

Elternteilzeit – der OGH als „Kaninchen-aus-dem-Hut-Zauberer“



Der Leitsatz des OGH (mit meinen Hervorhebungen)

Wenn gegenüber dem Arbeitgeber **klar zum Ausdruck kommt**, dass die Arbeitnehmerin aufgrund der Betreuung ihres Kindes nur mehr einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen kann, so ist von einer **kündigungsgeschützten Elternteilzeit** auszugehen, auch wenn **kein formeller Elternteilzeitantrag** gestellt wurde **und**

sogar dann, wenn die Arbeitnehmerin gar keine Kenntnis von einem Anspruch auf Elternteilzeit iSd MSchG hatte.

Wesentlich ist, dass die materiellen **Voraussetzungen** der Elternteilzeit **erfüllt** sind und diese **Umstände** dem **Arbeitgeber bekannt** sind.

OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 80/10w



Die Mutter und ihr Kind – der Sachverhalt

Eine Angestellte war seit 19. 7. 2004 beim Arbeitgeber beschäftigt und zwar im Vollzeitausmaß von 38,5 Wochenstunden. Noch vor der **Geburt** ihres Kindes am **19. 10. 2007** gab sie dem Arbeitgeber bekannt, dass sie nach dem Ende der Karenz im **Jänner 2009** zwar wieder **arbeiten wolle**, aber nur mit **25 oder 27 Wochenstunden**.

Ihr war zunächst **nicht bekannt**, dass es eine "**Elternteilzeit**" nach dem **MSchG** gibt, sie berief sich daher bei allen mit dem Arbeitgeber geführten Gesprächen nie auf eine solche "Elternteilzeit".

Im Mai oder Juni 2008 wurde die Arbeitnehmerin von einer Kollegin darauf angesprochen, ob sie nicht im Sommer 2008 als Urlaubsvertretung kommen wolle, weil es viel Arbeit gebe. Sie sprach in der letzten Juniwoche 2008 ihren Vorgesetzten an, ob es Bedarf für eine Beschäftigung während der Urlaubszeit gebe.

Schließlich teilte der Vorgesetzte der Arbeitnehmerin mit, dass der Geschäftsführer einverstanden sei, dass sie frühzeitig aus der Karenz zurückkomme und dass sie ab **1. 7. 2008** mit **20 Wochenstunden** wieder tätig sein könne. Davon, dass die Arbeitnehmerin ab Jänner 2009 mit mehr als 20 Wochenstunden arbeiten werde, war nicht mehr die Rede.

Mit **Schreiben vom 24. 11. 2008** wurde die Arbeitnehmerin **zum 31. 1. 2009 gekündigt**. Erst nach dem 3. 12. 2008 erhielt sie anlässlich eines Gesprächs bei der Arbeiterkammer die **Information**, dass ihr ein **Anspruch auf Elternteilzeit** nach dem MSchG **zugestanden wäre**.

Ausgehend von einer **Unwirksamkeit der Kündigung** klagte die Arbeitnehmerin in der Folge das Gehalt bis August 2009 ein.

Der OGH gab ihr Recht!



Unsere Kritik an diesem Urteil

Der OGH setzt sich in diesem Urteil (**nur**) mit der **Abgrenzung** zwischen „**normaler**“ **Teilzeit** nach § 19d AZG und der **Elternteilzeit** auseinander.

Das **Gericht übersieht uE**, dass es noch weitere Teilzeiten gibt, die im Zusammenhang mit Kinderbetreuung stehen, zB die **Betreuungsteilzeit nach 14 Abs 2 Z 2 AVRAG**.

Richtig ist, dass für die **Qualifikation** einer **Teilzeit** als **Elternteilzeit nicht** bloß die **Bezeichnung entscheidend** ist, **sondern**: maßgeblich ist in erster Linie der "**wahre Parteiwille**".

