

# TE OGH 1999/5/4 10ObS41/99y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.05.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr und Dr. Fellingner sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Wilhelm Koutny (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Gerhard Taucher (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Iris P\*\*\*\*\*, Angestellte, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hans Schwarz, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, 1101 Wien, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen Wochengeld, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 10. Juli 1998, GZ 8 Rs 90/98h-11, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 17. Dezember 1997, GZ 19 Cgs 81/97h-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Der als "Gendarstellung" bezeichnete Schriftsatz der Kläger vom 26. 2. 1999 wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revision selbst zu tragen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

## Rechtliche Beurteilung

Die rechtliche Beurteilung der Sache durch die Vorinstanzen, wonach nur die Verkürzung des absoluten Beschäftigungsverbotes des § 3 Abs 1 MSchG zu einer Verlängerung der Schutzfrist nach der Entbindung führt, nicht jedoch eine Verkürzung des individuellen Beschäftigungsverbotes, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SSV-NF 3/85 = DRdA 1990/18 [krit Knöfler]; SSV-NF 6/32 mit ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes in DRdA 1991/31 und der ablehnenden Besprechung von Knöfler aaO; 10 ObS 269/92; 10 ObS 1/93; 10 ObS 242/94 = DRdA 1995/28 mit Anm Knöfler und 10 ObS 260/94, wonach auch die Neufassung des § 5 Abs 1 Satz 3 MSchG durch Art I Z 7 des Arbeitsrechtlichen Begleitgesetzes keinen Anlaß für ein Abgehen von dieser Rechtsprechung bietet; 10 ObS 50/95). Auch in den Entscheidungen SSV-NF 10/86 und 10 ObS 2249/96z wurde an dieser Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten. Die rechtliche Beurteilung der Sache durch die Vorinstanzen, wonach nur die Verkürzung des absoluten Beschäftigungsverbotes des Paragraph 3, Absatz eins, MSchG zu einer Verlängerung der Schutzfrist nach der Entbindung führt, nicht jedoch eine Verkürzung des individuellen Beschäftigungsverbotes, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SSV-NF 3/85 = DRdA

1990/18 [krit Knöfler]; SSV-NF 6/32 mit ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes in DRdA 1991/31 und der ablehnenden Besprechung von Knöfler aaO; 10 Obs 269/92; 10 Obs 1/93; 10 Obs 242/94 = DRdA 1995/28 mit Anmerkung Knöfler und 10 Obs 260/94, wonach auch die Neufassung des Paragraph 5, Absatz eins, Satz 3 MSchG durch Art römisch eins Ziffer 7, des Arbeitsrechtlichen Begleitgesetzes keinen Anlaß für ein Abgehen von dieser Rechtsprechung bietet; 10 Obs 50/95). Auch in den Entscheidungen SSV-NF 10/86 und 10 Obs 2249/96z wurde an dieser Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten.

In Kenntnis dieser ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes versucht die Revisionswerberin gestützt auf Ausführungen von Spielbüchler in der FS Tomandl, Die Entbindung vor dem Termin - Ein unbewältigtes Kapitel Mutterschutz 367 ff eine Änderung der Rechtsprechung zu erreichen. Der Oberste Gerichtshof sieht sich durch die Ausführungen in der Revision jedoch zu einem Abgehen von seiner bisherigen Rechtsprechung nicht veranlaßt.

