

# TE OGH 2022/9/28 9ObA83/22d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.2022

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer und Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Martin Lotz (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Karin Koller (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\* H\*, vertreten durch Dr. Simone Metz, LL.M., Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei O\* GmbH, \*, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 1. 18.780 EUR brutto sA und 2. Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. April 2022, GZ 9 Ra 79/21k-35, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 25. Juni 2022, GZ 3 Cga 55/20h-28, nicht Folge gegeben wurde (Maßgabebestätigung), in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.292,30 EUR (darin 382,05 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

[1] Der Kläger ist seit 15. 6. 2015 bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis kommt der Kollektivvertrag für Angestellte im Handel zur Anwendung. Der Kläger wurde für die Tätigkeit eines „Senior Director, \*“ eingestellt und für diese Tätigkeit im O\* Level mit „M5“ eingestuft. Der Dienstvertrag des Klägers sah zu Beginn ein Jahresfixgehalt von 200.000 EUR brutto bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden vor. In einem Annex zum Dienstvertrag wurde festgehalten, dass für alle Angestellten in der Funktion „Support“ und in der Einstufung „IC“ im monatlichen Basisgehalt 15 Überstunden im Monat enthalten sind. Für alle anderen Angestellten beinhaltet das monatliche Basisgehalt 25 Überstunden pro Monat. Der Kläger verstand den Dienstvertrag sinngemäß so, dass jegliches von ihm geleistete Ausmaß an Arbeitsstunden durch das Pauschalentgelt im Vertrag abgegolten sei, also eine Pauschalvereinbarung vorliege. Der Kläger war gehalten Mehrleistungen zu erbringen, sofern dies für die Beklagte erforderlich war (unstrittig).

[2] Am 9. 7. 2018 beantragte der Kläger Elternteilzeit ab 15. 10. 2018 im Ausmaß von 37,5 Wochenstunden bis zum siebenten Lebensjahr bzw einem späteren Schuleintritt seines am 28. 3. 2015 geborenen Sohnes S\*. Das aktuelle Jahresgehalt des Klägers vor der Elternteilzeit betrug 207.257,84 EUR brutto. Der dem Kläger am 3. 8. 2018 ausgestellte

Dienstzettel sah vor, dass der Kläger ab 1. 10. 2018 eine Elternteilzeitbeschäftigung für sein Kind S\* im Ausmaß von 37,5 Wochenstunden in Anspruch nimmt, wobei im Jahresfixgehalt von 199.283 EUR brutto eine Mehr- und Überstundenpauschale für 24,3 Mehrarbeits- und Überstunden enthalten ist. Damit war der Kläger einverstanden.

[3] Ab 1. 6. 2019 änderte die Beklagte die Verwendung des Klägers auf die Position „Director \*“ mit Einstufung in „IC5“. Da der Kläger damit nicht einverstanden war, trat er die neue Position unter Protest an.

[4] Am 12. 8. 2019 teilte der Kläger der Beklagten mit, aufgrund der Geburt seines zweiten Kindes R\* ab 1. 3. 2020 Elternteilzeit im Ausmaß von 30,8 Wochenstunden in Anspruch zu nehmen.

[5] Der dem Kläger am 25. 3. 2020 ausgestellte Dienstzettel sah unter anderem vor, dass der Kläger ab 1. 3. 2020 eine Elternteilzeitbeschäftigung für sein Kind R\* im Ausmaß von 30 Wochenstunden in Anspruch nimmt, wobei das Jahresfixgehalt 143.987,50 EUR brutto beträgt. Da Arbeitnehmer in Elternteilzeit gemäß § 19d Abs 8 AZG von der Verpflichtung zur Erbringung von Mehr- und Überstunden ausgenommen sind, ruht der Anspruch auf die vereinbarte Überstundenpauschale. Während der zweiten Elternteilzeit des Klägers verlangte die Beklagte vom Kläger keine Mehr- und Überstundenleistungen. [5] Der dem Kläger am 25. 3. 2020 ausgestellte Dienstzettel sah unter anderem vor, dass der Kläger ab 1. 3. 2020 eine Elternteilzeitbeschäftigung für sein Kind R\* im Ausmaß von 30 Wochenstunden in Anspruch nimmt, wobei das Jahresfixgehalt 143.987,50 EUR brutto beträgt. Da Arbeitnehmer in Elternteilzeit gemäß Paragraph 19 d, Absatz 8, AZG von der Verpflichtung zur Erbringung von Mehr- und Überstunden ausgenommen sind, ruht der Anspruch auf die vereinbarte Überstundenpauschale. Während der zweiten Elternteilzeit des Klägers verlangte die Beklagte vom Kläger keine Mehr- und Überstundenleistungen.

[6] Es kann nicht festgestellt werden, dass es bei der Beklagten eine übliche Vertragsauslegung bzw eine betriebliche Übung gibt, wonach einem Mitarbeiter das Jahresfixgehalt ungeschmälert zusteht, das heißt unabhängig davon, ob er Mehr- und Überstunden leistet bzw ob er von Gesetzes wegen von der Verpflichtung zur Erbringung von Mehr- und Überstunden ausgenommen ist.

[7] Der Kläger begehrt Entgelt Differenz für den Zeitraum März 2020 bis März 2021 in Höhe des Klagsbetrags, resultierend aus der Kürzung der Mehr- und Überstundenpauschale. Außerdem begehrt er die Feststellung, dass ihm die Beklagte für die Dauer der am 1. 3. 2020 begonnenen Elternteilzeit die Differenz zum monatlichen Fixgehalt in der Höhe von 11.535,69 EUR brutto, 14 mal, (valorisiert), sohin den Betrag von 1.250,87 EUR brutto, 14 mal, (valorisiert), fällig am Letzten eines Monats, zur Auszahlung zu bringen habe. Dazu brachte er (soweit für das Revisionsverfahren noch relevant) vor, dass die von der Beklagten vorgenommene Reduktion seines Entgeltanspruchs während der Elternteilzeit um eine Mehrleistungs- und Überstundenpauschale unzulässig sei, weil er ein All-in-Gehalt beziehe. Die Parteien hätten keine Überstundenpauschale und auch kein Entgelt vereinbart, dem Mehr- oder Überstundenleistungen zuordenbar wären.

