeit bei Vorliegen einer Befristung nicht nach den Besonderheiten des Einzelfalls zu beurteilen sei, sondern dass die Vereinbarung einer Probezeit unabhängig von ihrer Länge per se keine Benachteiligung iSd § 2b Abs 1 AVRAG darstelle.Die Rekurswerberin führt gegen die von ihr im Wesentlichen gebilligte Rechtsansicht des Berufungsgerichtes lediglich ins Treffen, dass die Zulässigkeit der Vereinbarung einer einmonatigen Probezeit bei Vorliegen einer Befristung nicht nach den Besonderheiten des Einzelfalls zu beurteilen sei, sondern dass die Vereinbarung einer Probezeit unabhängig von ihrer Länge per se keine Benachteiligung iSd Paragraph 2 b, Absatz eins, AVRAG darstelle.

Tatsächlich stellt sich vorliegend die Frage gar nicht, da die Unterinstanzen die hier relevante Bestimmung über die Probezeit des anzuwendenden Kollektivvertrags unrichtig ausgelegt haben.

Nach ständiger Rechtsprechung sind die normativen Bestimmungen eines Kollektivvertrags wie ein Gesetz auszulegen (SZ 40/150; Arb 10.062; 10.494; 10.815; DRdA 1994,244 mit Besprechung von B. Schwarz uva). Im Zweifel ist jedenfalls bei der Auslegung von kollektivvertraglichen Bestimmungen davon auszugehen, dass die Kollektivvertragsparteien eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung verbunden mit einem Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen treffen wollten (Arb 9553) und dass sie eine Ungleichbehandlung der Normadressanten vermeiden wollten (Arb 10.480).

Der Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe ordnet in seinem Abschnitt 17 lit a an, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis in den ersten 14 Tagen, die als Probezeit gelten, ohne vorherige Kündigung gelöst werden kann. Nach Ablauf dieser Zeit ist eine Auflösung nur unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist möglich.Der Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe ordnet in seinem Abschnitt 17 Litera a, an, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis in den ersten 14 Tagen, die als Probezeit gelten, ohne vorherige Kündigung gelöst werden kann. Nach Ablauf dieser Zeit ist eine Auflösung nur unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist möglich.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kann diese Bestimmung aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass für die Vereinbarung einer Probezeit bei befristeten Dienstverhältnissen ausschließlich die gesetzliche Bestimmung des § 1158 Abs 2 ABGB heranzuziehen wäre. Aus dem engen Zusammenhang der Regelung der Probezeit bei unbefristeten Dienstverhältnissen mit der Regelung über die (nachfolgende) 14-tägige Kündigungsfrist ergibt sich, dass damit offenbar zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass nur unbefristete Dienstverhältnisse ohne Vereinbarung

