

# TE OGH 2011/5/26 9ObA80/10w

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.05.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Albert Koblizek und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei N\*\*\*\*\*, vertreten durch Freimüller/Obereder/Pilz & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien, gegen die beklagte Partei J\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Eike Lindinger, Rechtsanwalt in Wien, wegen 10.803,35 EUR brutto sA, über die Revision der beklagten Partei (Revisionsinteresse: 6.909,03 EUR brutto) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 21. Mai 2010, GZ 9 Ra 145/09y-19, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 9. September 2009, GZ 23 Cga 40/09h-12, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 556,99 EUR (darin 92,83 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war seit 19. 7. 2004 als Angestellte bei der Beklagten beschäftigt und zwar (bis zum Beginn der Schutzfrist) im Vollzeitausmaß von 38,5 Wochenstunden. Noch bevor sie am 19. 10. 2007 von ihrem Kind entbunden wurde, gab sie der Beklagten bekannt, dass sie nach dem Ende der Karenz im Jänner 2009 zwar wieder arbeiten wolle, aber nur mit 25 oder 27 Wochenstunden. Der Klägerin war bis Dezember 2008 nicht bekannt, dass es eine „Elternteilzeit“ nach dem Mutterschutzgesetz gab, sie berief sich daher bei allen in der Folge mit Vertretern der Arbeitgeberin geführten Gesprächen nie auf eine solche „Elternteilzeit“. Nach der Geburt ihres Sohnes kam die Klägerin immer wieder in den Betrieb der Beklagten, um Kolleginnen zu besuchen und wurde im Mai oder Juni 2008 von einer Kollegin darauf angesprochen, ob sie nicht im Sommer 2008 als Urlaubsvertretung kommen wolle, weil es viel Arbeit gebe. Die Klägerin sprach in der letzten Juniwoche 2008 den für sie zuständigen Vorgesetzten K\*\*\*\*\* an, ob es Bedarf für eine Beschäftigung während der Urlaubszeit gebe und teilte ihm mit, dass sie gerne zurückkommen wolle. Dieser antwortete der Klägerin, diesen Vorschlag erst mit der Geschäftsleitung besprechen zu müssen, man müsse sich auch erkundigen einen Weg zu finden, dass die Klägerin ihr Kinderbetreuungsgeld nicht verliere. Der Geschäftsführer war einverstanden, dass die Klägerin frühzeitig aus der Karenz zurückkommt. Der Vorgesetzte der Klägerin wandte sich auch an die Buchhaltung, wo errechnet wurde, dass die Klägerin 20 Wochenstunden arbeiten könne, ohne dass die Zuverdienstgrenze nach dem KBGG überschritten werde. So kam es zu einem Gehalt von 1.081,75 EUR brutto für

20 Wochenstunden. K\*\*\*\*\* rief die Klägerin an und teilte ihr mit, dass sie mit 1. 7. 2008 mit 20 Wochenstunden zurückkommen könne. Die Klägerin war damit einverstanden. Davon, dass die Klägerin ab Jänner 2009 mit mehr als 20 Wochenstunden arbeiten werde, war nicht mehr die Rede.

Mit Schreiben vom 24. 11. 2008 wurde die Klägerin zum 31. 1. 2009 gekündigt. Im Kündigungsschreiben forderte die Beklagte die Klägerin auf, ihren Resturlaub während der Kündigungszeit zu verbrauchen und sprach gleichzeitig die Dienstfreistellung aus. Mit Schreiben vom 3. 12. 2008 antwortete die Klägerin, ihren Urlaub nicht während der Zeit ihrer Dienstfreistellung konsumieren zu wollen. Erst nach dem 3. 12. 2008 erhielt sie anlässlich eines Gesprächs bei der Arbeiterkammer Wien die Information, dass ihr ein Anspruch auf Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz zugestanden wäre. Erst zu dieser Zeit erfuhr sie auch von der Möglichkeit der Elternteilzeit im Sinne des Mutterschutzgesetzes. In der Folge stellte sie sich auf den Standpunkt, dass ihre Kündigung unwirksam gewesen sei.

