

6755

8. Juli 2021

ARD

AKTUELLES RECHT ZUM DIENSTVERHÄLTNIS

Redaktionsteam: Manfred Lindmayr, Birgit Bleyer, Sabine Kriwanek,
Bettina Sabara, Sabine Sadlo, Barbara Tuma

MIT
MUSTERVORLAGE
zur Elternteilzeit

THEMA

» **Johannes Bammer:** Elternteilzeit – Feststellungsklage bei missbräuchlichem Elternteilzeitwunsch

RECHTSPRECHUNG

- » Anspruch auf Elternteilzeit: Fallweise beschäftigte Personen bei relevanter Betriebsgröße zu berücksichtigen
- » Kein Anspruch auf Elternteilzeit bei gewährleisteter Kinderbetreuung
- » Rechtsunwirksame Kündigung während der Elternteilzeit – Ausübung des Wahlrechts

NEUE VORSCHRIFTEN

- » Verlängerung des Corona-Kurzarbeitsmodells – BGBl
- » Verlängerung der Freistellung von Schwangeren während der COVID-Krise – BGBl
- » Neuerliche Verschiebung der Angleichung der Kündigungsfristen – BGBl
- » Umfassende Novelle zum LSD-BG – Regierungsvorlage



IN ALLER KÜRZE

2

THEMA – ARBEITSRECHT**Johannes Bammer: Elternteilzeit – Feststellungsklage bei missbräuchlichem Elternteilzeitwunsch**

3

Der Zweck von Elternteilzeit liegt darin, Arbeitnehmern durch eine gewünschte Reduzierung und bzw oder Änderung der Lage der Arbeitszeit ausreichend Zeit zur Kinderbetreuung zu ermöglichen. Weder das MSchG noch das VKG nennen jedoch die Kinderbetreuung als ausdrückliche Voraussetzung für einen Anspruch auf Elternteilzeit. Darüber hinaus ist auch kein spezifisches Verfahren im MSchG bzw VKG vorgesehen, um sich als Arbeitgeber gegen einen missbräuchlichen Elternteilzeitwunsch zu wehren. In einer aktuellen Entscheidung hielt das ASG Wien nunmehr fest, dass sich Arbeitgeber bei Nichtvorliegen der Anspruchsvoraussetzungen der Elternteilzeit mit einer entsprechenden Feststellungsklage zur Wehr setzen können. Nähere Hintergründe dazu liefert Mag. *Johannes Bammer* im aktuellen Themenbeitrag.

VORLAGEN UND TEXTMUSTER**Birgit Kronberger/Rainer Kraft: Ablehnung einer „großen Elternteilzeit“ durch den Arbeitgeber wegen nicht erreichter Grenzzahl**

6

RECHTSPRECHUNG**» ARBEITSRECHT**

Anspruch auf Elternteilzeit: Fallweise beschäftigte Personen bei relevanter Betriebsgröße zu berücksichtigen	7
Kein Anspruch auf Elternteilzeit bei gewährleisteter Kinderbetreuung	9
Elternteilzeitbegehren einer Flugbegleiterin: Interessenabwägung zugunsten der Arbeitnehmerin	9
Rechtsunwirksame Kündigung während der Elternteilzeit – Ausübung des Wahlrechts	11

NEUE VORSCHRIFTEN**» ARBEITSRECHT**

Verlängerung des Corona-Kurzarbeitsmodells – BGBl	13
Verlängerung der Freistellung von Schwangeren während der COVID-Krise – BGBl	15
Neuerliche Verschiebung der Angleichung der Kündigungsfristen – BGBl	15
Umfassende Novelle zum LSD-BG – Regierungsvorlage	16

» SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Änderung des ASVG ua – BGBl	18
-----------------------------	----

ARTIKELRUNDSCHAU

20

IMPRESSUM

19

IN ALLER KÜRZE

bearbeitet von *Manfred Lindmayr* und *Bettina Sabara*

» ARD 6755/1/2021

Finanzielle Förderung von Coronatests in Betrieben verlängert:

Mit dem Betrieblichen Testungs-Gesetz (BGBl I 2021/53, ARD 6742/14/2021) wird die Durchführung von betrieblichen Testungen auf SARS-CoV-2 in Betriebsstätten und Arbeitsorten in Österreich an Arbeitnehmern sowie betriebsfremden Personen durch einen staatlichen Zuschuss gefördert. Diese Maßnahme wurde nun mit BGBl I 2021/120 bis 30. 9. 2021 verlängert.

» ARD 6755/2/2021

Verlängerung von Corona-Maßnahmen im ALVG: Mit BGBl I

2021/117 kommt es neben Änderungen im AMSG iZm der Kurzarbeit (siehe dazu ausführlich ARD 6755/12/2021) zu Änderungen im ALVG. Zum einen wird zur Vermeidung von Nachteilen für Personen, die sich in Altersteilzeit befinden, die derzeit bestehende Regelung bis 31. 12. 2021 verlängert. Das bedeutet, dass, wenn das Dienstverhältnis von Personen, die sich in Altersteilzeit befinden, aufgrund der COVID-19-Maßnahmen unterbrochen wird oder sich das Ausmaß der Altersteilzeit (Teilpension) ändert, dies in der Folge keine nachteiligen Auswirkungen auf den Anspruch auf diese Leistungen hat. Zum anderen wird auch die Regelung des § 12 Abs 2a ALVG bis 31. 12. 2021 verlängert, wonach selbstständige Erwerbstätige, die vorübergehend ihre Erwerbstätigkeit eingestellt haben, jedoch nach wie vor als Selbstständige pensionsversichert sind, weiter Arbeitslosengeld beziehen können.

» ARD 6755/3/2021

Corona-Bonus für Gesundheits-, Pflege- und Reinigungspersonal in Spitälern: Durch eine Änderung im Pflegefonds- und COVID-19-Zweckzuschussgesetz wurde ein abgabenfreier Kostenbeitrag des Bundes von durchschnittlich € 500,- pro Person für Betreuungspersonal

und Pflegekräfte sowie Gesundheitspersonal in Spitälern, für Reinigungskräfte im unmittelbaren Umfeld betreuter Patienten sowie für Personen in Einrichtungen, die vorwiegend der stationären Rehabilitation dienen, ermöglicht. Zusätzliche Zuwendungen durch die Länder, die Gemeinden oder durch die Träger der Krankenanstalten sind darüber hinaus möglich. (BGBl I 2021/113)

» ARD 6755/4/2021

Abänderung des DBA-Ukraine: Mit BGBl III 2021/98 wurde das Protokoll zur Abänderung des DBA-Ukraine kundgemacht, das mit 25. 6. 2021 in Kraft trat. Das Vorhaben umfasst hauptsächlich folgende Maßnahmen:

- Vermeidung von Abkommensmissbrauch;
- Erhöhung der Quellensteuersätze im Falle passiver Einkünfte;
- Leistung von Amtshilfe auf dem Gebiet des Informationsaustausches nach dem OECD-Standard.

» ARD 6755/5/2021

Kraftfahrzeugbesteuerungsrichtlinien 2021: Die neuen Richtlinien zur Normverbrauchsabgabe, Kraftfahrzeugsteuer und zur motorbezogenen Versicherungssteuer (Kraftfahrzeugbesteuerungsrichtlinien 2021 – KfzBStR 2021; Richtlinien des BMF vom 1. 7. 2021, 2021-0.410.665, BMF-AV Nr 89/2021) stellen einen Auslegungsbehelf zum NoVAG 1991, zum KfzStG 1992 sowie zum VersStG 1953 dar. Sie behandeln Zweifelsfragen und Auslegungsprobleme von allgemeiner Bedeutung, um eine einheitliche Anwendung der genannten Gesetze durch die Finanzverwaltung sicherzustellen. Sie enthalten außerdem Regelungen, wie zur Verwaltungsvereinfachung in bestimmten Fällen zu verfahren ist. Die KfzBStR 2021 sind ab 1. 7. 2021 anzuwenden. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus diesen Richtlinien nicht abgeleitet werden.

DAS WICHTIGSTE AUS DIESEM HEFT

Rechtsprechung

» Arbeitsrecht

Fallweise beschäftigte Personen sind für die Mindestbetriebsgröße für den Anspruch auf Elternteilzeit zu berücksichtigen, wenn sie regelmäßig im Betrieb beschäftigt werden. (» ARD 6755/8/2021)

Ein Elternteil hat keinen Anspruch auf Elternteilzeit, wenn die Betreuung des Kindes an sämtlichen Tagen der Woche durch den anderen Elternteil gewährleistet ist. (» ARD 6755/9/2021)

Neue Vorschriften

Im BGBl wurden folgende Gesetzesänderungen kundgemacht:

- Verlängerung der Corona-Kurzarbeit (» ARD 6755/12/2021)
- Verlängerung der Freistellung von Schwangeren während der COVID-Krise (» ARD 6755/13/2021)
- Neuerliche Verschiebung der Angleichung der Kündigungsfristen (» ARD 6755/14/2021)
- Ende der Sonderfreistellung für Risikogruppen (» ARD 6755/16/2021)

THEMA – ARBEITSRECHT

Mag. Johannes Bammer, MA, LL.M. (UCLA)

Elternteilzeit – Feststellungsklage bei missbräuchlichem Elternteilzeitwunsch

Zugleich eine Besprechung von ASG Wien 28. 10. 2020, 1 Cga 108/20p¹

» ARD 6755/6/2021

Der Zweck von Elternteilzeit liegt darin, Arbeitnehmern durch eine gewünschte Reduzierung und bzw oder Änderung der Lage der Arbeitszeit ausreichend Zeit zur Kinderbetreuung zu ermöglichen. Weder das MSchG noch das VKG nennen jedoch die Kinderbetreuung als ausdrückliche Voraussetzung für einen Anspruch auf Elternteilzeit. Darüber hinaus ist auch kein spezifisches Verfahren im MSchG bzw VKG vorgesehen, um sich als Arbeitgeber gegen einen missbräuchlichen Elternteilzeitwunsch zu wehren. In der vorliegenden Entscheidung hielt das ASG Wien nunmehr fest, dass sich Arbeitgeber bei Nichtvorliegen der Anspruchsvoraussetzungen der Elternteilzeit mit einer entsprechenden Feststellungsklage zur Wehr setzen können.

1. Entscheidung zu ASG Wien 1 Cga 108/20p

1.1. Sachverhalt

Im vorliegenden Verfahren wurde dem Chief Financial Officer (CFO) am 5. 8. 2020 durch seinen Arbeitgeber mitgeteilt, dass seine Position in Österreich im Zuge von Umstrukturierungsmaßnahmen im Konzern im Jahr 2021 **wegfallen werde**. Zeitgleich wurde dem CFO jedoch angeboten, eine höher dotierte Stelle als CFO in einer deutschen Konzerngesellschaft anzutreten.

Als Reaktion auf diese Mitteilung teilte der CFO seinem Arbeitgeber zwei Tage später, am 7. 8. 2020, schriftlich mit, dass er ab 1. 12. 2020 bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres seiner damals einhalbjährigen Tochter **Elternteilzeit** in Anspruch nehmen und dabei seine Arbeitszeit um 20 % reduzieren wolle.

Der Arbeitgeber teilte dem CFO in der Folge mit, dass die gewünschte Elternteilzeit allenfalls auf einer 50%-Teilzeitstelle möglich wäre, und forderte ihn zudem auf, entsprechende Nach-

weise über das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Elternteilzeit (§ 8b VKG) vorzulegen.

Nach Durchsicht der erhaltenen Informationen gelangte der Arbeitgeber zur Ansicht, dass der CFO die **Elternteilzeit nicht zur Kinderbetreuung benötigte**, sondern vielmehr durch den damit einhergehenden Kündigungs- und Entlassungsschutz nach § 8f VKG versuche, seinen Arbeitsplatz abzusichern. Aus diesem Grund brachte der Arbeitgeber eine **Feststellungsklage** am ASG Wien ein und begehrte die Feststellung, dass für den Beklagten **kein Kündigungs- und Entlassungsschutz** gemäß § 8f VKG bestehe.

Im Zuge des arbeitsgerichtlichen Prozesses gab der beklagte Arbeitnehmer auch an, dass ihm, als er seinen Elternteilzeitwunsch verfasste, bekannt war, dass die Inanspruchnahme von Elternteilzeit einen Kündigungs- und Entlassungsschutz auslöst. Das Beweisverfahren ergab, dass die **Betreuung der Tochter** durchgehend durch die **Kindesmutter** (und Ehefrau des Beklagten) **gewährleistet** war, auch die Mutter des Beklagten konnte im Notfall einen Tag pro Woche einspringen. Die Kindesmutter hatte keine Karenz in Anspruch genommen, war aber seit der Geburt der gemeinsamen Tochter nicht berufstätig und hatte auch kein konkretes Jobangebot in Aussicht.

Der Beklagte gab an, er würde trotz gewährleisteter Betreuung durch die Kindesmutter gern einen Tag pro Woche mit seiner Tochter verbringen und deshalb Elternteilzeit in Anspruch nehmen. Ein Wechsel zum Konzernunternehmen in Deutschland wäre für ihn nicht vorstellbar. Er wolle weder mit seiner Familie nach Deutschland ziehen noch regelmäßig pendeln.

1.2. Entscheidung des ASG Wien

In seinem Urteil hielt das ASG Wien eingangs fest, dass die **Klage** des Arbeitgebers auf Feststellung **zulässig** sei. Laut Rechtsprechung des OGH² sei eine Klage auf Feststellung einer Arbeitnehmerin, Elternteilzeit zu den von ihr vorgeschlagenen Bedingungen anzutreten, zulässig. Umgekehrt müsse daher auch eine

¹ Binder Grösswang war am gegenständlichen Gerichtsverfahren als Vertreterin des Arbeitgebers beteiligt. Die vorliegende Entscheidung wurde mittlerweile durch das ASG Wien in anonymisierter Form im RIS (Rechtssystem des Bundes) veröffentlicht.

² OGH 26. 2. 2016, 8 ObA 8/16h, ARD 6496/6/2016.

