

# ZAS

[Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht]

## Schwerpunkt **Elternkarenz und Teilzeitbeschäftigung**

- |   |            |  |
|---|------------|--|
| <b>Beiträge</b>                             | <b>204</b> | <b>Elternteilzeit neu</b><br>Claudia Wolfsgruber   |
|   | <b>209</b> | <b>Das Zusammenspiel von MSchG und KBGG</b><br>Clemens Egermann  |
|   | <b>219</b> | <b>Pensionsreform 2003 und Altersteilzeit</b><br>Franz Schrank   |
| <b>Judikatur-<br/>übersicht</b>             | <b>225</b> | <b>Nr 129–156</b>  |
| <b>Recht-<br/>sprechung<br/>kommentiert</b> | <b>230</b> | <b>Zum Anspruch auf medizinische Hauskrankenpflege</b><br>Walter Schrammel                                     |
|   | <b>235</b> | <b>Sozialversicherungsträger kein gutgläubiger Dritter<br/>iSd § 916 Abs 2 ABGB</b><br>Kristina Sonnleitner    |
|   | <b>239</b> | <b>Abgrenzung zwischen Eigenschäden nach § 2 DHG<br/>und Drittschäden nach § 4 DHG</b><br>Christoph Kietztaibl |
| <b>Muster</b>                               | <b>247</b> | <b>Neue Elternteilzeit</b><br>Franz Schrank  |

September 2004

**05**  
MANZ 

**Schriftleitung**  
Theodor Tomandl  
Martin E. Risak

**Redaktion**  
Bernhard W. Gruber  
Harald Kaszanits  
Franz Schrank

ISSN 0044-2321

# Das Zusammenspiel von MSchG und KBGG

## Probleme der Beschäftigung während und nach der Karenz

Mit Einführung des Kinderbetreuungsgeldes wurden die Beschäftigungsmöglichkeiten während der Karenz nach dem MSchG erweitert. Der mögliche Bezugszeitraum für das Kinderbetreuungsgeld übersteigt die Maximaldauer der Karenz nach dem MSchG. Der Beitrag untersucht arbeitsrechtliche Konsequenzen der Beschäftigung während der Karenz und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für den Zeitraum nach dieser.

Von Clemens Egermann<sup>\*)</sup>

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
  - 1. Zur Einführung des Kinderbetreuungsgeldes
  - 2. Die Karenz nach dem MSchG
  - 3. Gesetzlich geregelte Auswirkungen der Beschäftigung während der Karenz
    - a) Reaktivierung des karenzierten Grundarbeitsverhältnisses vs Doppelarbeitsverhältnis
    - b) Auswirkung von Entlassungsgründen auf das Grundarbeitsverhältnis
    - c) Auswirkungen auf dienstzeitabhängige Ansprüche
- B. Die Beschäftigung während der Karenz nach dem MSchG
  - 1. Grundlegendes
  - 2. Fallgruppen möglicher Beschäftigung während der Karenz
    - a) Keine Beschäftigung
    - b) Geringfügige Beschäftigung
    - c) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze bis insgesamt 13 Wochen beim selben Dienstgeber
- C. Arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten
  - 1. Einvernehmliche Karenzierung
  - 2. Einvernehmliche Auflösung
  - 3. Teilzeitbeschäftigung
- D. Fazit →

- d) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze länger als 13 Wochen beim selben Dienstgeber
- e) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze bis insgesamt 13 Wochen bei einem Dritten *ohne* Zustimmung des Dienstgebers
- f) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze länger als 13 Wochen bei einem Dritten *ohne* Zustimmung des Dienstgebers
- g) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze länger als 13 Wochen bei einem Dritten *mit* Zustimmung des Dienstgebers

ZAS 2004/37

§§ 15, 15e, 15hf  
MSchG, KBGG

Freiwillige  
Karenzierung;  
Karenz;  
Kinder-  
betreuungsgeld;  
Neben-  
beschäftigung;  
Teilzeit-  
beschäftigung;  
Zuverdienst

<sup>\*)</sup> Ich danke Herrn Univ.-Ass. Dr. Martin E. Risak für seine Anmerkungen.

## A. Einleitung

### 1. Zur Einführung des Kinderbetreuungsgeldes

Für ab dem 1. 1. 2002 geborene Kinder wurde mit dem Kinderbetreuungsgeld (im Folgenden „KBG“) als Ergänzung der Familienbeihilfe eine neue Sozialleistung geschaffen. Anders als die Vorgängerleistungen Karenzgeld und Teilzeitbeihilfe baut das KBG nicht auf einer Versicherung auf, sondern ist als Versorgungsleistung mit einem Rechtsanspruch des Begünstigten konzipiert.<sup>1)</sup> KBG ist an Personen zu leisten, die bestimmte objektive Kriterien erfüllen, ohne dass eine auf die persönliche Bedürftigkeit abstellende Ermessensentscheidung erfolgt.<sup>2)</sup> Das KBG kann von einem Elternteil bis höchstens zum 30. Lebensmonat des Kindes bezogen werden, bei Teilung der Kinderbetreuung zwischen den Eltern bis längstens zum 36. Lebensmonat. Vor dem KBGG (BGBl I 2001/103 idF BGBl I 2004/34) entfiel durch eine Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze der Anspruch auf Karenzgeld bzw wurde dieser reduziert.<sup>3)</sup> Nunmehr besteht im Interesse größerer Wahlfreiheit in der Lebensgestaltung und besserer Vereinbarkeit der Lebensbereiche Familie und Beruf eine (gegenüber dem Karenzgeld deutlich erhöhte) Zuverdienstgrenze zum KBG von € 14.600 jährlich.<sup>4)</sup> Der Dienstnehmerin<sup>5)</sup> soll der berufliche Wieder- bzw. Erststieg ermöglicht werden. Eine Verlängerung der arbeitsrechtlichen Karenz von 24 auf 30 (bzw 36) Monate zur Anpassung an die Bezugsdauer von KBG erfolgte nicht,<sup>6)</sup> durch BGBl I 2001/103 kam es jedoch im MSchG zu Änderungen hinsichtlich der während der Karenz zulässigen Beschäftigungen.<sup>7)</sup>

### 2. Die Karenz nach dem MSchG

Während der Karenz iSd § 15 ruhen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis bei Fortbestand des vertraglichen Bandes. Die Dienstnehmerin hat keine Arbeitsleistungen zu erbringen, der Dienstgeber<sup>8)</sup> kein Entgelt zu zahlen. Nach § 15f Abs 1 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 jedoch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung für die Bemessung der Kündigungsfrist, die Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheits- oder Unglücksfall und das Urlaubsausmaß bis zum Höchstausmaß von insgesamt 10 Monaten angerechnet. Vor Einführung des KBG war eine Beschäftigung während der Karenz nur bis zur Geringfügigkeitsgrenze<sup>9)</sup> zulässig, kurzfristige Überschreitungen blieben unbeachtlich. Seit 1. 1. 2002<sup>10)</sup> ist gem § 15e Abs 2 auch eine **Beschäftigung über die Geringfügigkeitsgrenze hinaus für höchstens 13 Wochen pro Kalenderjahr** zulässig. Mit Zustimmung des Dienstgebers kann eine solche auch bei einem Dritten ausgeübt werden. Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang wohl vor Augen, dass mehrere kurzfristige Beschäftigungen bis zum zulässigen Gesamtausmaß und nicht bloß eine einzige bis zu 13 Wochen dauernde vereinbart werden.<sup>11)</sup> Zur Feststellung, ob die 13-Wochen-Grenze eingehalten wird, sind die Zeiten der Beschäftigung zusammenzurechnen. **Bei einer zulässigen Beschäftigung während der Karenz**

**bleibt der Kündigungs- und Entlassungsschutz aufrecht** (§ 15 Abs 4 iVm § 15e). Die vormals für die Karenz verankerte Anspruchsvoraussetzung der überwiegenden Betreuung des Kindes entfiel mit Erweiterung der Beschäftigungsmöglichkeiten, weil diese nicht mehr in allen Fällen gewährleistet ist. Nunmehr ist nur der gemeinsame Haushalt mit dem Kind erforderlich.

Die Karenz kann von der Dienstnehmerin durch einseitige Erklärung geltend gemacht werden,<sup>12)</sup> die Zustimmung des Dienstgebers ist nicht erforderlich. Will die Dienstnehmerin beim ursprünglichen Dienstgeber eine Beschäftigung ausüben, bedarf sie hingegen dessen Zustimmung. Der Bezug von KBG erfolgt unabhängig davon, ob bei der Dienstnehmerin eine Beschäftigung, Karenz oder Teilzeitbeschäftigung nach dem MSchG vorliegt. Für das KBG ist nur ausschlaggebend, ob die Zuverdienstgrenze iSd § 2 KBGG überschritten wird. Da diese spürbar höher ist als früher, stellt sich in der Praxis häufiger die Frage nach den Folgen der Beschäftigung während der Karenz.

### 3. Gesetzlich geregelte Auswirkungen der Beschäftigung während der Karenz

#### a) Reaktivierung des karenzierten Grundarbeitsverhältnisses vs Doppelarbeitsverhältnis

Es stellt sich die Frage, ob durch eine Beschäftigung während der Karenz das karenzierte Arbeitsverhältnis wieder in Vollzug gesetzt wird (ob also die Karenz ent-

1) OGH 16. 9. 2003, 10 Obs 194/03 g, ARD 5477/12/2004 (mwN im Volltext).

2) OLG Innsbruck 16. 12. 2003, 25 Rs 105/03 g, ARD 5477/11/2004 (mwN im Volltext).

3) Über die Einfallspforte des (sozialversicherungsrechtlichen) § 2 Abs 2 KGG war zugleich (faktisch) eine das Arbeitsverhältnis beeinflussende Regelung getroffen. Dazu auch ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 53 (zur Einführung des KBGG und den dadurch bedingten Änderungen des MSchG); Schäffer-Ziegler, Aspekte des „Zuverdienstes“ im neuen Kinderbetreuungsgeldgesetz, ÖJZ 2002, 16 f.

