



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Kurzarbeit“**

Verfasserin

**Mag. Simona Claudia Suschitz**

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Ao. Univ.-Prof. Dr. Martin E. Risak



*Für meine Eltern,  
die mir das Studium ermöglicht haben.*



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	10
<b>I. Problemstellung .....</b>	<b>15</b>
<b>II. Standortbestimmung .....</b>	<b>18</b>
<b>III. Gang der Untersuchung .....</b>	<b>19</b>
<b>A. Einführung .....</b>	<b>21</b>
<b>1. Der Begriff Kurzarbeit .....</b>	<b>21</b>
<b>2. Zweck und Zielsetzung der Kurzarbeit .....</b>	<b>24</b>
<b>3. Bisherige Bedeutung der Kurzarbeit in Österreich .....</b>	<b>25</b>
<b>4. Aktuelle Daten des Arbeitsmarktes .....</b>	<b>27</b>
<b>5. Folgen der Einführung von Kurzarbeit .....</b>	<b>31</b>
<b>6. Zur Relevanz des Themas .....</b>	<b>32</b>
<b>7. Historische Entwicklung der Kurzarbeit .....</b>	<b>32</b>
7.1. AVAVG und AIVG .....	33
7.2. AMFG .....	35
7.3. AMSG .....	39
7.3.1. Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 .....	40
7.3.2. Arbeitsmarktpaket 2009 .....	41
7.3.3. Übergangsregelungen .....	42
<b>B. Rechtsinstrumente zur Einführung von Kurzarbeit .....</b>	<b>43</b>
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>43</b>
<b>2. Die einzelnen Rechtsinstrumente .....</b>	<b>43</b>
2.1. Einseitige Anordnung in Form der Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber .....	43
2.1.1. Gestaltungsvorbehalt .....	47
a) Allgemeines, Definition und Einordnung .....	47
b) Problemstellung .....	48
c) Judikatur .....	48
d) Meinungsstand .....	49
e) Eigene Ansicht .....	53
2.1.2. Zusammenfassung .....	54
2.2. Änderung des Einzelarbeitsvertrages .....	55
2.3. Betriebsvereinbarung .....	57
2.3.1. Definition .....	57
2.3.2. Arten von Betriebsvereinbarungen .....	59
a) notwendige (zustimmungspflichtige) Betriebsvereinbarung .....	59
b) notwendige Betriebsvereinbarung mit Zwangsschlichtung (ersetzbare Betriebsvereinbarung) .....	60
c) erzwingbare Betriebsvereinbarung .....	60
d) fakultative (freiwillige) Betriebsvereinbarung .....	60
e) freie Betriebsvereinbarung .....	61
2.3.3. Betriebsvereinbarungen im Bereich der Arbeitszeit .....	62
2.3.4. Generelle Regelung und „vorübergehende“ Verkürzung .....	63
2.3.5. Ist die Aussetzung des Arbeitsvertrages Regelungsinhalt des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG? .....	65
2.3.6. Entgeltfolgen .....	67

a) Meinungsstand in der Literatur .....	67
b) Eigene Ansicht .....	72
c) Konsequenzen der Einordnung der Entgeltfrage .....	73
d) Bewirkt eine Veränderung der Normalarbeitszeit auch eine Veränderung des Lohnes? .....	74
e) Besondere Entgeltregelung .....	75
2.3.7. Günstigkeitsprinzip .....	75
2.3.8. Zusammenfassung .....	76
2.4. Kollektivvertrag .....	77
2.4.1. Grundlegendes .....	77
2.4.2. Kollektivvertragsklauseln zur Einführung von Kurzarbeit .....	78
2.4.3. Kollektivvertragliche Kurzarbeitsregelungen .....	79
a) Problemstellung .....	81
b) Meinungsstand .....	81
c) Eigene Ansicht .....	83
2.4.4. Kollektivvertragliche Kurzarbeitsklausel – günstigere Einzelvereinbarung? .....	83
2.4.5. Abschließende Würdigung .....	84
2.5. Sozialpartnervereinbarung .....	84
2.6. Verhältnis zum betrieblichen Sozialplan .....	85
2.7. Zusammenfassung .....	86
2.8. Geeignete Einführungsmöglichkeit .....	89
<b>3. Begriffliche Abgrenzung und Alternativen zur Kurzarbeit .....</b>	<b>89</b>
3.1. Arbeitszeitverkürzung .....	90
3.2. Teilzeitarbeit .....	90
3.3. Teilzeitbeschäftigung nach § 15h MSchG und § 8 VKG (Elternteilzeit) .....	92
3.4. Altersteilzeit .....	93
3.5. Karenz, Aussetzung, unbezahlter Urlaub .....	96
3.6. Bildungskarenz .....	98
3.7. Beendigung mit Wiedereinstellungszusage .....	100
3.8. Änderungskündigung .....	100
3.9. Teilkündigung .....	102
<b>C. Die Kurzarbeitsbeihilfe .....</b>	<b>105</b>
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>105</b>
<b>2. Definition .....</b>	<b>105</b>
<b>3. Gesetzliche Regelung .....</b>	<b>107</b>
3.1. Das Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG) .....	108
3.2. Das Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG) .....	108
3.3. Privatwirtschaftsverwaltung – Hoheitsverwaltung .....	109
3.3.1. Folgen der Zuordnung .....	110
3.3.2. Einordnung der Tätigkeit des AMS – Rechtsnatur der Beihilfe .....	110
3.3.3. Zusammenfassung .....	112
3.4. Bundesrichtlinie „Beihilfen bei Kurzarbeit und bei Kurzarbeit mit Qualifizierung“ .....	112
<b>4. Risikoverteilung .....</b>	<b>115</b>
<b>5. Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe des AMS .....</b>	<b>116</b>
5.1. Vorübergehende nicht saisonbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten .....	117
5.2. Verständigung des AMS und Beratung .....	119
5.2.1. Rechtzeitige Verständigung .....	119
5.2.2. Beratung .....	121

5.3. Exkurs: Rolle der Sozialpartnerschaft .....	122
5.4. Sozialpartnervereinbarung .....	125
5.4.1. Abschlusskompetenz .....	126
a) Kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber .....	127
b) Fachliche Zuständigkeit – „für den Wirtschaftszweig in Betracht kommend“ .....	128
c) mehrfache Kollektivvertragsangehörigkeit des Arbeitgebers - fachlich gestreute Tätigkeit .....	129
d) Kollisionsfragen .....	131
e) Zusammenfassung und eigene Meinung .....	131
5.4.2. Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung .....	132
a) Geltung der Sozialpartnervereinbarung .....	133
aa) Rechtswirkung gegenüber dem Arbeitgeber .....	133
1. Meinungsstand .....	133
2. Eigene Ansicht .....	134
ab) Rechtswirkung gegenüber den Arbeitnehmern .....	135
1. Allgemeines und Problemstellung .....	135
2. Meinungsstand .....	136
3. Eigene Ansicht .....	137
ac) Zusammenfassende Feststellung .....	138
b) Der Kollektivvertrag .....	138
ba) Definition .....	138
bb) Besonderheit und Wirkung des Kollektivvertrages .....	139
bc) Inhalt des Kollektivvertrages .....	140
bd) Abschlusskompetenz – Kollektivvertragsfähigkeit .....	140
be) Publizitätsgebot .....	141
c) Ist die Sozialpartnervereinbarung ein Kollektivvertrag? .....	142
ca) Normative Wirkung .....	142
cb) Publizität .....	142
cc) Kritische Betrachtung .....	143
cd) Zusammenfassende Feststellung .....	144
d) Ein Kollektivvertrag als Sozialpartnervereinbarung? .....	144
e) <i>Mazals</i> Lösung der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung .....	146
f) Sanktion/Rückforderung .....	146
g) Zusammenfassung/abschließende Würdigung, eigene Meinung und Lösung .....	147
ga) Qualifizierung als Kollektivvertrag? .....	147
gb) Qualifizierung als schuldrechtlicher Vertrag? .....	148
gc) Qualifizierung als Vertrag sui-generis? .....	148
5.4.3. Bindung des AMS an die Sozialpartnervereinbarung .....	149
5.4.4. Fragen der Rechtskontrolle .....	150
5.4.5. Punkte, welche durch die Sozialpartnervereinbarung zu regeln sind .....	152
5.4.6. Geltungsbereiche der Sozialpartnervereinbarung .....	153
5.4.7. a) Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes – Behaltepflicht .....	154
aa) Grundlegendes .....	154
ab) Ziel der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und der Behaltefrist .....	155
ac) Schutz des individuellen Arbeitsverhältnisses? .....	155
ad) Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers bzw Kündigungsverzicht des Arbeitgebers .....	158

ae) Sanktion .....	162
af) Geltungsbereich .....	163
ag) Dauer der Behaltepflcht .....	164
ah) Ausnahmen .....	164
ai) Analogie/Ausdehnung auf andere Rechtsbehelfe .....	164
aj) Rechtswirkungen auferlegter Beendigungsbeschränkungen .....	165
ak) Zusammenfassung und eigene Meinung .....	166
b) Kurzarbeitsunterstützung und Höhe der Beihilfe/Unterstützung .....	167
ba) Beihilfenteilbetrag für die Kurzarbeitsunterstützung .....	169
bb) Pauschalsätze .....	169
bc) Beihilfenteilbetrag für die Qualifizierungsunterstützung .....	172
bd) Pauschalsätze .....	173
5.4.8. Dauer des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe und Verlängerung .....	174
5.4.9. Förderbarer Personenkreis .....	175
a) Überlassenes Personal .....	176
b) Teilzeitbeschäftigte, Altersteilzeit und befristete Verträge .....	178
5.4.10. Verrechenbare Ausfallstunden .....	179
5.4.11. Arbeitszeitausfall .....	181
5.4.12. Ausdehnung und Einschränkung der Arbeitszeit während der Kurzarbeitszeit .....	182
5.5. Überstunden .....	182
5.6. Verhältnis zu anderen Beihilfen und Unterstützungsleistungen .....	183
5.7. Insolvenz während des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe .....	184
<b>6. Verfahrensbestimmungen .....</b>	<b>185</b>
6.1. Beratung .....	185
6.2. Vereinbarung .....	185
6.3. Begehrenseinbringung .....	185
6.4. Entscheidung .....	186
6.5. Auszahlung .....	187
6.6. Durchführungsbericht .....	188
6.7. Verrechnung .....	188
6.8. Unregelmäßigkeiten und Rückzahlung .....	189
<b>7. Kurzarbeitsbeihilfe bei Naturkatastrophen .....</b>	<b>190</b>
<b>8. Gesetzliche Änderungen 2009 .....</b>	<b>192</b>
8.1. Dauer der Kurzarbeitsbeihilfe .....	192
8.2. Arbeitszeitverkürzung, Mindestarbeitszeit und Mindest-Ausfallzeit .....	192
8.2.1. Alte Rechtslage .....	192
8.2.2. Neue Rechtslage .....	193
8.2.3. Vorteile .....	195
8.3. Blocken .....	195
8.4. Behaltepflcht .....	195
8.5. Kurzarbeitsunterstützung und Kurzarbeitsbeihilfe .....	196
8.5.1. Alte Rechtslage .....	196
8.5.2. Neue Rechtslage .....	196
8.5.3. Vorteile .....	196
8.6. Beihilfen für Kurzarbeit mit Qualifizierung (§ 37c AMSG) .....	197
8.6.1. Allgemeines .....	197
8.6.2. Gesetzliche Regelung .....	198
8.6.3. Voraussetzungen .....	198
8.6.4. Dauer und Arbeitszeitausfall .....	199
8.6.5. Höhe der Qualifizierungsunterstützung und Qualifizierungsbeihilfe .....	199

8.6.6. Ausbildungskonzept und Ausbildungseinrichtung .....	200
8.6.7. Zeitpunkt der Qualifizierungsmaßnahme .....	202
8.6.8. Strafbestimmungen und Verhältnis zu anderen Beihilfen .....	202
8.6.9. Zusammenfassung und eigene Ansicht .....	203
8.7. Nähere Ausgestaltung der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe .....	206
8.8. Regelung betreffend „wesentlicher Teil der betroffenen Arbeitnehmer über 45“ wurde aufgehoben .....	207
8.9. Änderungen im Wortlaut .....	208
8.9.1. „vorübergehende nicht saisonbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten“ .....	208
8.9.2. „saisonale Schwankungen .....	211
8.9.3. Entfall der Voraussetzung der „voraussichtlich längere Zeit andauernden Störung“ .....	211
8.10. Rechtzeitige Verständigung des AMS .....	211
8.11. Kein Anspruch auf Beihilfengewährung .....	212
<b>9. Finanzielle Auswirkungen für den Bund .....</b>	<b>213</b>
<b>10. Zwischenbilanz .....</b>	<b>214</b>
<b>11. Erste Streitpunkte .....</b>	<b>215</b>

<b>D. Kurzarbeit in Deutschland .....</b>	<b>217</b>
<b>1. Allgemeines .....</b>	<b>217</b>
<b>2. Rechtsgrundlagen für die Einführung von Kurzarbeit .....</b>	<b>219</b>
2.1. Weisungsrecht des Arbeitgebers .....	219
2.2. Ermächtigung in Einzelarbeitsverträgen .....	219
2.3. Kurzarbeit bei beabsichtigter Massenentlassung nach § 19 KSchG .....	220
2.4. Tarifvertragliche Kurzarbeitsklauseln .....	221
2.4.1. Rechtliche Qualifizierung der tarifvertraglichen Kurzarbeitsklauseln .....	221
2.4.2. Mitbestimmung des Betriebsrates und Ankündigungsfrist .....	224
2.4.3. Verfassungsmäßigkeit der Kurzarbeitsklausel? .....	225
2.5. Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage .....	225
2.5.1. Erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrates im Entgeltbereich? .....	227
2.5.2. Mitbestimmung und Initiativrecht des Betriebsrates .....	229
2.5.3. Grenze des Mitbestimmungsrechts .....	231
2.6. Einführung von Kurzarbeit aufgrund der §§ 169 ff SGB III .....	232
2.7. Zusammenfassung und eigene Meinung .....	232
<b>3. Kurzarbeitergeld .....</b>	<b>234</b>
3.1. Höhe und Zuschüsse .....	236
3.2. Förderbare Arbeitgeber und Arbeitnehmer; betriebliche Voraussetzungen .....	236
3.3. Anzeige .....	236
3.4. Arten von Kurzarbeitergeld .....	237
3.4.1. Konjunkturelles Kurzarbeitergeld gem § 169 ff SGB III .....	237
a) Definition des erheblichen Arbeitsausfalles .....	237
b) Wirtschaftliche Gründe, unabwendbare Ereignisse und nicht vermeidbare Arbeitsausfälle .....	238
c) Persönliche Voraussetzungen .....	239
3.4.2. Saison-Kurzarbeitergeld gem § 175 SGB III .....	239
3.4.3. Transfer-Kurzarbeitergeld gem § 216b SGB III („Kurzarbeit Null“) .....	241
a) Dauerhaft .....	241
b) Betriebliche und persönliche Voraussetzungen .....	242
3.5. Zusammenfassung und eigene Meinung .....	243
<b>4. Sozialversicherung und Steuerrecht .....</b>	<b>245</b>
<b>5. Lohnkosten für bezahlte Freistellungen .....</b>	<b>246</b>

<b>6. Rechtsweg</b> .....	247
<b>7. Qualifizierung während Kurzarbeit - Förderung aus Mitteln des ESF</b> .....	247
7.1. Allgemeines .....	247
7.2. Probleme bei der Qualifizierung .....	248
<b>8. Abschließende Feststellungen und Übersichtstabelle</b> .....	250
<b>E. Folgefragen</b> .....	253
<b>1. Abgaben, beitrags- und sozialversicherungsrechtliche Folgen</b> .....	253
1.1. Der Sozialversicherungsbeitrag .....	253
1.2. Der Insolvenzentgeltsicherungszuschlag .....	256
1.3. Der Beitrag zur Mitarbeitervorsorgekasse (Abfertigung Neu) .....	256
1.4. Der Beitrag nach dem Nachtschwerarbeitsgesetz (NSchG) .....	257
1.5. Die Abfertigung Alt .....	258
1.6. Die Sonderzahlungen .....	259
1.7. Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers .....	259
1.8. Steuerrechtliche Aspekte .....	260
1.8.1. Kommunalsteuer .....	260
1.8.2. Lohnsteuer .....	260
1.8.3. Körperschaftsteuer .....	261
1.9. Sonstige Umlagen und Beiträge .....	261
1.10. Zusammenfassung .....	261
<b>2. Entgeltfortzahlung aufgrund von Krankheit oder Arbeitsunfall</b> .....	262
<b>3. Urlaub bei Kurzarbeit</b> .....	264
3.1. Grundlegendes zum Urlaub .....	264
3.2. Anwendung der Regelungen der Teilzeitarbeit auf Fälle der Kurzarbeit? .....	265
3.3. Urlaub bei Teilzeitbeschäftigung .....	266
3.3.1. Allgemeines .....	266
3.3.2. Problemstellung .....	267
3.3.3. Meinungsstand .....	267
3.3.4. Lösung .....	267
3.4. Urlaubsentgelt .....	268
<b>4. Kurzarbeit als Austrittsgrund</b> .....	269
<b>5. Zusammenfassung</b> .....	270
<b>F. Zusammenfassende Thesen</b> .....	271
<b>G. Bibliographie</b> .....	277
<b>1. Literatur Österreich</b> .....	277
1.1. Monographien, Kommentare, Lehr- und Handbücher .....	277
1.2. Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen in Zeitschriften .....	280
1.3. Kollektivverträge .....	283
1.4. Sonstige Quellen .....	283
1.4.1. Zeitungen .....	283
1.4.2. Erläuternde Bemerkungen zu Regierungsvorlagen .....	284
1.4.3. Rechtsgrundlagen (Bundes- und Reichsgesetzblätter) .....	284
1.4.4. Richtlinien/Erlässe .....	286
1.4.5. Sonstiges .....	286
1.5. Verwendete Internetseiten .....	287
<b>2. Literatur Deutschland</b> .....	290
2.1. Monographien, Kommentare, Lehr- und Handbücher .....	290
2.2. Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen in Zeit- und Festschriften .....	291

2.3. Sonstige Quellen aus Deutschland .....	292
<b>3. Europäische Rechtsgrundlagen .....</b>	<b>292</b>
<b>H. Entscheidungsverzeichnis .....</b>	<b>293</b>
<b>1. Österreichische Entscheidungen .....</b>	<b>293</b>
1.1. Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes .....	293
1.2. Entscheidungen der Oberlandes- und Arbeitsgerichte .....	295
1.3. Entscheidungen des Verfassungs- und Verwaltunggerichtshofes .....	295
<b>2. Deutsche Entscheidungen .....</b>	<b>296</b>
<b>I. Anhang .....</b>	<b>297</b>
<b>1. Abstract (Deutsch) .....</b>	<b>297</b>
<b>2. Abstract (English) .....</b>	<b>298</b>
<b>3. Lebenslauf .....</b>	<b>299</b>

## Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragraf /-n
aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl L	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Teil L
Abs	Absatz
abzgl	abzüglich
AHG	Amtshaftungsgesetz
AK	Arbeiterkammer
ALV	Arbeitslosenversicherung
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMF	Arbeitsmarktförderungen
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AMSG	Arbeitsmarktservicegesetz
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung/-en
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	dt Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
APG	Allgemeines Pensionsgesetz
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
ArbG	Arbeitsgericht
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD-Betriebsdienst
Art	Artikel
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AUVA	Allgemeine Unfallversicherungsanstalt
AVAVG	Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AW	Aufschiebende Wirkung
AZG	Arbeitszeitgesetz
BB	Der Betriebsberater (deutsche Zeitschrift)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BAK	Bundesarbeiterkammer
BAG	dt Bundesarbeitsgericht
Bd	Band
BetrVG	dt Betriebsverfassungsgesetz
BG	Bezirksgericht/-e
BGB	dt Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMF	Bundesminister /-s für Finanzen

BMGL	Bemessungsgrundlage
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz
BMWA	(ehemaliges) Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BPG	Betriebspensionsgesetz
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BUrlG	dt Bundesurlaubsgesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CEEP	European Centre of Employers and Enterprises (Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft)
DB	Der Betrieb (deutsche Zeitschrift)
diesbzgl	diesbezüglich
DRdA	Das Recht der Arbeit
DRGBI	Deutsches Reichsgesetzblatt
dt	deutsch /-e /-es
E	dt amtliche Entscheidungssammlung
EG	Europäische Gemeinschaft/en
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erl	Erläuterung/en
ErlRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ESF	Europäischer Sozialfonds
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	Europäische Zentralbank
f	fortfolgend
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GP	Gesetzgebungsperiode
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende /-n /-r Ansicht
HGB	dt Handelsgesetzbuch

HGHAG	Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz
hL	herrschende /-n /-r Lehre
hM	herrschende /-n /-r Meinung
Hrsg	Herausgeber
IA	Initiativantrag
IAB	dt Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
IE	Insolvenzentgeltssicherungsgesetz-Zuschlag
ieS	im engen Sinn
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
IHS	Institut für höhere Studien
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
inkl	inklusive
iSd	im Sinn der/des
iSe	im Sinne einer/s
IV	Industriellen Vereinigung
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiten Sinn
iZ	im Zweifel
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
Jud	Judikatur
Juridikum	Zeitschrift für Kritik/Recht/Gesellschaft
KBGG	Kinderbetreuungsgeldgesetz
KommStG	Kommunalsteuergesetz
krit	kritisch
KSchG	(dt) Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KU	Arbeiterkammerumlage
KV	Krankenversicherung
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht/-e
lit	Buchstabe
Lit	Literatur
lt	laut
mE	meines Erachtens
Mio	Million/en
Mrd	Milliarde/n
MSchG	Mutterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	dt Neue Juristische Wochenschrift

Nr	Nummer
NSchG	Nachtschwerarbeitergesetz
NZA	dt Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
Pkt	Punkt
PV	Pensionsversicherung
PVInfo	Zeitschrift für Personalverrechner
PVP	Personalverrechnung für die Praxis
RdA	dt Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ-EÜ	Österreichische Richterzeitung (Entscheidungsübersicht)
S	Satz, Seite
SGB III	dt Sozialgesetzbuch Drittes Buch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Std	Stunde/n
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
SV	Sozialversicherung
SVSlg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
taxlex	Zeitschrift für Steuer und Beratung
TVG	dt Tarifvertragsgesetz
ua	und andere
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe (Vereinigung der europäischen Industrie- und Arbeitgeberverbände)
UrlG	Urlaubsgesetz
uU	unter Umständen
UV	Unfallversicherung
v	vom, von
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

vgl	vergleiche
VKG	Väter-Karenzgesetz
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Beilage zu Juristische Blätter
WF	Wohnbauförderungsbeitrag
Wifo	Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung
WKG	Wirtschaftskammergesetz
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
WKNÖ	Wirtschaftskammer Niederösterreich
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfvB	Zeitschrift für Verwaltung Judikaturbeilage
zit	zitiertes/e
Zl	Zahl
ZP EMRK	Zusatzprotokoll zur europäischen Menschenrechtskonvention
zT	zum Teil
zzgl	zuzüglich

## I. Problemstellung

In Zeiten einer Wirtschafts- und Finanzkrise ist die Flexibilisierung des Arbeitsrechts und der rechtlichen Instrumente, die den Unternehmen Einsparungsmaßnahmen ermöglichen, von besonderer Wichtigkeit. Kurzarbeit und die damit verbundenen Rechtsfragen waren bisher von starren, unflexiblen und nicht mehr aktuellen Regelungen dominiert. Doch gerade in wirtschaftlich schlechten Zeiten sind die Arbeitsvertragsparteien bzw die Parteien der kollektiven Rechtsetzung darauf angewiesen, dass ihnen die vorgegeben gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regelungen die Möglichkeit bieten die Arbeitsbedingungen an die geänderten Umstände des Einzelfalles anzupassen.

Die Auswirkungen der schlechten Wirtschaftslage sind seit Anfang des Jahres 2009 am Arbeitsmarkt deutlich spürbar. Laut des Wirtschaftsforschungsinstituts (Wifo)<sup>1</sup> schrumpfte die österreichische Wirtschaft im Jahr 2009 um 3,4%, das ist etwas geringer als im Durchschnitt des Euro-Raumes (-3,9%). Auch für Österreich ist trotz massiven Gegensteuerns der Fiskalpolitik ein Rückgang des Bruttoinlandsprodukts um real 3,4% zu erwarten. Weil die Arbeitskräftenachfrage abnimmt, werde die Beschäftigung 2009 um 0,4% sinken (-13.000). Da mit einem sehr elastischen Arbeitskräfteangebot, vermehrten Schulungsaktivitäten für Arbeitslose (+7.000) und einer Ausweitung von Kurzarbeit gerechnet werden könne, dürfte der Anstieg der offenen Arbeitslosigkeit mit + 27.000 jedoch verhalten ausfallen. Die Arbeitslosenquote wird dadurch im Jahr 2009 von 5,8% auf 6,5% steigen. Aufgrund der üblicherweise verzögerten Reaktion des Arbeitsmarktes wird sie sich 2010 auf voraussichtlich 7,7% erhöhen und im Jahr 2011 8,1% erreichen.<sup>2</sup>

Für den Jahresdurchschnitt 2009 prognostiziert das Institut für höhere Studien (IHS)<sup>3</sup> ein Schrumpfen der österreichischen Wirtschaft um 2,7%. Es wird ein Beschäftigungsrückgang um 0,3% erwartet, der durch die Kurzarbeit und die prozyklische Entwicklung der Arbeitsproduktivität gedämpft wird. Ausgehend von einem Wert von 5,8% im Vorjahr wird die Arbeitslosenquote nach nationaler Definition auf 10,8% steigen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl

[http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/P\\_2008\\_12\\_19\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/P_2008_12_19$.PDF) (21.01.2010);

[http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/P\\_2009\\_12\\_18\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/P_2009_12_18$.PDF) (21.01.2010).

