

„Shitstorm“?

Bring- oder Holschuld  
Das Zahlungsverzugsgesetz

Anscheinsvollmacht zu  
Schiedsvereinbarungen

Zession von Kreditforderungen und  
Bankgeheimnis

GmbH-Reform  
in der Pipeline

Österreichischer Grundrechtsschutz  
nach der Grundrechte-Charta

EU-Importverschmelzung  
Ausländische Verlustvorträge

# Ausgewählte Fragen der Elternteilzeit

*Der Beitrag setzt sich mit der Möglichkeit einer Arbeitgeberkündigung zwischen dem besonderen Bestandschutz aufgrund der Karenz und dem besonderen Bestandschutz der Elternteilzeit sowie der Wirksamkeit einer formell unrichtigen bzw inhaltlich mangelhaften Bekanntgabe des Teilzeitbeschäftigungsbegehrens auseinander.*

---

MICHAEL LEITNER

## A. Einleitung

In der heutigen Zeit werden berufliche Aufstiegsmöglichkeiten zugunsten einer als erstrebenswert empfundenen „Work-Life-Balance“ immer seltener wahrgenommen. Weitaus häufiger beanspruchen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (AN) daher nach ihrer gesetzlichen Karenz, entweder sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt, die Elternteilzeit nach den Bestimmungen des MuttSchG<sup>1)</sup> bzw des VKG.<sup>2)</sup> Arbeitgeber (AG) empfinden die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Elternteilzeit durch ihre AN regelmäßig als Belastung, weil deren Arbeitsverhältnisse während der Elternteilzeit nach § 15 n MuttSchG bzw § 8 f VKG besonders bestandgeschützt sind. Dieser besondere Bestandschutz besteht aber nur während bestimmten Zeiträumen sowie unter bestimmten Voraussetzungen und kann daher auch wegfallen. Die im

Artikel erörterten praxisbezogenen Probleme beziehen sich auf das MuttSchG. Auf die inhaltsgleichen Bestimmungen des VKG wird daher nur verwiesen.

## B. Auflösung des Arbeitsverhältnisses während einer „Schutzlücke“

Anlässlich der Geburt eines Kindes hat die AN nach Ablauf des absoluten Beschäftigungsverbots bis zum

---

Dr. *Michael Leitner* ist Fachbuchautor und als Rechtsanwaltsanwarter in der auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei „GERLACH Rechtsanwälte“ tätig.

- 1) Mutterschutzgesetz 1979 – MuttSchG BGBl 1979/221 idF BGBl I 2012/120; zu den Anspruchsvoraussetzungen s §§ 15 h bzw i MuttSchG.
- 2) Väter-Karenzgesetz – VKG BGBl 1989/651 idF BGBl I 2012/120; zu den Anspruchsvoraussetzungen s §§ 8 ff VKG.

zweiten Geburtstag des Kindes einen Anspruch auf Karenz. Nach diesem Zeitraum der gesetzlichen Karenz kann die AN entweder ihren Dienst zu den vor der Karenz geltenden Bedingungen wieder antreten oder eine daran anschließende Karenz vereinbaren. Sie kann aber auch sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt Elternteilzeit in Anspruch nehmen.

Während der Karenz nach § 15 MuttSchG unterliegt das Arbeitsverhältnis der AN dem besonderen Bestandschutz, der sich bis zum Ablauf von vier Wochen nach Beendigung der Karenz erstreckt (§ 15 Abs 4 MuttSchG).

In der Praxis wird nach dieser gesetzlichen Karenz häufig eine daran anschließende Karenz vereinbart. Diese vereinbarte Karenz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechts und führt in erster Linie zum Entfall der gegenseitigen Hauptleistungspflichten.<sup>3)</sup>

Aufgrund einer in Anspruch genommenen Elternteilzeit unterliegt das Arbeitsverhältnis ebenfalls einem besonderen Bestandschutz. Dieser besteht ab Bekanntgabe, frühestens jedoch vier Monate vor dem beabsichtigten Antritt der Teilzeitbeschäftigung (§ 15 n MuttSchG).

Wenn nun der besondere Bestandschutz aufgrund der Karenz nach § 15 Abs 4 MuttSchG bereits beendet und der besondere Bestandschutz des § 15 h iVm § 15 n MuttSchG noch nicht begonnen hat, kann es vorkommen, dass sich die Arbeitnehmerin in einer „Schutzlücke“ befindet.