4) § 2 Abs 1 Z 3 KBGG. Dazu auch ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 53.

5) Im Folgenden wird der Begriff *Dienstnehmerin* geschlechtsneutral für männliche und weibliche Arbeitnehmer verwendet. Da nur rund 2 % der Väter Karenz in Anspruch nehmen (so Kreimer, Forschungsprojekt Work Changes Gender [ohne Datum] für das Jahr 2001), erscheint dies gerechtfertigt.

6) ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 53.

7) Die nachstehenden Ausführungen zum MSchG gelten *mutatis mutandis* auch für Väter, deren Rechtsposition im Väter-Karenzgesetz (VKG), BGBl 1989/651 idF BGBl I 2004/64, geregelt ist. Paragrafenangaben ohne Anführung des Gesetzes beziehen sich in der Folge auf das Mutterschutzgesetz (MSchG), BGBl 1979/221 idF BGBl I 2004/64.

8) Als *ursprünglicher Dienstgeber* wird in der Folge derjenige bezeichnet, zu dem das karenzierte Arbeitsverhältnis (das Grundarbeitsverhältnis) besteht.

9) Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig iSd § 5 Abs 2 ASVG (idF BGBl I 2004/20), wenn es (1.) für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens € 24,28, insgesamt jedoch von höchstens € 316,19 gebührt oder (2.) für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als € 316,19 gebührt. § 15e Abs 1 stellt nur auf § 5 Abs 2 Z 2 ASVG ab.

10) Zu Details zum In-Kraft-Treten s § 39 Abs 13.

11) ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 69. Anders wohl Knöfler, MSchG<sup>13</sup> § 15e Erl 3.1.1, die bei stunden- und tageweiser Beschäftigung idR vom Vorliegen einer geringfügigen Beschäftigung ausgeht. Bei Überschreiten der Bezugsgrenzen liegt in diesen Konstellationen aber keine geringfügige Beschäftigung vor. Ihre Ansicht, bereits mit einer Beschäftigung von nur einem Tag in der Woche sei eine der 13 Wochen konsumiert, lässt die Frage nach den Konsequenzen der Überschreitung der Beschäftigungsgrenzen umso brisanter erscheinen.

12) Brodlil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, System und Praxis-kommentar, 4. Lfg. (2004) Kap X Rz 16.

fällt), oder ob zwei voneinander unabhängige Arbeitsverhältnisse vorliegen. Zur geringfügigen Beschäftigung wird richtigerweise vertreten, dass es sich bei dieser um ein zweites befristetes Arbeitsverhältnis neben dem karenzierten handelt, für das die allgemeinen Rechtsfolgen des Arbeitsrechts zur Anwendung kommen.<sup>13)</sup> Das folgt aus dem Wortlaut von § 15 e Abs 1, wonach *neben* dem karenzierten Arbeitsverhältnis eine geringfügige Beschäftigung eingegangen werden kann.<sup>14)</sup> Auch bei der zulässigen Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze deutet der Wortlaut in die Richtung eines weiteren – vom karenzierten unabhängigen – Arbeitsverhältnisses: In Abs 2 *leg cit* wird ebenso wie in Abs 1 der Begriff *neben* verwendet. Auch die Gesetzesmaterialien sprechen für diese Auslegung.<sup>15)</sup>

Bei zulässiger Beschäftigung während der Karenz liegen also nach der insoweit eindeutigen Regelung des MSchG zwei voneinander unabhängige Arbeitsverhältnisse vor, einerseits das karenzierte, andererseits das zusätzlich vereinbarte (befristete). Zu einer Reaktivierung des karenzierten Arbeitsverhältnisses kommt es nicht.

#### b) Auswirkung von Entlassungsgründen auf das Grundarbeitsverhältnis

Für die geringfügige Beschäftigung während der Karenz gilt, dass **Verletzungen der Arbeitspflicht** in der geringfügigen Beschäftigung **keine Auswirkungen auf das karenzierte Dienstverhältnis** haben (§ 15 e Abs 1 S 2, **Trennungsprinzip**). Eine Verletzung der Dienstpflicht in der geringfügigen Beschäftigung (zB eine in Säumnissen oder Fehlleistungen gelegene<sup>16)</sup>) rechtfertigt grundsätzlich nicht die Auflösung des Grundarbeitsverhältnisses, außer es wird gleichzeitig in Hinblick auf dieses ein Entlassungsgrund iSd § 12 gesetzt. Das ist im Zweifel nicht anzunehmen. Bei der geringfügigen Beschäftigung besteht kein besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz, sie kann vom Dienstgeber ohne gerichtliche Zustimmung beendet werden.<sup>17)</sup> Für eine Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze (§ 15 e Abs 2) fehlt eine ausdrückliche diesbezügliche Anordnung. Daraus wird von der L<sup>18)</sup> geschlossen, dass ein im Hinblick auf die (befristet vereinbarte) Beschäftigung gesetzter Entlassungsgrund auf das karenzierte Dienstverhältnis durchschlage. Aus dem systematischen Zusammenhang von Abs 1 und 2 folgt aber mE vielmehr, dass das in Abs 1 angeordnete Trennungsprinzip insoweit auch für Abs 2 gilt. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle ist nicht ersichtlich, die Interessenlagen sind ähnlich. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht iSd subjektiv-historischen Interpretation eher für eine Gleichbehandlung: In der Begutachtung zum Ministerialentwurf<sup>19)</sup> wurde zu § 15 e ua die Klarstellung gefordert, dass es auch dann zu keinen Rechtsfolgen für das karenzierte Dienstverhältnis kommen solle, wenn die Arbeitspflicht bei einer vorübergehenden Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze verletzt werde. Die Regierungsvorlage wurde gegenüber dem Ministerialentwurf in diesem Punkt umfassend geändert. Die Beschäftigung während der Karenz wurde in einem eigenen Paragraphen zusammengefasst. Das indiziert, dass den Bedenken aus der Begutachtungsphase Rechnung getragen

werden sollte und **das für geringfügige Beschäftigungen angeordnete Trennungsprinzip insofern auch für die Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze gilt.**

#### c) Auswirkungen auf dienstzeitabhängige Ansprüche

Fraglich ist weiters, welche Folgen die **Beschäftigung** während der Karenz auf **dienstzeitabhängige Ansprüche** hat.<sup>20)</sup> § 15 f Abs 1 ordnet an, dass Zeiten der Karenz für dienstzeitabhängige Ansprüche grundsätzlich außer Betracht bleiben. Für eine Beschäftigung während der Karenz wird keine Ausnahme gemacht. Zum Teil<sup>21)</sup> wird vertreten, dass Zeiten der geringfügigen Beschäftigung bei der Bemessung von Ansprüchen, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen, grundsätzlich zu berücksichtigen seien. Richtigerweise ist zu differenzieren:<sup>22)</sup> Die Zeit der Karenz selbst hat für dienstzeitabhängige Anwartschaften grundsätzlich außer Ansatz zu bleiben. Da bei der zulässigen Beschäftigung während der Karenz ein eigenständiges Dienstverhältnis hinzukommt, sind auch die daraus resultierenden Ansprüche gesondert zu prüfen. Bei der Abfertigung (alt) sind Zeiten der geringfügigen Beschäftigung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung jedenfalls nicht heranzuziehen (§ 23 Abs 1 a AngG).<sup>23)</sup> Für die Abfertigung (neu) bestimmt § 6 Abs 5 BMVG, dass auch bei Zeiten geringfügiger Beschäftigung ein Beitrag an die Krankenkasse zwecks Weiterleitung an die Mitarbeitervorsorgekasse zu leisten ist. Nach § 14 Abs 2 Z 4 BMVG zählen diese Beitragszahlungen ebenfalls als Ein-

13) ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 56.

14) Mit der Anerkennung von zwei selbständigen Dienstverhältnissen nebeneinander zwischen denselben Vertragsparteien wird nach *Schrank*, Karenzurlaubserweiterungsgesetz: Neue Formen der Teilzeitbeschäftigung und ihre Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Ansprüche I, ZAS 1990, 145 (148, insb FN 19) dogmatisches Neuland betreten. Dazu auch *Höfle*, Geringfügiges Dienstverhältnis zum selben Dienstgeber mit Bildungskarenz vereinbar?, ASoK 2000, 194 und VwGH in FN 20. Dieser Aspekt kann hier nicht abschließend untersucht werden. Nur so viel: Jedenfalls wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren, liegt mE im Zweifel bei Identität der Arbeitsvertragsparteien und bei (zumindest annähernd) ähnlichen zu erbringenden Arbeitsleistungen ein einheitliches (einziges) Dienstverhältnis vor, sofern nicht gesetzlich etwas anderes angeordnet ist. Die dogmatische Konstruktion, dass ein Lebenssachverhalt (Erbringung von Arbeitsleistungen zwischen identen Parteien) aus dem Blickwinkel zweier Arbeitsverhältnisse gesehen werden soll, erscheint künstlich.

15) ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 56 und 69.

16) *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> (2003) 835.

17) Dazu *Schrank*, ZAS 1990, 148.

18) *Knöfler*, MSchG<sup>13</sup> § 15 e Erl 3.1.3; *Schäffer-Ziegler*, ÖJZ 2002, 21.

19) 202/ME BlgNR 21. GP 62 f und § 15 e Abs 3 a idF des ME. Als krit Stellungnahme dazu insb 30/SE-202/ME 21. GP 13 f der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte.

20) Ein vergleichender Blick auf die Bildungskarenz iSd § 11 AVRAG hilft nicht weiter. § 11 Abs 2 AVRAG verweist zwar auf § 15 f Abs 1, so weit ersichtlich wurde aber die Frage der Anrechnung einer Beschäftigung neben der Bildungskarenz auf dienstzeitabhängige Ansprüche zum AVRAG bislang nicht näher thematisiert. Dies ist insofern verständlich, als bis vor kurzem ungeklärt war, ob eine geringfügige Beschäftigung eingegangen werden kann, ohne den Anspruch auf Weiterbildungsgeld nach §§ 26, 26 a AVG zu verlieren. Das wurde vom VwGH nunmehr bejaht: VwGH 9.3. 2001, 2000/02/0212, ZASB 2001, 27.

