

Vergaberecht an der Kippe

Neue Richtlinien

Neuvergabe nach Ges-Machtwechsel

Britain
breaks Brexit?

§ 275 UGB
Abtretung von Ansprüchen
der Insolvenzmasse

GrESt und die
Vermögensopfertheorie

Haftung der Pensionskasse
Systemwechselnde Übertragungen

StPRÄG: Verteidiger- & Opferrechte
Unklar & Null zur Beweiswürdigung:
Warum?

Glücksspielrecht
Transparenzgrundsatz

Wer zu spät klagt, den bestraft die Schutzlücke

Die spannendsten Fragen sind jene, auf die es keine klare Antwort gibt. Im Rahmen eines langjährigen Gerichtsstreits infolge einer Entlassung kristallisierte sich ein bis heute ungeklärtes Problem hinsichtlich des Väterkarenzgesetzes¹⁾ heraus.

Fragen und Probleme bei §§ 8 d, 8 f VKG

MICHAEL LEITNER / MARKUS GRUNDTNER

A. Kernproblem

Im Zentrum steht das Verfahren bei vereinbarter Elternteilzeit nach § 8 d VKG: Kommt binnen einer Wartefrist von zwei Wochen ab Bekanntgabe des Wunsches der Elternteilzeit keine Einigung zustande, so kann der Dienstnehmer den Dienstgeber auf Einwilligung in eine Teilzeitbeschäftigung einschließlich deren Beginn, Dauer, Lage und Ausmaß klagen (§ 8 d Abs 2 VKG).

Der dazugehörige Bestandschutz ist in § 8 f VKG geregelt. Nach Abs 1 leg cit beginnt der Kündigungs- und Entlassungsschutz grundsätzlich mit der Bekanntgabe (des Wunsches) der Teilzeitbeschäftigung, frühestens jedoch vier Monate vor dem beabsichtigten Antritt der Teilzeitbeschäftigung, nicht jedoch vor der Geburt des Kindes. Der Bestandschutz endet nach der eindeutigen Gesetzeslage vier Wochen nach dem Ende einer Karenz oder eines Karenzteils oder einer Teilzeitbeschäftigung (§ 7 Abs 1 Z 2 VKG) bzw dauert bis vier Wochen nach dem Ende der Teilzeitbeschäftigung, längstens jedoch bis vier Wochen nach dem Ablauf des vierten Lebensjahrs des Kindes (§ 8 f VKG).

In der verfahrensgegenständlichen Konstellation war strittig, innerhalb welcher Frist eine Klage nach § 8 d Abs 2 VKG nach Nichteinigung zu erheben ist, genauer gesagt, wie lange ein Bestandschutz für den Dienstnehmer aufrecht bleibt. Was die zeitliche Dauer des von § 8 f VKG statuierten Bestandschutzes angeht, ist dem Gesetz für die Fälle eines (nicht auf einen Anspruch nach § 8 VKG gegründeten) Wunsches nach Vereinbarung einer Teilzeitbeschäftigung nach § 8 a VKG (alte Fassung) lediglich zu entnehmen, dass der Kündigungs- und Entlassungsschutz grundsätzlich mit der „Bekanntgabe der Teilzeitbeschäftigung“, dh mit der schriftlichen Meldung des Teilzeitwunsches an den Dienstgeber, beginnt²⁾ (§ 8 f Abs 1 Satz 1 VKG). Das VKG enthält aber keine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie lange in den Fällen des § 8 a VKG (alte Fassung) der solcherart ausgelöste Bestandschutz andauert, wenn eine Vereinbarung über den Teilzeitwunsch nicht zustande kommt bzw die in § 8 d VKG vorgesehenen Verhandlungen scheitern und der Dienstnehmer seinerseits auch nicht den von § 8 d Abs 2 VKG vorgegebenen Klageweg beschreitet.