Der OGH hat sich in einer jüngeren – und soweit ersichtlich auch vereinzelt gebliebenen – E damit auseinandergesetzt, ob das Arbeitsverhältnis während einer solchen „Schutzlücke“ ohne Weiteres gelöst werden kann, ob also der besondere Bestandschutz während dieses Zeitraums wegfällt.<sup>4)</sup>

Die AN bringt dazu in dem der E zugrundeliegenden Fall vor, dass sich mit der Verlängerung der Karenz über das gesetzliche Ausmaß hinaus auch der in § 15 Abs 4 MuttSchG normierte besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz verlängere. Die dennoch – angeblich wegen der Schwangerschaft der AN – ausgesprochene Kündigung sei daher rechtsunwirksam und stelle weiters eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts iZm der Beendigung des Arbeitsverhältnisses iSd § 3 Z 7 GIBG<sup>5)</sup> dar.

Zur „Schutzlücke“ hält der OGH fest, dass sich *„aus (...) [dem] Willen des Gesetzgebers (...) unzweifelhaft [ergibt], dass die Regelung der unterschiedlichen Zeiträume des gesetzlichen Kündigungsschutzes nach dem MSchG (...) eine bewusste und gewollte Entscheidung des Gesetzgebers war, die keinen Raum für eine Analogie iSd § 7 ABGB lässt“*. Dies bedeutet einerseits, dass sich der OGH sehr wohl des Regelungsdefizits im MuttSchG bewusst ist, andererseits, dass diese Lücke rechtmäßig ist und nicht durch Analogie zu schließen ist.

Der OGH hat daher klargestellt, dass der gesetzliche Kündigungsschutz gem § 15 Abs 4 iVm § 10 MuttSchG, der vier Wochen nach dem zweiten Geburtstag des Kindes endet, nicht vertraglich verlängert werden kann. Lediglich ein *Kündungsverzicht* könnte vertraglich vereinbart werden. Ist dies nicht

der Fall, besteht kein besonderer Bestandschutz über die nach dem MuttSchG zustehende Karenz hinaus.

Zur von der Klägerin behaupteten unmittelbaren Diskriminierung führte der OGH aus, dass der Versuch, die Unrechtmäßigkeit einer während der Schutzlücke ausgesprochenen Kündigung auf § 3 Z 7 GIBG zu stützen, dann scheitert, wenn ein mittlerweile *„gut eingespieltes Team (...) nicht zerrissen werden sollte“*. Auch wenn diese Ansicht in der Lehre kritisiert wurde,<sup>6)</sup> darf nicht übersehen werden, dass gerade keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Die Kündigung wäre aufgrund des gut eingespielten Teams nämlich auch erfolgt, wenn ein Mann Karenz bzw Elternteilzeit in Anspruch genommen hätte. Die Ansicht mancher Autoren, wonach das GIBG durch für den AG positive Veränderungen umgangen werden könnte, trifft meiner Meinung nach daher nicht zu.

Weiters hat während dieser „Schutzlücke“ mE nur der Ausspruch der Kündigung zu erfolgen. Die Kündigungsfrist kann dagegen auch während eines bestehenden besonderen Bestandschutzes enden. Dies ergibt sich meiner Meinung nach aus dem allgemeinen Grundsatz, wonach bereits die Gültigkeit einer vor Beginn der Schwangerschaft ausgesprochenen Kündigung nicht berührt wird, wenn die Arbeitnehmerin während der Kündigungsfrist schwanger wird.<sup>7)</sup> Endet die Kündigungsfrist daher erst im Zeitraum des Bestandschutzes gem § 15 n MuttSchG, bleibt die Kündigung dennoch wirksam.

Eine Kündigung während der gesetzlich bedachten und gewollten „Schutzlücke“, also zwischen dem besonderen Bestandschutz des § 15 Abs 4 MuttSchG und des § 15 n MuttSchG, ist daher ohne Beachtung eines besonderen Bestandschutzes möglich.

Unabhängig vom Bestehen eines besonderen Bestandschutzes ist eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der „Schutzlücke“ jederzeit möglich. Das in § 10 Abs 7 MuttSchG normierte Schriftlichkeitsgebot ist dabei jedoch mE nicht maßgeblich, weil gerade kein besonderer Bestandschutz besteht.

## C. Formell unrichtiges bzw inhaltlich mangelhaftes Teilzeitbeschäftigungsbegehren

Um Elternteilzeit in Anspruch nehmen zu können, sieht das MuttSchG in § 15 j insb gewisse Formerfordernisse vor. So hat die AN dem AG gem § 15 j Abs 4 MuttSchG eine *schriftliche* Meldung zu erstatten. In dieser Meldung sind dem Arbeitgeber die gewünsch-

3) Vgl Ercher/Steck in Ercher/Steck/Langer, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz – Kommentar § 15 MSchG Rz 61.

4) OGH 23. 2. 2009, 8 ObA 2/09 s ecolex 2009, 430.

5) BG über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG) BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2011/7.

6) *Schrittwieser*, Vereinbarung einer Karenz nach Vollendung des zweiten Lebensjahres – Kündigungsschutz oder Kündungsverzicht? DRdA 2010, 349.