21) *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup>, 835. Zu diesem Thema allgemein *Knöfler*, MSchG<sup>13</sup> § 15 e Erl 2.2.

22) Vgl zu Details *Schrank*, ZAS 1990, 150.

23) *Knöfler*, MSchG<sup>13</sup> § 15 e Erl 2.2.1. Der Verweis in § 23 Abs 1 a AngG auf § 15 Abs 1 a ist nicht mehr richtig. Er kann zwar berichtigend als Verweis auf § 15 e verstanden werden, dessen ungeachtet sollte ihn der Gesetzgeber korrigieren.

zahlungsjahre und werden auf die 3-Jahres-Frist angerechnet. Für andere Ansprüche fehlt eine ausdrückliche Norm, Kollektivverträge enthalten oft nähere Regelungen. **Jedenfalls bedarf es einer Prüfung im Einzelfall**, wobei für die Anrechenbarkeit einer Beschäftigung während der Karenz im Wesentlichen **Dauer und zeitliche Lage entscheidende Faktoren** sind. Es kommt mE vor allem darauf an, ob die Beschäftigung der Wiederaufnahme des ursprünglichen Dienstverhältnisses (nach Ablauf der Karenz) unmittelbar vorangeht (arg § 15 h Abs 2; § 2 Abs 3 UrlG; § 2 Abs 3 EFZG). Bei einer regelmäßigen, längerfristigen Beschäftigung wie der geringfügigen liegen diese Voraussetzungen eher vor als bei einer kurzfristigen Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze.

## B. Die Beschäftigung während der Karenz nach dem MSchG

### 1. Grundlegendes

Im Mittelpunkt nachstehender Ausführungen stehen die **Konsequenzen der Überschreitung der Beschäftigungsgrenzen** nach § 15 e (Überschreitung der 13-Wochen-Frist, mangelnde Zustimmung des Dienstgebers zu einer Beschäftigung bei einem Dritten). Konkrete Rechtsfolgen hat der Gesetzgeber dafür nicht angeordnet, auch die Auslegung nach Wortlaut und Systematik führt zu **keinem eindeutigen Ergebnis**. Gelangt man ob der aufzuzeigenden Schwierigkeiten und zum Schutz der Dienstnehmerin nicht überhaupt zum Ergebnis, die Überschreitung sei arbeitsrechtlich nicht sanktioniert (das Problem löse sich über die Zuverdienstgrenzen des KBBG ohnedies von selbst), muss die Ermittlung der Rechtsfolgen bei der **Auslegung der Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck** ansetzen. Aufgrund der Entkoppelung der (nach dem MSchG zulässigen) Beschäftigung vom (während des Bezugs von KBG zulässigen) Zuverdienst ist diese Frage nicht mehr durch Rekurs auf das KBBG zu lösen. Es bedarf eines **eigenständigen arbeitsrechtlichen Ansatzes**.

Die Durchdringung des Regelungsinhalts fällt deshalb so schwer, weil es sich **bereits bei der 13 Wochen nicht übersteigenden Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze um einen Fremdkörper handelt**, der logisch und systematisch **mit der Karenz iSd § 15 nicht ohne weiteres vereinbar** scheint. Eine Karenz ist die Aussetzung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag. Rein logisch können die Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht ausgesetzt sein und zugleich ausgeübt werden. Das zeigt auch ein vergleichender Blick auf das Urlaubsrecht:<sup>24)</sup> Arbeitet der Arbeitnehmer während des Erholungsurlaubs entgegen der ursprünglichen Vereinbarung (etwa wegen eines Notfalls), würde niemand behaupten, die Beschäftigung sei mit dem Urlaub vereinbar und es werde trotzdem ein Urlaubstag konsumiert.<sup>25)</sup> Während man eine zeitlich und/oder finanziell vergleichsweise unerhebliche Beschäftigung (wie die geringfügige oder eine diese nur kurzfristig überschreitende) allenfalls als mit der Karenz vereinbar erachten könnte,<sup>26)</sup> trifft das auf eine längere, die Geringfügigkeitsgrenze übersteigende Beschäftigung (ohne begleitende gesetzgeberische Maßnahmen) nicht zu. Bei einer solchen kann sich die

Dienstnehmerin den Bedürfnissen des Kindes nicht widmen, ohne durch arbeitsvertragliche Pflichten (erheblich) in Anspruch genommen zu werden. Die Beschäftigung rückt gegenüber der Kinderbetreuung stärker in den Vordergrund.<sup>27)</sup> Gerade die Tätigkeiten, die § 15 e Abs 2 vor Augen hat, sind durch unregelmäßigen, unterbrochenen und nicht genau planbaren Anfall gekennzeichnet, was die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerin noch weiter erhöht.<sup>28)</sup> Der Gesetzgeber scheint sich dieser Problematik (mit)bewusst gewesen zu sein. In den Materialien zu § 15 e<sup>29)</sup> führt er aus, dass mit der Beschäftigung über die Geringfügigkeitsgrenze hinaus (ergänze: kurzfristige, nicht langfristige) Beschäftigungen zur Abdeckung von Arbeitsspitzen zugelassen werden sollten. Auch die Tatsache, dass bei der zulässigen Beschäftigung ein zweites Arbeitsverhältnis neben dem karenzierten vorliegt, ist ein Indiz in diese Richtung. Konsequenz zu Ende geführt hat der Gesetzgeber diesen Gedanken aber nicht: Bei **inhaltlicher Betrachtung könnte zumindest die bis zu 13 Wochen dauernde Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze nicht in Abschnitt 5 des MSchG, Karenz, sondern in Abschnitt 6, Teilzeitbeschäftigung und Änderung der Lage der Arbeitszeit, einzuordnen sein**. Karenz läge vor, wenn die Arbeitspflicht zur Gänze ruht, sobald die Dienstnehmerin nach Geburt eines Kindes (kürzer als die Normalarbeitszeit) beschäftigt ist, läge Teilzeitbeschäftigung vor. Diese inhaltliche Unterscheidung nimmt der Gesetzgeber bedauerlicherweise nicht vor; er knüpft an andere Elemente an. Das führt zu den Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich § 15 e. Diese können aus dogmatischen (systematischen) Gründen nicht einfach durch Rekurs auf die oder Analogie zu den Regeln über die Teilzeitbeschäftigung iSd Abschnitt 6 gelöst werden.<sup>30)</sup>

Das Verständnis von § 15 e wird weiters dadurch erschwert, dass der typische Rechtsunterworfenen nicht

24) Die Karenz unterscheidet sich vom Urlaub insb dadurch, dass sie länger dauert, für sie die Zustimmung des Arbeitgebers keine Voraussetzung ist und mit der Karenz familienpolitische Ziele intensiver verfolgt werden.

25) Dazu allgemein Vogt in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht, Kap XII Rz 144.

26) In diese Richtung deutet VwGH 27. 1. 1983, 82/08/0197, VwSlg 10.961 A/1983, der sich (zum Karenzurlaubsgeld, nicht aber hinsichtlich arbeitsrechtlicher Aspekte) mit dem Fall befasste, dass während der Inanspruchnahme der Karenz eine Beschäftigung zum ursprünglichen Arbeitgeber aufgenommen wurde, aus der nur ein geringfügiges Entgelt iSd § 26 Abs 4 lit a AVG 1977 bezogen wurde. Ohne auf die arbeitsvertraglichen Konsequenzen einzugehen, entschied der VwGH unter dem Gesichtspunkt des § 26 AVG 1977 und zur Vermeidung einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung zu der Fallkonstellation, in der das Dienstverhältnis zu einem Dritten besteht, dass der Karenzurlaub dadurch nicht beendet werde.

27) Der Entfall der überwiegenden Kindesbetreuung als Anspruchsvoraussetzung für die Karenz ist die logische Konsequenz der erweiterten Beschäftigungsmöglichkeit und kein Zeichen dafür, dass Zweck und Zielsetzung der Karenz geändert werden sollten.

28) Die Teilzeitbeschäftigung gem §§ 15 h ff belegt, dass Kindesbetreuung und Erwerbstätigkeit nicht in jedem Fall unvereinbar sein sollen. Anders als die im Vergleich kurzfristige Beschäftigung, die § 15 e Abs 2 vor Augen hat, ermöglicht die Teilzeitbeschäftigung Kontinuität und Planbarkeit im Lebensrhythmus und vorhersehbare Verhältnisse, die eine Zeiteinteilung zulassen.

29) ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 53 und 69.

30) Aufgrund der durch BGBl I 2004/64 noch verdeutlichten Unterscheidung zwischen Karenz und Teilzeitbeschäftigung (die beiden Institute sind in unterschiedlichen Abschnitten des MSchG angesiedelt) verbietet die Gesetzessystematik, für Abschnitt 5 auf Bestimmungen des Abschnitts 6 zu rekurrieren. S auch B.2.e, unten.

zwischen der Karenz einerseits und dem daran anknüpfenden Kündigungs- und Entlassungsschutz andererseits unterscheidet, wie es dogmatisch sauber wäre.<sup>31)</sup> Ihm erscheinen diese als Einheit. Schließlich ist festzustellen, dass der Gesetzgeber (zu Recht und einem allgemeinen Bedürfnis Rechnung tragend) den Arbeitsvertragsparteien immer flexiblere Institute zur individuellen Abstimmung von Beruf und Familie an die Hand geben möchte, sich zu diesem Zweck aber auch<sup>32)</sup> der wesensmäßig starren Karenz bedient. (Sozial-)Politisch motivierte (kasuistische) Änderungen schaffen ein immer komplizierteres (arbeitsrechtliches) Regelungsgefüge, das in der Handhabung und bei der Auslegung erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Selbst wenn bei der Interpretation des MSchG das KBBG rechtlich (nicht rechtstatsächlich) ausgeblendet werden kann, müssen in diesem Zusammenhang die rechtsgeschäftlichen Beziehungen berücksichtigt werden, liegt doch ein lebendiges Arbeitsverhältnis vor, das durch mehr oder weniger eindeutige (ausdrückliche oder konkludente) Willenserklärungen der (rechtlich mehr oder weniger versierten) Arbeitsvertragsparteien (mit)geprägt ist. Vor diesem Hintergrund sind nun die **Auswirkungen der diversen Beschäftigungen zu untersuchen:**

## 2. Fallgruppen möglicher Beschäftigung während der Karenz

### a) Keine Beschäftigung

Ist die Dienstnehmerin **während der Karenz überhaupt nicht tätig**, ist der Fall klar. Es gibt keinen Zuvordienst und keine Beschäftigung. Die Karenz ist im vollen Umfang aufrecht, der volle Kündigungs- und Entlassungsschutz kommt zur Anwendung.