Im Wesentlichen idente Regelungen finden sich in § 15 n MuttschG.³⁾ Sie gelten sowohl für einen

gesetzlichen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung als auch für eine vereinbarte Teilzeitbeschäftigung.⁴⁾

B. Sachverhalt und Beurteilung durch die Instanzen

Der beklagte Dienstnehmer war ab 1. 1. 2007 bei der klagenden Partei tätig, zuletzt als Verkaufsleiter. Da er am 20. 9. 2009 Vater wurde, gab er am 1. 2. 2010 seinen Wunsch auf Gewährung von Elternteilzeit gem § 8 VKG ab 15. 5. 2010 bekannt. Dem Dienstnehmer stand kein gesetzlicher Anspruch auf Elternteilzeit zu: Sowohl die Voraussetzungen des § 8 Abs 1 Z 2 lit c VKG als auch die Voraussetzungen des Abs 4 lit c leg cit waren nicht erfüllt. Es kam nur eine vereinbarte Teilzeitbeschäftigung iSd § 8 a VKG (alte Fassung) in Betracht, die in einem Verfahren nach § 8 d VKG hätte durchgesetzt werden müssen. Eine Vereinbarung gem § 8 a lit c VKG kam nicht zustande; das in § 8 d lit c VKG (alte Fassung) vorgesehene Verfahren leitete der Dienstnehmer nicht ein. Am 22. 3. 2010, also zwei Monate nach Äußerung des Wunsches auf Gewährung von Elternteilzeit, wurde der Dienstnehmer entlassen.

Im Verfahren, das mit Beschluss des OGH v 26. 2. 2016 zur Zahl 8 ObA 1/16 d abgeschlossen wurde, klagte der Dienstgeber auf gerichtliche Feststellung des Nichtbestehens des Dienstverhältnisses (eventuell auf gerichtliche Zustimmung zur Entlassung). Der beklagte Dienstnehmer behauptete im Rahmen einer eigenen Klage aufrechten Bestandsschutz und somit ein aufrechtes Dienstverhältnis.

Das ErstG hielt fest, dass gem § 8 f Abs 1 VKG der Bestandschutz auch während des Verfahrens nach § 8 d VKG gelte. Unter diesem Verfahren sei sowohl das innerbetriebliche bzw außergerichtliche

Dr. Michael Leitner (Fachbuchautor, Rechtsanwalt) und MMag. Markus Grundtner (Rechtsanwaltsanwärter) sind in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei GERLACH Rechtsanwälte tätig. Die Kanzlei hat den klagenden Dienstgeber im hier besprochenen Verfahren vertreten.

- 1) Väter-Karenzgesetz – VKG BGBl 1989/651 idF BGBl I 2010/58; zu den Anspruchsvoraussetzungen s §§ 8 ff VKG.
- 2) Schrittwieser in *Bürger-Ehrnhöfer/Schrittwieser/Thomasberger*, MSchG und VKG² 432 f.
- 3) Mutterschutzgesetz 1979 – MuttschG BGBl 1979/221 idF BGBl I 2010/58; zu den Anspruchsvoraussetzungen s § 15 h bzw § 15 i MuttschG.
- 4) Schrittwieser in *Bürger-Ehrnhöfer/Schrittwieser/Thomasberger*, MSchG und VKG² 458.

Einigungsverfahren als auch ein sich daran anschließendes gerichtliches Verfahren nach § 8 d Abs 2 VKG anzusehen. Die Wartefrist für die Klage betrage maximal zwei Wochen. Das Gesetz enthalte jedoch keine Frist, innerhalb welcher der Dienstnehmer nach dem Scheitern der innerbetrieblichen Verhandlungen zur Klagerhebung gehalten sei. Zur Lückenschließung sei eine „kurze“ einwöchige Frist wie in § 8 d Abs 3 VKG⁵⁾ oder § 8 e Abs 1 VKG⁶⁾ heranzuziehen. Daraus folge, dass der Dienstnehmer die Klage innerhalb einer Woche ab dem Scheitern der außergerichtlichen Verhandlungen erheben müsse, widrigenfalls er den Bestandschutz nach § 8 f VKG verliere. Zum selben Ergebnis gelangt, darauf wies das ErstG hin, im Übrigen auch *Wolfsgruber*⁷⁾ – unter Rückgriff auf die analog anzuwendende Wochenfrist des § 8 d Abs 3 VKG.

