jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2018/5/17 9ObA39/18b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.05.2018

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Stefula sowie die fachkundigen Laienrichter Johannes Puller und Helmut Frick als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Mag. B***** E*****, vertreten durch Hawel – Eypeltauer – Gigleitner & Partner, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei v***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Manfred Harrer, Rechtsanwalt in Linz, wegen 64.054,01 EUR sA und Feststellung (Streitwert 56.849,52 EUR) über die Revision der klagenden Partei (Revisionsinteresse 23.555,19 EUR sA) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 17. Jänner 2018, GZ 12 Ra 70/17a-53, mit dem das Urteil des Landesgerichts Linz als Arbeits- und Sozialgericht vom 24. August 2017, GZ 9 Cga 10/16i-47, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Berufungsurteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil

wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 3.280,02 EUR (darin 546,67 EUR USt) bestimmten Kosten von deren Berufungsbeantwortung zu ersetzen; die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.177,52 EUR (darin 362,92 EUR USt) bestimmten Kosten von deren Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit 2.999,52 EUR (darin 261,42 EUR USt und 1.431 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war vom 1. 3. 2009 bis 30. 9. 2010 über die va***** GmbH, einem Arbeitskräfteüberlasser, bei der Beklagten beschäftigt und seit 1. 10. 2010 deren Dienstnehmerin. Sowohl die va***** GmbH als auch die Beklagte sind Gesellschaften im v*****-Konzern. Die Klägerin gebar am 28. 3. 2014 ihr zweites Kind und befand sich aus diesem Grunde bis 30. 9. 2015 in Karenz.

Im Juni 2015 trug sie zunächst mündlich und nach mündlicher Ablehnung durch die Beklagte am 21. 6. 2015 schriftlich ihr Ansinnen an die Beklagte heran, beginnend mit 1. 10. 2015 bis zum 7. Geburtstag des Kindes Elternteilzeit in Anspruch zu nehmen. Im Schreiben präzisierte sie dies dahingehend, dass sie 18 Wochenstunden arbeite, und zwar von Montag bis Donnerstag von 8 bis 12:30 Uhr. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 29. 6. 2015 neuerlich ab,

da ihrem Standpunkt nach kein Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung bestand. Die Klägerin brachte hierauf am 21. 9. 2015 beim Erstgericht eine zu 9 Cga 90/15b registrierte Klage ein, mit der sie die Feststellung begehrte, Anspruch auf Elternteilzeit im Unternehmen der Beklagten zu den von ihr bekanntgegebenen Bedingungen zu haben.

Die Klägerin trat am 1. 10. 2015 ihren Dienst an und arbeitete unter Hinweis auf die von ihr gewählte Elternteilzeit nur in dem genannten Teilzeitausmaß, weshalb sie die Beklagte, zumal aus deren Sicht kein Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung bestand und folglich ganztags zu arbeiten gewesen wäre, verwarnte. In weiterer Folge brachte die Beklagte am 9. 10. 2015 beim Erstgericht eine zu 9 Cga 101/15w registrierte Klage auf Zustimmung zur Entlassung der Klägerin ein. Am 2. 11. 2015 entließ die Beklagte die Klägerin.

Die Verfahren 9 Cga 90/15b und 9 Cga 101/15w ruhen seit 26. 11. 2015.

Die Klägerin begehrt mit der vorliegenden Klage Kündigungsentschädigung und erhob ein Feststellungsbegehren. Zum Stichtag 1. 10. 2015 seien bei der Beklagten mehr als 20 Dienstnehmer regelmäßig beschäftigt gewesen, weshalb sie Anspruch auf Elternteilzeit gehabt habe. Sie habe keinen Entlassungsgrund gesetzt.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Bei ihr seien nicht mehr als 20 Dienstnehmer regelmäßig beschäftigt und damit kein Anspruch auf Elternteilzeit gegeben gewesen. Abgesehen vom Entlassungsgrund der Arbeitsverweigerung sei der Beklagten eine Weiterbeschäftigung der Klägerin auch unzumutbar gewesen, weil sie am 6. 10. 2015 der alle 14 Tage stattfindenden Dienstbesprechung (Jour Fixe) ferngeblieben sei, am 7. 10. 2015 entgegen ihren eigenen angegebenen Dienstzeiten die Eingangstüre um 7:40 Uhr geöffnet und hierdurch die Alarmanlage ausgelöst habe und zudem durch eine nähere genannte Inanspruchnahme der EDV gegen Datenschutzrichtlinien verstoßen habe.