Klage des Arbeitgebers zulässig sein, dass ein Arbeitnehmer nicht berechtigt sei, Elternteilzeit anzutreten. Es bestehe ein **negatives Feststellungsinteresse**, dass der Anspruch auf Elternteilzeit nicht zustehe und damit auch der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz nach § 8f VKG nicht bestehe.³

Das ASG Wien strich im Urteil hervor, dass der Zweck von Elternteilzeit laut Rechtsprechung des OGH⁴ sei, ausreichend Zeit zur Kinderbetreuung zu gewähren. Eine gewünschte **Teilzeit müsse daher der Betreuung des Kleinkindes dienen**. Konkret sei der Wunsch des Beklagten, mehr Zeit mit seiner Tochter zur Verfügung zu haben, zwar verständlich, entspreche jedoch nicht der Vorgabe, dass die erforderliche Betreuung des Kleinkindes nur durch die gewünschte Änderung der Arbeitszeit gewährleistet sei.⁵ Vielmehr sei die Betreuung der Tochter des Beklagten an sämtlichen Tagen der Woche durch die Kindesmutter gewährleistet.

Es bestehe daher kein Anspruch des Beklagten auf Elternteilzeit im Sinne der Bestimmungen der §§ 8 ff VKG, der Kündigungs- und Entlassungsschutz des § 8f VKG stehe daher nicht zu.

Die Feststellungsklage des Arbeitgebers war daher erfolgreich, darüber hinaus wurde dem Arbeitgeber mit Hinweis auf entsprechende Rechtsprechung des OGH⁶ Kostenersatz gemäß RATG zugesprochen.

2. Anmerkungen

Dieses Urteil ist gleich aus mehreren Gründen bemerkenswert für die Praxis und legt wertvolle Richtlinien für den Umgang mit missbräuchlichen Elternteilzeitwünschen fest.

2.1. Feststellungsklage zur Bestreitung des Anspruchs auf Elternteilzeit

Das MSchG (und das VKG) enthalten ausführliche Regelungen über Fristen und Verfahrensabläufe, die Arbeitgeber einzuhalten haben, sollten sie einen **konkreten Elternteilzeitwunsch** eines Arbeitnehmers ablehnen wollen.⁷ Versäumnisse des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang führen dabei in der Regel dazu, dass Arbeitnehmer die gewünschte Elternteilzeit in der Form, wie sie beantragt wurde, antreten dürfen.

Die Regelungen des MSchG (und des VKG) legen jedoch keinen Verfahrensablauf fest, wenn Arbeitgeber der Ansicht sind, dass der Arbeitnehmer die **Voraussetzungen** für den Anspruch auf Elternteilzeit **nicht erfüllt**. Durch die vorliegende Entscheidung des ASG Wien wurde nunmehr jedoch klargestellt, dass Arbeitgeber mit einer **Klage auf Feststellung** vorgehen können, wenn sie der

Ansicht sind, dass die Anspruchsvoraussetzungen des Arbeitnehmers nicht erfüllt sind.

Wesentlich ist, prozessual gegen den Anspruch auf Elternteilzeit **selbst vorzugehen**, wie die strenge Auslegung des Gerichts in einer vor Kurzem veröffentlichten, anderen Entscheidung des ASG Wien⁸ zeigt: Hier wurde dem Arbeitgeber, nachdem er sich auf das im MSchG vorgesehene Verfahren eingelassen hatte, die Berufung darauf, dass der Anspruch der Arbeitnehmerin auf Elternteilzeit mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 15h MSchG gar nicht bestehe, verwehrt. Das ASG Wien hielt fest, der Arbeitgeber habe nämlich den **Anspruch** auf Elternteilzeit insofern selbst **anerkannt**, als er mit seiner Klage entsprechend dem Verfahren nach dem MSchG nicht gegen den Anspruch auf Elternteilzeit per se vorging, sondern bloß inhaltlich gegen die von der Arbeitnehmerin bekannt gegebene und gewünschte Lage der Arbeitszeiten (dies setze aber einen bestehenden Anspruch bereits voraus). Auch das Argument, die Klage nach dem MSchG sei nur aus Vorsichtserwägungen eingebracht worden, änderte an der Beurteilung nichts.

2.2. Kostenersatzpflicht im Feststellungsverfahren

Gemäß § 15k Abs 6 und § 15l Abs 5 MSchG (bzw § 8c Abs 6 und § 8d Abs 5 VKG) besteht in den durch das MSchG bzw VKG vorgesehenen **Elternteilzeitverfahren grundsätzlich kein Kostenersatzanspruch**. Daneben ist auch eine Berufung gegen die Urteile der Gerichte erster Instanz grundsätzlich nicht zulässig.⁹

Da **Feststellungsklagen** wie im gegenständlichen Verfahren sowohl seitens des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers nicht im MSchG bzw dem VKG vorgesehen sind und diese Verfahrensart auch **nicht dem Kostenersatzausschluss** gemäß § 58 iVm § 50 Abs 2 ASGG unterliegt, sprach das ASG Wien im konkreten Fall dem Arbeitgeber die begehrten Verfahrenskosten zu.

Für die Praxis ist auch dies durchaus von Relevanz: Zum einen besteht für Arbeitgeber zwar die Gefahr, dass sie gegenüber dem Arbeitnehmer kostenersatzpflichtig werden, wenn die Voraussetzungen des Anspruchs auf Elternteilzeit durch das Gericht bestätigt werden. Auf der anderen Seite bleiben Arbeitgeber bei klaren Missbrauchsfällen der Elternteilzeit zumindest nicht auf den (gesamten) Kosten der Rechtsvertretung sitzen.

2.3. Reduktion oder Anpassung der Arbeitszeit zur notwendigen Kinderbetreuung – Anspruchsvoraussetzung für Elternteilzeit

Gemäß § 15h Abs 1 MSchG (bzw § 8 Abs 1 VKG) hat ein Arbeitnehmer maximal bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres oder einem späteren Schuleintritt des Kindes **Anspruch auf Elternteilzeit**, wenn

1. das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung ununterbrochen drei Jahre gedauert hat,

³ ASG Wien, RWA0000036.

⁴ Vgl OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 80/10w, ARD 6157/1/2011; OGH 28. 2. 2012, 8 ObA 15/12g, ARD 6233/7/2012.

⁵ ASG Wien, RWA0000037.

⁶ OGH 26. 2. 2016, 8 ObA 8/16h, ARD 6496/6/2016.

⁷ Siehe dazu ausführlich *Sabara*, Meldefristen und Verfahrensabläufe bei der Elternteilzeit, ARD 6715/3/2020.

⁸ ASG Wien 12. 10. 2020, 30 Cga 72/20g, ARD 6755/10/2021.

⁹ Daher besteht auch kaum Rechtsprechung des OGH zum Themenkreis Elternteilzeit.

2. der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt in einem Betrieb mit mehr als 20 Arbeitnehmern beschäftigt ist und
 3. die wöchentliche Normalarbeitszeit um mindestens 20 % reduziert wird und 12 Stunden nicht unterschreitet (ebenso gelten die Bestimmungen zur Elternteilzeit nach § 15p MSchG [bzw § 8h VKG] für eine beabsichtigte Änderung der Lage der Arbeitszeit ohne Arbeitszeitreduktion).
- Darüber hinaus sieht § 15j Abs 1 MSchG (bzw § 8b Abs 1 VKG) vor, dass eine Inanspruchnahme von Elternteilzeit (auch wenn es sich um eine „vereinbarte Teilzeitbeschäftigung“ gemäß § 15i MSchG [bzw § 8a VKG] handelt)
4. einen gemeinsamen Haushalt mit dem Kind oder eine Ob-
sorge nach §§ 177 Abs 4 oder 179 ABGB voraussetzt und voraussetzt,
 5. dass der andere Elternteil sich nicht gleichzeitig in Karenz befindet.

Weder das MSchG noch das VKG legen als Voraussetzung ausdrücklich fest, dass die Elternteilzeit zur Betreuung des Kindes notwendig sein muss. Dass dies die Intention des Gesetzgebers ist, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass eine Elternteilzeit dann ausgeschlossen wird, wenn sich der andere Elternteil in Karenz befindet und daher klar ist, dass der andere Elternteil die volle Betreuung des Kindes gewährleisten kann.

Die vorliegende Entscheidung des ASG Wien stellt nunmehr klar, dass ein **Anspruch** auf Elternteilzeit nach dem MSchG bzw dem VKG **nur dann** vorliegen kann, wenn die Veränderung der Arbeitszeit tatsächlich zur **Betreuung des Kleinkindes notwendig** ist, und schließt damit auch Arbeitnehmer vom Elternteilzeitanspruch aus, die Elternteilzeit samt einhergehendem besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz in Anspruch nehmen wollen, obwohl die Betreuung des Kindes vom anderen Elternteil gewährleistet werden kann.

3. Praxistipp

Sofern Arbeitnehmer mit einem Elternteilzeitwunsch an den Arbeitgeber herantreten, sollte der Arbeitgeber umgehend prüfen, ob die **Voraussetzungen** für einen Anspruch auf Elternteilzeit überhaupt vorliegen. Arbeitgeber sollten sich dabei zeitnah die notwendigen Belege durch den Arbeitnehmer vorlegen lassen und hinterfragen, ob die Betreuung des Kleinkindes durch den Elternteil notwendig ist (insbesondere, ob die vollständige Betreuung nicht bereits durch den anderen Elternteil gewährleistet ist).

Sofern Arbeitgeber zum Schluss kommen, dass die Voraussetzungen konkret **nicht vorliegen**, sollten sich diese nicht in die im MSchG bzw VKG vorgesehenen Verfahren einlassen, sondern den **Elternteilzeitwunsch selbst ablehnen** und – sofern notwendig – eine **Klage auf Feststellung** einbringen, dass die Voraussetzungen für Elternteilzeit nicht vorliegen. Um etwaigen Fristversäumnissen vorzubeugen, sollten dabei *in eventualiter* jedoch die entsprechenden Anträge des MSchG bzw VKG gestellt werden.



Der Autor:

Mag. **Johannes Bammer**, MA, LL.M. (UCLA) ist Rechtsanwalt im Arbeitsrechtsteam der BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH und verfügt über langjährige Erfahrung in der Beratung nationaler und internationaler Mandanten in allen Bereichen des Arbeitsrechts sowie in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

✉ bammer@bindergroesswang.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Bammer/Johannes

Foto: Binder Grösswang

Rechtsratgeber: Ein Kind kommt



Inkl. „Papamonat“
und Anrechnung der
Karenzzeiten

Der praxisorientierte und verlässliche Rechtsratgeber für **Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Personalverantwortliche und Berater**. Zahlreiche **Praxistipps, Beispiele und Checklisten** schaffen Klarheit, **Formulare** für den Schriftverkehr mit Behörden runden das Praxisangebot ab.

Die **5. Auflage** auf dem neuesten Stand!

Die Autorin: Mag. Bettina Sabara

5., neu bearbeitete Auflage
Preis: € 38,- | Seitenanzahl: 228
BestellNr.: 98011005 | ISBN: 978-3-7007-7624-6

JETZT BESTELLEN!

E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at | Tel.: +43-1-534 52-0

Ab 40 Euro Bestellwert versandkostenfrei
innerhalb von Österreich unter shop.lexisnexis.at

LexisNexis®

Weil Vorsprung entscheidet.

VORLAGEN UND TEXTMUSTER

von *Birgit Kronberger* und *Rainer Kraft*

» ARD 6755/7/2021

Vorlagen und Textmuster sind im Arbeitsalltag von Personalverantwortlichen, Steuerberatern, Personalverrechnern, Rechtsanwälten und allen sonstigen in der Personalverrechnung und/oder im Arbeitsrecht tätigen Personen eine äußerst wertvolle Unterstützung für die täglichen Herausforderungen. Die folgende Vorlage wurde von *Birgit Kronberger*, MBA und Mag. *Rainer Kraft* zur Verfügung gestellt und stammt aus der umfassenden und ständig wachsenden Datenbank www.vorlagenportal.at mit aktuell über 1.400 Vorlagen (Erläuterungen und Textmuster) für alle Bereiche der Personalverrechnung und des Arbeitsrechts.



Ablehnung einer „großen Elternteilzeit“ durch den Arbeitgeber wegen nicht erreichter Grenzzahl

Bei der Elternteilzeit ist zu unterscheiden zwischen

- dem Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung („große Elternteilzeit“, siehe § 15h MSchG bzw § 8 VKG) und
- der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung („kleine Elternteilzeit“, siehe § 15i MSchG bzw § 8a VKG).

Der Anspruch auf „große Elternteilzeit“ setzt ua voraus, dass im Betrieb (§ 34 ArbVG) zum Zeitpunkt des beabsichtigten Antritts der Elternteilzeit mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 15h Abs 1 Z 2 MSchG, § 8 Abs 1 Z 2 VKG).

Macht ein Arbeitnehmer eine „große Elternteilzeit“ geltend, obwohl die Arbeitnehmeranzahl unterhalb der für die „große Elternteilzeit“ erforderlichen Mindestschwelle von 21 Arbeitnehmern liegt, kann der Arbeitgeber die „große Elternteilzeit“ ablehnen und den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit der „kleinen Elternteilzeit“ verweisen. Hierfür kann das folgende Textmuster verwendet werden.

Sehr geehrte/r Frau/Herr

Sie haben uns per Schreiben vom [Datum], bei uns eingelangt am [Datum], Ihren Wunsch auf Teilzeitbeschäftigung im Sinne des MSchG/VKG für Ihr Kind/Adoptivkind/Pflegekind [Name] bekannt gegeben. Sie wünschen die Teilzeitbeschäftigung bis zum Ablauf des siebenten Lebensjahres oder einem späteren Schuleintritt des Kindes.

Nach den derzeitigen Verhältnissen sind im Betrieb aber weniger als 21 Arbeitnehmer/innen beschäftigt, was sich auch bis zum gewünschten Zeitpunkt des Beginns der Teilzeitbeschäftigung voraussichtlich nicht ändern wird.

Sie haben daher keinen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung (§ 15h MSchG bzw. § 8 VKG), sondern es kommt lediglich eine vereinbarte Teilzeitbeschäftigung in Betracht, die längstens bis zum Ablauf des vierten Lebensjahres des Kindes möglich ist (§ 15i MSchG bzw. § 8a VKG).

Wenn Sie eine vereinbarte Teilzeitbeschäftigung anstreben, legen Sie uns bitte im eigenen Interesse ehe baldigst einen neuen angepassten Teilzeitantrag vor.