Die Klägerin begehrte zuletzt den Betrag von 10.803,35 EUR brutto sA an nicht ausbezahlten Gehältern für die Monate Februar bis August 2009 sowie einen offenen Restbetrag für den Monat Jänner 2009. Sie habe immer darauf hingewiesen, dass sie „Elternteilzeit“ begehre, sodass die mit der Beklagten geschlossene Teilzeitvereinbarung auch als eine solche über „Elternteilzeit“ aufzufassen sei. Sie erfülle auch die Voraussetzungen nach § 15h MSchG: Sie sei bei Antritt der Teilzeit mehr als drei Jahre bei der Beklagten beschäftigt gewesen, in deren Betrieb mehr als 20 Dienstnehmer tätig seien. Dass sie ihr Begehren auf Elternteilzeit nicht schriftlich gestellt habe, sei ohne Belang, weil tatsächlich eine Vereinbarung mit der Arbeitgeberin über Elternteilzeit zustandegekommen sei (9 ObA 80/07s). Die ohne Zustimmung des Gerichts ausgesprochene Kündigung sei daher unwirksam geblieben.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Abgesehen davon, dass es am schriftlichen Begehren nach § 15h MschG mangle, sodass schon aus formellen Gründen keine Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz anzunehmen sei, sei von „Elternteilzeit“ nie die Rede gewesen. Vielmehr sei die Klägerin vorzeitig aus der Karenz zurückgekommen und habe mit der Beklagten eine schlichte Teilzeitvereinbarung iSd § 19d AZG abgeschlossen, aus welcher kein besonderer Kündigungsschutz erfließe. Die Kündigung sei daher rechtswirksam.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass mangels Hinweises der Klägerin auf „Elternteilzeit“ nach den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes nur eine einfache Teilzeitvereinbarung mit der Beklagten zustandegekommen sei, sodass sich die Klägerin nicht auf den Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes berufen könne.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin teilweise Folge. Es erkannte die Beklagte für schuldig, der Klägerin 6.909,03 EUR brutto an Gehalt für die Monate Jänner bis August 2009 zu zahlen und wies das Mehrbegehr von 3.245,25 EUR brutto sA (diesbezüglich rechtskräftig) ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass aufgrund der konkreten Umstände auch der Beklagten klar hätte sein müssen, dass der objektive Erklärungswert des von der Klägerin geäußerten Willens dahin ging, eine Teilzeit gerade wegen der Betreuung ihres Kindes anzustreben. Dies gehe schon aus ihrem ursprünglichen Wunsch, nach Ende der Karenz im Jänner 2009 wieder als Teilzeitbeschäftigte arbeiten zu wollen, aber auch daraus hervor, dass von der Beklagten die Arbeitszeit der Klägerin so berechnet wurde, dass die Zuverdienstgrenze des Kinderbetreuungsgeldes nicht überschritten wird. Darüber hinaus hätte die Beklagte aber auch als Folge ihrer Fürsorgepflicht vor Abschluss der Teilzeitvereinbarung bei der Klägerin nachfragen müssen, ob diese Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz begehre, zumal die Klägerin vorher vollzeitbeschäftigt gewesen sei und nunmehr im Zusammenhang mit der Betreuung ihres Kleinkindes nur mehr teilzeitbeschäftigt sein wollte. Da sie dieser Fürsorgepflicht nicht nachgekommen sei, könne sich die Beklagte jetzt nicht auf eine Teilzeitvereinbarung gemäß § 19d AZG berufen. Ausgehend vom Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz habe die arbeitsbereite Klägerin daher Anspruch auf ihr Gehalt, dabei sei jedoch eine vereinbarte Arbeitszeit von 20 Wochenstunden zugrundezulegen, zumal es zu keiner darüber hinausgehenden Arbeitszeitvereinbarung gekommen sei. Die von der Klägerin begehrte Differenz von 20 auf 29 Wochenstunden entbehre daher eines Rechtsgrundes.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung dazu fehle, inwieweit Elternteilzeit und damit Kündigungsschutz vorliege, wenn beim Abschluss der Teilzeitvereinbarung nicht konkret darauf hingewiesen worden sei, dass Elternteilzeit nach dem Mutterschutz begehrt bzw vereinbart werde.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehr zur Gänze abgewiesen werde, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