<sup>2</sup> [http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/P\\_2009\\_12\\_18\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/P_2009_12_18$.PDF) (21.01.2010).

<sup>3</sup> Vgl <http://www.ihs.ac.at/publications/lib/prognose270309.pdf> (21.01.2010).

<sup>4</sup> <http://www.ihs.ac.at/publications/lib/prognose191208.pdf> (21.01.2010).

Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) prognostiziert in einem Wirtschaftsausblick für Österreich ein Schrumpfen der Wirtschaftsleistung um 4,3% bzw 3,9% in diesem Jahr.<sup>5</sup> Besonders die Industrie in der Eurozone sieht sich weiterhin mit einer schlechten Auftragslage konfrontiert.

Aufgrund der konjunkturellen Probleme spielen die finanzielle Entlastung der Unternehmen und der Abbau von Arbeitsplätzen eine große Rolle. Die Einführung von Kurzarbeit als „**Krisenbewältigungsinstrument**“ gewinnt zur Überbrückung von wirtschaftlichen Auslastungsschwankungen zunehmend an Bedeutung und wurde sogar als „Wundermittel“<sup>6</sup> für den heimischen Arbeitsmarkt bezeichnet.

**Kurzarbeit** ist die vorübergehende Herabsetzung der (Normal-) Arbeitszeit und des Arbeitsentgelts in einem Unternehmen aufgrund vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten.<sup>7</sup> Durch die Reduktion der Personalkosten und die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe durch das AMS sollen Arbeitsplätze gesichert werden und Unternehmen finanziell entlastet werden.

Die Einführung von Kurzarbeit und der Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe sind Teil der aktiven Arbeitsmarktpolitik. Durch die Verteilung des finanziellen Risikos<sup>8</sup> zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und der Allgemeinheit<sup>9</sup> rückt Kurzarbeit als attraktives Instrument zur Überwindung von Beschäftigungsschwierigkeiten zu einem vertretbaren finanziellen Aufwand in den Vordergrund. Die Vorteile der Kurzarbeit liegen somit einerseits darin, dass der Staat einen Teil der Kosten trägt und die Arbeitgeber finanziell entlastet werden. Andererseits stehen die Erhaltung der Arbeitsplätze, die Kostenersparnis des Staates bzw der Arbeitslosenversicherung und das Vermeiden von Arbeitslosigkeit ebenso im Fokus des Interesses.

---

<sup>5</sup> Vgl

[http://www.oecd.org/document/26/0,3343,de\\_34968570\\_35008930\\_43148186\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/26/0,3343,de_34968570_35008930_43148186_1_1_1_1,00.html) (21.01.2010); In einem Interimsbericht wird nunmehr von 3,9% ausgegangen, vgl Die Presse, 03.09.2009; <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/international/wirtschaftspolitik/388121/index.do> (21.01.2010).

<sup>6</sup> Vgl Szemeliker, Der Standard, Print-Ausgabe 17./18.1.2009.

<sup>7</sup> Vgl Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> (2003) 356; Hutter, Kurzarbeit - Ein Weg aus der Krise?, ecolex 2009, 249; Gleißner, Personalmaßnahmen in der Krise (2009) 19.

<sup>8</sup> Zur Risikoverteilung siehe Pkt C.5.

<sup>9</sup> Unter der Voraussetzung, dass Kurzarbeitsbeihilfe in Anspruch genommen wird.

In den letzten Jahren war das Thema Kurzarbeit wegen des anhaltenden Wirtschaftswachstums in Wissenschaft und Praxis von eher untergeordneter Relevanz. Im Jahr 2009 erfolgte eine Trendwende und dieses Rechtsinstrument gewann an arbeitsmarktpolitischer Bedeutung, da bewegliche und anpassungsfähige Methoden zur Krisenüberwindung benötigt wurden. Durch die Folgen der Wirtschaftskrise, die am Arbeitsmarkt immer stärker spürbar sind, erlebt Kurzarbeit derzeit eine **Renaissance**.<sup>10</sup> Viele Unternehmen haben in diesem Jahr Kurzarbeit eingeführt und zum überwiegenden Teil auch die Kurzarbeitsbeihilfe des AMS in Anspruch genommen. Dazu kommt, dass die über Jahrzehnte unverändert gebliebenen rechtlichen Rahmenbedingungen geändert wurden und auch in Zukunft noch weitere Änderungen anstehen.

Nicht zuletzt aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung mit Deutschland, war eine Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen geboten. Vor allem die Dauer des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe musste an den internationalen Standard angepasst werden. Die geänderten Anforderungen machten es notwendig, das bislang in der Zuständigkeit des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (vormals: Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit) liegende Instrument der Kurzarbeitsbeihilfe neu zu gestalten.

Im Jänner 2009 wurde in Form des Beschlusses eines ersten Maßnahmenpaketes, dem **Beschäftigungsförderungsgesetz 2009**<sup>11</sup>, das rückwirkend mit Februar 2009 in Kraft trat, reagiert. Die reformierten Kurzarbeitsbeihilfenbestimmungen und die neu eingeführte Qualifizierungsbeihilfe bei Kurzarbeit sollten gleichermaßen die Unternehmen wie auch die Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze durch Produktionseinschränkungen sonst bedroht wären, unterstützen.

Im Juni 2009 wurde ein weiteres Maßnahmenpaket (**Arbeitsmarktpaket 2009**<sup>12</sup>) beschlossen, dessen Schwerpunkt beim neuen Kurzarbeitsmarktmodell lag. Die anhaltenden Beschäftigungsschwierigkeiten und der große Anklang in der Wirtschaft haben eine weitere Flexibilisierung und Überarbeitung der Bestimmungen notwendig gemacht. Im Zuge dieser zweiten Reform wurden erneut die Dauer des Beihilfenbezuges und die Übernahme der Kosten der Sozialversicherungsbeiträge ab dem siebenten Monat in dem Kurzarbeitsbeihilfe

---

<sup>10</sup> Renaissance aus dem Grund, da es 1975 zu einem Beschäftigungseinbruch kam und 21.575 Arbeitnehmer von Kurzarbeit betroffen waren, weiters kam es aufgrund von Überflutungen, Hochwasser und Terroranschlägen in den Jahren 1998 und 2002 zu einem Anstieg der Budgetausgaben für Kurzarbeit.

<sup>11</sup> BGBl I 2009/12.

<sup>12</sup> BGBl I 2009/90.

bezogen wird, modifiziert. Der Zweck der Neuregelung lag in der Anpassung der Bestimmungen des österreichischen Rechts an die sich ändernden Umstände und Bedürfnisse. Doch nicht nur die österreichischen Bestimmungen mussten angepasst werden, auch das ausgereifere Kurzarbeitsmodell der Bundesrepublik Deutschland wurde reformiert und eine Ausdehnung des Bezuges des Kurzarbeitergeldes beschlossen.<sup>13</sup>

In anderen europäischen Ländern sind das Thema Kurzarbeit und die damit einhergehenden rechtlichen Probleme schon länger in der Wissenschaft diskutierte und teilweise umstrittene Themen.<sup>14</sup> Wie gezeigt, spielt dieses arbeitsmarktpolitische Instrument in Zeiten wirtschaftlicher Rezession eine große praktische Rolle. Es erscheint daher notwendig, sich mit den dabei auftretenden Rechtsfragen näher auseinanderzusetzen.

Ziel dieser Dissertation ist die dogmatische Aufbereitung anhand der relevanten rechtlichen Fragen der Einführung von Kurzarbeit, der Kurzarbeitsbeihilfe, der damit verbundenen Probleme und die vom Gesetz vorgegebenen Grenzen und Möglichkeiten dieses Instruments aufzuzeigen.

Forschungsfragen sind somit:

**Wie kann Kurzarbeit eingeführt werden? Welche Form der Kurzarbeitsbeihilfen gibt es? Welche Voraussetzungen sind zu erfüllen um eine Beihilfe beziehen zu können? Was hat sich durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009 in der Beihilfengewährung geändert?**

## **II. Standortbestimmung**

Bei der Bearbeitung dieses Themas ist es zweckmäßig, zuerst auf die rechtlichen Grundlagen der Einführung der Kurzarbeit einzugehen. Einige Autoren<sup>15</sup> haben schon darauf hingewiesen, dass in Österreich noch keine eingehende wissenschaftliche Befassung mit dem Thema Kurzarbeit stattgefunden hat.

---

<sup>13</sup> Vgl Regierung verlängert Kurzarbeit, Handelsblatt, 20.05.2009: <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/regierung-verlaengert-kurzarbeit;2284766> (21.01.2010).

<sup>14</sup> Siehe bspw die Problematik der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates im Entgeltbereich in Deutschland: *Boecken*, Arbeitsrecht und Sozialrecht - Insb zu den rechtlichen Grundlagen der Einführung von Kurzarbeit, RdA 2000, 7; *Kania* in *Möller-Glöge/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup>; *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup>; zum Initiativrecht des Betriebsrates: *Bischof*, Mitbestimmung bei Einführung und Abbau von Kurzarbeit, NZA 1995, 1021 ff.

<sup>15</sup> *Hutter*, *ecolx* 2009, 249.

Der Forschungsstand betreffend das Thema Kurzarbeit ist nicht sehr umfangreich und besteht im Wesentlichen aus Beiträgen in Fachzeitschriften. Neben der kommentierten Gesetzesausgabe von *Danimann/Steinbach/Potmesil*<sup>16</sup> haben sich *Mazal*<sup>17</sup> und *Schnorr*<sup>18</sup> in den 80er Jahren vor allem mit der Problematik der Sozialpartnervereinbarung und ihrer rechtlichen Einstufung beschäftigt. Sonst wurde das Thema noch nicht näher diskutiert und thematisiert.

In den letzten Monaten sind aufgrund der Aktualität der Kurzarbeit Ratgeberliteratur<sup>19</sup> und einige Artikel in Fachzeitschriften<sup>20</sup> erschienen die sich mit der Materie befasst haben. Die aktuelle Auseinandersetzung mit diesem Thema kann aber nur als erste Annäherung verstanden werden, eine grundlegende und umfassende Untersuchung steht noch aus.

Aus diesem Grund soll sich das Dissertationsvorhaben in umfassender Weise den rechtlichen Problemen im Zusammenhang mit der Kurzarbeit, deren Einführung, der Kurzarbeitsbeihilfe und den damit infolge verbundenen Problembereichen, wie etwa der Sozialpartnervereinbarung widmen, denn es besteht aus wissenschaftlicher Sicht Bedarf an einer näheren Betrachtung der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung. Bezieht man die Bedürfnisse der Praxis mit ein, wird die Relevanz des Themas evident. Die verschiedenen Einführungsmöglichkeiten der Kurzarbeit sind auf ihre Zulässigkeit und auch auf die Zweckmäßigkeit zu untersuchen. Ebenso sollen die sich im Zuge der Aufbereitung des Themas ergebenden Folgefragen, wie etwa das Urlaubsrecht oder die Sonderzahlungen im Zusammenhang mit der Kurzarbeit, näher erörtert werden.

### III. Gang der Untersuchung

Aufgrund des Fehlens einer grundlegenden Auseinandersetzung mit der gesamten Thematik, ist das mit der Abfassung dieser Dissertationsschrift verfolgte Ziel, den umfangreichen, in der Lehre und Rsp bislang wenig thematisierten Bereich der Kurzarbeit und die damit verbundenen Rechtsprobleme, wie der rechtlichen Qualifikation der Sozialpartnervereinbarung, der Neuregelung der Förderungsbestimmungen durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009 darzustellen, die

---

<sup>16</sup> *Danimann/Steinbach/Potmesil*, Arbeitsmarktförderungsgesetz<sup>2</sup> (1986).

<sup>17</sup> *Mazal*, Rechtsfragen der Einführung von Kurzarbeit, ZAS 1988, 83.

<sup>18</sup> *Schnorr*, Rechtsfragen der Kurzarbeit, DRdA 1987, 261.

<sup>19</sup> *Steinlechner/Maska/Gleißner* (Hrsg), Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten (2009); *Gruber*, Von Kurzarbeit bis Personalabbau (2009); *Schrank/Rauch*, Arbeitsrechtliche Maßnahmen in der Krise (2009) ASoK-Spezial; *Gleißner*, Personalmaßnahmen in der Krise (2009).

<sup>20</sup> Vgl *Ercher*, Neuregelung der Kurzarbeit sowie Änderungen im BPG, ASOK 2009, 72; *Hutter*, eolex 2009, 249; *Oberhofer*, Urlaubsverbrauch bei Kurzarbeit, ASoK 2009, 95; *Winter/Thomas*, Kurzarbeit, ZAS 2009/10.

bestehenden rechtlichen Probleme und Fragen aufzudecken, zu diskutieren und zu beantworten.

Die Arbeit ist in die folgenden fünf Teile gegliedert.

Im ersten Teil, **der Einführung**, erfolgt ein Überblick über das Thema in Form von Begriffserklärungen und der Darstellung der Relevanz des Themas. Weiters werden die bisherige Bedeutung der Kurzarbeit, die statistischen Daten, die Folgen und die Zielsetzung der Einführung von Kurzarbeit erörtert. Schließlich erfolgt eine historische Aufarbeitung der rechtlichen Entwicklung der Kurzarbeit und ihrer Einführungsmodalitäten.

Der zweite Teil behandelt die **Rechtsinstrumente für die Einführung** der Kurzarbeit. Dabei stehen die einseitige Anordnung durch den Arbeitgeber, die individuelle arbeitsvertragliche Einigung, die Betriebsvereinbarung und der Kollektivvertrag zur Diskussion und werden auf ihre Relevanz, Zweckmäßigkeit und rechtliche Zulässigkeit untersucht. Zu klären ist auch, in welchem Verhältnis diese Instrumente zueinander stehen. Ebenso werden Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstrumenten, wie der Änderungskündigung, der allgemeinen Arbeitszeitreduktion etc vorgenommen. In diesem Teil wird auch die Rolle und Stellung des Betriebsrates und seine Mitwirkung im Hinblick auf die Einführung und Gestaltung der Kurzarbeit beleuchtet.

Der dritte Teil ist der **rechtsvergleichenden Darstellung** der Situation betreffend die Kurzarbeit in der **Bundesrepublik Deutschland** gewidmet. Die Kurzarbeit hat dort einen anderen Stellenwert und andere Problembereiche, die im Vergleich mit der Rechtslage in Österreich herausgearbeitet und aufgezeigt werden.

Einen weiteren Themenkomplex bildet die **Förderung durch das AMS** in Form der Kurzarbeitsbeihilfe. Durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 wurden die Bestimmungen betreffend die Kurzarbeitsbeihilfe aus dem AMFG ins AMSG transferiert bzw die Kurzarbeitsbeihilfe in Verbindung mit einer Qualifizierungsmaßnahme neu eingeführt. Diese Novelle und das Arbeitsmarktpaket 2009 brachten noch einige weitere Neuerungen mit sich, die genau beleuchtet werden und deren rechtliche Auswirkungen zu erörtern sind. Im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsbeihilfe spielt die „Sozialpartnervereinbarung“, deren rechtliche Natur nicht abschließend geklärt ist, eine wichtige Rolle.

Im letzten Teil werden die sich im Laufe der Bearbeitung diese Themas ergebenden **Folgefragen**, wie bspw die Behandlung der Kurzarbeit im sozial- und steuerrechtlichen Bereich, die Probleme im Zusammenhang mit dem Urlaubsrecht und den Sonderzahlungen etc diskutiert und beantwortet.

## A. Einführung

### 1. Der Begriff Kurzarbeit

Da keine gesetzliche Definition für den Begriff Kurzarbeit besteht, hat die Lehre eine eigene Definition entwickelt. Unter Kurzarbeit wird im Allgemeinen die vorübergehende Herabsetzung der (Normal-) Arbeitszeit und des Arbeitsentgelts in einem Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten verstanden.<sup>21</sup> Sie ist ein arbeitsmarktpolitisches Instrument mit dem der Erhalt von Arbeitsplätzen auf der einen Seite und die Reduktion der Personalkosten auf der anderen Seite erreicht werden sollen.

*Schnorr*<sup>22</sup> bezeichnet die Kurzarbeit als eine „Anomalie“ der Arbeitszeit. Denn Kurzarbeit ist nur für einen kurzen Zeitraum gedacht. Sie soll zur Überwindung vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten beitragen.

Aus dem Wort Kurzarbeit lässt sich ableiten, dass „kürzer“ gearbeitet wird und zwar im Verhältnis zur Normalarbeitszeit. Ob damit auch eine entsprechende Verringerung des Entgelts verbunden ist, kann aus dem Wortlaut nicht beantwortet werden. Hierfür sind Zweck und Zielsetzung zu berücksichtigen, denn Kurzarbeit soll sowohl zur finanziellen Entlastung der Arbeitgeber<sup>23</sup> als auch zur Sicherung der Arbeitsplätze eingesetzt werden. Es erscheint somit zweckmäßig, dass mit der Einführung von Kurzarbeit nicht nur die Arbeitszeit sondern auch das Entgelt vorübergehend herabgesetzt wird. Als Ausgleich für den Entgeltverlust wird den Arbeitnehmern idR in Form einer Kurzarbeitsunterstützung eine Zahlung vom Arbeitgeber geleistet. Dem Arbeitgeber kann infolge vom AMS eine Kurzarbeitsbeihilfe gewährt werden.

Meiner Ansicht nach handelt es sich bei Kurzarbeit im arbeitsrechtlichen Sinn somit um eine vorübergehende Veränderung der Arbeitszeit in Form einer Herabsetzung der Normalarbeitszeit und einer anteiligen Herabsetzung des Entgelts infolge vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten.

Bei Kurzarbeit bleiben die Arbeitsverhältnisse aufrecht, es wird lediglich die Arbeitszeit bzw auch das Entgelt reduziert. Kurzarbeit hat einen rein defensiven Charakter. Es wird versucht

---

<sup>21</sup> Vgl. *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>10</sup> 356; *Hutter*, *ecolex* 2009, 249; *Gleißner*, *Personalmaßnahmen* 19.

<sup>22</sup> Vgl. *Schnorr*, *DRdA* 1987, 261.

<sup>23</sup> Um dem Unternehmen die Möglichkeit zu bieten auf wirtschaftliche Ausnahmesituationen zu reagieren.

die Freisetzung gegenwärtig noch beschäftigter Arbeitnehmer zu verhindern. Durch Kurzarbeit werden aber keine Beschäftigungsmöglichkeiten für Personen, die arbeitslos sind, geschaffen.<sup>24</sup>

Wenn eine volle Auslastung der beschäftigten Arbeitnehmer aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten nicht möglich ist, in Zukunft aber mit einer Wiederauslastung zu rechnen ist, kann durch die Einführung von Kurzarbeit dieser Zeitraum durch die Reduzierung der Arbeitszeit der Arbeitnehmer und somit auch der Kosten des Arbeitgebers, überbrückt werden. Um die Kompromissbereitschaft der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erleichtern, ist Kurzarbeit idR mit dem Bezug von **Kurzarbeitsbeihilfe**<sup>25</sup>, die auf Antrag des Arbeitgebers diesem vom AMS gewährt wird und somit eine Leistung aus öffentlichen Mitteln darstellt, verbunden. Durch die Förderung soll der mit der verminderten Arbeitszeit meist verbundene Lohnausfall geringer gehalten werden. Die Inanspruchnahme der Beihilfe ist aber keine zwingende Voraussetzung für die Einführung von Kurzarbeit. Die Bestimmungen der AMS Richtlinie zur Kurzarbeitsbeihilfe, insb das Ausmaß und die Dauer der Arbeitszeitverkürzung sowie die Garantie der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes, sind jedoch nur für jene Fälle von Bedeutung, in denen der Arbeitgeber Kurzarbeitsunterstützung leistet und dafür beim AMS Kurzarbeitsbeihilfe beantragt. Falls eine derartige Beihilfe nicht beantragt werden soll, unterliegen sowohl die Dauer der Kurzarbeit als auch das Ausmaß der Herabsetzung der freien Vereinbarung.

In der Praxis wird jedoch die Zahlung einer Kurzarbeitsunterstützung bzw die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe die Regel sein.

Ohne Unterstützung von dritter Seite ist Kurzarbeit letztlich nur befristete Teilzeit, der Arbeitnehmer aufgrund der Entgelteinbuße kaum zustimmen würden. Attraktiv wird das Modell erst durch die Kurzarbeitsbeihilfe, welche dem Arbeitgeber vom AMS gewährt wird.<sup>26</sup>

Falls eine **Beihilfe** beantragt wird, ist die Herabsetzung der Arbeitszeit nur für einen im Vorhinein gesetzlich festgelegten Zeitraum möglich.

In § 37 b Abs 4 AMSG ermächtigt das Gesetz den Verwaltungsrat des AMS zur Erlassung einer Richtlinie über die näheren Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitshilfe, insb der Mindest- und Höchstdauer der Beihilfengewährung. Die Richtlinie sieht eine

---

<sup>24</sup> *Reibach*, Kurzarbeit und die so genannten Aussetzungsverträge (Diplomarbeit Wien 1983) 17.

<sup>25</sup> Nähere Ausführungen zur Kurzarbeitsbeihilfe siehe Pkt C.

<sup>26</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 19 f.

Beihilfengewährung von maximal 18 bzw 24 Monaten vor.<sup>27</sup> Dh die Kurzarbeitsbeihilfe kann grundsätzlich nur für die im Gesetz vorgesehene Zeit bezogen werden. Denn dieses rechtliche Instrument soll zur Überbrückung einer vorübergehenden wirtschaftlichen Schwierigkeit eines Unternehmens bzw Betriebes dienen und nicht längerfristig zur Sanierung erhalten.

Aus diesem Grund ist vor der beabsichtigten Einführung von Kurzarbeit ein eigenes Verfahren zur Prüfung der Zweckmäßigkeit und der voraussichtlichen Wirksamkeit der Kurzarbeit in Kooperation mit dem AMS und den Kollektivvertragsparteien zwingend durchzuführen. In diesem Verfahren wird genau geprüft, ob die wirtschaftlichen Schwierigkeiten mit dem Instrument Kurzarbeit und der Gewährung der Beihilfe beseitigt werden können oder ob es sich nur um ein Hinauszögern der unvermeidlichen Kündigungen handelt (siehe dazu unter Pkt C.5.2.2.).

Kurzarbeit ist von der **allgemeinen Reduktion der Arbeitszeit** abzugrenzen.<sup>28</sup> Durch die Einführung von Kurzarbeit wird bezweckt die Unternehmen finanziell zu Entlasten und Arbeitsplätze zu sichern.<sup>29</sup> Sie kann nur für einen zeitlich beschränkten Zeitraum eingeführt werden. Für die allgemeine Reduktion der Arbeitszeit besteht hingegen keine zeitliche Grenze.

Für Kurzarbeit gibt es besondere Regelungen bzgl der Rahmenbedingungen und Voraussetzungen für deren Einführung. Für die ausfallenden Arbeitsstunden bekommen die betroffenen Beschäftigten idR einen teilweisen Lohnausgleich in Form einer Kurzarbeitsunterstützung, die vom Arbeitgeber an die Arbeitnehmer ausbezahlt wird. Der Arbeitgeber kann in weiterer Folge die Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe beim AMS beantragen. Die Lohn einbußen fallen somit geringer aus als bei einer gewöhnlichen Reduzierung der Arbeitszeit.

Weiters sind die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erhalt der Kurzarbeitshilfe einzuhalten. Der Arbeitgeber hat vor der Einführung die Verpflichtung sich mit den zuständigen öffentlichen Stellen in Verbindung zu setzen und an einer gemeinsamen Lösung zur Überwindung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten mitzuwirken. An diesen Gesprächen sind auch Gewerkschaften, Kammern und der Betriebsrat, falls vorhanden, zu beteiligen.

---

<sup>27</sup> Durch das Arbeitsmarktpaket 2009 wurde die Bezugsdauer für Kurzarbeitsbeihilfe, unter der Voraussetzung, dass bis spätestens Ende 2010 eine Beihilfe gewährt wurde, auf 24 Monate verlängert. Die Maßnahme ist bis Ende 2012 befristet, vgl § 37b iVm § 79 Abs 3 AMSG. Weiters sieht die AMS-Richtlinie vor, dass Kurzarbeit in Blöcken zu höchstens sechs Monaten vereinbart werden kann.

<sup>28</sup> Siehe dazu auch Pkt B.3.

<sup>29</sup> Siehe Pkt A.2.

## 2. Zweck und Zielsetzung der Kurzarbeit

Kurzarbeit ist ein Instrument zur Anpassung an konjunkturell bedingte Arbeitsausfälle aufgrund einer schlechten wirtschaftlichen Lage. Sie kommt idR dann zum Einsatz, wenn im Betrieb eine „Durststrecke“, etwa eine vorübergehende schwache Auftragslage<sup>30</sup>, zu überbrücken ist und eine volle Auslastung der Beschäftigten nicht sichergestellt werden kann, aber eine Chance besteht, diesen Zeitraum durch eine Reduktion der Arbeitszeit zu überwinden. Das hat den Vorteil, dass Unternehmen ihre **betrieblichen Strukturen aufrechterhalten** können und rasch wieder die volle Produktionsstärke bei entsprechenden Auftragseingängen erreichen.