### b) Geringfügige Beschäftigung

Ist die Dienstnehmerin **bis zur Geringfügigkeitsgrenze tätig**, liegt ein unabhängiges (zweites) Dienstverhältnis vor. Es gilt das zu A.3, oben, Ausgeführte.

### c) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze bis insgesamt 13 Wochen beim selben Dienstgeber

Ist die Dienstnehmerin **bis insgesamt 13 Wochen über der Geringfügigkeitsgrenze beim ursprünglichen Dienstgeber beschäftigt**, gilt grundsätzlich das zu b, oben, Ausgeführte. Dies gilt auch für eine solche Beschäftigung bei einem Dritten, welcher der ursprüngliche Dienstgeber zugestimmt hat. Bei mehreren kurzfristigen Beschäftigungen, deren Gesamtdauer 13 Wochen nicht übersteigt, liegt idR eine sachliche Rechtfertigung (Abdeckung von Arbeitsspitzen, Tätigkeit als Krankenstands- und Urlaubsvertretung) vor. Es ist **nicht** davon auszugehen, dass ein **Kettendienstvertrag** oder ein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis entsteht.<sup>33)</sup>

### d) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze länger als 13 Wochen beim selben Dienstgeber

#### → Ausgangslage

In diesem Fall sind die Rechtsfolgen unklar.<sup>34)</sup> Zumindest wird keine Verwaltungsübertretung begangen; § 15 e ist im Katalog des § 37 nicht enthalten. Eine Folge

der Überschreitung könnte die absolute Unzulässigkeit der Beschäftigung (vergleichbar mit dem absoluten Beschäftigungsverbot iSd § 3 Abs 1 und § 5 Abs 1) sein. Die Beschäftigung könnte nicht rechtswirksam vereinbart werden, die Dienstnehmerin könnte die Arbeit ohne Sanktion niederlegen. Gegen diese die Privatautonomie erheblich einschränkende Auslegung spricht insb der Zweck der Bestimmung, der Dienstnehmerin den Wiedereinstieg ins Berufsleben zu ermöglichen. Ein solches Beschäftigungsverbot wäre durch nichts gerechtfertigt. Diese Interpretation ist somit zu verwerfen. Das trifft auch auf die (ins andere Extrem gehende) Auslegung, die 13-Wochen-Grenze sei eine folgen- und sanktionslose Ordnungsbestimmung, zu. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber an eine Anordnung bestimmte Rechtsfolgen knüpft.<sup>35)</sup> Nach *Brodil*<sup>36)</sup> handelt es sich bei einer Überschreitung der 13-Wochen-Grenze um einen Verstoß (der Mutter) gegen aus dem Arbeitsverhältnis erfließende Pflichten. Deren Relevierung erfolge im Rahmen der arbeitsrechtlichen Institute, wobei an die Entlassung nach § 12 zu denken sei. Es sei zwischen der Beschäftigung beim ursprünglichen Dienstgeber und bei einem Dritten zu differenzieren. Die 13-Wochen-Frist wäre als gesetzliche Konkretisierung von Verhaltenspflichten der Dienstnehmerin zu verstehen. Diese Auffassung lässt den Gesetzesverstoß primär zu Lasten der Dienstnehmerin gehen, obwohl er auch dem Dienstgeber anzulasten ist. Die Sonderstellung der Beschäftigung über die Geringfügigkeitsgrenze hinaus innerhalb der Karenz wird zu wenig berücksichtigt. Eine weitere Meinung<sup>37)</sup> geht vom Entfall des Kündigungs- und Entlassungsschutzes aus. Wie unten gezeigt wird, überzeugt auch dies nicht.

#### → Lösungsversuch

Eine mit dem Telos von § 15 e in Einklang stehende (die Interessen beider Arbeitsvertragsparteien angemessen berücksichtigende) Lösung liegt mE darin, für die Zeit, in der die **Beschäftigung die 13-Wochen-Grenze übersteigt**, von der **Aussetzung der Karenz** oder, wenn man so will, von der Karenzierung der Karenz auszugehen. Als Konsequenz **ruht** während dieses Zeitraums auch **der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz**. Da nach § 15 e Abs 2 nur bei der 13 Wochen nicht übersteigenden Beschäftigung zwei Dienstverhältnisse nebeneinander bestehen und diese Regelung mangels planwidriger Unvollständigkeit nicht analog<sup>38)</sup> auf die 13 Wochen übersteigende Beschäfti-

31) Die Kündigungsmöglichkeit bei einer unzulässigen Nebenbeschäftigung während der Teilzeitkarenz (§ 15 n Abs 3, s C.3, unten) indiziert, dass auch der Gesetzgeber die Abgrenzung nicht allzu streng nimmt.

32) Die Änderungen bei der Teilzeitbeschäftigung durch BGBl I 2004/64 sind ein Gegenbeispiel.

33) S ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 69.

34) Die ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 69 f zu dieser Bestimmung tragen zur Lösung nichts bei.

35) Statt vieler *Dittrich/Tades*, ABGB<sup>36</sup> I (2003) § 6 E 19.

36) In *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap X Rz 21.

37) So *Schäffer-Ziegler*, ÖJZ 2002, 21; Kammer für Arbeiter und Angestellte Salzburg, Kinderbetreuungsgeld (2001) 14. Unklar, aber eher in diese Richtung die Broschüre *Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen*, Kinderbetreuungsgeld... der kleine Leitfaden (ohne Datum) 13 rS.

38) Regelt der Gesetzgeber die Beschäftigung bis zu 13 Wochen ausdrücklich, kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Bestimmung entgegen dem Gesetzeswortlaut auch für davon nicht unmittelbar umfasste Fälle (analog) zur Anwendung gelangen soll. An-

gung zur Anwendung gelangt, liegt bei der Beschäftigung über diesen Zeitraum hinaus (wieder) ein einziges Dienstverhältnis vor. Das karenzierte Dienstverhältnis wird (befristet) wieder in Vollzug gesetzt. Während dieser Zeit gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Die Dienstnehmerin kann grundsätzlich<sup>39)</sup> ohne Zustimmung des Gerichts entlassen werden (zur Kündigung s sogleich unten). Zum endgültigen Entfall des besonderen Bestandschutzes kommt es bei dieser Auslegung nicht. Da die Karenz nicht (zur Gänze) beendet wird, kommt es auch **nicht** zur vierwöchigen **Fortdauer des Kündigungs- und Entlassungsschutzes** gem § 15 Abs 4. Diese Bestimmung hat die tatsächliche Beendigung der Karenz vor Augen, greift also erst mit dem endgültigen Übergang von Karenz zur regulären Beschäftigung, nicht hingegen bei einer temporären Aussetzung.<sup>40)</sup> § 15 f Abs 1 ist mangels Vorliegens einer Karenz nicht anwendbar, **Zeiten** der Beschäftigung werden auf **dienstzeitabhängige Ansprüche angerechnet**. Kommt es zu wiederholten (kurzfristigen) Beschäftigungen über die 13 Wochen hinaus, kann ein **Kettendienstvertrag** vorliegen, wenn keine sachliche Rechtfertigung besteht. Dafür ist der Arbeitgeber iSd einschlägigen Rsp<sup>41)</sup> beweisbelastet, weshalb **im Zweifel keine Rechtfertigung vorliegt**. Die Zeiten der Beschäftigung werden dann idR zusammen- und auf dienstzeitabhängige Ansprüche angerechnet. Die der Dienstnehmerin insgesamt zustehende Karenz wird durch die Beschäftigung nicht über den Ablauf des zweiten Lebensjahrs des Kindes hinaus verlängert.

#### → Plausibilitätsprüfung

Für obiges Ergebnis spricht die **Gegenprüfung** unter dem **Blickwinkel der Rechtsgeschäftslehre**:<sup>42)</sup> Die Inanspruchnahme von Karenz einerseits und die Zustimmung der Dienstnehmerin zu einer längerfristigen Beschäftigung andererseits scheinen einander zu widersprechen. Für die 13 Wochen nicht übersteigende Beschäftigung ist der Widerspruch dadurch gelöst, dass zwei voneinander unabhängige Dienstverhältnisse vorliegen und sich die Willenserklärungen daher nicht auf ein und dasselbe Dienstverhältnis beziehen. Für den 13 Wochen übersteigenden Zeitraum trifft das nicht zu, diese Konstellation ist gesetzlich ungeregelt. Um den Widerspruch für diesen Fall aufzulösen, ist die Aufnahme der (13 Wochen übersteigenden) Beschäftigung als Willenserklärung zu deuten, dass die Dienstnehmerin (für den Zeitraum der Beschäftigung) die gesetzliche Karenz nicht in Anspruch nimmt. Ihre Bekundung der Arbeitsbereitschaft für einen gewissen Zeitraum hebt (Annahme durch den Arbeitgeber vorausgesetzt) mangels gegenteiliger Vereinbarung insoweit die Erklärung, Karenz zu nehmen, auf. Irren die Arbeitsvertragsparteien über die Konsequenz der Aussetzung der Karenz, liegt nach der hM insoweit ein unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum<sup>43)</sup> vor. Die Dienstnehmerin kann die Aussetzung der Karenz nicht durch die Erklärung, karenziert zu bleiben (bzw dass der Bestandschutz fortbestehe), einseitig abwenden. Für den 13 Wochen übersteigenden Zeitraum der Beschäftigung hat sie kein Gestaltungsrecht. Den **Dienstgeber trifft** in dem Zusammenhang (ähnlich dem Urlaubsrecht<sup>44)</sup>) eine aus der Fürsorgepflicht abgeleitete **Antwortpflicht**. Fordert die Dienstnehmerin für die Zeit der Beschäfti-

gung die Fortdauer der Karenz (bzw nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* eigentlich des besonderen Bestandschutzes) und reagiert der Dienstgeber darauf nicht, obwohl er sie beschäftigt, ist von der (stillschweigenden) Vereinbarung des Kündigungs- und Entlassungsschutzes auszugehen.