Mit freundlichen Grüßen,

.....
Ort, Datum

.....
Unterschrift Arbeitgeber/in

RECHTSPRECHUNG

bearbeitet von *Manfred Lindmayr* und *Bettina Sabara*

ARBEITSRECHT

Anspruch auf Elternteilzeit: Fallweise beschäftigte Personen bei relevanter Betriebsgröße zu berücksichtigen

» ARD 6755/8/2021

§ MSchG: § 15h Abs 1 Z 2

OLG Wien 25. 3. 2021, 9 Ra 22/21b

Ein **Anspruch** auf Elternteilzeit setzt nach § 15h Abs 1 Z 2 MSchG ua voraus, dass die Dienstnehmerin zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung in einem **Betrieb mit mehr als 20 Beschäftigten** tätig ist. Da es nach dem Gesetzeswortlaut für die Berücksichtigung eines Dienstnehmers für die Mindestgröße des Betriebes weder auf die (Un-)Befristung noch auf den Umfang der Beschäftigung, sondern allein auf die „Zahl der verfügbaren Köpfe“ ankommt, sind **auch fallweise beschäftigte Personen** für die Mitarbeiterzahl nach § 15h Abs 1 Z 2 MSchG **zu berücksichtigen**, wenn sie **regelmäßig** im Betrieb **beschäftigt** werden. Dabei ist die Dauerhaftigkeit des Personalstandes dynamisch einzuschätzen, wobei von den aktuellen Umständen und Erfahrungswerten und der begründet zu erwartenden Entwicklung auszugehen ist.

Sachverhalt und bisheriges Verfahren

Die beklagte Arbeitgeberin ist die nach dem Anti-Doping-Bundesgesetz zur Wahrnehmung der Aufgaben der Unabhängigen Dopingkontrollereinrichtung geschaffene Gesellschaft (NADA Austria). Ihre Aufgabengebiete sind die Durchführung von Dopingkontrollen, Informations- und Präventionsarbeit und die Durchführung sportrechtlicher Verfahren. Die Klägerin ist dort seit 13. 9. 2020 im Ausmaß von 38,5 Wochenstunden als Büroangestellte beschäftigt und wollte nach der Geburt ihres Sohnes und anschließender Karenz bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres des Kindes in Elternteilzeit gehen.

Strittig war im Verfahren, ob der Klägerin ein **Anspruch auf Elternteilzeit** nach § 15h MSchG zusteht. Die Arbeitgeberin verneinte dies mit dem Hinweis, dass im Betrieb nicht mehr als 20 Dienstnehmer regelmäßig beschäftigt seien. Neben den 14 Stammmitarbeitern würden zwar noch etwa 115 **fallweise Beschäftigte** in einer unregelmäßigen Beschäftigungsabfolge – durchschnittlich 6 Tage monatlich – für die Gesellschaft tätig sein (vor allem bei Dopingkontrollen und Vorträgen), diese seien aber für die relevante Betriebsgröße nicht mitzuzählen.

Das Erstgericht wies die Klage der Arbeitnehmerin auf Feststellung, dass sie die von ihr begehrte Elternteilzeit zu den von ihr bekannt gegebenen Bedingungen antreten könne, ab, gab aber dem Eventualantrag statt, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, in die begehrte Elternteilzeit nach § 15i MSchG (vereinbarte Elternteilzeit) einzuwilligen. Die fallweise Beschäftigten würden gänzlich andere Tätigkeiten als die Klägerin und sämtliche anderen Stammmitarbeiter verrichten, weshalb sie bei der Ermittlung der Anzahl der Mitarbeiter nach § 15h Abs 1 Z 2 MSchG nicht zu berücksichtigen seien und folglich kein Anspruch auf Elternteilzeit bestehe. Da aber keine ausreichenden sachlichen Gründe ersichtlich sind, die einer Teilung der Stelle und damit einer Elternteilzeit in der von der Klägerin beantragten Ausformung entgegenstehen würden, habe die Arbeitgeberin nach § 15i MSchG der Inanspruchnahme der Elternteilzeit bis zum Ablauf des 4. Lebensjahres des Kindes der Klägerin zuzustimmen.

Der gegen die Abweisung des Hauptbegehrens gerichteten Berufung der Klägerin wurde nun vom OLG Wien stattgegeben und ein **Anspruch auf Elternteilzeit bejaht**:

Anspruch auf ETZ erst ab 21 Beschäftigten

Ein **Anspruch** auf Elternteilzeit setzt nach § 15h Abs 1 Z 2 MSchG ua voraus, dass die Dienstnehmerin zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung in einem **Betrieb mit mehr als 20 Beschäftigten** tätig ist. Für die Ermittlung der Dienstnehmeranzahl ist nach § 15h Abs 3 MSchG „maßgeblich, wie viele Dienstnehmer und Dienstnehmerinnen regelmäßig im Betrieb beschäftigt werden“. Durch die Mindestzahl von 21 Dienstnehmern wird verhindert, dass der Dienstgeber 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 (ErläutRV 399 BlgNR 22. GP 4, 6). Erst ab einer bestimmten Anzahl von Dienstnehmern in einem Betrieb – die der Gesetzgeber mit 21 angenommen hat – verfügt ein Dienstgeber 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.

Das **Gesetz differenziert nicht** danach, um was für einen Dienstnehmer es sich handelt. Deshalb und weil 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. Irrelevant ist damit, ob es sich um befristet oder unbefristet aufgenommene Arbeitnehmer handelt, und mangels Relevanz des Umfangs der Beschäftigung ebenso, ob ein Dienstnehmer nur geringfügig beschäftigt ist (vgl OGH 17. 5. 2018, 9 ObA 39/18b, ARD 6609/5/2018).

In diesem Sinne ist auch ein Dienstnehmer für die Mindestgröße des Betriebes zu berücksichtigen, der auf einem Arbeitsplatz im Betrieb beschäftigt ist, der üblicherweise von nur kurzfristig beschäftigten Personen – dies aber regelmäßig – besetzt wird.

Nach dem Gesetz kommt es auf den Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung an. Da vorübergehende, fallweise und nur kurzfristige Über- oder Unterschreitungen der Zahlengrenze nicht zu berücksichtigen sind (ErläutRV 399 BlgNR 22. GP 5), kommt es nicht darauf an, wie viele Dienstnehmer zum Antrittszeitpunkt tatsächlich anwesend sind, sondern wie viele dem Dienstgeber regelmäßig zur Arbeitsleistung zur Verfügung stehen. Aus diesem Grund werden auch regelmäßig an den Betrieb **überlassene Arbeitnehmer** auf die Schwellenzahl angerechnet (vgl. nochmals 9 Oba 39/18b).

Fallweise Beschäftigte sind mitzuzählen

Die vom beklagten Arbeitgeber (bis auf eine Ausnahme ausschließlich) bei Doping-Kontrollen und für Vorträge herangezogenen etwa **115 Mitarbeiter** sind demnach bei der Ermittlung der Dienstnehmerzahl zu **berücksichtigen**. Soweit der Arbeitgeber dagegen einwendet, dass es sich dabei bloß um „fallweise“ Beschäftigte handle, die begrifflich keine regelmäßig Beschäftigte seien, ist dem nicht zu folgen:

Fallweise Beschäftigte sind Personen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden und deren Beschäftigung kürzer als eine Woche vereinbart ist (§ 33 Abs 3 ASVG). Dabei handelt es sich um einen Begriff aus dem Sozialversicherungsrecht, der für die arbeitsrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend ist. Maßgeblich ist vielmehr die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse dieser Personen, nämlich die unregelmäßige unterbrochene Aneinanderreihung verschiedener, kurzzeitig befristeter Dienstverhältnisse. Da es für die Berücksichtigung eines Dienstnehmers **weder auf die Befristung, noch auf den Umfang der Beschäftigung ankommt**, sind diese Dienstnehmer für die Mitarbeiterzahl nach § 15h Abs 1 Z 2 MSchG nicht grundsätzlich unerheblich. Die beklagte Arbeitgeberin behauptet auch gar nicht, dass es sich dabei etwa um freie Dienstnehmer handle, die bei der Ermittlung der Dienstnehmeranzahl nicht zu berücksichtigen wären (ErläutRV 399 BlgNR 22. GP 6).

Regelmäßige Beschäftigung zu bejahen

Zu prüfen ist daher der Begriff der **Regelmäßigkeit**, der sich nach dem Gesetz nicht auf einen Dienstnehmer (oder gar auf den Dienstgeber) bezieht, sondern auf die Anzahl der Dienstnehmer. Nicht zu berücksichtigen sind daher nur vorübergehende, fallweise und nur kurzfristige Über- oder Unterschreitungen der Zahlengrenze. Dabei ist der Blick nach vorne zu richten und die Dauerhaftigkeit des Personalstandes dynamisch einzuschätzen, wobei von den aktuellen Umständen und Erfahrungswerten und der begründet zu erwartenden Entwicklung auszugehen ist. Unabhängig davon, wie viele Dienstnehmer konkret am 13. 7. 2020 (= zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung) tätig wa-

ren, führt die beklagte Arbeitgeberin unter normalen Verhältnissen etwa zwischen sieben und neun Doping-Kontrollen täglich (sieben Mal pro Woche) durch, wobei teils mehrere Proben bei einem Event genommen werden und bei einer Kontrolle mindestens zwei Mitarbeiter anwesend sein müssen. Von Jänner bis Juni 2020 waren auch mindestens sieben Dienstnehmer wiederholt (nämlich in fünf dieser sechs Monate) für das Unternehmen tätig (und jeder einzelne monatlich durchschnittlich 16 bis 93 Stunden in diesen sechs Monaten). Auch nach dem Vorbringen des Arbeitgebers ist der größte Teil dieser Dienstnehmer im Durchschnitt sechs Mal im Monat im Einsatz.

Davon ausgehend ist begründet zu erwarten, dass **zumindest sieben Dienstnehmer** auch weiterhin in einer **ähnlichen Häufigkeit zur Dienstleistung herangezogen** werden. Irrelevant ist dabei, ob diese Heranziehung in einem „regelmäßigen Turnus“ (vom Arbeitgeber offenbar verstanden als immer am selben Wochentag) erfolgt oder wie lange im Vorhinein ein konkreter Einsatz mit dem jeweiligen Mitarbeiter vereinbart wird, weil es hier um den ständigen Bedarf des Arbeitgebers geht, den er durchgehend im Wesentlichen mit denselben (zumindest sieben) Mitarbeitern abdeckt. Sie dienen umgekehrt also nicht der Abdeckung eines bloß kurzfristigen Bedarfs und werden auch nicht fallweise ersatzweise für andere (abwesende) Dienstnehmer herangezogen. Die **Zahl der Dienstnehmer** im Betrieb des beklagten Unternehmens beträgt daher **insgesamt** (mit den unstrittigen 14 „Stammmitarbeitern“) **regelmäßig mehr als 20**.

Abgesehen davon, dass damit auch eine allzu leichte Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften verhindert wird, entspricht dieses Ergebnis auch der Absicht des Gesetzgebers, weil nur schwer argumentiert werden kann, dass ein Betrieb, der (zusätzlich zu den 14 „Stammmitarbeitern“ weitere) etwa 115 Mitarbeiter fallweise zu einer sieben bis neunmal täglich erforderlichen Dienstleistung (von durchschnittlich zwei Stunden) heranzieht, ein „kleinerer“ Betrieb ist, der beim Personaleinsatz vor unlösbare Probleme gestellt wäre, wenn eine Dienstnehmerin ihre Dienstzeit reduzieren würde. Gerade der Umstand, dass diese etwa 115 Mitarbeiter aufgrund von Rahmenverträgen grundsätzlich dauerhaft zur Verfügung stehen und in der Vergangenheit auch tatsächlich annähernd durchgehend zur Verfügung standen, zeigt, dass ein solcher Betrieb (aufgrund dieser 115 Mitarbeiter) flexibel auf die Stundenreduktion einer Dienstnehmerin wie der Klägerin reagieren kann. Da dieses Personal der Abdeckung eines ständigen Bedarfs des Arbeitgebers dient, ist – entgegen der Rechtsansicht des Unternehmens – auch nicht von einer bloß kurzfristigen Überschreitung der maßgeblichen Dienstnehmerzahl auszugehen.

Die Frage, ob die Tätigkeiten der Klägerin mit anderen Dienstnehmern des Betriebs vergleichbar sind und wie dem Dienstgeber eine „**Umschichtung**“ (der zur Verfügung stehenden Dienstnehmer auf die freiwerdenden Tätigkeiten) **möglich** ist, ist **nicht zu prüfen**, da der Gesetzgeber in typisierender Betrachtungsweise auf eine (feste) Betriebsgröße von mehr als 20 Dienstnehmer und nicht auf die Flexibilität des konkreten Betriebs abstellt. Es ist daher nach dem Gesetz bei Vorliegen dieser Voraussetzun-

gen davon auszugehen, dass dem Dienstgeber die Umschichtung der zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte in diesen Fällen aufgrund der Betriebsgröße möglich und zumutbar ist.

Dass die weiteren Voraussetzungen des § 15h Abs 1 MSchG (ununterbrochene dreijährige Dauer des Dienstverhältnisses der Klägerin und Teilzeit innerhalb der Bandbreite) bzw § 15j Abs 1 MSchG (gemeinsamer Haushalt der Klägerin mit ihrem Kind, keine gleichzeitige Karenz des Vaters) im vorliegenden Fall erfüllt sind, stellt der Arbeitgeber nicht in Abrede. Die Klägerin hat daher einen **Anspruch auf die begehrte Teilzeitbeschäftigung** (§ 15k Abs 2 MSchG). (Revision erhoben)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Kein Anspruch auf Elternteilzeit bei gewährleisteter Kinderbetreuung

» ARD 6755/9/2021

§ VKG: § 8f

ASG Wien 28. 10. 2020, 1 Cga 108/20p

Der beklagte Arbeitnehmer ist bei der Arbeitgeberin seit 3. 8. 2012 als Chief Financial Officer tätig. Diese Position soll im Jahr 2021 wegfallen. Dies erfuhr der Arbeitnehmer am 5. 8. 2020, erhielt aber gleichzeitig das Angebot, seine bisherige Tätigkeit als CFO in Deutschland (Stuttgart) ausüben zu können. Dies war für den Arbeitnehmer keine Option, weil es weder nach Deutschland übersiedeln noch regelmäßig pendeln wollte, weil er dann seine Familien nur an den Wochenenden gesehen hätte.