## **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Gemäß § 15h Abs 1 MSchG hat die Dienstnehmerin einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung längstens bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres oder bis zu einem späteren Schuleintritt des Kindes, wenn 1.) das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung ununterbrochen drei Jahre gedauert hat und 2.) die Dienstnehmerin zu diesem Zeitpunkt in einem Betrieb mit mehr als 20 Dienstnehmern und Dienstnehmerinnen beschäftigt ist. Beginn, Dauer, Ausmaß und Lage der Teilzeitbeschäftigung sind mit dem Dienstgeber zu vereinbaren, wobei die betrieblichen Interessen und die Interessen der Dienstnehmerin zu berücksichtigen sind. Neben diesem „großen Anspruch“ (Schrank, Die neuen Elternansprüche auf kündigungsgeschützte Teilzeiten und andere Arbeitszeiteinteilungen, ASoK-Sonderheft August 2004, 8) kennt das Mutterschutzgesetz auch noch die vereinbarte Teilzeitbeschäftigung nach § 15i MSchG („kleiner Anspruch“), wenn die Dienstnehmerin entweder noch keine drei Dienstjahre zurückgelegt hat oder im Betrieb nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Eine weitere Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer Teilzeitbeschäftigung nach den §§ 15h und 15i MSchG ist, dass die Dienstnehmerin mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt oder eine Obsorge nach den §§ 167 Abs 2, 177 oder 177b des ABGB gegeben ist und sich der Vater nicht gleichzeitig in Karenz befindet (§ 15j Abs 1 MSchG). Die Dienstnehmerin kann die Teilzeitbeschäftigung für jedes Kind überdies nur einmal in Anspruch nehmen, die Teilzeitbeschäftigung muss mindestens drei Monate betragen (§ 15j Abs 2 MSchG in der hier noch anzuwendenden Fassung vor der Änderung durchBGBI I 2009/116). Liegt Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz vor, hat die Dienstnehmerin nach § 15n Abs 1 MSchG Kündigungs- und Entlassungsschutz gemäß den §§ 10 und 12 MSchG, der grundsätzlich mit der Bekanntgabe, frühestens jedoch vier Monate vor dem beabsichtigten Antritt der Teilzeitbeschäftigung beginnt und bis vier Wochen nach dem Ende der Teilzeitbeschäftigung, längstens jedoch bis vier Wochen nach dem Ablauf des vierten Lebensjahres des Kindes dauert (Anmerkung: Der Motivkündigungsschutz nach § 15n Abs 2 MSchG ist im vorliegenden Verfahren ohne Belang).

Der erkennende Senat hat in der Entscheidung 9 ObA 80/07s (= RIS-Justiz RS0123841) zum Ausdruck gebracht, dass ein schriftliches Verlangen auf Elternteilzeit (§ 15j Abs 2 MSchG) dann nicht erforderlich ist, wenn sich der Arbeitgeber auch auf ein mündliches Verlangen einlässt und mit der Dienstnehmerin zu einer Vereinbarung auf Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz kommt. An dieser Auffassung ist festzuhalten. Die Schriftlichkeit des Verlangens kann daher nicht als jedenfalls zwingendes Abgrenzungskriterium zwischen Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz einerseits und einer Teilzeitvereinbarung nach § 19d AZG andererseits dienen (aA Rauch, Die Abgrenzung zwischen Elternteilzeit und anderen Formen der Teilzeitbeschäftigung in ecolex 2005, 304 f).

