



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Brenn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Josef Schleinzer und ADir. Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S* M*, vertreten durch Dr. Guido Bach, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei E* GmbH, *, vertreten durch Dr. Helmut Engelbrecht, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23. August 2016, GZ 7 Ra 75/15y-24, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 26. Februar 2015, GZ 7 Cga 108/14y-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.489,86 EUR (darin enthalten 248,31 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin hat am 24. 1. 2013 Zwillinge geboren. Aus diesem Grund nahm sie ein Jahr, also bis einschließlich 23. 1. 2014, Karenz in Anspruch. Mit Schreiben vom 8. 1. 2014 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie (bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres der Kinder am 23. 1. 2020) Elternteilzeit in Anspruch nehmen wolle. Dies

wurde von der Beklagten abgelehnt. Am 20. 1. 2014 fand in den Kanzleiräumlichkeiten des Beklagtenvertreters ein Gespräch (nach dem Inhalt des § 15k Abs 1 MSchG) statt. Eine Einigung über die Elternteilzeit wurde bei dieser Besprechung nicht erzielt. Der Beklagtenvertreter wies die Klägerin darauf hin, dass sie innerhalb einer Woche bekanntgeben könne, dass sie anstelle der Teilzeitbeschäftigung bis zur Entscheidung des Arbeits- und Sozialgerichts, längstens bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres der Kinder, Karenz in Anspruch nehme. Die Beklagte beabsichtigte, ein entsprechendes arbeits- und sozialgerichtliches Verfahren (§ 15k Abs 2 und 3 MSchG) einzuleiten. Am 23. 1. 2014 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie von einer Karenzverlängerung bis zum Ablauf des 23. 1. 2015 Gebrauch machen möchte. Der Beklagtenvertreter erwiderte, dass die Karenz mit der Entscheidung der von der Beklagten zu führenden arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung begrenzt sei. Mit E-Mail vom 26. 1. 2014 teilte die Klägerin mit, dass sie anstelle einer Teilzeitbeschäftigung die Karenz bis zum zweiten Geburtstag der Kinder in Anspruch nehme (§ 15m Abs 1 Z 1 MSchG). Mit Schreiben vom 28. 1. 2014 nahm der Beklagtenvertreter dieses Begehren zur Kenntnis. Ab diesem Zeitpunkt ging er davon aus, dass der Klägerin kein Anspruch auf Elternteilzeit mehr zustehe. Mit Schreiben vom 30. 8. 2014 machte die Klägerin den Anspruch auf Elternteilzeit (vom 24. 1. 2015 bis 23. 1. 2020) geltend. Dies wurde von der Beklagten abgelehnt.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, dass sie berechtigt sei, mit Wirkung ab 24. 2. 2015 Elternteilzeit zu bestimmten, konkret formulierten Bedingungen bei der Beklagten anzutreten. Eine Einigung

über Beginn, Dauer, Ausmaß oder Lage der Teilzeitbeschäftigung sei nicht zustande gekommen. Vielmehr habe die Beklagte den von ihr geltend gemachten Anspruch auf Elternteilzeit dem Grunde nach abgelehnt. Die Beklagte habe es unterlassen, rechtzeitig beim Arbeits- und Sozialgericht einen Antrag gemäß § 433 Abs 1 ZPO (§ 15k Abs 2 MSchG) zu stellen. Aus diesem Grund sei die Klägerin berechtigt, die Teilzeitbeschäftigung zu den von ihr mit Schreiben vom 30. 8. 2014 bekanntgegebenen Bedingungen anzutreten. Die Ansicht der Beklagten, dass im Fall einer Karenzverlängerung nach § 15m Abs 1 Z 1 MSchG auf eine Teilzeitbeschäftigung dauerhaft verzichtet werde, sei unrichtig. Außerdem sei offenkundig, dass beide Parteien den Fall des § 15m Abs 1 Z 2 MSchG vor Augen gehabt hätten.