Am 7. 8. 2020 teilte der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin mit, dass er aufgrund der Geburt seiner Tochter bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres **ab 1. 12. 2020 Elternteilzeit** in Anspruch nehmen wolle und zwar von Montag bis Donnerstag, von 8:30 bis 17:30 Uhr. Dem Arbeitnehmer wäre es angenehm, einen Tag in der Woche mit seiner Tochter zu verbringen, auch wenn deren Betreuung durch seine Ehefrau und im Notfall auch durch seine Mutter jeweils gesichert wäre. Die **Kindesmutter** und Ehefrau ist seit der Geburt des gemeinsamen Kindes zuhause, sie ist **nicht berufstätig** und hat keine Karenz in Anspruch genommen.

Mit seiner Klage begehrt die Arbeitgeberin die **Feststellung**, dass für den Arbeitnehmer **kein gesetzlicher Kündigungs- und Entlassungsschutz** gemäß § 8f VKG besteht.

Im ersten Schritt führt das ASG Wien aus, dass eine Klage des Dienstgebers zulässig ist, dass ein Dienstnehmer nicht berechtigt sei, Elternteilzeit anzutreten. Damit bestehe auch ein **negatives Feststellungsinteresse**, dass ein derartiger Anspruch auf Elternteilzeit folglich der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz nach dem § 8f VKG nicht besteht.

Der **Zweck der Elternteilzeit** besteht im Übrigen darin, der Dienstnehmerin oder dem Dienstnehmer **ausreichend Zeit zur Kinderbetreuung** zu gewähren, weshalb es maßgebend ist, ob

die Teilzeitarbeit oder die Änderung der Lage der Arbeitszeit deshalb begehrt wird, weil die bisherige Beschäftigung nicht die erforderliche Zeit für die Kleinkindbetreuung zulassen würde; die gewünschte „Teilzeit“ muss also der Betreuung des Kleinkindes dienen (vgl OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 80/10w, ARD 6157/1/2011). Im vorliegenden Fall kann aber gerade nicht davon ausgegangen werden, dass nur die gewünschte Änderung der Arbeitszeit die Betreuung des Kleinkindes ermöglicht. Der Wunsch des Vaters, mehr Zeit für seine Tochter zur Verfügung zu haben, ist verständlich, entspricht jedoch nicht der Vorgabe, dass nur die gewünschte Änderung der Arbeitszeit die erforderliche Betreuung des Kleinkindes gewährleistet und sicherstellt, da die **Betreuung der Tochter des Klägers an sämtlichen Tagen der Woche** durch die Kindesmutter und Gattin des Klägers **gewährleistet** ist. Eine andere Sichtweise würde der Bestimmungen des § 137 Abs 2 ABGB, womit generell die gegenseitige Pflicht der Eltern, den Kindern beizustehen, und die Gleichstellung von Vater und Mutter normiert wird, und des § 140 Abs 1 ABGB, wonach die Eltern zur Deckung der Lebensverhältnisse des Kindes anteilig beizutragen haben, widersprechen.

Da daher ein Anspruch auf Elternteilzeit iSd Bestimmungen der §§ 8 ff VKG nicht besteht, steht dem Kläger auch der Kündigungsschutz bzw Entlassungsschutz nach § 8f VKG nicht zu. (Urteil rechtskräftig)

➔ **Hinweis:** Zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage des Arbeitgebers zur Bestreitung des Anspruchs einer Arbeitnehmerin bzw eines Arbeitnehmers auf Elternteilzeit siehe auch *Bammer*, Elternteilzeit – Feststellungsklage bei missbräuchlichem Elternteilzeitwunsch, ARD 6755/6/2021.

Bearbeiterin: Bettina Sabara

Elternteilzeitbegehren einer Flugbegleiterin: Interessenabwägung zugunsten der Arbeitnehmerin

» ARD 6755/10/2021

§ MSchG: § 15h, § 15k Abs 3

ASG Wien 12. 10. 2020, 30 Cga 72/20g

Im vorliegenden Fall klagte die Arbeitgeberin, eine Fluggesellschaft, eine Flugbegleiterin mit Anspruch auf Elternteilzeit auf Einwilligung in eine Elternteilzeit im Ausmaß von 50 % nach dem im Betrieb für teilzeitbeschäftigtes Kabinenpersonal angewandten Dienstplan: **5 Tage Frühdienst** (5:00 Uhr bis 16:00 Uhr) – **10 freie Tage** – **5 Tage Spätdienst** (14:00 Uhr bis 24 Uhr) – **10 freie Tage**. Die Arbeitnehmerin beehrte ua die Feststellung auf Anspruch auf eine Elternteilzeit im Ausmaß von 50 % der Normalarbeitszeit innerhalb der Rahmenarbeitszeit Montag bis Donnerstag, 0 Uhr

bis 16 Uhr; an den **Wochenenden** ist die **Betreuung der Kinder** durch den Ehegatten und auch die Großeltern **nicht möglich** bzw nicht zumutbar.

Da aus dem festgestellten Sachverhalt **keinerlei Gründe ersichtlich** sind, die eine **Einteilung** der Arbeitnehmerin **außerhalb** des von der Fluggesellschaft vorgegebenen **Teilzeit-Rasters unzumutbar** oder unmöglich machen würden, schlägt die gemäß § 15k Abs 3 MSchG vorzunehmende **Interessenabwägung zugunsten der Arbeitnehmerin** aus, da deren Interessen die betrieblichen Erfordernisse überwiegen.

Sachverhalt

Die beklagte Arbeitnehmerin war für ihre Arbeitgeberin als **Flugbegleiterin** tätig. Mit Schreiben vom 22. 3. 2020 teilte sie mit, dass sie im Anschluss an die Geburt ihres im Jahr 2018 geborenen Kindes eine **Elternteilzeitbeschäftigung** entsprechend den Bestimmungen des § 15h MSchG bis zum 7. Geburtstag des Kindes in Anspruch nehme. Das Ausmaß der Arbeitszeit solle 50 % betragen, die Arbeitszeit sollte auf die Wochentage **Dienstag, Mittwoch und Donnerstag**, jeweils auf 0 – 14.00 Uhr verteilt werden.

Am 20. 4. 2020 lehnte die Arbeitgeberin die gewünschte Lage der Arbeitszeit ab. Die **angefragte Teilzeit sei nicht möglich**, die einzig verfügbare Option sei ein fester Dienstplan von 5 Arbeitstagen, gefolgt von 10 Tagen frei, gefolgt von 5 Arbeitstagen. Die Arbeitnehmerin teilte daraufhin mit, aufgrund der Betreuung ihrer beiden Töchter den vorgegebenen 5/10/5-Dienstplan nicht einhalten zu können.

Bei der Fluggesellschaft wurde zuletzt ein fixes Dienstplanmodell für eine bessere Ressourcenplanung und eine bessere Kostenkontrolle eingeführt. Die Teilzeitkräfte wurden dabei vorerst entsprechend ihren individuellen Vereinbarungen eingesetzt. Für Teilzeitmitarbeiter wurde später – etwa im Juni 2020 – das Modell 5/11/5/11 (5 Tage Frühflüge, 11 Tage frei, 5 Tage Spätflüge, 11 Tage frei) eingeführt.

Die zwei Kinder der beklagten Arbeitnehmerin besuchen den Kindergarten, welcher unter der Woche von 6:30 bis 17:30 Uhr geöffnet ist. Der Ehegatte der Klägerin ist mit 20 Wochenstunden teilzeitbeschäftigt und arbeitet an (allen) Wochenenden. An den **Wochenenden** ist daher die **Betreuung der Kinder** durch den **Ehegatten** und auch die **Großeltern nicht möglich** bzw nicht zumutbar.

Für die Arbeitgeberin ist die Einteilung der Arbeitnehmerin nach einem vom System 5/11/5 abweichenden Plan mit zusätzlichem organisatorischem Aufwand verbunden. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass die Einteilung der Klägerin entsprechend ihrem Teilzeitwunsch mit nennenswertem finanziellen oder personellen Aufwand verbunden oder gar nicht möglich wäre.

Die **Arbeitgeberin begehrt** mit ihrer Klage festzustellen, dass die Arbeitnehmerin die Elternteilzeit ab 29. 6. 2020 bis 28. 6. 2025 im Ausmaß von 50 % nur zu den von der Arbeitgeberin vorgeschlagenen Bedingungen antreten könne. Die Arbeitszeit im Rahmen der Elternteilzeit gestalte sich nach dem Dienstplan von **5 Tagen Frühdienst** (5:00 Uhr bis 16:00 Uhr Lokalzeit: Check-in/Check-out),

gefolgt von **10 Tagen frei**, **5 Tagen Spätdienst** (14:00 Uhr bis 24 Uhr Lokalzeit; Check-in/Check-out), gefolgt von 10 Tagen frei.

Die Arbeitnehmerin beantragte, dass festgestellt werde, dass sie in Elternteilzeit im Ausmaß von 50 % der Normalarbeitszeit an den Tagen Dienstag, Mittwoch und Donnerstag in einer Rahmenzeit von jeweils 0 bis 14 Uhr arbeite. In eventu beantragte sie ua die **Feststellung** auf Anspruch auf eine Elternteilzeit im Ausmaß von 50 % der Normalarbeitszeit innerhalb einer Rahmenarbeitszeit von **Montag bis Donnerstag, 0 Uhr bis 16 Uhr**. Dies entspricht einer noch vor der Karenz im Jahr 2018 abgeschlossenen Zusatzvereinbarung mit der Arbeitgeberin, mit der der Arbeitnehmerin eine Teilzeitbeschäftigung von Montag bis Donnerstag von 0:00 Uhr bis 16:00 Uhr als Rahmenarbeitszeit (bei 50 % der Leistung) im Anschluss an deren Karenz angeboten wurde.

Das Gericht gab letztlich dem Eventualbegehren der Klägerin statt:

Verfahren beim Anspruch auf Elternteilzeit

Für den Fall des **Anspruchs auf Teilzeitbeschäftigung** nach § 15h Abs 1 MSchG sieht § 15k Abs 2 MSchG vor, wenn nach vier Wochen ab Bekanntgabe des Teilzeitwunsches **keine Einigung** über Dauer, Ausmaß oder Lage der Teilzeitbeschäftigung zustande kommt, dass die Dienstnehmerin die Teilzeitbeschäftigung zu den von ihr bekannt gegebenen Bedingungen antreten darf, sofern der Dienstgeber nicht binnen weiterer zwei Wochen beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht einen Antrag nach § 433 Abs 1 ZPO zu gütlichen Einigung stellt.

Kommt binnen vier Wochen ab Einlangen des Antrages beim ASG keine gütliche Einigung zustande, so hat der **Dienstgeber** nach § 15k Abs 3 MSchG binnen einer weiteren Woche die Dienstnehmerin auf **Einwilligung** in die **von ihm vorgeschlagenen Bedingungen** der Teilzeitbeschäftigung zu **klagen**, anderenfalls kann die Dienstnehmerin die Teilzeitbeschäftigung zu den von ihr bekannt gegebenen Bedingungen antreten.

Das Arbeits- und Sozialgericht hat eine **Interessenabwägung** vorzunehmen und der Klage des Dienstgebers dann stattzugeben, wenn die betrieblichen Erfordernisse die Interessen der Dienstnehmerin überwiegen.

Kinderbetreuungspflichten besonders schützenswert

Im ersten Schritt führt das ASG Wien aus, dass im vorliegenden Fall der **Anspruch** der Arbeitnehmerin **auf Elternteilzeit gegeben** ist, dh die Anspruchsvoraussetzungen nach § 15h Abs 1 MSchG erfüllt sind. Auch wenn die Arbeitgeberin zunächst den Anspruch der Arbeitnehmerin auf Elternteilzeit bestreitet, weil sie noch nicht 3 Jahre im Betrieb beschäftigt sei, hat sie den Anspruch anerkannt, da sie – entsprechend dem Verfahren nach dem MSchG bei Anspruch auf Elternteilzeit – den Antrag auf gütliche Einigung stellte, die Klage einbrachte und die Feststellung des im Betrieb verwendeten Teilzeitmodelles 11/5/11 bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres des Kindes begehrt. Inhaltlich richtet sie sich damit

nicht gegen den Anspruch auf Elternteilzeit, sondern gegen die von der Arbeitnehmerin gewünschte Lage der Arbeitszeiten.

Es ist somit eine **Interessenabwägung** zwischen dem Vorschlag des Arbeitgebers und dem der Arbeitnehmerin vorzunehmen. Der Arbeitgeber dringt mit seiner Klage durch, wenn die betrieblichen Erfordernisse gegenüber den Interessen der Arbeitnehmerin überwiegen. Nach den Materialien muss es sich bei den **betrieblichen Interessen** um Umstände handeln, die **negative Auswirkungen** auf den **Betrieb** in seiner Eigenschaft als eine dem Zweck der Leistungshervorbringung gewidmete Organisation haben. Es ist der Klage nur dann stattzugeben, wenn die betrieblichen Interessen überwiegen. Bei Gleichwertigkeit der Interessenlage kann die Arbeitnehmerin die Teilzeitbeschäftigung antreten. Der Arbeitgeber muss bei Elternteilzeit gegebenenfalls auch **Umorganisationen** und finanzielle Nachteile **in Kauf nehmen** (Schrittwieser in *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Bauer*, MSchG und VKG³, § 15k, Rz 33 f).

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist die **Betreuung der Kinder** der Arbeitnehmerin an **Wochenenden** durch Familie und Kindergarten **nicht möglich**. Ein Zurückgreifen auf sämtliche mögliche Kinderbetreuungsangebote, wie dies die Arbeitgeberin durch Vorlage einer Internet-Annonce ins Spiel bringt, ist nicht zumutbar. Die Kinder der Arbeitnehmerin besuchen den Kindergarten, lediglich eine Betreuung am Wochenende ist weder durch diese Einrichtung noch durch den Vater und die Großeltern möglich. Wenn die Arbeitgeberin vorbringt, die Zeiten seien aufgrund des fixen Dienstplans lange vorausplanbar und es seien nur wenige Wochenenden im Jahr betroffen, so ist daraus für sie nichts gewonnen, da eine Betreuung am Wochenende durch die üblichen Betreuungspersonen auch mit langer Vorlaufzeit und an wenigen Wochenenden nicht möglich ist.