[8] Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass während der Elternteilzeit der Anspruch auf die mit dem Kläger vereinbarte Überstundenpauschale zur Gänze ruhe. Dass der Kläger während seiner ersten Elternteilzeit eine Überstundenpauschale bekommen habe, habe keine Auswirkungen auf seine zweite Elternteilzeit, zumal er jeweils in verschiedenen Positionen für die Beklagte tätig gewesen sei.

[9] Das Erstgericht wies das Leistungsbegehren ab. Da der Kläger während seiner zweiten Elternteilzeit unter die Anwendung des AZG gefallen sei, sei er nicht mehr verpflichtet gewesen, Mehr- und Überstunden zu leisten. Derartiges hätten die Parteien auch nicht vereinbart. Der Kläger habe daher keinen Anspruch auf Auszahlung eines aliquoten Anteils der vertraglichen Pauschale für Mehr- und Überstunden.

[10] Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es bestätigte das Ersturteil mit der Maßgabe, dass es auch das Feststellungsbegehren abwies. Nach der Entscheidung 9 ObA 30/15z ruhe der Anspruch von Dienstnehmern auf eine vereinbarte Überstundenpauschale für die Zeit, für die sie von der Möglichkeit der Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz bzw dem Väterkarenzgesetz oder vergleichbarer österreichischer Rechtsvorschriften Gebrauch gemacht hätten. Nur wenn diese Dienstnehmer während der Elternteilzeit tatsächlich Mehr- und Überstunden leisteten, hätten sie dafür auch das entsprechende Entgelt zu erhalten. Diese Grundsätze seien auch für All-in-Gehälter, bei denen die Abgeltung von Überstunden in einem bestimmbar Umfang als Teil des Gesamtgehalts vorliege, anwendbar. Nur wenn der Anteil, der der Überstundenabgeltung dienen solle, nicht ausgewiesen sei, gehe diese Intransparenz zu Lasten des Verfassers der Vereinbarung, das sei in der Regel der Arbeitgeber. Nur dann sei das Gesamtgehalt gekürzt um die Stundenreduktion zu bezahlen. Im hier zu beurteilenden

Fall, in dem bereits im Dienstvertrag die im Entgelt enthaltenen Überstunden zahlenmäßig ausgewiesen seien, sei daher nichts mit der Unterscheidung gewonnen, ob eine Überstundenpauschale oder ein All-in-Entgelt vereinbart worden sei. Die genannte Anzahl von 25 bzw 15 Mehr- und Überstunden seien geeignete Anknüpfungspunkte für die Beantwortung der Frage, welche Mehrleistungen durch das All-in-Gehalt pauschaliert abgegolten sein sollen. Die Frage, ob die Versetzung des Klägers verschlechternd erfolgt sei, sei nicht entscheidungserheblich. Der Kläger habe während der Elternteilzeit keinen Anspruch auf eine Mehr- und Überstundenpauschale, wenn er keine Mehr- und Überstunden erbringe, unabhängig davon, ob er nun als „IC5“ oder „M5“ eingestuft sei. Die Versetzung habe im konkreten Fall ohnehin den für den Kläger günstigen Effekt, dass dadurch, dass bei gleichbleibendem Gesamtentgelt laut Annex zum Dienstvertrag in der Einstufung in „IC5“ monatlich 15 Überstunden enthalten seien und nicht wie in der vorherigen Einstufung des Klägers in „M5“ monatlich 25 Überstunden. Die Beklagte habe bei Berechnung der Entgelthöhe während der Elternteilzeit ohnedies nur 15 Überstunden aus dem Gesamtentgelt herausgerechnet.

[11] Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, die sich konkret auf die Behandlung von All-in-Vereinbarungen während der Elternteilzeit beziehe, noch nicht vorliege.

[12] In seiner dagegen gerichteten Revision beantragt der Kläger die Abänderung des Berufungsurteils im Sinne einer Klagsstattgabe; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[13] Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

[14] Die Revision des Klägers ist zulässig, aber nicht berechtigt.

[15] Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien im Wesentlichen strittig, wie sich das Entgelt nach § 8 Abs 1 VKG für den Zeitraum der Elternteilzeit des Klägers aufgrund der konkreten Entgeltvereinbarung vor der Elternteilzeit berechnet. Dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen: [15] Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien im Wesentlichen strittig, wie sich das Entgelt nach Paragraph 8, Absatz eins, VKG für den Zeitraum der Elternteilzeit des Klägers aufgrund der konkreten Entgeltvereinbarung vor der Elternteilzeit berechnet. Dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