#### → Entfall oder Aussetzung?

Zum Teil wird vertreten, das Überschreiten der 13-Wochen-Grenze führe zum **Entfall des Kündigungs- und Entlassungsschutzes**.<sup>45)</sup> Diese Ansicht stellt auf die für die Dienstnehmerin einschneidendste Rechtsfolge ab. Sie unterscheidet nicht zwischen Ursache und Wirkung. Der Kündigungs- und Entlassungsschutz des Abschnitts 5 des MSchG ist nicht losgelöster Selbstzweck, sondern Absicherung und Folge der Inanspruchnahme von Karenz.<sup>46)</sup> Bei der dargestellten Ansicht bleibt unklar, ob die Karenz fortbesteht oder ebenfalls entfällt. Unter der Annahme des Fortbestands der Karenz hätte diese Meinung die Konsequenz, dass die Dienstnehmerin nach Ende der kurzfristigen Beschäftigung das ursprünglich karenzierte Arbeitsverhältnis zwar nicht antreten muss, sie aber dessen ungeachtet außergerichtlich gekündigt bzw entlassen werden könnte. Bei einer solchen (dramatischen) Rechtsfolge erwartet man eine klare Anordnung im Gesetz, insb weil sich die typische Dienstnehmerin durch die Aussetzung der Arbeitspflicht fälschlich in Sicherheit wiegt, dass der Bestandschutz (nach wie vor) aufrecht sei. Hätte die Überschreitung der 13-Wochen-Grenze tatsächlich diese (dem Gesetz nicht im Ansatz zu entnehmende) Conse-

quenz wäre der im Gesetz angeführten zeitlichen Grenze jede Bedeutung genommen (s auch FN 35).

39) Dass der (bei der Karenz an das Ruhen der Arbeitspflicht knüpfende) Kündigungs- und Entlassungsschutz auch für die Zeit der Beschäftigung zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart wird, ist im Zweifel nicht anzunehmen.

40) Man könnte versuchen, den Begriff *Beendigung* in § 15 Abs 4 iSd eines (jeden, bloß zeitweiligen) *Endes* zu verstehen und § 15 Abs 4 so deuten, dass bei jeder Unterbrechung der Karenz bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahrs des Kindes der Bestandschutz vier Wochen fortbesteht. Wäre dem so, müsste der Dienstgeber bei der typischen Beschäftigung iSd § 15 e Abs 2 immer die Zustimmung des Gerichts für die Beendigung einholen, sofern die Beschäftigung nicht länger als vier Wochen dauert. Entscheidet man sich für diese Interpretation, kann man auch nicht davon ausgehen, dass § 15 Abs 4 mit erstmaliger Inanspruchnahme konsumiert ist, will man sich nicht dem Vorwurf der Inkonsequenz aussetzen. In der Beratungspraxis ist dieser Unsicherheit Rechnung zu tragen; bei Zutreffen dieser Auslegung wäre die ohne gerichtliche Zustimmung vorgenommene Beendigung unwirksam. § 15 a Abs 5, der zur Teilung der Karenz zwischen Mutter und Vater vom *Ende* des Karenzteils spricht, unterstützt die im Text vertretene eigenständige Auslegung des Begriffs der *Beendigung* iSd § 15 Abs 4. (Anders noch die Formulierung von § 15 a Abs 5 idF BGBl I 1999/153, die durch BGBl I 2001/103 geändert wurde, wobei in ErläutRV 620 BlgNR 21. GP 70 dazu aber nicht wie im Gesetz vom *Ende*, sondern von der *Beendigung* die Rede ist.)

41) Dazu *Engelbrecht* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XVI Rz 11 ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup>, 211 mwN.

42) Ein über die Rechtsgeschäftslehre erzieltes Ergebnis als Stütze für eine gesetzliche Rechtsfolge heranzuziehen, scheint grundsätzlich problematisch. Da § 15 e aber gerade keine Rechtsfolgen für die 13 Wochen übersteigende Beschäftigung normiert, ist dieser Fall gesetzlich ungeregelt.

43) Krit dazu *Rummel* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 871 Rz 13; *Egermann* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap V Rz 44.

44) *Egermann*, Urlaubsverbrauch in der Kündigungsfrist, ZAS 2004/3 (9).

45) Auf diese Folge macht insb die AK aufmerksam, etwa in ihrer Broschüre *Mutterschutz und Elternkarenz* (2004) 15. So auch *Schäfer-Ziegler*, ÖJZ 2002, 21.

46) Arg § 15 Abs 4. Das gilt bspw nicht für den Kündigungs- und Entlassungsschutz unmittelbar vor und nach der Geburt, dieser knüpft an äußere Umstände an.

quenz, wäre die Beschäftigung während der Karenz wahrlich eine heimtückische Falle für die Dienstnehmerin, in die sie, angelockt durch die verführerisch erhöhte Zuverdienstgrenze des KBGG, allzu leicht tappt.

Entfällt mit dem besonderen Bestandschutz hingegen auch die Karenz, stellt sich – ebenso wie bei der hier vertretenen Aussetzung der Karenz – die Frage, ob der Dienstgeber von der Dienstnehmerin den Antritt des (bislang karenzierten) Dienstverhältnisses verlangen kann. Es geht somit darum, ob es durch eine 13 Wochen übersteigende Beschäftigung zum **Entfall** (zur Beendigung) oder zur **Aussetzung der Karenz** kommt. **ME ist von der Aussetzung auszugehen, nach Ablauf der befristeten Beschäftigung wird die Karenz nach dem MSchG folglich fortgesetzt.**<sup>47)</sup> Dazu bedarf es keiner eigenen Zustimmung des Arbeitgebers. Die Dienstnehmerin braucht nicht nochmals zu erklären, Karenz in Anspruch zu nehmen.<sup>48)</sup> Der besondere Bestandschutz wird ebenfalls wieder wirksam.

#### → Plausibilitätsprüfung

Auch die **Gegenprüfung aus rechtsgeschäftlicher Sicht** spricht für dieses Ergebnis: Jedenfalls wenn der Dienstgeber (in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Ende der befristeten Beschäftigung) die Dienstnehmerin nicht zur (Wieder-)Aufnahme der Beschäftigung auffordert, könnte dies als (konkludent vereinbarte) (Weiter-)Karenzierung angesehen werden. Ohne Einbeziehung von § 15 Abs 3 bliebe unklar, ob dies eine gesetzliche (mit Kündigungs- und Entlassungsschutz, ohne Anrechnung auf dienstzeitabhängige Ansprüche) oder eine einvernehmliche (ohne Kündigungs- und Entlassungsschutz, dafür mit Anrechnung der Zeiten) Karenzierung ist (s dazu C.1, unten). Nach §§ 914 und 915 ABGB ist keine allgemein gültige Lösung zu finden. Es lässt sich nicht generell sagen, was redliche Parteien vereinbart hätten. Anderes gilt mit Blick auf § 15 Abs 3 letzter Satz: Danach ist eine (einvernehmliche) Vereinbarung der Karenz nach Ablauf der in Abs 1 *leg cit* genannten Frist möglich. Dies wird von der hM<sup>49)</sup> so verstanden, dass auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der Zeitraum der vereinbarten Karenz unter den Kündigungs- und Entlassungsschutz fällt, wenn der Arbeitgeber zu einem außerhalb der gesetzlichen Frist gelegenen Zeitpunkt innerhalb der ersten zwei Lebensjahre des Kindes einen Karenzurlaub vereinbart. Schon die Beurteilung aus der Warte **nach der Beschäftigung** spricht folglich für die oben dargestellte Ansicht.

Ein klareres Ergebnis lässt sich durch das Abstellen auf den **Zeitpunkt der Parteienvereinbarung** erzielen: Zunächst nimmt die Dienstnehmerin Karenz für einen bestimmten Zeitraum in Anspruch. In der Folge vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien innerhalb dieses Zeitraums einvernehmlich eine *befristete* Beschäftigung, ohne auf die bestehende Karenz Bezug zu nehmen. Das lässt auf ihre Absicht schließen, dass die davor bestehende Situation an sich (für den von der neuen Vereinbarung nicht umfassten Zeitraum) nicht geändert werden soll. Wäre dem nicht so, hätten redliche Parteien in der Vereinbarung auf die Karenz Bezug genommen, eine unbefristete Beschäftigung oder eine Teilzeitbeschäftigung vereinbart. Die Aufhebung der Karenz bedürfte des Parteienkonsenses.<sup>50)</sup> Nach der Parteienab-

sicht ist die Vereinbarung einer scharf abgegrenzten, auf kurze Zeit befristeten Beschäftigung nicht als Beendigung der Karenz zu werten.<sup>51)</sup> Mangels abweichender Vereinbarung kann daher der Dienstgeber nach Ende einer 13 Wochen übersteigenden befristeten Beschäftigung von der Dienstnehmerin nicht verlangen, dass sie über den vereinbarten Zeitraum hinaus Arbeitsleistungen erbringt.