Auch die Argumentation der Arbeitgeberin, der Arbeitnehmerin seien die flexiblen Arbeitszeiten schon bei ihrem Eintritt bekannt gewesen und von ihr akzeptiert worden, überzeugen nicht. Durch die Möglichkeit der Elternteilzeit anerkennt der Gesetzgeber **Kinderbetreuungspflichten** als **besonders wichtig und schützenswert**. Folgte man der Arbeitgeberin, würden Eltern mit für die Kinderbetreuung ungünstigen Arbeitszeiten keinen Anspruch auf Elternteilzeit haben bzw bei der Interessenabwägung unterliegen, da sie sich schon bei der Entscheidung für ihren Beruf oder ihre Arbeitsstelle der Arbeitszeiten bewusst waren. Dies widerspricht der Intention des Gesetzgebers.

Interessenabwägung zugunsten der Arbeitnehmerin

Da nach den Angaben der Arbeitgeberin eine Einteilung nicht an allen Arbeitstagen erfolgen müsse, versuchte die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber entgegenzukommen, indem sie die in der Vereinbarung aus 2018 angeführten Arbeitszeiten bzw in eventu die Einteilung nach dem **Dienstplan akzeptiert hätte, falls** sie an den **Wochenenden nicht eingeteilt** würde. Dies hat die Arbeitgeberin abgelehnt. Aus dem gesamten Vorbringen ist zudem ersichtlich, dass es der Arbeitgeberin zumindest auch um die Unterwerfung

unter den neuen Kollektivvertrag, und dabei scheinbar um den Verzicht auf einzelvertragliche Rechte geht.

Hingegen sind ausgehend vom festgestellten Sachverhalt **keinerlei Gründe ersichtlich**, die eine **Einteilung** der Arbeitnehmerin **außerhalb des Teilzeit-Rasters unzumutbar** oder unmöglich machen würden. Auch erfolgte die Einteilung seit September 2019 entsprechend den individuellen Vereinbarungen. Die **Abwägung** muss daher **zugunsten der Arbeitnehmerin** erfolgen. Da jedoch nachvollziehbar ist, dass die Einteilung im Flugbetrieb für den Arbeitgeber einfacher ist, je größer die mögliche Zeitspanne ist, erscheint dem Senat die Festsetzung im Rahmen des **1. Eventualbehrens** der Arbeitnehmerin als für beide Parteien **zumutbar** und sachgemäß. Es handelt sich dabei schließlich um eine zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist kein Grund ersichtlich, aus welchem die Einteilung der Arbeitnehmerin entsprechend der von der Arbeitgeberin angebotenen Teilzeittätigkeit nun nicht mehr möglich sein sollte.

Die für Ende Oktober 2020 geplante Einstellung des gesamten Flugbetriebes war nicht zu berücksichtigen. (Urteil rechtskräftig)

Bearbeiterin: Bettina Sabara

Rechtsunwirksame Kündigung während der Elternteilzeit – Ausübung des Wahlrechts

» ARD 6755/11/2021

§ ABGB: § 863, § 1162b
MSchG: § 10 Abs 6, § 15n

OLG Wien 22. 2. 2021, 10 Ra 79/20s

Wird eine Arbeitnehmerin während der Elternteilzeit vom Arbeitgeber ohne vorherige Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichts gekündigt, kann sie entweder die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen oder die an sich rechtsunwirksame Kündigung gegen sich gelten lassen und Kündigungsentschädigung begehren. Informiert die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber als Reaktion auf die Kündigung per E-Mail über ihre Ansicht, dass sie sich in Elternteilzeit befinde und die **Kündigung somit nicht rechtswirksam sei**, hat sie damit – im Sinne einer Wissenserklärung – bloß auf diese Umstände hingewiesen und kann daher von der **Ausübung des Wahlrechts** im Sinn einer die Rechtslage gestaltenden Erklärung mit Bindungswirkung **noch nicht ausgegangen** werden. Erst die wenige Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist in einem Schreiben der Arbeiterkammer getätigte Äußerung, dass die Arbeitnehmerin von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht und die an sich rechtsunwirksame Kündigung gegen sich gelten lässt und Kündigungsentschädigung begehrt, stellt eine verbindliche Willenserklärung dar.

Sachverhalt und bisheriges Verfahren

Die Klägerin war seit 14. 1. 2014 als Kindergartenhelferin beim beklagten Arbeitgeber beschäftigt. Für den Zeitraum ab 17. 9. 2018 vereinbarten die Parteien eine **Elternteilzeit** mit einer Arbeitszeit von 30 Stunden pro Woche. Mit Schreiben vom 30. 10. 2018 sprach der Arbeitgeber die **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses der Klägerin zum 14. 11. 2018 aus.

Die Klägerin erkundigte sich am 31. 10. 2018 bei der Arbeiterkammer nach ihren Rechten und erhielt dort die Auskunft, dass sie es einklagen könne, weiterhin beim Arbeitgeber tätig zu sein, weil die Kündigung aufgrund der Elternteilzeit unwirksam sei, sowie, dass es auch die Möglichkeit gebe, die Kündigung zu akzeptieren. Der Klägerin wurde empfohlen, ein E-Mail zu verfassen, wonach die **Kündigung nicht rechtswirksam** sei, was die Klägerin am selben Tag noch tat. Auf dieses E-Mail erhielt die Klägerin keine Antwort.

Am nächsten Arbeitstag, dem 2. 11. 2018 (ein Freitag), versah sie ihren Dienst, ab dem darauf folgenden Arbeitstag (5. 11. 2018) bis zum Ende der gesetzten Kündigungsfrist befand sie sich im Krankenstand.

Im Auftrag der Klägerin verfasste die **Arbeiterkammer** am 19. 11. 2018 ein Schreiben an den Arbeitgeber, in dem auf die vereinbarte Elternteilzeit der Klägerin hingewiesen wurde, und darauf, dass eine Kündigung nur mit vorheriger Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichtes möglich gewesen wäre. Weiters wurde ausgeführt, dass „Frau J**** (...) von ihrem Wahlrecht Gebrauch [macht] und (...) die an sich **rechtsunwirksame Kündigung gegen sich gelten** [lässt].“ Gleichzeitig wurde ua eine Kündigungsschädigung von 15. 11. 2018 bis 28. 2. 2021 geltend gemacht. Das Schreiben erhielt der Arbeitgeber am 20. 11. 2018.

Das Erstgericht sprach aus, dass die unmittelbar nach Erhalt der Kündigungserklärung per E-Mail getätigte Äußerung der Klägerin, wonach sie sich in Elternteilzeit befinde und die Kündigung somit nicht rechtswirksam sei, eine (bloße) Wissensklärung sei und nicht die Ausübung eines Wahlrechts darstelle. Die Ausübung des Wahlrechts erfolgte zeitgerecht mit Schreiben vom 19. 11. 2018. Die Klägerin habe daher Anspruch auf Kündigungsschädigung.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und wies die Ansicht des Arbeitgebers, dass die Klägerin bereits mit Schreiben vom 31. 10. 2018 ihr Wahlrecht ausgeübt habe, zurück:

Wahlrecht bei rechtsunwirksamer Kündigung

Die ausgesprochene Kündigung war aufgrund der Elternteilzeitvereinbarung gemäß § 10 MSchG zunächst rechtsunwirksam, so dass die Klägerin wahlweise auf ihren besonderen Kündigungsschutz verzichten und an Stelle der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses Kündigungsschädigung geltend machen konnte. An eine getroffene Wahl ist die Arbeitnehmerin gebunden, sodass sie davon nicht mehr einseitig abgehen kann. Strittig ist im Berufungsverfahren, wann die Klägerin welche Wahl getroffen hat.

Für die Auslegung von Verträgen, aber auch für die Frage der Abgrenzung zwischen einer Willenserklärung und einer bloßen Wissensklärung ist nicht der Wille der einen oder anderen Par-

tei maßgeblich, sondern wie die Äußerungen vom **Erklärungsempfänger** nach den Umständen **objektiv zu verstehen** waren. Bei einer „**Wissenserklärung**“ geht es darum, dass die eine Partei der anderen oder beide Parteien übereinstimmend sich bloß ihre Vorstellungen über bestimmte Tatsachen mitteilen, jedoch **keinen Willen** dahin äußern, mit der Erklärung bestimmte **Rechtsfolgen bewirken** zu wollen (vgl etwa OGH 15. 5. 2019, 9 ObA 22/19d, ARD 6657/9/2019). Ob ein bestimmtes willentliches Verhalten als Willenserklärung zu beurteilen ist, ist ein Ergebnis der Auslegung. Maßgeblich ist, ob nach dem objektiven Erklärungswert des Verhaltens eine die Rechtslage gestaltende Erklärung mit Bindungswirkung vorliegt. **Im Zweifel** ist der bloße Hinweis auf die Rechtsfolgen eines angenommenen Sachverhalts für den, der die Erklärung entgegennimmt, erkennbar nicht auf eine Änderung von Rechtslage und Rechtsfolgen gerichtet; eine **Willenserklärung** liegt nicht vor.

In diesem Sinne informierte die Klägerin mit der E-Mail vom 31. 10. 2018 als Reaktion auf die Kündigung den Arbeitgeber über ihre Ansicht, dass sie sich in Elternteilzeit befinde und die **Kündigung somit nicht rechtswirksam** sei. Damit hat sie aber – im Sinne einer **Wissenserklärung** – bloß auf diese Umstände hingewiesen. Auch wenn sich die Klägerin davor von der Arbeiterkammer hat beraten lassen, ist dieser Mitteilung noch kein über die bloße Wissensklärung hinausgehender Erklärungsinhalt zu entnehmen. Von einer die Rechtslage gestaltenden Erklärung mit **Bindungswirkung** ist hier noch **nicht** auszugehen, wies die Klägerin doch nur auf die Tatsache der Elternteilzeit und ihre Ansicht der Unwirksamkeit der Kündigung hin, ohne damals noch weitere Folgen daraus abzuleiten. Eben dieser ihre Ansicht klarstellende Mitteilungsinhalt stellt den Sinn dieses Schreibens dar. Der Umstand des von der Berufung vermissten Vorbehalts der Entscheidung über das ihr zustehende Wahlrecht vermag daran nichts zu ändern.

Keine schlüssige Erklärung

Auch eine konkludente bzw **schlüssige Erklärung** iSd § 863 ABGB – vor ihrer ausdrücklichen Geltendmachung ihres Wahlrechts mit Schreiben vom 19. 11. 2018 – ist aus dem festgestellten Sachverhalt nicht abzuleiten.

Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falls kann **nicht** mit der nach § 863 ABGB notwendigen **Zweifelsfreiheit** auf die von der Berufung gewünschte **Willenserklärung** der Klägerin geschlossen werden. Die Klägerin wurde am 31. 10. 2018 per 14. 11. 2018 gekündigt. Am nächsten Arbeitstag, dem 2. 11. 2018 (ein Freitag), versah sie ihren Dienst, ab dem darauf folgenden Arbeitstag (5. 11. 2018) bis zum Ende der gesetzten Kündigungsfrist befand sie sich im Krankenstand.

Diesem Verhalten ist **keine rechtsgestaltende Willensentscheidung** zu entnehmen. Auch aus dem Umstand, dass die Klägerin in der Folge dem Arbeitgeber eine ärztliche Bestätigung über den Krankenstand übermittelte, ist lediglich zu schließen, dass sie diesen belegen wollte. Weitere Schlüsse, etwa auf eine schlüssige Wahl, lassen sich hier daraus aber nicht ziehen. (Urteil rechtskräftig)

Bearbeiterin: Bettina Sabara



NEUE VORSCHRIFTEN

bearbeitet von *Manfred Lindmayr* und *Bettina Sabara*

ARBEITSRECHT

Verlängerung des Corona-Kurz-arbeitsmodells – BGBl

» ARD 6755/12/2021

BGBl I 2021/117, ausgegeben am 30. 6. 2021

Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 und das Arbeitsmarktservicegesetz geändert werden

1. Überblick

Die Novelle zum AIVG und AMSG betrifft zwei unterschiedliche Bereiche. Zum einen wird damit das **Corona-Kurzarbeitsmodell** – mit teilweise neuen Kriterien – **verlängert**. Betriebe, die von der Corona-Krise betroffen sind, können ein weiteres Jahr, konkret bis Mitte Juni 2022, höhere Kurzarbeitsbeihilfen erhalten. Sie müssen allerdings einen Abschlag von 15 % gegenüber der derzeitigen Beihilfenhöhe in Kauf nehmen. Eine Sonderbestimmung gibt es für von der Krise besonders stark betroffene Betriebe, für sie gelten die bisherigen Regelungen noch bis Ende Dezember 2021 unverändert.

Zweiter Punkt des Gesetzespakets ist die **Verlängerung** zweier coronabedingter **Sonderregelungen im AIVG**. Damit sollen Nachteile für selbstständig Erwerbstätige, die von Betriebs-schließungen betroffen sind, und von Personen in Altersteilzeit vermieden werden (siehe dazu ARD 6755/2/2021).

Die nachfolgenden Informationen zur Corona-Kurzarbeit Phase 5 ab 1. 7. 2021 stammen größtenteils von der WKO (<https://www.wko.at/service/corona-kurzarbeit.html>).

2. Corona-Kurzarbeit Phase 5

2.1. Allgemeines

Um die weiter von der Corona-Pandemie betroffenen Unternehmen treffsicher zu unterstützen, haben sich die Sozialpartner und die Bundesregierung auf eine Neuregelung der Corona-Kurzarbeit geeinigt. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen wurden durch die AMSG-Novelle BGBl I 2021/117 geschaffen, die Detailregelungen erfolgen wie zuletzt durch die Sozialpartnervereinbarungen zur Corona-Kurzarbeit (Version 10.0) bzw durch eine Adaptierung der vom AMS-Verwaltungsrat zu erlassenden Kurzarbeits-Richtlinie.