Kurzarbeit dient zur staatlichen Unterstützung der Unternehmen, um die beschäftigungspolitischen Auswirkungen der schlechten Wirtschaftslage einzudämmen, die Arbeitskosten temporär zu reduzieren (**finanzielle Entlastung** der Unternehmen) und **Kündigungen zu vermeiden**, um diejenigen Beschäftigten zu halten, die nach Überwindung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten dringend wieder benötigt werden. Damit wird dieses Instrument nicht nur zur sozialen (politischen) Maßnahme der Arbeitsplatzzerhaltung und Sicherung des Beschäftigtenstandes angewandt, sondern dient auch zur **Subvention** von Unternehmen. Kurzarbeit ist also für beide Seiten von Vorteil und nicht nur – wie es gerne dargestellt wird - nur auf die Vermeidung von Arbeitslosigkeit ausgerichtet. Ferner fällt die Belastung des Staates geringer aus, wenn Arbeitnehmer kurz arbeiten, als wenn sie arbeitslos sind. Kurzarbeit ist **deutlich billiger als Arbeitslosigkeit** und auch die volkswirtschaftlich günstigere Variante. Der Aufwand für eine Person in Arbeitslosigkeit ist genauso hoch, wie für drei Personen in Kurzarbeit.<sup>31</sup>

Die finanzielle Entlastung für den Arbeitgeber kann vor allem durch den Bezug der staatlichen Förderung in Form der Kurzarbeitsbeihilfe erreicht werden. Durch die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe schaltet sich das AMS bzw der Staat als dritte Person in das Arbeitsverhältnis ein.

Jene Zeit, die durch die Herabsetzung der Arbeitszeit frei wird, gilt als Freizeit und steht den Arbeitnehmern zur freien Verfügung. Um diese freigewordene Zeit sinnvoll zu nutzen, wurde durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 im § 37c AMSG die Kurzarbeitsbeihilfe mit

---

<sup>30</sup> Die schlechte wirtschaftliche Lage darf nicht vom Unternehmer selbst verursacht werden, zur „exogenen“ Verursachung siehe *Mazal*, ZAS 1988, 83 und Pkt C.5.

<sup>31</sup>Die Presse, 15.03.2009; vgl

[http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ\\_Index&n=OEGBZ\\_9.1.a&cid=1233605872584](http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ_Index&n=OEGBZ_9.1.a&cid=1233605872584) (21.01.2010).

**Qualifizierung** eingeführt.<sup>32</sup> Zweck dieser neuen Maßnahme ist es, die freie Zeit für arbeitsmarktpolitisch und betrieblich sinnvolle **Qualifizierungsmaßnahmen** zur Aus- und Weiterbildung zu nutzen. Um dieses Modell der Qualifizierung attraktiver zu gestalten, erhöht sich die Kurzarbeitsbeihilfe des AMS bei Teilnahme der Arbeitnehmer an den Qualifizierungsmaßnahmen um 15%. Die Aus- und Weiterbildung findet in jenem Teil der „Freizeitphase“ statt, für die der Arbeitnehmer aus Mitteln des AMS unterstützt wird. Für die Kurzarbeit mit Qualifizierung ist im Zuge der Sozialpartnervereinbarung ein detailliertes Aus- und Weiterbildungskonzept zu erstellen.<sup>33</sup> Sowohl die Arbeitgeber, die Arbeitnehmer als auch der Staat profitieren von derartigen Qualifizierungsmaßnahmen, da die nachhaltige Beschäftigungsfähigkeit auch künftige Arbeitslosigkeit vermeiden lässt.

### **3. Bisherige Bedeutung der Kurzarbeit in Österreich**

Dass in Österreich bisher selten von Kurzarbeit die Rede war, hatte seine Gründe überwiegend in den auf große Unternehmen zugeschnittenen gesetzlichen Bestimmungen. Manche Unternehmen scheuten sich auch ihre schlechte wirtschaftliche Lage öffentlich zuzugeben und von dritter Seite Hilfe in Anspruch zu nehmen.

In der Praxis wurde Kurzarbeit bisher meist von Produktionsunternehmen und überwiegend für Arbeiter – bedingt durch die gesetzlich ausschließlich für Arbeiter vorgesehene Kurzarbeiterunterstützung bis zum Jahr 2002 - in Anspruch genommen. Bspw. galt zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen für rund 10% der 42.000 Mitarbeiter der Voestalpine ab Jänner 2009 Kurzarbeit. Es handelt sich dabei überwiegend um Beschäftigte der Division Automotive sowie ein knappes Viertel (rund 2.500 Mitarbeiter) der Belegschaft der Division Stahl. Gemäß einer zwischen Vorstand und Betriebsrat abgeschlossenen Vereinbarung arbeiteten die betroffenen Mitarbeiter des Stahlbereiches in den folgenden drei Monaten bei einer Bezugsverringerung um maximal 10% im Schnitt um rund 15% kürzer.<sup>34</sup>

Schon im Jahr 2002 ließen Unternehmen wie die Klaviermanufaktur Bösendorfer<sup>35</sup>, Liebherr und der Beschlägerproduzent Grass<sup>36</sup> ihre Mitarbeiter kurz arbeiten. Mit Beginn des Jahres 2009 haben bspw. der Chipkonzern Infineon, General Motors<sup>37</sup>, der Motorenhersteller BRP-

---

<sup>32</sup> Siehe Pkt C.8.6.

<sup>33</sup> Vgl. § 37c AMSG, siehe Pkt C.8.6.6.

<sup>34</sup> Siehe <http://www.voestalpine.com/ag/de/press/news/20090114.html> (21.01.2010).

<sup>35</sup> Der Standard, 11.01.2002.

<sup>36</sup> Bachhofer, Der Standard, Print-Ausgabe 19.04.2002.

<sup>37</sup> Die Presse, 11.03.2009.

Powertrain<sup>38</sup> und der Elektronikkonzern und Autozulieferer Epcos<sup>39</sup> Kurzarbeit eingeführt. Im Februar 2009 sicherte Kurzarbeit vorrangig in der Metallbranche Arbeitsplätze.<sup>40</sup>

Für kleinere Unternehmen bzw für die Dienstleistungsbranche war Kurzarbeit aufgrund der komplexen Voraussetzungen und Kosten kaum praktikabel.

Seit der Flexibilisierung der Regelungen durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009 nehmen auch kleinere Unternehmen Kurzarbeit bzw die Beihilfe in Anspruch. Bundesminister Hundstorfer erklärte in einer Sitzung des Bundesrates, dass auch Betriebe mit fünf Mitarbeitern in Kurzarbeit sind. Es handelt sich also nicht nur um „Jumbounternehmen“, die Kurzarbeit einführen, auch eine ganze Reihe kleinere Unternehmen, bspw eine Textilfirma mit 24 Mitarbeitern in Vorarlberg, profitieren von der Neuregelung.<sup>41</sup>

### Kurzarbeitsbeihilfe - Bestand, Zugang, Ausgaben

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Bestand <sup>a)</sup>				55	148	263	9	147	166	42	798
Zugang <sup>b)</sup>				2.586	5.746	5.162	480	2.718	871	740	4.762
Budgetausgaben <sup>c)</sup> (in Tausend)	3.201	2.363	2.271	1.964	6.644	3.249	864	2.626	849	388	1.008

a) Bestand an Förderfällen, die am Stichtag laufen (Quelle: DWH fdg\_faelle.mdc)

b) Förderfälle mit Förderbeginn im Beobachtungszeitraum (Quelle: DWH fdg\_faelle.mdc)

d) Quellen: BIR 2004 (1998-2004), DWH fdg\_personen\_kosten.mdc (2004-2008)

Quelle: BMASK<sup>42</sup>

Kurzarbeit spielte, wie erwähnt, in der Vergangenheit eine eher untergeordnete Rolle. Im Jahr 1975 kam es zu einem größeren Beschäftigungseinbruch und 21.575 Arbeitnehmer waren von Kurzarbeit betroffen.<sup>43</sup> Eine weitere größere Inanspruchnahme der Beihilfe erfolgte im Jahr 1998 – infolge der Auswirkungen starker Regenfälle, große Überflutungen in weiten Gebieten Nieder- und Oberösterreichs und die dadurch entstandenen Schäden wurden Budgetausgaben

<sup>38</sup> Der Standard, 14.05.2009.

<sup>39</sup> Müller, Der Standard, Print-Ausgabe 10./11.1.2009.

<sup>40</sup> Siehe

[http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ\\_Index&n=OEGBZ\\_9.1.a&cid=1233605872584](http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ_Index&n=OEGBZ_9.1.a&cid=1233605872584) (21.01.2010).

<sup>41</sup> Stenographische Protokoll des Bundesrates vom 03.03.2009, 766. Sitzung.

<sup>42</sup> Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009) 51.

<sup>43</sup> Wösendorfer, Beurteilungskriterien für das Arbeitsmarktförderungsgesetz (1980) 26, 47.

in Höhe von € 3,2 Mio für Kurzarbeit beansprucht. Auch die Terroranschläge im Jahr 2001 hatten in den Folgejahren Auswirkungen auf die Tourismusbranche und die Budgetausgaben für die Kurzarbeitsbeihilfe. Abgesehen davon ereignete sich im Jahr 2002 das „Jahrhunderthochwasser“. Der hohe Zugang an Kurzarbeitsbeihilfebeziehern und die Budgetausgaben von € 6,6 Mio im selben Jahr sind durch diese Katastrophen erklärbar. Im Jahr 2005 kam es wieder zu einem Anstieg der Ausgaben auf € 2,6 Mio. Dies lässt sich durch die gesetzliche Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten erklären, denn ab diesem Zeitpunkt war es möglich die Beihilfe auch für Angestellte in Anspruch zu nehmen.<sup>44</sup>

Kurzarbeitsbeihilfe tritt aufgrund ihres Charakters vor allem regional konzentriert auf. Oberösterreich, Kärnten, Steiermark und Niederösterreich sind jene Bundesländer in denen in den letzten sechs Jahren die meisten Kurzarbeitsfälle aufgetreten sind.<sup>45</sup>

#### **4. Aktuelle Daten des Arbeitsmarktes**

Zu Beginn des Jahres wurden auf einer Pressekonferenz des BMASK zur aktuellen Arbeitsmarktlage (Stand: 01.02.2009) die neuesten Zahlen betreffend die Kurzarbeit im Jahre 2009 veröffentlicht. Zu diesem Zeitpunkt waren 22.411 Arbeitnehmer in 113 Betrieben von Kurzarbeit betroffen. Für Februar wurde mit 1.604 zusätzlichen Arbeitnehmer in 11 Betrieben gerechnet. Die Prognose für die nächsten Wochen und Monate lag mit 5.872 weiteren Betroffenen in 22 Betrieben, so hoch wie schon lange nicht mehr. Doch wie die späteren Daten zeigten, wurden die Auswirkungen der Krise auf den Arbeitsmarkt weit unterschätzt. Die finanziellen Belastungen des Staates beliefen sich zu diesem Zeitpunkt auf rund € 54,91 Millionen.<sup>46</sup>

Mit 01.04.2009 waren 47.158 Arbeitnehmer in 231 Betrieben von Kurzarbeit betroffen. Die staatlichen Belastungen betragen rund € 138,6 Mio.<sup>47</sup> Die Kosten waren im Vergleich zu den vergangenen Jahren stark gestiegen und sind mit jeder neuen Prognose nach oben hin korrigiert worden. Ende Mai 2009 waren 56.626 Arbeitnehmer in 305 Betrieben von

---

<sup>44</sup> Siehe Pkt A.7.2.

<sup>45</sup> Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009) 51 f.

<sup>46</sup> Vgl Presseunterlagen für die Pressekonferenz des Bundesministers Hundstorfer am 02.02.2009 „Krise als Chance“ - Qualifizierungsoffensive für Beschäftigte und Arbeitslose; abrufbar unter: [http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/0/9/6/CH0023/CMS1233563726292/090130\\_presseunterlage\\_krise\\_als\\_chance.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/0/9/6/CH0023/CMS1233563726292/090130_presseunterlage_krise_als_chance.pdf) (21.01.2010); zu den finanziellen Auswirkungen der Kurzarbeitsbeihilfe auf den Bund siehe Pkt C.9.

<sup>47</sup>Vgl

[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/9/7/1/CH0735/CMS1238575434608/arbeitsmarktlage\\_maerz09.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/9/7/1/CH0735/CMS1238575434608/arbeitsmarktlage_maerz09.pdf) (21.01.2010); Die Presse, 01.04.2009.

Kurzarbeit betroffen. Anfang Juni 2009 wurde mit voraussichtlich 42 Betrieben und 6.813 kurzarbeitenden Arbeitnehmer (davon 2.744 Verlängerungen) zusätzlich gerechnet.<sup>48</sup>

In Wien waren im Juni 2009 rund 130 Arbeitnehmer in 7 Betrieben in Kurzarbeit. Der Grund für die im Vergleich zu Gesamtösterreich deutlich geringere Einführung von Kurzarbeit (bundesweit waren es rund 56.000 Arbeitnehmer) ist darin zu suchen, dass Wien ein Dienstleistungszentrum ist und Kurzarbeit überwiegend im Industriebereich (Metallverarbeitende Betriebe, Autozulieferer, Maschinenbauer) zu finden ist. Bis Juni 2009 hatten aber bereits 11 Wiener Betriebe mit 2.000 Mitarbeitern die Kurzarbeit abgeschlossen (bspw das Recyclingunternehmen pack2pack AG Vienna).<sup>49</sup>

Mit 01.07.2009 waren bundesweit 51.671 Arbeitnehmer in 317 Betrieben in Kurzarbeit, davon waren 62 Kurzarbeitsprojekte mit Qualifizierung.

Am 01.08.2009 befanden sich nach einem leichten Anstieg 53.911 Arbeitnehmer in 300 Betrieben in Kurzarbeit. Das BMASK rechnete bis Anfang September 2009 mit voraussichtlich 14 weiteren Betrieben und 992 betroffenen Arbeitnehmer, die noch dazu kommen werden (davon wird in 2 Betrieben mit 13 Betroffenen die Kurzarbeit verlängert, gleichzeitig endet aber auch die Kurzarbeit in einigen Unternehmen).<sup>50</sup>

Am 01.09.2009 waren jedoch „nur“ 53.181 Arbeitnehmer in 321 Betrieben von Kurzarbeit betroffen.<sup>51</sup> Anfang Oktober 2009 sank die Zahl der Arbeitnehmer in Kurzarbeit auf 38.937 (in 302 Betrieben), davon waren 67 Kurzarbeitsprojekte mit Qualifizierung. Im November 2009 kam es erneut zu einem Rückgang. Am 01.11.2009 waren 35.904 Arbeitnehmer in 294 Betrieben (davon 64 Betriebe Kurzarbeit mit Qualifizierung) von Kurzarbeit betroffen. Gegenwärtig sind bis Anfang Dezember 2009 acht neue Kurzarbeitsprojekte (ohne Verlängerungen) geplant.<sup>52</sup>

Die bisherigen finanziellen Belastungen des Bundes belaufen sich mittlerweile auf mehr als € 258,6 Mio.<sup>53</sup> Die Kosten für die Kurzarbeit haben sich seit Februar 2009 somit fast verfünffacht und liegen weit über der ursprünglichen Kalkulation.<sup>54</sup> Die Gründe dafür sind in

---

<sup>48</sup> Arbeitsmarktdaten des BMASK für Mai 2009.

<sup>49</sup> Vgl *Spitaler/Backes*, Wiener Wirtschaft, 12.06.2009.

<sup>50</sup> Arbeitsmarktdaten des BMASK für Juli 2009.

<sup>51</sup> Arbeitsmarktdaten des BMASK für August 2009;

[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/6/1/5/CH0735/CMS1251786445852/presentationunterlage\\_arbeitsmarktdaten.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/6/1/5/CH0735/CMS1251786445852/presentationunterlage_arbeitsmarktdaten.pdf) (21.01.2010).

<sup>52</sup> Arbeitsmarktdaten des BMASK für Oktober 2009.

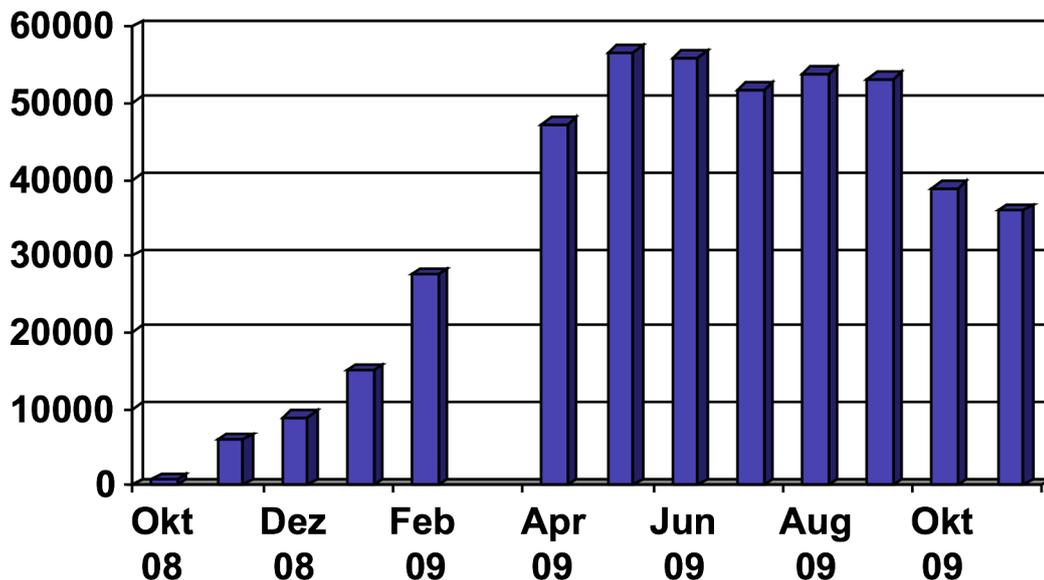
<sup>53</sup> Arbeitsmarktdaten des BMASK für Juni 2009;

[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/2/8/1/CH0735/CMS1246440261091/arbeitsmarktdaten\\_juni\\_2009.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/2/8/1/CH0735/CMS1246440261091/arbeitsmarktdaten_juni_2009.pdf) (21.01.2010); detaillierte Angaben zu den Budgetausgaben siehe Tabelle Pkt C.9.

<sup>54</sup> Vgl die Erläuterungen zum Entwurf zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009, Initiativantrag v 22.01.2009, 424/A XXIV.GP.

der anhaltenden schwierigen wirtschaftlichen Lage und den flexibilisierten gesetzlichen Bestimmungen rund um die Kurzarbeitsbeihilfe zu suchen.

### Arbeitnehmer in Kurzarbeit von Oktober 2008 bis November 2009



### Daten aus Deutschland<sup>55</sup>

In Deutschland waren die gesetzlichen Bestimmungen zur Kurzarbeit bisher weit aus flexibler und ausgereifter als jene in Österreich. Mitunter auch aufgrund dessen, dass Kurzarbeit in der Bundesrepublik ein fast alltägliches Rechtsinstrument zur Bekämpfung von Beschäftigungsschwierigkeiten ist und nicht den stiefmütterlichen Charakter besitzt, den sie bisher in Österreich hatte. Doch auch in Deutschland war aufgrund der anhaltend schlechten Wirtschaftslage eine rechtliche Flexibilisierung im Bereich der Kurzarbeit notwendig. So galt bspw ab 01.01.2009 eine maximale Bezugsdauer von Kurzarbeitergeld von 18 Monaten - zuvor war der Zeitraum auf sechs Monate beschränkt - , seit 05.06.2009 ist die Bezugsdauer auf 24 Monate verlängert und gilt für alle Arbeitnehmer, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2009 entsteht. Der Entgeltausfall muss mehr als 10% betragen. Der Arbeitgeber übernimmt auf Grundlage von 80% des ausgefallenen Entgelts den Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil zu Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung.

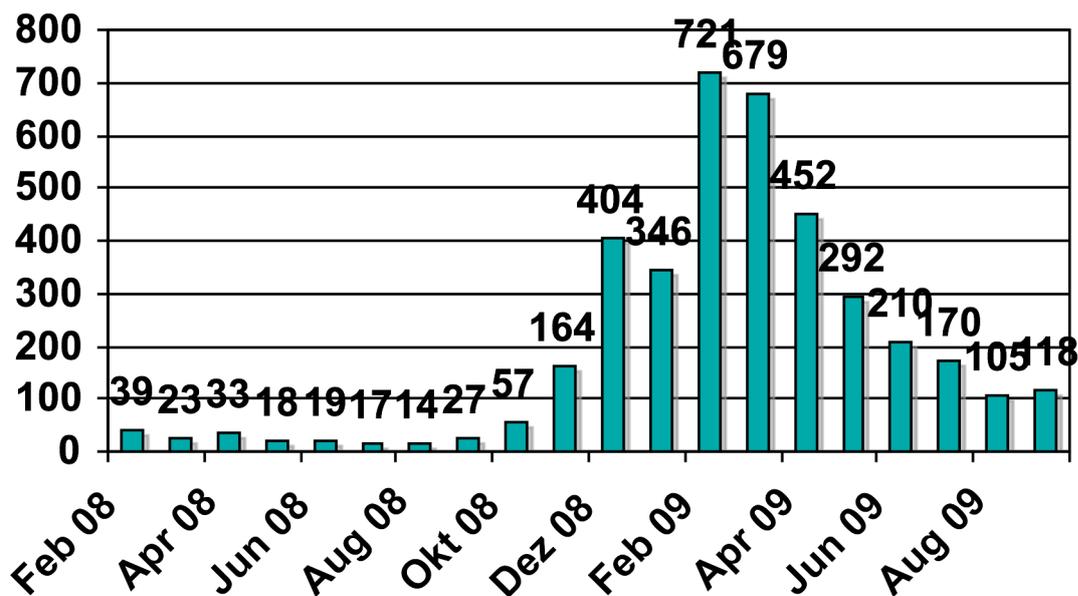
Für Mitarbeiter, die in der Kurzarbeit qualifiziert werden, kann die Bundesagentur für Arbeit die Sozialversicherungsbeiträge sogar komplett pauschaliert übernehmen. Seit dem

<sup>55</sup> Zur Darstellung der Rechtslage in Deutschland siehe Pkt D.

01.07.2009 werden die Sozialversicherungsbeiträge ab dem siebenten Monat Kurzarbeit vollständig von der Bundesagentur für Arbeit auch ohne Qualifizierung getragen.<sup>56</sup>

Die Wirtschaftskrise hat die gesamte Eurozone in ähnlichem Ausmaß getroffen, was sich auch an den Statistiken zur Kurzarbeit in Deutschland ablesen lässt. Im Oktober 2008 wurden 57.000 Arbeitnehmer in den Anzeigen zur Kurzarbeit genannt. In stetigem Anstieg erreichte die Zahl der Betroffenen im Februar 2009 ihren Höhepunkt mit 721.000 Arbeitnehmern. Ab diesem Zeitpunkt kam es wieder zu einem sinken der statistischen Zahl auf 174.000 Arbeitnehmer im Juli 2009. Im Gegensatz dazu ist der bisherige Höchststand an kurzarbeitenden Arbeitnehmern in Österreich erst im Mai 2009 erreicht worden.

**Anzahl betroffener Personen in Anzeigen zur Kurzarbeit (in Tausend), Februar 2008 bis September 2009, vorläufige Daten**



Datenquelle: Bundesagentur für Arbeit

<sup>56</sup> § 421t Abs 1 Nr 3 SGB III; davor wurden die Sozialversicherungsbeiträge ab Februar 2009 zur Hälfte pauschaliert durch die Bundesagentur für Arbeit bezuschusst.

## 5. Folgen der Einführung von Kurzarbeit

Wenn ein Unternehmen in wirtschaftlichen und finanziellen Schwierigkeiten ist, führt dies meist in weiterer Konsequenz zur Freisetzung von Mitarbeitern. Mit dem Verlust des Arbeitsplatzes sind für die Arbeitnehmer nicht nur die Arbeitslosigkeit und finanzielle Einbußen verbunden, auch der Verlust sozialer Anerkennung ist eine nicht zu verachtende Konsequenz.

Auf der Arbeitgeberseite sind die Folgen von Kündigungen oft schwerwiegend und stellen nur im ersten Moment eine finanzielle Entlastung dar. Wenn die Zeiten der Krise überwunden sind und das Unternehmen wieder im Aufschwung ist, werden die in der Krise freigesetzten Arbeitnehmer wieder gebraucht. Die Einschulung und Einarbeitung neuer Arbeitnehmer kann kostenintensiv und langwierig sein. Es besteht daher auf beiden Seiten Interesse zur Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze. Für die Sozialpartner bestehen die Prioritäten darin, die Unternehmen und ihre Beschäftigten möglichst schadlos aus der Krise herauszuführen und den reibungslosen Ablauf der Wirtschaft zu gewährleisten.

Durch die Einführung von Kurzarbeit kommt es zu einer vorübergehenden Änderung des Arbeitsvertrages. Die Arbeitsverhältnisse werden während der Kurzarbeitszeit nicht beendet, sondern bleiben aufrecht, lediglich die Arbeitszeit und das dem Arbeitnehmer gebührende Entgelt<sup>57</sup> – grundsätzlich im selben Ausmaß wie die Arbeitszeit - werden herabgesetzt.

Falls ein Unternehmen die Einführung von Kurzarbeit in Erwägung zieht, sind die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen zu beachten. Erstens ist zu entscheiden, ob die Kurzarbeitsbeihilfe des AMS beantragt werden soll – was idR der Fall sein wird – bzw in welcher Form Kurzarbeit eingeführt werden soll. Dazu stehen verschiedene Rechtsinstrumente, die im zweiten Teil näher ausgeführt werden, zur Verfügung.

Bei Beantragung der Förderung ist der zu beschreitende Weg durch die Bestimmungen des AMSG und die Richtlinie des AMS zum größten Teil vorgezeichnet.<sup>58</sup> Abgesehen von der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe in Fällen von Naturkatastrophen ist zwingend eine Sozialpartnervereinbarung von den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzuschließen, die im weiteren die konkreten Modalitäten, wie etwa die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und die Leistung von Kurzarbeitsunterstützung an die Arbeitnehmer, regelt.

---

<sup>57</sup> Während der Kurzarbeit erhält der Arbeitnehmer idR den Lohn für die „Teilzeit-Arbeit“ und die Kurzarbeitsunterstützung.

<sup>58</sup> Zur Kurzarbeitsbeihilfe siehe Pkt C.

Falls keine Beihilfe beantragt wird, besteht größten Teils Gestaltungsfreiheit, da keine gesetzlichen Regelungen bzgl der sonstigen Einführung von Kurzarbeit bestehen.