Auch Spielbüchler aaO 379 räumt ein, daß das der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Grunde liegende Konzept an sich klar und durchsichtig ist. Beschränkt sich nämlich die Absicht des Gesetzgebers darauf, einer werdenden Mutter im Zusammenhang mit der Entbindung einen bestimmten Zeitraum (vgl dazu zuletzt SSV-NF 10/86) beschäftigungsfrei zu halten, dann kommt es nur darauf an, daß das Beschäftigungsverbot aus der Schwangerschaft folgt, aber nicht, ob es sich auf § 3 Abs 1 oder § 3 Abs 3 MSchG stützt. Spielbüchler räumt weiters ein, daß sich diese Auslegung auch aus der Funktion des besonderen Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs 3 MSchG heraus allein nicht widerlegen läßt, weil das besondere Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 3 MSchG und das allgemeine Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 1 MSchG in der Regel durchaus vergleichbare Fälle der Befindlichkeit der Schwangeren abdecken. Schließlich teilt Spielbüchler aaO 377 auch die Auffassung des Obersten Gerichtshofes, daß die Neufassung des § 5 Abs 1 Satz 3 MSchG durch Art I Z 7 des Arbeitsrechtlichen Begleitgesetzes für sich allein keinen Anlaß bietet, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen. Hätte der Gesetzgeber der Auslegung des Obersten Gerichtshofes entgetreten wollen, hätte er wenigstens in den Motiven zum Ausdruck bringen müssen, daß er mit der Aufnahme des Hinweises auf § 3 Abs 1 in § 5 Abs 1 letzter Satz MSchG eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes anstrebt. Dies ist jedoch nicht geschehen. Auch Spielbüchler aaO 379 räumt ein, daß das der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Grunde liegende Konzept an sich klar und durchsichtig ist. Beschränkt sich nämlich die Absicht des Gesetzgebers darauf, einer werdenden Mutter im Zusammenhang mit der Entbindung einen bestimmten Zeitraum vergleiche dazu zuletzt SSV-NF 10/86) beschäftigungsfrei zu halten, dann kommt es nur darauf an, daß das Beschäftigungsverbot aus der Schwangerschaft folgt, aber nicht, ob es sich auf Paragraph 3, Absatz eins, oder Paragraph 3, Absatz 3, MSchG stützt. Spielbüchler räumt weiters ein, daß sich diese Auslegung auch aus der Funktion des besonderen Beschäftigungsverbotes nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG heraus allein nicht widerlegen läßt, weil das besondere Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG und das allgemeine Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz eins, MSchG in der Regel durchaus vergleichbare Fälle der Befindlichkeit der Schwangeren abdecken. Schließlich teilt Spielbüchler aaO 377 auch die Auffassung des Obersten Gerichtshofes, daß die Neufassung des Paragraph 5, Absatz eins, Satz 3 MSchG durch Art römisch eins Ziffer 7, des Arbeitsrechtlichen Begleitgesetzes für sich allein keinen Anlaß bietet, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen. Hätte der Gesetzgeber der Auslegung des Obersten Gerichtshofes entgetreten wollen, hätte er wenigstens in den Motiven zum Ausdruck bringen müssen, daß er mit der Aufnahme des Hinweises auf Paragraph 3, Absatz eins, in Paragraph 5, Absatz eins, letzter Satz MSchG eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes anstrebt. Dies ist jedoch nicht geschehen.

Einer näheren Betrachtung bedürfe nach Ansicht von Spielbüchler jedoch der Umstand, daß das Beschäftigungsverbot des § 3 Abs 3 MSchG ganz anderen Voraussetzungen unterliege, als die Schutzfrist nach § 3 Abs 1 MSchG. Es sei wohl richtig, daß auch die Schutzfrist Gefahren und Belastungen von Mutter und Kind fernhalten solle, aber die Schutzfrist beginne und laufe ohne jede Beachtung der konkreten Lage, während für das besondere Beschäftigungsverbot die jeweiligen Umstände maßgeblich seien. Das Beschäftigungsverbot des § 3 Abs 3 MSchG gehe von seinen Voraussetzungen her keineswegs notwendig in die Schutzfrist vor oder nach der Geburt über und dem Normzweck nach sei die aus besonderen Gründen geschützte Schwangere nicht sicher, wie lange ein solches Verbot andauere. Der Fall, daß das Beschäftigungsverbot noch vor Beginn der Schutzfrist wieder ende oder aufgehoben werde, werfe die in der Rechtsprechung noch nicht behandelte Frage auf, ob ein seiner zeitlichen Lage wegen in Betracht kommendes Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 3 MSchG mit der Schutzfrist zusammengerechnet werden könne, auch wenn dadurch keine ununterbrochen beschäftigungsfreie Zeit nach Art der 8-Wochenfrist des Abs 1 entstehe. Dazu komme