Die Beklagte entgegnete, dass sich die Klägerin in ihrer E-Mail vom 26. 1. 2014 ausdrücklich auf § 15m Abs 1 Z 1 MSchG bezogen habe. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, dass eine Ersatzkarenz als Alternative zur Teilzeitbeschäftigung ermöglicht werde. Daher habe die Klägerin keinen weiteren Anspruch, nach Ende der Ersatzkarenz eine Elternteilzeit zu fordern. Aus diesem Grund habe sich für die Beklagte auch die Notwendigkeit erübrigt, einen Antrag zur gütlichen Einigung gemäß § 433 Abs 1 ZPO zu stellen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Bezugnahme der Klägerin in der E-Mail vom 26. 1. 2014 auf § 15m Abs 1 Z 1 MSchG sei nicht irrtümlich erfolgt. Aus diesem Grund sei die Frage zu klären, wie § 15m Abs 1 Z 1 MSchG zu verstehen sei. Wortlaut und systematische Auslegung würden durchaus für den Standpunkt der Beklagten sprechen, wonach die Karenzverlängerung endgültig an die Stelle der Elternteilzeit trete. Das Mutterschutzgesetz

verfolge aber das Ziel eines starken und gut abgesicherten Anspruchs auf Elternteilzeit. Ein endgültiger und dauerhafter Verzicht auf den Anspruch auf Elternteilzeit bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres des Kindes widerspreche daher dem Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Konzeption. Außerdem sei zwischen einer begehrten Teilzeitbeschäftigung einerseits und einer tatsächlich in Anspruch genommenen Teilzeitbeschäftigung andererseits zu unterscheiden. § 15m Abs 1 Z 1 MSchG sei daher dahin zu verstehen, dass die Dienstnehmerin ihr Begehren auf Teilzeitbeschäftigung zurückziehen und nach Inanspruchnahme der Ersatzkarenz einen neuerlichen Versuch unternehmen könne, eine Regelung über die Inanspruchnahme der Elternteilzeit zu finden. Der Anspruch der Klägerin auf Elternteilzeit nach Ablauf des zweiten Lebensjahres des Kindes sei daher nicht untergegangen.

Nachdem das Berufungsgericht zunächst zu Unrecht von einem Rechtsmittelausschluss ausgegangen war (siehe dazu 8 ObA 8/16h), gab es mit der hier angefochtenen Entscheidung der Berufung der Beklagten nicht Folge und bestätigte das Urteil des Erstgerichts. Nach § 15m Abs 1 Z 1 MSchG trete die Karenz an die Stelle der Teilzeitbeschäftigung. Dies bedeute, dass die Karenz die Teilzeitbeschäftigung ablöse. Daraus lasse sich nicht ableiten, dass auf eine spätere Elternteilzeit verzichtet werde. Bei der Inanspruchnahme von Ersatzkarenz nach dieser Bestimmung werde gerade keine Teilzeitbeschäftigung in Anspruch genommen. Im Fall einer Nichteinigung auf die von der Dienstnehmerin verlangte Teilzeitbeschäftigung räume ihr § 15m MSchG das Recht ein, zunächst – längstens bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres des Kindes – Ersatzkarenz in Anspruch zu nehmen und auf diese Weise eine durchgehende

Kinderbetreuung zu gewährleisten. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil eine Rechtsprechung zur Auslegung des § 15m Abs 1 MSchG fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten, die auf eine Abweisung des Feststellungsbegehrens abzielt.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragt die Klägerin, dem Rechtsmittel der Beklagten den Erfolg zu versagen.

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig. Sie ist aber nicht berechtigt.

1. Vorweg ist festzuhalten, dass beide Parteien in ihrem Vorbringen wiederholt auf § 15k MSchG Bezug nehmen. Es ist demnach unstrittig, dass die Klägerin gemäß § 15h MSchG einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung hat (vgl im Gegensatz dazu § 15i MSchG).

Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, dass sie nach dem Wechsel in die Ersatzkarenz nach § 15m MSchG und dem neuerlichen Verlangen auf Teilzeitbeschäftigung mit Schreiben vom 30. 8. 2014 berechtigt sei, die Teilzeitbeschäftigung zu den von ihr bekannt gegebenen Bedingungen anzutreten. Da die Beklagte dies bestreite, habe sie ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Bei der zugrunde liegenden Klage handelt es sich somit um eine (gewöhnliche) Feststellungsklage nach § 228 ZPO (vgl im Gegensatz dazu die Sonderklagen nach § 15k bzw § 15l MSchG). Das Bestehen des rechtlichen Interesses der Klägerin ist nicht strittig.