## **6. Zur Relevanz des Themas**

In den letzten Jahrzehnten spielte das Thema Kurzarbeit wegen des anhaltenden Wirtschaftswachstums in Wissenschaft und Praxis eine eher untergeordnete Rolle. Nunmehr gewinnt dieses Rechtsinstrument aufgrund der angespannten Wirtschaftslage und der durch die gesetzliche Neuregelung gewonnenen Flexibilität zunehmend an arbeitsmarktpolitischer Bedeutung. Viele Unternehmen haben bereits Kurzarbeit eingeführt und zT die Kurzarbeitsbeihilfe des AMS in Anspruch genommen.

In anderen europäischen Ländern, vor allem in Deutschland, ist die Kurzarbeit schon länger ein in der Wissenschaft diskutiertes und teilweise umstrittenes Thema. Es ist eine Notwendigkeit, diese Problematik auch in Österreich darzustellen und zu dokumentieren.

Kurzarbeit stellt ein durchaus sinnvolles arbeitsmarktpolitisches Instrument zur Sicherung von Arbeitsplätzen dar und ist aufgrund der neuen Bestimmungen flexibel einsetzbar. Allerdings darf der Einsatz nicht überschätzt bzw überstrapaziert werden, denn auch Kurzarbeit hat ihre Grenzen. Sie soll lediglich vorübergehende Beschäftigungsschwierigkeiten, die sonst eine größere Anzahl an Kündigungen zur Folge hätte, vermeiden und nicht zur Sanierung der Unternehmen bzw zur Verzögerung der Freisetzung der Arbeitnehmer eingesetzt werden.

Kurzarbeit ist somit seit Ende des Jahres 2008 bzw Anfang des Jahres 2009 ein viel diskutiertes und mitunter auch politisches Thema. Durch die Neuregelungen aufgrund des Beschäftigungsförderungsgesetzes 2009 und des Arbeitsmarktpaketes 2009 hat es auch an medialer Präsenz gewonnen und scheint eine Lösung für sämtliche Beschäftigungsprobleme und wirtschaftliche Schwierigkeiten zu sein.

## **7. Historische Entwicklung der Kurzarbeit**

Die Bestimmungen rund um die Kurzarbeit und die staatliche Förderung haben bis zur derzeitigen Version im AMSG schon mehrere Gesetze und Novellierungen durchlaufen.

Die Anfänge der aktiven Arbeitsmarktpolitik mittels staatlicher Finanzierungshilfe, zu der die Kurzarbeit und die damit verbundenen Beihilfen zu zählen sind, bestehen seit der

Zwischenkriegszeit. Im Jahre 1917 wurde durch die Errichtung des Ministeriums für soziale Fürsorge die erste österreichische Arbeitsmarktverwaltungsbehörde geschaffen.<sup>59</sup>

Weitere Ansätze finden sich in einer Novelle zum Arbeitslosenversicherungsgesetz 1922<sup>60</sup>, durch die die „Produktive Arbeitslosenfürsorge“ eingeführt wurde. Die staatliche Finanzhilfe ermöglichte volkswirtschaftlich nützliche Arbeit zusätzlich durchzuführen und dabei Arbeitskräfte zu beschäftigen, die sonst eine gesetzliche Arbeitslosenunterstützung erhalten hätten.<sup>61</sup>

### 7.1. AVAVG und AIVG

Vor der Einführung der Kurzarbeitshilfe bestand eine ähnliche, vom Staat aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung gewährte Beihilfe in Form der **Kurzarbeiterunterstützung**. Sie wurde erstmals im Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (**AVAVG**)<sup>62</sup> vorgesehen und auch nach dem Zweiten Weltkrieg im Arbeitslosenfürsorgegesetz 1946<sup>63</sup> beibehalten.<sup>64</sup> Die Kurzarbeiterunterstützung iSd AVAVG wurde jedoch nicht wie die derzeitige Kurzarbeitsbeihilfe den Arbeitgebern gewährt, sondern stand direkt den betroffenen Arbeitnehmern zu.<sup>65</sup>

Das ursprüngliche Konzept der Unterstützung war vom Gedanken der Einkommenskompensation bei Kurzarbeit geprägt und Kurzarbeit als gleichsam vorweggenommene Arbeitslosigkeit verstanden.<sup>66</sup> Die historische Verbindung der Kurzarbeiterunterstützung mit der Arbeitslosenversicherung beruhte darauf, dass der Gesetzgeber konkreten Arbeitnehmern einen Ausgleich für hingenommene Lohnkürzungen verschaffen wollte<sup>67</sup> und die Kurzarbeiterunterstützung nach dem ursprünglichen System gleichsam als eine Leistung bei „teilweiser Arbeitslosigkeit“ verstand.<sup>68</sup> Als reine Leistung der Arbeitslosenversicherung tangierte die Kurzarbeiterunterstützung die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht.

---

<sup>59</sup> *Danimann/Steinbach/Potmesil*, AMFG<sup>2</sup> 27.

<sup>60</sup> BGBl 1922/534.

<sup>61</sup> *Jennersdorfer*, Arbeitsmarktförderung in *Wenger* (Hrsg), Förderungsverwaltung (1973) 89 f.

<sup>62</sup> DRGBl 1927 I, S 187 ff.

<sup>63</sup> BGBl 1946/97.

<sup>64</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>65</sup> In Deutschland haben noch immer die Arbeitnehmer den Anspruch auf Kurzarbeitergeld, der Arbeitgeber ist lediglich eine Art Vermittlungsstelle.

<sup>66</sup> Die Höhe der Kurzarbeitsbeihilfe orientiert sich auch heute noch an der Arbeitslosenversicherung bzw dem Arbeitslosengeld, vgl § 37b Abs 3 AMSG.

<sup>67</sup> Vgl § 130 AVAVG.

<sup>68</sup> Die ErlRV zum AIVG 1949, 747 BlgNR V.GP bezeichnen die Kurzarbeiterunterstützung ausdrücklich als „andere Form des Arbeitslosengeldes“.

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurde im Zuge der Reastrifizierung des **AIVG im Jahre 1949**<sup>69</sup> eine geringfügig modifizierte Regelung der „Produktiven Arbeitslosenfürsorge“ sowie die aus dem deutschen Rechtsbestand stammende Regelung der Kurzarbeiterunterstützung in das AIVG aufgenommen.<sup>70</sup>

Anlässlich der Ansiedlung der Regelungen der Kurzarbeit im AIVG änderte sich auch die Modalität der Gewährung von Kurzarbeiterunterstützung. Die Leistung wurde in die Sphäre der vertraglichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verschoben. Zu diesem Zeitpunkt war die Unterstützung aufgrund der Systematik, Terminologie und den Gesetzesmaterialien noch immer dem (Arbeitslosen-) Versicherungsbereich zugeordnet. Der Abschnitt 4 des AIVG 1949 sah die Kurzarbeiterunterstützung als Leistung der Arbeitslosenversicherung und § 34 Abs 1 AIVG 1949 sprach davon, dass die Unterstützung gewährt werden *kann*. Die Gesetzesmaterialien<sup>71</sup> sahen den Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Leistung nur als eine Art Zahlstelle an. Inhaltlich handelte es sich aber bereits um eine Leistung des Arbeitgebers, die ihm auf Antrag - bei tatsächlicher Leistung an seine Arbeitnehmer - von der Arbeitsmarktverwaltung zu erstatten war.

Mit der Schaffung des AIVG 1949 trat der arbeitsmarktpolitische Aspekt durch die Beihilfengewährung Beschäftigungen, das heißt Arbeitsplätze zu sichern, als Zweck der Kurzarbeitsregelung hinzu.<sup>72</sup> Das primäre Regelungsziel der Kurzarbeitsbeihilfe war schon damals „bei ungünstiger Beschäftigungslage in einzelnen Wirtschaftszweigen durch die Aufwendung von Mitteln der Arbeitslosenversicherung Arbeitslosigkeit zu vermeiden“.<sup>73</sup>

Um wettbewerbsverzerrende Effekte der Kurzarbeiterunterstützung zu vermeiden wurde die Sozialpartnervereinbarung im Gesetz - mit der Anforderung den Beschäftigtenstand aufrechtzuerhalten – als Voraussetzung für die Gewährung vorgesehen. Die Sozialpartnervereinbarung bedurfte damals noch der ministeriellen Genehmigung (§ 34 Abs 5 AIVG 1949). Das führte mitunter auch zur Wandlung des Charakters der Kurzarbeiterunterstützung von der reinen Versicherungsleistung zu einem Instrument der aktiven Arbeitsmarktpolitik.

---

<sup>69</sup> BGBl 1949/148.

<sup>70</sup> *Jennersdorfer in Wenger* (Hrsg), Förderungsverwaltung 89 f.

<sup>71</sup> ErlRV 747 BlgNR V.GP.

<sup>72</sup> Dieser Aspekt schob sich mit der Einordnung der Kurzarbeitsregelung in das AMFG schließlich in den Vordergrund.

<sup>73</sup> Vgl ErlRV 747 BlgNR V.GP.

Wenngleich diese Maßnahmen wegen ihres Förderungscharakters nicht mehr als Sozialleistungen im eigentlichen Sinn bezeichnet werden konnten, so überwog doch auch bei ihnen noch die sozialpolitische Zielsetzung gegenüber der wirtschaftspolitischen.<sup>74</sup> Eine völlig neue, systematisch aufgebaute, gesetzliche Regelung gezielter Maßnahmen zur Förderung der beruflichen und örtlichen Mobilität der Arbeitskräfte mit klar wachstumspolitischer Zielsetzung brachte erst das AMFG 1969.<sup>75</sup>

## 7.2. AMFG

Der Einfluss von OECD, ILO und verschiedener österreichischer Initiativen ermöglichte eine völlig neue systematische gesetzliche Verankerung der aktiven Arbeitsmarktpolitik im AMFG.<sup>76</sup> Dem Bericht der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD-Bericht) über die Arbeitskräfteprobleme und die Arbeitsmarktproblematik in Österreich, der die wirksame Einrichtung der „Produktiven Arbeitslosenfürsorge“ empfahl, wurde Rechnung getragen, indem das Gesetz eine **Erweiterung des Personenkreises**, der für diese Maßnahmen in Betracht kam, vorsah. Es wurde ausdrücklich festgelegt, dass Beihilfen im Rahmen der „Produktiven Arbeitslosenfürsorge“ **nicht nur für Arbeitslose**, sondern auch für Arbeitskräfte gewährt werden konnte, die in nächster Zeit nachweislich infolge einer Betriebseinstellung, -einschränkung oder -umstellung von Arbeitslosigkeit betroffen sein werden. Dadurch wurde das Ergreifen von vorbeugenden Maßnahmen zur Verhinderung des Entstehens von Arbeitslosigkeit ermöglicht.

Materiell handelte es sich bei der Übernahme der Bestimmungen bzgl der Kurzarbeit ins **AMFG 1969**<sup>77</sup> weitgehend um einen Ausbau und eine Teilmodifikation der „Produktiven Arbeitslosenfürsorge“ und der Kurzarbeiterunterstützung gem dem Arbeitslosenversicherungsgesetz.<sup>78</sup> Da sich diese Vorschriften in der Praxis bewährt hatten, konnten sie, soweit es sich um die Kurzarbeiterunterstützung handelte, fast unverändert in das AMFG eingebaut werden.<sup>79</sup> Somit wurden die entsprechenden Bestimmungen des ALVG mit Wirkung 01.01.1969 außer Kraft gesetzt<sup>80</sup> und der sozialversicherungsrechtliche Bereich vollkommen verlassen. Die Beihilfe wurde ab diesem Zeitpunkt als staatliche

---

<sup>74</sup> Jennersdorfer in Wenger (Hrsg), Förderungsverwaltung 89 f.

<sup>75</sup> Jennersdorfer in Wenger (Hrsg), Förderungsverwaltung 89 f.

<sup>76</sup> Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz (1972) 8 ff.

<sup>77</sup> AMFG vom 12.12.1968; BGBl 1969/31.

<sup>78</sup> BGBl 1958/199 idF 1971/3; Jennersdorfer in Wenger (Hrsg), Förderungsverwaltung 89 f.

<sup>79</sup> Danimann/Steinbach/Potmesil, AMFG<sup>2</sup> 225.

<sup>80</sup> Jennersdorfer in Wenger (Hrsg), Förderungsverwaltung 89 f.

Transferzahlung aus Steuermitteln an den Arbeitgeber gewährt und der Arbeitgeber wurde aufgrund der Verpflichtung durch die Sozialpartnervereinbarung seinerseits zur Leistung einer Kurzarbeiterunterstützung an die Arbeitnehmer verpflichtet. Es bestand somit kein rechtlicher Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung mehr.<sup>81</sup> Durch das AMFG (BGBl 1969/31) wurde die Transferzahlung bei Kurzarbeit somit nicht als Sozialversicherungsleistung, sondern als Beihilfe der Arbeitsmarktverwaltung gesehen.<sup>82</sup>

Aus der historischen Verbindung zur Arbeitslosenversicherung wird der Wandel der Kurzarbeitsbeihilfe deutlich. Während der Gesetzgeber vormals einen Ausgleich für hingenommene Lohnkürzungen schaffen wollte, Kurzarbeit als teilweise Arbeitslosigkeit galt und die Kurzarbeiterunterstützung (Kurzarbeitsbeihilfe) somit ein Instrument der Versicherung war, diente die Beihilfe iSd AMFG als Instrument der Arbeitsmarktpolitik weniger der Einkommenssicherung als vielmehr der Beschäftigungssicherung. Nach der Systematik des AMFG dient die Beihilfe dazu, den Betrieben bei kurzfristigen Beschäftigungsschwankungen die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern zu ermöglichen.

Das AMFG war bzw ist immer noch in mehrere Abschnitte gegliedert. Im vierten Abschnitt des AMFG 1969 waren die Förderungsmaßnahmen, die in drei Gruppen unterteilt werden konnten, enthalten:

1. Beihilfen zur Förderung der Erlangung von Arbeits- oder Ausbildungsplätzen oder zur Sicherung einer Beschäftigung.

2. Beihilfen zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen.

Im § 27 Abs 1 lit d iVm §§ 29 - 30 AMFG wurde die Kurzarbeiterunterstützung (und später die Kurzarbeitsbeihilfe) unter dem Schlagwort „Beihilfen zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen“ geregelt. Durch diese Beihilfe wurde der Lohnausfall bei Kurzarbeit teilweise abgegolten. Bei der Einbringung des Beihilfebegehrens war die Vereinbarung der Kollektivvertragspartner und eine Erklärung des Beihilfenwerbers, dass er sich dieser Vereinbarung unterstellt, (Unterstellungserklärung) beim Bundesminister für soziale Verwaltung vorzulegen.<sup>83</sup>

3. Beihilfen für Maßnahmen zur Überwindung oder Vermeidung struktureller Arbeitslosigkeit.

---

<sup>81</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

<sup>82</sup> ErlRV 983 BlgNR XI.GP.

<sup>83</sup> Jennersdorfer in Wenger (Hrsg), Förderungsverwaltung 89 f.

Die Gewährung einer Beihilfe nach dem AMFG musste volkswirtschaftlich nützlich und im öffentlichen Interesse gelegen sein. Nach den Durchführungsbestimmungen des AMFG war dies erfüllt, wenn die Maßnahmen in der aktiven Arbeitsmarktpolitik zur Erreichung und Aufrechterhaltung der Vollbeschäftigung eingesetzt werden konnten, sowie zur Verhütung oder Beseitigung von Arbeitslosigkeit im Hinblick auf einen möglichst produktiven Einsatz der Arbeitskräfte beigetragen haben und über den Interessensbereich des Beihilfenwerbers hinausgingen.<sup>84</sup>

Es war auf die Dringlichkeit des objektiven Bedarfs und die wahrscheinliche Beständigkeit der Lösung Bedacht zu nehmen. Eine sorgfältige Beobachtung und regelmäßige Analyse der globalen und regionalen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt sowie eine kurzfristige und langfristige Bedarfsprognose wurden vom AMFG angeordnet.<sup>85</sup>

Das öffentliche Interesse lag vor, wenn die berufliche Umstellung ohne die Förderung dem Einzelnen nicht möglich wäre und durch die Beihilfengewährung ein volkswirtschaftlich nützlich Verhalten ermöglicht wurde, das sonst nicht zustande käme.<sup>86</sup>

Die Bestimmungen der §§ 27 Abs 1 lit d, 28 Abs 4, 29 – 33 AMFG und der Erlass des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 10.06.1969 Zl. 35.870/4 – 15/1969<sup>87</sup> sprachen im Zusammenhang mit Kurzarbeit von einer **Kurzarbeiter**unterstützung und nicht wie die heutigen Bestimmungen von einer Kurzarbeitsunterstützung bzw Kurzarbeitsbeihilfe. Dass heißt nur für die „kurzarbeitenden Arbeiter“ konnte eine Beihilfe gewährt werden. Die Einbeziehung von Angestellten wurde mit der Begründung, dass für Arbeitnehmer, deren Lohn nicht für Leistungsstunden gemessen wird, der Gehaltsanspruch unabhängig von der Einführung von Kurzarbeit im Betrieb gesichert sei, ausgeschlossen sei. Da aber vielfach vom Arbeiter- ins Angestelltenverhältnis gewechselt wurde und aufgrund der länger andauernden gesamtwirtschaftlich schwierigen Situation, wurde im Einvernehmen beschlossen, dass auch Angestellte im industriellen und gewerblichen Bereich in die Förderung der Kurzarbeitsbeihilfe miteinbezogen werden konnten, wenn eine Kurzarbeitsunterstützung auch für die Arbeiter desselben Betriebes erforderlich ist und gewährleistet wird. Seit 1983 wird der vereinheitlichte Begriff der „**Kurzarbeitsunterstützung**“ verwendet.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> *Danimann/Steinbach*, AMFG 232, 422.

<sup>85</sup> § 1 Abs 2 bis 5 AMFG idF BGBl Nr 31/1969, dazu *Danimann/Steinbach*, AMFG 47 – 60.

<sup>86</sup> *Danimann/Steinbach*, AMFG 164 FN 57.

<sup>87</sup> Abgedruckt in *Danimann/Steinbach* AMFG 406 ff.

<sup>88</sup> *Winter*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung von Kurzarbeit und Aussetzung (Diplomarbeit Wien 1989) 34 f; *Reibach*, Kurzarbeit 52 FN 2.

Das AMFG wurde von seiner Einführung bis Mitte der Achtziger durch elf Novellen, die fast alle Teile des Gesetzes erfassten, ergänzt um die notwendigen Instrumente zur aktiven Arbeitsmarktpolitik bereit zu stellen. Die Bestimmungen der §§ 29 bis 32 wurden durch die 1. und auch durch die 4. Novelle des AMFG aus systematischen Gründen neu gefasst.

Die **1. Novelle**<sup>89</sup> führte zu einer neuen Formulierung der §§ 29 bis 32, da der Tatsache, dass die Bestimmungen des IV. Abschnitts des AMFG im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung durchzuführen sind, Rechnung getragen wurde. An den Voraussetzungen für die Gewährung der Beihilfe hatte sich jedoch nichts geändert. Es bestand bspw auch weiterhin kein Rechtsanspruch vor der Entscheidung über ein Beihilfebegehren. Der Praxis war es jedoch aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung ein Anliegen, dass durch die Neuregelung im Zuge des AMFG bei der Berechnung der Kurzarbeiterunterstützung für jede ausfallende Arbeitsstunde ein Achtel des Tagessatzes des Arbeitslosengeldes zugrunde gelegt wurde. Damit sollte die bisherige Verrechnung nach zwei Varianten, einerseits der Heranziehung eines Tagessatzes des Arbeitslosengeldes für die ersten acht Stunden und andererseits eines Achtels dieses Satzes für die restlichen Stunden vermieden werden. Durch diese Neuregelung trat keine Verschlechterung gegenüber der bisherigen Rechtslage ein.<sup>90</sup>

Die **4. Novelle**<sup>91</sup> des AMFG führte zu einer inhaltlichen Modifizierung. Eine Neuerung im Jahr 1976 war die Einführung der Verpflichtung des um Kurzarbeiterunterstützung ansuchenden Arbeitgebers, das Arbeitsamt rechtzeitig vor der geplanten Einführung von Kurzarbeit zu verständigen, um den Behörden der Arbeitsmarktverwaltung die Möglichkeit zu eröffnen, die voraussichtlichen Beschäftigungsschwankungen durch andere arbeitsmarktpolitische Förderungsmaßnahmen als die Kurzarbeiterunterstützung abzuwenden.<sup>92</sup>

Im **Jahr 2000**<sup>93</sup> wurde die bis dahin bestehende Sonderregelung für ältere Arbeitnehmer, die in der Praxis nicht angenommen wurde, da an Kurzarbeit ausschließlich für ältere Arbeitnehmer kein Bedarf bestand, reformiert. Ab diesem Zeitpunkt bestand die Möglichkeit, falls eine größere Zahl älterer Arbeitnehmer von Kurzarbeit betroffen war, Kurzarbeit nicht nur für diese älteren Arbeitnehmer zu flexibleren Bedingungen hinsichtlich der in einem

---

<sup>89</sup> BGBl 1973/173.

<sup>90</sup> *Danimann/Steinbach/Potmesil*, AMFG<sup>2</sup> 243 ff.

<sup>91</sup> BGBl 1976/388.

<sup>92</sup> *Danimann/Steinbach/Potmesil*, AMFG<sup>2</sup> 43.

<sup>93</sup> BGBl I Nr 179/1999, in Kraft getreten mit 01.01.2000.

Durchrechnungszeitraum zu leistenden Arbeitszeit durchzuführen. Im Durchrechnungszeitraum muss insgesamt mindestens ein Fünftel der wöchentlichen Normalarbeitszeit gearbeitet werden. Der Kurzarbeitszeitraum durfte jedoch nicht länger als ein Jahr andauern.

Weitere Reformen erfolgten im Jahr **2002**<sup>94</sup> – Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten- und **2003**<sup>95</sup> - Ergänzung der Bundesrichtlinie zur Kurzarbeitsbeihilfe um die neu gestalteten Pauschalsatztabellen.

Im Jahr **2006**<sup>96</sup> wurde auf Vorschlag der Regionalen Geschäftsstelle, Landesgeschäftsstelle und Bundesgeschäftsstelle anlässlich der Kurzarbeitstagung vom 21./30.03.2006 eine Vereinfachung der Gesamtstruktur der Richtlinie zur Kurzarbeitsbeihilfe vorgenommen.<sup>97</sup>

Durch den Richtlinienenerlass GZ 434.002/0010-II/4/2008 vom 12. 11. **2008** erfolgte eine Änderung, wonach überlassene Arbeitskräfte unter bestimmten Voraussetzungen auch in die Kurzarbeit einbezogen werden können.

### **7.3. AMSG**

Angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Lage hat die österreichische Bundesregierung rasch mit verschiedenen Maßnahmen, darunter Konjunkturpakete, Beschäftigungspakete und Steuersenkungen, den Folgen der Krise entgegen gesteuert. Arbeitgeber benötigen Unterstützung, um den Beschäftigtenstand zu halten und einen künftigen Fachkräftemangel im Konjunkturaufschwung zu vermeiden. Die für den Bereich der Kurzarbeit relevanten Maßnahmenpakete sind das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009.

Die Änderungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes **2009** bewirkten die Übernahme und Adaptierung der bisher im AMFG enthaltenen gesetzlichen Regelungen betreffend die Kurzarbeitsbeihilfe und die Verankerung einer gesetzlichen Grundlage für die Beihilfe bei Kurzarbeit mit Qualifizierung im AMSG.<sup>98</sup> Die Bestimmungen der Beihilfe zur Kurzarbeit wurden damit bereits zum dritten Mal in ein anderes Gesetz transferiert.

---

<sup>94</sup> Richtlinienenerlass GZ 434.002/32-II/11/2002 vom Dezember 2002.

<sup>95</sup> Richtlinienenerlass GZ 434.002/1-II/11/2003 vom August 2003.

<sup>96</sup> Richtlinienenerlass GZ 434.002/1-II/11/2006 vom Juni 2006.

<sup>97</sup> Vgl Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009) 49 f.

<sup>98</sup> Siehe Initiativantrag vom 22.01.2009 BlgNR XXIV.GP und Pkt A.7.3.1.

### 7.3.1. Beschäftigungsförderungsgesetz 2009

Am 22.01.2009 wurde ein Initiativantrag<sup>99</sup> im Parlament betreffend die Neuregelung des Arbeitsmarktservicegesetzes, des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, des Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetzes, des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1977, des Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes, des Landarbeitergesetzes 1984 und des Beschäftigungsförderungsgesetzes (Beschäftigungsförderungsgesetz 2009) eingebracht. Am 26.02.2009 wurde es vom Nationalrat angenommen und dem Bundesrat und dem Ausschuss für Soziales und Konsumentenschutz des Bundesrates zur Stellungnahme zugewiesen. Am 03.03.2009 erfolgte die Annahme des Antrags. Die neuen Bestimmungen gelten rückwirkend ab 01.02.2009.

Den Mittelpunkt dieses Initiativantrags bildete die Neuregelung der Kurzarbeit, die vor allem mit verbesserten Regelungen für die Beschäftigten auf die gegenwärtige Arbeitsmarktlage reagiert. Damit soll eine größere Flexibilität und eine stärkere Einbindung der Arbeitsmarktpartner im Rahmen der Richtlinienerstellung im AMS ermöglicht werden.<sup>100</sup>

Bundesregierung, AMS und Sozialpartner haben sich auf diese Neuregelung verständigt, um den Anstieg von Arbeitslosigkeit bestmöglich einzudämmen und um die gut qualifizierten Fachkräfte in den einzelnen Unternehmen zu halten.

Durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 wurden die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Kurzarbeitsbeihilfe flexibler gestaltet und versucht, das Instrument der Kurzarbeit auch für Klein- und Mittelbetriebe attraktiver zu gestalten.