[16] 1. Bereits in der Entscheidung 9 ObA 30/15z ist der erkennende Senat im Fall einer zwischen Arbeitsvertragsparteien vereinbarten Überstundenpauschale zum Ergebnis gekommen, dass von der Weiterzahlungspflicht des Arbeitgebers das Entgelt für die Leistung von Überstunden nicht umfasst sei (Pkt 5.2.). Teilzeitbeschäftigte, die von der Möglichkeit der Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz bzw dem Väterkarenzgesetz oder vergleichbarer österreichischer Rechtsvorschriften Gebrauch gemacht hätten, seien zur Arbeitsleistung über das vereinbarte Arbeitszeitausmaß (Mehrarbeit) nicht verpflichtet (§ 19d Abs 8 iVm Abs 3 AZG). Ein gänzlicher Wegfall der Überstundenleistung durch längere Zeit hindurch aufgrund eines gesetzlichen Verbots führe zum Ruhen des Anspruchs während der Zeit des Verbots, weil die Grundlage für die Vereinbarung einer Überstundenpauschale in der beiderseitigen Annahme liege, dass solche Überstunden auch tatsächlich geleistet werden „dürften“. Aus einer Pauschalierungsvereinbarung sei aber zumindest konkludent auf eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden zu schließen. Eine Pauschalabgeltung werde regelmäßig in der Erwartung vereinbart, dass auch Überstunden zu leisten sein werden (Pkt 6.). Da die Vereinbarung der Überstundenpauschale, wie schon der vereinbarte Widerrufsvorbehalt erkennen lasse, auch hier in der beiderseitigen Annahme der Parteien gelegen sei, dass solche Überstunden von der Arbeitnehmerin auch tatsächlich geleistet werden, wäre das von den Parteien dem Arbeitsvertrag zugrunde gelegte Synallagma zwischen Arbeitsleistung und Entgelt erheblich gestört, wäre die Arbeitgeberin verpflichtet, der Arbeitnehmerin die Überstundenpauschale weiter zu bezahlen, obwohl sie von der Arbeitnehmerin nicht einmal die Leistung von Mehrstunden fordern könne (Pkt 7.). Würden Elternteilzeitbeschäftigte jedoch einvernehmlich Mehrarbeit erbringen, dann stünde ihnen auch das entsprechende Entgelt zu (Pkt 3.). [16] 1. Bereits in der Entscheidung 9 ObA 30/15z ist der erkennende Senat im Fall einer zwischen Arbeitsvertragsparteien vereinbarten Überstundenpauschale zum Ergebnis gekommen, dass von der Weiterzahlungspflicht des Arbeitgebers das Entgelt für die Leistung von Überstunden nicht umfasst sei (Pkt 5.2.). Teilzeitbeschäftigte, die von der Möglichkeit der Elternteilzeit nach dem Mutterschutzgesetz bzw dem Väterkarenzgesetz oder vergleichbarer österreichischer Rechtsvorschriften Gebrauch gemacht hätten, seien zur Arbeitsleistung über das vereinbarte Arbeitszeitausmaß (Mehrarbeit) nicht verpflichtet (Paragraph 19 d, Absatz 8, in

Verbindung mit Absatz 3, AZG). Ein gänzlicher Wegfall der Überstundenleistung durch längere Zeit hindurch aufgrund eines gesetzlichen Verbots führe zum Ruhen des Anspruchs während der Zeit des Verbots, weil die Grundlage für die Vereinbarung einer Überstundenpauschale in der beiderseitigen Annahme liege, dass solche Überstunden auch tatsächlich geleistet werden „dürften“. Aus einer Pauschalierungsvereinbarung sei aber zumindest konkludent auf eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden zu schließen. Eine Pauschalabgeltung werde regelmäßig in der Erwartung vereinbart, dass auch Überstunden zu leisten sein werden (Pkt 6.). Da die Vereinbarung der Überstundenpauschale, wie schon der vereinbarte Widerrufsvorbehalt erkennen lasse, auch hier in der beiderseitigen Annahme der Parteien gelegen sei, dass solche Überstunden von der Arbeitnehmerin auch tatsächlich geleistet werden, wäre das von den Parteien dem Arbeitsvertrag zugrunde gelegte Synallagma zwischen Arbeitsleistung und Entgelt erheblich gestört, wäre die Arbeitgeberin verpflichtet, der Arbeitnehmerin die Überstundenpauschale weiter zu bezahlen, obwohl sie von der Arbeitnehmerin nicht einmal die Leistung von Mehrstunden fordern könne (Pkt 7.). Würden Elternteilzeitbeschäftigte jedoch einvernehmlich Mehrarbeit erbringen, dann stünde ihnen auch das entsprechende Entgelt zu (Pkt 3.).

[17] 2. Diese Rechtsprechung wurde im Schrifttum überwiegend zustimmend aufgenommen (ZAS 2016/32 [Pfalz]; Körber-Risak, Rechtsfragen der Teilzeit

– Elternteilzeit, Entgeltanspruch und Diskriminierung, ZAS 2016/21; Hahn, Überstundenpauschale & All-in während der Elternteilzeit, RdW 2015, 725; Rauch, Überstundenpauschale und Mutterschutz – Wenn der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden nicht verlangen kann, entfällt die Überstundenpauschale, ASoK 2022, 246; Burger-Ehrnhofer in Burger-Ehrnhofer/Schritt Wieser/Bauer, Mutterschutzgesetz und Väterkarenzgesetz<sup>3</sup> Rz 17 zu § 14 MSchG). Risak (DRdA 2016/16) stimmt zwar der Begründung grundsätzlich zu, kritisiert aber das Ergebnis aufgrund der konkreten Fallgestaltung des gelebten Arbeitsverhältnisses. [17] 2. Diese Rechtsprechung wurde im Schrifttum überwiegend zustimmend aufgenommen (ZAS 2016/32 [Pfalz]; Körber-Risak, Rechtsfragen der Teilzeit, – Elternteilzeit, Entgeltanspruch und Diskriminierung, ZAS 2016/21; Hahn, Überstundenpauschale & All-in während der Elternteilzeit, RdW 2015, 725; Rauch, Überstundenpauschale und Mutterschutz – Wenn der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden nicht verlangen kann, entfällt die Überstundenpauschale, ASoK 2022, 246; Burger-Ehrnhofer in Burger-Ehrnhofer/Schritt Wieser/Bauer, Mutterschutzgesetz und Väterkarenzgesetz<sup>3</sup> Rz 17 zu Paragraph 14, MSchG). Risak (DRdA 2016/16) stimmt zwar der Begründung grundsätzlich zu, kritisiert aber das Ergebnis aufgrund der konkreten Fallgestaltung des gelebten Arbeitsverhältnisses.

[18] 3. Die Frage, ob die Entscheidung<sup>9</sup> ObA 30/15z auch auf All-in-Verträge übertragbar ist, wird im Schrifttum ebenfalls überwiegend bejaht:

[19] 3.1. Pfalz (ZAS 2016/32 Pkt 4.) bejaht dies unter der Voraussetzung, dass aus der Vereinbarung zumindest bestimmbar hervorgehe, welcher Anteil des Gesamtentgelts auf die Abgeltung von (Mehr- und) Überstunden entfalle.

[20] 3.2. Nach Peschek (ecolex 2014, 985 [988]) sei die All-in-Vereinbarung in der Elternteilzeit dann anzupassen, wenn sie dazu diene, Überstunden abzugelten und nicht anderen Zwecken diene (etwa als Teil einer Beförderung gesehen werde und die tatsächliche Leistung der Überstunden nachweislich keine Rolle spiele). Haben die Parteien an die konkrete Anzahl von Überstunden gedacht, sei das All-in-Entgelt während der Elternteilzeit um diese Anzahl zu korrigieren.