ABER – und in diesem Punkt kritisieren wir die OGH Entscheidung – damit ein **Elternteilzeitananspruch auch ohne schriftlichen Antrag** angenommen werden kann, müssen uE **3 Voraussetzungen** gegeben sein:

- ❶ Für den Arbeitgeber muss erkennbar sein, dass die gewünschte Teilzeit dem **Zweck der Kinderbetreuung dient** ⇒ **diese Voraussetzung lag** im vorliegenden Sachverhalt **vor**
- ❷ Die **Elternteilzeit-Anspruchsvoraussetzungen** müssen gegeben sein und zwar:
 - ✓ das **Dienstverhältnis** muss zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung ununterbrochen **3 Jahre** gedauert haben und
 - ✓ die Dienstnehmerin ist zu diesem Zeitpunkt in einem **Betrieb** mit **mehr als 20 Dienstnehmern** beschäftigt.⇒ **diese Voraussetzungen lagen** im vorliegenden Sachverhalt **vor**
- ❸ Die Eckpunkte der Elternteilzeit müssen feststehen und zwar
 - ✓ **Beginn** und **Dauer** der Teilzeit, sowie
 - ✓ **Ausmaß** und **Lage** der Arbeitszeit⇒ **auf diese Voraussetzungen ging der OGH uE zu Unrecht nicht ein!**

Dem Sachverhalt kann nicht entnommen werden, wielange die Arbeitnehmerin in Teilzeit verbleiben wollte.

Die **Elternteilzeit** gem MSchG und die **Betreuungsteilzeit** gem AVRAG unterscheiden sich wie folgt:

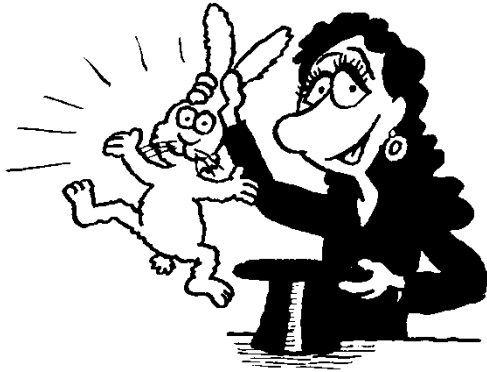
Elternteilzeit gem MSchG	Betreuungsteilzeit gem AVRAG
☺ starker Kündigungsschutz	☹ schwacher Kündigungsschutz (nur Motivkündigungsschutz)
☹ Einschränkungen für die Eltern, weil ... <ul style="list-style-type: none"> ✓ ... die Teilzeitdauer vorweg festgelegt werden muss. ✓ ... max 1 Änderung der Lage/Ausmaß möglich ist. ✓ ... nach Ablauf der Elternteilzeit der Elternteil zum ursprünglichen (vollen) Arbeitsausmaß zurückkehren muss. 	☺ Wesentlich flexibler , weil ... <ul style="list-style-type: none"> ✓ ... keine Befristung der Teilzeit bis zum 4. bzw 7. Lebensjahr vorgesehen ist. ✓ ... Änderungen und Verlängerungen wesentlich flexibler und auch öfter vereinbart werden können.

Der OGH entschied im oa Urteil, dass selbst dann von einer **kündigungsgeschützten Elternteilzeit** auszugehen ist, auch wenn **kein formeller Elternteilzeitantrag** gestellt wurde und **wenn die Arbeitnehmerin gar keine Kenntnis von einem Anspruch auf Elternteilzeit iSd MSchG hatte.**

Was passiert nun, wenn bspw die Arbeitnehmer auch während der 1. Klasse Volksschule ihres Kindes weiterhin Teilzeit haben möchte?

Mutiert nun die zunächst vom **OGH** als **Elternteilzeit** qualifizierte Teilzeit in eine **Betreuungsteilzeit** nach AVRAG? – diese Teilzeit kannte die Arbeitnehmer ja auch nicht.

Das **OGH Urteil erweckt stark folgenden Eindruck:** Es war zu entscheiden, **welche Teilzeitform** dem Sachverhalt zugrunde lag ⇒ **Griff in den Zauberhut** und **schwupps:** das **Elternteilzeit-Kaninchen** kam hervor.



Unsere Kritik am Urteil: Obige Annahme (Mutter will auch während des 1. Schuljahres nur eine Teilzeitbeschäftigung) **zeigt** auf, dass der **OGH** mit seinem Elternteilzeiturteil die Arbeitnehmerin gegen ihren Willen **zwangsbe-glückte**.

Dies deshalb, weil es der OGH unterlassen hat, zu klären, ob **die 3. Voraussetzung** (**Beginn** und **Dauer** der Teilzeit, sowie **Ausmaß** und **Lage** der Arbeitszeit sind fixiert) vorlag.



