

# TE OGH 2007/3/2 9ObA10/06w

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.03.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Andreas Mörk und Robert Hauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Jelena T\*\*\*\*\*\*, Reisebüroassistentin, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Sepp Manhart und Dr. Meinrad Einsle, Rechtsanwälte in Bregenz, gegen die beklagte Partei Ö\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Bichler Zrzavy, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert EUR 7.270), in eventu EUR 4.415,64 brutto, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 19. Oktober 2005, GZ 13 Ra 49/05m-18, womit das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Arbeits- und Sozialgericht vom 1. Juni 2005, GZ 33 Cga 28/05g-14, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

1.)

Die Revisionsbeantwortung der beklagten Partei wird zurückgewiesen.

2.)

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen zu lauten haben:

„Es wird festgestellt, dass das Dienstverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten auch über den 18. 12. 2004 hinaus bis zum 10. 3. 2005 ununterbrochen aufrecht war.

Die beklagte Partei ist schuldig, der Kammer für Arbeiter und Angestellte Vorarlberg, Geschäftsstelle 6900 Bregenz, Reutegasse 11, binnen 14 Tagen den Pauschalaufwand von EUR 530 für das Verfahren erster Instanz sowie den Pauschalaufwand in Höhe von EUR 340 für das Verfahren zweiter Instanz binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 424 bestimmten Pauschalkosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.029,39 (darin EUR 83,23 USt und EUR 530 Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin absolvierte seit 14. 10. 2002 bei der Beklagten eine Lehre als Reisebüroassistentin, die Lehrzeit endete am 13. 10. 2004. Zwischen der Klägerin und der Beklagten war schon bei Abschluss des Lehrvertrages vereinbart worden, dass sich an das Lehrverhältnis ein auf die Dauer der Behaltepflcht befristetes Arbeitsverhältnis anschließen solle.

Nach Beendigung der Lehrzeit kam es zu mehreren Gesprächen zwischen der Klägerin und der Leiterin der Filiale der Beklagten in Bregenz. Dabei ging es im Wesentlichen um das Thema, ob das befristete Arbeitsverhältnis allenfalls in ein unbefristetes übergehen könne. Die Filialleiterin konnte ihr diesbezüglich keine Zusagen machen. Anfang Dezember 2004 kam es über Betreiben der Klägerin erneut zu einem Gespräch, bei welchem diese davon ausging, dass sie nicht über die Behaltefrist hinaus bei der Beklagten verbleiben könne. Da sie die Weihnachtsfeiertage bei ihrer Familie in Kroatien verbringen wollte, erkundigte sie sich, ob es allenfalls möglich wäre, schon vor Jänner 2005 das Dienstverhältnis vorzeitig zu beenden. Die Filialleiterin teilte der Klägerin mit, dass eine Arbeitgeberkündigung während der Behaltefrist nicht möglich sei, sondern allenfalls eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Dem stimmte die Klägerin zu. Die Beklagte ließ überprüfen, zu welchem Zeitpunkt eine Lösung möglich sei, weil Dezember und Jänner jeweils Hauptbuchungszeiten darstellen. Die Beklagte kam dem Ersuchen der Klägerin allerdings entgegen und verfasste am 14. 12. 2004 ein Schreiben, nach dem das Dienstverhältnis per 18. 12. 2004 einvernehmlich aufgelöst werde.

