

In-House-Vergabe Neu

Nutzung der Mietwohnung zu Geschäftszwecken
Änderung des Vertragszwecks?
Höhe des Mietzinses?

Drogenhandel im
Verwaltungsstrafrecht

Eventualklagenhäufung
Ermittlung der Gerichtsgebühren

Internationale Verbrauchersachen
Rechtswahl

Die neue „Familienzeit“
Unbezahlter Urlaub mit Ecken

Bau-ARGE
Gewerberechtliche Blüten

Die neue „Familienzeit“ – ein unbezahlter Urlaub mit Überraschungen?

Dass jemand unbezahlten Urlaub vereinbart, ist in der Praxis bisher zwar nicht oft vorgekommen, aber jedenfalls nichts Neues. Für Väter, die nach der Geburt ihres Kindes eine Familienzeit vereinbaren, sollte daher arbeits- und sozialversicherungsrechtlich eigentlich alles klar sein. Dennoch wirft die Familienzeit bei näherer Betrachtung neue Rechtsfragen auf.

BERNHARD W. GRUBER

A. Familienzeitbonus

1. Familienzeit

Väter,¹⁾ die eine „Familienzeit“ von 28²⁾ bis 31 Tagen vereinbaren, welche innerhalb von 91 Tagen ab der Ge-

burt des Kindes liegt, können seit Kurzem bei der Krankenkasse einen Familienzeitbonus in der Höhe von € 22,60 pro Tag beantragen.³⁾ Allerdings müssen sie sich innerhalb dieser Zeit ausschließlich der Familie widmen und jegliche Erwerbstätigkeit unterbrechen.⁴⁾

Dr. *Bernhard W. Gruber* ist Mitarbeiter des Fachverbandes der Elektro- und Elektronikindustrie, Lektor und fachkundiger Laienrichter.

Dank für wichtige Hinweise und Anregungen an Dr. *Reinhard Drössler* (WKO), *Gabriele Schermann* (BECOM Electronics GmbH), Dr. *Ingomar Stupar* (WKO) und Dr. *Peter Winkelmayr* (FEEL).

- 1) Als Väter gelten laut § 2 Abs 5 FamZeitbG auch Frauen, die gem § 144 ABGB Elternteil sind.
- 2) Ursprünglich war geplant, den Familienzeitbonus ausschließlich für eine 31-tägige Familienzeit zu gewähren. Beamte und Vertragsbedienstete hätten dadurch jedoch Schwierigkeiten gehabt, den Familienzeitbonus zu beziehen, weil sie innerhalb der ersten drei Lebensmonate des Kindes nur bis zu vier Wochen (4 x 7 = 28 Tage) „Frühkarenzurlaub“ nehmen können (§ 75 d BDG; § 29 o VBG).

liehenzeitbonus zu beziehen, weil sie innerhalb der ersten drei Lebensmonate des Kindes nur bis zu vier Wochen (4 x 7 = 28 Tage) „Frühkarenzurlaub“ nehmen können (§ 75 d BDG; § 29 o VBG).

3) § 3 FamZeitbG.

4) ErläutRV 1110 BlgNR 25. GP 1: Die Familienzeit dient dazu, dass das Neugeborene rasch eine sehr enge emotionale Bindung (auch) zum Vater aufbauen und jener seine unter den Auswirkungen der gerade erfolgten Geburt stehende Partnerin bei der Pflege und Betreuung des Säuglings, bei den Behördenwegen, bei Haushaltsarbeiten etc bestmöglich unterstützen kann, sowie dazu, den Zusammen-

Für DN bedeutet das, dass sie unbezahlten Urlaub⁵⁾ vereinbaren müssen, um den Familienzeitbonus beziehen zu können.