Im Anlassfall seien die Verhandlungen über den Teilzeitwunsch des Dienstnehmers am 16. 2. 2010 gescheitert. Der Dienstnehmer hätte daher spätestens am 23. 2. 2010 Klage erheben müssen. Da er das nicht getan habe, sei der Bestandschutz zum Zeitpunkt der Entlassung am 22. 3. 2010 erloschen gewesen.

Das BerG bestätigte diese Rechtsansicht. Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt, weil zur Auslegung des § 8 d Abs 2 iVm § 8 f Abs 1 VKG keine höchstgerichtliche Rsp vorliege. Konkret lautete die Frage, ob für die Klage nach § 8 d Abs 2 VKG eine Frist von einer Woche nach erfolglosem Verstreichen der zweiwöchigen Frist für eine Einigung oder nach früherem Scheitern der Verhandlungen bestehe.

Der OGH traf eine Entscheidung, jedoch ohne die Frage zu beantworten: Im Anlassfall brachte der hier beklagte Dienstnehmer keine Klage nach § 8 d Abs 2 VKG ein. Eine solche Klage sei nach der unmissverständlichen gesetzlichen Regelung auf die Einwilligung in die Teilzeitbeschäftigung zu bestimmten Bedingungen gerichtet. Daher stelle sich auch die Frage nicht, ob für diese Klage – analog zu § 8 d Abs 3 oder zu § 8 e Abs 1 VKG – eine Frist von einer Woche nach erfolglosem Ablauf der zweiwöchigen Einigungsfrist bzw nach einem früheren Scheitern der Verhandlungen bestehe.

Der Bestandschutz des § 8 f VKG kenne zwei Alternativen: Die erste Alternative (bis vier Wochen nach Ende der Teilzeitbeschäftigung) habe einen Kündigungs- und Entlassungsschutz ab der Meldung der Teilzeitbeschäftigung während der gesamten Dauer der Teilzeitbeschäftigung samt einer Nachfrist von vier Wochen zum Inhalt. Diese Regelung setze somit unmissverständlich voraus, dass eine Teilzeitbeschäftigung besteht, also angetreten wurde. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, weil eine Einigung über die Elternteilzeit des Beklagten ja nicht zustande gekommen sei.

Nach der zweiten Alternative bestehe der Bestandschutz auch während eines Verfahrens nach § 8 d VKG (bzw § 151 MutSchG). Es müsse somit ein Verfahren zur Durchsetzung der Teilzeitbeschäftigung geführt werden. Das Verfahren gem § 8 d VKG umfasse das innerbetriebliche Durchsetzungsverfahren wie das gerichtliche Verfahren. Der Kündi-

gungs- und Entlassungsschutz sei für den gesamten Zeitraum ab Meldung der Teilzeitbeschäftigung gegeben und sowohl während des außergerichtlichen als auch des gerichtlichen Verfahrens aufrecht. Das Ende könne daher spätestens vier Wochen nach dem Ergehen eines Urteils liegen, es könne aber auch schon vorher eintreten, wenn zB bei Nichteinigung über die Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung keine Klage eingebracht werde. Entstehe ein Kündigungs- und Entlassungsschutz nicht aufgrund anderer Bestimmungen, wie zB durch einen Wechsel in die Karenz, so laufe der Kündigungs- und Entlassungsschutz in einer Nachfrist von vier Wochen nach dem Ende des Verfahrens ab.

Da ein gerichtliches Durchsetzungsverfahren vom beklagten Dienstnehmer nach § 8 d VKG nicht eingeleitet worden sei, endete der Bestandschutz vier Wochen nach Beendigung des außergerichtlichen Verfahrens. Für den Dienstnehmer hätte auch kein Zweifel bestehen können, dass nach dem Ergebnis der betriebsinternen Besprechung vom 16. 2. 2010 die von ihm (aufgrund eines vermeintlichen, tatsächlich aber nicht gegebenen Rechtsanspruchs) begehrte Teilzeitbeschäftigung für den Dienstgeber nicht in Betracht komme und endgültig abgelehnt worden sei. Der Umstand, dass der Dienstnehmer in weiteren Gesprächen seinen Wunsch auf Elternteilzeit wiederholte, könne an diesem Verständnis nichts ändern. Eine Verhandlungsbereitschaft des Dienstgebers hätte ohne jeden Zweifel nicht bestanden.