Rauch (Die Abgrenzung zwischen Elternteilzeit und anderen Formen der Teilzeitbeschäftigung in ecolex 2005, 304, 306) und Kraft (Die neue Elternteilzeit, 32 f) ist aber dahin zu folgen, dass nicht automatisch jede vertraglich vereinbarte Herabsetzung der Arbeitszeit (bzw Änderung der Lage der Arbeitszeit) allein deshalb zur „Elternteilzeit“ (bzw geschützten Änderung der Lage der Arbeitszeit) wird, nur weil die Arbeitnehmerin ein unter 7-jähriges Kind hat. Erforderlich ist vielmehr, dass gegenüber dem Arbeitgeber auch zum Ausdruck kommt, dass Elternteilzeit im Sinne des Mutterschutzgesetzes Gegenstand der Vereinbarung werden soll. Da auch im Arbeitsrecht der objektive Erklärungswert einer Willensäußerung maßgeblich ist (RIS-Justiz RS0028642) ist es, wie schon vom Berufungsgericht zutreffend dargestellt, ohne rechtlichen Belang, ob die Klägerin subjektiv von einer Unterscheidung zwischen Teilzeit iSd § 19d AZG oder einer Elternteilzeit im Sinne der Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes ausging. Darüber hinaus sind auch die Umstände des Vertragsschlusses (RIS-Justiz RS0113932 uva) für die Auslegung maßgeblich. Im vorliegenden Fall war die Klägerin vor Beginn des Mutterschutzes bzw der Karenz vollzeitbeschäftigt gewesen. Schon anlässlich des Antritts ihrer Karenz hatte sie darauf hingewiesen, dass sie ab Jänner 2009 wieder als Teilzeitkraft arbeiten wolle. Ihr Ersuchen vom Juni 2008, mit 1. 7. 2008 wieder mit 20 Stunden teilzeitbeschäftigt zu werden, kann, wie auch vom Berufungsgericht zutreffend dargestellt, nur im Zusammenhang damit gesehen werden, dass ihr eine Vollzeitbeschäftigung nicht die für die Betreuung ihres Kleinkindes erforderliche Zeit einräumen würde. Die weitere Voraussetzung einer dreijährigen Dienstzeit ist unstrittig. Die Beklagte hat ferner das konkrete Vorbringen der Klägerin, dass im Betrieb mehr als 20 Personen beschäftigt seien, nicht qualifiziert bestritten, sodass ein Anwendungsfall des § 267 ZPO vorliegt. Auch der Umstand, dass die Klägerin ihr Kind selbst betreute und dass dies der Beklagten bekannt war, ergibt sich aus den Feststellungen: Die Beklagte veranlasste nämlich selbst die Ermittlung durch ihre Buchhalterin, welche Stundenanzahl die Klägerin beschäftigt werden könne, ohne dass die Zuverdienstgrenze des KBGG überschritten werde. Zwingende Voraussetzung für den Bezug von Kinderbetreuungsgeld ist aber der Umstand, dass

der bezugsberechtigte Elternteil mit diesem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt (§ 2 Abs 1 Z 2 KBGG). Waren nun die Voraussetzungen für Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz gegeben und waren diese Umstände - wie hier - dem Arbeitgeber auch bekannt, so ist bei der gebotenen objektiven Betrachtung der Schluss zu ziehen, dass eine Vereinbarung über Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz zustandegekommen ist, zumal ein anderer, dem objektiven Erklärungswert entgegenstehender Parteiwillen beider Parteien nicht hervorgekommen ist (RIS-Justiz RS0017751).

Dies führt dazu, dass - zumindest für den vom Klagebegehren umfassten Zeitraum - der Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes zugunsten der arbeitsbereiten Klägerin Platz greift. Da die gerichtliche Zustimmung zur Kündigung nicht eingeholt wurde, ist die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung unwirksam geblieben. Ohne Belang ist daher, ob - wie das Berufungsgericht vermeint - die Beklagte im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht auch verpflichtet gewesen wäre, die Klägerin darüber aufzuklären, dass sie einen bestimmten Vertragsinhalt, nämlich „Elternteilzeit nach dem MSchG“ verlangen müssen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Dabei war zu beachten, dass die Bemessungsgrundlage nicht mehr der gesamte Klagebetrag von 10.803,35 EUR ist, sondern der im Revisionsverfahren noch strittige Teil von 6.909,03 EUR. Auf dieser Grundlage waren die Kosten für die erfolgreiche Revisionsbeantwortung der Klägerin zu bestimmen.

**Schlagworte**

Arbeitsrecht

**Textnummer**

E97559

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:009OBA00080.10W.0526.000

**Im RIS seit**

28.06.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

06.04.2016

**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)