Das Erstgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 23.555,19 EUR samt Zinsen. Das Mehrbegehren auf Zahlung weiterer 40.489,82 EUR samt Zinsen und das Feststellungsbegehren wies es ab. Den Feststellungen des Erstgerichts ist – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – zu entnehmen, dass bei der Beklagten zum Zeitpunkt 1. 10. 2015 neben der (1.) (Fremd-)Geschäftsführerin der Beklagten R***** P***** als Mitarbeiter (2.) B***** G*****, (3.) C***** B*****, (4.) P***** G*****, (5.) T***** C*****, (6.) H***** R*****, (7.) R***** K*****, (8.) H***** L*****, (9.) K***** V*****, (10.) C***** H*****, (11.) T***** K*****, (12.) S***** R*****, (13.) K***** S*****, (14.) B***** H***** und (15.) A***** E***** beschäftigt waren. Hinzu kam (16.) die Klägerin. Nach wie vor in einer Mutterkarenz befanden sich am 1. 10. 2015 (17.) K***** D*****, (18.) S***** W***** und (19.) K***** N*****. (20.) J***** K***** befand sich in einem Dienstverhältnis zur vo***** GmbH, war aber ausschließlich – nämlich zu 38,5 Stunden – bei der Beklagten tätig und befand sich hier auch im Betriebsrat; er befand sich ab 6. oder 7. 10. 2015 in Altersteilzeit. Weiters stellte das Erstgericht bei drei weiteren Personen fest, dass auch sie am 1. 10. 2015 bei der Beklagten beschäftigt waren, dies aber (entgegen dem Vorbringen der Beklagten) „nicht als Karenzvertretung", und zwar (21.) D***** K*****, (22.) S***** V***** und (23.) L***** B*****.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass die Voraussetzungen des Anspruchs auf eine Teilzeitbeschäftigung nach § 15h MSchG erfüllt gewesen seien und daher der Vorwurf der Arbeitsverweigerung nicht verfange. Zu den weiteren relevierten Entlassungsgründen traf das Erstgericht Feststellungen, die es dahingehend beurteilte, dass durch das Verhalten der Klägerin kein Entlassungsgrund – sei es mangels Verschuldens, sei es mangels Beharrlichkeit, sei es mangels einer Dienstpflichtverletzung, sei es wegen Verfristung – vorliege. Das Erstgericht erkannte der Klägerin ausgehend von einem Beschäftigungsausmaß von 18 Stunden und unter Darlegung der Berechnung eine Kündigungsentschädigung in Höhe von 23.555,19 EUR sA zu.

Das Berufungsgericht gab der von der Klägerin gegen den klagsabweisenden Teil des Ersturteils erhobenen Berufung nicht, der von der Beklagten gegen den klagsstattgebenden Teil des Ersturteils erhobenen Berufung hingegen Folge und änderte das Ersturteil im gänzlich klagsabweisenden Sinne ab. Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse führte das Berufungsgericht aus, dass die Klägerin in Hinsicht auf ihre Weigerung, über 18 Stunden hinaus zu arbeiten, einen Entlassungsgrund gesetzt habe, weil sie bei richtiger rechtlicher Beurteilung keinen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung gehabt habe. Dabei schloss sich das Berufungsgericht der von einem Teil der Literatur vertretenen Ansicht an, dass karenzierte Arbeitnehmer bei § 15h Abs 1 Satz 1 Z 2 MSchG nicht mitzuzählen seien, sodass die Dienstnehmerinnen (17.) K***** D*****, (18.) S***** W***** und (19.) K***** N***** unberücksichtigt zu bleiben hätten und der Betrieb der Beklagten zum Stichtag 1. 10. 2015 keinesfalls über 20 regelmäßig beschäftigte Dienstnehmer verfügt habe. Unter Hinweis darauf, dass bereits die Rechtsrüge der Beklagten durchdringe, dass die

Beklagte bei richtiger Rechtsansicht keinen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung gehabt habe, folglich einen Entlassungsgrund zu verantworten und damit keinen Anspruch auf Kündigungsentschädigung habe, ließ das Berufungsgericht Teile der Verfahrens- und Tatsachenrüge der Beklagten unerledigt. Es ließ die ordentliche Revision mangels Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Berechnung der Mindestbetriebsgröße nach § 15h Abs 1 Satz 1 Z 2 iVm Abs 3 Satz 1 MSchG zu.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit einem auf Wiederherstellung des Ersturteils gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision der Klägerin mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grundezulässig. Sie ist auch berechtigt.