2. Die Beklagte steht weiterhin auf dem Standpunkt, dass die Bekanntgabe der Dienstnehmerin nach § 15m Abs 1 Z 1 MSchG, anstelle der Teilzeitbeschäftigung (längstens bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres des

Kindes) Ersatzkarenz in Anspruch zu nehmen, die Inanspruchnahme von Elternteilzeit präkludiere, sodass die Klägerin keinen Anspruch auf Elternteilzeit mehr habe.

Damit ist die Beklagte nicht im Recht.

3.1 Der Oberste Gerichtshof hält die rechtlichen Erwägungen der beiden Vorinstanzen für überzeugend, weshalb zunächst auf diese verwiesen wird. Ergänzend dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

3.2 Nach § 15 Abs 1 MSchG besteht (grundsätzlich) ein Anspruch auf Karenz bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres des Kindes.

Nach dem hier maßgebenden § 15h Abs 1 MSchG besteht (grundsätzlich) ein Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung bis zum Ablauf des siebten Lebensjahres des Kindes oder einem späteren Schuleintritt. „Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung“ bedeutet, dass ein solcher Anspruch dem Grunde nach besteht, über Dauer und Lage aber eine Vereinbarung mit dem Dienstgeber getroffen werden muss (*Schrittwieser in Burger-Ehrnhöfer/Schrittwieser/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz*² 387). Für diesen Fall ist eine maximale Dauer der Teilzeitbeschäftigung bis zum siebten Geburtstag des Kindes vorgesehen.

Nach der Konzeption des Mutterschutzgesetzes handelt es sich bei der Karenz einerseits und bei der Teilzeitbeschäftigung (Elternteilzeit) andererseits um unterschiedliche Möglichkeiten (für die Mutter), sich neben dem Dienstverhältnis der Kinderbetreuung zu widmen. Zwischen Karenz und Teilzeitbeschäftigung ist demnach streng zu unterscheiden. Dies entspricht der mit der Novelle BGBl I 2004/64 erfolgten „Entkoppelung von Karenz und Elternteilzeit“ (RV 399 BlgNR 22. GP 6).

Ähnlich wie bei der Karenz kann der Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung dem Grunde nach einseitig (durch einseitiges Gestaltungsrecht) durch die Dienstnehmerin bestimmt werden. § 15h Abs 1 MSchG hat eine einseitige zwingende Wirkung, die es dem Ermessen der Dienstnehmerin überlässt, ob sie von ihrem Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung Gebrauch macht oder nicht. Der Anspruch wird durch die Bekanntgabe der Teilzeitbeschäftigung innerhalb der vorgesehenen Fristen (§ 15j MSchG) geltend gemacht. Durch diese Erklärung übt die Dienstnehmerin ihr Gestaltungsrecht aus. Bei einem Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung ist eine Klage des Dienstgebers auf eine Vollzeitbeschäftigung nicht zulässig (*Schrittwieser* aaO 392 f).

Neben der „Entkoppelung“ wurde durch die erwähnte Novelle BGBl I 2004/64 die Inanspruchnahme der Elternteilzeit flexibler gestaltet. Demnach kann diese nach Einhaltung der Meldefrist während des zulässigen Zeitraums (nach dem Ende der Schutzfrist) zu einem beliebigen Zeitpunkt angetreten werden. Die Dauer der Teilzeitbeschäftigung kann innerhalb des Maximalzeitraums frei gestaltet werden. Ob und wie lange eine Karenz konsumiert wurde, hat auf die Dauer der Teilzeitbeschäftigung keinen Einfluss (*Schrittwieser* aaO 387 und 405).

3.3 Aus den dargestellten gesetzlichen Regelungen ergeben sich folgende Grundsätze:

Die Dienstnehmerin kann wahlweise Karenz und/oder Elternteilzeit in Anspruch nehmen. Dabei ist sie nur an die gesetzlichen Meldefristen (§ 15 bzw § 15j MSchG) und an die gesetzliche Maximaldauer in Abhängigkeit vom Lebensalter des Kindes gebunden. Die (angetretene) Teilzeitbeschäftigung kann von der Dienstnehmerin ein Mal

verändert (verlängert oder hinsichtlich der Lage verändert) werden.