Davon ausgehend hätte der Bestandschutz des Dienstnehmers vier Wochen nach dem 16. 2. 2010 geendet. Bei Ausspruch der Entlassung am 22. 3. 2010 sei der Bestandschutz somit nicht mehr aufrecht und die Entlassung damit wirksam gewesen.

C. Zwischenergebnis

Zusammengefasst hielt der OGH also fest: Weil der Dienstnehmer keine Klage gemäß § 8 d Abs 2 VKG einbrachte, stellte sich die Frage auch nicht, ob für diese Klage eine analog herzuleitende Frist von einer Woche nach erfolglosem Ablauf der zweiwöchigen Einigungsfrist bzw nach einem früheren Scheitern der Verhandlungen bestand.

Der Dienstnehmer befand sich also im Bestandschutz, solange das innerbetriebliche bzw außergerichtliche Verfahren aufrecht war. Dies endete mit dem Scheitern der Vergleichsgespräche. Zwar sieht § 8 d Abs 2 VKG vor, dass der Dienstnehmer diese Klage erst nach Ablauf von zwei Wochen ab Bekanntgabe des Teilzeitwunsches erheben kann. Dies bedeutet aber nicht, dass das innerbetriebliche Einigungsverfahren jedenfalls zumindest zwei Wochen

5) Beabsichtigt der Dienstnehmer eine Änderung oder vorzeitige Beendigung der Teilzeitbeschäftigung, kann er bei Nichteinigung binnen zwei Wochen ab Bekanntgabe innerhalb einer weiteren Woche Klage auf eine Änderung oder vorzeitige Beendigung der Teilzeitbeschäftigung beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht erheben.

6) Diese Bestimmung gibt dem Dienstnehmer die Möglichkeit, bei Nichteinigung dem Dienstgeber binnen einer Woche bekanntzugeben, Karenz an Stelle von Teilzeitbeschäftigung in Anspruch zu nehmen.

7) *Wolfsgruber* in ZellKomm² § 151 MSchG Rz 3.

andauert bzw nicht vor dem Verstreichen dieser zwei Wochen beendet sein kann.

Dazu das ErstG: Die in § 8 d Abs 2 VKG normierte „Wartefrist“ von zwei Wochen diene erkennbar lediglich dem Interesse des Dienstgebers, welchem für Verhandlungen über den Teilzeitwunsch zumindest ein Zeitraum von zwei Wochen zur Verfügung stehen solle, ohne dass er sich dem Risiko einer Klageerhebung durch den Dienstnehmer aussetze. Wolle der Dienstgeber diese zweiwöchige Verhandlungsfrist nicht ausnützen und erklärt er stattdessen bereits sogleich seinen Unwillen zur Vereinbarung jeglicher Teilzeitbeschäftigung, so spreche nichts dagegen, das innerbetriebliche Einigungsverfahren bereits mit dieser ablehnenden Erklärung des Dienstgebers als gescheitert bzw beendet anzusehen und dem Dienstnehmer sogleich den Klageweg zu eröffnen. Ansonsten müsste der Dienstnehmer trotz bereits feststehenden Fehlens einer Konsensbereitschaft bis zum Ablauf von zwei Wochen zuwarten und eine objektiv nicht erforderliche (und auch seinen eigenen Interessen abträgliche) Zeitverzögerung bei der Durchsetzung seines Teilzeitwunsches in Kauf nehmen.