[21] 3.3. Hahn (Überstundenpauschale & All-in während der Elternteilzeit, RdW 2015, 725) stellt vergleichbare Überlegungen an. Ihrer Ansicht nach seien All-in-Vereinbarungen nach der jeweiligen Ausgestaltung im Einzelfall zu beurteilen. Es sei genau zu prüfen, welche konkreten Leistungen nach übereinstimmender Ansicht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer von der All-in-Vereinbarung abgegolten sein sollen. Nur sofern sich die All-in-Klausel ausschließlich auf eine zumindest bestimmbar zu leistende Überstundenzahl beziehe, sei eine anteilige Entgeltkürzung zur Berechnung des aliquoten Gehalts während der Inanspruchnahme der Elternteilzeit dem Arbeitgeber erlaubt.

[22] 3.4. Auch Sabara (Rechtsratgeber: Ein Kind kommt<sup>5</sup> 77 f) stellt auf die konkrete Vereinbarung im Einzelfall ab. Dem Arbeitgeber stehe nur dann ein Kürzungsrecht zu, wenn bei einem All-in-Gehalt eindeutig erkennbar sei, welches Grundentgelt der Arbeitnehmer für die Normalarbeitszeit erhalte (vgl § 2g AVRAG). Enthalte jedoch ein All-in-Entgelt neben dem Grundentgelt, Mehr- und Überstunden auch weitere Entgeltbestandteile und sei nicht eindeutig erkennbar, welcher Teil des All-in-Entgelts aufgrund des Wegfalls der Überstunden zu reduzieren sei, sei die Kürzung des All-in-Bezugs wohl nicht zulässig. Denkbar und rechnerisch möglich wäre eine anteilige Reduzierung des All-in-Gehalts nur,

wenn in der All-in-Vereinbarung das Grundentgelt für die Normalarbeitszeit angegeben sei. [22] 3.4. Auch Sabara (Rechtsratgeber: Ein Kind kommt 577 f) stellt auf die konkrete Vereinbarung im Einzelfall ab. Dem Arbeitgeber stehe nur dann ein Kürzungsrecht zu, wenn bei einem All-in-Gehalt eindeutig erkennbar sei, welches Grundentgelt der Arbeitnehmer für die Normalarbeitszeit erhalte (vergleiche Paragraph 2 g, AVRAG). Enthaltene jedoch ein All-in-Entgelt neben dem Grundentgelt, Mehr- und Überstunden auch weitere Entgeltbestandteile und sei nicht eindeutig erkennbar, welcher Teil des All-in-Entgelts aufgrund des Wegfalls der Überstunden zu reduzieren sei, sei die Kürzung des All-in-Bezugs wohl nicht zulässig. Denkbar und rechnerisch möglich wäre eine anteilige Reduzierung des All-in-Gehalts nur, wenn in der All-in-Vereinbarung das Grundentgelt für die Normalarbeitszeit angegeben sei.

[23] 3.5. Ähnlich argumentiert Burger-Ehrnhofer (in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Bauer, Mutterschutzgesetz und Väterkarenzgesetz 3 Rz 18 zu § 14 MSchG): Nur wenn für Pauschalvereinbarungen § 2g AVRAG beachtlich sei, wonach der zustehende Grundlohn im Arbeitsvertrag oder Dienstzettel klar auszuweisen sei, könne für den Fall, dass sich daraus klar erkennen lasse, welcher Teil des Arbeitsentgelts, das über den genannten Grundlohn hinaus bezahlt werde, für die Leistung von Überstunden zustehe, eine entsprechende Reduzierung des All-in-Gehalts argumentiert werden. Lasse sich aus der Vereinbarung aber nicht erkennen, welcher Teil der Überzahlung für Überstunden und welcher für Reisezeiten, Nachtarbeit oder ähnliches zustehe, bleibe es bei der Fortzahlung des gesamten All-in-Gehalts trotz zu beachtendem Verbot der Leistung von Überstunden. [23] 3.5. Ähnlich argumentiert Burger-Ehrnhofer (in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Bauer, Mutterschutzgesetz und Väterkarenzgesetz 3 Rz 18 zu Paragraph 14, MSchG): Nur wenn für Pauschalvereinbarungen Paragraph 2 g, AVRAG beachtlich sei, wonach der zustehende Grundlohn im Arbeitsvertrag oder Dienstzettel klar auszuweisen sei, könne für den Fall, dass sich daraus klar erkennen lasse, welcher Teil des Arbeitsentgelts, das über den genannten Grundlohn hinaus bezahlt werde, für die Leistung von Überstunden zustehe, eine entsprechende Reduzierung des All-in-Gehalts argumentiert werden. Lasse sich aus der Vereinbarung aber nicht erkennen, welcher Teil der Überzahlung für Überstunden und welcher für Reisezeiten, Nachtarbeit oder ähnliches zustehe, bleibe es bei der Fortzahlung des gesamten All-in-Gehalts trotz zu beachtendem Verbot der Leistung von Überstunden.

[24] 3.6. Körber-Risak (Rechtsfragen der Teilzeit – Elternteilzeit, Entgeltanspruch und Diskriminierung, ZAS 2016/21 Pkt 2.b.) hält ebenfalls die Überlegungen des Obersten Gerichtshofs in der Entscheidung 9 ObA 30/15z auf All-in-Vereinbarungen übertragbar, weil auch bei diesen für Altvereinbarungen nach ständiger Rechtsprechung und für neue Vereinbarungen nach dem 29. 12. 2015 gemäß § 2g AVRAG der Entgeltanspruch aus Transparenzgründen so ausgewiesen sein müsse, dass daraus der für die Abgeltung von Mehrleistungen gewidmete Betrag erkennbar sei. [24] 3.6. Körber-Risak (Rechtsfragen der Teilzeit – Elternteilzeit, Entgeltanspruch und Diskriminierung, ZAS 2016/21 Pkt 2.b.) hält ebenfalls die Überlegungen des Obersten Gerichtshofs in der Entscheidung 9 ObA 30/15z auf All-in-Vereinbarungen übertragbar, weil auch bei diesen für Altvereinbarungen nach ständiger Rechtsprechung und für neue Vereinbarungen nach dem 29. 12. 2015 gemäß Paragraph 2 g, AVRAG der Entgeltanspruch aus Transparenzgründen so ausgewiesen sein müsse, dass daraus der für die Abgeltung von Mehrleistungen gewidmete Betrag erkennbar sei.