1 . Gab die zweite Instanz einer Berufung Folge, hielt sie jedoch eine Erledigung der ebenso geltend gemachten Berufungsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen Beweiswürdigung für entbehrlich, so muss der Revisionsgegner die für seinen Prozessstandpunkt nachteiligen Feststellungen im Kontext mit dem Unterbleiben der Erledigung seiner Mängel- und Beweisrüge im Berufungsverfahren in der Revisionsbeantwortung rügen; andernfalls sind der Revisionserledigung die bereits vom Erstgericht getroffenen, vom Revisionsgegner in zweiter Instanz bekämpften entscheidungswesentlichen Feststellungen, auf die sich nunmehr der Revisionswerber beruft, zugrunde zu legen (Zechner in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze2 § 503 ZPO Rz 40 mwH; idS ua 10 Ob 70/14p [in Punkt 1]; RIS-Justiz RS0119339; 9 ObA 120/15k [in Punkt 2.]).

Die Beklagte erhebt in der Revisionsbeantwortung keine Rüge gegen das berufungsgerichtliche Verfahren. Der Oberste Gerichtshof hat seiner Entscheidung damit die erstinstanzlichen Feststellungen, auf die sich die Klägerin in der Revision berufen hat, zugrundezulegen.

2.

Die gesetzmäßige Ausführung des Rechtsmittelgrundes der unrichtigen rechtlichen Beurteilung
– sei es in der Berufung, sei es in der Revision – erfordert die Darlegung, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache unrichtig erscheint (RIS-Justiz

RS0043480 [T20]). Es fehlt daher an einer gesetzmäßigen Ausführung, wenn sich der Rechtsmittelwerber mit den rechtlichen Argumenten des Gerichts gar nicht auseinandersetzt (vgl RIS-Justiz RS0043603 [T9]).

2.1. Hier hat das Erstgericht eingehend begründet, warum die von ihm festgestellten Sachverhalte in Bezug auf die Themenkomplexe „Auslösen eines Alarms“, „Nichtteilnahme am Jour fixe“ und „Einsicht in das Beteiligungshandbuch“ die Entlassung nicht zu rechtfertigen vermögen. Die Berufung der Beklagten enthielt in Bezug auf diese von ihr als Entlassungsgründe ins Treffen geführten Sachverhalte keine Auseinandersetzung mit den rechtlichen Argumenten des Erstgerichts, weshalb die in der Berufung enthaltene Rechtsrüge insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt war, zumal es sich um selbstständige Streitpunkte handelte (vgl RIS-Justiz RS0043480 [T22]; RS0043605; Zechner in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze2 § 503 Rz 56). Dies hat – ungeachtet dessen, dass sich das Berufungsgericht auch insofern mit diesen Streitpunkten befasst hat (RIS-Justiz RS0043480 [T10, T13]) – zur Folge, dass es dem Obersten Gerichtshof verwehrt ist, auf diese für die Berechtigung der Entlassung von der Beklagten ins Treffen geführten Sachverhalte einzugehen (vgl RIS-Justiz RS0043605 [T1]; RS0043603 [T11]; RS0043480 [T9, T16]).

2.2. Gleiches gilt für die Frage der Berechnung der vom Erstgericht zugesprochenen Kündigungsentschädigung. Auch diese wurde in der Berufung der Beklagten nicht gehörig angefochten.

3 . Thema des Revisionsverfahrens ist damit einzig der von der Beklagten bereits in ihrer Rechtsrüge im Berufungsverfahren gesetzmäßig weiterverfolgte Entlassungsgrund der Arbeitsverweigerung und damit die Frage, ob die Klägerin nach § 15h MSchG Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung hatte.

4. Nach § 15h Abs 1 Satz 1 MSchG in der auf den vorliegenden Fall gemäß § 40 Abs 26 MSchG noch anzuwendenden Fassung BGBl I 2004/64 hat die Dienstnehmerin einen Anspruch „auf Teilzeitbeschäftigung längstens bis zum Ablauf des siebenten Lebensjahres oder 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 (§ 34 Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG, (BGBl 1974/22) mit mehr als 20 Dienstnehmern und Dienstnehmerinnen beschäftigt ist."

Zwischen den Streitparteien ist allein strittig, ob der Betrieb der Beklagten iSd § 15h Abs 1 Satz 1 Z 2 MSchG die Grenzzahl von 20 überschreitet.