einer Probezeit in den ersten 14 Tagen jederzeit gelöst werden können, sich somit die im Kollektivvertrag normierte Probezeit-Automatik nur auf unbefristete Dienstverhältnisse bezieht, während bei befristeten Dienstverhältnissen eine Probezeit eine entsprechende Vereinbarung voraussetzt. Hingegen ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die Kollektivvertragsparteien hinsichtlich der Dauer der zulässigen Probezeit eine Differenzierung zwischen befristeten und unbefristeten Dienstverhältnissen beabsichtigten. Dies würde vielmehr einen nicht nachvollziehbaren Wertungswiderspruch bedeuten. Der diesbezüglichen Argumentation des Berufungsgerichtes, wonach eine unterschiedliche Behandlung von unbefristeten und befristeten Dienstverhältnissen hinsichtlich der Dauer der Probezeit schon deshalb gerechtfertigt sei, weil bei (kürzer) befristeten Dienstverhältnissen eine Kündigungsmöglichkeit nicht bestehe, kann nicht beigetreten werden. Die Befristung eines Dienstverhältnisses setzt eine entsprechende Vereinbarung voraus, wobei den Vertragsschließenden (jedenfalls bei kurzbefristeten Dienstverhältnissen) von Vornherein klar ist, dass das Dienstverhältnis durch Zeitablauf und nicht durch Kündigung endet. Die Auflösung aus wichtigem Grund ist jedenfalls auch bei befristeten Dienstverhältnissen jederzeit möglich. Es besteht daher kein Bedarf den Vertragsparteien befristeter Dienstverhältnisse eine längere Probezeit einzuräumen, als denen eines unbefristeten Dienstverhältnisses, was sich auch daran zeigt, dass die gesetzliche Regelung des § 1158 Abs 2 ABGB diesbezüglich keine Unterscheidung trifft. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kann diese Bestimmung aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass für die Vereinbarung einer Probezeit bei befristeten Dienstverhältnissen ausschließlich die gesetzliche Bestimmung des Paragraph 1158, Absatz 2, ABGB heranzuziehen wäre. Aus dem engen Zusammenhang der Regelung der Probezeit bei unbefristeten Dienstverhältnissen mit der Regelung über die (nachfolgende) 14-tägige Kündigungsfrist ergibt sich, dass damit offenbar zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass nur unbefristete Dienstverhältnisse ohne Vereinbarung einer Probezeit in den ersten 14 Tagen jederzeit gelöst werden können, sich somit die im Kollektivvertrag normierte Probezeit-Automatik nur auf unbefristete Dienstverhältnisse bezieht, während bei befristeten Dienstverhältnissen eine Probezeit eine entsprechende Vereinbarung voraussetzt. Hingegen ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die Kollektivvertragsparteien hinsichtlich der Dauer der zulässigen Probezeit eine Differenzierung zwischen befristeten und unbefristeten Dienstverhältnissen beabsichtigten. Dies würde vielmehr einen nicht nachvollziehbaren Wertungswiderspruch bedeuten. Der diesbezüglichen Argumentation des Berufungsgerichtes, wonach eine unterschiedliche Behandlung von unbefristeten und befristeten Dienstverhältnissen hinsichtlich der Dauer der Probezeit schon deshalb gerechtfertigt sei, weil bei (kürzer) befristeten Dienstverhältnissen eine Kündigungsmöglichkeit nicht bestehe, kann nicht beigetreten werden. Die Befristung eines Dienstverhältnisses setzt eine entsprechende Vereinbarung voraus, wobei den Vertragsschließenden (jedenfalls bei kurzbefristeten Dienstverhältnissen) von Vornherein klar ist, dass das Dienstverhältnis durch Zeitablauf und nicht durch Kündigung endet. Die Auflösung aus wichtigem Grund ist jedenfalls auch bei befristeten Dienstverhältnissen jederzeit möglich. Es besteht daher kein Bedarf den Vertragsparteien befristeter Dienstverhältnisse eine längere Probezeit einzuräumen, als denen eines unbefristeten Dienstverhältnisses, was sich auch daran zeigt, dass die gesetzliche Regelung des Paragraph 1158, Absatz 2, ABGB diesbezüglich keine Unterscheidung trifft.

Der Oberste Gerichtshof hat die gleichlautende Bestimmung des Punktes 17 lit a des Kollektivvertrags für das Gast- und Schankgewerbe in seiner nicht veröffentlichten Entscheidung 4 Ob 32/80 dahingehend ausgelegt, dass bei Abschluss eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit, eine Probezeit auch dann als vereinbart gilt, wenn sie von den Parteien eines Arbeitsvertrags nicht vereinbart wurde, dies aber die Möglichkeit der Vereinbarung einer solchen Probezeit auch für den Fall des Abschlusses eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht ausschließe (RIS-Justiz RS0064436). Sowohl bei einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte, als auch auf unbestimmte Zeit seien die Parteien berechtigt, für den Beginn des Arbeitsverhältnisses eine 14-tägige Probezeit zu vereinbaren (RISS-Justiz RS0028228). Der Oberste Gerichtshof hat die gleichlautende Bestimmung des Punktes 17 Litera a, des Kollektivvertrags für das Gast- und Schankgewerbe in seiner nicht veröffentlichten Entscheidung 4 Ob 32/80 dahingehend ausgelegt, dass bei Abschluss eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit, eine Probezeit auch dann als vereinbart gilt, wenn sie von den Parteien eines Arbeitsvertrags nicht vereinbart wurde, dies aber die Möglichkeit der Vereinbarung einer solchen Probezeit auch für den Fall des Abschlusses eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht ausschließe (RIS-Justiz RS0064436). Sowohl bei einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte, als auch auf unbestimmte Zeit seien die Parteien berechtigt, für den Beginn des Arbeitsverhältnisses eine 14-tägige Probezeit zu vereinbaren (RISS-Justiz RS0028228).

Die Vereinbarung einer vierwöchigen Probezeit stellt sich daher schon als gegen den anzuwendenden Kollektivvertrag

verstoßend dar. Auch bei Anstellung des Günstigkeitsvergleichs im gegenständlich zu beurteilenden Fall erweist sich jedenfalls die kollektivvertragliche Regelung für die Klägerin günstiger als die gesetzliche Regelung, weshalb es sich erübrigt auf die vom Berufungsgericht aufgezeigte Problematik näher einzugehen.

Da das Dienstverhältnis nicht in der Probezeit gelöst wurde und sich die Rechtssache aus den vom Berufungsgericht zutreffend dargestellten Gründen als noch nicht spruchreif erweist, erfolgte die Zurückverweisung an das Prozessgericht erster Instanz zu Recht.

Dem Rekurs war daher der Erfolg zu versagen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

**Textnummer**

E76348

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:008OBA00124.04Z.0217.000

**Im RIS seit**

17.05.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

11.05.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)