Insbesondere heißt es: „... Wir halten nun auch schriftlich fest, dass wir Ihrem Wunsch entsprechend das Dienstverhältnis zur Ö\*\*\*\*\* AG mit 18. Dezember 2004 einvernehmlich auflösen. Bis zum 18. Dezember 2004 erhalten sie alle laufenden Ansprüche aus dem Dienstverhältnis ausbezahlt ...“. Zum Zeitpunkt der Unterfertigung dieser schriftlichen Auflösungsvereinbarung wusste die Klägerin noch nicht, dass sie bereits im vierten Monat schwanger war. Die Klägerin erlangte erst Anfang Jänner 2005 während eines Urlaubs in Kroatien durch einen Schwangerschaftstest erste Kenntnis von einer möglichen Schwangerschaft. Einen Tag danach kehrte die Klägerin nach Österreich zurück und vereinbarte sogleich einen Termin bei ihrem Frauenarzt, der ihr am 11. 1. 2005 die Schwangerschaft bestätigte und den voraussichtlichen Geburtstermin mit 6. 5. 2005 bekannt gab, sodass der Beginn der Mutterschutzfrist auf den 11. 3. 2005 gefallen wäre. Noch am selben Tag versuchte die Klägerin, mit ihrer ehemaligen Vorgesetzten Kontakt aufzunehmen. Infolge deren Abwesenheit war es der Klägerin erst am 13. 1. 2005 möglich, diese persönlich aufzusuchen und von der Schwangerschaft zu informieren. Gleichzeitig ersuchte sie um die Fortsetzung des Dienstverhältnisses, was jedoch seitens der Beklagten abgelehnt wurde.

Die Klägerin begehrte nach einer (zugelassenen) Klageänderung die Feststellung, dass das Dienstverhältnis zwischen ihr und der Beklagten über den 18. 12. 2004 hinaus bis zum 10. 3. 2005 ununterbrochen aufrecht sei; weiters stellte sie ein Eventualbegehren auf Feststellung, dass das Dienstverhältnis über den 18. 12. 2004 hinaus bis zum 31. 1. 2005 ununterbrochen aufrecht sei sowie ein Eventual-Leistungsbegehren, dass die Beklagte zur Zahlung von EUR 4.415,64 brutto sA (Verdienstentgang bis zum Beginn der Schutzfrist) bzw zur Zahlung von EUR 2.462,02 (Verdienstentgang bis zum Ende der Behaltefrist) verpflichtet sei.

Die Klägerin vertrat den Rechtsstandpunkt, dass auch eine in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin erfolgte einvernehmliche Auflösung eines befristeten Dienstverhältnisses rechtsunwirksam sei, wenn sich nachträglich die Schwangerschaft herausstelle und die Arbeitnehmerin dies unverzüglich dem Dienstgeber bekannt gebe, was im vorliegenden Fall geschehen sei. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Behaltefrist sei weder eine gesetzliche Befristung noch eine sachlich gerechtfertigte Frist iSd § 10a MSchG. Die Klägerin vertrat den Rechtsstandpunkt, dass auch eine in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin erfolgte einvernehmliche Auflösung eines befristeten Dienstverhältnisses rechtsunwirksam sei, wenn sich nachträglich die Schwangerschaft herausstelle und die Arbeitnehmerin dies unverzüglich dem Dienstgeber bekannt gebe, was im vorliegenden Fall geschehen sei. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Behaltefrist sei weder eine gesetzliche Befristung noch eine sachlich gerechtfertigte Frist iSd Paragraph 10 a, MSchG.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie wendete ein, dass das Dienstverhältnis auf ausschließliche und ausdrückliche Initiative der schwangeren Klägerin hin aufgelöst worden sei. In einem solchen Fall sei einer Arbeitnehmerin die Berufung auf die analoge Anwendung des § 10 Abs 2 MSchG verwehrt. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie wendete ein, dass das Dienstverhältnis auf ausschließliche und ausdrückliche Initiative der schwangeren Klägerin hin aufgelöst worden sei. In einem solchen Fall sei einer Arbeitnehmerin die Berufung auf die analoge Anwendung des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG verwehrt.