4.1. Für die Ermittlung der Dienstnehmeranzahl nach § 15h Abs 1 Satz 1 Z 2 MSchG ist nach Abs 3 Satz 1 leg cit „maßgeblich, wie viele Dienstnehmer und Dienstnehmerinnen regelmäßig im Betrieb beschäftigt werden". Durch die Mindestzahl von 21 Dienstnehmern wird verhindert, dass der Arbeitgeber in kleineren Betrieben (solchen mit nicht mehr als 20 Dienstnehmern) beim Personaleinsatz vor unlösbare Probleme gestellt wird, zumal hier beim Personaleinsatz typischerweise weniger flexibel agiert werden kann als in größeren Betrieben (vgl ErläutRV 399 BlgNR 22. GP 6; Kraft, Die neue Elternteilzeit [2004] 22). Erst ab einer bestimmten Anzahl von Dienstnehmern in einem Betrieb – die der Gesetzgeber mit 21 angenommen hat – verfügt ein Arbeitgeber typischerweise über hinreichende personelle Kapazitäten, um die wegen einer Teilzeitbeschäftigung von einer Dienstnehmerin nicht mehr zu leistende Arbeit auf andere zu verteilen oder sonst Abhilfe zu schaffen (vgl Ercher/Stech i n Ercher/Stech/Langer, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz [2005] § 15h MSchG Rz 26; Burger, Voraussetzungen der Elternteilzeit nach MuttSchG und VKG, ZAS 2007, 66 [70]); Schrank/Schrank, Teilzeiten im Arbeitsrecht [ASoK-Spezial November 2015] 91).

4.2. Das Gesetz differenziert nicht danach, um was für einen Dienstnehmer es sich handelt. Deshalb und zumal der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der durch die Teilzeitbeschäftigung entstehende Ausfall durch die anderen (regelmäßig beschäftigten) Dienstnehmer aufgefangen werden kann, kommt es allein auf deren Zahl, somit die „Zahl der verfügbaren Köpfe" an (Ercher/Stech aaO; Burger aaO). Irrelevant ist damit, ob es sich um befristet oder unbefristet aufgenommene Arbeitnehmer handelt (Ercher/Stech aaO), ebenso mangels Relevanz des Umfangs der Beschäftigung, ob ein Dienstnehmer nur geringfügig beschäftigt ist (Schrank/Mazal, Arbeitsrecht4 [2008] 147; Ercher/Stech aaO Rz 25). Zumal „Dienstnehmer" im Sinne des Arbeitsvertragsrechts zu verstehen ist und mangels einer diesbezüglichen Unterscheidung sind auch GmbH-Geschäftsführer mit Dienstvertrag und leitende Angestellte mitzuzählen (Kraft aaO 21 f; Wolf, Elternteilzeit [2016] 78). Das Gesetz unterscheidet auch nicht danach, mit wem ein Dienstnehmer einen Dienstvertrag hat, sodass – auch weil auch sie zum Auffangen der durch die Teilzeitbeschäftigung freiwerdenden Arbeit eingesetzt werden können – dem Betrieb überlassene Arbeitnehmer mitzuzählen sind (Ercher/Stech aaO Rz 26; Schrittwieser in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/ Thomasberger Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz2 [2013] 397 f; Schrank/Schrank aaO 91).

4.3. Auch die jeweilige Antragstellerin selbst ist bei der Ermittlung der Beschäftigungszahl zu berücksichtigen (Ercher/Stech aaO Rz 25; Schrittwieser aaO 399).

4.4. Als Zwischenergebnis ist für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass für die nach § 15h Abs 1 Satz 1 Z 2 MSchG erforderliche Dienstnehmeranzahl jedenfalls die Geschäftsführerin der Beklagten (1.), die Dienstnehmer Nr 2. bis 15. (welche das Berufungsgericht und die Parteien als „Stammmitarbeiter" bezeichnet haben) und die Klägerin selbst (16.) mitzuzählen sind, wie auch der dem Betrieb der Beklagten überlassene und sich ab 6. oder 7. 10. 2015 in Altersteilzeit befindliche Dienstnehmer (20.) J***** K*****.