Die Corona-Kurzarbeit **Phase 5** gilt ab **1. 7. 2021** bis 30. 6. 2022 für Kurzarbeitsprojekte von höchstens jeweils 6 Monaten. Die derzeit bestehenden abweichende Berechnungsmethode für die Beihilfenhöhe hat – für eine ökonomische Umsetzung – zwar weiter-

hin Gültigkeit, wird die **Beihilfe** im Regelfall gegenüber der Phase 4 **um 15 % reduziert** und beträgt damit 85 % der bisher ausbezahlten Beihilfe. **Besonders betroffene Betriebe** (mehr als 50 % Umsatzrückgang im 3. Quartal 2020 gegenüber dem 3. Quartal 2019 oder Betriebe mit Betretungsverbot, wie zB die Nachtgastronomie, die Eventbranche oder die Stadthotellerie) erhalten bis längstens 31. 12. 2021 weiterhin die **ungekürzte Beihilfe**, müssen aber die restlichen 15 % – bis zur Anpassung in der AMS-IT – im Rahmen eines Änderungsbegehrens gegenüber dem AMS extra beantragen.

Weiter muss als Voraussetzung für die Beihilfe künftig ein **aliquoter Teil des Urlaubsanspruchs** während der Kurzarbeit **konsumiert** werden, um das Ansparen von Urlauben zu vermeiden.

Betriebe, die neu in Kurzarbeit gehen (keine Kurzarbeit zwischen dem 1. 4. 2021 und 30. 6. 2021), müssen vor Beginn der Kurzarbeit ihre regionale Geschäftsstelle des AMS kontaktieren und ein- in der Regel 3-wöchiges – Beratungsverfahren absolvieren.

Die **Mindestarbeitszeit** beträgt **50 % bzw 30 %** (bei besonders betroffenen Betrieben), Ausnahmen sind weiterhin möglich.

2.2. Fristen zur Antragstellung

Kurzarbeitsprojekte ab 1. 7. 2021 können voraussichtlich rückwirkend **erst ab 19. 7. 2021 beantragt** werden. Die Antragsfrist endet nach einem Monat (voraussichtlich am 18. 8. 2021). Nach Ablauf der Übergangsfrist sind Kurzarbeitsprojekte vor Beginn der Kurzarbeit zu beantragen.

Für Kurzarbeitsanträge ab 1. 7. 2021 sind ausschließlich die **Sozialpartnervereinbarungen** für die Phase 5 (**Formularversion 10**) zu verwenden. Diese können ua auf der Homepage der WKO unter <https://www.wko.at/service/corona-kurzarbeit.html> heruntergeladen werden.

➔ **Hinweis:** Da es bei der Antragstellung aufgrund der Komplexität immer wieder zu Fehlern kommt, die dazu führen, dass sich die Auszahlung der Kurzarbeitsbeihilfe verzögert oder im schlimmsten Fall nicht erfolgen kann, hat die WKO zwei **Checklisten** erstellt, um die am häufigsten auftretenden Fehler zu vermeiden. Auch diese können über den angeführten Link heruntergeladen werden.

2.3. Einschränkung der Behaltspflicht während der Kurzarbeit

Der Beschäftigtenstand während der Kurzarbeit und der anschließenden Behaltspflicht darf nur in Ausnahmefällen (Punkt IV. 2. c. der Sozialpartnervereinbarung) unterschritten werden. Seit 1. 7. 2021 ist neu, dass auch Arbeitnehmer von der Vereinbarung zur Kurzarbeit ausgenommen werden können, wenn sie beim AMS im Rahmen von Massenkündigungen zum Frühwarnsystem gemäß § 45a AMFG angemeldet sind. In diesen Fällen gibt es keine Auffüllpflicht.

Die Einschränkung der Behaltefrist ist mit der Gewerkschaft vorweg zu vereinbaren. Dazu ist die neue Beilage 3 in der Sozialpartnervereinbarung zu verwenden.

2.4. Weiterbildungen während der Kurzarbeit Phase 5

Für Weiterbildungen während der Kurzarbeit steht ein attraktives Förderangebot zur Verfügung. Betriebe erhalten die Personalkosten für Weiterbildungen, die während der Ausfallzeit

stattfinden, über die Kurzarbeitsbeihilfe voll ersetzt. Der **Fördersatz** bei den Sachkosten (Kosten der Aus- und Weiterbildungskurse) wird in der Phase 5 generell von 60 % auf 75 % **aufgestockt**.

Weiterbildungen, die bereits in der Phase 4 begonnen haben und in die Kurzarbeitsphase 5 hineinreichen, müssen in der Phase 5 neu beantragt werden. Das Begehren ist unverzüglich nach Erhalt der neuen Projektnummer für die Kurzarbeit per eAMS-Konto zu stellen.

2.5. Übersicht über Unterschiede Phase 4 zu Phase 5

Sozialpartnervereinbarung (Formularversion 9.0)	Sozialpartnervereinbarung ab 1.7.2021 (Formularversion 10.0)	
Gilt für Kurzarbeit von 31. 3. bis längstens 30. 6. 2021	Gilt für alle Anträge auf Kurzarbeit ab Beginn 1. 7. 2021 für maximal 6 Monate. Vereinbarungen von besonders betroffenen Unternehmen (siehe unten) enden spätestens am 31. 12. 2021. Anträge können beim AMS voraussichtlich ab 19. 7. 2021 gestellt werden, bei Kurzarbeit-Projekten ab 1. 7. 2021 voraussichtlich rückwirkend bis 18. 8. 2021	
Antrag und Vereinbarung auf der AMS-Webseite hochzuladen; automatisiertes Verfahren.	Unternehmen, die bereits in Phase 4 in Kurzarbeit waren: Verfahren wie bisher	Andere Unternehmen müssen das regionale AMS kontaktieren und einen Beratungstermin mit AMS, WKO und Gewerkschaft absolvieren. Grundsätzlich kann die Kurzarbeit binnen 3 Wochen nach Kontaktaufnahme bei erfolgter Genehmigung beginnen.
Beihilfe		
Das AMS ersetzt dem Arbeitgeber die Mehrkosten im Vergleich zur geleisteten Arbeitszeit.	Reduktion der Beihilfe um 15%	Besonders betroffene Unternehmen (Definition: mehr als 50 % Umsatzrückgang im 3. Quartal 2020 gegenüber dem 3. Quartal 2019 oder direkt von Lockdown betroffen) können später übrige 15 % beantragen.
Geltungsbereich / Aufrechterhaltung Beschäftigtenstand		
Vom Geltungsbereich können ua gekündigte Arbeitnehmer ausgeschlossen werden.	Vom Geltungsbereich können auch Arbeitnehmer ausgeschlossen werden, die erst beim AMS gemäß § 45a AMFG (Frühwarnsystem) angemeldet sind, sofern die Sozialpartner vorweg zustimmen (neue Beilage 3). Um diese Personen darf der Beschäftigtenstand gekürzt werden, ohne Auffüllpflicht.	
Kurzarbeit / Mindestarbeitszeit		
Die gekürzte Normalarbeitszeit muss im Schnitt des beantragten Kurzarbeit-Zeitraums für jeden Arbeitnehmer zwischen 30 % und 80 % der Normalarbeitszeit vor Kurzarbeit liegen. Unterschreitung mit besonderer Begründung (Beilage 2) möglich.	Besonders betroffene Unternehmen bis 31. 12. 2021: weiterhin Mindestarbeitszeit von 30 % mit Unterschreitungsmöglichkeit (Beilage 2).	Andere Unternehmen: Mindestarbeitszeit von 50 % mit Unterschreitungsmöglichkeit (Beilage 2).
Verbrauch von Urlaub		
Urlaubsguthaben sind tunlichst, aber nicht zwingend abzubauen.	Beträgt der beantragte Kurzarbeitszeitraum mehr als 1 Monat, haben Arbeitnehmer zwingend jedenfalls 1 Woche ihres Urlaubes zu konsumieren, bei mehr als 3 Monaten 2 Wochen, bei mehr als 5 Monaten 3 Wochen, soweit der Arbeitnehmer so viel Urlaubsguthaben hat (kein Vorgriff). Ohne diesen Verbrauch wird die Beihilfe für den Arbeitgeber gekürzt. Betriebe mit Betriebsrat können über den Urlaubsverbrauch eine Betriebsvereinbarung abschließen.	
Beilage 1 Wirtschaftliche Begründung		
Ua ist die monatliche Umsatzentwicklung seit April 2019 anzugeben.	Ua ist die monatliche Umsatzentwicklung des Unternehmens seit Juli 2019 anzugeben auch zur Beurteilung, ob ein besonders betroffenes Unternehmen vorliegt.	



➔ **Hinweis:** Durch eine Änderung des Berufsausbildungsgesetzes (BGBl I 2021/118) wurde sichergestellt, dass das Instrument der Kurzarbeit auch weiterhin für **Lehrlinge** in Anspruch genommen werden kann. Außerdem wird es durch eine Änderung des COVID-19-Förderungsprüfungsgesetzes den Finanzämtern ermöglicht, die **ordnungsgemäße Verwendung** von Kurzarbeitsbeihilfen auch **außerhalb allgemeiner Lohnsteuerprüfungen zu überprüfen**. Die Kontrollorgane sind dabei berechtigt, die Richtigkeit der vom Kurzarbeitsbeihilfempfeänger zum Zwecke der Erlangung einer Kurzarbeitsbeihilfe erteilten Auskünfte, vorgelegten Unterlagen oder Bestätigungen bzw die Plausibilität der zur Ermittlung der Höhe der Auszahlung angegebenen Daten zu überprüfen.

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Verlängerung der Freistellung von Schwangeren während der COVID-Krise – BGBl

» ARD 6755/13/2021

BGBl I 2021/119, ausgegeben am 30. 6. 2021

Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979 geändert wird

Keine Freistellung bei vollem Impfschutz

Mittlerweile ist die Impfung von Schwangeren gegen COVID-19 zwar möglich, aber nur nach einer individuellen Risiko-Nutzen-Analyse. Daher werden bis Ende Juni 2021 nicht alle werdenden Mütter geimpft sein. Aus diesem Grund wird die Regelung zur **Sonderfreistellung von Schwangeren** nochmals **verlängert** werden, und zwar **bis Ende September 2021** (siehe dazu bereits BGBl I 2020/160, ARD 6730/8/2021 und BGBl I 2021/44, ARD 6742/2/2021).

§ 3a Abs 3a MSchG sieht allerdings vor, dass dann, wenn eine werdende Mutter bereits geimpft und ein **voller Impfschutz** eingetreten ist, eine **Freistellung** ausschließlich wegen des Körperkontakts bei der Arbeit **nicht mehr notwendig** ist, da das Risiko, schwer an COVID-19 zu erkranken oder zu versterben, minimiert wird. Kommt es in Ausnahmefällen trotz Impfung zu einer COVID-19-Erkrankung, so verläuft diese deutlich milder und werden Komplikationen und Todesfälle vermieden.

Ein **ausreichender Impfschutz** ist nach derzeitigen Erkenntnissen gegeben:

- 8 Tage nach der 2. Impfung mit Comirnaty (Pfizer),
- 14 Tage nach der 2. Impfung mit Moderna,
- 15 Tage nach der 2. Impfung mit Vaxzevria (Astra Zeneca),
- 15 Tage nach der Impfung mit Janssen.

Erreicht eine werdende Mutter mit vollem Impfschutz nach dem 1. 7. 2021 die 14. Schwangerschaftswoche, hat sie keinen Anspruch auf Freistellung auf Grundlage des § 3a MSchG. Tritt der volle Impfschutz während einer Freistellung ein, endet diese.

Die werdende Mutter hat dem Dienstgeber **14 Kalendertage im Vorhinein** mitzuteilen, **wann der vollständige Impfschutz eintritt**. Damit wird vermieden, dass der Dienstgeber Impfdatum und Impfstoff erfährt.

§ 3a Abs 4 MSchG sieht vor, dass der Dienstgeber beim Antrag auf Erstattung an den Träger der Krankenversicherung nunmehr auch bestätigen muss, dass die Dienstnehmerin keinen vollen Impfschutz hat.

Bearbeiterin: Bettina Sabara

Neuerliche Verschiebung der Angleichung der Kündigungsfristen – BGBl

» ARD 6755/14/2021

BGBl I 2021/121, ausgegeben am 30. 6. 2021
➔ zum Initiativantrag 1698/A BlgNR 27. GP
siehe ARD 6751/1/2021

Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Landarbeitsgesetz 2021 und das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 geändert werden

Kündigungsfristen Arbeiter

Mit den nunmehrigen Änderungen im ABGB und LAG 2021 wird in Folge der COVID-19 Krisensituation und der dazu getroffenen gesetzlichen Maßnahmen vorgesehen, dass die mit BGBl I 2017/153, ARD 6575/16/2017, getroffene **Angleichung der Kündigungsfristen der Arbeiter** an jene der Angestellten um weitere drei Monate verschoben wird und erst mit **1. 10. 2021** in Kraft tritt. Die neuen Kündigungsfristen finden erstmals auf Kündigungen Anwendung, die nach dem 30. 9. 2021 ausgesprochen werden.

Anhebung der Notstandshilfe

Weiters wird mit diesem Bundesgesetz die Notstandshilfe auch in den Monaten **Juli bis September 2021** auf das **Niveau des Arbeitslosengeldes angehoben**. Wie schon seit Mitte März 2020 wird mit dieser Maßnahme allen Personen, die in diesen Monaten Notstandshilfe beziehen, ein finanzieller Ausgleich für die zusätzliche Belastung aufgrund der COVID-19-Pandemie gewährt. Die Regelung tritt mit 1. 7. 2021 in Kraft.

Bearbeiterin: Bettina Sabara

Umfassende Novelle zum LSD-BG – Regierungsvorlage

» ARD 6755/15/2021

- # Regierungsvorlage 16. 6. 2021, 943 BlgNR 27. GP
- zum Ministerialentwurf 112/ME NR 27. GP
siehe ARD 6747/14/2021
- Gesetzwerdung bleibt abzuwarten

Bundesgesetz, mit dem das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden sollen

1. Überblick

Die vorliegende Novelle des LSD-BG (und der Begleitbestimmungen im AÜG und AVRAG) dient zum einen der **Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957** (Änderungsrichtlinie zur Entsende-Richtlinie) und damit der Verbesserung der Arbeitsbedingungen für nach Österreich grenzüberschreitend entsandte oder überlassene Arbeitnehmer, zum anderen werden infolge der EuGH-Rechtsprechung die **Verwaltungsstrafbestimmungen** des § 26 bis § 29 LSD-BG überarbeitet und die **Sicherheitsleistung** nach § 34 LSD-BG neu geregelt. Eine weitere wesentliche Änderung ist die Anpassung des Entsendebegriffs des LSD-BG an den Entsendebegriff nach der Entsende-RL und die damit verbundene Einschränkung des Anwendungsbereiches des LSD-BG.