Das Erstgericht wies das Klagehaupt- und die Eventualbegehren ab. Es schloss sich im Wesentlichen der Argumentation von Eibensteiner („Einvernehmliche Auflösung und Mutterschutz“ in ecolex 1995, 733, 737) an und gelangte zur Rechtsauffassung, dass selbst bei einer analogen Anwendung des § 10 Abs 2 MSchG auf einvernehmliche Auflösungen im vorliegenden Fall dennoch eine rechtswirksame Auflösung vorliege, weil das Arbeitsverhältnis nur auf

Initiative der Klägerin beendet worden sei. Das Erstgericht wies das Klagehaupt- und die Eventualbegehren ab. Es schloss sich im Wesentlichen der Argumentation von Eibensteiner („Einvernehmliche Auflösung und Mutterschutz“ in ecolex 1995, 733, 737) an und gelangte zur Rechtsauffassung, dass selbst bei einer analogen Anwendung des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG auf einvernehmliche Auflösungen im vorliegenden Fall dennoch eine rechtswirksame Auflösung vorliege, weil das Arbeitsverhältnis nur auf Initiative der Klägerin beendet worden sei.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Dieses habe zwar die kollektivvertragliche Bestimmung übersehen, nach der die Behaltefrist nicht drei Monate nach Beendigung des Lehrverhältnisses ende, sondern erst mit dem darauffolgenden Monatsletzten (hier: 31. 1. 2005); doch komme es letztlich darauf nicht an. Es bejahte zwar grundsätzlich eine analoge Anwendung des § 10 Abs 2 MSchG auf einvernehmliche Auflösungen, wenn der Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft nicht bekannt sei. Davon sei jedoch die schon vom Erstgericht genannte Ausnahme zu machen. Die Initiative der Arbeitnehmerin auf einvernehmliche Auflösung sei einer Selbstkündigung gleichzuhalten, bei einer solchen entfalle aber ein Kündigungsschutz nach dem MSchG. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil es sich bei der Frage der Rechtswirksamkeit der einvernehmlichen Auflösung eines befristeten Arbeitsverhältnisses während der Weiterverwendungszeit im Falle nachträglich bekannt gewordener Schwangerschaft um eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 2 ZPO handle. Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Dieses habe zwar die kollektivvertragliche Bestimmung übersehen, nach der die Behaltefrist nicht drei Monate nach Beendigung des Lehrverhältnisses ende, sondern erst mit dem darauffolgenden Monatsletzten (hier: 31. 1. 2005); doch komme es letztlich darauf nicht an. Es bejahte zwar grundsätzlich eine analoge Anwendung des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG auf einvernehmliche Auflösungen, wenn der Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft nicht bekannt sei. Davon sei jedoch die schon vom Erstgericht genannte Ausnahme zu machen. Die Initiative der Arbeitnehmerin auf einvernehmliche Auflösung sei einer Selbstkündigung gleichzuhalten, bei einer solchen entfalle aber ein Kündigungsschutz nach dem MSchG. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil es sich bei der Frage der Rechtswirksamkeit der einvernehmlichen Auflösung eines befristeten Arbeitsverhältnisses während der Weiterverwendungszeit im Falle nachträglich bekannt gewordener Schwangerschaft um eine erhebliche Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz 2, ZPO handle.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass dem Klagehauptbegehren oder einem Eventualbegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Zu 1.) (Zurückweisung der Revisionsbeantwortung):

Die Revision wurde der Beklagten am 1. Dezember 2005 zugestellt, die Revisionsbeantwortung wurde erst am 11. 1. 2006 zur Post gegeben. Da die Bestimmungen über die verhandlungsfreie Zeit (§§ 222 bis 225 ZPO) gemäß § 39 Abs 4 ASGG im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren nicht anzuwenden sind, ist die Revisionsbeantwortung verspätet. Die Revision wurde der Beklagten am 1. Dezember 2005 zugestellt, die Revisionsbeantwortung wurde erst am 11. 1. 2006 zur Post gegeben. Da die Bestimmungen über die verhandlungsfreie Zeit (Paragraphen 222 bis 225 ZPO) gemäß Paragraph 39, Absatz 4, ASGG im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren nicht anzuwenden sind, ist die Revisionsbeantwortung verspätet.

Zu 2.) (Revisionsentscheidung):

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Zunächst ist trotz der Möglichkeit einer Leistungsklage im vorliegenden Fall ein Feststellungsinteresse der Klägerin zu bejahen, weil mit der Dauer des Dienstverhältnisses bzw dem Zeitpunkt der Beendigung auch sozialversicherungsrechtliche Folgen verbunden sind (RIS-Justiz RS0039159 ua).