[25] 3.7. Nach Rauch (Überstundenpauschale und Mutterschutz – Wenn der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden nicht verlangen kann, entfällt die Überstundenpauschale, ASoK 2022, 246 [Pkt 3.4.]) würden die Grundsätze zum Entfall der echten Überstundenpauschale auch dann gelten, wenn ein All-in-Gehalt vereinbart worden sei und der Anteil der zu leistenden Überstunden bestimmbar sei. Auch beim All-in-Gehalt, bei dem die Überzahlung zum Grundgehalt auf Überstunden bezogen werde, gingen die Vertragsparteien einvernehmlich davon aus, dass die Überstunden geleistet würden, und daher wäre das Synallagma erheblich beeinträchtigt, wenn die Leistung von Überstunden (bzw auch Mehrarbeitsstunden bei der Elternteilzeit) nicht erfolgen könnte.

[26] 3.8. B. Winkler (Arbeitsrechtliche Konsequenzen variabler Entgelte, ZAS 2017/3 [Pkt C.4.]) ist der Ansicht, dass für eine All-in-Vereinbarung, bei der durch ein Pauschalgehalt sämtliche Mehr- und Überstunden abgegolten würden, dasselbe gelten müsse wie für eine Überstundenpauschale und folglich eine einseitige Reduktion des All-in-Gehalts auf das vereinbarte Grundgehalt im Fall einer Elternteilzeit daher zulässig sein müsse. Dem in der Literatur (insb von Risak) teilweise vertretenen Einwand, dass die Reduktion auf das vertraglich festgehaltene Grundgehalt, das häufig mit dem kollektivvertraglichen Mindestgehalt gleichgesetzt werde, zu massiven und von den Vertragsparteien nicht gewollten Einkommensverlusten führen würde und die davon ausgehende Aliquotierung des Entgeltanspruchs bei Elternteilzeit in Einzelfällen zu massiven Äquivalenzstörungen und somit zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen könne, entgegnet sie, dass eine Äquivalenzstörung vielmehr dann vorliege, wenn das bisher geleistete All-in-Gehalt zu

aliquotieren wäre und somit der in Elternteilzeit beschäftigte Arbeitnehmer, der keine Mehr- oder Überstunden leistet, einen Anspruch auf einen Teil des für die Überstundenleistung vereinbarten Gehalts hätte, obwohl gar keine Überstunden geleistet werden. Problematisch seien allerdings All-in-Vereinbarungen, die nicht bloß Mehr- und Überstundenleistungen abdecken, sondern auch sonstige Entgeltbestandteile, wie etwa einen Nachzuschlag. Diesbezüglich schlägt die Autorin vor, eine Reduktion des All-in-Gehalts auf das Grundgehalt zuzulassen und Zulagen bzw Zuschläge gesondert auszubezahlen.

[27] 3.9. Nitzl/Schirmer (Die All-in-Vereinbarung – Problemstellungen in der täglichen Praxis, ASoK 2017, 202 [Pkt 9.]) vertreten in Anlehnung an Peschek (aaO) die Rechtsansicht, dass sich die Grundsätze zur echten Überstundenpauschale dann auf All-in-Vereinbarungen umlegen lassen, wenn es deren Hauptzweck sei, Überstunden abzugelten. Es müsse somit nachweisbar sein, dass sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber vereinbart hätten, dass Überstunden geleistet werden sollen und diese mit der All-in-Vereinbarung abgegolten werden. Spielt die tatsächliche Leistung von Überstunden für die Vergütung keine Rolle, werde eine Anpassung des All-in-Vertrags in der Elternteilzeit jedoch nicht vertretbar sein.

[28] 3.10. Auch nach D. Holzinger (Zur Anpassung des All-in-Gehalts in der Elternteilzeit, DRdA-InfA 2021, 51 [Pkt 4.]) sei ein Ruhen der All-in-Überzahlung nur denkbar, wenn eindeutig bestimmt sei, welcher Anteil am Gesamtgehalt der Überstundenabgeltung dienen solle. Wenn das Grundgehalt (nach § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG) beziffert und der Rest des Gesamtgehalts der Überstundenabgeltung gewidmet sei, dann sei die All-in-Überzahlung der Überstundenpauschale vergleichbar, mit der Konsequenz, dass die Überzahlung während der Elternteilzeit ruhe, so sich nicht aus dem Parteiwillen eindeutig anderes ergebe. Wenn das All-in-Gehalt hingegen auch andere Entgeltbestandteile als Überstunden abgelten solle und der der Überstundenabgeltung gewidmete Anteil nicht definiert sei, so ruhe die Überzahlung nicht. Diese Intransparenz gehe zu Lasten des Verfassers der Vereinbarung, in der Regel des Arbeitgebers. [28] 3.10. Auch nach D. Holzinger (Zur Anpassung des All-in-Gehalts in der Elternteilzeit, DRdA-InfA 2021, 51 [Pkt 4.]) sei ein Ruhen der All-in-Überzahlung nur denkbar, wenn eindeutig bestimmt sei, welcher Anteil am Gesamtgehalt der Überstundenabgeltung dienen solle. Wenn das Grundgehalt (nach Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 9, AVRAG) beziffert und der Rest des Gesamtgehalts der Überstundenabgeltung gewidmet sei, dann sei die All-in-Überzahlung der Überstundenpauschale vergleichbar, mit der Konsequenz, dass die Überzahlung während der Elternteilzeit ruhe, so sich nicht aus dem Parteiwillen eindeutig anderes ergebe. Wenn das All-in-Gehalt hingegen auch andere Entgeltbestandteile als Überstunden abgelten solle und der der Überstundenabgeltung gewidmete Anteil nicht definiert sei, so ruhe die Überzahlung nicht. Diese Intransparenz gehe zu Lasten des Verfassers der Vereinbarung, in der Regel des Arbeitgebers.