Nach Ansicht des OGH besteht infolge der Nichteinigung ein Bestandschutz für eine Dauer von weiteren vier Wochen. Dieser läuft nach dem Ende des innerbetrieblichen bzw außergerichtlichen Verfahrens ab, sollte ein Kündigungs- und Entlassungsschutz nicht aufgrund anderer Bestimmungen eintreten. Der OGH rekurriert bei Auslegung des § 8 f VKG auf die Literatur zu § 15 n MuttSchG.⁸⁾ Warum an die Nichteinigung eine weitere Vier-Wochen-Frist anschließen soll, wird jedoch nicht genauer dargelegt. Aus dem Gesetz ergibt sich dies nicht (jedenfalls nicht ausdrücklich).

Unklar bleibt jedoch, ob der OGH damit aussagen wollte, dass nach der Vier-Wochen-Frist der Dienstnehmer bei Erhebung einer Klage nach § 8 d Abs 2 VKG wiederum in den Genuss eines Bestandsschutzes kommt, und, falls ja, ob zur Erhebung dieser Klage eine Frist besteht bzw welche Dauer diese hat. Dies war ja – unter anderen Vorzeichen – die Frage, zu der die Vorinstanzen festhielten, dass für die Klageerhebung die einwöchige Frist heranzuziehen sei.

Es stellt sich sohin erstens das Problem, ob sich aus dem Gesetz bzw aus den Schlussfolgerungen dieses Verfahrens eine Frist zur Klageerhebung herauslesen lässt. Zweitens ist durch die Entscheidung des OGH eine „Schutzlücke“ entstanden, falls der Dienstnehmer nach Ablauf der Vier-Wochen-Frist mit der Klageerhebung zuwartet und in der Zwischenzeit gekündigt oder entlassen wird.

D. Frist zur Klageerhebung

Da der OGH zur aufgeworfenen Frage keine definitive Antwort gibt, lohnt es sich, die wesentlichen Argumente der beiden Parteien einander gegenüberzustellen:

Der klagende Dienstgeber argumentierte, dass dem österr Arbeitsrecht mit guten Gründen Regelungen fremd sind, wonach ein bloßer Antrag ohne Möglichkeit der gerichtlichen oder behördlichen

Überprüfung seiner sachlichen Rechtfertigung bereits einen besonderen Bestandschutz in dem Sinne auslöst, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses nur mehr bei Vorliegen ganz bestimmter Gründe und nach vorheriger Zustimmung des Gerichts oder einer Behörde zulässig ist. Besonderer Kündigungsschutz wird vielmehr nur dann ausgelöst, wenn ein an sich schutzwürdiger Sachverhalt vorliegt (Mutterschaft, betriebsrätliche Tätigkeit etc) oder eben im Falle der Elternteilzeit im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens aus sachlichen Gründen dem Arbeitnehmer besonderer Bestandschutz attestiert wird, indem seinem Elternteilzeitwunsch Rechnung getragen wird.

Der Umstand, dass der Dienstnehmer bei vereinbarter Teilzeitbeschäftigung seinen Kündigungs- und Entlassungsschutz verliert, wenn er nach Ablauf der Vier-Wochen-Frist nicht innerhalb einer weiteren Woche die Klage einbringt, bedeutet keine unbillige Erschwerung der Rechtsdurchsetzung: Der Dienstnehmer hat ja immerhin für jene Zeit, die für unter besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz gestellte außergerichtliche Gespräche mit dem Dienstgeber vorgesehen ist, sowie für weitere vier Wochen und damit mehr als ausreichend Zeit, für den Nichteinigungsfall die entsprechende Klage vor dem Arbeits- und Sozialgericht vorzubereiten. Alternativ hat er die Möglichkeit, innerhalb der einwöchigen Frist die Klage beim Arbeits- und Sozialgericht zu Protokoll zu geben.

Der Dienstnehmer wird mit der gesetzlichen Verpflichtung zur Klageerhebung nicht überrascht. Im Unterschied zur – damaligen – einwöchigen, nunmehr zweiwöchigen Anfechtungsfrist im Kündigungsanfechtungsverfahren gemäß § 105 ArbVG, bei dem der Dienstnehmer also innerhalb dieser kurzen Frist auf ein ihn überraschendes Ereignis (nämlich das der Kündigung) mit gerichtlicher Klage reagieren muss, ist die hiermit angedachte Vorbereitungsmöglichkeit auf die Klage daher keinesfalls unbillig.