Die geplanten Änderungen sollen überwiegend mit 1. 9. 2021 in Kraft treten und auf Entsendungen und Überlassungen anzuwenden sein, die nach dem 31. 8. 2021 begonnen haben.

Gegenüber dem Ministerialentwurf 112/ME (siehe ausführlich ARD 6747/14/2021) wurden in der Regierungsvorlage neben kleineren Zitat Anpassungen und Klarstellungen va die folgenden Änderungen vorgenommen:

2. Überarbeitung des Geltungsbereichs

Im der Überarbeitung des Geltungsbereichs sind folgende Änderungen bzw Klarstellungen hervorzuheben:

- **Entsendung zu Schulungszwecken:** In § 1 Abs 7 LSD-BG wird im Gesetzestext verankert, dass das LSD-BG **keine Anwendung** auf nach Österreich für längere Dauer zu **Schulungszwecken** entsandte Arbeitnehmer oder überlassene Arbeitskräfte findet. Voraussetzung dafür ist ua (Z 1), dass der ausländische Arbeitgeber oder Vertragspartner dem inländischen Betrieb keine Arbeitsleistung schuldet und der Einsatz des Arbeitnehmers oder der Arbeitskraft dessen Einschulung oder Weiterbildung dient. Ergänzt wurde in der Regierungsvorlage nun, dass die Einschulung oder Weiterbildung auf der Grundlage eines Schulungs- oder Weiterbildungsprogrammes des Arbeitgebers oder österreichischen Unternehmens beruhen muss.

- **Gänzliche Ausnahme vom LSD-BG:** § 1 Abs 8 LSD-BG definiert Ausnahmetatbestände, in denen das LSD-BG zur Gänze keine Anwendung findet. Laut Ministerialentwurf betrifft dies ua **entsandte/überlassene Arbeitnehmer**, die in den letzten zwei Entgeltperioden vor der Entsendung oder Überlassung und während der Entsendung oder Überlassung nachweislich eine monatliche **Bruttoentlohnung** von durchschnittlich mindestens 125 % des Dreißigfachen der täglichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage erhalten (Z 2) sowie dem **ASVG unterliegende Arbeitnehmer** und Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, wenn diese nachweislich eine laufende monatliche Bruttoentlohnung in derselben Höhe erhalten (Z 3). In der Regierungsvorlage wurde dies **Entgeltgrenze** nun auf **120 %** des Dreißigfachen der täglichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage herabgesetzt (Wert 2021: € 6.660,00). Diese Entgeltgrenze orientiert sich in der Höhe an der Bestimmung des § 2 Abs 5a AuslBG.

- § 1 Abs 8 Z 5 LSD-BG stellt klar, dass die **Lieferung von Waren** durch entsandte Arbeitnehmer des ausländischen Verkäufers bzw Vermieters oder das Abholen von Waren durch entsandte Arbeitnehmer des ausländischen Käufers bzw Mieters nicht unter das LSD-BG fällt. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird klargestellt, dass die Lieferung/Abholung der Ware durch die entsandten Arbeitnehmer des ausländischen Vertragspartners – etwa mit eigenen (gemieteten/geleaste) Fahrzeugen – erfolgen muss und daher **Transportfahrten eines Dritten** (etwa eines gewerblichen Spediteurs von/nach Österreich) im Auftrag des ausländischen Verkäufers/Käufers/Vermieters/Mieters **nicht** von dieser Ausnahmebestimmung erfasst sind. Weiters ist von dieser Ausnahmebestimmung lediglich die **Anlieferung** der verkauften/vermieteten usw Ware **an den Kunden** erfasst, wobei darunter nicht nur die Lieferung „frei Haus“ unmittelbar zum Kunden, sondern etwa auch die Lieferung an ein Zentrallager zu verstehen ist. Wesentlich ist, dass die Anlieferung der Erfüllung des Kauf-/Mietvertrages dient. Über die bloße Anlieferung hinausgehende, weitere Arbeitsschritte durch die ausländische Firma bzw ihrer Arbeitnehmer vor Ort würden eine meldepflichtige Entsendung darstellen.

3. Mehr Arbeitnehmerrechte bei langfristigen Entsendungen

In Umsetzung der geänderten Entsende-RL wird in einem neuen § 2 Abs 3 LSD-BG klargestellt, dass grundsätzlich ab dem Zeitpunkt, ab dem die Entsendung/Überlassung die **Dauer von 12 Monaten überschreitet**, die österreichischen gesetzlichen und durch Verordnung oder Kollektivvertrag festgelegten **Arbeitsrechtsnormen zur Gänze Anwendung** finden, soweit diese Normen günstiger sind als die entsprechenden Normen des Entsendestaates.

In der Regierungsvorlage wird nunmehr klargestellt, dass § 2 Abs 3 LSD-BG nicht für Arbeitnehmer gilt, auf die die §§ 33d bis 33j BUAG anzuwenden sind. Für diese Arbeitnehmer wird im BUAG eine **eigene Bestimmung** geschaffen.

➔ **Hinweis:** Mit BGBl I 2021/71, ARD 6746/18/2021, wurde in einem neuen § 33j BUAG bereits normiert, dass bei einer tatsächlichen Entsende- oder Überlassungsdauer von mehr als 12 Monaten auf solche Arbeitsverhältnisse ab diesem Zeitpunkt die durch Kollektivvertrag festgelegten Arbeitsrechtsnormen zur Gänze zur Anwendung kommen, soweit diese Normen günstiger sind als die entsprechenden Normen des Entsendestaates.

4. Bedingungen für Unterkünfte

Die im Ministerialentwurf noch vorgesehene Bestimmung des § 3 Abs 8 LSD-BG, wonach eine vom Arbeitgeber dem entsandten oder überlassenen Arbeitnehmer zur Verfügung gestellte **Unterkunft** den Anforderungen nach § 37 AStV zu entsprechen hat, soll nun doch **nicht mehr Gesetz werden**. Aus den Erläuterungen geht hervor, dass eine eigene Bestimmung im LSD-BG nicht notwendig ist, da die den nach Österreich entsandten oder überlassenen Arbeitnehmern zur Verfügung gestellten Wohnräume bzw Unterkünfte bereits nach geltender Rechtslage den Anforderungen der einschlägigen Bestimmungen des § 37 AStV bzw den §§ 38 bis 41 Bauarbeiterschutzverordnung zu entsprechen haben. Dies deshalb, weil die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzes dem Territorialitätsprinzip folgen.

5. Änderungen bei den Meldepflichten

Neben redaktionellen Anpassungen iZm den Meldepflichten soll es durch die Novelle im Bereich der sogenannten „**Rahmenmeldung**“ zu administrativen Erleichterungen kommen. Während der Ministerialentwurf noch vorsah, dass im Fall des wiederholten grenzüberschreitenden Einsatzes von Arbeitnehmern in Erfüllung von Dienstleistungsverträgen, von Dienstverschaffungsverträgen oder innerhalb eines Konzerns die Erstattung einer Rahmenmeldung in Bezug auf höchstens fünf inländische Auftraggeber oder fünf Beschäftigter möglich sein soll, ist eine auch künftig zwar nur in Bezug auf **einen inländische Auftraggeber oder Beschäftigter** möglich, allerdings soll der **Zeitraum** von derzeit drei auf künftig von **bis zu 6 Monate** ausgeweitet werden.

Klargestellt wird weiters, dass die Möglichkeit einer Rahmenmeldung nicht für Arbeitnehmer iSd § 33d BUAG gilt.

6. Bereithaltung von Lohnunterlagen

Der Ministerialentwurf sieht in einem neuen § 22 Abs 1b LSD-BG eine **vereinfachte Bereithaltung der Lohnunterlagen** bei Entsendungen von Arbeitnehmern vor, die nicht länger als 24 Stunden dauern und nicht mobile Arbeitnehmer betreffen: Während des Zeitraums der Entsendung sind nur der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen bereitzuhalten oder diese den Kontrollorganen unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Weitere Lohnunterlagen können von den Kontrollorganen

verlangt werden. Bei der Berechnung der Entsendungsdauer ist die Dauer einer im Rahmen einer Entsendung von einem anderen Arbeitnehmer bereits zurückgelegten Entsendungsdauer zu berücksichtigen.

In der Regierungsvorlage ist nun vorgesehen, dass die Erleichterungen für Entsendungen gelten sollen, die **nicht länger als 48 Stunden** dauern und nicht mobile Arbeitnehmer betreffen. Die Frist von 48 Stunden beginnt mit Aufnahme der Arbeit im Rahmen der Entsendung, also in der Regel mit dem in der Arbeitszeit liegenden Grenzübertritt. Die Frist beinhaltet auch Stunden, in der keine Arbeitsleistungen erbracht werden, wie etwa Pausen oder Nachtruhen, weil auch hier die Entsendung andauert.

7. Neuregelung der Verwaltungsstrafbestimmungen

In Umsetzung des Regierungsprogramms und vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH sollen die Verwaltungsstrafbestimmungen der §§ 26 bis 29 LSD-BG überarbeitet werden. Gegenüber dem Ministerialentwurf kommt es in diesem Zusammenhang zu den folgenden Adaptierungen:

7.1. Verstöße gegen formale Verpflichtungen

Unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer liegt künftig nur noch eine **einzige Verwaltungsübertretung** vor. Für diese kann von der Bezirksverwaltungsbehörde folgende Strafe verhängt werden:

- bei Verstößen iZm den Melde- und Bereithaltungspflichten: Geldstrafe bis zu € 20.000,- (keine Änderung gegenüber dem Ministerialentwurf)
- bei Vereitelungshandlungen iZm der Lohnkontrolle: Geldstrafe bis zu € 40.000,- (ME: € 20.000,-)
- bei Nichtbereithalten und Nichtübermitteln der Lohnunterlagen: Geldstrafe bis zu € 20.000,-, im Wiederholungsfall bis zu € 40.000,- (ME: € 30.000,-, keine höhere Strafe im Wiederholungsfall).

7.2. Unterentlohnung

In der Neuregelung des § 29 Abs 1 LSD-BG zur **Unterentlohnung** wird vom bisherigen Modell der **Bestrafung pro Arbeitnehmer abgegangen**. Anstelle dessen werden nunmehr **mehrere Strafrahmen** (in fünf Stufen) vorgesehen. Bei der Gestaltung der Strafrahmen wird auf die Höhe des vorenthaltenen Entgelts (Schaden) bzw bei der letzten Stufe (bis zu € 400.000,-) zusätzlich auf den Verschuldensgrad (vorsätzliche Begehung der Tat) als erschwerendes Moment und die Höhe der durchschnittlichen Unterentlohnung abgestellt.

Wer als Arbeitgeber einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm oder ihnen zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskrite-

rien, ausgenommen die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer eine einzige Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde wie folgt zu bestrafen (Änderung gegenüber dem Ministerialentwurf bei den Voraussetzungen der Geldstrafe bis zu € 400.000,-):

grundsätzlich	Geldstrafe bis zu € 50.000,-
Kleinstunternehmen mit bis zu 9 AN, Erstfall (nicht im Wiederholungsfall) und Summe des vorenthaltenen Entgelts unter € 20.000,-	Geldstrafe bis zu € 20.000,-
Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als € 50.000,-	Geldstrafe bis zu € 100.000,-
Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als € 100.000,-	Geldstrafe bis zu € 250.000,-
in Lohnzahlungszeiträumen der Unterentlohnung vorsätzlich durchschnittlich mehr als 40 % des Entgelts vorenthalten (ME: 50 %) und Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als € 100.000,-	Geldstrafe bis zu € 400.000,-

Wirkt der Arbeitgeber bei der Aufklärung zur Wahrheitsfindung unverzüglich und vollständig mit, ist anstelle des Strafrahmens bis € 100.000,- oder bis € 250.000,- der jeweils niedrigere Strafrahmen anzuwenden. Keine Anwendung findet diese Regelung, wenn die Voraussetzungen für den höchsten Strafrahmen vorliegen. Diese Regelung findet auch beim Strafrahmen bis zu € 50.000,- keine Anwendung oder wenn im Erstfall bei einem Arbeitgeber mit bis zu neun Arbeitnehmern die Schadenssumme unter € 20.000,- liegt.

„Unverzüglich“ im Sinne dieser Bestimmung bedeutet, dass der Arbeitgeber unverzüglich nach Einleitung des Strafverfahrens, dh ab wirksamer Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung zur Mitwirkung angehalten ist. Unterlässt er dies und wirkt er zu einem späteren Zeitpunkt mit, fehlt es an der Voraussetzung der „unverzüglichen“ Mitwirkung. Diesfalls ist die Mitwirkung im Rahmen der Strafbemessung entsprechend § 19 VStG zu berücksichtigen.

Bearbeiterin: Bettina Sabara

LexisNexis Zeitschriften
Kompetent. Übersichtlich.
Aktuell.

Testen Sie ALLE 13 Zeitschriftenportale 30 Tage lang GRATIS!
Jetzt registrieren unter: zeitschriften.lexisnexis.at

ard.lexisnexis.at

SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Änderung des ASVG ua – BGBl

» ARD 6755/16/2021

BGBl I 2021/114, ausgegeben am 30. 6. 2021

Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz und das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz geändert werden

Überblick

Mit der vorliegenden Gesetzesnovelle kommt es zu einigen Änderungen bzw Anpassungen im ASVG, GSVG, BSVG und B-KUVG. Es kommt zur Verlängerung einiger Corona-Maßnahmen bis 30. 9. 2021, außerdem läuft aufgrund der derzeit günstigen epidemiologische Gesamtsituation die Sonderregelung zur Freistellung von Personen mit einem COVID-19-Risiko-Attest mit 30. 6. 2021 aus. Schließlich wird die Beitragsfreiheit der Übernahme der Kosten der Wochen-, Monats- oder Jahreskarte für ein Massenbeförderungsmittel durch den Dienstgeber gesetzlich verankert.