#### → Kündigung- und Entlassung

Zu prüfen ist, ob **hinsichtlich der Rechtsfolgen** dahingehend zu **differenzieren** ist, von wem die **Initiative zur Beschäftigung** ausgeht. Dies ist hinsichtlich der Aussetzung der Karenz zu verneinen, hinsichtlich der den Arbeitsvertragsparteien offen stehenden Handlungsalternativen hingegen (theoretisch) zu bejahen: Sucht die Dienstnehmerin um eine insgesamt länger als 13 Wochen dauernde (befristete<sup>52)</sup> Beschäftigung während der Karenz an, ist dies Zeichen dafür, dass sie für den davon umfassten Zeitraum keine Karenz in Anspruch nimmt. Der Dienstgeber ist nicht verhalten, die Dienstnehmerin (bei der Zustimmung zur Beschäftigung) aufgrund der Fürsorgepflicht auf die damit verbundenen Konsequenzen hinzuweisen. Jedem Rechtsunterworfenen kann Rechtskenntnis zugemutet werden.<sup>53)</sup> Lädt hingegen der Dienstgeber die Dienstnehmerin zu einer Beschäftigung über die 13-Wochen-Grenze ein, könnte er sie trotz Aussetzung des besonderen Bestandschutzes nicht kündigen, ohne sich ein *venire contra factum proprium* vorwerfen lassen zu müssen. Die **Entlassung** wegen eines **während der 13 Wochen übersteigenden Beschäftigung verwirklichten Entlassungsgrunds** wäre in beiden Fällen **ohne gerichtliche Zustimmung** möglich. Beschäftigt der Dienstgeber die Dienstnehmerin jedoch nur, damit es zum Wegfall des Kündigungs- und Entlassungsschutzes kommt, kann seine Beendigungserklärung aufgrund **Umgehung** der Kündigungs- und Entlassungsbestimmungen des MSchG **gegen § 879 ABGB verstoßen und unwirksam sein**. Die Umgehungsabsicht wird mE insb durch eine unbegründete Entlassung oder bei **frist- oder terminwidriger Kündigung**, welche außerhalb des Anwendungsbereichs des MSchG grundsätzlich Beendigungswirkung hätten, in-

47) Vgl die Erwägungen von *Schrank*, Die Neuerungen beim Eltern-Karenzurlaub, ASoK 2000, 42 (44f), zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts mit dem Kind und Unterbleiben der Reaktion durch den Arbeitgeber.

48) Von diesem Recht hat sie bereits Gebrauch gemacht. Ein einseitiges Gestaltungsrecht steht ihr nicht mehr zu.

49) *Knöfler*, MSchG<sup>13</sup> § 15 Erl 4.7; *Schrank*, ASoK 2000, 47f; ErläutRV 1768 BlgNR 20. GP 5 aE (zu § 15 und § 2 EKUG).

50) Die Dienstnehmerin hat zwar ein Gestaltungsrecht hinsichtlich des Antritts des Karenzurlaubs, einseitig ändern oder beenden kann sie diesen aber nicht: OGH 13. 4. 1988, 9 ObA 132/87, öRdA 1988, 468 = JBl 1988, 662.

51) Bei einer regelmäßigen, längerfristigen Beschäftigung während der Karenz könnte hingegen nach der Parteienabsicht eine Teilzeitbeschäftigung intendiert sein. Der Übergang ist fließend. Wo die Grenze zwischen Beschäftigung iSd § 15 e Abs 2 und Teilzeitbeschäftigung iSd §§ 15 h ff konkret zu ziehen ist, bleibt trotz der erheblichen Bedeutung für die daran knüpfenden Rechtsfolgen dunkel – ein weiteres Argument für die (teilweise) Aussiedelung von § 15 e in den Abschnitt 6 des MSchG.

52) Der Wunsch nach einer regelmäßigen, längerfristigen Beschäftigung könnte ein Abgehen vom Karenzierungswunsch und das Anbot auf Abschluss einer Teilzeitbeschäftigung sein.

53) Statt vieler OGH 28. 5. 2002, 10 ObS 32/02g, SSV-NF 16/59; 16. 5. 2002, 8 ObA 106/02z, JBl 2003, 194; 23. 11. 1993, 10 ObS 243/93, SV-Slg 40.017.

diziert. Ob des engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs der Beendigungserklärung zur Karenz iSd MSchG ist diesbezüglich ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen – das MSchG und seine Kündigungsbeschränkungen zu Gunsten der Dienstnehmerin entfallen ja nicht zur Gänze, sondern werden nur zeitweilig ausgesetzt. Die für die ordentliche Kündigung bestehenden Beschränkungen (dazu gleich unten) können durch eine fristwidrige Kündigung nicht umgangen werden. Bei einer gegen § 879 ABGB verstoßenden Beendigungserklärung kann die Dienstnehmerin auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses klagen, als ob der Kündigungs- und Entlassungsschutz nach dem MSchG fortbestünde.

Die von der **ordentlichen Kündigung** durch den Dienstgeber **ausgehenden Gefahren scheinen reduziert**: Unabhängig von wem die Initiative zur Beschäftigung ausgeht, liegt in der untersuchten Konstellation jedenfalls eine auf kurze Zeit befristete (auf bestimmte Zeit vereinbarte) Beschäftigung während der Karenz vor (wird das Grundarbeitsverhältnis also kurzfristig reaktiviert). Hinsichtlich dieser kurzfristigen Beschäftigung wäre eine noch während der Beschäftigung wirksam werdende ordentliche Kündigung aufgrund der kurzen Befristung (ohne Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit) jedenfalls unzulässig.<sup>54)</sup> Eine in der Zeit der tatsächlichen Beschäftigung ausgesprochene **ordentliche Kündigung des (gesamten) karenzierten Arbeitsverhältnisses** (also des **Grundarbeitsverhältnisses**), die wirksam werden soll, sobald nach dem Ende der kurzfristigen Beschäftigung und der daran anschließenden Karenz **das ursprüngliche Dienstverhältnis wieder in Vollzug gesetzt wird, wird unwirksam, sobald die Karenz nach dem MSchG nach Ende der Beschäftigung auflebt**. Da nach dem Ende der tatsächlichen Beschäftigung wieder eine Karenz nach dem MSchG vorliegt und damit der volle Kündigungs- und Entlassungsschutz zur Anwendung kommt, wird die Kündigung gem § 10 in der Auslegung iSd hM<sup>55)</sup> unwirksam. In diesem Fall lediglich § 10 a Abs 1 zur Fristhemmung bei befristeten Dienstverhältnissen heranziehen zu wollen, wird dem Telos des MSchG nicht gerecht.

**e) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze bis insgesamt 13 Wochen bei einem Dritten ohne Zustimmung des Dienstgebers**

In diesem Fall verstößt die Dienstnehmerin ebenfalls gegen das MSchG. Die Beschäftigung ist unerlaubt, selbst wenn der ursprüngliche Arbeitsvertrag die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung nicht von der Zustimmung des ursprünglichen Dienstgebers abhängig macht. Überschießend wäre es, als Konsequenz nur den Kündigungs- und Entlassungsschutz entfallen zu lassen. Da dessen Entfall allein gesetzlich nicht angeordnet ist, müsste als Voraussetzung dafür auch die Karenz wegfallen. Hat nur das Überschreiten der 13-Wochen-Grenze Auswirkungen auf den Bestand der Karenz (s d, oben), bleibt der besondere Bestandschutz sohin aufrecht. Ist die Nebenbeschäftigung für das karenzierte Arbeitsverhältnis abträglich, kann dies die Entlassung nach § 12 Abs 2 Z 3<sup>56)</sup> (abträgliches Nebengeschäft) rechtfertigen. Viel eher liegt (gleichzeitig auch) der Ent-

lassungsgrund iSd Z 1 *leg cit* (schuldhaft grobliche Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis<sup>57)</sup>) vor, weil gegen ein unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis einwirkendes gesetzliches Verbot verstoßen wird. In beiden Fällen **bedarf es aber der gerichtlichen Zustimmung zur Entlassung**.

Fraglich ist, ob die durch BGBl I 2004/64 eingeführte, ohne gerichtliche Zustimmung auszuübende Kündigungsmöglichkeit nach **§ 15 n Abs 3** auch für diesen Fall gilt. Nach dieser Bestimmung hat der ursprüngliche Dienstgeber bei der Teilzeitkarenz iSd Abschnitts 6 ein achtwöchiges Kündigungsfenster, das sich öffnet, wenn die Dienstnehmerin während der Teilzeitbeschäftigung ohne Zustimmung des Dienstgebers eine weitere Erwerbstätigkeit aufnimmt und er davon Kenntnis erlangt. Die **analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den hier interessierenden Sachverhalt ist zu verneinen**. Da die Kündigungs- und Entlassungstatbestände des MSchG immer bei den einzelnen Bestimmungen (in den einzelnen Abschnitten) des MSchG abschließend aufgezählt sind, ist diese Bestimmung mangels Anführung einer vergleichbaren Regelung im (die Karenz behandelnden) Abschnitt 5 schon aus systematischen Erwägungen nicht anwendbar. Darüber hinaus unterscheiden sich die Interessenlagen bei den Voraussetzungen der kurzfristigen Beschäftigung während der Karenz gem § 15 e von der längerfristig angelegten Teilzeitbeschäftigung nach §§ 15 h ff wesentlich.

**f) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze länger als 13 Wochen bei einem Dritten ohne Zustimmung des Dienstgebers**

Ist die Dienstnehmerin **mehr als 13 Wochen über der Geringfügigkeitsgrenze bei einem Dritten ohne Zustimmung des ursprünglichen Dienstgebers tätig**, verstößt sie ebenfalls gegen das MSchG. Auch wenn das Dienstverhältnis zu einem Dritten besteht, ist auf Grund obiger Überlegungen davon auszugehen, dass für den Zeitraum der 13 Wochen übersteigenden Beschäftigung keine Karenz des ursprünglichen Dienstverhältnisses besteht. Der ursprüngliche Dienstgeber könnte die Dienstnehmerin daher zum Antritt der Arbeit auffordern.<sup>58)</sup> Er **kann das Arbeitsverhältnis lösen, ohne die gerichtliche Zustimmung einholen zu müssen**. (Bei Beendigung des zweiten Dienstver-

54) Ein Beschäftigungsverhältnis iSd § 15 e Abs 2 ist typischerweise auf relativ kurze Zeit geschlossen, die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit wäre idR gar nicht zulässig. Da zudem die befristete Beschäftigung in dem die 13-Wochen-Grenze übersteigenden Zeitraum die Ausübung eines Teiles des Grundarbeitsverhältnisses darstellt, erscheint die separate Auflösung der befristeten Beschäftigung allein gar nicht möglich. Soll nur die befristete Beschäftigung aufgelöst werden, würde, wenn überhaupt, nur die Karenz wieder aufleben.

55) Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, seine Kündigungsabsicht vorher mitzuteilen, er kann aber erst nach Ende der Schutzfrist die Kündigung ordnungsgemäß aussprechen: OGH 28. 8. 1991, 9 ObA 178/91, öRdA 1992, 53; 17. 12. 1997, 9 ObA 394/97 z, RdW 1998, 763.

56) Dazu *Knöfler*, MSchG<sup>13</sup> § 12 Erl 2.7.2 mwN. Das kann etwa durch Konkurrenzierung oder durch in unzumutbarer Weise erfolgende Arbeitsbeeinträchtigung geschehen: OGH 8. 11. 2000, 9 ObA 218/00 z, ZAS 2001/20 (*Brodli*).

57) Dazu statt vieler OGH 8. 7. 1999, 8 ObA 363/97 h, ARD 5151/9/2000 (Untreue); 18. 10. 1994, 4 Ob 103/94, ARD 4663/6/95.

58) Die Frage nach der praktischen Relevanz dieser Konstellation wird hier ausgeblendet.

hältnisses müsste konsequenterweise die Karenz allerdings wieder aufleben, sofern nicht auf den Willen der Arbeitnehmerin, die Karenz zur Gänze zu beenden, geschlossen werden kann.) Da der ursprüngliche Dienstgeber mangels anders lautender Information durch die Dienstnehmerin vom Vorliegen der gesetzlichen Karenz ausgehen kann (§§ 15, 15f Abs 5 sinngemäß) und er auch keine freiwillige Karenzierung vereinbaren will, ist der **Zeitraum**, während dem die Dienstnehmerin bei einem Dritten beschäftigt ist, **auf dienstzeitabhängige Anwartschaften des ursprünglichen Dienstverhältnisses nicht anzurechnen**, obwohl § 15f Abs 1 nicht zur Anwendung gelangt. Bei einer anderen Auslegung würde die Dienstnehmerin aus ihrem rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil erzielen.<sup>59)</sup>

#### g) Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze länger als 13 Wochen bei einem Dritten mit Zustimmung des Dienstgebers

Ist die Dienstnehmerin **mehr als 13 Wochen über der Geringfügigkeitsgrenze bei einem Dritten mit Zustimmung des ursprünglichen Dienstgebers tätig**, verstößt sie hinsichtlich der Beschäftigungsdauer zwar gegen das MSchG. Die Vereinbarung von für die Dienstnehmerin günstigeren Rechtsfolgen ist aber zulässig. Da der ursprüngliche Arbeitgeber der Beschäftigung zugestimmt hat, kann er die Dienstnehmerin wegen der Nebenbeschäftigung nicht entlassen. Vereinbaren der ursprüngliche Dienstgeber und die Dienstnehmerin aus Anlass der Zustimmung zur Nebenbeschäftigung beim Dritten nicht auch den Wiederantritt des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses, bleibt es bei dessen Karenzierung. Nach § 15 Abs 3 letzter Satz in der Auslegung im unter d, oben, angeführten Sinn **bestünde Kündigungs- und Entlassungsschutz wie bei der gesetzlichen Karenz**, § 15f Abs 1 kommt im ursprünglichen Dienstverhältnis zur Anwendung.

### C. Arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Will die Dienstnehmerin KBG für die gesamte gesetzlich mögliche Dauer beziehen, kann sie das nicht, wenn sie nach Ablauf der Karenz das ursprüngliche Dienstverhältnis wieder antritt und das zu erzielende Einkommen die Zuverdienstgrenze des KBGG übersteigt. Die (Wieder-)Aufnahme einer Tätigkeit ist daher nicht ohne weiteres möglich. Es bedarf alternativer Gestaltungen durch die Arbeitsvertragsparteien. Zu diesem Zweck kommen neben der (einseitigen) Beendigung des Dienstverhältnisses durch die Dienstnehmerin<sup>60)</sup> insb die (1.) vereinbarte (einvernehmliche) Karenzierung, die (2.) einvernehmliche Auflösung (echte Aussetzung bzw Unterbrechung) des Dienstverhältnisses und die (3.) Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung in Betracht.

#### 1. Einvernehmliche Karenzierung

Auch bei der einvernehmlichen Karenzierung ruhen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Anders als die Karenz nach dem MSchG **bedarf sie der Zustimmung des Dienstgebers**. Außerhalb des Anwen-

dungsbereichs des § 15 Abs 3 letzter Satz besteht kein besonderer Bestandschutz. Er könnte zwar vereinbart werden, wegen der (einseitigen) Einschränkung der Kündigungsfreiheit des Dienstgebers ist das in der Praxis aber kaum relevant. Die vierwöchige Fortdauer des Kündigungs- und Entlassungsschutzes gem § 15 Abs 4 erstreckt sich nicht auf die Beendigung der freiwilligen Karenzierung nach Ablauf des zweiten Lebensjahres des Kindes.<sup>61)</sup> Der Begriff *Karenz* iSd Abs 4 *leg cit* kann sich systematisch nur auf die gesetzliche Karenz iSd § 15 Abs 1 S 1 beziehen, für eine vereinbarte Karenzierung kommt Abs 4 jedenfalls nach dem Ende des zweiten Lebensjahres des Kindes nicht zur Anwendung.<sup>62)</sup> Für den Dienstgeber ist die einvernehmliche Karenzierung nicht sonderlich attraktiv.<sup>63)</sup> Während der gesetzlichen Karenz werden im Umfang des § 15f dienstzeitabhängige Ansprüche und Anwartschaften nicht erworben. **Für die freiwillige Karenz gilt das hingegen nicht:**<sup>64)</sup>

Bei der **Abfertigung** (alt) macht § 23 Abs 1 AngG den (gestaffelten) Anspruch von der (ununterbrochenen) Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig. Dabei wird auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses abgestellt, nicht aber auf die Tatsache der Beschäftigung.<sup>65)</sup> Zeiten der freiwilligen Karenzierung werden für den Anspruch auf Abfertigung (grundsätzlich zwingend, § 40 AngG) herangezogen.<sup>66)</sup> Auch bei anderen dienstzeitabhängigen Ansprüchen (zB Urlaub, Kündigungsfrist) ist keine Hemmung des Anwartschaftserwerbs bei freiwilliger Karenzierung vorgesehen. Für diese Ansprüche genügt der Bestand des Arbeitsverhältnisses dem Grunde nach, die Frage des Ausmaßes der Beschäftigung oder des Entgelts ist idR unerheblich. So wird bspw nach § 2 Abs 2 UrlG der Urlaubsanspruch durch Zeiten, in denen kein Anspruch auf Entgelt besteht, grundsätzlich nicht verkürzt. Für die kollektivvertragliche Vorrückung und für die für Kündigungsfristen relevanten Beschäftigungsdauern gilt das idR ebenfalls. Hinsichtlich Sonderzahlungen enthalten Kollektivverträge oft eigene Bestimmungen. Aufgrund der zwingenden Natur dieser Ansprüche erscheint die pauschale **Vereinbarung** zwischen den Arbeitsvertragsparteien anlässlich der einvernehmlichen Karenzierung, **dass die Zeiten der freiwilligen Karenz auf dienst-**

59) Zu diesem Grundsatz jüngst OGH 17. 3. 2004, 9 ObA 50/03y.

60) Die zuletzt erstellten Studien deuten auf eine Verringerung der Erwerbsbeteiligung von Frauen mit Kleinkindern (*Lutz*, Wiedereinstieg und Beschäftigung von Frauen mit Kleinkindern [WIFO 2004] 30). Die AK schlägt als Lösung die Verkürzung des Bezugsraums von erhöhtem KBG vor: Der Standard, 24. 5. 2004, Kindergeld auf zwei Jahre „verdichten“. AK-Vorschläge gegen Frauenarbeitslosigkeit.

61) In diesem Sinn wohl *Knöfler*, MSchG<sup>13</sup> § 15 Erl 4.7 aE.

62) Eine andere Auslegung würde zu dem (für den Arbeitgeber äußerst belastenden) Ergebnis führen, dass er das Dienstverhältnis während eines Zeitraums von vier Wochen nach tatsächlichem Wiederantritt der Beschäftigung nicht auflösen könnte. Je später nach der Geburt das Dienstverhältnis angetreten wird, desto länger wäre der Arbeitgeber damit belastet.

63) *AA Moritz/Lutz*, Kinderbetreuungsgeldgesetz, infas 2001, 159.

64) Dazu *Rauch*, Zur freiwilligen Verlängerung der Karenzzeit für Mütter bzw Väter, ASoK 2002, 106.

65) Dazu *Sabltnik*, Abfertigung neu bei Karenz und unbezahltem Urlaub, ARD 5379/4/2003 unter Verweis auf OGH 15. 3. 1989, 9 ObA 268/88, ARD 4042/7/89.

66) Anderes gilt bei der Abfertigung neu. Bei dieser hat der Dienstnehmer gem § 7 Abs 4 BMVG für Zeiten des KBG-Bezugs, soweit dieser bei Beginn des KBG-Bezugs abgesehen vom Geschlecht die Anspruchsvoraussetzungen für Wochengeld fiktiv erfüllt, Anspruch auf eine Beitragsleistung zu Lasten des Familienlastenausgleichsfonds. Der Arbeitgeber wird dadurch nicht unmittelbar belastet.

zeitabhängige Ansprüche nicht angerechnet werden, zunächst **bedenklich**. Lässt man aber in einen Günstigkeitsvergleich das KBG als Vorteil zu Gunsten

der Dienstnehmerin einfließen und berücksichtigt man weiters, dass bei der einvernehmlichen, **vom Dienstnehmer initiierten Auflösung** die Vereinbarung des **Entfalls des Abfertigungsanspruchs** zulässig ist,<sup>67)</sup> spricht dies mE für die Zulässigkeit der Vereinbarung, Zeiten der Karenzierung in diesem Zusammenhang auf Anwartschaften nicht anzurechnen. Das gilt insb dann, wenn der **Wunsch nach Karenzierung von der Dienstnehmerin ausgeht** und das Arbeitsverhältnis ohne einvernehmliche Freistellung aufgelöst würde.