7) *Weiß* in Mazall/Risak, Das Arbeitsrecht – Kommentar XIX Rz 27; *Thomasberger* in *Burger-Ernhofer/Schrittwieser/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz – Kommentar 192 mwN.

ten Bedingungen der Elternteilzeit, einschließlich des Beginns, der Dauer, des Ausmaßes und der Lage der Teilzeitbeschäftigung bekanntzugeben. Fraglich ist, ob die Schriftlichkeit zwingend erforderlich ist oder ob auch gegebenenfalls eine Bekanntgabe per E-Mail ausreicht.

Manche Autoren leiten nämlich aus der den AG treffenden Fürsorgepflicht ab, dass auch eine Bekanntgabe per E-Mail das Schriftlichkeitserfordernis erfülle. Dies widerspricht mE aber den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, wonach Schriftlichkeit nur vorliegt, wenn eine Unterschrift oder zumindest eine elektronische Signatur vorhanden ist.<sup>8)</sup> ME ist daher nur in einem solchen Fall die Bekanntgabe per E-Mail – sieht man von der Einlassung des AG ab – rechtmäßig.

In einer jüngeren E hat der OGH ferner klargestellt, dass trotz des Schriftlichkeitsgebots auch ein *mündlich* gestelltes Teilzeitbeschäftigungsbegehren ausreicht, wenn sich der AG auf Verhandlungen über dieses Begehren einlässt und es letztlich zu einer Vereinbarung über die Elternteilzeit kommt. Am objektiven Erklärungswillen der Vereinbarung einer Elternteilzeit (die AN hatte in dem der E zugrundeliegenden Sachverhalt ihr Begehren – zwar fristwidrig aber doch – schriftlich wiederholt), kann in diesem Fall kein ernster Zweifel bestehen.<sup>9)</sup> Diese E wurde durch den OGH bereits zweimal bestätigt.<sup>10)</sup>

Aus dieser Entscheidung ist mE ableitbar, dass der Mangel der Schriftlichkeit unter bestimmten Umständen *geheilt* werden kann. Selbst nach der Lehre wird die Gesprächsbereitschaft des AG als schlüssiger Verzicht auf die Einhaltung des Schriftlichkeitsgebots durch die AN gedeutet; der AG kann sich in weiterer Folge nicht mehr auf den Mangel der Schriftlichkeit berufen.<sup>11)</sup>

Im Umkehrschluss zur Rsp und Lehre bedeutet dies mE jedoch auch, dass keine formgültige Bekanntgabe iSd § 15 j Abs 4 MuttSchG vorliegt und dieser Mangel auch nicht heilt, solange der AG nicht auf einen bloß mündlich geäußerten Wunsch der AN eingeht.

Teile der Lehre vertreten jedoch die Auffassung, dass den AG bei nicht gesetzmäßig schriftlicher Bekanntgabe des Teilzeitbeschäftigungsbegehrens die im Arbeitsrecht allgemein gültige Fürsorgepflicht treffe. Die AN sei demnach über das Schriftformerfordernis der Bekanntgabe zu belehren. Verletzt der AG seine Fürsorgepflicht, soll er sich ebenfalls nicht auf die mangelnde Schriftlichkeit berufen können.<sup>12)</sup>

Dies führt den AG aber in eine Zwickmühle, weil als letzte Konsequenz jedenfalls ein rechtskonformes Teilzeitbeschäftigungsbegehren gestellt werden würde. Die gesetzlichen Formerfordernisse würden daher nichts anderes als Anweisungspflichten des AG darstellen. Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Die Grenze der Fürsorgepflicht endet dort, wo der AG eigene schützenswerte Interessen vernachlässigen muss.<sup>13)</sup> Auch der von der Rsp geforderte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>14)</sup> lässt keine Verpflichtung des AG erkennen, die AN in jedem Fall auf ein korrektes Teilzeitbeschäftigungsbegehren hinzuweisen. Dies ergibt sich mE insb daraus, dass – bei gegenteiliger Auffassung – die Normierung

des Schriftlichkeitserfordernisses jedenfalls zahllos und daher überflüssig wäre.

Ein formwidrig abgegebenes Teilzeitbeschäftigungsbegehren gilt daher mE nur, wenn sich der AG in Verhandlungen mit dem AN einlässt.