Es kann auch eine „Aufgriffsobliegenheit“ des Dienstnehmers darin gesehen werden, dass dieser binnen kurzer Frist Klage einzubringen hat, um den Dienstgeber nicht im Unklaren zu lassen, ob nunmehr Bestandschutz des Dienstnehmers besteht oder nicht.

Der Dienstnehmer argumentierte, dass für eine Klagsführung nach § 8 d Abs 2 VKG bewusst keine Frist vorgesehen sei, also keine zeitliche Grenze für die Klageeinbringung, und damit einhergehend ein zeitlich nicht begrenzter Bestandschutz bestehe. Die Beurteilung liege beim Dienstnehmer, wann er die Vergleichsgespräche als gescheitert erachte, um den für den Dienstnehmer schwierigen Gerichtsweg zu gehen.

Mit zahlreichen Hinweisen auf die Intention des Gesetzgebers bei Schaffung des VKG und der Elternurlaubsrichtlinie führte der Dienstnehmer aus, warum keine durch Analogie zu füllende planwidrige

8) *Schrittwieser in Burger-Ehrnhöfer/Schrittwieser/Thomasberger*, MSchG und VKG² 461; auch *Ercher/Stechl/Langer*, MSchG und VKG § 15 n MSchG Rz 2.

Regelungslücke in § 8 f VKG vorliege. Bezüglich der Dauer des Bestandschutzes sei § 8 d Abs 3 VKG nicht anzuwenden, weil diese Bestimmung eine bereits getroffene Vereinbarung über die Teilzeitbeschäftigung voraussetze. Auch eine analoge Anwendung des § 8 e VKG sei in der Frage der Dauer des Bestandschutzes nicht vorzunehmen, weil der Dienstnehmer nicht vorgehabt habe, Karenz in Anspruch zu nehmen.

Dem entgegnete das BerG: Diese Rechtsansicht würde aber einen Kündigungs- und Entlassungsschutz auch für jenen Dienstnehmer schaffen, der letztlich eine Teilzeitvereinbarung nicht getroffen hätte, aber mit der Klageerhebung zuwartete. Die Normierung eines solchen Bestandschutzes widerspräche dem Sinn und Zweck des VKG, das die Voraussetzungen dafür schaffen solle, dass beide Elternteile der gemeinsamen Kindeserziehung tatsächlich nachkommen und die optimale Betreuung des Kindes während des ersten Lebensjahrs sicherstellen können.⁹⁾

E. Umgang mit der Schutzlücke

Wird der Bestandschutz bei Klageerhebung nach Ablauf der Vier-Wochen-Frist bejaht, so eröffnet sich

eine Schutzlücke, da der Schutz laut OGH erst bei Klageerhebung greift. Endet die Vier-Wochen-Frist, kann der Dienstnehmer nämlich am Tag nach Fristablauf gekündigt oder entlassen werden, sollte er keine Klage einbringen.

Da dem Dienstnehmer jedenfalls wenigstens vier Wochen Bestandschutz zustehen – nimmt man etwa den Fall an, dass bereits am ersten Tag der Vereinbarung einer Elternteilzeit die Gespräche scheitern –, empfiehlt es sich, jedenfalls zur Sicherheit innerhalb von vier Wochen Klage zu erheben. Dies auch deshalb, weil sich – wie sich im aktuellen Verfahren zeigte – der Zeitpunkt des Scheiterns der Verhandlungen als diffiziles Streitthema herausstellen kann.

9) II/8926 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen zum Initiativantrag 298/A 17. GP.

SCHLUSSTRICH

Die Einziehung einer einwöchigen Frist zur Klageerhebung bei sonstigem Verlust des Bestandschutzes ist vertretbar. Die Schutzlücke mahnt den Dienstnehmer jedenfalls zur Vorsicht.