Der Oberste Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 23. 11. 2006, 8 ObA 76/06v, mit der Frage befasst, inwieweit eine schriftliche einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin wirksam ist. Unter Berücksichtigung der Literatur (insbesondere Schrank, „Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung, 283 f; Eibensteiner „Einvernehmliche Auflösung und Mutterschutz“ in ecolex 1995, 733, 737) erkannte der Oberste Gerichtshof dahin, dass im Falle der einvernehmlichen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt, in dem die Arbeitnehmerin zwar schon schwanger ist, aber davon noch keine Kenntnis hat, eine ungewollte Regelungslücke vorliegt. Diese ist durch Analogie zu §§ 10a, 10 Abs 2

MSchG dahin zu schließen, dass unter den „formalen“ Voraussetzungen des § 10 Abs 2 (unmittelbare Bekanntgabe nach Kenntnis, Übermittlung der ärztlichen Bestätigung) die Unwirksamkeit der Auflösung zum vereinbarten Termin geltend gemacht werden kann, somit dieser Termin wegfällt und von einem entsprechend § 10a MSchG verlängerten Arbeitsverhältnis auszugehen ist (RIS-Justiz RS0121663). Diese Voraussetzungen sind auch im vorliegenden Fall gegeben. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen kann es aber im Rahmen des genannten Analogieschlusses nicht darauf ankommen, ob die Initiative zur einvernehmlichen Auflösung von der Arbeitnehmerin ausgegangen ist: Sowenig es zulässig ist, eine - in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin vereinbarte - einvernehmliche Lösung in eine Arbeitgeberkündigung umzudeuten (8 ObA 76/06v), sowein ist eine einvernehmliche Lösung nur deshalb, weil sie auf Initiative oder im Interesse der Arbeitnehmerin erfolgte, einer Arbeitnehmerkündigung gleichzuhalten. Es ist vielmehr an dem - schon zur Beurteilung des Bestands von Konkurrenzkluseln bei einvernehmlicher Auflösung judizierten (9 ObA 11/06t) - Grundsatz festzuhalten, dass unabhängig von der Initiative zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die einvernehmliche Auflösung etwas anderes ist als eine einseitige Beendigung durch Kündigung. Die andere Ansicht würde dazu führen, dass die - auch im vorliegenden Fall grundsätzlich bestehen bleibenden - Unterschiede zwischen einseitiger Kündigung und an sich zulässiger einvernehmlicher Beendigung ohne ersichtlichen Rechtsgrund einfach übergangen würden (vgl 8 ObA 76/06v). Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass für die Bestimmung des Zeitpunkts der wirksamen Beendigung des einvernehmlich aufgelösten Arbeitsverhältnisses infolge unverzüglicher und formgerechter Bekanntgabe der Schwangerschaft § 10a MSchG maßgeblich ist. Das Berufungsgericht zutreffend darauf verwiesen, dass die Behaltefrist des § 18 Abs 1 BAG (drei Monate) durch Art XV des anzuwendenden Kollektivvertrags für die Angestellten in Reisebüros bis zum Letzten des Ablaufmonats (hier: 31. 1. 2005) erstreckt wird. Demzufolge würde das für die Dauer der Behaltefrist vereinbarte Arbeitsverhältnis ebenfalls mit 31. 1. 2005 geendet haben. § 10a Abs 1 MSchG bestimmt jedoch, dass der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses von der Meldung der Schwangerschaft bis zu dem Beginn des Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 1 MSchG oder dem Beginn eines auf Dauer ausgesprochenen Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs 3 MSchG gehemmt ist, es sei denn, dass die Befristung aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Behalteplicht des BAG stellt für sich allein weder einen sachlich gerechtfertigten Grund für den Fall der Ablaufhemmung dar, noch besteht eine gesetzliche Vorschrift, wonach für die Behaltefrist (nur) ein befristetes Arbeitsverhältnis einzugehen ist (Berger/Fida/Gruber BAG § 18 Rz 28; Der Oberste Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 23. 11. 2006, 8 ObA 76/06v, mit der Frage befasst, inwieweit eine schriftliche einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin wirksam ist. Unter Berücksichtigung der Literatur (insbesondere Schrank, „Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung, 283 f; Eibensteiner „Einvernehmliche Auflösung und Mutterschutz“ in ecolex 1995, 733, 737) erkannte der Oberste Gerichtshof dahin, dass im Falle der einvernehmlichen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt, in dem die Arbeitnehmerin zwar schon schwanger ist, aber davon noch keine Kenntnis hat, eine ungewollte Regelungslücke vorliegt. Diese ist durch Analogie zu Paragraphen 10 a, 10 Absatz 2, MSchG dahin zu schließen, dass unter den „formalen“ Voraussetzungen des Paragraph 10, Absatz 2, (unmittelbare Bekanntgabe nach Kenntnis, Übermittlung der ärztlichen Bestätigung) die Unwirksamkeit der Auflösung zum vereinbarten Termin geltend gemacht werden kann, somit dieser Termin wegfällt und von einem entsprechend Paragraph 10 a, MSchG verlängerten Arbeitsverhältnis auszugehen ist (RIS-Justiz RS0121663). Diese Voraussetzungen sind auch im vorliegenden Fall gegeben. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen kann es aber im Rahmen des genannten Analogieschlusses nicht darauf ankommen, ob die Initiative zur einvernehmlichen Auflösung von der Arbeitnehmerin ausgegangen ist: Sowenig es zulässig ist, eine - in Unkenntnis der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin vereinbarte - einvernehmliche Lösung in eine Arbeitgeberkündigung umzudeuten (8 ObA 76/06v), sowein ist eine einvernehmliche Lösung nur deshalb, weil sie auf Initiative oder im Interesse der Arbeitnehmerin erfolgte, einer Arbeitnehmerkündigung gleichzuhalten. Es ist vielmehr an dem - schon zur Beurteilung des Bestands von Konkurrenzkluseln bei einvernehmlicher Auflösung judizierten (9 ObA 11/06t) - Grundsatz festzuhalten, dass unabhängig von der Initiative zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die einvernehmliche Auflösung etwas anderes ist als eine einseitige Beendigung durch Kündigung. Die andere Ansicht würde dazu führen, dass die - auch im vorliegenden Fall grundsätzlich bestehen bleibenden - Unterschiede zwischen einseitiger Kündigung und an sich zulässiger einvernehmlicher Beendigung ohne ersichtlichen Rechtsgrund einfach übergangen würden vergleiche 8 ObA 76/06v). Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass für die Bestimmung des Zeitpunkts der wirksamen Beendigung des einvernehmlich aufgelösten Arbeitsverhältnisses infolge unverzüglicher und formgerechter Bekanntgabe der