Die gewählte Anspruchsdauer von 28, 29, 30 oder 31 Tagen kann nicht verlängert, verkürzt, verschoben, vorzeitig beendet etc werden. Wird die Familienzeit in mehrere kleine Zeitblöcke aufgeteilt, besteht kein Anspruch auf den Familienzeitbonus.⁶⁾

2. Sonderzahlungen nicht anspruchsschädlich

Laut manchen Kollektivverträgen (wie zB jenen der Elektro- und Elektronikindustrie)⁷⁾ gilt, dass für Zeiten, in denen aufgrund einer Vereinbarung Arbeitsleistung und Entgeltanspruch entfallen, der Entfall der kollektivvertraglichen Sonderzahlungen vereinbart werden darf. Eine Familienzeit-Vereinbarung führt dort also nicht automatisch zum Wegfall der Sonderzahlungen. Könnte also die Krankenkasse mangels Ausschlusses des Sonderzahlungsanspruchs in der Familienzeit-Vereinbarung einen Antrag auf Zahlung des Familienzeitbonus abweisen?

Laut § 2 Abs 4 FamZeitbG gilt: „Als Familienzeit im Sinne dieses Gesetzes versteht man den Zeitraum zwischen 28 und 31 Tagen (§ 3 Abs 2), in dem (...) ein Vater (...) die Erwerbstätigkeit (Abs 1 Z 5) unterbricht, keine andere Erwerbstätigkeit ausübt, keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung sowie keine Entgeltfortzahlung aufgrund von oder Leistungen bei Krankheit erhält.“

Die gesetzliche Voraussetzung der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit ist durch die Vereinbarung des unbezahlten Urlaubs erfüllt. Der DN kann sich in dieser Zeit voll und ganz seiner Familie widmen. Es trifft ihn keine Arbeitspflicht.

Aber auch die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen liegen vor: Der Bezug kollektivvertraglicher Sonderzahlungen ist weder „Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung“ noch einer „Entgeltfortzahlung aufgrund von Leistungen bei Krankheit“ gleichzuhaltend.

Somit steht fest: Werden kollektivvertragliche Sonderzahlungen trotz Familienzeit in voller Höhe ausbezahlt, geht der Anspruch auf den Familienzeitbonus nicht unter.

3. Zeitgutschriften nicht anspruchsschädlich

Wenn Unternehmen während der Familienzeit freiwillig kollektivvertragliche Zeitgutschriften weiterhin vornehmen,⁸⁾ ist dies ebenfalls nicht anspruchsschädlich. Hier treffen die gleichen Erwägungen wie bei der Weitergewährung der Sonderzahlungen zu.

4. Papamonat ohne Familienzeitbonus – Vorsicht SV-Beiträge!

Was geschieht aber, wenn sich später herausstellt, dass der Familienzeitbonus aus anderen Gründen nicht zusteht? Statt einer Familienzeit iSd FamZeitbG liegt dann ein schlichter unbezahlter Urlaub vor.⁹⁾

Das bedeutet SV-rechtlich, dass der für die Familienzeit geschaffene besondere Kranken-¹⁰⁾ und Pensionsversicherungsschutz¹¹⁾ nicht greift. Folglich hat der betroffene Vater für bis zu einen Monat die SV-Bei-

träge auf Basis der vor dem unbezahlten Urlaub bestehenden Beitragsgrundlage zur Gänze selbst zu tragen, dh sowohl den DN- als auch den DG-Anteil!¹²⁾ Entschließt sich der DG in dieser Situation, dem DN zB den DG-Anteil zu ersetzen, fällt dafür Lohnsteuer an.

Folglich ist es in jenen Fällen, in denen kein Familienzeitbonus zusteht, für Väter finanziell günstiger, den unbezahlten Urlaub einvernehmlich in einen bezahlten Urlaub nach dem UrlG umzuwandeln.

B. Dienstzeitabhängige Ansprüche

1. Kürzung des Jahresurlaubs zulässig

Der Jahresurlaub darf anteilig gekürzt werden, da die Familienzeit im Interesse des DN vereinbart wird.¹³⁾ Der DG kann die Kürzung einseitig vornehmen. Eine Vereinbarung darüber ist nicht notwendig. Ein entsprechender Hinweis in der Familienzeit-Vereinbarung, wenn der Jahresurlaub anteilig gekürzt wird, ist jedoch sinnvoll.