Kostenübernahme Öffi-Ticket

Der bislang beitragsprivilegierte Ersatz der tatsächlichen Fahrtkosten durch den Dienstgeber für ein Massenbeförderungsmittel, mit dem seine Dienstnehmer zwischen Wohnung und Arbeitsstätte verkehren können, wird auf die Übernahme der Kosten der Wochen-, Monats- oder Jahreskarte für ein Massenbeförderungsmittel durch den Dienstgeber für seine Dienstnehmer erstreckt, wenn diese Karte zumindest am Wohn- oder Arbeitsort gültig ist. Dies erfolgt in Angleichung an die mit 1. 7. 2021 wirksam werdende Neuregelung des § 26 Z 5 EStG 1988 über die Steuerbefreiung dieser Kostenübernahme durch den Dienstgeber (siehe dazu BGBl I 2021/18, ARD 6731/11/2021). Dadurch soll die Verwendung öffentlicher Verkehrsmittel unterstützt werden.

➔ Hinweis: Siehe dazu auch Hörtenhuber, Nicht steuerbare Übernahme der Kosten für eine Wochen-, Monats- oder Jahreskarte ab 1. 7. 2021, ARD 6754/5/2021.

Verlängerung von „Corona-Maßnahmen“

Die Möglichkeit der Mitversicherung in der Krankenversicherung als anspruchsberechtigter Angehöriger im ASVG und in den Sondergesetzen sowie der Anspruch auf Waisenpension sollen auch weiterhin für die Dauer der COVID-19-Pandemie, zeitlich je-

doch befristet bis längstens 30. 9. 2021, über das 27. Lebensjahr hinaus gewahrt bleiben.

Außerdem wird neuerlich die Regelung verlängert, dass die Nichtentrichtung von Beiträgen zur **studentischen Selbstversicherung** für die Zeiten der COVID-19-Pandemie, zeitlich jedoch befristet bis längstens 30. 9. 2021, dem Bestand der Selbstversicherung in der Krankenversicherung nicht schadet.

Ende der Sonderfreistellung für Risikogruppen

Da sich die epidemiologische Gesamtsituation in Österreich in Bezug auf die COVID-19-Pandemie zuletzt deutlich verbessert hat und die entsprechende Impfdurchführung bereits weit fortgeschritten ist, sodass bereits eine große Personengruppe in Österreich immunisiert ist, wird von der unmittelbaren Fortführung der Regelungen über die Möglichkeit zur Freistellung der **COVID-19-Risikogruppe** mit 1. 7. 2021 **Abstand genommen**. COVID-19-Risikoatteste, die vor diesem Zeitpunkt ausgestellt wurden, verlieren mit Ablauf des 30. 6. 2021 ihre Gültigkeit.

Wenn dies die epidemiologische Gesamtsituation erforderlich macht, so kann aber – längstens bis 31. 12. 2021 – die Sonderregelung durch **Verordnung** wieder aktiviert werden. Wird eine solche Verordnung erlassen, so besteht wiederum in den darin festgelegten Zeiträumen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts. Die Voraussetzung dafür ist, dass die betroffene Person ihrem Dienstgeber ein nach dem 30. 6. 2021 (neu) ausgestelltes COVID19-Attest (Folgeattest) vorlegt und die Maßnahmen nach § 735 Abs 3 Z 1 und 2 ASVG (Homeoffice bzw andere Gestaltung der Arbeitsleistung) nicht möglich sind.

Bei der Beurteilung der individuellen Risikosituation für die allfällige Folgeausstellung eines COVID-19- Risikoattests ist künftig der Impf- und Immunitätsstatus in Hinblick auf SARS-CoV-2 bzw COVID-19 der betroffenen Person zu berücksichtigen. Darüber hinaus wird die COVID-19-Risikogruppe-Verordnung entsprechend überarbeitet.

Bearbeiterin: Bettina Sabara

Redaktion:

Mag. Manfred Lindmayr (Chefredakteur)
Mag. Birgit Bleyer
Mag. Sabine Kriwanek
Mag. Bettina Sabara
Mag. Sabine Sadlo
Mag. Barbara Tuma
E-Mail: ard@lexisnexis.at

Lektorat und Autorenbetreuung:

Mag. Evelyn Hahn
1030 Wien, Marxergasse 25
Tel. +43-1-534 52-1562 | Fax DW 142
E-Mail: evelyn.hahn@lexisnexis.at

Abonentenservice:

Tel. +43-1-534 52-0 | Fax DW 141
E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at

Anzeigen & Mediadata:

Alexander Mayr
1030 Wien, Marxergasse 25
Tel. +43-1-534 52-1116, Fax DW 144
E-Mail: anzeigen@lexisnexis.at
<http://lesen.lexisnexis.at/zs/ard/mediadata.html>

Impressum:

Offenlegung gemäß § 25 MedienG:

Medieninhaber und Herausgeber iSd § 1 Abs 1 Z 8 und Z 9 MedienG:

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG | Sitz: Marxergasse 25, 1030 Wien | Unternehmensgegenstand: LexisNexis ARD Orac ist ein führender Fachverlag in Österreich im Bereich Steuern, Recht und Wirtschaft, der die Tradition der Verlagshäuser Orac und ARD unter internationalem Dach fortführt. LexisNexis ARD Orac ist ein Tochterunternehmen der international tätigen Verlagsgruppe RELX Group, deren Legal Division weltweit unter dem Namen LexisNexis firmiert. | Grundlegende Richtung: Rechtsinformation und Wirtschaftsinformation; aktuelle rechtliche Neuerungen | Geschäftsführung: Mag. Susanne Mortimore | Unbeschränkt haftender Gesellschafter: Orac Gesellschaft m.b.H., Marxergasse 25, 1030 Wien | Kommanditist: Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H., Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Beteiligungsverhältnisse: Alleiniger Gesellschafter der Orac Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg (99,9 %) | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Austria GmbH: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam (0,1 %) | Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg (99,9 %) | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Overseas B.V.: Reed Elsevier Holdings B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings B.V.: RELX Group plc, 1-3 Strand (<http://www.relxgroup.com/aboutus/Pages/Home.aspx>), London WC2N 5JR (50 %), Reed Elsevier Holdings Ltd., 1-3 Strand, London WC2N 5JR (50 %) | Gesellschafter der RELX Group plc: RELX PLC (52,9 %), RELX NV (47,1 %) | Gesellschafter der RELX PLC: mehr als 75 % im Streubesitz | Gesellschafter der RELX NV: mehr als 75 % im Streubesitz | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings Ltd.: RELX Group plc (100 %) | Redaktion: Marxergasse 25, 1030 Wien

Derzeit gilt: Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2021 | Verlags- und Herstellungsort: Wien | Die Zeitschrift erscheint 1x pro Woche | Einzelheftpreis 2021: 22 €; Jahresabonnement 2021: 969 € inkl. MwSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten | Bankverbindung: Bank Austria, IBAN: AT84 1200 0504 2346 8600, BIC: BKAUATWW | Abbestellungen sind nur zum Jahresschluss möglich, wenn sie bis spätestens 30. 11. bekannt gegeben werden | Druck: Prime Rate GmbH, H-1044 Budapest. | Best.-Nr. 54.00.00 | ISSN 1996-2363.

Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden. Bitte beachten Sie: Für Veröffentlichungen in unseren Zeitschriften gelten unsere AGB für Zeitschriftenautorinnen und -autoren (abrufbar unter <https://www.lexisnexis.at/agn/agb-zeitschriftenautoren/>) sowie unsere Datenschutzerklärung (abrufbar unter <https://www.lexisnexis.at/datenschutzbestimmungen/>).

Trotz sorgfältigster Bearbeitung erfolgen alle Angaben ohne Gewähr. Eine Haftung des Verlages, der Herausgeber und der Autoren ist ausgeschlossen. Dies gilt auch für Inhalte, die exklusiv digital veröffentlicht werden.

ARTIKELRUNDSCHAU

bearbeitet von *Bettina Sabara*

ARBEITSRECHT

» ARD 6755/17/2021

Unterrieder/Babler, Arbeitsort Homeoffice und „Auflösungsrecht“, RdW 2021/292, 355

Gemäß § 2h Abs 4 AVRAG kann eine Vereinbarung über Arbeit im Homeoffice von einer Arbeitsvertragspartei bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zum Letzten eines Kalendermonats gelöst werden. Der Beitrag widmet sich der Frage, ob es auch in solchen Fällen, in denen im Arbeitsvertrag ausschließlich oder vorrangig Arbeit im Homeoffice vereinbart wurde, möglich sein soll, aus wichtigem Grund die Regelung des Arbeitsorts im Arbeitsvertrag gesondert aufzulösen, mit der Folge, dass es dann grundsätzlich keinen vereinbarten Arbeitsort gibt. Unter anderem aus den Erläuterungen zu § 2h AVRAG, der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung und der Judikatur des OGH zu Teilkündigungen im Arbeitsrecht schließen die Autoren, dass die Auflösungsmöglichkeit nach § 2h Abs 4 AVRAG nicht anwendbar ist, wenn das Homeoffice bzw die Wohnung des Arbeitnehmers als gewöhnlicher Arbeitsort vereinbart wurde. Sie ist nur dann anwendbar, wenn das Homeoffice zusätzlich zu einem anders festgelegten gewöhnlichen Arbeitsort vereinbart wurde.

» ARD 6755/18/2021

Aichberger-Beig, Entgeltfortzahlung bei Betriebsschließungen in der COVID-19-Pandemie – Zur Rechtslage nach Außerkräfttreten der Sonderregelung in § 1155 Abs 3 und 4 ABGB, ecolex 2021, 292

Für Betriebsschließungen aufgrund der COVID-19-Pandemie schuf der Gesetzgeber zu Beginn der Corona-Krise eine eigene anlassbezogene Regelung, die vorsah, dass Arbeitnehmer ihren Entgeltanspruch behalten, aber Arbeitgeber (in gewissen Grenzen) einseitig den Verbrauch

von Urlaub und Zeitguthaben anordnen können. Diese Sonderregel trat bereits mit 31. 12. 2020 außer Kraft, während die Pandemie und staatliche Eindämmungsmaßnahmen jedoch weiterliefen. Der Beitrag untersucht, ob auch nach Außerkräfttreten der Sonderregel ein Entgeltfortzahlungsanspruch der Arbeitnehmer gemäß § 1155 Abs 1 ABGB zu bejahen ist. Seither hängt es von der umstrittenen Reichweite der Arbeitgebersphäre iSd § 1155 Abs 1 ABGB ab, ob Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, wenn Arbeitgeber ihre Betriebe aufgrund staatlicher Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus schließen müssen. Ein Entgeltfortzahlungsanspruch ist nach Ansicht der Autorin jedenfalls zu bejahen, weil der Arbeitgeber zur Entgeltzahlung stets verpflichtet ist, wenn er arbeitsbereite Arbeitnehmer bei aufrechtem Vertrag nicht zur Arbeit einsetzt. Wie immer bei Ansprüchen gemäß § 1155 Abs 1 ABGB müssen Arbeitnehmer sich auf ihren Entgeltanspruch aber anrechnen lassen, was sie sich infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart haben und was sie anderweitig verdient oder absichtlich zu verdienen unterlassen haben. Die Möglichkeit des Arbeitgebers zur einseitigen Urlaubsanordnung fiel mit Auslaufen der Sonderregel jedoch weg.

PERSONALVERRECHNUNG

» ARD 6755/19/2021

Platzer, Ermittlung des abzugsfähigen Teils von freiwilligen Abfertigungen im System Abfertigung neu, PV-Info 5/2021, 6

Die Finanzverwaltung ging bislang davon aus, dass freiwillige Abfertigungen im System Abfertigung Neu aufgrund des Abzugsverbots in § 20 Abs 1 Z 8 EStG zur Gänze nicht als Betriebsausgabe berücksichtigt werden können. Der VwGH hat kürzlich jedoch entschieden, dass der abzugsfähige Teil von freiwilligen Abfertigungen im System Abfertigung Neu nach den gleichen Ermittlungsvorschriften zu bestimmen ist wie der mit 6 % besteuerte Teil von freiwil-

ligen Abfertigungen im System Abfertigung Alt (VwGH 7. 12. 2020, Ro 2020/13/0013, ARD 6730/7/2021). Für die Personalverrechnung bringt diese Entscheidung eine Umstellung der Abläufe. *Platzer* setzt sich kritisch mit dem VwGH-Erkenntnis auseinander und widmet sich – veranschaulicht auch durch Beispiele – den vielen praktischen Anwendungsfragen.

» ARD 6755/20/2021

Schuster, Die Frage der Kommunalsteuer im Homeoffice, ASoK 2021, 215

Im Zusammenhang mit der im Zuge des Homeoffice stattfindenden temporären Verlagerung des Tätigkeitsortes des Dienstnehmers von der Dienststätte des Dienstgebers in die Wohnung des Arbeitnehmers ergibt sich die Frage, ob es zu einer Änderung der bisherigen Kommunalsteuerabgabe der Höhe oder dem Grunde nach kommt. *Schuster* weist darauf hin, dass, egal welche Konstellation des Homeoffice vorliegt, die Frage der erhebungsberechtigten Gemeinde einerseits und der Bemessungsgrundlage andererseits zu klären sein wird. Hinsichtlich der Frage, ob es bezüglich Homeoffice-Tätigkeiten zu einer Änderung der Bemessungsgrundlage kommt, verweist *Schuster* auf die höchstgerichtliche Judikatur, wonach die Arbeitslöhne der Dienstnehmer jener Betriebsstätte zuzuordnen sind, zu der die stärkste organisatorische und wirtschaftliche Verbundenheit besteht und dass im Fall nur einer einzigen Betriebsstätte eines Unternehmens alle vom Unternehmen gezahlten Arbeitslöhne dieser Betriebsstätte zuzurechnen sind, ohne Rücksicht darauf, wo der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht hat. Da in Zeiten des Homeoffice jedoch nicht notwendigerweise davon auszugehen ist, dass die Anweisungen des Vorgesetzten von der Betriebsstätte des Dienstgebers erfolgen, sondern ebenso vom Homeoffice des Vorgesetzten aus, wäre es nach Ansicht des Autors angebracht, dass sich der Gesetzgeber – nicht zuletzt aus Vereinfachungsgründen – zu einer Klarstellung für den Sachverhalt des Homeoffice entschließen kann.