Schwangerschaft Paragraph 10 a, MSchG maßgeblich ist. Das Berufungsgericht zutreffend darauf verwiesen, dass die Behaltefrist des Paragraph 18, Absatz eins, BAG (drei Monate) durch Art römisch XV des anzuwendenden Kollektivvertrags für die Angestellten in Reisebüros bis zum Letzten des Ablaufmonats (hier: 31. 1. 2005) erstreckt wird. Demzufolge würde das für die Dauer der Behaltefrist vereinbarte Arbeitsverhältnis ebenfalls mit 31. 1. 2005 geendet haben. Paragraph 10 a, Absatz eins, MSchG bestimmt jedoch, dass der Ablauf eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisses von der Meldung der Schwangerschaft bis zu dem Beginn des Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz eins, MSchG oder dem Beginn eines auf Dauer ausgesprochenen Beschäftigungsverbots nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG gehemmt ist, es sei denn, dass die Befristung aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Behalteplicht des BAG stellt für sich allein weder einen sachlich gerechtfertigten Grund für den Fall der Ablaufhemmung dar, noch besteht eine gesetzliche Vorschrift, wonach für die Behaltefrist (nur) ein befristetes Arbeitsverhältnis einzugehen ist (Berger/Fida/Gruber BAG Paragraph 18, Rz 28;