Ziel der Gesetzesänderung war es, einen größeren Spielraum für die Beihilfengewährung zu schaffen.<sup>101</sup>

Im Zuge der Umgestaltung der Bestimmungen wurden die bisher im AMFG enthaltenen gesetzlichen Rahmenbedingungen betreffend die Beihilfe zur Kurzarbeit in das AMSG übernommen und adaptiert bzw die Kurzarbeitsbeihilfe mit Qualifizierung neu eingeführt.

Die nähere Ausgestaltung der Voraussetzungen für die Gewährung der Förderung erfolgt nun durch eine Richtlinie des AMS - „Beihilfen bei Kurzarbeit und bei Kurzarbeit mit Qualifizierung“.<sup>102</sup> In der Richtlinie sind unter anderem eine längere Höchstdauer der Kurzarbeit sowie eine flexiblere Regelung hinsichtlich des Durchrechnungszeitraumes, der

---

<sup>99</sup> Vgl IA 424/A BlgNR XXIV.GP.

<sup>100</sup> Siehe dazu Begründung des IA 424/A BlgNR XXIV.GP.

<sup>101</sup> Vgl Erläuterungen zum Entwurf zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009, 424/A XXIV.GP.

<sup>102</sup> Zur Kurzarbeit mit Qualifizierung siehe Pkt C.8.6.

erforderlichen Mindestarbeitszeit und eine Regelung betreffend der Kombination verschiedener anderer Beihilfen vorgesehen.<sup>103</sup>

### 7.3.2. Arbeitsmarktpaket 2009

Am 17.06.2009 wurde ein weiteres Maßnahmenpaket<sup>104</sup>, das Arbeitsmarktpaket 2009, dessen Schwerpunkt beim neuen Kurzarbeitsmodell lag, per Initiativantrag<sup>105</sup> im Parlament eingebracht. Am 09.07.2009 wurde das Arbeitsmarktpaket 2009 im Nationalrat einstimmig verabschiedet und nach Zustimmung des Bundesrates bzw des Ausschusses für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz des Bundesrates am 18.08.2009 im BGBl I Nr 90/2009 kundgemacht und trat rückwirkend mit 01.07.2009 in Kraft.<sup>106</sup> Mit diesem weiteren Paket an Maßnahmen wurde der mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 eingeschlagene Weg fortgesetzt und gleichzeitig verbesserte Rahmenbedingungen für den Arbeitsstandort geschaffen. Die Reform der Kurzarbeit orientiert sich am deutschen Modell und passt die Kurzarbeitsregelung an das Ausmaß der Krise an.

Die Kernpunkte des Arbeitsmarktpakets 2009 sind zwei Neuerungen betreffend die Kurzarbeit. Zum einen ist die Ausweitung der Kurzarbeit von 18 Monaten auf maximal 24 Monate vorgesehen<sup>107</sup>, zum anderen wird die Beihilfe für die Kurzarbeit angehoben. Ab dem siebenten Monat der Kurzarbeit bzw Kurzarbeit mit Qualifizierung werden nunmehr auch die Dienstgeber-Sozialversicherungsbeiträge - Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung, Pensionsversicherung, Unfallversicherung – zur Gänze vom AMS ersetzt<sup>108</sup>, vorausgesetzt, dass bis spätestens Ende 2010 eine Beihilfe gewährt wurde. Die Maßnahmen sind bis Ende 2012 befristet.<sup>109</sup>

Mit der Erhöhung der Beihilfe sollten insbesondere Wettbewerbsnachteile mit den Handelspartnern, vor allem Deutschland, hintangehalten werden.<sup>110</sup>

Eine weitere Änderung wurde durch den Zusatz „*wenn diese höher ist als die aktuelle Beitragsgrundlage*“ in den §§ 37b Abs 5 und 37c Abs 7 AMSG herbeigeführt. Damit sollen

---

<sup>103</sup> Vgl Ercher, ASOK 2009, 72.

<sup>104</sup> Das Ausmaß der Krise in Teilen der Industrie hat diese Nachjustierungen, die mit 01.07.2009 in Kraft traten, notwendig gemacht.

<sup>105</sup> Initiativantrag betreffend das Arbeitsmarktpaket 2009 vom 17.06.2009, 679/A BlgNR XXIV.GP.

<sup>106</sup> Vgl § 78 Abs 23 AMSG.

<sup>107</sup> § 37b Abs 4 und § 37c Abs 6 AMSG.

<sup>108</sup> § 37b Abs 3 und § 37c Abs 4 AMSG.

<sup>109</sup> §§ 37b, 37c iVm § 79 Abs 3 AMSG; Pkt 6.6.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>110</sup> Vgl

[http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/5/3/0/CH0023/CMS1245230885751/090617\\_arbeitsmarktpaket\\_ii\\_2\\_.pdf](http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/5/3/0/CH0023/CMS1245230885751/090617_arbeitsmarktpaket_ii_2_.pdf) (21.01.2010); Die Presse, 17.06.2009.

insb Nachteile für Lehrlinge vermieden werden, falls diese nach Abschluss der Lehre in Kurzarbeit einbezogen werden.<sup>111</sup>

Überdies wurde die administrative Verwaltung der Kurzarbeitsansuchen von einer einzigen Stelle des AMS übernommen. Das hat die bürokratische Entlastung jener Unternehmen zur Folge, die in mehreren Bundesländern Standorte haben.<sup>112</sup>

### **7.3.3. Übergangsregelungen**

Die Bestimmungen des AMSG sind auf neue und auf die Verlängerung laufender Kurzarbeitsfälle mit einem Beginn des Kurzarbeitszeitraumes ab dem 10.03.2009 anzuwenden. Für zu diesem Zeitpunkt laufende Kurzarbeitsfälle galten die alten Bestimmungen bis zu deren Ende oder einer Verlängerung. Die vorzeitige Beendigung eines laufenden Kurzarbeitsfalles im Zusammenhang mit einer neuen Kurzarbeitsvereinbarung war möglich.

Durch die Beendigung und eine neuerliche Antragsstellung konnte die Anwendung der neuen Bestimmungen bewirkt werden. Die Vorteile der geänderten Rechtslage liegen beim deutlich längeren Kurzarbeitszeitraum (bis zu 24 Monate) und der Entlastung der Arbeitgeber durch die Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge ab dem siebenten Monat der Kurzarbeit.

Zu den Änderungen im Einzelnen siehe Pkt C.8.

---

<sup>111</sup> Vgl Pkt 6.10. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>112</sup> Vgl Wiener Wirtschaft vom 26.06.2009, 3.

## **B. Rechtsinstrumente zur Einführung von Kurzarbeit**

### **1. Einleitung**

Um in einem Unternehmen Kurzarbeit einzuführen, stehen verschiedene rechtliche Instrumente zur Verfügung. Sie unterscheiden sich in ihrer Praktikabilität, ihrem Aufwand und in der rechtlichen Ausgestaltung. Da die Kurzarbeit aber einen bestimmten sozial-ökonomischen Zweck zu erfüllen hat, ist es nicht gleichgültig, welche rechtliche Alternative gewählt wird. Für die Praxis ist vielmehr diejenige Variante interessant, die dem Zweck der Kurzarbeit am besten gerecht wird. Welche Regelungsmöglichkeiten bestehen und welche am besten geeignet ist, wird im nachfolgenden Teil erörtert.

Die Einführung von Kurzarbeit ist in arbeitsvertragsrechtlicher Hinsicht ein komplexer Vorgang, da sie, unabhängig vom Bezug der Kurzarbeitsbeihilfe, unmittelbaren Einfluss auf die wechselseitigen Hauptleistungspflichten der Arbeitsvertragsparteien hat. Mit der Einführung von Kurzarbeit geht eine Verkürzung der Normalarbeitszeit, eine entsprechende Kürzung des Entgeltanspruches und idR der Anspruch auf Kurzarbeitsunterstützung der betroffenen Arbeitnehmer einher.

Für die Einführung der Kurzarbeit stehen die einseitige Anordnung in Form der Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber, die individuelle arbeitsvertragliche Einigung (die einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages), der Abschluss einer Betriebsvereinbarung, die Sozialpartnervereinbarung und der Kollektivvertrag zur Diskussion und werden auf ihre Relevanz, Zweckmäßigkeit und rechtliche Zulässigkeit untersucht. Zu klären ist auch, in welchem Verhältnis diese Instrumente zueinander stehen. Ebenso werden Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstrumenten, wie der Änderungskündigung, der allgemeinen Arbeitszeitreduktion etc, vorgenommen. In diesem Teil wird auch die Rolle und Stellung des Betriebsrates und seine Mitwirkung im Hinblick auf die Einführung und Gestaltung der Kurzarbeit beleuchtet.

### **2. Die einzelnen Rechtsinstrumente**

#### **2.1. Einseitige Anordnung in Form der Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber**

Für den Arbeitsvertrag ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers charakteristisch, also das Recht das Arbeitsverhältnis und damit die Pflichten des Vertragspartners durch eine einseitige

Erklärung zu gestalten. Die Weisung ist eine Willenserklärung mit der die nur gattungsmäßig umschriebenen Dienstpflichten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber konkretisiert werden. Die Möglichkeit, Arbeitsverhältnisse einseitig zu gestalten und zu spezifizieren, gehört zu den wesentlichen Merkmalen des Arbeitsvertrages. Grenzen sind dieser rechtlichen Gestaltungsmacht durch das Gesetz, Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen, das Schikaneverbot und vor allem durch die Arbeitsverträge selbst gesetzt.<sup>113</sup> Dabei ist auf die Einordnung der Arbeitsbedingungen zu achten. Diese werden in zwei rechtliche Kategorien, die formellen und die materiellen Arbeitsbedingungen, unterteilt.

Dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegen nur die **formellen Arbeitsbedingungen**, dh die nähere Gestaltung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und das nicht unmittelbar mit der Erfüllung der Arbeitspflicht zusammenhängende sonstige Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb.<sup>114</sup>

Im Gegensatz dazu sind unter **materiellen** Arbeitsbedingungen jene zu verstehen, die sich der Einseitigkeit des Weisungsrechts entziehen<sup>115</sup> und arbeitsvertraglich vereinbart werden müssen (zB Entgelt, Inhalt und Ausmaß der Arbeitsleistung, Urlaub).<sup>116</sup>

Der Arbeitgeber kann mittels Weisung die Arbeitszeit der Arbeitnehmer vorübergehend verkürzen, denn ihm obliegt es, im Rahmen des Arbeitsvertrages den Umfang der Arbeitspflicht näher zu bestimmen. Bei der Einführung von Kurzarbeit ist jedoch mit der Herabsetzung der Arbeitszeit idR eine Schmälerung des Entgelts verbunden. Hierbei handelt es sich um die Änderung einer materiellen Arbeitsbedingung, die der einseitigen Regelungsmöglichkeit des Arbeitgebers grundsätzlich entzogen ist. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können jedoch ein Gestaltungsrecht vereinbaren, dass dem Arbeitgeber eine einseitige Regelungsmacht einräumt.

Die Änderung des Umfangs der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers unter entsprechender Auswirkung auf das Entgelt kann nach Ansicht des OGH nicht einseitig angeordnet werden.<sup>117</sup> Eine derartige Anordnung der Verkürzung der Normalarbeitszeit könnte nur dann und nur insoweit direktional angeordnet bzw angewiesen werden, als damit **keine** Kürzung

---

<sup>113</sup> § 1295 Abs 2 ABGB; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 58; ausführlich dazu *Rebhahn* in *ZellKomm* (2006) § 1151 ABGB Rz 101 ff.

<sup>114</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetz-Handkommentar (1975) 550.

<sup>115</sup> Die Vereinbarung eines Gestaltungsrechts, dass den Arbeitgeber zu einer einseitigen Regelung ermächtigt ist möglich.

<sup>116</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 703.

<sup>117</sup> OGH 19.04.1989, 9 ObA 54/89.

des Entgelts verbunden ist. Soweit aber eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit durch kollektive Rechtsgestaltung zum Inhalt arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten geworden ist<sup>118</sup> und die Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber ohne eine einzelvertragliche oder kollektivvertragliche Vereinbarung statt findet, führt dies infolge gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern zur vollen Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers. Zwar kann der Arbeitgeber die Arbeitszeit im Rahmen der gesetzlich und kollektivvertraglich vorgesehenen Normalarbeitszeit durch einseitige Weisung verkürzen, eine solche Verkürzung führt jedoch gemäß § 1155 ABGB dazu, dass der Arbeitgeber trotz Verkürzung der Normalarbeitszeit zur Entgeltfortzahlung im bisherigen Ausmaß verpflichtet wäre bzw gerät der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern in Annahmeverzug. Zwar sind die Regelungen des § 1155 ABGB über die Entgeltfortzahlung vertraglich abdingbar (dispositives Recht), in der Praxis finden sich in Arbeitsverträgen jedoch regelmäßig keine vertraglichen Modifizierungen.

Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern somit idR gem § 1155 ABGB auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, das Entgelt zu zahlen. Vorausgesetzt wird, dass die Arbeitnehmer zur Leistung bereit gewesen sind und durch Umstände, die auf der Seite des Arbeitgebers liegen, daran gehindert wurden. § 1155 Abs 1 2. Satz ABGB sieht eine Anrechnung vor. Die Arbeitnehmer müssen sich anrechnen lassen, was sie sich infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt haben.

*Schnorr*<sup>119</sup> bietet zum Tatbestandsmerkmal „Umstände, die auf der Seite des Arbeitgebers“ liegen, zwei Interpretationsvarianten an. Bei einem **indikativen** Verständnis hat der Arbeitgeber das Entgeltrisiko für alle Ereignisse zu tragen, durch die der Betrieb irgendwie betroffen ist, unabhängig davon, ob sie von ihm beeinflusst werden können oder nicht. Der Arbeitgeber muss die Arbeitsvergütung weiterhin zahlen.<sup>120</sup>

Bei einer **konditionalen** Interpretation ist der Arbeitgeber nur dann zur Entgeltfortzahlung verpflichtet, wenn die Umstände in seinem Einflussbereich fallen, dh wenn sie - auch unverschuldetermaßen – seinem unternehmerischen Herrschaftsbereich zurechenbar sind. Nur dann liegen sie auf Seite des Arbeitgebers und nur dann besteht dessen Pflicht zur Entgeltzahlung. Auftrags- oder Materialmängel (die meist als Antragsbegründung für Kurzarbeitsbeihilfe angegeben werden) sind auch wenn sie einem allgemeinen Notstand

---

<sup>118</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>119</sup> *Schnorr*, Entgeltansprüche bei Nichtleistung der Arbeit in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 33.

<sup>120</sup> *Tomandl* bezeichnete diese Variante als „lokalisierenden Lösungsversuch“, siehe *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 193 ff.

entsprechen, dem unternehmerischen Herrschaftsbereich zuzurechnen.<sup>121</sup> In den anderen Fällen bleibt es bei der allgemeinen schuldrechtlichen Regel, dass ohne Leistung auch keine Gegenleistung geschuldet wird.

Die volle Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers trotz Verkürzung der Arbeitszeit entspricht aber nicht der Intention der Einführung der Kurzarbeit, da gerade eine Arbeitszeit- **und** Entgeltreduktion herbeigeführt werden soll. Somit scheidet das Direktionsrecht des Arbeitgebers als Variante zur Einführung der Kurzarbeit aus, da es sozial-ökonomisch ins Leere ginge.

Jedoch ist § 1155 ABGB in § 1164 ABGB nicht als einseitig zwingende Bestimmung genannt und daher grundsätzlich **dispositiv**.<sup>122</sup> Die Arbeitsvertragsparteien könnten somit eine von § 1155 ABGB abweichende Vereinbarung treffen. Zu beachten ist jedoch, dass dies nach § 879 ABGB unzulässig sein kann, denn das Abbedingen verlagert das Entgeltrisiko und damit das wirtschaftliche Risiko der Nutzung der Arbeitskraft (Unternehmerrisiko) auf den Arbeitnehmer.<sup>123</sup> Genau dieser Effekt soll durch § 1155 ABGB vermieden werden. Jedwede Änderung des § 1155 ABGB zu Lasten des Arbeitnehmers ist somit an § 879 Abs 1 ABGB zu messen.

Für die Zulässigkeit des Abbedingens spricht es, wenn die Störung vom Arbeitgeber nicht oder nur schwer beeinflusst werden kann, wenn sie für Betrieb und Geschäftszweig nicht typisch und daher unvorhersehbar ist und wenn sie bereits längere Zeit andauert.<sup>124</sup> Im Fall von Kurzarbeit wäre es durchaus sinnvoll, diese Bestimmung vertraglich abzuändern, um das Entstehen einer Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers zu verhindern, da es sich bei Kurzarbeit um wirtschaftliche Schwierigkeiten handelt, die der Arbeitgeber nicht beeinflussen kann, bspw bei Naturkatastrophen, die nicht typisch für den Betrieb sind.

Auch *Krejci*<sup>125</sup> weist daraufhin, dass eine gänzliche oder teilweise Abbedingung des § 1155 ABGB in Krisenzeiten dazu beitragen kann, dass Arbeitsverhältnisse trotz fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten aufrechterhalten werden können.

Meiner Ansicht nach ist im Zusammenhang von Kurzarbeit und der Problematik des Abbedingens des § 1155 ABGB davon auszugehen, dass eine die Wirkungen des § 1155 ABGB abändernde Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien zulässig und

---

<sup>121</sup> *Winter*, Kurzarbeit 7 f.

<sup>122</sup> OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86, DRdA 1987, 224.

<sup>123</sup> *Rebhahn* in ZellKomm (2006) § 1155 ABGB Rz 6.

<sup>124</sup> *Rebhahn* in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 5 ff.

<sup>125</sup> *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (2000) § 1155 ABGB Rz 1.

sogar geboten ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist auf die Voraussetzungen für die Beihilfengewährung durch das AMS zurückzugreifen. Eine Beihilfe wird nur dann gewährt, wenn es sich um wirtschaftliche Schwierigkeiten handelt, die der Arbeitgeber nicht selbst verursacht hat und alles getan hat, um die Auswirkungen solcher in seinem Unternehmen einzudämmen. Die teilweise Abwälzung des Unternehmerrisikos auf die Arbeitnehmer ist in diesem Fall nicht als sittenwidrig einzustufen, da der Arbeitgeber bei der Einführung von Kurzarbeit primär das Ziel verfolgt die Unternehmensstrukturen und Arbeitsplätze aufrechtzuerhalten.

### 2.1.1. Gestaltungsvorbehalt

Bei der Einführung von Kurzarbeit durch Weisung des Arbeitgebers kann an die Vereinbarung eines **Gestaltungsvorbehalts** im Arbeitsvertrag zur einseitigen Verkürzung der Arbeitszeit, der im Rahmen des § 19d AZG ausgeübt werden kann, gedacht werden.<sup>126</sup>

#### a) Allgemeines, Definition und Einordnung

Einseitige Rechtsgestaltung erfolgt zumeist durch die Ausübung von **Gestaltungsrechten**. Der Berechtigte kann - ohne Mitwirkung eines anderen - eine Veränderung der bestehenden Rechtslage herbeiführen.<sup>127</sup> Solche Gestaltungsrechte des Arbeitgebers können in zwei Gruppen unterteilt werden: jene hinsichtlich der Arbeitsleistung (Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Ort und Art der Arbeit) und jene, die das Entgelt betreffen.<sup>128</sup>

Bei der im Zusammenhang mit der Einführung von Kurzarbeit vorliegenden Problematik handelt es sich um rechtsändernde Gestaltungsrechte (Änderungsrechte) bspw das Weisungsrecht des Arbeitgebers.<sup>129</sup>

**Gestaltungsvorbehalte**, wie Widerrufs- und Änderungsvorbehalte, sind vertragliche Gestaltungsrechte, die idR zugunsten des Arbeitgebers vereinbart werden und diesen dazu berechtigen, im Vertrag zugesagte Rechte des Arbeitnehmers (zB laufendes Entgelt oder Umfang der bezahlten Arbeitszeit) einseitig zu beseitigen oder abzuändern.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10; Für die Zulässigkeit jedenfalls bei Teilzeitbeschäftigten insb Schrank, Arbeitszeitgesetz-Kommentar Bd 1 (2007) § 19d AZG Rz 31 ff. Dagegen Mosler in ZellKomm (2006) § 19d AZG Rz 24 ff. Nach einer, wenn auch umstrittenen, Entscheidung des OGH (8 ObA 116/04 y) ist die Möglichkeit eines Vorbehalts arbeitgeberseitiger Verringerung des Teilzeitausmaßes gesetzlich nicht vorgesehen und deshalb unzulässig.

<sup>127</sup> Risak, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 7.

<sup>128</sup> Risak, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 2.

<sup>129</sup> Risak, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 13.

<sup>130</sup> Kietzabl, Flexibilisierungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis, ASoK 2008, 370.

Änderungsvorbehalte werden in Änderungsvorbehalte ieS und den Widerrufsvorbehalt unterteilt. Der Änderungsvorbehalt ieS ermöglicht einen gänzlichen oder teilweisen Entfall eines Entgeltteiles und eine inhaltliche abgestufte Änderung des Vertrages.<sup>131</sup>

Über die Zulässigkeitsgrenzen solcher Vorbehalte besteht weitgehend Rechtsunsicherheit, da sich die Jud<sup>132</sup> auf eine Ausübungskontrolle nach Billigkeitskriterien im Einzelfall beschränkt, ohne auf die Frage, wie weit solche Vorbehalte überhaupt vereinbart werden dürfen, näher einzugehen. Wenn eine Vorbehaltsausübung sachlich begründet ist, hängt die Zulässigkeit der Vorbehaltsausübung vom Ausmaß des Eingriffes ab, denn die Ausübungsschranke der Billigkeit lassen nur verhältnismäßige Eingriffe zu.<sup>133</sup>

### **b) Problemstellung**

Für die Einführung von Kurzarbeit ist interessant, ob sich der Arbeitgeber auch die im AZG nicht ausdrücklich erwähnte einseitige Änderung des Normalarbeitszeitausmaßes ausbedingen darf. Durch die §§ 19c und 19d AZG sind der Gestaltung der Arbeitszeit Grenzen gesetzt. Es stellt sich die Frage, ob durch dieses Vereinbarungsgebot eine Änderung des Arbeitszeitausmaßes in Form einer Weisung zur Gänze ausgeschlossen ist. Nach hM kann dem Arbeitgeber ein Recht zur einseitigen Gestaltung der Arbeitszeit jedenfalls nur dann zukommen, wenn schon im Arbeitsvertrag ein **Änderungsvorbehalt** enthalten ist.<sup>134</sup>

Infolge stellt sich die Frage, ob ein im Arbeitsvertrag vorgesehener Änderungsvorbehalt, der die Herabsetzung des Arbeitszeitausmaßes vorsieht, zulässig ist.

Lt OGH ist ein vereinbarter Vorbehalt, der den Arbeitgeber einseitig zur Verkürzung des Arbeitszeitausmaßes berechtigt, unzulässig.<sup>135</sup> Ob diese Ansicht mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang steht ist zu untersuchen.

### **c) Judikatur**

Der Entscheidung<sup>136</sup> lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer ein Arbeitszeitmodell „*Beschäftigung nach Bedarf – Konsenprinzip*“ angeboten, dh zeitliche Lage und Ausmaß der Beschäftigung sollte sich nach

---

<sup>131</sup> *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 208 f.

<sup>132</sup> OGH 17.05.2000, 9 ObA 77/00i, DRdA 2001/28 (Resch) = ZAS 2001/16 (Posch); OGH 14.12.1988, 9 ObA 512/88, ZAS 1989, 98 (Tomandl).

<sup>133</sup> *Kietaibl*, ASoK 2008, 370.

<sup>134</sup> OGH 19.08.1998, 9 ObA 187/98k, DRdA 1999/34 (Löschnigg); *Mosler* in *ZellKomm* (2006) § 19c AZG Rz 18; *Heilegger/Schwarz* in *Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz*, Arbeitszeitgesetz-Kommentar<sup>2</sup> (2008) § 19c Erl 3 mwN.

<sup>135</sup> OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04 y: Die Entscheidung betrifft nach dem Sachverhalt zwar nur Teilzeitbeschäftigte, sie gilt aber wohl auch sinngemäß für Vollzeitbeschäftigte.

<sup>136</sup> OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y.

dem Bedarf richten und dann im Einzelfall im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer festgelegt werden. Es wurde dem Arbeitnehmer mitgeteilt, dass keine Rufbereitschaft besteht, sondern die Arbeitseinsätze nur im Einvernehmen vereinbart würden. Der Arbeitnehmer sollte jeweils für die Folgewoche einen schriftlichen Dienstplan erhalten und gegebenenfalls vom Arbeitgeber im Falle eines Bedarfs kurzfristig angerufen werden. Der Arbeitgeber legte sich weder auf den Umfang der Arbeitseinsätze des Arbeitnehmers noch auf deren Lage fest.

Der OGH wertete diesen Vertrag als Rahmendienstvertrag dem es an der Vereinbarung eines bestimmten Arbeitszeitausmaßes und einer bestimmten Lage der Arbeitszeit mangelt. Der Vertrag ist insoweit unwirksam, als die Vereinbarung Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völligen der Willkür des Arbeitgebers überlassenen Anbot abhängig macht. Der Arbeitnehmer könne nicht mit einem bestimmten Entgelt rechnen. Eine Änderung hinsichtlich des zu vereinbarenden Ausmaßes der Teilzeitarbeitszeit ist nur iSe „Mehr“arbeit zulässig und bedarf neben eines entsprechenden Vorbehalts der weiteren Voraussetzungen des § 19c Abs 3 AZG. Die Möglichkeit eines Vorbehalts hinsichtlich einer Verringerung der Teilzeitarbeit ist nicht vorgesehen.

