

Der neue Anspruch auf einen „Papamonat“

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des AK-z‘Nüne
in der Arbeiterkammer Feldkirch,
18. 11. 2019, Feldkirch

Referent:

Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*
Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und
Rechtsinformatik der
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

1. Rechtsanspruch auf Vaterfreistellung – „Papamonat“

Zur 2016 eingeführten sozialrechtlichen Leistung eines Familienzeitbonus waren arbeitsrechtlich von Gesetzes wegen keine ausdrücklichen Begleitmaßnahmen vorgesehen. Nunmehr gibt es aufgrund BGBl I 2019/73 eine begleitende Regelung in § 1a VKG über einen „**Anspruch**“ des Vaters „**auf Freistellung anlässlich der Geburt eines Kindes**“ („Papamonat“),¹ welcher für Geburten ab 1. 9. 2019 in Betracht kommt. Der gesetzliche Anspruch besteht ohne Bedachtnahme auf die Interessen des AG.

2. Rahmenbedingungen und Voraussetzungen des Anspruchs

Gem § 1a Abs 1 VKG ist dem AN unbeschadet des Anspruchs auf Väterkarenz (§§ 2 ff VKG) auf sein Verlangen für den Zeitraum von der Geburt seines Kindes bis zum Ablauf des Beschäftigungsverbot der Mutter nach der Geburt des Kindes (§ 5 Abs 1 MSchG bzw gleichartige Rechtsvorschriften) eine Freistellung in der Dauer von einem Monat zu gewähren, wenn er mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt.

- „**Freistellung**“ bedeutet Karenzierung. Beide Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis – also nicht nur die Arbeitspflicht des AN, sondern auch die Entgeltspflicht des AG – werden stillgelegt, wobei das Arbeitsverhältnis dem Grunde nach aufrecht besteht. Auch die Nebenpflichten, namentlich Treuepflichten wie die Verschwiegenheitspflicht oder das sog Konkurrenzverbot, bleiben aufrecht.
- Die Freistellung ist dem AN „**auf sein Verlangen**“ zu gewähren, welches innerhalb gewisser Zeitfenster zu äußern ist (dazu im Detail 4.).
- Der Anspruch auf Freistellung besteht nur innerhalb eines bestimmten **Rahmenzeitraumes** – grob gesagt während der ersten acht bis (im Extremfall)

¹ § 1a VKG gilt sinngemäß auch für das Arbeitsverhältnis einer Frau, die gem § 144 Abs 2 und 3 ABGB Elternteil ist. Es gibt daher auch einen „**Elternteil-Monat**“. Im Folgenden wird grundsätzlich nur vom Vater gesprochen, die Ausführungen gelten sinngemäß auch für den anderen Elternteil.

maximal 16 Wochen nach der Geburt des Kindes – für die **Dauer von einem Monat** (zu diesen Punkten im Detail 3.).

- Der AN muss **mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt** leben. Unter „gemeinsamem Haushalt“ ist die tatsächliche Wohngemeinschaft mit dem Kind iS gemeinsamen Wohnens und Wirtschaftens zu verstehen. Die Hausgemeinschaft wird hierbei nicht aufgehoben, wenn sich das Kind vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, wie zB während eines Besuchs bei den Großeltern oder eines Spitalaufenthalts.

Ein gemeinsamer Haushalt besteht daher mE auch dann, wenn das Kind nach der Geburt länger als üblich in der Kinderklinik behalten und behandelt wird oder bei seiner kranken Mutter beispielsweise in der gynäkologischen Abteilung des Spitals verbleibt. Zu beachten ist allerdings, dass der **sozialrechtliche Anspruch** an einen sehr **engen Begriff des gemeinsamen Haushalts** anknüpft: In § 2 Abs 3 Satz 1 FamZeitbG ist davon die Rede, dass „der Vater, das Kind und der andere Elternteil in einer dauerhaften Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an derselben Wohnadresse leben und alle drei an dieser Adresse auch hauptwohnsitzlich gemeldet“ sein müssen. Der OGH² hat aus diesem Wortlaut iVm teleologischen Argumenten abgeleitet, dass während des Krankenhausaufenthalts von Mutter und Kind nach der Geburt die Anspruchsvoraussetzungen für den Familienzeitbonus nicht erfüllt sind. Der Gesetzgeber hat mittlerweile mit BGBl I 2019/24 eine Entschärfung dieser Situation vorgenommen und in § 2 Abs 3a FamZeitbG festgeschrieben, dass bei einem medizinisch indizierten Krankenhausaufenthalt des Kindes bei persönlicher Pflege und Betreuung des Kindes durch den Vater und den anderen Elternteil im Mindestausmaß von jeweils durchschnittlich vier Stunden täglich ausnahmsweise der gemeinsame Haushalt angenommen wird.

Die Voraussetzung des gemeinsamen Haushalts muss **bei Antritt der Freistellung** erfüllt sein. Besteht bei Ankündigung der Freistellung noch kein gemeinsamer Haushalt mit dem Kind, so bildet dies für den AG keinen Grund, das Ansuchen abzulehnen.

3. Zeitliche Lage und Dauer der Vaterfreistellung

- Gem. § 1a Abs. 1 VKG besteht der **Rahmenzeitraum** „von der Geburt seines Kindes bis zum Ablauf des Beschäftigungsverbotes der Mutter nach der Geburt des Kindes“, verwiesen wird in Bezug auf letzteres Verbot auf § 5 Abs 1 MSchG (bzw gleichartige

² OGH 20. 11. 2018, 10 ObS 109/18d, DRdA 2019/41, 437 (Salcher).

Rechtsvorschriften). Die sog **Schutzfrist nach der Geburt** (absolutes Beschäftigungsverbot) dauert grundsätzlich bis zum Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung. Im Falle von Frühgeburten, Mehrlings- und Kaiserschnittgeburten verlängert sich das absolute Beschäftigungsverbot auf zwölf Wochen. Bei einer Verkürzung des absoluten Beschäftigungsverbots vor der Geburt verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung dementsprechend, maximal jedoch auf die Dauer von 16 Wochen.

- Gem § 1a Abs 4 Satz 1 VKG **beginnt** die gegenständliche Freistellung des Vaters frühestens **mit dem auf die Geburt des Kindes folgenden Kalendertag**. Auch daraus ist zu ersehen, dass der Vater den Antrittszeitpunkt der Freistellung innerhalb des Zeitrahmens zwischen Geburt des Kindes – genauer: dem Tag nach der Geburt des Kindes – und dem Ende des Beschäftigungsverbotes der Mutter (s oben) frei wählen kann.
- Der Freistellungsanspruch besteht gem § 1a Abs 1 VKG **„in der Dauer von einem Monat“**. Für die Berechnung dieses Monats ist mE nicht vom frühesten Anspruchsbeginn, dem Tag **nach** der Geburt, sondern **vom Tag der Geburt auszugehen**.

Das bedeutet, dass beispielsweise bei einer Geburt am 16. 10. dann, wenn der Vater die Freistellung ab 17. 10. in Anspruch nimmt, der Monatszeitraum am 16. 11. endet; der Freistellungsanspruch umfasst hier sohin 31 Kalendertage. Wären die Geburt am 16. 11. und der gewünschte Beginn der Freistellung am 17. 11., so endete der Anspruch diesfalls am 16. 12., sodass er in dieser Konstellation 30 Kalendertage umfasst. Ist der Tag der Geburt der 31. 1. 2020 und wählt der Vater wieder den erstmöglichen Freistellungsbeginn, so geht sein Anspruch vom 1. 2. bis zum 29. 2. 2020, also hier – im Schaltjahr – über 29 Tage. Bei analoger Angabe in einem Nicht-Schaltjahr würde der Anspruch nur 28 Tage umfassen. Nimmt der Vater nicht den erstmöglichen Tag, sondern zB im Fall einer Geburt am 29. 5. den 10. 6. als Beginn der Freistellung, so wird man auch hier eine 30-Tage-Rechnung – der Juni hat 30 Tage – zu machen haben, sodass die Freistellung am 9. 7. endet.

Für eine derartige Sichtweise spricht – bei aller Vorsicht gegenüber systematischen Argumenten zwischen Sozialrecht und Arbeitsrecht und umgekehrt – auch die sozialrechtliche Begleitregelung, welche eine Anspruchsdauer zwischen 28 und 31 Kalendertagen vorsieht (vgl §§ 2 Abs 4, 3 Abs 2 FamZeitbG). Arbeitsrechtlicher Anspruch und sozialrechtliche Leistung gehen hier somit synchron.

- Das Gesetz spricht apodiktisch von einer „Dauer von einem Monat“. Die Frage ist, ob der AN auch einen **kürzeren Freistellungszeitraum** beanspruchen kann. ME ist dies möglich, und zwar unbeschadet des Umstands, dass damit der Anspruch auf den Familienzeitbonus – angesichts etwa der Formulierungen in den §§ 2 Abs 4, 3 Abs 2 FamZeitbG – verloren gehen mag. Ein arbeitsrechtlich durch Vereinbarung mit dem AG festgelegter längerer Zeitraum schadet hingegen in Bezug auf die sozialrechtliche Leistung des Familienzeitbonus nicht.³

4. Vorankündigung und Bekanntgabe der Vaterfreistellung

Für den „durchschnittlichen“ Ablauf einer Elternschaft sieht § 1a Abs 3 Satz 1 und 2 VKG **mehrgliedrige Mitteilungspflichten in zwei Phasen** vor:

- In Phase 1 erfolgt die vom Gesetzgeber so bezeichnete **Vorankündigung**.
 - Diese beinhaltet einerseits die **Bekanntgabe des errechneten Geburtstermins**. Eine ausdrückliche Nachweispflicht, etwa mit ärztlicher Bestätigung, wird hiebei nicht festgelegt, womit auch vom AN angebotene sonstige Beweismittel, zB die Auskunft der Partnerin, reichen können.
 - Andererseits ist in dieser Phase der **voraussichtliche Beginn der Freistellung** anzukündigen. Hier werden nicht nur genaue (zB „am Tag nach der Geburt“, „eine Woche nach Geburt“), sondern auch ungefähre Angaben (z. B. „sobald die Partnerin mit dem Baby nach Hause kommt“) möglich sein.

Die Vorankündigung mit den beiden genannten Inhalten hat **„spätestens drei Monate vor dem errechneten Geburtstermin“** zu erfolgen. Die Fristenberechnung kann hier nach § 902 Abs 2 ABGB vorgenommen werden. Ist also zB der errechnete Geburtstermin der 5. 1., so ist eine Vorankündigung bis spätestens 5. 10. des Vorjahres möglich. Dass der errechnete und der tatsächliche Geburtstermin i. d. R. nicht übereinstimmen, ist dabei irrelevant, die Frist ist gewahrt (zum Sonderfall einer Frühgeburt vor Beginn der Dreimonatsfrist s unten). Der AN kann auch deutlich

³ Vgl OGH 19. 2. 2019, 10 ObS 10/19x, RdW 2019/260, 329 = ZAS-Judikatur 2019/49, 172.

früher vorankündigen, er muss dabei aber bedenken, dass der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz frühestens vier Monate vor dem errechneten Geburtstermin beginnt (dazu genauer 6.).

Wird die Frist für die Vorankündigung nicht eingehalten, wird dies zum **Verlust des Anspruchs** auf Freistellung anlässlich der Geburt des Kindes führen.

- Die aus § 1a Abs 3 Satz 2 VKG zu entnehmende Phase 2 betrifft die Zeit nach der Geburt des Kindes:
 - Hier hat der AN gegenüber dem AG zum einen eine **Verständigung von der Geburt des Kindes** zu tätigen, und zwar **unverzüglich**. „Unverzüglich“ bedeutet allgemein formuliert ohne unnötigen Aufschub zwischen Geburt und Verständigung. Die Unverzüglichkeit wird man angesichts der besonderen Lebenssituation in zeitlicher Nähe zur Geburt seines Kindes nicht zu streng sehen dürfen. Für die Verständigung ist keine Form vorgesehen, sie kann demnach schriftlich, mündlich, aber auch per elektronischen Medien an die zuständige Stelle im Bereich des AG erfolgen.
 - Zum anderen ist vom AN **spätestens eine Woche nach der Geburt** der **Antrittszeitpunkt** der Freistellung bekanntzugeben. Ist also das Kind an einem Mittwoch geboren, müsste iSd § 902 Abs 2 ABGB der Antrittszeitpunkt bis einschließlich Mittwoch der Folgewoche dem AG bekanntgegeben sein. Auch die Bekanntgabe ist an keine Form gebunden, sie muss der Arbeitgeberseite aber bis 24 Uhr des letzten Tages der Wochenfrist zugehen.

Einen Sonderfall behandelt § 1a Abs 3 Satz 3 VKG. Kann demnach die **Vorankündigung** der Freistellungsabsicht **auf Grund einer Frühgeburt nicht erfolgen**, hat der AN dem AG die **Geburt unverzüglich anzuzeigen** und den **Antrittszeitpunkt** der Freistellung **spätestens eine Woche nach der Geburt bekanntzugeben**. Die Vorankündigung entfällt somit.

§ 1a Abs 3 Satz 4 VKG hält abschließend fest, dass „unbeschadet des Ablaufs dieser Fristen“ eine **Freistellung** nach § 1a Abs 1 VKG **vereinbart** werden kann. Gegebenenfalls

löst auch eine derartige Vereinbarung den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz (dazu 6.) aus.

5. Verhältnis zu anderen Ansprüchen auf Dienstfreistellung

Gem § 1a Abs 4 Satz 2 VKG ist ein gesetzlicher, kollektivvertraglicher oder einzelvertraglicher Anspruch auf Dienstfreistellung anlässlich der Geburt eines Kindes auf die gegenständliche Freistellung nicht anzurechnen.

Gesetzliche Ansprüche auf Dienstfreistellung anlässlich der Geburt eines Kindes sind vor allem im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die **sonstigen wichtigen Gründe in der Person des AN** gem § 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB denkbar. Als lex specialis dazu, welche die allgemeinen Ansprüche jedoch nicht verdrängt, ist die Regelung über die **Pflegefreistellung** in § 16 UrlG zu nennen. Beide Rechtsgrundlagen sehen zeitlich beschränkte Entgeltfortzahlungsansprüche vor, was im konkreten Fall für die sozialrechtliche Leistung wohl schädlich wäre (vgl § 2 Abs. 4 FamZeitbG, wo allerdings nur von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Rede ist).

6. Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz

Laut Satz 1 des § 1a Abs 6 VKG darf der AN, der die Vaterfreistellung nach Abs 1 dieser Bestimmung in Anspruch nimmt, weder gekündigt noch entlassen werden. Die Sanktion einer dennoch getätigten Kündigung oder Entlassung besteht in der **Rechtsunwirksamkeit der Lösungserklärungen**.

Gem § 1a Abs 6 Satz 2 VKG **beginnt** der Kündigungs- und Entlassungsschutz mit der **Vorankündigung** oder einer **späteren Vereinbarung** gem § 1a Abs 3 VKG, **frühestens jedoch vier Monate vor dem errechneten Geburtstermin**. Entfällt die Vorankündigung auf Grund einer Frühgeburt (dazu 4.), beginnt der Kündigungs- und Entlassungsschutz gem § 1a Abs 6 Satz 3 VKG mit der Meldung des Antrittszeitpunktes.

Laut § 1a Abs 6 Satz 4 VKG **endet** der Kündigungs- und Entlassungsschutz vier Wochen nach dem Ende der Freistellung.

Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz ist **jenem des MSchG nachgezeichnet**. Eine gültige Kündigung bzw Entlassung setzt also eine Zustimmung des ASG im Falle des Vorliegens eines im Gesetz genannten Grundes voraus.

Vor oder nach dem besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz ist ein individueller Bestandschutz nach dem GIBG gegeben. Das geschützte Merkmal im I. Teil des Gesetzes („Geschlecht, insb unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat“; vgl § 3 GIBG) ist ja sehr weit gefasst und wird sich beispielsweise auch auf den Fall, dass jemand ein Kind insofern „hat“, als er es gerade bekommt, beziehen.