die unterschiedliche Wertung des Verbotes aus der Sicht der Schwangeren. Während die vom Beschäftigungsverbot des § 3 Abs 3 MSchG betroffene immer damit rechnen müsse, daß die Gefahr wieder weg falle oder der Arbeitgeber eine von ihr geschuldete Arbeit finde, die sie ohne Gefahr für sich und das Kind leisten könne, und sie dann die Arbeit wieder aufnehmen müsse, wisse dagegen die in der Schutzfrist des § 3 Abs 1 MSchG Freigestellte, daß sie innerhalb dieser Frist unter keinen Umständen beschäftigt werden könne. Im Falle einer Zusammenrechnung der Fristen für Zwecke des § 5 Abs 1 MSchG führe aber eine frühere Entbindung dazu, daß die unabgesicherte Zeit des Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs 3 MSchG wie der Genuß der Schutzfrist nach § 3 Abs 1 MSchG behandelt werde. Die Verschiebung der Schutzfrist bringe aber auch für die Zeit nach der Entbindung Probleme: - für die Schwangere, weil sie erst für die Zeit nach dem voraussichtlichen Ende der Schutzfrist für die nötige Hilfe gesorgt habe und nicht ohne weiteres schon früher jemanden auf treibe; für den Arbeitgeber, weil er schon für die ganze Zeit des voraussichtlichen Bedarfes - in einem befristeten Verhältnis etwa - die Ersatzarbeitskraft gewonnen habe, die er nicht ohne weiteres vorzeitig wieder loswerde. Wenn der Gesetzgeber durch die Novelle BGBl 1968/281 zur Sicherung eines "ununterbrochenen sogenannten Mutterschaftsurlaubes im Ausmaß von 12 Wochen" im Sinne des von der Internationalen Arbeitskonferenz im Jahr 1952 angenommenen Übereinkommens (Nr 103) über den Mutterschutz bestimmt habe, daß sich die 6-Wochenfrist nach der Entbindung um die Zeit einer Verkürzung verlängere, so habe er damit offenbar weder am (fixen) Beginn noch am (variablen) Ende der Schutzfrist etwas geändert, sondern nur an deren ursprünglichen Lage und Dauer festgehalten, indem er die in § 3 Abs 2 zweiter Satz MSchG angeordnete Verkürzung der Frist vor der Entbindung durch die Verlängerung der Frist nach der Entbindung in § 5 Abs 1 MSchG wieder ausgeglichen habe. Gehe man von diesem Zweck des letzten Satzes des § 5 Abs 1 MSchG aus, die Verkürzung der ersten Teilfrist durch einen Ausgleich in der zweiten Teilfrist zu vermeiden, so müsse es in jeden Fall bei dieser Verschiebung des nicht ausgeschöpften Teiles der 8-Wochenfrist vor der voraussichtlichen Entbindung in die Schutzfrist nach der Entbindung bleiben. Nur diese Auslegung mache die Folgen einer Schwangerschaft für alle Beteiligten so berechenbar als möglich. Abgesehen von den ausgesprochenen Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen (§ 5 Abs 1 zweiter Satz MSchG), deren besondere Folgen eben erst durch diese Ereignisse ausgelöst werden, blieben die zur Begleitung von Schwangerschaft und Wochenbett getroffenen Vorkehrungen durch die frühere Entbindung unberührt. Die Schwangere könne sich darauf einstellen und auch der Arbeitgeber brauche die getroffenen Maßnahmen nicht ändern. Einer näheren Betrachtung bedürfe nach Ansicht von Spielbühler jedoch der Umstand, daß das Beschäftigungsverbot des Paragraph 3, Absatz 3, MSchG ganz anderen Voraussetzungen unterliege, als die Schutzfrist nach Paragraph 3, Absatz eins, MSchG. Es sei wohl richtig, daß auch die Schutzfrist Gefahren und Belastungen von Mutter und Kind fernhalten solle, aber die Schutzfrist beginne und laufe ohne jede Beachtung der konkreten Lage, während für das besondere Beschäftigungsverbot die jeweiligen Umstände maßgeblich seien. Das Beschäftigungsverbot des Paragraph 3, Absatz 3, MSchG gehe von seinen Voraussetzungen her keineswegs notwendig in die Schutzfrist vor oder nach der Geburt über und dem Normzweck nach sei die aus besonderen Gründen geschützte Schwangere nicht sicher, wie lange ein solches Verbot andauere. Der Fall, daß das Beschäftigungsverbot noch vor Beginn der Schutzfrist wieder ende oder aufgehoben werde, werfe die in der Rechtsprechung noch nicht behandelte Frage auf, ob ein seiner zeitlichen Lage wegen in Betracht kommendes Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG mit der Schutzfrist zusammengerechnet werden könne, auch wenn dadurch keine ununterbrochen beschäftigungsfreie Zeit nach Art der 8-Wochenfrist des Absatz eins, entstehe. Dazu komme die unterschiedliche Wertung des Verbotes aus der Sicht der Schwangeren. Während die vom Beschäftigungsverbot des Paragraph 3, Absatz 3, MSchG betroffene immer damit rechnen müsse, daß die Gefahr wieder weg falle oder der Arbeitgeber eine von ihr geschuldete Arbeit finde, die sie ohne Gefahr für sich und das Kind leisten könne, und sie dann die Arbeit wieder aufnehmen müsse, wisse dagegen die in der Schutzfrist des Paragraph 3, Absatz eins, MSchG Freigestellte, daß sie innerhalb dieser Frist unter keinen Umständen beschäftigt werden könne. Im Falle einer Zusammenrechnung der Fristen für Zwecke des Paragraph 5, Absatz eins, MSchG führe aber eine frühere Entbindung dazu, daß die unabgesicherte Zeit des Beschäftigungsverbotes nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG wie der Genuß der Schutzfrist nach Paragraph 3, Absatz eins, MSchG behandelt werde. Die Verschiebung der Schutzfrist bringe aber auch für die Zeit nach der Entbindung Probleme: - für die Schwangere, weil sie erst für die Zeit nach dem voraussichtlichen Ende der Schutzfrist für die nötige Hilfe gesorgt habe und nicht ohne weiteres schon früher jemanden auf treibe; für den Arbeitgeber, weil er schon für die ganze Zeit des voraussichtlichen Bedarfes - in einem befristeten Verhältnis etwa - die Ersatzarbeitskraft gewonnen habe, die er nicht ohne weiteres vorzeitig wieder loswerde. Wenn der Gesetzgeber durch die Novelle BGBl 1968/281 zur Sicherung eines "ununterbrochenen sogenannten Mutterschaftsurlaubes im