Ercher/Stech/Langer, MSchG und Väter-Karenzgesetz, § 10a MSchG Rz 38). Letzteres ergibt sich schon daraus, dass die Behalteplicht dem Arbeitgeber lediglich die Verpflichtung auferlegt, mit dem Lehrling nach Beendigung der Lehrzeit einen Dienstvertrag von mindestens dreimonatiger Dauer abzuschließen (RIS-Justiz RS0052702 ua). Genauso könnte der Arbeitgeber aber mit dem bisherigen Lehrling auch ein mit dem Ende der Lehrzeit beginnendes Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer eingehen. Der Gesetzgeber stellt daher eine Mindestfrist nur für die Behalteplicht selbst auf, die aber noch der Auskleidung durch das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses bedarf. Für die sachliche Berechtigung einer Befristung wäre wiederum der Arbeitgeber behauptungs- und beweispflichtig (9 ObA 326/00g = DRdA 2002/17 [Risak]). Entsprechende Behauptungen oder Beweisanbote erfolgten aber seitens der beklagten Arbeitgeberin nicht. Ercher/Stech/Langer, MSchG und Väter-Karenzgesetz, Paragraph 10 a, MSchG Rz 38). Letzteres ergibt sich schon daraus, dass die Behalteplicht dem Arbeitgeber lediglich die Verpflichtung auferlegt, mit dem Lehrling nach Beendigung der Lehrzeit einen Dienstvertrag von mindestens dreimonatiger Dauer abzuschließen (RIS-Justiz RS0052702 ua). Genauso könnte der Arbeitgeber aber mit dem bisherigen Lehrling auch ein mit dem Ende der Lehrzeit beginnendes Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer eingehen. Der Gesetzgeber stellt daher eine Mindestfrist nur für die Behalteplicht selbst auf, die aber noch der Auskleidung durch das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses bedarf. Für die sachliche Berechtigung einer Befristung wäre wiederum der Arbeitgeber behauptungs- und beweispflichtig (9 ObA 326/00g = DRdA 2002/17 [Risak]). Entsprechende Behauptungen oder Beweisanbote erfolgten aber seitens der beklagten Arbeitgeberin nicht.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass der in der einvernehmlichen Auflösung genannte Beendigungszeitpunkt (18. 12. 2004) nicht wirksam war, sondern gemäß § 10a Abs 1 MSchG der Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses bis zum Beginn der Schutzfrist gehemmt war. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass der in der einvernehmlichen Auflösung genannte Beendigungszeitpunkt (18. 12. 2004) nicht wirksam war, sondern gemäß Paragraph 10 a, Absatz eins, MSchG der Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses bis zum Beginn der Schutzfrist gehemmt war.

Zur Kostenentscheidung:

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes liegt hier nicht der Ausnahmefall des § 58 Abs 1 erster Satz ASGG vor, der einen Kostenersatz für das Verfahren erster und zweiter Instanz ausschließen würde. Rechtsstreitigkeiten über die Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin nach den §§ 10 f MSchG sind zwar als „gleichartige bundesrechtliche Bestimmungen“ vom Geltungsbereich des § 50 Abs 2 ASGG umfasst; wenngleich es sich hiebei nicht um „betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten“ im eigentlichen Sinn handelt, so liegen doch gleichartige Rechtsstreitigkeiten vor, für die früher die Einigungsämter zuständig waren. Aus den Bestimmungen des § 50 Abs 2 ASGG und aus der Regierungsvorlage geht nämlich die klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers hervor, alle bisher den Einigungsämtern zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten in die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit einzubinden und auf diese Weise die Kompetenzzersplitterung zu beseitigen; es müssen daher auch die im MSchG früher den Einigungsämtern zugewiesenen Zuständigkeiten in diesem Umfang als Arbeitsrechtssachen iSd § 50 Abs 2 ASGG angesehen werden, die sich „aus gleichartigen bundesrechtlichen Bestimmungen ergeben“ (Kuderna ASGG<sup>2</sup>, 317; Neumayr in ZellKomm § 50 Rz 26). Da aber die Feststellung eines aufrechten Dienstverhältnisses als Folge einer unwirksamen Auflösung schon vor Inkrafttreten des ASGG in der Zuständigkeit der Gerichte lag, ist der Geltungsbereich des § 50 Abs 2 ASGG im Mutterschutzbereich auf die Zustimmung zur Kündigung und zur Entlassung einer Schwangeren zu reduzieren. Die Beklagte ist daher zum Ersatz des Aufwendersatzes an die gesetzliche