3.4 Beim Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung nach § 15h MSchG ist das Verfahren zur Durchsetzung in § 15k MSchG geregelt. Kommt binnen vier Wochen ab Bekanntgabe (Meldung) keine (innerbetriebliche) Einigung über Dauer und Lage der Teilzeitbeschäftigung zu Stande, so muss der Dienstgeber binnen weiterer zwei Wochen beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht einen Antrag nach § 433 Abs 1 ZPO (zur gütlichen Einigung durch prätorischen Vergleich) stellen. Es muss also das (gerichtliche) Vorverfahren eingehalten werden. Kommt binnen vier Wochen ab Einlangen des Antrags keine gütliche Einigung zu Stande, so hat der Dienstgeber binnen einer weiteren Woche die Dienstnehmerin auf Einwilligung in die von ihm alternativ vorgeschlagenen Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung (Gegenvorschlag zu jenem der Dienstnehmerin) zu klagen.

Bei einem Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung obliegt es somit in jedem Fall dem Dienstgeber, bei Nichteinigung das Gericht anzurufen, widrigenfalls das Verlangen der Dienstnehmerin als akzeptiert gilt (*Schrittwieser* aaO 440 und 445).

4.1 Die hier maßgebende Bestimmung des § 15m MSchG steht nun an der Schnittstelle zwischen Teilzeitbeschäftigung und Karenz und nimmt auf beide Institute Bezug. Diese Bestimmung betrifft den Fall, dass die Dienstnehmerin ein Verlangen auf Teilzeitbeschäftigung (Elternteilzeit) gestellt hat, eine erforderliche innerbetriebliche Einigung mit dem Dienstgeber aber nicht zu Stande gekommen ist. Im hier maßgebenden Fall des § 15h MSchG (Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung) müsste der Dienstgeber nunmehr das gerichtliche Verfahren einleiten,

will er den Antritt der Teilzeitbeschäftigung zu den Bedingungen, wie sie von der Dienstnehmerin bekannt gegeben wurden, verhindern. Dies setzt voraus, dass die Dienstnehmerin auf ihre Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung beharrt.

4.2 Auf den Fall, dass nach dem Scheitern der innerbetrieblichen Einigung ein gerichtliches Verfahren geführt wird, nimmt § 15m Abs 1 Z 2 MSchG Bezug. Diese Bestimmung betrifft die Phase bis zur gerichtlichen Entscheidung. Nach dieser Bestimmung hat die Dienstnehmerin die Möglichkeit, bis zur (rechtskräftigen) gerichtlichen Entscheidung über die Teilzeitbeschäftigung (Ersatz-)Karenz in Anspruch zu nehmen, soweit die Maximaldauer für die Karenz noch nicht abgelaufen ist.

Im hier maßgebenden Fall des § 15k MSchG (iVm § 15h MSchG) kann es im gerichtlichen Streit nur um die Bedingungen (Dauer und Lage) der Teilzeitbeschäftigung gehen. Daraus folgt, dass der Dienstnehmerin auch während des Verfahrens nicht zugemutet werden soll, eine andere als die von ihr beabsichtigte Teilzeitbeschäftigung anzutreten. Nach dem Regelungszweck steht somit der Wunsch der Dienstnehmerin auch in Bezug auf die Gestaltung der Teilzeitbeschäftigung im Vordergrund. Sie hat die Möglichkeit, während des Verfahrens nicht zu arbeiten. Die selben Wertungen liegen im Übrigen § 15m Abs 2 MSchG für die Zeit nach der gerichtlichen Entscheidung zugrunde.

4.3 Nach § 15m Abs 1 Z 1 MSchG findet demgegenüber kein gerichtliches Verfahren statt. Nach dem klar erkennbaren Regelungszweck soll die Dienstnehmerin die Möglichkeit haben, nach dem Scheitern der innerbetrieblichen Einigung sofort, also ohne gerichtliches Verfahren über die Teilzeitbeschäftigung, in Ersatzkarenz zu gehen. Auch für

diese Variante ist wieder vorausgesetzt, dass die Maximaldauer für die Karenz noch nicht abgelaufen ist.