5. In der Rechtsprechung bislang nicht behandelt und im Schrifttum strittig ist die Zählung von karenzierten Dienstnehmern und/oder des für solche aufgenommenen Ersatzpersonals. Einhelligkeit besteht nur insofern, als eine Doppelzählung sowohl eines karenzierten Dienstnehmers als auch des für ihn ersatzweise aufgenommenen Dienstnehmers jedenfalls unzulässig ist. Uneinigkeit besteht jedoch in der Frage, ob karenziertes Personal, für das keine Ersatzarbeitskraft aufgenommen wurde – wurde eine Ersatzarbeitskraft aufgenommen ist gleichgültig, ob man sie oder die karenzierte Person mitzählt –, mitzuzählen ist (vgl Kraft aaO 22; Ercher/Stech aaO Rz 26; Burger aaO 70 f; Schrank/Mazal aaO 147; Schrittwieser aaO 399; Schrank/Schrank aaO 91). Das Erstgericht schloss sich der – insbesondere von Schrank/Schrank vertretenen – Ansicht an, dass in Karenz befindliche Dienstnehmer mitzuzählen seien und nahm daher (17.) K***** D*****, (18.) S***** W***** und (19.) K***** N***** in die Zählung auf. Zumal nach seinen Feststellungen die Dienstnehmer (21.) D***** K*****, (22.) S***** V***** und (23.) L***** B***** (entgegen dem Vorbringen der Beklagten) gerade nicht als Karenzvertretung beschäftigt worden waren und damit

auch diese mitzuzählen sind, kam es zum Ergebnis, dass im Betrieb der Beklagten regelmäßig 23 Dienstnehmer beschäftigt gewesen sind. Das Berufungsgericht schloss sich hingegen der insbesondere von Ercher/Stech vertretenen Ansicht an, dass jedenfalls über einen längeren Zeitraum hin zB wegen Karenz abwesende Dienstnehmer bei der Ermittlung der Arbeitnehmeranzahl nicht einzubeziehen seien und berücksichtigte daher die karenzierten Dienstnehmerinnen (17.) K***** D*****, (18.) S***** W***** und (19.) K***** N***** nicht, sodass es zum Ergebnis kam, dass im Betrieb keinesfalls mehr als 20 Dienstnehmer regelmäßig beschäftigt gewesen sind.

Die Streitfrage kann hier offen bleiben, weil selbst unter Zugrundelegung der Rechtsansicht, dass karenzierte Dienstnehmer unberücksichtigt zu bleiben haben (und damit die Dienstnehmerinnen Nr 17 bis 19 nicht zu berücksichtigen sind), die Anzahl von 20 überschritten wird, weil – was die Klägerin in der Revision mit Grund beanstandet – diesfalls jedenfalls vorhandene Karenzvertretungen zu berücksichtigen sind und eine Karenzvertretung – zwischen den Parteien in erster Instanz unstrittig – vorhanden war. Diese Dienstnehmerin dürfte das Berufungsgericht mangels Feststellung durch das Erstgericht übersehen haben, sie ist aber vom Obersten Gerichtshof als unstrittige Sachverhaltsgrundlage im Revisionsverfahren mit in die rechtliche Beurteilung einzubeziehen:

5.1. Die Klägerin brachte in der Tagsatzung vom 3. 3. 2016 namentlich die bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter vor, wobei sie auch (24.) S***** R***** anführte (ON 5 ProtS 2), und ergänzte in der Tagsatzung vom 24. 4. 2016, dass diese als „echte Karenzvertretung" eingestellt worden sei (ON 8 AS 49 iVm ProtS 1). Dass S***** R***** eine Karenzvertretung (und Leasingmitarbeiterin der va***** GmbH) war, brachte sodann auch die Beklagte in der Tagsatzung vom 28. 6. 2016 vor (ON 16 ProtS 2). Im erstinstanzlichen Verfahren bestand damit zwischen den Parteien Übereinstimmung, dass S***** R***** als „echte Karenzvertretung" bei der Beklagten beschäftigt war.

5.2. Die Verwertung eines im Verfahren erster Instanz erfolgten Zugeständnisses kann auch noch in dritter Instanz erfolgen (RIS-Justiz

RS0040083). Dies gilt nicht nur, wenn das Erstgericht zur zugestandenen Tatsache keine Feststellung traf, sondern auch dann, wenn es eine Negativfeststellung traf, zumal dem Geständnis aufgrund der Dispositionsmaxime gegenüber einer solchen Vorrang zu geben, diese somit unbeachtlich ist (vgl RIS-Justiz RS0040118 [T2]; RS0039949 [T6]; RS0040119 [T6]). Anderes gilt, wenn eine Tatsache zugestanden, das Erstgericht aber eine ihr widersprechende positive Feststellung traf. Diesfalls muss die Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 266 Abs 1 ZPO (Beweisthemenverbot) in der Berufung gerügt werden, ansonsten bei der rechtlichen Beurteilung von der vom Geständnis abweichenden Tatsachenfeststellung auszugehen ist (vgl RIS-Justiz RS0040118; RS0039949).