2. Berücksichtigung bei Kündigungsfrist, Urlaubsausmaß, Entgeltfortzahlung etc abdingbar

Im Fall einer Sängerin, deren Bühnendienstvertrag laut KV nach 120 Bezugsmonaten zwingend zu verlängern gewesen wäre („Verlängerungsschutz“), die diese Voraussetzung aber nur bei Einbeziehung mehrerer für Nebentätigkeiten gewährter unbezahlter Urlaube erfüllt hätte, hat der OGH im Jahr 1990 Folgendes festgehalten:¹⁴⁾ „Im Zweifel ist zwar anzunehmen, daß schon die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses als solches für die Bemessung von Ansprüchen ausreicht, die sich nach seiner Dauer richten (...); die gesetzlichen Differenzierungen bei einzelnen Sonderregelungen lassen sich jedoch dahin verallgemeinern, daß es bei der Anrechnung von Karenzzeiten auf einzelne von der Dauer des Dienstverhältnisses abhängige Ansprüche darauf ankommen sollte, wem der Grund für das Unterbleiben der Dienstleistung zugerechnet wird. (...) Zeiten, in denen einem

halt in der Familie von Anfang an zu stärken. – Siehe auch § 2 Abs 4 FamZeitbG.

5) *Kronberger/Kraft*, So rechnen Sie fehlerfrei einen unbezahlten Urlaub ab, PVP 2015, 41 und PVP 2015, 80.

6) ErläutRV 1110 BlgNR 25. GP 3.

7) Abschnitt 9 Pkt 7 KVAngEEI und KVArbEEI.

8) Bei Vätern, die sich zB in der Elektro- und Elektronikindustrie anstelle der jährlichen kollektivvertraglichen Entgelterhöhung für monatliche Zeitgutschriften entschieden haben („Freizeitoption“), ist es sinnvoll, in der Familienzeit-Vereinbarung darauf hinzuweisen, dass mangels eines Entgeltanspruchs für die Dauer der Familienzeit keine Zeitgutschrift aus der Freizeitoption erfolgt (Anh 1 Pkt 7 KVArbEEI und Pkt 5 KVAngEEI). Eine vertragliche Besserstellung in Form einer ausdrücklichen Zusage, dass die Zeitgutschrift auch während der Familienzeit erfolgt, ist freilich erlaubt.

9) Mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührt dem DN während des unbezahlten Urlaubs kein Arbeitslosgeld.

10) § 8 Abs 1 Z 1 lit g ASVG.

11) § 8 Abs 1 Z 2 lit k ASVG.

12) § 11 Abs 3 lit a iVm § 53 Abs 3 lit c ASVG; MVB-Referentenbesprechung HVSVT 21. 3. 2017.

13) Vgl OGH 29. 6. 2005, 9 ObA 67/05a.

14) 9 ObA 269/90 ecolx 1991, 192.

Mitglied ausschließlich in seinem Interesse, nämlich zur Ausübung künstlerischer Nebentätigkeiten, Urlaub gegen Entfall der Bezüge gewährt wurde, haben bei der Berechnung der für das Erreichen des ‚Verlängerungsschutzes‘ notwendigen Bezugsmonate unberücksichtigt zu bleiben.“

Interessanterweise ließ der OGH¹⁵⁾ sodann im Jahr 2002 trotz Auseinandersetzung mit seiner früheren Rechtsprechung offen, ob die Anrechnung eines unbezahlten Urlaubs auf alte Abfertigungsanwartschaften von Gesetzes wegen oder nur nach Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung ausgeschlossen ist. Im Jahr 2005 behauptete er sogar noch restriktiver:¹⁶⁾ „Der Oberste Gerichtshof hat (...) bereits in seiner Entscheidung vom 22. 5. 2002 (...) unter ausdrücklichem Verweis auf frühere Entscheidungen dargestellt, dass bei vertraglichen Karenzvereinbarungen diese Zeiten für die Ermittlung des Abfertigungsanspruches anzurechnen sind, soweit nicht eine besondere Vereinbarung dazu getroffen wurde.“

Im Einklang damit entschied später auch das OLG Wien¹⁷⁾, dass die Anrechnung von Zeiten einer freiwilligen Karenz (= unbezahlter Urlaub), die im Interesse der DN liegt und über ihre Initiative erfolgt, auf dienstzeitabhängige Ansprüche vertraglich ausgeschlossen werden darf.

Halten wir somit als Zwischenergebnis fest: Eine Vereinbarung über die Nichtanrechnung eines unbezahlten Urlaubs auf dienstzeitabhängige Ansprüche ist laut Rechtsprechung zulässig. – Gilt das auch für Familienzeit-Vereinbarungen?

Die Initiative zur Vereinbarung der Familienzeit geht vom DN aus, der ein Interesse daran hat, sich vorübergehend intensiv seiner Familie widmen zu können. Würde der DN kündigen, wenn ihm die Familienzeit nicht genehmigt wird, würde er zB keine Abfertigung alt erhalten. Würde er der Arbeit einfach fern bleiben, könnte er entlassen werden und würde ebenfalls keine Abfertigung alt erhalten. Eine Familienzeit ohne Anrechnung auf die Abfertigungsanwartschaften ist für den DN somit günstiger als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. – Das spricht dafür, dass die Nichtanrechnung der Familienzeit auf dienstzeitabhängige Ansprüche wirksam vereinbart werden kann.

Kollektivvertragliche Betriebszugehörigkeits-Bestimmungen stehen einem solchen vertraglichen Ausschluss nicht entgegen. Bspw gilt in der Elektro- und Elektronikindustrie für Fälle einer bis zu 90-tägigen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, dass die Dienstzeiten vor und nach der Unterbrechung bei der Ermittlung dienstzeitabhängiger Ansprüche zusammenzurechnen sind.¹⁸⁾ Die Zeit der Unterbrechung selbst muss bei dienstzeitabhängigen Ansprüchen jedoch nicht mitberücksichtigt werden.¹⁹⁾

Laut § 7 c VKG iVm § 15 f Abs 1 MuttSchG gilt allerdings: „Soweit nicht anderes vereinbart ist, bleibt die Zeit der Karenz bei Rechtsansprüchen der Dienstnehmerin, die sich nach der Dauer der Dienstzeit richten, außer Betracht. Die erste Karenz im Dienstverhältnis wird für die Bemessung der Kündigungsfrist, die Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (Unglücksfall) und das Urlaubsausmaß (...) bis zum Höchstausmaß von insgesamt zehn Monaten angerechnet.“

Eine gesetzliche Elternkarenz erscheint auf den ersten Blick mit der Familienzeit vergleichbar zu sein: Entgeltanspruch und Arbeitsleistung ruhen; der karenzierte Elternteil kann und soll sich der Kinderbetreuung widmen. Liegt hier daher eine planwidrige Gesetzeslücke vor, die durch Analogie zu schließen ist? Wäre es unsachlich, nur Elternkarenzen bei der Bemessung der Kündigungsfrist, der Entgeltfortzahlungsdauer und des Urlaubsausmaßes zu berücksichtigen, den unbezahlten Urlaub wegen einer Familienzeit jedoch nicht?

In den Verhandlungen über das FamZeitG wurde nicht nur über die sozialrechtliche Absicherung gesprochen, sondern es wurden auch arbeitsrechtliche Verbesserungen gefordert.²⁰⁾ Die Wirtschaftskammer war jedoch aus Kostengründen strikt gegen arbeitsrechtliche Zugeständnisse. Somit liegt keine planwidrige Lücke vor. Das FamZeitG ist das Ergebnis eines Kompromisses, bei dem auf arbeitsrechtliche Vergünstigungen bewusst verzichtet wurde. Die analoge Anwendung des § 7 c VKG iVm § 15 f Abs 1 MuttSchG scheidet folglich aus.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Sachlichkeit ist dieses Ergebnis stimmig: Eine Elternkarenz dauert meist erheblich länger als die Familienzeit. Aufgrund ihrer Kürze sind allfällige nachteilige Auswirkungen der Familienzeit auf die Bemessung der Kündigungsfrist, der Entgeltfortzahlungsdauer und des Urlaubsausmaßes vernachlässigbar, bei den idR weit längeren Elternkarenzen hingegen nicht.

Diese Überlegungen treffen gleichermaßen auf KV-Bestimmungen zu, die die Berücksichtigung von Elternkarenzzeiten bei weiteren dienstzeitabhängigen Ansprüchen vorschreiben, wie zB bei kollektivvertraglichen Vorrückungen²¹⁾ (Biennien, Triennien, Quinquennien etc) sowie Jubiläumsgeld.²²⁾ Sie sind daher ebenfalls nicht analog anwendbar.

Wie verhält es sich aber mit dem Mutterschutz? Mutterschutz-Zeiten sind bei sämtlichen dienstzeitabhängigen Ansprüchen zu berücksichtigen.²³⁾ Allerdings haben Frauen in der Zeit des Mutterschutzes keine Wahlmöglichkeit. Es gilt das gesetzliche Beschäftigungsverbot. Die Familienzeit ist hingegen etwas Freiwilliges. Daher ist es mE sachlich gerechtfertigt, diese der Mutterschutz-Zeit arbeitsrechtlich nicht gleichzustellen. Somit ist darin keine mittelbare Diskriminierung von Männern aufgrund des Geschlechts zu erblicken.

15) 22. 5. 2002, 9 ObA 178/01 v.

16) 8. 9. 2005, 8 ObA 47/05 b.

17) 10 Ra 85/07 d ARD 5894/4/2008; *Wolfsgruber* in ZellKomm² § 15 f MuttSchG Rz 5.

18) Abschnitt 3 Pkt 1 KVAngEEI und KVArbEEI.

19) OGH 16. 4. 1998, 8 ObA 96/98 w.

20) ZB *Holzinger-Vogtenhuber*, BA (132 StProtNR 25. GP 209): „Es war auch unser Anliegen, dass es für diese Zeit einen ausdrücklichen Kündigungsschutz und selbstverständlich auch einen arbeitsrechtlichen Rechtsanspruch geben soll. – Das war so nicht zu erreichen, aber trotz allem gibt es einen Motivat Kündigungsschutz laut Gleichbehandlungsgesetz.“

21) ZB Abschnitt 6 Pkt 19 KVAngEEI und KVArbEEI.

22) ZB Abschnitt 3 Pkt 2 KVAngEEI und KVArbEEI.

23) § 14 Abs 4 enthält anders als § 15 f Abs 1 MuttSchG keine Anrechnungseinschränkungen.

Auch § 14 a AVRAG (Sterbebegleitung) steht dem nicht entgegen. In § 11 Abs 2 AVRAG (Bildungskarenz) wird ausdrücklich auf die Anrechnungs-Bestimmung des § 15 f Abs 1 MuttschG verwiesen. Hätte der Gesetzgeber diese Anrechnung auch für Freistellungen zum Zweck der Sterbebegleitung (Familienhospizkarenz) gewollt, hätte er in § 14 a AVRAG ebenso darauf verwiesen. Er hat dies jedoch unterlassen. Daher sind Familienhospizkarenzen auf dienstzeitabhängige Ansprüche nicht anzurechnen (außer in jenen Branchen, in denen dies kollektivvertraglich vorgeschrieben ist).²⁴⁾

Ergebnis: Die Anrechnung der Familienzeit auf dienstzeitabhängige Ansprüche kann vertraglich ausgeschlossen werden.

Wie wirkt sich eine solche Vertrags-Klausel aus? Sämtliche Stichtage verschieben sich, wie zB die Stichtage für die Abfertigung alt sowie für kollektivvertragliche Biennien und Jubiläumsgelder. Nennenswerte Einsparungen sind damit aber nur selten erzielbar.

3. Zwingende Anrechnung gem KV

In manchen KV gibt es bereits Bestimmungen zum Papamonat, so zB im Bereich der Banken und der Sozialwirtschaft.

Bereits seit 2011 gilt laut § 28 c KV für Angestellte der Banken und Bankiers, dass die Zeit des dort geregelten bis zu vierwöchigen „Papamonats“ (den der Vater innerhalb des Zeitraumes ab der Geburt des Kindes bis zum Ende des Beschäftigungsverbot der Mutter in Anspruch nehmen kann) für alle dienstzeitabhängigen Ansprüche zu berücksichtigen ist.