Ausmaß von 12 Wochen" im Sinne des von der Internationalen Arbeitskonferenz im Jahr 1952 angenommenen Übereinkommens (Nr 103) über den Mutterschutz bestimmt habe, daß sich die 6-Wochenfrist nach der Entbindung um die Zeit einer Verkürzung verlängere, so habe er damit offenbar weder am (fixen) Beginn noch am (variablen) Ende der Schutzfrist etwas geändert, sondern nur an deren ursprünglichen Lage und Dauer festgehalten, indem er die in Paragraph 3, Absatz 2, zweiter Satz MSchG angeordnete Verkürzung der Frist vor der Entbindung durch die Verlängerung der Frist nach der Entbindung in Paragraph 5, Absatz eins, MSchG wieder ausgeglichen habe. Gehe man von diesem Zweck des letzten Satzes des Paragraph 5, Absatz eins, MSchG aus, die Verkürzung der ersten Teilfrist durch einen Ausgleich in der zweiten Teilfrist zu vermeiden, so müsse es in jeden Fall bei dieser Verschiebung des nicht ausgeschöpften Teiles der 8-Wochenfrist vor der voraussichtlichen Entbindung in die Schutzfrist nach der Entbindung bleiben. Nur diese Auslegung mache die Folgen einer Schwangerschaft für alle Beteiligten so berechenbar als möglich. Abgesehen von den ausgesprochenen Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen (Paragraph 5, Absatz eins, zweiter Satz MSchG), deren besondere Folgen eben erst durch diese Ereignisse ausgelöst werden, blieben die zur Begleitung von Schwangerschaft und Wochenbett getroffenen Vorkehrungen durch die frühere Entbindung unberührt. Die Schwangere könne sich darauf einstellen und auch der Arbeitgeber brauche die getroffenen Maßnahmen nicht ändern.

Dazu hat der erkennende Senat folgendes erwogen:

Im gesundheitlichen Interesse der Schwangeren und des ungeborenen Kindes besteht gemäß § 3 Abs 1 MSchG ein allgemeines Beschäftigungsverbot während der sogenannten Schutzfrist, die 8 Wochen vor dem voraussichtlichen Geburtstermin zu laufen beginnt. Ihre Berechnung erfolgt aufgrund eines ärztlichen Zeugnisses, in dem der Geburtstermin prognostiziert wird (§ 3 Abs 2 MSchG). Entbindet die Frau früher oder später als vom Arzt erwartet, tritt eine dementsprechende Verkürzung oder Verlängerung der Schutzfrist ein. Über die 8-Wochenfrist hinaus darf eine werdende Mutter auch dann nicht beschäftigt werden, wenn nach einem von ihr vorgelegten Zeugnis eines Arbeitsinspektionsarztes oder eines Amtsarztes Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wäre. Gemäß § 5 Abs 1 MSchG dürfen Dienstnehmerinnen bis zum Ablauf von 8 Wochen nach ihrer Entbindung nicht beschäftigt werden. Bei Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen beträgt diese Frist mindestens 12 Wochen. Im Falle einer Verkürzung der 8-Wochenfrist vor der Entbindung verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung im Ausmaß dieser Verkürzung, höchstens jedoch auf 16 Wochen. Im gesundheitlichen Interesse der Schwangeren und des ungeborenen Kindes besteht gemäß Paragraph 3, Absatz eins, MSchG ein allgemeines Beschäftigungsverbot während der sogenannten Schutzfrist, die 8 Wochen vor dem voraussichtlichen Geburtstermin zu laufen beginnt. Ihre Berechnung erfolgt aufgrund eines ärztlichen Zeugnisses, in dem der Geburtstermin prognostiziert wird (Paragraph 3, Absatz 2, MSchG). Entbindet die Frau früher oder später als vom Arzt erwartet, tritt eine dementsprechende Verkürzung oder Verlängerung der Schutzfrist ein. Über die 8-Wochenfrist hinaus darf eine werdende Mutter auch dann nicht beschäftigt werden, wenn nach einem von ihr vorgelegten Zeugnis eines Arbeitsinspektionsarztes oder eines Amtsarztes Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wäre. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, MSchG dürfen Dienstnehmerinnen bis zum Ablauf von 8 Wochen nach ihrer Entbindung nicht beschäftigt werden. Bei Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen beträgt diese Frist mindestens 12 Wochen. Im Falle einer Verkürzung der 8-Wochenfrist vor der Entbindung verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung im Ausmaß dieser Verkürzung, höchstens jedoch auf 16 Wochen.

Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes soll durch diese Verlängerung der Schutzfrist im Falle einer Verkürzung der 8-Wochenfrist vor der Entbindung nicht eine wegen eines besonderen Schonungsbedürfnisses der Frau nach der Geburt erforderliche zusätzliche Schutzfrist eingeräumt werden (wie in den Fällen der Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen), sondern es soll für die Frau nur eine Schutzfrist von insgesamt 16 Wochen gewährleistet werden. Es ist dabei nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes gleichgültig, ob das für die Zeit vor der voraussichtlichen Geburt festgelegte absolute Beschäftigungsverbot von der Schwangeren in Form des allgemeinen Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs 1 MSchG oder des individuellen Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs 3 MSchG konsumiert wird, da der gemeinsame Zweck beider Beschäftigungsverbote darin besteht, eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Mutter und Kind bei Fortdauer der Beschäftigung vor der Niederkunft auszuschalten. Dieser gemeinsame Zweck wird auch nicht dadurch vereitelt, daß eine vorgezogene Geburt stattfindet, weil die Beschäftigung als Gefährdungsfaktor bis dahin entfällt und kein weiterreichendes