Die Sätze in den Feststellungen „Zum Zeitpunkt 1. 10. 2015 waren bei der beklagten Partei selbst insgesamt 23 Dienstnehmer regelmäßig beschäftigt. Es waren dies [Aufzählung der Dienstnehmer Nr. 1 bis 23] ..." enthalten eine rechtliche Beurteilung, zumal es eine Rechtsfrage ist, ob jemand „regelmäßig beschäftigt" ist. Zudem ging das Erstgericht erklärtermaßen davon aus, dass bloße Ersatzkräfte für Arbeitnehmer in Karenz nicht mitzuzählen seien (Ersturteil S 21), weshalb es inkonsequent gewesen wäre, hätte es S***** R***** in die Aufzählung der „regelmäßig beschäftigten" Dienstnehmer aufgenommen. Die zitierten Ausführungen des Erstgerichts stellen damit keine von der zwischen den Parteien unstrittigen Tatsache, dass S***** R***** am 1. 10. 2015 bei der Beklagten als Karenzvertretung beschäftigt war, abweichende Feststellung dar. Damit ist von der genannten unstrittigen Tatsache auszugehen.

5.3. Gleichgültig, ob man nun zwar nicht die drei karenzierten Dienstnehmerinnen berücksichtigt, sehr wohl aber S***** R*****, oder ob man S***** R***** als Karenzvertretung nicht berücksichtigt, dafür aber die drei karenzierten Dienstnehmerinnen, erhält man immer eine Anzahl von mehr als 20 Dienstnehmern (nämlich 21 bzw 23). Weil somit jedenfalls ein Betrieb mit über 20 regelmäßig beschäftigten Dienstnehmern vorlag, hatte die Klägerin Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung nach § 15h Abs 1 MSchG.

6 . Auf Arbeitnehmerseite genügt für die Durchsetzung des Anspruchs auf Teilzeitbeschäftigung, die begehrte Maßnahme rechtzeitig und ausreichend präzisiert dem Arbeitgeber schriftlich bekanntzugeben und weder in eine Rücknahme noch eine inhaltliche Änderung des Begehrens einzuwilligen (Schrank/Schrank aaO 95). Diesfalls liegt es dann am Dienstgeber, aktiv iSd § 15k MSchG, erforderlichenfalls mittels Klagsführung gegen die Dienstnehmerin vorzugehen (eingehend Schrank/Schrank aaO 95 ff).

Die Klägerin gab im Juni 2015 der Beklagten mündlich und schriftlich ihr Ansinnen auf Inanspruchnahme der Teilzeitbeschäftigung bekannt (nämlich beginnend mit 1. 10. 2015 bis zum 7. Geburtstag des Kindes im Ausmaß von

18 Wochenstunden, und zwar von Montag bis Donnerstag von 8 Uhr bis 12:30 Uhr), wodurch sie den Erfordernissen einer rechtzeitigen und präzisen Bekanntgabe nach § 15j Abs 4 MSchG entsprach. Es wäre daher an der Beklagten gewesen, aktiv Schritte im Sinne des § 15k MSchG zu setzen, was sie aber unterließ. Die Klägerin befand sich damit im Recht, wenn sie ab 1. 10. 2015 lediglich in dem ihr der Beklagten rechtzeitig und präzis bekanntgegebenen Ausmaß arbeitete. Der Entlassungsgrund der Arbeitsverweigerung wurde nicht verwirklicht.

Es erweist sich damit das Ersturteil als im Ergebnis richtig, sodass der Revision der Klägerin Folge zu geben und das Ersturteil wiederherzustellen war.

7. Zumal beiden Berufungen damit kein Erfolg beschieden war, hat jede Partei der Gegnerin die Kosten von deren Berufungsbeantwortung zu ersetzen (§§ 41, 50 ZPO). Die Beklagte ist weiters zum Ersatz der Kosten der erfolgreichen Revision der Klägerin zu verfällen (§§ 41, 50 ZPO).

Textnummer

E121783

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2018:009OBA00039.18B.0517.000

Im RIS seit

22.06.2018

Zuletzt aktualisiert am

07.03.2019

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