Der OGH geht davon aus, dass für Vertragsklauseln, die zu einer „Atomisierung“ der Arbeitszeitvereinbarung führen, auf Arbeitgeberseite keine billigen sachlichen Gründe vorlägen. Es müsse möglich sein, zumindest für ein Jahr im Voraus den Personalbedarf einzuschätzen und entsprechende Arbeitszeitvereinbarungen zu treffen.

Unter Hinweis darauf, dass die Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos, insbesondere einer ausreichenden Auftragslage, auf den Arbeitnehmer sittenwidrig sei, qualifizierte der OGH die gewählte Vertragskonstruktion der „*Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf – Konsensprinzip*“ - als eine Art dauernder Verhandlungszustand über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit, deren Wirksamkeit ausdrücklich abgelehnt wird.

#### **d) Meinungsstand**

Im Anschluss an diese Jud, lässt sich feststellen, dass eine Vereinbarung eines Änderungsvorbehaltes, der einseitig zur Reduzierung der Arbeitszeit ermächtigt, rechtsunwirksam sein soll.<sup>137</sup> Das AZG erlaube zwar Mehrarbeitsverpflichtungen, jedoch seien vereinbarte Vorbehalte, die den Arbeitgeber zur einseitigen Verringerung des

---

<sup>137</sup> Ähnlich *Mosler* in *ZellKomm* § 19d AZG Rz 25.

Arbeitszeitausmaßes berechtigen, unzulässig.<sup>138</sup> Falls der Arbeitgeber die Arbeitszeit dennoch einseitig verringert, habe der betroffene Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB. In der Lit hat diese Entscheidung des OGH zT heftige Kritik ausgelöst.<sup>139</sup>

**Mosler**<sup>140</sup> hat sich explizit gegen einen vorweg vereinbarten Änderungsvorbehalt - mit dem das Ausmaß der Arbeitszeit geändert wird - ausgesprochen. Er bringt vor, dass jede Änderung des vorherigen Arbeitszeitausmaßes einer neuerlichen Vereinbarung bedarf und der Arbeitnehmer somit bei jeder Änderung ein Ablehnungsrecht hat.<sup>141</sup> Es ist unzulässig dem Arbeitgeber einen Gestaltungsvorbehalt bzgl des Ausmaßes der Arbeitszeit einzuräumen, da es nicht Sinn der Beschränkungen des Gesetzes für die Vereinbarung flexibler Arbeitsformen ist, dass sie durch eine im Belieben des Arbeitgebers stehende vorweg vereinbarte Vertragsänderung über das Ausmaß der Arbeitszeit, umgegangen werden. **Mosler** geht davon aus, dass ein variables Arbeitszeitausmaß möglich ist, wenn eine konkrete Stundenanzahl vereinbart wird und die jeweilige Änderung konkludent oder ausdrücklich vereinbart wird. Eine „Atomisierung“ der Arbeitszeitvereinbarung in Grund- und Änderungsvereinbarung, die zu flexiblen Arbeitszeitformen, wie der Arbeit auf Abruf führen kann, ist jedoch unzulässig.<sup>142</sup> Die Vorteile, die der Arbeitgeber daraus zieht und die Beeinträchtigung des Arbeitnehmers sind durch das vereinbarte Entgelt nicht abgegolten.

**Mosler** und auch **Grillberger**<sup>143</sup> lehnen einen Änderungsvorbehalt, mit dem der Arbeitgeber sich eine einseitige Änderung des Normalarbeitszeitausmaßes ausbedingt, mit der Begründung, dass andere als im AZG genannte Vorbehaltvarianten unzulässig wären, ab.

Auch nach **Friedrich**<sup>144</sup> sind die Regelungen des § 19c Abs 2 iVm § 19d Abs 2 AZG so auszulegen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nur die Möglichkeit besteht, unter

---

<sup>138</sup> OGH 22. 12. 2004, 8 Ob A 116/04y; Es ist nicht klar, ob der OGH jeden arbeitsgeberseitigen Änderungsvorbehalt, der das Arbeitszeitausmaß betrifft als unzulässig ansieht, oder ob nur solche die eine Senkung des Arbeitszeitausmaßes bewirken, gemeint sind. In der Entscheidung spricht der OGH davon, dass die Änderung des vereinbarten Teilzeitausmaßes nur iSe Mehrarbeitsverpflichtung zulässig ist. Jedoch bewirkt der Abruf von Mehrarbeit keine Änderung des geschuldeten Normalarbeitszeitausmaßes, somit wird die Frage aufgeworfen, ob sich diese Aussage des OGH (auch) auf einseitige Anhebungen des Normalarbeitszeitausmaßes bezieht.

<sup>139</sup> Vgl **Mazal**, Gestaltungsfragen der Arbeitszeit, in **Tomandl/Schrammel** (Hrsg), Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 33 ff; **Schrank**, Nichtige Bedarfsarbeitsverträge: Entgeltfolgen samt Flexibilisierungszuschlag, ZAS 2006, 83; **Kietaibl**, ASoK 2008, 370.

<sup>140</sup> **Mosler** in ZellKomm § 19d AZG Rz 24 ff.

<sup>141</sup> so auch schon **Mosler**, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigten, DRdA 1999, 338.

<sup>142</sup> **Mosler** in ZellKomm § 19d AZG Rz 28

<sup>143</sup> **Mosler** in ZellKomm § 19d AZG Rz 25; und wohl auch **Grillberger**, Arbeitszeitgesetz<sup>2</sup> 145.

<sup>144</sup> **Friedrich**, Rahmendienstvertrag und Arbeitszeit, ASoK 2006, 12.

bestimmten Voraussetzungen einseitig die Lage der Normalarbeitszeit zu ändern und bei Teilzeitbeschäftigung unter bestimmten Voraussetzungen abweichend von der vertraglichen Regelung nur Mehrarbeit angeordnet werden kann. Eine einseitige Reduzierung des Arbeitsausmaßes durch den Arbeitgeber soll demgemäß nicht möglich sein.

Diese Entscheidung des OGH ist in der Lehre jedoch nicht nur auf Zustimmung gestoßen.

Der OGH schließt aus dem angeblichen Fehlen einer ausdrücklichen Erwähnung von Vorbehalten im AZG den gänzlichen Ausschluss von vertraglichen Gestaltungsvorbehalten in Bezug auf eventuelle Senkungen des Ausmaßes der Arbeitszeit bei Teilzeiten, mit gleichem Ergebnissen wohl auch bei Vollarbeitsverhältnissen.<sup>145</sup>

*Schrank*<sup>146</sup> hält der Ansicht des OGH entgegen, dass nicht einmal die isolierten Auslegung des § 19d Abs 2 AZG eine schon grundsätzliche Ausschaltung solcher Vorbehalte trägt. Dass § 19c Abs 2 und 3 AZG sich nur auf die Lageänderung bezieht schließt eine **sinngemäße Anwendung** auch für die **Ausmaßänderungen** in einer Bestimmung, die auch diese erfasst, nicht aus. Die Vorbehalte sind im Zusammenhang mit ihrer Zitierung in § 19d Abs 2 AZG jedenfalls grammatikalisch und systematisch nicht auf die Lage der Arbeitszeit eingeschränkt, denn das Ausmaßthema ist als solches für Vollzeitverhältnisse in keiner vertragsrechtlichen Bestimmung des AZG erwähnt.<sup>147</sup>

Für *Schrank*<sup>148</sup> ist **kein Unterschied** zwischen den **beiden Vereinbarungsformen** - Ausmaß und Lage der Arbeitszeit - ersichtlich, da sich die Arbeitnehmer in beiden Fällen in einer Art dauerndem Verhandlungszustand befinden. Eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf seinen zwingenden Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, kann rechtlich problematisch sein, aber nur insoweit, als sie dem Arbeitgeber umfassende, **billiges Ermessen** überschreitende, Gestaltung einräumt.<sup>149</sup>

Ein Ausmaßvereinbarungsgebot schließt aber angemessene vertragliche Änderungsvorbehalte ebenso wenig aus wie bei Entgeltvereinbarungen.<sup>150</sup> Das Gesetz lässt beim Ausmaß der Arbeitszeit eine Grundvereinbarung genügen und in diesem Rahmen und in den gesetzlichen Beschränkungen ist die einseitige Gestaltung und Anordnung durch den Arbeitgeber anerkannt. Auch wenn das vertragliche Ausmaß der Arbeitszeit, gleichsam dem vereinbarten

---

<sup>145</sup> *Schrank*, ZAS 2006, 83 f.

<sup>146</sup> *Schrank*, Arbeitszeitgesetz-Kommentar § 19d AZG Rz 31 ff.

<sup>147</sup> *Schrank*, ZAS 2006, 83 f.

<sup>148</sup> *Schrank*, ZAS 2006, 83 f.

<sup>149</sup> *Schrank*, ZAS 2006, 83 f.

<sup>150</sup> *Schrank*, Arbeitszeitgesetz-Kommentar § 19d AZG Rz 32.

Entgelt, zum Kernbereich des Arbeitsvertrages gehört, spricht diese Einordnung nicht gegen sondern für die Zulässigkeit angemessener Gestaltungsvorbehalte, da das Ausmaß als solches eben durch Vertrag und nicht durch Gesetz geregelt ist.

Das spricht bei vertraglichen Gestaltungsvorbehalten für die rechtliche Gleichbehandlung des Ausmaßes der Arbeitszeit mit Entgeltvereinbarung. Wenn sogar bei **gleich bleibender Arbeitszeit angemessene Entgeltsenkungsvorbehalte zulässig** und wirksam sind, muss dies nach *Schrank*<sup>151</sup> **umso eher beim Ausmaß der Arbeitszeit gelten**, da hier nicht nur das Entgelt, sondern zugleich die Arbeitszeit gesenkt wird, sodass der Arbeitnehmer für das geringere Entgelt auch weniger leisten muss. Warum dies im Rahmen billigen Ermessens unzulässig sein soll, während bloße Entgeltsenkungen zulässig sind, ist unter Wertungsaspekten nicht verständlich. Geboten ist die Anwendung billigen Ermessens, nicht aber die Unzulässigkeit von Änderungsvorbehalten.

Zusätzlich gestützt wird diese Ansicht, unbeschadet ihrer sich aus redlicher Vertragsauslegung oder objektivem Recht ergebenden Ausübungsschranken durch die Entgeltrisikotragungsregelung des § 1155 ABGB, der abdingbares Recht darstellt.<sup>152</sup>

*Kietaibl*<sup>153</sup> lehnt die Unzulässigkeit der Vereinbarung eines derartigen Änderungsvorbehalts ebenfalls als nicht zwingend und im Lichte der Privatautonomie als nicht einsichtig ab. Für Änderungsvorbehalte, welche die Arbeitszeit betreffen, bedarf es keiner sondergesetzlichen Ermächtigung. *Kietaibl* weist auch zutreffend darauf hin, dass die vertragsrechtlichen Bestimmungen in den §§ 19c und 19d AZG bloß die Ausübung von Vorbehalten betreffend die Arbeitszeitverteilung beschränken und keine Aussage über die Zulässigkeit von Vereinbarungen von Vorbehalten bzgl des Arbeitszeitausmaß treffen. Deshalb greifen hier die allgemeinen Regeln ein. Allein aufgrund der bloßen Nichtregelung mancher Vorbehaltsarten im AZG darf nicht auf deren Unzulässigkeit geschlossen werden.

*Kietaibl* betont auch, dass sich § 19d Abs 2 AZG, wonach Lage und Ausmaß der Normalarbeitszeit zu vereinbaren sind und hinsichtlich einseitiger Änderungen § 19c Abs 2 AZG anzuwenden ist, dahingehend auslegen lässt, dass die Schranken der verwiesenen Bestimmung (insb die zweiwöchige Vorankündigungsfrist) nicht nur für Lage-, sondern eben auch für Ausmaßänderungen gelten sollen.

Die Einführung von Kurzarbeit durch Weisung des Arbeitgebers scheint vor diesem

---

<sup>151</sup> Zu beachten ist, dass keine zwingenden Entgeltfortzahlungsansprüche umgangen oder Diskriminierungsverbote verletzt werden.

<sup>152</sup> *Schrank*, ZAS 2006, 83 f; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz-Kommentar § 19d AZG Rz 32.

<sup>153</sup> *Kietaibl*, ASoK 2008, 370.

Hintergrund als nicht vollkommen ausgeschlossen, allerdings wäre das Bestehen eines Änderungsvorbehalts vorauszusetzen und die Grenzen der Billigkeit müssten eingehalten werden.<sup>154</sup>

#### **e) Eigene Ansicht**

Der Ansicht des OGH bzgl der auf die Senkung des Arbeitsausmaßes gerichteter Änderungsvorbehalte ist nicht zu folgen, da sie zu einer restriktiven Handhabung von Gestaltungsvorbehalten führt. Weshalb Änderungsvorbehalte im Bezug auf eine Senkung des Arbeitszeitausmaßes generell unzulässig sein sollen, ist nicht einleuchtend und kann nicht mit der Begründung, dass keine entsprechende Regelung im AZG besteht, gerechtfertigt werden, da der Analogie zugängliche Bestimmungen vorhanden sind. Auch im Hinblick auf die Problematik der Verschlechterungsvereinbarung stellen sich keine Schwierigkeiten, da es sich bei den beabsichtigten Änderungen um künftige, erst entstehende, Ansprüche des Arbeitnehmers handelt.<sup>155</sup>

Die im AZG vorhandenen Bestimmungen bzgl der Änderungsvorbehalte beziehen sich dem Wortlaut nach zwar nur auf die Lage der Arbeitszeit, daraus kann jedoch nicht zwingend auf eine Unzulässigkeit von Vorbehalten bzgl der Senkung des Arbeitszeitausmaßes geschlossen werden. Die Zulässigkeit von Entgeltkürzungsvorbehalten bei gleich bleibender Arbeitszeit spricht auch für die Zulässigkeit von Vorbehalten zur Senkung des Arbeitszeitausmaßes, da in diesem Fall nicht nur das Entgelt sondern gleichzeitig auch die Arbeitsleistung gekürzt wird. In Krisenzeiten ist ein flexibles Arbeitsrecht und Arbeitszeitrecht gefragt und keine gegenläufige Einschränkung von Flexibilisierungsinstrumenten vorzunehmen.

Bei einer Vereinbarung eines dem Arbeitgeber einräumenden Änderungsvorbehalts im Bezug auf die Senkung des Arbeitszeitausmaßes besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, auf wirtschaftliche Schwierigkeiten schnell reagieren zu können und Kurzarbeit rasch einzuführen.

Probleme können entstehen, wenn das Entgelt unverhältnismäßig und überraschend gekürzt wird. Dem ist entgegenzuhalten, dass Gestaltungsrechte nur nach Billigkeit ausgeübt werden dürfen. Es kommt zu einer Interessensabwägung, die sich an den Wertungen billigen Ermessens orientiert<sup>156</sup> und auf das Vorliegen obektivierbarer sachlicher Gründe abstellt.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *ZellKomm* (2006) § 879 ABGB Rz 34 mwN.

<sup>155</sup> Zur Verschlechterungsvereinbarung vgl Pkt B.2.2.

<sup>156</sup> Vgl *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>10</sup> 227.

<sup>157</sup> Vgl *Schrank/Mazal*, *Arbeitsrecht*<sup>4</sup> (2008) 178; ob als Rechtsfolge Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintritt, bestimmt sich nach dem Schutzzweck der Verbotsnorm, vgl *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003/19.

Die „überraschende“ Kürzung des Entgelts ist im Verhältnis zur Dauer der Entgeltkürzung und Dringlichkeit der Maßnahme abzuwägen.

Allerdings ist trotz dieser Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Vorbehalte in der Praxis Vorsicht geboten. Bis die Auslegungen der OGH Entscheidung „korrigiert“ sind, sollten keine derartigen Vorbehalte geschlossen werden, sondern auf andere Gestaltungsmöglichkeiten, wie bspw eine schriftliche Änderungsvereinbarung, zurückgegriffen werden.

### **2.1.2. Zusammenfassung**

Durch Ausübung des einseitigen Weisungsrechts kann der Arbeitgeber die Arbeitszeit reduzieren. Probleme stellen sich erst, wenn damit einhergehend auch der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers anteilig reduziert werden soll. Nach hM kann die Reduktion der Arbeitszeit und des Entgelts durch einseitige Weisung des Arbeitgebers nicht erfolgen, ohne dass der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB verpflichtet würde.<sup>158</sup> Einige Stimmen in der Lehre wollen jedoch eine gleichzeitige Reduktion der Arbeitszeit und des Entgeltanspruches zulassen, da es sich bei § 1155 ABGB um eine dispositive Bestimmung handelt und in Krisenzeiten so die Arbeitsplätze erhalten werden können.

Eine mögliche Form der Einführung von Kurzarbeit durch Ausübung des Weisungsrechts besteht, falls ein Änderungsvorbehalt vereinbart worden ist. Der OGH hat zwar in einer umstrittenen Entscheidung entschieden, dass ein solcher Vorbehalt nicht zur einseitigen Reduktion der Arbeitszeit ermächtigt, diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Zwar sind die §§ 19c und 19d AZG dem Wortlaut nach bloß auf die Lage der Arbeitszeit anzuwenden, eine sinngemäße Anwendung auf die Senkung des Arbeitszeitausmaßes erscheint aber geboten, denn aus der Nichtregelung des Vorbehalts der Senkung der Arbeitszeit kann nicht auf deren Unzulässigkeit geschlossen werden. Im Hinblick auf die Privatautonomie erscheint eine einseitige Weisung auf Basis eines Änderungsvorbehalts durch den Arbeitgeber als mögliche Variante zur Einführung von Kurzarbeit. Wenn sogar bei gleich bleibender Arbeitszeit angemessene Entgeltsenkungsvorbehalte zulässig und wirksam sind, muss dies auch beim Ausmaß der Arbeitszeit gelten. Es handelt sich nicht nur um eine Reduktion des Entgelts, es wird zugleich auch die Arbeitszeit gesenkt, dh der Arbeitnehmer muss für das geringere Entgelt auch weniger leisten. Diese Argumente sprechen für die Zulässigkeit eines Änderungsvorbehalts.

---

<sup>158</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

## 2.2. Änderung des Einzelarbeitsvertrages

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, welches im kontinuierlichen Austausch von vorwiegend fremdbestimmter, nur der Art nach umschriebener Arbeit und Entgelt besteht und durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages begründet wird.<sup>159</sup> Wesentlich ist die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in Bezug auf Arbeitsort und Arbeitszeit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist.<sup>160</sup> Obwohl der aus der Privatautonomie entspringende Grundsatz der Vertragsfreiheit im Arbeitsvertragsrecht eine große Rolle spielt, sind Arbeitsverhältnisse durch weitgehende Restriktion der Vertragsfreiheit gekennzeichnet.<sup>161</sup> Der Spielraum für freie Vereinbarungen der Arbeitsbedingungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien wird durch zwingende gesetzliche Vorgaben und durch kollektivvertragliche Regelungen eingeengt. Dominierend sind dabei relativ zwingende Normen, da es im Wesen des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips liegt, Mindestarbeitsbedingungen festzulegen, die nicht unterboten, wohl aber durch jede nachgeordnete Rechtsquelle verbessert werden können.<sup>162</sup>

Bei Verhandlungen befindet sich der Arbeitnehmer naturgemäß in einer schwächeren Stellung. Das ergibt sich aus dem Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers. Um die Stellung der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis und der Arbeitswelt zu stärken, sind Gewerkschaften, Interessenvertretungen und der Betriebsrat eingerichtet worden. Diese spielen auch im Zusammenhang mit der Einführung von Kurzarbeit eine tragende Rolle, auf die noch näher einzugehen sein wird.

Unstrittig ist, dass Kurzarbeit durch einzelvertragliche Rechtsgestaltung einvernehmlich eingeführt werden kann. Unter einer Einzelvereinbarung wird eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber auf der einen Seite und dem Arbeitnehmer auf der anderen Seite verstanden, dass bedeutet, dass mit jedem der betroffenen Arbeitnehmer eine gesonderte Vereinbarung getroffen werden muss. Der Einzelarbeitsvertrag unterliegt als schwächstes Glied im Stufenbau der Rechtsordnung dem Günstigkeitsprinzip und ist subsidiär zu Gesetz und Kollektivvertrag, das heißt, dass diese höherrangigen Regelungen grundsätzlich nicht durch eine individuelle Vereinbarung umgangen werden dürfen, es sei denn, sie beinhalten für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen.

---

<sup>159</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 121; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 1.

<sup>160</sup> *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 1 f.

<sup>161</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 191.

<sup>162</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 61.

Praxisrelevant wird die einzelvertragliche Einigung nur in Klein- und Mittelbetrieben sein, da damit ein enormer Aufwand verbunden ist und die Arbeitnehmer nur schwer zu überzeugen sein werden einer Entgelteinbuße zuzustimmen. Bei der Herstellung des Einvernehmens mit den Arbeitnehmern können faktische Hindernisse oft unüberwindlich sein, bspw einen Arbeitnehmer, der einem gesetzlichen Kündigungsschutz unterliegt, oder dessen Dienstvertrag befristet ist oder ein vertragliches Kündigungsverbot enthält, zur Änderung des Vertrages im Einvernehmen zu bewegen.<sup>163</sup> In Großbetrieben wird deshalb idR entweder eine Betriebsvereinbarung, eine kollektivvertragliche Regelung bzw die Sozialpartnervereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit herangezogen.

Aus vertragsrechtlicher Sicht ist eine einzelvertragliche Änderung iSe befristeten Verkürzung der Arbeitszeit unbedenklich. So wie ein Arbeitsvertrag nicht unbedingt die Dienstleistung in einem der gesetzlichen Normalarbeitszeit entsprechenden Ausmaß zum Inhalt haben muss, kann auch in einem bestehenden Arbeitsverhältnis die Arbeitszeit einvernehmlich herabgesetzt werden. Auch die Bedenken im Hinblick auf die Willensfreiheit des Arbeitnehmers stehen dem nicht entgegen, wenn man auf die Rsp<sup>164</sup> zur Verschlechterungsvereinbarung blickt.<sup>165</sup> Eine Verschlechterungsvereinbarung wird definiert als eine zwischen den Arbeitsvertragsparteien zum Nachteil des Arbeitnehmers vereinbarte Änderung des Arbeitsverhältnisses für künftig entstehende Ansprüche.<sup>166</sup> Inhalt einer solchen Vereinbarung sind Ansprüche für Zeiträume, für die weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer seine Leistung erbracht hat.<sup>167</sup> Ein Verzicht für bereits entstandene, unabdingbare Ansprüche während des aufrechten Arbeitsverhältnisses ist aufgrund des „wirtschaftlichen Druckes“ nicht zulässig.<sup>168</sup> Hingegen ist als Ausfluss des Prinzips der Privatautonomie die Vereinbarung über erst zukünftig entstehende Ansprüche möglich,

---

<sup>163</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

<sup>164</sup> Vgl OGH 18.10.1983, 4 Ob 105/82, RdW 1983, 113 = DRdA 1984, 352 und Schrank, Zur Zulässigkeit von Verschlechterungsvereinbarungen bei aufrechten Arbeitsverhältnis, RdW 1983, 12 ff.

<sup>165</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

<sup>166</sup> Schrank, RdW 1983, 12 ff; Enzelsberger, Verschlechterungsvereinbarungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, eolex 2009, 838; Rauch, Verschlechterungsvereinbarung und Änderungskündigung, ASoK 1999, 348.

<sup>167</sup> Enzelsberger, eolex 2009, 838.

<sup>168</sup> OGH 08.06.1927, Judikat 26 neu, Arb 3725/1927; Rauch, ASoK 1999, 348.

soweit es nicht zur Unterschreitung zwingender arbeitsrechtlicher Mindeststandards führt<sup>169</sup>, der Arbeitnehmer in seiner Willensbildung nicht beeinträchtigt wird und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet wird.<sup>170</sup> Bei der Einführung von Kurzarbeit kommt es zu einem Verzicht auf zukünftige Ansprüche, ein solcher Verzicht wäre zulässig und wirksam.

Eine einzelvertragliche Verringerung des Lohnes ist somit zulässig, wenn sie ein gebührendes kollektivvertragliches Mindestentgelt nicht unterschreitet. Da die kollektivvertraglichen Gehaltstafeln üblicherweise von einer Arbeitsleistung im Ausmaß der Normalarbeitszeit ausgehen, ist eine einzelvertragliche Lohnkürzung im Ausmaß der Arbeitszeitverringerung auch unter Berücksichtigung des Günstigkeitsprinzips des § 3 Abs 1 ArbVG zulässig.

Bei der Einführung von Kurzarbeit muss der Arbeitnehmer zwar idR eine finanzielle Einbusse hinnehmen, er erhält aber im Vergleich zur tatsächlich geleisteten Arbeit eine höhere Vergütung als bei Weiterlaufen seines Lohnanspruches bei unverkürzter Arbeitszeit.<sup>171</sup>

**Zusammenfassend** ist festzustellen, dass Kurzarbeit durch eine individuelle Vereinbarung mit jedem einzelnen Arbeitnehmer eingeführt werden kann. Zu beachten sind die gegebenenfalls vorhandenen höherrangigen Bestimmungen des Kollektivvertrages und der Betriebsvereinbarung (Günstigkeitsprinzip). In der Praxis ist diese Form der Einführung von Kurzarbeit grundsätzlich nur für kleinere Unternehmen interessant, da ein enormer Verwaltungs- und Zeitaufwand damit verbunden ist.

### **2.3. Betriebsvereinbarung**

Eine weitere Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit besteht durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung mit dem zuständigen Belegschaftsorgan.

Bevor näher auf die Einführungsmöglichkeit eingegangen wird, ist eine allgemeine Erläuterung der Betriebsvereinbarung, ihrer Rechtsnatur und Einordnung notwendig.

#### **2.3.1. Definition**

Unter einer Betriebsvereinbarung versteht das Gesetz schriftliche - die Schriftlichkeit ist eine zwingende Gültigkeitsvoraussetzung - Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber einerseits

---

<sup>169</sup> Die Verschlechterungsvereinbarung ist zulässig, sofern der durch sie geänderte Vertragsinhalt den durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung normierten Mindestanforderungen entspricht; siehe OGH 18.10.1983, 4 Ob 105/82 und *Schrank*, RdW 1983, 12 ff.