Durch die Möglichkeit nach Z 1 leg cit soll die Dienstnehmerin somit in die Lage versetzt werden, eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. Ihr wird die Bürde abgenommen, auf der beantragten Teilzeitbeschäftigung zu beharren. Dies geschieht durch die Bekanntgabe, dass sie „an Stelle“ der verlangten Teilzeitbeschäftigung (Ersatz-)Karenz in Anspruch nimmt. Die Wendung „an Stelle“ bringt nur die zeitliche Komponente in Bezug auf den Erklärungszeitpunkt zum Ausdruck. Die Dienstnehmerin erklärt damit, aufgrund der Nichteinigung nunmehr in Ersatzkarenz zu gehen. Sie wechselt also derzeit (an Stelle eines Gerichtsstreits) in die Karenz. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist dies gleichbedeutend mit der Erklärung, den Antrag auf Teilzeitbeschäftigung angesichts des erforderlichen Rechtsstreits zurückzunehmen. Eine darüber hinausgehende Wirkung ist nach dem Gesetz damit nicht verbunden. Dies bedeutet, dass der Dienstnehmerin alle Ansprüche und Rechte, die ihr nach anderen Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes zur Verfügung stehen, auch weiterhin gewahrt bleiben.

4.4 Mit dieser Lösung steht der Grundsatz im Einklang, dass für die Dienstnehmerin so lange die Möglichkeit besteht, eine Karenz zu beantragen, so lange das Kind das zweite Lebensjahr nicht vollendet hat (*Schrittwieser* aaO 455). Bei einem Wechsel in die Ersatzkarenz nach § 15m Abs 1 Z 1 MSchG handelt es sich gerade nicht um eine Verlängerung der Karenz nach § 15 MSchG. Ebenso entspricht die dargestellte Lösung dem Grundsatz, dass es auf die Dauer der Teilzeitbeschäftigung keinen Einfluss hat, ob oder wie lange eine Karenz konsumiert wurde.

4.5 Soweit die Beklagte in der Revision auf das System des Mutterschutzgesetzes sowie die Dreimonatsfristen in § 15 Abs 3 MSchG (Bekanntgabe der Verlängerung der Karenz) und § 15j MSchG (Bekanntgabe von Antritt und Änderung der Teilzeitbeschäftigung) hinweist, betrachtet sie nur die Regelungen zur Karenz einerseits und zur Teilzeitbeschäftigung andererseits, lässt aber die Sonderbestimmungen in § 15m MSchG über den Wechsel in die (Ersatz-)Karenz bei Nichteinigung über das Verlangen auf Teilzeitbeschäftigung außer Acht. Auf die Meldefristen der §§ 15 und 15j MSchG kann die Beklagte gerade nicht referieren, weil § 15m Abs 1 MSchG eine eigene Frist für die Bekanntgabe des Wechsels in die Ersatzkarenz vorsieht.

Mit § 15m Abs 1 Z 1 leg cit stellte der Gesetzgeber klar, dass ein Wechsel in die Ersatzkarenz auch ohne gerichtliches Verfahren (hier nach § 15k MSchG) möglich ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten hätte die Z 1 vor diesem Hintergrund nicht entfallen können. Nicht richtig ist auch, dass die Dienstnehmerin bei Nichteinigung über die Teilzeitbeschäftigung (hier über die Bedingungen) ein Wahlrecht zwischen der Z 1 und der Z 2 hätte. Das Wahlrecht besteht vielmehr darin, entweder gleich in die Ersatzkarenz zu wechseln (Z 1) oder auf dem Verlangen auf Teilzeitbeschäftigung (hier auf den Bedingungen) zu beharren und den Prozess abzuwarten. Nicht stichhaltig ist schließlich auch der Hinweis der Beklagten darauf, dass das Recht auf Teilzeitbeschäftigung nur ein Mal in Anspruch genommen werden kann. Eine Teilzeitbeschäftigung „in Anspruch nehmen“ bedeutet, diese anzutreten. Erfolgt nach der Z 1 leg cit ein Wechsel in die Ersatzkarenz, so wurde zwar ursprünglich eine Teilzeitbeschäftigung beantragt, diese aber nicht in Anspruch genommen.

5. Insgesamt ergibt sich somit, dass die Klägerin berechtigt ist, auch nach Bekanntgabe der Inanspruchnahme der Ersatzkarenz im Sinn des § 15m Abs 1 Z 1 MSchG ein Verlangen auf Elternteilzeit zu stellen, sofern die anderen Voraussetzungen gegeben sind, sie also noch keine Elternteilzeit in Anspruch genommen (angetreten) hat und die Maximaldauer der Teilzeitbeschäftigung noch nicht abgelaufen ist.

Davon ausgehend ist das Feststellungsbegehren der Klägerin berechtigt und die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht zu beanstanden. Der Revision war daher der Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO iVm § 2 ASGG.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 16. Dezember 2016
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: