THEMEN-SPECIAL

Mag. Elisa-Maria Winterauer/Mag. Markus Löscher

Umstieg von „kleiner“ Elternteilzeit auf „große“ Elternteilzeit möglich?

» PVP 2016/73

Nach der Geburt eines Kindes stehen viele Eltern vor der schwierigen Frage, wie sich die **Kinderbetreuung** mit Erwerbsleben und **Beruf vereinbaren** lässt. Eine Erleichterung bietet der Gesetzgeber durch die **Elternteilzeit** nach dem Mutterschutzgesetz bzw dem Väterkarenzgesetz. Diese wirft jedoch in der Praxis immer wieder Fragen auf, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat oder nicht denken konnte.
Dieser Artikel geht im Besonderen auf die **Frage** ein, ob dann, wenn eine sogenannte **„kleine“ Elternteilzeit** nach § 15i MSchG vereinbart wurde, der Dienstnehmer automatisch auf die **„große“ Elternteilzeit** nach § 15h MSchG **„umsteigen“** kann, sofern die für die „große“ Elternteilzeit erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.
Praktischer Anwendungsfall: Zum Zeitpunkt der **Vereinbarung** der Elternteilzeit waren beim Dienstgeber bspw nur **18 Dienstnehmer** beschäftigt. Zum Zeitpunkt, als die

Dienstnehmerin eine **Änderung** ihrer **Elternteilzeit** beabsichtigt, waren beim Dienstgeber **mehr als 20 Dienstnehmer** beschäftigt.
Lehnt der **Dienstgeber** den **Änderungswunsch** der Dienstnehmerin **ab**, sind dann die Regeln des § 15k MSchG („große" Elternteilzeit) oder jene des § 15l MSchG („kleine" Elternteilzeit) anzuwenden, was für die Frage, **wer klagen** muss (Dienstgeber oder Dienstnehmer) von entscheidender Bedeutung ist.
In diesem Beitrag beleuchten wir unterschiedliche Rechtsmeinungen bzw Lösungsansätze dazu.

Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:
DG … Dienstgeber//**DN** … Dienstnehmer//**ds** … das sind//**DV** … Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis//**ETZ** … Elternteilzeit//**GKK** … Gebietskrankenkasse//**idR** … in der Regel//**iHv** … in Höhe von//**iSd** … im Sinne des//**KBG** … Kinderbetreuungsgeld//**KV** … Kollektivvertrag//**MSchG** … Mutterschutzgesetz//**SV** … Sozialversicherung//**VKG** … Väterkarenzgesetz

A) „Großer" oder „kleiner" Anspruch auf Elternteilzeit?

1. „Kleiner" Elternteilzeitanspruch gemäß § 15i MSchG

Gemäß § 15i MSchG kann ein DN, der **keinen gesetzlichen Anspruch** auf ETZ hat, mit dem DG eine Teilzeitbeschäftigung einschließlich Beginn, Dauer, Ausmaß und Lage längstens bis zum Ablauf des 4. Lebensjahres des Kindes **vereinbaren**.
Folgende **Voraussetzungen** müssen demnach vorliegen:

- Es besteht **kein gesetzlicher Anspruch** auf ETZ (das DV dauert noch nicht ununterbrochen 3 Jahre und/oder im Betrieb sind weniger als 21 DN beschäftigt);
- es gibt **eine Vereinbarung** zwischen DG und DN über die Teilzeitbeschäftigung (Beginn und Dauer der ETZ sowie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit);
- die Teilzeitbeschäftigung dauert bis **maximal** zum **4. Geburtstag** des Kindes;
- die **wöchentliche Arbeitszeit** ist um **mindestens 20 %** zu **vermindern** und
- sie muss **mindestens 12 Stunden** betragen (sogenannte **„Bandbreite"**).

Hinweis
Dauer und Antritt der **Teilzeitbeschäftigung** sind nicht von der **Karenz** abhängig (sogenannte **„Entkoppelung"**). Das bedeutet, dass die ETZ zu verschiedenen Zeitpunkten angetreten werden kann. Möglich wäre daher ein Antritt im Anschluss an das (fiktive) Beschäftigungsverbot, im Anschluss an eine Karenz oder auch zu einem späteren Zeitpunkt.

2. „Großer" Anspruch gemäß § 15h MSchG

Gemäß § 15h MSchG besteht **Rechtsanspruch** auf ETZ **längstens** bis zum Ablauf des **7. Lebensjahres des Kindes** bzw eines späteren **Schuleintrittes** des Kindes, wobei Beginn, Dauer, Ausmaß und Lage der ETZ vereinbart werden müssen.
Folgende **Voraussetzungen** müssen demnach vorliegen:

- Das DV muss zum Zeitpunkt des Antritts der ETZ ununterbrochen **3 Jahre gedauert** haben;
- zum Zeitpunkt des Antritts muss die DN in einem Betrieb mit **mehr als 20 DN** beschäftigt sein;
- trotz Rechtsanspruch müssen Beginn, Dauer, Ausmaß und Lage der Arbeitszeit **vereinbart** werden;
- die Teilzeitbeschäftigung dauert bis **maximal zum 7. Geburtstag** des Kindes oder bis zum späteren **Schuleintritt**;
- die **wöchentliche Arbeitszeit** ist um **mindestens 20 %** zu **vermindern** und
- sie muss **mindestens 12 Stunden** betragen (sogenannte **„Bandbreite"**).

Hinweis
Die **Anspruchsvoraussetzungen** müssen zum **Antrittszeitpunkt** gegeben sein. Ein späterer Wegfall der Betriebsgröße ist irrelevant.

B) „Große" und „kleine" Elternteilzeit: die gemeinsamen 8 Regeln gemäß § 15j MSchG

1. Sowohl beim „großen" Anspruch nach § 15h MSchG als auch beim „kleinen" gemäß § 15i MSchG ist eine **Vereinbarung** hinsichtlich Beginn, Dauer, Ausmaß und Lage der Arbeitszeit zwischen DG und DN erforderlich.
2. Der DN kann die ETZ für **jedes Kind nur einmal** beanspruchen.
3. Die **Mindestdauer** der Teilzeitbeschäftigung beträgt **2 Monate**.
4. Die **wöchentliche Arbeitszeit** ist um **mindestens 20 %** zu **vermindern**, wobei die wöchentliche Arbeitszeit **mindestens 12 Stunden** betragen muss (sogenannte „**Bandbreite**").
5. Der DN muss mit dem Kind im **gemeinsamen Haushalt** leben oder ihm die **Obsorge** zukommen lassen, damit er die ETZ beanspruchen kann.
6. Die Teilzeitbeschäftigung kann **frühestens** unmittelbar **nach** der **Schutzfrist** gemäß MSchG angetreten werden. Dem DG ist dies **schriftlich** bis zum **Ende** der **Schutzfrist** bekannt zu geben.
7. Beabsichtigt der DN erst **später** in **ETZ** zu gehen, dann, muss er dies **schriftlich spätestens 3 Monate** vor dem beabsichtigten Termin bekannt geben.
8. Eine **Änderung** der Teilzeitbeschäftigung oder eine **vorzeitige Beendigung** können DN und DG jeweils nur **einmal** beantragen.

C) Umstieg von „kleiner" Elternteilzeit auf „große" Elternteilzeit möglich?

Sachverhalt zum Fallbeispiel

Emma Peel arbeitet **seit 2011** in der Warenhandels GmbH. Als im **Frühjahr 2016** ihr **Sohn Paul** zur Welt kommt, entscheidet sie sich, bereits im Anschluss an die Schutzfrist ETZ in Anspruch zu nehmen.
Zum Zeitpunkt des Antritts der ETZ sind in der Warenhandels GmbH 18 DN beschäftigt. Emma Peel hat daher „nur" den „kleinen" ETZ-Anspruch nach § 15i MSchG. Sie teilt dem Personalleiter der Warenhandels GmbH noch innerhalb der Schutzfrist ordnungsgemäß den genauen Zeitpunkt des Antritts mit und präsentiert ihm hierbei, wie die ETZ hinsichtlich Lage, Ausmaß etc gestaltet sein soll.
Emma Peel und der Personalleiter der Warenhandels GmbH **vereinbaren**, dass die **vorgeschlagene ETZ** zum von Emma Peel gewünschten **Antrittstermin** beginnt.
Nach einem halben Jahr werden 5 weitere DN in der Warenhandels GmbH aufgenommen. Emma Peel erfährt, dass DN dann einen sogenannten „großen" Anspruch haben, wenn in einem Betrieb mehr als 20 DN beschäftigt sind und das DV des DN schon ununterbrochen 3 Jahre gedauert hat.
Kann **Emma Peel** vom **„kleinen"** auf den **„großen" Anspruch umsteigen** (zB anlässlich eines ETZ-Änderungswunsches) oder erfolgt dieser gar automatisch?
3 Lösungsansätze bieten sich als Antwort auf diese Frage an:

1. Lösungsansatz A: Fürsorgegedanke des MSchG → automatischer Übertritt in den „großen" Elternteilzeitanspruch

Als durch Aufnahme weiterer DN in der Warenhandels GmbH das für den „großen" Anspruch erforderliche Ausmaß von 20 DN überschritten wird, befindet sich Emma Peel bereits in der „kleinen" ETZ. Ab Beschäftigung des 21. DN sind sämtliche Voraussetzungen der „großen" ETZ nach § 15h MSchG erfüllt.

Der **wesentliche Unterschied** zum „kleinen" Anspruch besteht ua darin, dass die „große" ETZ nicht nur bis zum **4. Geburtstag** des Kindes, sondern bis zum **7. oder** einem späteren **Schuleintritt** des Kindes in Anspruch genommen werden kann. Dies stellt unweigerlich für Emma Peel hinsichtlich ihrer Betreuungspflichten eine für sie **günstigere Regelung** dar. Daher könnte aus dem **Fürsorgegedanken**, der stets betont wurde, als das MSchG geschaffen wurde, abgeleitet werden, dass jene Bestimmung angewandt werden soll, die den durch das Gesetz Begünstigten besserstellt.
Emma Peel hat daher nach dieser Rechtsansicht ab dem Zeitpunkt, ab dem die DN-Grenze von **20 DN überschritten** wird, einen **Anspruch** auf die **„große" ETZ**, da alle formalen Voraussetzungen der „großen" ETZ erfüllt sind.
Es stellt sich dann zwangsläufig die folgende Frage: Muss in diesem Fall Emma Peel eine **neue ETZ-Meldung** beim DG abgeben oder wandelt sich der **Anspruch „automatisch"**?
Fest steht, dass Emma Peel zum **Zeitpunkt** des **„kleinen" Anspruches** bereits eine **ordnungsgemäße Meldung** der Teilzeitbeschäftigung vorgenommen hat. Hätte sie aufgrund geänderter Umstände nunmehr Anspruch auf die „große" ETZ und berücksichtigt man wiederum den Fürsorgegedanken des MSchG, kann eine **neue Meldung nicht** verlangt werden. Dies bereits vor dem praktischen Hintergrund, dass die DN oft keine Kenntnis darüber hat, dass die formellen Voraussetzungen für den „großen" Anspruch vorliegen.
Die **Überleitung** der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung auf den **„großen" Anspruch** erfolgt demzufolge **„automatisch"**. Ein **späteres Herabsinken** der DN-Anzahl **ändert nichts** daran, dass der „große" ETZ-Anspruch gegeben ist.
Dem **DG** bleibt in diesem Fall lediglich die **Möglichkeit**, eine **Änderung** oder **vorzeitige Beendigung** der Teilzeitarbeit zu verlangen.

2. Lösungsansatz B: Der Gesetzeswortlaut → Verbleib in der „kleinen" Elternteilzeit

Die dargestellte **Lösung A** (= **automatischer Übertritt** vom „kleinen" in den „großen" ETZ-Anspruch) erscheint nicht nur aus praktischen Gründen, sondern auch aufgrund des Gesetzeswortlauts **unbefriedigend**.
Gemäß § 15 h MSchG hat die DN einen („großen") Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn das DV zum Zeitpunkt des Antritts der Teilzeitbeschäftigung 3 Jahre gedauert hat und sie zu diesem Zeitpunkt in einem Betrieb mit mehr als 20 DN beschäftigt ist.
Sowohl hinsichtlich der Dauer des DV als auch der **DN-Anzahl** stellt das **Gesetz** auf den **ETZ-Antrittszeitpunkt** ab. Emma Peel befindet sich in unserem Beispiel bereits ein halbes Jahr in der „kleinen" ETZ, als die gesetzlichen Voraussetzungen für die „große" ETZ gemäß § 15 h MSchG vorliegen. Der Gesetzeswortlaut scheint daher keine andere Lösung offenzulassen als eine Prüfung der **Voraussetzungen** zum **Antrittszeitpunkt**.
Da man dem **Gesetzgeber** grundsätzlich zubilligt, nur **„praktische" Regelungen** zu schaffen, würde sich anderenfalls in Betrieben mit **schwankender DN-Anzahl** ein weiteres Problemfeld ergeben: Anspruch auf die „große" ETZ besteht nur in Betrieben, in denen regelmäßig mehr als 20 DN beschäftigt sind. Bei **schwankender DN-Anzahl** (man denke hierbei etwa an Saisonbetriebe) ist diese Voraussetzung dann erfüllt, wenn im **Jahr vor ETZ-Antritt durchschnittlich mehr als 20 DN** im Betrieb waren. Ein **kurzfristiges Unterschreiten** der festgelegten DN-Grenze im Betrachtungszeitraum **schadet** somit **nicht**, solange der Durchschnitt der im Betrieb tätigen DN im Jahr vor Antritt der ETZ mehr als 20 Personen beträgt.
In der Praxis würde der **Lösungsansatz A** den DG verpflichten, **jährlich** die **durchschnittliche Mitarbeiteranzahl** zu errechnen, wenn ein DN mit „kleinem" ETZ-Anspruch beschäftigt wird. Wird auch nur in **einem Jahr** der vereinbarten Dauer der „kleinen" ETZ das Ausmaß von **20 DN überschritten**, könnte der DG aufgrund des **automatischen Übertritts** nur mehr beantragen, die – nun-

mehr „große“ – ETZ zu ändern oder zu beenden. Dies würde unweigerlich dazu führen, dass der DG dem **DN-Antrag** auf **„kleine“ ETZ** im Zweifel **nicht zustimmt**, drohe doch das automatische Anwachsen auf den „großen“ Anspruch bei Vergrößerung des Betriebs.
Ein **weiteres Argument gegen** den **Lösungsansatz A** (= **automatischer Übertritt** vom „kleinen“ in den „großen“ ETZ-Anspruch): Der Gesetzeswortlaut setzt hinsichtlich des Betrachtungszeitpunktes die Mindestbeschäftigungsdauer und die DN-Anzahl gleich (*„zum Zeitpunkt des Antritts“*; *„zu diesem Zeitpunkt“*). Wird der **automatische Eintritt** aufgrund dessen, dass die DN-Anzahl den Grenzwert von 20 DN übersteigt, bejaht, müsste dies dann auch für die **Betriebszugehörigkeit** gelten.
In der Praxis würde damit **jeder ETZ-DN** früher oder später in den **Genuss** des **„großen“ ETZ-Anspruchs** kommen. Dies kann dem Gesetz jedoch nicht entnommen werden.
Emma Peel hat daher auch bei dauernder Überschreitung der 20 DN im Betrieb **keinen „großen“ ETZ-Anspruch** nach § 15h MSchG, weil nach dem Gesetzeswortlaut der maßgebliche Zeitpunkt jener des ETZ-Antritts ist.

3. Lösungsansatz C: Die vermittelnde Position → Antrag auf Verlängerung der Elternteilzeit

Emma Peel kann die **Teilzeitbeschäftigung** für ihren Sohn Paul **nur einmal** in Anspruch nehmen (§ 15j Abs 2 MSchG). Die **Möglichkeit**, die **„kleine“ ETZ** zu **beenden**, um die **„große“** beim DG zu **melden**, **besteht** daher **nicht**. In der Praxis könnte es also dazu kommen, dass der DN bei vermuteter personeller Vergrößerung des Betriebs **taktiert** und das „**Ticket ETZ“ erst** dann löst, wenn die gesetzlichen **Voraussetzungen** für den **„großen“ ETZ-Anspruch vorliegen**.
Damit ein solches Vorgehen nicht notwendig wird, könnte § 15j Abs 5 MSchG herangezogen werden: *„Die Dienstnehmerin kann sowohl eine Änderung der Teilzeitbeschäftigung (Verlängerung, Änderung des Ausmaßes oder der Lage) als auch eine vorzeitige Beendigung jeweils nur einmal verlangen.“*
Sowohl DN als auch DG können **inhaltliche Änderungen** der ETZ je **einmal** verlangen. Unter inhaltlicher Änderung ist auch die **Verlängerung** der ETZ zu verstehen. Dieses Verlängerungsrecht steht jedoch ausschließlich dem DN, nicht jedoch dem DG zu. Die Verlängerung ist dem DG **spätestens 3 Monate** im Vorhinein **schriftlich** bekannt zu geben.
Das Gesetz schreibt nicht vor, dass sich eine **Verlängerung eines „kleinen“ ETZ-Anspruchs** nicht auch aufgrund geänderter Umstände im Betrieb **bis zum 7. Geburtstag** des Kindes beantragen lässt. Ganz im Gegenteil, der Gesetzgeber erwähnt in § 15j Abs 1 MSchG beide Ansprüche gleichermaßen.
Emma Peel könnte daher wie folgt vorgehen:

a) Anlässlich der **Geburt** Ihres Sohnes meldet sie im Frühjahr 2016 den **„kleinen“ ETZ-Anspruch** – da die Warenhandels GmbH zu diesem Zeitpunkt nur 18 DN beschäftigt – beim DG an.
b) Sobald ein halbes Jahr später die gesetzlichen **Voraussetzungen für die „große“ ETZ** vorliegen (die Warenhandels GmbH beschäftigt zu dieser Zeit mehr als 20 DN), gibt sie die **Änderung** der **Dauer** der **ETZ** (= Verlängerung bis zum 7. Lebensjahr bzw bis zum Schuleintritt) bekannt.
c) Spricht sich der **DG gegen** die **Verlängerung** aus, liegt es an ihm, weitere Schritte zu unternehmen, um die Verlängerung verhindern. Es gelangt das übliche Durchsetzungsverfahren zur Anwendung. Hierbei hat der **DG** – sollte binnen 4 Wochen keine Einigung erzielt werden – binnen einer weiteren Woche die **Klage beim Arbeits- und Sozialgericht** einzubringen. Geschieht dies nicht, ist die Verlängerung der ETZ wirksam. Die **Handlungspflicht** liegt uE allein beim **DG**.

D) Fazit

Bisher gibt es zu Fragen rund um den Anspruch auf „große“ oder „kleine“ ETZ nur **wenige** erstinstanzliche **Entscheidungen**. Viele Fragen, die die Praxis aufwirft, wurden von den Gerichten noch nicht behandelt und auch die bisherige Rechtsprechung lässt eine einheitliche Linie vermissen.

Dass der **Gesetzgeber kein eindeutiges** und in der Rechtsanwendung **taugliches Werkzeug geschaffen** hat, wurde auch vielfach in der Lehre kritisiert. Als mögliches Vorbild könnte hier vielleicht der **deutsche § 15 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz** (BEEG) dienen. Darin wurde der österreichische „kleine“ und „große“ Anspruch in ein einheitliches abgestuftes System gegossen. Die Rechtsanwendung erscheint aufgrund enger Regelung als **praktikabler**.

Der diesem Artikel zugrunde gelegte Sachverhalt wurde vor einem österreichischen Gericht (noch nicht) entschieden, weshalb **alle 3 Lösungsvarianten** – wohl in abgestufter Form – mit guten Gründen **argumentierbar** sind. Welcher Variante das Gericht schlussendlich den Vorrang geben wird, ist offen.

Hinweis der Redaktion

Interessante Artikel rund um die **ETZ** finden Sie in folgenden PVP-Heften:

- Praktiker-Checklisten zur Elternteilzeit (PVP 2012/20, 73; März-Heft)
- Wenn ein weiteres Kind kommt ... (PVP 2011/73, 278; Oktober-Heft)
- Liegt eine Elternteilzeit vor? – Fallbeispiele (PVP 2012/19, 68; März-Heft)
- 2 interessante Urteile zur Elternteilzeit, die Sie kennen sollten (PVP 2015/64, 239; September-Heft)
- Besondere Teilzeitformen: ein Orientierungsüberblick (PVP 2014/13, 47; Februar-Heft)

Foto Uwe Strasser

Die Autorin:

Mag. **Elisa-Maria Winterauer** ist Rechtsanwaltsanwärterin in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei GERLACH Rechtsanwälte.

elisa.m.winterauer@arbeitsrecht.at

lesen.lexisnexis.at/autor/Winterauer/Elisa-Maria

Foto Bruckner & Pruckner OG

Der Autor:

Mag. **Markus Löscher** ist Rechtsanwaltsanwärter in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei GERLACH Rechtsanwälte.

markus.loescher@arbeitsrecht.at

lesen.lexisnexis.at/autor/Löscher/Markus