Schonungsbedürfnis der Frau für die Zeit nach der Geburt - abgesehen von den Fällen der Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen - ersichtlich ist (vgl SSV-NF 6/32; 10 ObS 242/94 = DRdA 1995/28 ua; in diesem Sinne auch Binder in Tomandl, SV-System 8. Erg-Lfg 264). Auch Spielbühler aaO 381 geht von einer grundsätzlichen Vergleichbarkeit des besonderen Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 3 MSchG mit dem allgemeinen Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 1 MSchG aus. Geht man aber mit dieser vom Obersten Gerichtshof vertretenen Auffassung davon aus, daß es aufgrund der Vergleichbarkeit des besonderen Beschäftigungsverbot mit dem allgemeinen Beschäftigungsverbot gleichgültig ist, ob das in § 3 Abs 1 festgelegte absolute Beschäftigungsverbot in Form des allgemeinen Beschäftigungsverbot oder des individuellen Beschäftigungsverbot konsumiert wird, stellt sich im vorliegenden Fall die Frage einer allfälligen Verschiebung der Schutzfrist nicht, weil die Klägerin ihren Freistellungsanspruch vor der Geburt aufgrund eines individuellen Beschäftigungsverbot in der Dauer von 21 Wochen und 4 Tagen vor der Entbindung zur Gänze konsumiert hat. Auch zu der von Spielbühler aufgeworfenen Frage, ob ein seiner zeitlichen Lage wegen in Betracht kommendes Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 3 MSchG mit der Schutzfrist auch dann zusammengerechnet werden kann, wenn dadurch, weil das Beschäftigungsverbot noch vor Beginn der Schutzfrist wieder endet oder aufgehoben wird, keine ununterbrochene beschäftigungsfreie Zeit nach Art der 8-Wochenfrist des § 3 Abs 1 MSchG besteht, muß im vorliegenden Fall nicht Stellung genommen werden, weil bei der Klägerin das Beschäftigungsverbot durchgehend bis zur Entbindung bestanden hat. Die von Spielbühler weiters relevierten, für die Schwangere bestehenden Unsicherheiten resultieren vorrangig nicht aus der vom Obersten Gerichtshof vertretenen Rechtsansicht, sondern vielmehr daraus, daß zum einen der Geburtstermin nicht genau vorhergesagt werden kann und zum anderen eine vom individuellen Beschäftigungsverbot des § 3 Abs 3 MSchG Betroffene immer damit rechnen muß, daß die Gefahr wieder wegfällt oder der Arbeitgeber eine von ihr geschuldete Arbeit findet, die sie ohne Gefahr für sich und das Kind leisten kann, und sie dann die Arbeit wieder aufnehmen muß. Vom Arbeitgeber kann einer allfälligen Ungewißheit über den Zeitpunkt der Rückkehr der schwangeren Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz wohl dadurch Rechnung getragen werden, daß er die Ersatzarbeitskraft im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses für die Dauer der mutterschaftsbedingten Abwesenheit einer schwangeren Arbeitnehmerin aufnimmt (vgl Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht<sup>27</sup> 469; Krejci in Rummel, ABGB2 Rz 10 zu §§ 1158-1159c ABGB; Martinek-Schwarz, AngG7 355 ff mwN). Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes soll durch diese Verlängerung der Schutzfrist im Falle einer Verkürzung der 8-Wochenfrist vor der Entbindung nicht eine wegen eines besonderen Schonungsbedürfnisses der Frau nach der Geburt erforderliche zusätzliche Schutzfrist eingeräumt werden (wie in den Fällen der Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen), sondern es soll für die Frau nur eine Schutzfrist von insgesamt 16 Wochen gewährleistet werden. Es ist dabei nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes gleichgültig, ob das für die Zeit vor der voraussichtlichen Geburt festgelegte absolute Beschäftigungsverbot von der Schwangeren in Form des allgemeinen Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz eins, MSchG oder des individuellen Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG konsumiert wird, da der gemeinsame Zweck beider Beschäftigungsverbote darin besteht, eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Mutter und Kind bei Fortdauer der Beschäftigung vor der Niederkunft auszuschalten. Dieser gemeinsame Zweck wird auch nicht dadurch vereitelt, daß eine vorgezogene Geburt stattfindet, weil die Beschäftigung als Gefährdungsfaktor bis dahin entfällt und kein weiterreichendes Schonungsbedürfnis der Frau für die Zeit nach der Geburt - abgesehen von den Fällen der Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen - ersichtlich ist (vergleiche SSV-NF 6/32; 10 ObS 242/94 = DRdA 1995/28 ua; in diesem Sinne auch Binder in Tomandl, SV-System 8. Erg-Lfg 264). Auch Spielbühler aaO 381 geht von einer grundsätzlichen Vergleichbarkeit des besonderen Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG mit dem allgemeinen Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz eins, MSchG aus. Geht man aber mit dieser vom Obersten Gerichtshof vertretenen Auffassung davon aus, daß es aufgrund der Vergleichbarkeit des besonderen Beschäftigungsverbot mit dem allgemeinen Beschäftigungsverbot gleichgültig ist, ob das in Paragraph 3, Absatz eins, festgelegte absolute Beschäftigungsverbot in Form des allgemeinen Beschäftigungsverbot oder des individuellen Beschäftigungsverbot konsumiert wird, stellt sich im vorliegenden Fall die Frage einer allfälligen Verschiebung der Schutzfrist nicht, weil die Klägerin ihren Freistellungsanspruch vor der Geburt aufgrund eines individuellen Beschäftigungsverbot in der Dauer von 21 Wochen und 4 Tagen vor der Entbindung zur Gänze konsumiert hat. Auch zu der von Spielbühler aufgeworfenen Frage, ob ein seiner zeitlichen Lage wegen in Betracht kommendes Beschäftigungsverbot nach Paragraph 3, Absatz 3, MSchG mit der Schutzfrist auch dann zusammengerechnet werden kann, wenn dadurch, weil das Beschäftigungsverbot noch vor Beginn der Schutzfrist wieder endet oder aufgehoben