[29] 3.11. Ähnlich argumentiert Morgenstern (Wegfall der Überstundenpauschale bei Elternteilzeit, PV-Info 9/2015): Die vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 9 ObA 30/15z vertretene Rechtsansicht könne dann auf All-in-Vereinbarungen Anwendung finden, wenn das (kollektivvertragliche) Grundgehalt für die Normalarbeitszeit im Dienstvertrag selbst bestimmt oder zumindest aufgrund der im Dienstvertrag erfolgten kollektivvertraglichen Einstufung bestimmbar sei und mit dem All-in-Bezug nicht auch andere Leistungen des Dienstnehmers (zB für eine Leitungsposition) und/oder andere (insbesondere kollektivvertragliche) Entgeltbestandteile abgegolten werden sollten (zB kollektivvertragliche Zulagen).

[30] 3.12. Risak (DRdA 2016/16 [Pkt 4.]) und Schrittwieser (Elternteilzeit: Kein Anspruch auf Weitergewährung einer Überstundenpauschale, DRdA-InfA 2015/232) meinen hingegen, dass der Fall bei einer All-in-Vereinbarung, die regelmäßig die Abgeltung sämtlicher Arbeits- und Mehrleistungen sowie eventuell Zulagen vorsehe, anders zu beurteilen sei, weil dabei in der Regel kein Entgeltteil definiert sei, der den früher erbrachten Überstundenleistungen klar zuordenbar wäre. Es mangle damit an der Transparenz von (bis 2016 abgeschlossenen) All-in-Entlohnungen. Das Entgelt der Elternteilzeit-beschäftigten dürfe diesfalls nur im Ausmaß der Reduktion der vereinbarten Arbeitszeit sinken. Nach Risak (aaO) könnten jedoch auf ab 2016 abgeschlossene All-in-Vereinbarungen (BGBl I 2016/152), in denen der Grundlohn oder das Grundgehalt, dh das Entgelt für die Normalarbeitszeit, betragsmäßig schriftlich im Dienstzettel bzw im Dienstvertrag auszuweisen sei, die Aussagen der Entscheidung 9 ObA 30/15z übertragen werden. Einer anderen Beurteilung (ergänzenden Vertragsauslegung) bedürfe es dann, wenn das Grundgehalt so niedrig angesetzt worden sei, dass es sich nahe dem kollektivvertraglichen Mindestgehalt bewege.

[31] 3.13. Maca (Grundgehalt in All-in-Vereinbarungen, DRdA-InfA 2016, 305 [309 ff]) lässt die Frage offen, ob bei All-in-Gehältern künftig – im Lichte der Entscheidung 9 ObA 30/15z – bei Bereitschaft des Angestellten zur

Mehrarbeitsleistung das bisherige All-in-Gehalt für die Normalarbeitszeit ins Verhältnis zur Teilzeit gesetzt oder aber, ob durch den Ausweis des Grundgehalts dieses als Basis für die Berechnung des Teilzeitgehalts herangezogen werde. Sie rechnet aber beispielhaft vor, dass im zweiten Fall eine 50-prozentige familiär bedingte Arbeitszeitreduzierung bei einem All-in-Gehalt, welches in Summe das Doppelte des angeführten Grundgehalts ausmache, die Reduktion auf ein Viertel des gesamten All-in-Gehalts zur Folge habe. Es werde häufig davon ausgegangen werden können, dass eine derartig massive Entgeltreduzierung im Fall der Elternteilzeit nicht von den Vertragsparteien beabsichtigt sei und über ergänzende Vertragsauslegung eine Basis für die Elternteilzeit gefunden werden müsse.

[32] 4.1. Der Oberste Gerichtshof schließt sich der im Schrifttum herrschenden Ansicht an: Haben die Arbeitsvertragsparteien eine All-in-Vereinbarung abgeschlossen, dann ruht während der Elternteilzeit (nur) jener Teil des Arbeitsentgelts, der über das Grundentgelt hinaus für die Leistung von Mehr- und Überstunden bezahlt wird. Für die tatsächliche Leistung von Mehr- und Überstunden gebührt dem Elternteilzeitbeschäftigten selbstverständlich auch die entsprechende Abgeltung, allerdings im Wege der Einzelverrechnung der erbrachten Mehrleistungen.

[33] 4.2. Dass die zwischen den Parteien getroffene Entgeltvereinbarung keinen Widerrufsvorbehalt der „Überstundenpauschale“ enthält, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Bei einer wirksam vereinbarten Überstundenpauschale besteht zwar die Möglichkeit zu vereinbaren, dass diese vom Arbeitgeber widerrufen oder unter bestimmten Umständen auf Einzelverrechnung übergegangen werden kann (RS0051758), ein Widerrufsvorbehalt ist aber keine unabdingbare Voraussetzung für die Kürzung des Entgelts eines Elternteilzeitbeschäftigten um die Überstundenpauschale. Gegenteiliges liegt auch der Entscheidung 9 ObA 30/15z nicht zugrunde, sondern wurde darin der vereinbarte Widerrufsvorbehalt nur als zusätzliches Argument für die ergänzende Vertragsauslegung herangezogen. Der vom Kläger gezogene Umkehrschluss ist daher nicht zulässig. Der hier fehlende Widerrufsvorbehalt in Bezug auf die im All-in-Entgelt vereinbarte (pauschale) Abgeltung der Arbeitsleistung für 25 bzw 15 Mehr- und Überstunden stützt daher die Argumentation der Revision nicht. Ob bei der konkreten All-in-Vereinbarung überhaupt ein Widerrufsvorbehalt zulässig wäre, braucht hier daher nicht näher untersucht zu werden.