Interessenvertretung (§ 58a ASGG) sowie zum Ersatz der Pauschalgebühr für die Berufung an die Klägerin zu verhalten. Gemäß §§ 41, 50 Abs 1 ZPO hat die Beklagte der Klägerin auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Streitwert EUR 7.270 nicht übersteigt, zum Zeitpunkt der Einbringung der Revision daher nach TP3 GGG nur eine Pauschalgebühr von EUR 530 zu entrichten war. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes liegt hier nicht der Ausnahmefall des Paragraph 58, Absatz eins, erster Satz ASGG vor, der einen Kostenersatz für das Verfahren erster und zweiter Instanz ausschließen würde. Rechtsstreitigkeiten über die Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin nach den Paragraphen 10, f MSchG sind zwar als „gleichartige bundesrechtliche Bestimmungen“ vom Geltungsbereich des Paragraph 50, Absatz 2, ASGG umfasst; wenngleich es sich hiebei nicht um „betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten“ im eigentlichen Sinn handelt, so liegen doch gleichartige Rechtsstreitigkeiten vor, für die früher die Einigungsämter zuständig waren. Aus den Bestimmungen des Paragraph 50, Absatz 2, ASGG und aus der Regierungsvorlage geht nämlich die klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers hervor, alle bisher den Einigungsämtern zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten in die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit einzubinden und auf diese Weise die Kompetenzzersplitterung zu beseitigen; es müssen daher auch die im MSchG früher den Einigungsämtern zugewiesenen Zuständigkeiten in diesem Umfang als Arbeitsrechtssachen iSd Paragraph 50, Absatz 2, ASGG angesehen werden, die sich „aus gleichartigen bundesrechtlichen Bestimmungen ergeben“ (Kuderna ASGG<sup>2</sup>, 317; Neumayr in ZellKomm Paragraph 50, Rz 26). Da aber die Feststellung eines aufrechten Dienstverhältnisses als Folge einer unwirksamen Auflösung schon vor Inkrafttreten des ASGG in der Zuständigkeit der Gerichte lag, ist der Geltungsbereich des Paragraph 50, Absatz 2, ASGG im Mutterschutzbereich auf die Zustimmung zur Kündigung und zur Entlassung einer Schwangeren zu reduzieren. Die Beklagte ist daher zum Ersatz des Aufwandsatzes an die gesetzliche Interessenvertretung (Paragraph 58 a, ASGG) sowie zum Ersatz der Pauschalgebühr für die Berufung an die Klägerin zu verhalten. Gemäß Paragraphen 41, 50 Absatz eins, ZPO hat die Beklagte der Klägerin auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Streitwert EUR 7.270 nicht übersteigt, zum Zeitpunkt der Einbringung der Revision daher nach TP3 GGG nur eine Pauschalgebühr von EUR 530 zu entrichten war.

#### **Anmerkung**

E837219ObA10.06w

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inARD 5779/6/2007 = infas 2007,130/A52 - infas 2007 A52 = DRdA 2007,404= RdW 2007/703 S 683 - RdW 2007,683 = DRdA 2008,368/34 (Wolfsgruber)- DRdA 2008/34 (Wolfsgruber) = Arb 12.685XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:009OBA00010.06W.0302.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

20.03.2009

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