wird, keine ununterbrochene beschäftigungsfreie Zeit nach Art der 8-Wochenfrist des Paragraph 3, Absatz eins, MSchG besteht, muß im vorliegenden Fall nicht Stellung genommen werden, weil bei der Klägerin das Beschäftigungsverbot durchgehend bis zur Entbindung bestanden hat. Die von Spielbühler weiters revidierten, für die Schwangere bestehenden Unsicherheiten resultieren vorrangig nicht aus der vom Obersten Gerichtshof vertretenen Rechtsansicht, sondern vielmehr daraus, daß zum einen der Geburtstermin nicht genau vorhergesagt werden kann und zum anderen eine vom individuellen Beschäftigungsverbot des Paragraph 3, Absatz 3, MSchG Betroffene immer damit rechnen muß, daß die Gefahr wieder wegfällt oder der Arbeitgeber eine von ihr geschuldete Arbeit findet, die sie ohne Gefahr für sich und das Kind leisten kann, und sie dann die Arbeit wieder aufnehmen muß. Vom Arbeitgeber kann einer allfälligen Ungewißheit über den Zeitpunkt der Rückkehr der schwangeren Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz wohl dadurch Rechnung getragen werden, daß er die Ersatzarbeitskraft im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses für die Dauer der mutterschaftsbedingten Abwesenheit einer schwangeren Arbeitnehmerin aufnimmt (vergleiche Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht<sup>27</sup> 469; Krejci in Rummel, ABGB Rz 10 zu Paragraphen 1158 -, 1159 c, ABGB; Martinek-Schwarz, AngG 7 355 ff mwN).

Der Oberste Gerichtshof hält daher zusammenfassend an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach eine Verkürzung des individuellen Beschäftigungsverbotes nicht zu einer Verlängerung der Schutzfrist führt, wenn damit nicht auch die 8-Wochenfrist des § 3 Abs 1 MSchG verkürzt wird. Die der Klägerin tatsächlich zugekommene Schutzfrist betrug insgesamt mehr als 16 Wochen. Die bei Frühgeburten zu gewährende Schutzfrist von 12 Wochen nach der Entbindung ist ebenfalls eingehalten. Der Oberste Gerichtshof hält daher zusammenfassend an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach eine Verkürzung des individuellen Beschäftigungsverbotes nicht zu einer Verlängerung der Schutzfrist führt, wenn damit nicht auch die 8-Wochenfrist des Paragraph 3, Absatz eins, MSchG verkürzt wird. Die der Klägerin tatsächlich zugekommene Schutzfrist betrug insgesamt mehr als 16 Wochen. Die bei Frühgeburten zu gewährende Schutzfrist von 12 Wochen nach der Entbindung ist ebenfalls eingehalten.

Der Revision kommt daher keine Berechtigung zu. Da von der Klägerin die Revision wirksam erhoben wurde und die Voraussetzungen für eine Verbesserung formeller Mängel nicht vorliegen, ist die Überreichung weiterer Schriftsätze unzulässig (EvBl 1989/93 mwN). Der als "Gegendarstellung" zur Revisionsbeantwortung der beklagten Partei bezeichnete Schriftsatz der Klägerin vom 26. 2. 1999 war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Klägerin auf § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG. Gründe für einen ausnahmsweisen Kostenzuspruch an die Klägerin nach Billigkeit sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht dargetan. Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Klägerin auf Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, ASGG. Gründe für einen ausnahmsweisen Kostenzuspruch an die Klägerin nach Billigkeit sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht dargetan.

Die beklagte Partei hat als "Versicherungsträger" im Sinne des § 77 Abs 1 Z 1 ASGG die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens selbst zu tragen. Die beklagte Partei hat als "Versicherungsträger" im Sinne des Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer eins, ASGG die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens selbst zu tragen.

#### **Anmerkung**

E53890 10C00419

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

ECLI:AT:OGH0002:1999:010OBS00041.99Y.0504.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990504\_OGH0002\_010OBS00041\_99Y0000\_000

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