[34] 5.1. Im vorliegenden Fall haben die Parteien eine Entgeltvereinbarung getroffen, mit der jedenfalls eine bestimmte Anzahl von Mehr- und Überstundenleistungen abgegolten ist. Diese Vereinbarung lag in der gegenseitigen Annahme der Vertragsparteien, dass diese Mehr- bzw Überstunden vom Kläger auch tatsächlich geleistet werden (dürfen). Soweit der Kläger in seiner Revision darauf verweist, dass im Annex zum Dienstvertrag nicht nur festgehalten sei, dass das Grundgehalt je nach Funktion des Dienstnehmers eine bestimmte Anzahl von Mehrleistungsstunden (25 bzw 15) enthalte, sondern zudem auch, dass alle darüber hinausgehenden Mehrleistungsstunden durch den Betrag des Grundgehalts, der den Mindestlohn gemäß dem anwendbaren Kollektivvertrag übersteige, sowie durch variable Bezüge, Sachbezüge oder etwaige Bonuszahlungen, die zusätzlich zum Grundgehalt bezahlt würden, und sämtliches variables Entgelt abgegolten seien und daher kein Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung für Überstunden bestehe (vom Erstgericht nur in englischer Sprache wiedergegeben), so ist daraus für ihn nichts zu gewinnen. Die Beklagte hat ohnedies sein Jahresfixgehalt nur um jenen Betrag gekürzt, der der konkret bestimmten Anzahl an im Gesamtentgelt enthaltenen (zuletzt 15) Mehr- und Überstunden – hinsichtlich derer Leistung eine vertragliche Erwartungshaltung bestand – (samt Zuschlag) entspricht.

[35] 5.2. Wenn die Revision betont, dass der Kläger den Dienstvertrag so verstanden habe, dass jegliches von ihm geleistete Ausmaß an Arbeitsstunden durch das Pauschalentgelt abgegolten sei, er also kein Überstundenentgelt bekomme, sondern eine Pauschalvereinbarung vorliege, so hat diesem Argument bereits das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, dass es auf das subjektive Verständnis des Klägers nicht ankommt. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert einer Willensäußerung (RS0014160; RS0113932; RS0014205). Da im Annex zum Dienstvertrag die Anzahl der Mehr- und Überstunden festgehalten ist, die pauschal mit dem jeweiligen Gehalt abgegolten werden (dies war dem Kläger überdies, wie in der Revision zugestanden wird, auch bewusst), ist die All-in-Vereinbarung so zu verstehen (§ 914 ABGB), dass nur darüber hinausgehende Mehrleistungen und sonstige Bezüge pauschal abgegolten sind. Die Behauptung des Klägers, die mangelnde Transparenz seiner All-in-Vereinbarung spreche gegen ein Ruhen der Mehrleistungspauschale, ist nur für den unbestimmten Teil der Entgeltvereinbarung richtig, jener Teil der pauschalen Abgeltung, der die Leistung von 25 bzw 15 Mehr- und Überstunden betrifft, ist hingegen ausreichend konkret bestimmt. [35] 5.2. Wenn die Revision betont, dass der Kläger den Dienstvertrag so verstanden habe, dass jegliches von ihm geleistete Ausmaß an Arbeitsstunden durch das Pauschalentgelt abgegolten sei, er also kein

Überstundenentgelt bekomme, sondern eine Pauschalvereinbarung vorliege, so hat diesem Argument bereits das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, dass es auf das subjektive Verständnis des Klägers nicht ankommt. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert einer Willensäußerung (RS0014160; RS0113932; RS0014205). Da im Annex zum Dienstvertrag die Anzahl der Mehr- und Überstunden festgehalten ist, die pauschal mit dem jeweiligen Gehalt abgegolten werden (dies war dem Kläger überdies, wie in der Revision zugestanden wird, auch bewusst), ist die All-in-Vereinbarung so zu verstehen (Paragraph 914, ABGB), dass nur darüber hinausgehende Mehrleistungen und sonstige Bezüge pauschal abgegolten sind. Die Behauptung des Klägers, die mangelnde Transparenz seiner All-in-Vereinbarung spreche gegen ein Ruhen der Mehrleistungspauschale, ist nur für den unbestimmten Teil der Entgeltvereinbarung richtig, jener Teil der pauschalen Abgeltung, der die Leistung von 25 bzw 15 Mehr- und Überstunden betrifft, ist hingegen ausreichend konkret bestimmt.

[36] 5.3. Dass nach dem nunmehr rechtskräftigen Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien zu 14 Cga 79/19t feststeht, dass die Versetzung des Klägers vom „Senior Director, \*“, eingestuft als M5, zum „Director, \*“, eingestuft als IC5, vertragsändernd und verschlechternd war, begründet den geltend gemachten Klagsanspruch ebenfalls nicht. Rechtsfolge einer unwirksamen Versetzung eines Angestellten ist nicht die gänzliche (fiktive) Beibehaltung seiner bisherigen dienstlichen Stellung, sondern begründet lediglich den Anspruch auf das (höhere) bisherige Entgelt; dies unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer die neue Tätigkeit abgelehnt oder – wie hier – „unter Protest“ angetreten hat (Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 § 101 ArbVG Rz 17). Gegenteiliges wird vom Revisionswerber auch nicht begründend argumentiert. Eine (unzulässige) Entgeltkürzung in Folge seiner (unwirksamen) Versetzung macht der Kläger aber (zutreffend) auch gar nicht geltend. Bereits das Berufungsgericht hat zudem darauf hingewiesen, dass die Beklagte bei Berechnung der Entgelthöhe während der Elternteilzeit ohnehin nur 15 Überstunden aus dem Gesamtentgelt herausgerechnet hat. Dass dem Kläger auch nach der Versetzung noch maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen worden wären, die ihn als leitenden Angestellten im Sinne des § 1 Abs 2 Z 8 AZG qualifizieren würden, behauptet der Kläger nicht. Vielmehr berief er sich darauf, dass die Tätigkeit im Level IC5 nicht mit jener im Level M5 (keine Management-Position, geringere Budget- und Personalverantwortung) gleichwertig sei.