## 2. Einvernehmliche Auflösung

Möglich ist die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses. Das ist gem § 10 Abs 7 **auch während der Karenz zulässig**, sofern sie **schriftlich** erfolgt. Die minderjährige Dienstnehmerin ist besonders zu belehren. Besteht kein Dienstverhältnis, werden mangels gegenteiliger Vereinbarung oder gesetzlicher Anordnung<sup>68)</sup> keine dienstzeitabhängigen Anwartschaften bzw Ansprüche, insb auf Urlaub, erworben. Ist der Dienstgeber nicht bereit, eine Wiedereinstellungszusage abzugeben, muss die Dienstnehmerin allerdings abwägen, ob sie das Risiko eingeht, nach Ablauf der Bezugsdauer von KBG (beim ursprünglichen Dienstgeber) keine Anstellung zu erhalten, oder ob sie lieber auf den Bezug von KBG verzichtet.

Da nach dem Ablauf der gesetzlichen Karenz ohnedies kein besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz besteht, entscheidet sich die Dienstnehmerin oft für den Bezug von KBG (und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses<sup>69)</sup>).

Gibt der Dienstgeber bei der einvernehmlichen Auflösung eine **Wiedereinstellungszusage** ab, ist zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet wird. Die Situation erinnert an die (zum AIVG diskutierte) Thematik der **Aussetzungsvereinbarung**.<sup>70)</sup> Nach der (überholten) älteren Rsp zum AIVG wurden gewisse Gestaltungen durch die Arbeitsvertragsparteien so ausgelegt, als ob gar keine tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte. Wie verhält es sich mit der einvernehmlichen Auflösung nach Ablauf der Karenz?<sup>71)</sup> Gem § 914 ABGB ist nicht am Wortlaut der Ver-

einbarung zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen. Die Vereinbarung ist so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.<sup>72)</sup> Der Dienstgeber will durch diese rechtliche Konstruktion das Entstehen von dienstzeitabhängigen Ansprüchen unter gleichzeitiger Bindung der Arbeitskraft an das Unternehmen<sup>73)</sup> verhindern. Die Dienstnehmerin will kein Einkommen erzielen, das die Zuverdienstgrenze des § 2 KBGG übersteigt. Ihren Arbeitsplatz will sie idR aber schon behalten. Zum AIVG schließt die Rsp aus der Tatsache, dass die Arbeitsvertragsparteien dem Arbeitnehmer den Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ermöglichen wollen, auf eine echte Unterbrechung und nicht auf eine bloße Karenzierung.<sup>74)</sup> Dies scheint nur dann argumentierbar, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer deckungsgleiche Motive haben. Beim KBG ist das nicht der Fall. Anders als beim Arbeitslosengeld ist die Unterbrechung des Dienstverhältnisses keine Anspruchsvoraussetzung für KBG. Lediglich die Zuverdienstgrenzen des KBGG dürfen nicht überschritten werden. Die **Absicht**, der Dienstnehmerin den **Bezug von KBG zu ermöglichen**, ist folglich **kein Indiz** für die Auflösung des Dienstverhältnisses. Es ist daher im Einzelfall genau zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis wirklich beendet werden soll. Von der Beendigung kann insb dann ausgegangen werden, wenn die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erfolgt, der Arbeitnehmer etwa die Arbeitspapiere und das Dienstzeugnis ausgehändigt, Urlaubersatzleistung und die allfällige Abfertigung und anteilige Sonderzahlungen ausgezahlt werden sowie die Endabrechnung ausgehändigt wird. **Erfolgt keine Endabrechnung, spricht dies im Zweifel gegen die Auflösung.**<sup>75)</sup>

## 3. Teilzeitbeschäftigung

Die Teilzeitbeschäftigung nach Geburt eines Kindes ist seit 1. 7. 2004 erheblich flexibler ausgestaltet. Auf die neuen Bestimmungen der §§ 15 h ff kann hier nicht näher eingegangen werden. Nur so viel: Für die Teilzeitbeschäftigung ist eine Vereinbarung zwischen Dienstgeber und Dienstnehmerin erforderlich, die Dienstnehmerin hat anders als bei der Karenz kein einseitiges Gestaltungsrecht. Vergleichbar mit dem Urlaub besteht ein Anspruch auf Teilzeit, wobei die nähere Ausgestaltung aber zu vereinbaren ist und die Arbeitnehmerin eine starke prozessuale Stellung hat. Bis längstens vier Wochen nach dem vierten Geburtstag des Kindes gilt der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz, danach

67) Dazu *Schindler* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap XX Rz 53.

68) Nunmehr etwa § 15 h Abs 2 S 2.

69) Dieser Anreiz wird durch die Bestimmungen zur Abfertigung bei vorzeitigem Austritt aus dem Arbeitsverhältnis nach Geburt eines lebenden Kindes (§ 23 a Abs 3 AngG) noch verstärkt.

70) Vgl *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap X Rz 13 mwN.

71) Zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall *Radner*, Der praktische Fall – Die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses während des Krankenstandes, *öRdA* 2004, 275 (278 f).

72) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>11</sup> I (2000) 97.

73) Inwieweit dieses Ziel aufgrund von § 9 Abs 5 und 6 AIVG tatsächlich erreicht werden kann, ist fraglich.

74) Dazu bspw OGH 15. 11. 2001, 8 Obs 257/01 d, ZASB 2002, 28 (mwN im Volltext); 20. 1. 1999, 9 ObA 323/98 k, ARD 5038/43/99.

75) Grundlegend *Runggaldier*, Grenzen und Möglichkeiten der Aussetzung des Arbeitsvertrags, *öRdA* 1986, 274 (277); diesem folgend etwa OGH 13. 4. 1988, 9 ObA 73/88, SZ 61/94. S auch OGH 21. 10. 1999, 8 ObA 152/99 g, RdW 2000/603.

### → In Kürze

Die Folgen der Überschreitung der Beschäftigungsgrenzen nach § 15 e MSchG sind unklar. IdR ist davon auszugehen, dass in der Zeit der die 13-Wochen-Grenze übersteigenden Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze keine gesetzliche Karenz vorliegt. Insofern ist auch der besondere Bestandschutz ausgesetzt. Eine Kündigung durch den DG ohne Zustimmung des Gerichts scheint dennoch nicht möglich. Die Zeiten dieser Beschäftigung sind für dienstzeitabhängige Ansprüche zu berücksichtigen. Im Einzelfall kann nach der konkreten Parteienvereinbarung auch eine (irreguläre) Teilzeitkarenz oder ein Kettendienstvertrag vorliegen. Für den die gesetzliche Karenz übersteigenden Zeitraum des Anspruchs auf KBG wird zwischen den Arbeitsvertragsparteien oft die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses vereinbart. Die DNin kann KBG beziehen, beim DG entstehen keine dienstzeitabhängigen Anwartschaften.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Clemens Egermann ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte in Wien. Kontaktadresse: Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte OEG, Rosenbursenstraße 2, A-1010 Wien. Tel: (1) 513 80 08 0, Fax: (1) 513 80 08 40, E-Mail: egermann@beira.at, Internet: www.beira.at.

### → Literatur-Tipp:



Ercher/Langer/Stech, Mutterschutzgesetz (MKKA), Manz (2004)

MANZ Bestellservice:  
Tel.: (01) 531 61-100,  
Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at  
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

ein Motivkündigungsschutz. Diese Schutzbestimmungen kommen allerdings dann zeitweise nicht zur Anwendung, wenn die Dienstnehmerin ohne Zustimmung des ursprünglichen Dienstgebers eine weitere Erwerbstätigkeit während der Teilzeitarbeit eingeht. Die Reduktion der Arbeitszeit im ursprünglichen Dienstverhältnis soll aber auch bei unzulässiger Nebenbeschäftigung grundsätzlich aufrecht bleiben. Ob es *de lege ferenda* sachgerecht ist, bei einer unerlaubten Nebenbeschäftigung die Arbeitszeitreduktion fortbestehen zu lassen, den Kündigungs- und Entlassungsschutz aber (zumindest zeitweise) ohne Belehrung oder Abmahnung der Dienstnehmerin auszusetzen und eine freie Kündigungsmöglichkeit<sup>76)</sup> einzuräumen, muss an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

#### D. Fazit

Die Möglichkeit einer Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze für maximal 13 Wochen während der Karenz soll ebenso wie die höhere Zuverdienstgrenze

im KBGG die Vereinbarkeit von Beruf und Familie verbessern. Mit § 15 e hat der Gesetzgeber jedoch eine systematisch schwer einzuordnende Regelung geschaffen. Welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen die Überschreitung der Beschäftigungsgrenzen hat, erschließt sich aus dem Gesetzeswortlaut allein nicht. Die Grenzen zur Teilzeitbeschäftigung verschwimmen. Das führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit in einem sensiblen Bereich. Durch die zuletzt erfolgte Änderung bei der Teilzeitkarenz (§§ 15 h ff) wird den Arbeitsvertragsparteien zur besseren Vereinbarkeit von Beschäftigung und Kinderbetreuung ein wesentlich flexibleres Instrument als die Karenz iSd § 15 an die Hand gegeben. Vor diesem Hintergrund sollte der Gesetzgeber überdenken, ob eine die Geringfügigkeitsgrenze übersteigende Beschäftigung inhaltlich und systematisch nicht besser bei der Teilzeitbeschäftigung in Abschnitt 6 des MSchG anzusiedeln wäre.

76) Die Rechtsfigur der sittenwidrigen Kündigung wird in diesem Zusammenhang wohl eine Renaissance erleben.