<sup>170</sup> *Enzelsberger*, *ecolex* 2009, 838.

<sup>171</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

und dem zuständigen Belegschaftsorgan (Betriebsrat, Betriebsausschuss etc) andererseits in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelungen durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist.<sup>172</sup> Betriebsvereinbarungen sind somit subsidiäre Regelungsinstrumente und haben eine eingeschränkte Regelungsmacht, die nur soweit reicht, als eine gesetzliche oder kollektivvertragliche Ermächtigung existiert.<sup>173</sup> Als gesetzliche Regelungstatbestände sind vor allem die §§ 96, 96a und 97 ArbVG heranzuziehen. Diese enthalten einen Katalog der durch Betriebsvereinbarung regelbaren Materien.<sup>174</sup>

Die Betriebsvereinbarung ist eines der wichtigsten Instrumente zur Durchsetzung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einem Betrieb, was aber nicht bedeutet, dass in jeder Angelegenheit, die durch Betriebsvereinbarung regelbar ist, diese auch zwingend vorgeschrieben ist.

Während der Kollektivvertrag die arbeitsrechtlichen Belange einer ganzen Branche regelt und seine wesentliche Aufgabe in der Gestaltung des Inhalts des Arbeitsvertrages bzw der Festlegung von Arbeits- und Lohnbedingungen liegt, ist die Betriebsvereinbarung auf die Gegebenheiten eines konkreten Betriebes oder Unternehmens ausgerichtet. Die Gesamtheit der Arbeitnehmer eines Betriebes kann durch ihre gewählten Organe (Betriebsrat, Betriebsausschuss etc) ihre gesetzlichen Mitwirkungsrechte ausüben. Der Betriebsinhaber und der Betriebsrat stehen einander als gleichberechtigte Verhandlungspartner gegenüber.

Die Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung ist dem Privatrecht zuzuordnen, da sie aufgrund privatrechtlicher Kriterien zustande kommt und dem Anfechtungs- und Nichtigkeitsregeln des ABGB unterliegt. Es handelt sich um einen einseitigen korporativen Normvertrag, der nur auf der Arbeitnehmerseite von einem Kollektiv abgeschlossen wird.<sup>175</sup> Betriebsvereinbarungen sind im Betrieb aufzulegen oder an sichtbaren und für alle Arbeitnehmer zugänglichen Stellen anzuschlagen.<sup>176</sup> Werden die Kundmachungsvorschriften verletzt, kann die

---

<sup>172</sup> Vgl § 29 ArbVG.

<sup>173</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 103.

<sup>174</sup> Aber auch aufgrund anderer Gesetze können Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden, vgl bspw § 2 Abs 4 UrlG, § 2 Abs 8 EFZG.

<sup>175</sup> Im Gegensatz dazu wird der Kollektivvertrag auf beiden Seiten von kollektivvertragsfähigen Körperschaften abgeschlossen.

<sup>176</sup> Vgl § 30 ArbVG.

Betriebsvereinbarung nur obligatorische Wirkung entfalten und begründet lediglich zwischen den Vertragspartnern Rechte und Pflichten.<sup>177</sup>

Betriebsvereinbarungen sind ebenso wie Kollektivverträge mit Normwirkung ausgestattet, das heißt dass die Bestimmungen einer gültig zustande gekommenen Betriebsvereinbarung für jedes ihr unterliegende Arbeitsverhältnis unmittelbar rechtsverbindlich sind.<sup>178</sup> Günstigere Einzelvereinbarungen, die der einzelne Arbeitnehmer mit dem Betriebsinhaber abschließt, bleiben durch die Betriebsvereinbarung unberührt (Günstigkeitsprinzip).

### **2.3.2. Arten von Betriebsvereinbarungen**

Das ArbVG unterscheidet – nach dem Grad der Mitbestimmung und hinsichtlich der Rechtswirkungen – vier Arten von Betriebsvereinbarungen und zwar notwendige, notwendig erzwingbare, fakultative erzwingbare und fakultative.<sup>179</sup> Die Differenzierungsmerkmale richten sich sowohl nach der Mitbestimmungsmöglichkeit der Belegschaftsorgane als auch nach den Folgen auf die durchzuführenden Maßnahmen im Falle des Unterbleibens einer Betriebsvereinbarung. Eine weitere Kategorie bildet die so genannte „freie Betriebsvereinbarung“, deren Inhalt weder durch Gesetz noch Kollektivvertrag gedeckt ist.

#### **a) notwendige (zustimmungspflichtige) Betriebsvereinbarung**

Gem § 96 Abs 1 ArbVG bedürfen gewisse Maßnahmen des Betriebsinhabers zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates in Form einer notwendigen Betriebsvereinbarung - bspw bei der Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung. Fehlt der erforderliche Konsens, kann ihn der Betriebsinhaber nicht durch Vereinbarungen mit den betroffenen Arbeitnehmern substituieren.<sup>180</sup> Es ist keine Instanz vorgesehen, die angerufen werden könnte falls eine Einigung nicht zustande kommt.

Notwendige Betriebsvereinbarungen können jederzeit ohne Einhaltung einer Frist von beiden Vertragspartnern schriftlich gekündigt werden.<sup>181</sup>

Da sich für die Regelung der Einführung von Kurzarbeit im § 96 Abs 1 ArbVG keine Bestimmungen finden, ist die notwendige Betriebsvereinbarung für die Einführung von Kurzarbeit ohne Relevanz.

---

<sup>177</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 105.

<sup>178</sup> Vgl § 31 Abs 1 ArbVG; Betriebsvereinbarungen sind gleichsam Kollektivverträgen in einen schuldrechtlichen und normativen Teil zu trennen.

<sup>179</sup> Vgl §§ 96, 96a und 97 ArbVG; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> (2006) Rz 176a.

<sup>180</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 177.

<sup>181</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 105 f.

### **b) notwendig erzwingbare Betriebsvereinbarung („ersetzbare Zustimmung“)**

Durch die Novelle zum ArbVG 1986 wurde eine weitere Kategorie von Betriebsvereinbarungen geschaffen, jene mit „ersetzbarer Zustimmung“.<sup>182</sup> Gem § 96a Abs 1 ArbVG bedürfen gewisse Maßnahmen des Betriebsinhabers zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates, die aber durch eine Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden kann, falls es zu keiner Einigung kommen sollte - bspw im Falle der Einführung von Systemen zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebes, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind (Personalbeurteilungssysteme).<sup>183</sup>

Hier finden sich ebenfalls keine Ansatzpunkte, die für die Einführung von Kurzarbeit relevant wären.

### **c) fakultativ erzwingbare Betriebsvereinbarung**

Erzwingbare Betriebsvereinbarungen können in Angelegenheiten des § 97 Abs 1 Z 1 bis 6a ArbVG abgeschlossen werden. Als Betriebsvereinbarung erzwingbar ist bspw die generelle Festsetzung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, die Dauer und Lage der Arbeitspausen und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage.

Bei solchen Betriebsvereinbarungen bedarf es nicht von vornherein des Konsens zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat. Der Betriebsinhaber kann auch ohne die Zustimmung des Betriebsrates die Maßnahmen anordnen oder einführen. Im Falle der Nichteinigung über den Abschluss, die Abänderung oder Aufhebung einer Betriebsvereinbarung hat die Schlichtungsstelle zu entscheiden (Erzwingbarkeit). Sie kann sowohl vom Betriebsinhaber als auch vom Betriebsrat angerufen werden. Der Spruch der Schlichtungsstelle ersetzt den Konsens der Parteien und die Entscheidung gilt in weiterer Folge als Betriebsvereinbarung.<sup>184</sup>

Keine Erzwingbarkeit besteht, wenn bereits der Kollektivvertrag oder die Satzung eine entsprechende Regelung vorsehen.

### **d) fakultative (freiwillige) Betriebsvereinbarung**

Diese Art von Betriebsvereinbarung kommt ausschließlich durch Einigung der Vertragspartner zustande, es besteht keine andere Durchsetzungsmöglichkeit. Die Anrufung der Schlichtungsstelle ist ausgeschlossen. Die Einführung der entsprechenden Maßnahme

---

<sup>182</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 106 f.

<sup>183</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 181.

<sup>184</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 107 f.

kann durch Einzelvereinbarung oder falls zulässig durch Weisung geregelt werden.<sup>185</sup> Fakultative Betriebsvereinbarungen können in den Angelegenheiten des § 97 Abs 1 Z 7 bis 26 ArbVG abgeschlossen werden.<sup>186</sup>

Verkürzungen oder Verlängerungen der Normalarbeitszeit sind, auch wenn sie generell erfolgen, unter dem Gesichtspunkt des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG zu sehen. Diese Kategorie von Betriebsvereinbarung spielt im Hinblick auf die Einführung von Kurzarbeit eine Rolle. Die Verteilung der auf Basis einer fakultativen Betriebsvereinbarung geregelten, neuen verkürzten Arbeitszeit unterliegt infolge dem Regelungstatbestand nach § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG. Falls bei der Einteilung der verbleibenden Arbeitszeit kein Konsens zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erzielt werden kann, hat jeder der beiden Streitparteien die Möglichkeit, sich an die Schlichtungsstelle zu wenden, deren Spruch dann normativ wirkt.<sup>187</sup>

#### **e) freie Betriebsvereinbarung**

Falls zwischen Betriebsinhaber und dem Belegschaftsorgan eine Vereinbarung geschlossen wird, die die Arbeitsbedingungen der einzelnen Arbeitnehmer gestalten will, deren Inhalt aber weder durch Gesetz noch durch Kollektivvertrag gedeckt ist, spricht man von einer „freien Betriebsvereinbarung“. Ihr steht eine Vereinbarung gleich, die zwischen Arbeitgeber und einem unzuständigen Betriebsrat abgeschlossen wurde oder aus einem anderen Grund - bspw mangelnde Schriftform, nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht.<sup>188</sup> Solche „freien Betriebsvereinbarungen“ dürfen mit Betriebsvereinbarungen iSd ArbVG nicht verwechselt werden, da sie deren Rechtswirkungen nicht besitzen. Ob und welche rechtliche Bedeutung ihnen zukommt, ist strittig. Der OGH<sup>189</sup> geht davon aus, dass „freie Betriebsvereinbarungen“ als solche unzulässig und damit nichtig sind. Im Ergebnis billigt der OGH ihnen aber doch Rechtswirkungen zu, indem sie unter Heranziehung allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsätze zu Bestandteilen der Einzelarbeitsverträge gemacht werden.<sup>190</sup> Solche „freien Betriebsvereinbarungen“ sind sowohl hinsichtlich ihres Zustandekommens als auch ihrer Rechtswirkung nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.<sup>191</sup> So

---

<sup>185</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 108; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 185.

<sup>186</sup> Darüber hinaus auch bspw in Angelegenheiten des § 2 Abs 4 UrlG etc.

<sup>187</sup> Strasser in Floretta/Strasser, ArbVG-Handkommentar 543.

<sup>188</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> (2008) Kap XXI 2.

<sup>189</sup> OGH 16.12.2005, 9 ObA 68/05y.

<sup>190</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXI 2.

<sup>191</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXI 2; ErlRV 840 Blg NR XIII.GP, 66 f.

können für den Arbeitnehmer ausschließlich vorteilhafte „freie Betriebsvereinbarungen“ in Verträge zugunsten Dritter umgedeutet werden.<sup>192</sup>

Die Rsp<sup>193</sup> und ein erheblicher Teil der Lehre gehen davon aus, dass „freie Betriebsvereinbarungen“ eine Ergänzung der in dem betreffenden Betrieb abgeschlossenen Einzelarbeitsverträge darstellen. Eine solche Ergänzung kommt dadurch zustande, dass der Arbeitnehmer den Inhalt der „freien Betriebsvereinbarung“ ausdrücklich oder stillschweigend zur Kenntnis nimmt oder zumindest tatsächlich beachtet, also sich daran hält. Ist der Inhalt der „freien Betriebsvereinbarung“ auf diesem Weg Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages geworden, kann eine Änderung nur mehr mit Zustimmung des Arbeitnehmers vorgenommen werden.<sup>194</sup>

Die „freie Betriebsvereinbarung“ ist nicht als Rechtsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit geeignet, da sie die Anspruchsvoraussetzungen für den Erhalt von Kurzarbeitsunterstützung nicht erfüllt.

### **2.3.3. Betriebsvereinbarung im Bereich der Arbeitszeit**

Das ArbVG geht im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung zweimal auf die Frage der Arbeitszeit ein. Durch die § 97 Abs 1 Z 2 und § 97 Abs 1 Z 13 werden die Arbeitsvertragsparteien (Betriebsinhaber und Betriebsrat) einerseits zur Regelung der Anordnung der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit ermächtigt (Z 13), andererseits können sie die generelle Festsetzung des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeit, die Dauer und Lage der Arbeitspausen und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage regeln (Z 2). Bei der für die Einführung von Kurzarbeit relevanten Bestimmung des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG handelt es sich um eine **fakultative Betriebsvereinbarung** deren Abschluss, Änderung oder Aufhebung nicht von der Schlichtungsstelle erzwungen werden kann.

Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung des Tatbestandes der Z 13 den Begriff „Anordnung“ der Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit verwendet. Nach *Floretta/Strasser*<sup>195</sup> ist diese Formulierung insofern verfehlt und irreführend, als die Veränderung des zeitlichen Umfangs der Arbeitspflicht immer Gegenstand vertraglicher

---

<sup>192</sup> *Kummer*, Die Rechtsverbindlichkeit einer Betriebsvereinbarung, DRdA 1959, 235.

<sup>193</sup> Vgl OGH 12.10.1988, 9 ObA 131/88, RdW 1989, 279; OGH 27.05.1992, 9 ObA 82/92, DRdA 1993, 23 (Kerschner).

<sup>194</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 117 ff.

<sup>195</sup> *Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetz-Kurzkommentar<sup>2</sup> (1988) 223.

Gestaltung und niemals eine dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegende Angelegenheit ist, es sei denn, der Arbeitsvertrag bzw Kollektivvertrag würde eine derartige Ermächtigung enthalten.<sup>196</sup>

*Binder* hingegen ist aA: der Begriff der Anordnung sei nicht völlig verfehlt, da die zu Grunde liegende Vereinbarung auf betriebliche Erfordernisse zurückgeht. Mit dem Terminus Anordnung bringe der Gesetzgeber hinreichend klar zum Ausdruck, dass bei dieser Betriebsvereinbarungstatbestand die betrieblichen Belange im Vordergrund stehen.<sup>197</sup>

### 2.3.4. Generelle Regelung und „vorübergehende“ Verkürzung

Die Betriebsvereinbarung nach Z 13 ermächtigt, die Arbeitspflicht in materieller Hinsicht zu umgrenzen. Den Betriebsinhaber und dem Belegschaftsorgan kommt also eine Kompetenz zu, die sonst den Kollektiv- und Einzelvertragspartnern vorbehalten ist. Somit wird ein spezifisches Eingehen auf die individuellen betrieblichen Umstände ermöglicht, eine Beschränkung ergibt sich lediglich in zeitlicher Hinsicht, da nur eine vorübergehende Regelung zulässig ist.<sup>198</sup>

Bei der Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit durch eine Betriebsvereinbarung besteht eine weitere Anforderung dahingehend, dass es sich nach hM um eine **generelle** Regelung handeln muss. Diese darf nicht darauf abzielen, das Arbeitszeitausmaß bloß für einzelne Arbeitnehmer zu verändern.<sup>199</sup> Andernfalls liegt eine nicht mehr soziale, sondern personelle Betriebsrats-Bestimmung vor, die nur vom Gesetzgeber, nicht aber von den Kollektivvertragsparteien erweitert werden kann.<sup>200</sup>

Ein zentrales Auslegungsproblem ergibt sich aus dem Umstand, dass § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG ganz allgemein von einer „vorübergehenden“ Verkürzung der Arbeitszeit spricht, welcher Zeitraum unter vorübergehend zu verstehen ist, wird nicht erläutert. Der Wortlaut enthält keinen Hinweis, dass Ausgangspunkt und Vergleichsbasis der Arbeitszeitänderung nur die betriebliche Normalarbeitszeit sein kann. Eine Verkürzung der Arbeitszeit muss daher bei

---

<sup>196</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 570.

<sup>197</sup> *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (5.Lfg) § 97 Rz 159.

<sup>198</sup> *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 157; eine dauerhafte Arbeitszeitverkürzung durch Betriebsvereinbarung kommt höchstens aufgrund kollektivvertraglicher Delegation nach § 29 ArbVG in Betracht; dazu OGH 23.05.1996, 8 ObA 2063/96g, Arb 11.526 = DRdA 1996, 520.

<sup>199</sup> Vgl *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 570; *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 157 mwN.

<sup>200</sup> *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 157.

jeder generellen Verminderung, der von den betroffenen Arbeitnehmern zu leistenden Arbeitsstunden, angenommen werden.<sup>201</sup>

Zu beachten ist, dass eine auf Dauer ausgerichtete Verkürzung der Arbeitszeit, unabhängig davon ob sie als individuelle oder generelle Maßnahme erfolgt, **nicht** im Weg einer Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG geregelt werden kann. Eine derartige Regelung wäre Gegenstand von Einzelverträgen oder Kollektivverträgen und mitbestimmungsfrei. Eine Verkürzung der Arbeitszeit bzw eine Veränderung des Umfangs der Arbeitspflicht ist daher nur für einen vorübergehenden, zeitlich relativ kurz begrenzten Zeitraum möglich. Vorübergehend bedeutet daher soviel wie „kurzfristig“.<sup>202</sup>

Die Dauer des Zeitraums muss für beide Seiten von vornherein nach objektiven Kriterien quantifizierbar, somit bestimmt oder bestimmbar sein, wobei es unerheblich ist, auf welche Weise die Feststellbarkeit gegeben ist. Entweder durch zeitliche Befristung oder Eintritt eines bestimmten Ereignisses.<sup>203</sup>

§ 97 Abs 1 Z 13 ArbVG trifft über die Dauer des Zeitraumes für den die Arbeitszeit durch Betriebsvereinbarung zulässigerweise verkürzt werden kann keine Aussage. In der Lehre wird vor allem auf die 13 Wochenfrist des § 101 ArbVG<sup>204</sup> verwiesen. Zutreffend bemerkt *Schrammel*<sup>205</sup> jedoch, dass es sich dabei nicht um eine starre zeitliche Grenze handelt, sondern die 13 Wochenfrist gleichsam als „Beweislastregel“ zu verstehen ist. Eine Verkürzung der Arbeitszeit bis zu 13 Wochen ist jedenfalls zulässig, darüber hinaus ist sie seiner Ansicht nach als vorübergehende Maßnahme nur bei Vorliegen eines **besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes** anzusehen. Nach *Winter/Rainer*<sup>206</sup> ist Kurzarbeit als vorübergehende Maßnahme mit einem Rechtfertigungsgrund, nämlich den wirtschaftlichen Schwierigkeiten, zu qualifizieren und auch über die als „vorübergehend“ bezeichnete von § 101 ArbVG ausgehende 13 Wochenfrist zu rechtfertigen.

---

<sup>201</sup> *Schrammel*, Betriebsvereinbarungen über die Arbeitszeit, in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 51.

<sup>202</sup> *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 50.

<sup>203</sup> Vgl *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar, 571; bzw *Floretta/Strasser*, ArbVG-Kurzkomentar, 223 f; *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 157; *Reissner* in *ZellKomm* (2006) § 97 ArbVG Rz 74; OLG Wien 18.10.1995, 9 Ra 107/95; *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 48.

<sup>204</sup> Vgl auch § 3 Abs 4 EFZG; § 6 Abs 4 UrlG oder § 14 Abs 1 MSchG.

<sup>205</sup> *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 50 f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> (2008) Kap XIX 5 E c.

<sup>206</sup> Vgl *Winter/Rainer*, ZAS 2009/10.

Meiner Ansicht nach ist bei Einführung von Kurzarbeit aufgrund einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG jedenfalls davon auszugehen, dass die Definition „vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit“ flexibel auszulegen ist. *Schrammels* Ansicht, dass eine Verkürzung der Arbeitszeit bis zu 13 Wochen als zulässig, darüber hinaus aber nur aufgrund einer besonderen Rechtfertigung zulässig sei, ist überholt und war mE auf die Bestimmungen des AMFG bezogen. Denn vor dem Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 konnte Kurzarbeitsbeihilfe für maximal drei bis sechs Monate bezogen werden, was in etwa dem Zeitraum von 13 Wochen entspricht. Seit der Neuregelung der Bestimmungen und der Ausdehnung des Beihilfenbezuges auf sechs Monate bzw bei Verlängerung auf 18 bzw 24 Monate ist davon auszugehen, dass eine 13-wöchige-Frist nicht ausreichend lang ist. Diese Frist ist zu überdenken und neu zu definieren. Vielmehr ist jetzt von einer 26 Wochenfrist auszugehen, die bei einer besonderen sachlichen Rechtfertigung, etwa Kurzarbeit aufgrund anhaltender wirtschaftlicher Schwierigkeiten und einer globalen Wirtschaftskrise, auch noch auf bis zu 18 Monate bzw 24 Monate ausgedehnt werden kann.

### **2.3.5. Ist die Aussetzung des Arbeitsvertrages Regelungsinhalt des § 97 Abs 1 Z 13**

**ArbVG?**<sup>207</sup>

*Runggaldier*<sup>208</sup> ist der Ansicht, dass die Aussetzung und die Kurzarbeit denselben Zweck verfolgen, denn beide Institute sollen die durch vorübergehende Schwierigkeiten bedingte wirtschaftliche Belastung des Betriebes durch Reduzierung des Produktionsvolumens bei gleichzeitiger Senkung der Arbeitskosten entschärfen.

*Schnorr*<sup>209</sup> geht hingegen von der rechtlichen Unzulässigkeit der Qualifizierung der Aussetzung der Arbeit als eine quantitative Unterart der Kurzarbeit - indem behauptet wird das Aussetzen sei die Einführung von Kurzarbeit mit null Arbeitsstunden - aus.<sup>210</sup> Hier werden seiner Ansicht nach unterschiedliche Tatbestände vermischt. Es besteht durchaus die Möglichkeit den Umfang der Arbeitspflicht durch eine freiwillige Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG vorübergehend zu ändern. Hierbei handelt es sich um Kurzarbeit. Bei der gänzlichen Aussetzung des Arbeitsvertrages hingegen geht es um einen viel wesentlicheren und stärkeren Eingriff in die vertragliche Rechtsposition des Arbeitnehmers, der nach Ansicht *Schnorrs* weder durch Weisung noch durch kollektive Rechtsgestaltung in

---

<sup>207</sup> Zur Aussetzung siehe Pkt B.3.5.

<sup>208</sup> *Runggaldier*, Grenzen und Möglichkeiten der Aussetzung des Arbeitsvertrages, DRdA 1986, 274.

<sup>209</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>210</sup> So aber *Runggaldier*, DRdA 1986, 274 ff.

Form einer Betriebsvereinbarung rechtlich möglich und zulässig ist. Hier stelle sich in einem bestimmten systematischen Zusammenhang das grundsätzliche Problem der **Schranken kollektiver Rechtsgestaltung** durch individualvertragliche Rechtspositionen der Arbeitsvertragsparteien.

Ob die Aussetzung auch unter den Tatbestand der Z 13 „*vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit*“ subsumiert werden kann ist fraglich. Nach **Runggaldier**<sup>211</sup> stellt die Aussetzung eine Form von vorübergehender Arbeitszeitverkürzung dar. Er leitet aus den zur Kurzarbeit bestehenden Bestimmungen kein Kriterium ab, dass eine klare Trennung von Kurzarbeit und Aussetzung erlauben würde. Die Vorschrift des § 37b AMSG, wonach durch eine Vereinbarung sichergestellt sein muss, dass der Arbeitszeitausfall nicht unter 10% und nicht über 90% liegt, normiert nur eine Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe nach dem AMSG. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber ein solches Mindestausmaß auch als wesentliches Element des Begriffes „Kurzarbeit“ verstanden wissen wollte.

Auch **Binder**<sup>212</sup> ist der Ansicht, dass der Tatbestand der „*Verkürzung von Arbeitszeit*“ restriktiv zu verstehen sei, weshalb auch die vorübergehende Aussetzung von Arbeitsverträgen darunter subsumiert werden könne. Voraussetzung ist, dass es sich um eine generelle (abstrakte) Maßnahme handelt. Die Lohnreduktion auf Null ist eine zwangsläufige Begleiterscheinung.

Im Anschluss daran, ist festzustellen, dass der Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG nicht nur Kurzarbeit erfasst, sondern unter der *vorübergehenden Verkürzung* der Normalarbeitszeit des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG wohl auch eine Aussetzung des Arbeitsvertrages verstanden werden kann, wenn es sich um eine bloß vorübergehende Maßnahme handelt. Festzuhalten ist jedoch, dass die Aussetzung des Arbeitsvertrages keine Kurzarbeit ist.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> Runggaldier, DRdA 1986, 274 ff.

<sup>212</sup> Binder in Tomandl (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 162.

<sup>213</sup> Siehe dazu Pkt B.3.5.