Unsere Praxistipps aufgrund dieses sehr umstrittenen OGH-Urteils

Äußert sich die **Arbeitnehmerin mündlich**, nach der Geburt bzw. Karenz nurmehr **teilzeitbeschäftigt** zu sein, dann **überlegen** Sie, ob Sie sich auf ein diesbezügliches **Gespräch überhaupt einlassen**.

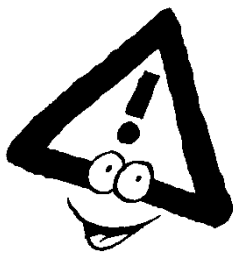
- a) Sie lassen sich **NICHT auf das Gespräch ein** ⇒ **keine Elternteilzeit** ⇒ **Kündigungsschutz** kann **nicht** beginnen
- b) Sie lassen sich **auf das Gespräch ein** ⇒ dann wird mE entscheidend sein, welche Dauer diese Teilzeit haben soll:

Fall 1: **zeitlich befristete Teilzeitvereinbarung** (mit allen notwendigen Parametern, dh Beginn, Ende, Ausmaß, ...) ⇒ **ELTERN-TEILZEIT gem MSchG**

Fall 2: **Teilzeitwunsch**, der zwar die **Kinderbetreuung als Motiv** erkennen lässt (zB Teilzeitbegehren nach Wochenhilfe oder Karenz), allerdings **ohne Angabe einer bestimmten Dauer**. Es wird in der Folge eine Teilzeitvereinbarung auf **unbestimmte Zeit** und ohne jegliche Bezugnahme auf das MSchG abgeschlossen ⇒ **BETREUUNGSTEILZEIT nach AVRAG**



Lassen Sie sich im **Fall 2** von der Arbeitnehmerin **ausdrücklich bestätigen**, dass die **Teilzeit auf ausdrücklichen Wunsch der Arbeitnehmerin auf unbestimmte Zeit** abgeschlossen werden soll.



Hinweise

① Bereits im **Juni-Heft** aus dem Jahr **2010** haben wir in der Personalverrechnung für die Praxis (Verlag Lexis-Nexis) einen **ausführlichen Artikel** geschrieben zu dieser Thematik mit dem Titel „**Normale Teilzeit oder Elternteilzeit**“.

② **Warum sich ein PVP-ABO lohnt?** Nur hier finden Sie Beiträge aus der Praxis für die Praxis.

Vorankündigung: Im **Juli Heft** gibt es einen **18-seitigen Artikel** zum **Home-Office**, so **ausführlich**, so **praxisgerecht**, mit so vielen **Tipps, Empfehlungen** und **Textmuster** wie in keiner Zeitschrift zuvor.

Als **Newsletter-Abonnent** erhalten Sie ein **PVP ABO** für das **2. Halbjahr 2011** zum **reduzierten ABO-Preis** von **EUR 62,50** (inkl. **Versandkosten**)

Für weitere Infos oder Fragen zu dieser Quick News stehen zur Verfügung:

- **Herr Mag. Ernst Patka**
Tel.: 01/24 721-100 e-Mail: ernst.patka@steuer-service.at
- **Das HR-Beratungsteam** (Mag. Elisabeth David, Michaela Haas, Mag. Rainer Kraft; Mag. Lois Kraft)

Alle bisherigen Quick News finden Sie auch auf unserer Website <http://www.steuer-service.at/> unter der Rubrik "NEWS".

Für den Inhalt verantwortlich: Mag. Ernst Patka

Die Inhalte in diesem Newsletter stellen lediglich eine allgemeine Information dar und ersetzen nicht individuelle Beratung im Einzelfall. Die Steuer & Service Steuerberatungs GmbH übernimmt keine Haftung für Schäden, welcher Art immer, aufgrund der Verwendung der hier angebotenen Informationen. Die Steuer & Service Steuerberatungs GmbH übernimmt insbesondere keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts der Newsletter.

Impressum:

Medieninhaber und Herausgeber: Steuer & Service Steuerberatungs GmbH
Anschrift: 1010 Wien, Wipplingerstraße 24

Die **Offenlegung** gemäß **Mediengesetz** finden Sie auf unserer Homepage unter folgendem Link: <http://www.steuer-service.at/Impressum.39.0.html>