[36] 5.3. Dass nach dem nunmehr rechtskräftigen Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien zu 14 Cga 79/19t feststeht, dass die Versetzung des Klägers vom „Senior Director, \*“, eingestuft als M5, zum „Director, \*“, eingestuft als IC5, vertragsändernd und verschlechternd war, begründet den geltend gemachten Klagsanspruch ebenfalls nicht. Rechtsfolge einer unwirksamen Versetzung eines Angestellten ist nicht die gänzliche (fiktive) Beibehaltung seiner bisherigen dienstlichen Stellung, sondern begründet lediglich den Anspruch auf das (höhere) bisherige Entgelt; dies unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer die neue Tätigkeit abgelehnt oder – wie hier – „unter Protest“ angetreten hat (Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 Paragraph 101, ArbVG Rz 17). Gegenteiliges wird vom Revisionswerber auch nicht begründend argumentiert. Eine (unzulässige) Entgeltkürzung in Folge seiner (unwirksamen) Versetzung macht der Kläger aber (zutreffend) auch gar nicht geltend. Bereits das Berufungsgericht hat zudem darauf hingewiesen, dass die Beklagte bei Berechnung der Entgelthöhe während der Elternteilzeit ohnehin nur 15 Überstunden aus dem Gesamtentgelt herausgerechnet hat. Dass dem Kläger auch nach der Versetzung noch maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen worden wären, die ihn als leitenden Angestellten im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 8, AZG qualifizieren würden, behauptet der Kläger nicht. Vielmehr berief er sich darauf, dass die Tätigkeit im Level IC5 nicht mit jener im Level M5 (keine Management-Position, geringere Budget- und Personalverantwortung) gleichwertig sei.

[37] 6. Eine sittenwidrige Entgeltvereinbarung liegt nicht vor. Dem Kläger gebührt während der Elternteilzeit nicht nur der kollektivvertragliche Mindestlohn, sondern das gesamte Fixgehalt, lediglich gekürzt um die darin enthaltene Pauschale für 15 Mehr- und Überstunden.

[38] 7. Ob die Entgeltvereinbarung im Hinblick auf § 2g AVRAG zulässig ist, bedarf keiner näheren Erörterung, weil Rechtsfolge des § 2g AVRAG nicht die Nichtigkeit der geschlossenen Pauschalentgeltvereinbarung ist, sondern (nur), dass der Arbeitnehmer zwingend Anspruch auf das sogenannte „Ist-Grundgehalt“ hat, also das Grundgehalt einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlungen, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt (vgl F. G. Burger in Binder/Burger/Mair, AVRAG3 § 2g Rz 28). [38] 7. Ob die Entgeltvereinbarung im Hinblick auf Paragraph 2 g, AVRAG zulässig ist, bedarf keiner näheren Erörterung, weil Rechtsfolge des Paragraph 2 g, AVRAG nicht die Nichtigkeit der geschlossenen Pauschalentgeltvereinbarung ist, sondern (nur), dass der Arbeitnehmer zwingend Anspruch auf das sogenannte „Ist-Grundgehalt“ hat, also das

Grundgehalt einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlungen, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt vergleiche F. G. Burger in Binder/Burger/Mair, AVRAG3 Paragraph 2 g, Rz 28).

[39] 8. Soweit der Revisionswerber darauf beharrt, dass die Beklagte gegen das „Benachteiligungsverbot“ verstoßen habe, weil es ihm entgegen der betrieblichen Übung das Entgelt während der Elternteilzeit gekürzt habe, so ist auf die vom Erstgericht festgestellte und vom Berufungsgericht überprüfte und übernommene negative Feststellung zur behaupteten betrieblichen Übung zu verweisen. Insofern ist die Revision nicht gesetzmäßig ausgeführt (RS0043312 [T12, T14]). Wenn zu einem bestimmten Thema (positive oder negative) Tatsachenfeststellungen getroffen wurden, mögen diese auch von den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers abweichen, können diesbezüglich keine rechtlichen Feststellungsmängel erfolgreich geltend gemacht werden; es ist nämlich ein Akt der Beweiswürdigung, wenn die vom Rechtsmittelwerber gewünschten (abweichenden) Feststellungen nicht getroffen werden (vgl RS0053317 [T1, T3]). [39] 8. Soweit der Revisionswerber darauf beharrt, dass die Beklagte gegen das „Benachteiligungsverbot“ verstoßen habe, weil es ihm entgegen der betrieblichen Übung das Entgelt während der Elternteilzeit gekürzt habe, so ist auf die vom Erstgericht festgestellte und vom Berufungsgericht überprüfte und übernommene negative Feststellung zur behaupteten betrieblichen Übung zu verweisen. Insofern ist die Revision nicht gesetzmäßig ausgeführt (RS0043312 [T12, T14]). Wenn zu einem bestimmten Thema (positive oder negative) Tatsachenfeststellungen getroffen wurden, mögen diese auch von den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers abweichen, können diesbezüglich keine rechtlichen Feststellungsmängel erfolgreich geltend gemacht werden; es ist nämlich ein Akt der Beweiswürdigung, wenn die vom Rechtsmittelwerber gewünschten (abweichenden) Feststellungen nicht getroffen werden vergleiche RS0053317 [T1, T3]).

[40] 9. Für die Behauptung des Klägers, aus den von ihm mit Mag. R\* zu Beginn des Dienstverhältnisses geführten Gesprächen und aus dem ihm übermittelten Dienstzettel, die die Überstunden entsprechend dem Gehalt abgebildet hätten, sei eine entsprechende fixe Zusage der Beklagten zur Leistung des „bisherigen Entgelts“ abzuleiten, bietet der festgestellte Sachverhalt keinen Anlass. Zudem hat das Erstgericht (disloziert) in seiner Beweiswürdigung festgestellt, dass aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien zum Entgelt für die Elternteilzeit insgesamt keine Zusage eines bestimmten Entgelts vor der letzten Äußerung der Mag. R\* abzuleiten ist.

[41] Der Revision des Klägers war daher nicht Folge zu geben.

[42] Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. [42] Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41, 50, ZPO.

**Textnummer**

E136334

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2022:009OBA00083.22D.0928.000

**Im RIS seit**

24.10.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

03.04.2024

**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)