Seit 1. 3. 2017 gilt für DN, die bei Mitgliedern des Vereins „SOZIALWIRTSCHAFT ÖSTERREICH – Verband der österreichischen Sozial- und Gesundheitsunternehmen“ beschäftigt sind, Folgendes:²⁵⁾

„Zeiten einer nach Beginn des Arbeitsverhältnisses in Anspruch genommenen Familienzeit sind als Dienstzeit für das Ausmaß des Erholungsurlaubes, für die Bemessung der Kündigungsfrist und für den Anspruch auf Abfertigung alt – sofern für diese Zeit nicht ohnedies ein gesetzlicher Anspruch auf Anrechnung besteht – sowie für die Vorrückung anzurechnen.“²⁶⁾

Für Branchen mit solchen oder ähnlichen Anspruchsbestimmungen im KV erübrigen sich die oben angestellten Überlegungen.

NÜTZLICHE LINKS

Familienzeitbonus	www.bmfj.gv.at/familie/finanzielle-unterstuetzungen/familienzeitbonus.html
	www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Familienzeitbonus-(Geburten-ab-1.3.2017).html
	www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/8/Seite.080623.html

Praxistipp

Das Kinderbetreuungsgeld verringert sich um den Betrag des Familienzeitbonus.²⁷⁾ Daher ist es für DN, die Kinderbetreuungsgeld beziehen möchten, finanziell günstiger, statt einer Familienzeit iSd FamZeitbG einen bezahlten Urlaub gem UrlG zu vereinbaren.

Für DN, die eine Familienzeit iSd FamZeitbG vereinbaren, dann aber doch nicht alle Voraussetzungen für den Familienzeitbonus erfüllen, ist es sinnvoll, zu versuchen, die Familienzeit mit Zustimmung des DG in einen bezahlten Urlaub gem UrlG umzuwandeln.

DG dürfen bei Inanspruchnahme einer Familienzeit den Jahresurlaubsanspruch aliquot verringern. In der Familienzeit-Vereinbarung auf diese Verringerung hinzuweisen, ist zu empfehlen.

24) ZB KV Handelsangestellte; *Maca*, 10 Jahre Familienhospizkarenz – ein Grund zum Feiern? infas 2012, 202.

25) § 17 Pkt 7 lit c SWÖ-KV

26) § 17 Pkt 7 lit b SWÖ-KV lautet: „Ab der fristgerechten Bekanntgabe [der Familienzeit] gilt für die Arbeitnehmerinnen ein Kündigungsschutz, der bis zum Ablauf von 4 Wochen nach Beendigung des Familienzeitbonus andauert.“ – Unklar ist, was das bedeutet. Wollten die KV-Parteien damit ausdrücken, dass in dieser Zeit ausgesprochene Kündigungen unwirksam sind? Oder handelt es sich hier um einen Hinweis auf den für „Familienzeit-Väter“ geltenden Motivkündigungsschutz gem GIBG?

27) § 2 Abs 7 KBGG.

SCHLUSSSTRICH

- *Der Familienzeitbonus geht nicht verloren, wenn kollektivvertragliche Sonderzahlungen trotz der Familienzeit in voller Höhe bezahlt werden oder Zeitgutschriften aus der kollektivvertraglichen Freizeitoption weiterhin vorgenommen werden.*
- *Vertrags-Klauseln, laut denen die Familienzeit bei der Ermittlung dienstzeitabhängiger Ansprüche nicht zu berücksichtigen ist, sind zwar wirksam (außer zwingende kollektivvertragliche Anrechnungsbestimmungen stehen dem entgegen), werden aber meist keine nennenswerten Einsparungen bringen.*

GLOSSAR

Begriff	Beschreibung
Familienzeit	Unterbrechung der Erwerbstätigkeit (zB durch unbezahlten Urlaub) im Ausmaß von 28 bis 31 Tagen, die innerhalb von 91 Tagen ab der Geburt des Kindes liegen, um sich ausschließlich der Familie zu widmen.
Familienzeitbonus	€ 22,60 pro Tag, die während der Familienzeit von der Krankenkasse bezahlt werden.