Die AN hat in der Meldung die von ihr gewünschten Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung bekanntzugeben. Kommt sie dieser Voraussetzung nicht nach, ist die Meldung inhaltlich mangelhaft. Hinsichtlich der inhaltlichen Mangelhaftigkeit des Teilzeitbeschäftigungsbegehrens gibt es – soweit ersichtlich – keine Rsp. Ein Teil der Lehre führt dazu aus, dass der AG in einem solchen Fall aufgrund seiner Fürsorgepflicht die AN unverzüglich auf die Mängel hinzuweisen und sie gleichzeitig aufzufordern hat, die fehlenden Angaben nachzuholen. Lässt sich der AG dennoch auf Verhandlungen ein, kann er sich auf die fehlerhafte Meldung nicht mehr berufen.<sup>15)</sup>

Auch diesbezüglich müsste der AG mE aber seine eigenen schützenswerten Interessen vernachlässigen, wenn er gezwungen wäre, den AN auf eine inhaltlich mangelhafte Meldung hinzuweisen. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, wäre es für ihn meiner Meinung nach ein Leichtes gewesen, eine Art „Verbesserungsverfahren“ zu normieren. Die Meinung mancher Autoren, mit Hilfe der Fürsorgepflicht in jedem Fall ein inhaltlich richtiges Teilzeitbeschäftigungsbegehren zu erwirken, war – wie bereits aufgezeigt – nicht Intention des Gesetzgebers, sind doch im Arbeitsrecht auch die Interessen des AG ausgewogen zu berücksichtigen.

Lässt sich der AG daher nicht auf Verhandlungen mit der AN ein, ist er mE nicht verpflichtet, die AN aufzufordern, die fehlenden Angaben nachzuholen. Vor allem aus Beweissicherungszwecken empfiehlt es sich aber mE, die AN nachweislich auf die inhaltliche Mangelhaftigkeit der Meldung hinzuweisen. Gleichzeitig sollte der AN bewusst gemacht werden, dass die Fristen des § 15 k MuttSchG durch diese inhaltlich mangelhafte Meldung nicht ausgelöst wurden.

Aus all diesen Gründen erachte ich auch die zuletzt vom OGH zu diesem Thema ergangene E als verfehlt, wonach von einer Elternteilzeit iSd MuttSchG auszugehen ist, wenn das Teilzeitbegehren „*im Zusammenhang damit gesehen werden [kann], dass ihr eine Vollzeitbeschäftigung nicht die für die Betreuung ihres Kleinkindes erforderliche Zeit einräumen würde*“.<sup>16)</sup> Diese E setzt die geltende einschlägige Gesetzesbestimmung

8) Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>3</sup> 186.

9) OGH 20. 8. 2008, 9 ObA 80/07 s. *ecolex* 2008, 1044.

10) OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 80/10 w. *ecolex* 2011, 849, und 28. 2. 2012, 8 ObA 15/12 g. *ecolex* 2012, 634.

11) *Ercherl/Steck* in *Ercherl/Steck/Langer*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz – Kommentar § 15 j MSchG Rz 19.

12) Vgl. *Kraft*, Die neue Elternteilzeit 31; so auch *Ercherl/Steck* in *Ercherl/Steck/Langer*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz – Kommentar § 15 j MSchG Rz 20.

13) OGH 18. 8. 1995, 8 ObA 269/95 RdA 1996/37.

14) ZB OGH 22. 2. 1995, 9 ObA 9/95 RdW 1995, 394.

15) *Ercherl/Steck* in *Ercherl/Steck/Langer*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz – Kommentar § 15 j MSchG Rz 20.

16) OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 80/10 w. *ecolex* 2011; ausführlich dazu *Riedl*, In Unkenntnis der Bestimmungen des MSchG vereinbarte Teilzeit ist dennoch Elternteilzeit, ASoK 2011, 331.

vollkommen außer Kraft und lässt auch keinen Spielraum mehr für die Fürsorgepflicht (die sich zB in einem Hinweis auf den Anspruch manifestieren kann) des AG zu, da auch diese umgangen wird. Konsequenterweise könnte diese E AN dahingehend Tür und Tor öffnen, dass ihnen nunmehr alle geltend zu

machenden arbeitsrechtlichen Ansprüche (wie zB Urlaubsansprüche etc) entgegen dem Gesetz ohne weitere Geltendmachung sofort zustehen, was Institutionen wie die Fürsorgepflicht somit überflüssig macht. Auch dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

## SCHLUSSSTRICH

- *Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses während einer bestehenden Schutzlücke unterliegt nicht dem besonderen Bestandschutz des MuttschG.*
- *Lässt sich der Arbeitgeber bei einem formell unrichtigen bzw inhaltlich mangelhaften Teilzeitbeschäftigungsbegehren nicht auf Ver-*

*handlungen mit der Arbeitnehmerin ein, ist die Arbeitnehmerin nicht berechtigt, Elternzeit in der von ihr beehrten Ausgestaltung anzutreten. Dies gilt dann nicht, wenn der Arbeitgeber davon Kenntnis haben musste, dass die Arbeitnehmerin Teilzeit aufgrund von Kinderbetreuungsbedarf benötigt.*