### 2.3.6. Entgeltfolgen

Im Zusammenhang mit der vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit tritt die in der Lehre<sup>214</sup> umstrittene Frage auf, ob vom Betriebsvereinbarungstatbestand auch Regelungen über entgeltliche Folgen einer Verkürzung der Arbeitszeit erfasst sind, die Kürzung des Entgelts daher mit normativer Wirkung erfolgen kann. Der Wortlaut des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG erwähnt nicht, ob auch die lohnrechtlichen Konsequenzen einer Arbeitszeitänderung dem Mitbestimmungsrecht unterliegen. Die Materialien<sup>215</sup> hingegen schließen eine Regelungsbefugnis für Lohnfragen ausdrücklich aus. Für deren Regelung sollten nach wie vor Gesetz, Kollektivvertrag oder Einzelarbeitsvertrag maßgeblich sein. Da es sich beim Entgelt um eine materielle Arbeitsbedingung handelt, ist sie dem einseitigen Weisungsrecht des Arbeitgebers entzogen. In der Lit wird dem zT zugestimmt<sup>216</sup> – zT wird aber auch die gegenteilige Ansicht, wonach auch eine Entgeltminderung/-erhöhung durch die Betriebsvereinbarung vorgenommen werden kann, vertreten.<sup>217</sup>

#### a) Meinungsstand in der Literatur

Die Ansichten in der Literatur divergieren bei der Frage, ob durch eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG neben der Herabsetzung der Arbeitszeit auch das Entgelt reduziert werden darf dahingehend, dass einige Autoren der Ansicht sind, dass es wenig Sinn mache nur die Arbeitszeit nicht aber auch das Entgelt zu reduzieren.

*Floretta/Strasser*, die im Kurzkomentar<sup>218</sup> die Betriebsvereinbarung lediglich auf das zeitliche Ausmaß beschränken, gehen im Handkommentar<sup>219</sup> davon aus, dass Gegenstand der Rechtsbefugnis nach Z 13 die generelle Anordnung der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit samt den entsprechenden Vereinbarungen über die Auswirkungen auf das Entgelt ist. Nach *Floretta/Spielbüchler/Strasser*<sup>220</sup> ändert die

---

<sup>214</sup> Dafür insb *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 570 f; *Schnorr*, Grundfragen des Arbeitsverfassungsgesetzes, DRdA 1976, 112; *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 158; aA insb *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 52 f; *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III<sup>4</sup> (2009) § 97 Erl 19; dafür bei „Notstandsmaßnahmen“ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 740; dagegen sprechen die Materialien (ErlRV 840 BlgNR XIII.GP), wonach sich das Mitwirkungsrecht nicht auf die damit in Zusammenhang stehenden Lohnfragen, für deren Regelung nach wie vor Gesetz, Kollektivvertrag oder Arbeitsvertrag maßgeblich sind, erstreckt.

<sup>215</sup> ErlRV 840 BlgNR XIII.GP.

<sup>216</sup> Vgl bspw *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 51 ff.

<sup>217</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 570; *Schnorr*, DRdA 1976, 118; zustimmend *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 158.

<sup>218</sup> *Floretta/Strasser*, ArbVG-Kurzkomentar 224.

<sup>219</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 570.

<sup>220</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 570 f; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> (1998) 179.

Betriebsvereinbarung nach Z 13 somit für einen begrenzten Zeitraum die Normalarbeitszeit und bewirkt auch eine Herabsetzung des Entgelts.

**Schnorr**<sup>221</sup> schließt sich der Ansicht *Floretta/Strassers*<sup>222</sup>, dass eine Betriebsvereinbarung auch die Auswirkungen auf das Entgelt regeln kann, mit der Begründung an, dass der Arbeitgeber die bloße Einführung von Kurzarbeit auch einseitig vornehmen könne, mit der Folge, dass er in Annahmeverzug gerät. Es kann daher nicht Zweck des Gesetzes sein, eine Betriebsvereinbarung für etwas ohnehin Selbstverständliches zur Verfügung zu stellen. Eine solche hätte nur Sinn, wenn sie auch die Begleitumstände der Kurzarbeit normativ regeln kann, zu deren einseitiger Anordnung der Arbeitgeber nicht berechtigt ist.

**Runggaldier**<sup>223</sup> schließt an *Schnorrs* Überlegung an, dass die Bestimmung des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG in vielen Fällen sinnlos wäre, wenn die Betriebsvereinbarung nicht auch die mit der Arbeitszeitverkürzung einhergehenden Folgen regeln könnte, da die Funktion der Z 13, die partielle Abwälzung des Risikos auf die Arbeitnehmer, damit weitgehend ausgehöhlt wäre. Um diesen Zweck erfüllen zu können, müsse die Betriebsvereinbarung aber auch die Kompetenz haben, im Zuge der Verkürzung der Arbeitszeit auch die des Entgelts zu regeln. Dass der Gesetzgeber eine funktions- und sinnlose Norm setzen wollte, sei nicht anzunehmen. Die Zweckerfüllung der Bestimmung ist nur dann gegeben, wenn die Betriebsvereinbarung, die eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit anordnet, auch die entsprechenden Entgeltfragen regeln kann. Nach Ansicht *Runggaldiers* kann somit auf der Grundlage des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG eine freiwillige Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden, die eine Herabsetzung der Arbeitszeit bei Kürzung des Entgelts anordnen kann.

**Binder**<sup>224</sup> betont, dass das partielle Hinwegsetzen über das Entgeltregelungsverbot in den Materialien als richtiger Ansatz zu qualifizieren ist, da eine Betriebsvereinbarung nach Z 13 unvollständig bleibt, wenn sie nicht auch eine Aussage zum Entgeltausmaß bei Verkürzung des Arbeitszeitumfanges trifft. Eine lineare Verringerung des vertraglichen Entgeltanspruches wird man iZ aus der verbindlichen Änderung des Arbeitsumfangs ableiten können, weshalb dies auch in der Betriebsvereinbarung zum Ausdruck gebracht werden kann. Ist jedoch beabsichtigt dem Arbeitnehmer einen vollen Lohnausgleich trotz verkürzter Arbeitszeit zu gewähren, so kann dies in die Betriebsvereinbarung aufgenommen werden. Lediglich bei

---

<sup>221</sup> *Schnorr*, DRdA 1976, 118.

<sup>222</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG- Handkommentar 570 f;

<sup>223</sup> *Runggaldier*, DRdA 1986, 274.

<sup>224</sup> *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 158.

Änderung der betrieblichen Lohnstruktur überschreitet die Betriebsvereinbarung ihre Kompetenz.

Ein Teil der Lehre ist jedoch der Ansicht, dass durch die Betriebsvereinbarung lediglich die Arbeitszeit, nicht aber auch das Entgelt herabgesetzt werden kann, da hierfür keine gesetzliche Ermächtigung besteht. *Weißenberg/Cerny*<sup>225</sup> betonen in diesem Zusammenhang, dass die Regelung der lohnrechtlichen Konsequenzen (zB Entgeltkürzungen im Zusammenhang mit einer Kurzarbeitsregelung) durch Betriebsvereinbarung im Gesetz nicht vorgesehen ist, vielmehr sei die Regelung den Kollektivvertragspartnern vorbehalten.

Auch *Preiss*<sup>226</sup> geht davon aus, dass bei Nichtbestehen einer kollektivvertraglichen Ermächtigung die Betriebsvereinbarung eine Entgeltkürzung für den einzelnen Arbeitnehmer gegenüber dem Verdienst bei Vollarbeit nicht normativ festlegen kann. Eine andere Interpretation des § 97 Abs 1 Z 13 ist nicht möglich, weil damit zum Nachteil des Arbeitnehmers (Verletzung des Günstigkeitsprinzips aus § 31 Abs 3 ArbVG) in dessen arbeitsvertragliche Rechte eingegriffen würde. Kurzarbeit könnte daher idR durch Betriebsvereinbarung nur ohne Entgeltkürzung normativ festgelegt werden.<sup>227</sup> Mit Entgeltkürzung ist Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung dann möglich, wenn eine kollektivvertragliche Ermächtigung und eine Vereinbarung der Kollektivvertragsparteien im Einzelfall vorliegen.

Auch *Posch*<sup>228</sup> ist der Ansicht, dass die Entgeltkürzung der Regelungskompetenz der Betriebsvereinbarung entzogen ist, da dies einerseits der Zurückhaltung des Gesetzgebers hinsichtlich der Entgeltregelung durch die Betriebsvereinbarungsparteien und andererseits dem Günstigkeitsprinzip widerspricht. Ansonsten würde man nämlich durch eine solche „versteckte“ Entgeltregelung in einer Arbeitszeitbetriebsvereinbarung dem Arbeitnehmer den Einfluss auf die Regelung seines Entgelts entziehen. Es kann eben gerade nicht Aufgabe des Betriebsrates sein, das im Arbeitsvertrag vereinbarte Entgelt mit einer Betriebsvereinbarung zu verändern. Im Falle einer Arbeitszeitreduktion durch Betriebsvereinbarung bedarf es einer gesonderten individualrechtlichen Vereinbarung, damit das Entgelt an die geänderte Arbeitszeit angepasst werden kann.

---

<sup>225</sup> *Weißenberg/Cerny*, Arbeitsverfassungsgesetz<sup>6</sup> (1985) § 97 Erl 17.

<sup>226</sup> *Preiss* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht<sup>4</sup>, Gesetz und Kommentar Bd 3 (2009) § 97 Erl 19.

<sup>227</sup> aA mwN *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 158; *Reissner* in *ZellKomm* § 97 ArbVG Rz 74.

<sup>228</sup> *Posch* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (11.Lfg) Kap IV Rz 106a.

Zu der von *Preiss* und *Posch* bereits angesprochenen Verletzung des Günstigkeitsprinzips ergänzen *Winter/Thomas*<sup>229</sup>, dass auch wenn ein Günstigkeitsvergleich nicht zwingend zu Lasten der Arbeitnehmer ausfallen muss, zumal insb bei Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung durch den Arbeitgeber als Folge des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe die Arbeitnehmer im Verhältnis zur Kürzung der Arbeitszeit regelmäßig besser gestellt sein werden, eine absolut zwingende Wirkung einer Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG hinsichtlich entgeltrechtlicher Folgen einer Verkürzung der Arbeitszeit trotzdem abzulehnen sei.

Auch *Cerny*<sup>230</sup> vertritt die Ansicht, dass sich die Rechtssetzungsbefugnis der Betriebspartner bei der generellen Einführung von Kurzarbeit auf das zeitliche Ausmaß der Arbeitsleistung erschöpft währenddessen die Regelung der daraus resultierenden lohnrechtlichen Konsequenzen der betrieblichen Ebene nicht überantwortet wurde. *Cerny* ist der Ansicht, dass der Arbeitnehmer nicht durch die normative Betriebsvereinbarung gezwungen werden kann im Rahmen von Kurzarbeit auf Entgeltteile zu verzichten. Es sei zu beachten, dass die Regelung der lohnrechtlichen Konsequenzen durch Betriebsvereinbarung im Gesetz nicht vorgesehen sei. Somit behält auch *Cerny* die Entgeltregelungen grundsätzlich den Kollektivvertragsparteien vor.

*Schrammel*<sup>231</sup> führt als weiteres Argument gegen die gleichzeitige Reduktion des Entgelts an, dass die ErlRV des ArbVG sogar ausdrücklich betonen, dass sich das Mitbestimmungsrecht nicht auf die mit der Arbeitszeitveränderung verbundenen Lohnfragen beziehen. Für deren Regelung sollten nach wie vor Gesetz, Kollektivvertrag oder Arbeitsvertrag maßgebend sein. Die klare Absicht des Gesetzgebers und der mit dieser Absicht konform gehende Gesetzeswortlaut verbieten seiner Meinung nach durch eine Betriebsvereinbarung an die Verkürzung der Arbeitszeit lohnrechtliche Konsequenzen zu knüpfen, die zu den gesetzlich oder vertraglich eintretenden Rechtsfolgen in Konkurrenz treten. Die Betriebsvereinbarung könne keinen Lohnausgleich bei der Einführung von Kurzarbeit vorsehen. Wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf Bezahlung eines bestimmten Mindestentgelts unabhängig von der Dauer der Arbeitsleistung hat, kann die Betriebsvereinbarung das Entgelt im Zusammenhang mit einer Kurzarbeitsregelung nicht kürzen. Die Betriebsvereinbarung hat vielmehr die lohnrechtlichen Auswirkungen der Arbeitszeitänderung so zu akzeptieren, wie

---

<sup>229</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>230</sup> *Cerny*, Arbeitsverfassungsgesetz<sup>9</sup> (1988) § 97 Erl 18.

<sup>231</sup> *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 52.

sie durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Arbeitsvertrag eintreten. Die mit einer Verkürzung der Arbeitszeit verbundenen Benachteiligungen des Arbeitnehmers können daher nur individualrechtlich oder auf überbetrieblicher Ebene ausgeglichen werden.

**Hutter**<sup>232</sup> verweist in ihrer Ausführung auf *Schrammel* und ergänzt, dass schon nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung mit einer Veränderung der Arbeitszeit eine proportionale Änderung des Entgelts einhergeht. Wird der Arbeitslohn nach Stunden, Tagen oder Wochen bemessen, so wird demnach an die Verkürzung der Arbeitszeit regelmäßig auch eine Verringerung des Entgelts geknüpft sein.<sup>233</sup>

**Reissner**<sup>234</sup> verneint im Anschluss an die Ausführungen von *Schrammel*, *Preiss* und *Cerny* unter Hinweis auf die ErlRV<sup>235</sup> ebenfalls, die Möglichkeit, dass eine Betriebsvereinbarung neben der Anordnung der Kurzarbeit auch in die kollektivvertraglichen oder vertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf das Entgelt eingreifen kann. Zu beachten sei aber, dass es je nach maßgeblicher Entgeltregelung des Arbeitnehmers zu einem Durchschlagen auf die Entgelthöhe kommen kann.

**Schwarz/Löschnigg**<sup>236</sup> vertreten eine gemischte Meinung und zwar gehen sie von jenem Standpunkt aus, wonach eine ausnahmsweise absolut zwingende Wirkung einer Betriebsvereinbarung (Arbeitszeitverkürzung nebst entsprechender Lohnkürzung) nur anerkannt werde, wenn es sich um eine echte Notstandsmaßnahme handle, die einen Personalabbau verhindern soll.

**Anzenberger**<sup>237</sup> pflichtet den Ausführungen *Schwarz/Löschnigg* bei. Zu beachten sei allerdings, dass auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und die daraus folgende Zumutbarkeit der Maßnahme Bedacht zu nehmen sei. Die Voraussetzungen für die Regelung der lohnrechtlichen Folgen sind seiner Ansicht nach gerade bei der Einführung von (geförderter) Kurzarbeit erfüllt, da als teilweise Abgeltung des Entgeltentfalles die im Verhältnis zur gewonnenen Freizeit überproportionale Kurzarbeitsunterstützung gewährt wird.

---

<sup>232</sup> *Hutter*, *ecolex* 2009, 249.

<sup>233</sup> *Schrammel* in *Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 52; so auch *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 158.

<sup>234</sup> *Reissner* in *ZellKomm* § 97 ArbVG Rz 74.

<sup>235</sup> ErlRV 840 Blg NR XIII.GP.

<sup>236</sup> *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>10</sup> 740.

<sup>237</sup> *Anzenberger*, Kurzarbeit Portrait eines „kleineren Übels“, *juridikum* 2009, 110 (110).

## b) Eigene Ansicht

Aus dem Gesetzeswortlaut des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG ist abzuleiten, dass lediglich die Arbeitszeit vorübergehend verkürzt werden soll, wenn der Gesetzgeber gleichfalls eine Herabsetzung des Entgelts beabsichtigt, stünde derartiges im Gesetzeswortlaut. Auch die Materialien erwähnen **ausdrücklich**, dass sich das Mitwirkungsrecht nicht auf die damit im Zusammenhang stehenden Lohnfragen bezieht.

Meines Erachtens ist davon auszugehen, dass eine fakultative Betriebsvereinbarung, die auch dem Gesetzeswortlaut nach nur zu einer Regelung der vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit berechtigt ist, nicht auch die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer normativ regeln kann. Es besteht, wie schon von einigen Autoren vorgebracht wurde, keine gesetzliche Ermächtigung zur Regelung dieser Ansprüche. Daher ist daraus abzuleiten, dass der Gesetzgeber diese Frage nicht durch Betriebsvereinbarung geregelt haben wollte, sondern dieser Punkt zur Regelung den Kollektivverträgen, Gesetzen und Einzelvereinbarungen vorbehalten sein soll. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Regelung des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG, wenn von vorübergehender Verkürzung gesprochen wird nicht ausschließlich Fälle von Kurzarbeit regelt.

Abgesehen davon ist eine Kürzung des Entgelts durch Betriebsvereinbarung gar keine Notwendigkeit, da es idR schon aufgrund des untrennbaren Verhältnisses von Entgelt und Arbeitszeit zu einer Herabsetzung des Entgelts der Arbeitnehmer kommt.<sup>238</sup> Entgeltansprüche sind grundsätzlich auf die Normalarbeitszeit bezogen. Wenn es nun zu einer Herabsetzung der Arbeitszeit kommt, ist wegen der Wechselbeziehung zwischen Arbeitszeit und Entgelt davon auszugehen, dass sich das Entgelt im Verhältnis zur herabgesetzten Arbeitszeit ebenfalls verringert. Zumal es sich bei Kurzarbeit um eine bloß vorübergehende Reduktion der Arbeitszeit handelt und es somit zu keiner dauerhaften Senkung des Entgelts der Arbeitnehmer kommt. Würde sich der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers nicht proportional zur Arbeitszeit verhalten - abgesehen von einigen Ausnahmen wie Sonderzahlungen und Jubiläumsgeldern, deren Zweck jedoch ein anderer ist - stünde das ganze „System“ des Arbeitsrechts „Kopf“, denn die Arbeitnehmer hätten, in konsequenter Durchführung, auch keinen Anspruch auf Entlohnung der Überstunden.

Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Mindestentlohnung in Kollektivverträgen an die tatsächliche Arbeitsleistung gebunden ist und so ein untrennbares Verhältnis zwischen

---

<sup>238</sup> Siehe Pkt B.2.3.6.d).

Entgelt und Arbeitszeit schafft, dass nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen durchbrochen werden darf.

Eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG, die eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit anordnet, kann zwar nicht die lohnrechtlichen Konsequenzen regeln, aufgrund der Tatsache, dass Arbeitsleistung und Entgelt in einem untrennbaren Verhältnisses stehen, wird eine solche Entgeltreduktion jedoch als zwangsläufige Konsequenz bewirkt und bedarf demgemäß keiner Regelung durch Betriebsvereinbarung.

Im Fall von durch das AMS geförderter Kurzarbeit wird ein Entgelt-Ausgleich für die Arbeitnehmer erzielt. Sie verlieren wegen des Bezuges der Kurzarbeitsunterstützung nur einen geringen Prozentsatz des Entgelts.

In diesem Zusammenhang stellt die Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung durch den Arbeitgeber eine „systemwidrige“ Leistung dar. Durch sie wird eine nicht erbrachte Arbeitsleistung „entlohnt“, es stellt sich das Problem einer Entgeltaufstockung und nicht das einer Kürzung. Da es sich bei der Kurzarbeitsunterstützung bzw der vom AMS an den Arbeitgeber gewährten Kurzarbeitsbeihilfe jedoch nicht um eine Vergütung für geleistete Arbeit handelt, sondern um eine „soziale“ Beihilfe aus den Mitteln der Arbeitsmarktpolitik, stellen diese Leistungen keine Durchbrechung des Verhältnisses zwischen Arbeitsleistung und Entgelt dar.

### **c) Konsequenzen der Einordnung der Entgeltfrage**

Falls man sich der Meinung jener Autoren anschließt, die die Entgeltfrage aus der Kompetenz der Belegschaftsvertretung ausklammern, muss der Arbeitgeber sofern die Lohnminderung auf überbetrieblicher Ebene nicht geregelt ist, mit den Arbeitnehmern individuelle Vereinbarungen schließen bzw erhalten sie automatisch weniger Entgelt. Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Einführung von Kurzarbeit wäre daher auf Fragen wie die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer, Ausmaß und Dauer der vorübergehenden Arbeitszeitverkürzung und Ähnliches beschränkt.<sup>239</sup>

Die gesetzliche Möglichkeit Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG einzuführen, erscheint selbst dann nicht befriedigend, wenn man annimmt, dass auch eine entsprechende Entgeltkürzung durch eine solche Betriebsvereinbarung bewirkt

---

<sup>239</sup> *Reibach*, Kurzarbeit 36 f.

wird.<sup>240</sup> Zu beachten ist, dass selbst bei Annahme, dass die Entgeltkürzung auch in der Betriebsvereinbarung geregelt wird, berücksichtigt werden muss, dass die Betriebsvereinbarung nicht als Anspruchsvoraussetzung für den Erhalt von Kurzarbeitsbeihilfe iSd § 37b AMSG ausreicht, sondern hierfür eine Vereinbarung der kollektivvertragsfähigen Körperschaften notwendig ist. Das Lohnrisiko würde mithin allein auf die betroffenen Arbeitnehmer abgewälzt.<sup>241</sup> Eine Betriebsvereinbarung nach Z 13 kann zwar nähere Konkretisierungen hinsichtlich des aufrecht zu erhaltenden Beschäftigtenstandes, des Beschäftigtenausmaßes und der Entschädigung treffen, nicht jedoch für sich allein die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe des AMS bewirken<sup>242</sup>, da hierfür gem § 37b AMSG eine Vereinbarung zwischen den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gefordert wird und nicht eine Vereinbarung zwischen dem Betriebsinhaber und dem Belegschaftsorgan.

#### **d) Bewirkt eine Veränderung der Normalarbeitszeit auch eine Veränderung des Lohnes?**

Zu beachten ist, dass die durch Betriebsvereinbarung geregelte normative Verkürzung der Arbeitszeit zu einer entsprechenden quantitativen Verringerung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers führt. Eine Verkürzung der Arbeitszeit und der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers führt idR auch arbeitsvertraglich zu einer anteiligen Kürzung der Höhe des Entgelts, das dem Arbeitnehmer für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft geschuldet wird. Sowohl bei der individualrechtlichen als auch bei der kollektivvertraglichen Vereinbarung eines nicht nach Stunden sondern nach längeren Zeiteinheiten bemessenen Lohnes muss im Zweifel davon ausgegangen werden, dass der Entgeltanspruch jeweils auf eine Normalarbeitszeit bezogen ist, die idR der gesetzlich höchstzulässigen Wochenarbeitszeit entspricht.<sup>243</sup> Der Entgeltanspruch steht daher in einem untrennbaren Verhältnis zu dem vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeitausmaß.<sup>244</sup> Eine Verkürzung der Arbeitszeit führt daher bei Auslegung der kollektiv- und einzelvertraglichen Entgeltregelungen in den meisten

---

<sup>240</sup> Vgl *Strasser in Floretta/Strasser ArbVG-Handkommentar* 570; *Schnorr*, DRdA 1976, 118; aA *Schrammel in Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 51 ff; differenzierend *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 740.

<sup>241</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>242</sup> *Binder in Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 161.

<sup>243</sup> *Schrammel in Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 52.

<sup>244</sup> IdS wohl auch *Reissner in ZellKomm* § 97 ArbVG Rz 74, der davon ausgeht, dass es bei einer flexiblen Festlegung des kollektivvertraglichen Mindestlohns nach dem Ausmaß der Arbeitszeit oder stundenweiser Entlohnung „systembedingt“ zu einer geringeren Entgelthöhe kommt.

Fällen zu einer entsprechenden anteiligen Verkürzung des Entgeltanspruchs, ohne dass es dafür einer Regelung durch Betriebsvereinbarung bedarf.<sup>245</sup>

**Runggaldier**<sup>246</sup> geht davon aus, dass aus den ErlRV des ArbVG nicht der Schluss gezogen werden dürfe, dass bei Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung keinerlei Lohnreduktion Platz greife. Das kollektivvertragliche Mindestentgelt sei üblicherweise an die tatsächliche Leistung einer bestimmten Zahl von Arbeitsstunden gebunden. Daraus ergebe sich bspw, dass die Bestimmungen über das Mindestentgelt durch die Halbierung dieses Entgelts bei Halbtagsbeschäftigten nicht verletzt werden. Es müsse hingenommen werden, dass bei Festlegung von Kurzarbeit dem Arbeitnehmer entsprechend den kollektivvertraglichen Entgeltregelungen im Allgemeinen ein geringeres Entgelt gebührt. Insofern wird die Lohnreduktion bzw Gehaltsreduktion nicht unmittelbar durch die Betriebsvereinbarung angeordnet, ist aber deren Begleiterscheinung.

#### **e) Besondere Entgeltregelung**

Problematischer gestalten sich Fälle, in denen mit der Arbeitszeitänderung eine besondere Entgeltregelung eingeführt werden soll, dem Arbeitnehmer bspw ein teilweiser Entgeltausgleich zu gewähren ist. Folgt man jenem Teil der Lehre, der eine Rechtssetzungsbefugnis für Lohnfragen als von der Betriebsvereinbarungskompetenz umfasst versteht, so ist die Einführung eines solchen Entgeltausgleiches durch Betriebsvereinbarung wohl als zulässig zu erachten. Sieht man eine derartige Regelungsbefugnis hingegen als von § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG nicht erfasst, bleibt die Entgeltänderung einer kollektiv- oder einzelvertraglichen Regelung vorbehalten<sup>247</sup> oder ist Inhalt einer „freien Betriebsvereinbarung“ und damit Arbeitsvertragsinhalt.

#### **2.3.7. Günstigkeitsprinzip**

Die Anordnung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung ist unter einem weiteren Gesichtspunkt problematisch. Gemäß § 31 Abs 3 ArbVG sind Einzelvereinbarungen nur gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die durch Betriebsvereinbarung nicht geregelt sind. Legt man diesen Grundsatz buchstabengetreu aus, müssten Arbeitszeitreduzierungen und auch Aussetzungen gemäß § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG im Allgemeinen unzulässig sein, da sie idR ungünstiger sind als die bestehenden

---

<sup>245</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>246</sup> Runggaldier, DRdA 1986, 274 ff.

<sup>247</sup> So bspw Schrammel in Tomandl, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 53.

Individualverträge.

Dies gilt auch dann, wenn dadurch Arbeitsplätze langfristig gesichert werden könnten. Die Sicherung der Arbeitsplätze ist nämlich kein Gut, das im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs dem Nachteil der Entgeltreduktion/Arbeitszeitreduktion gegenübergestellt werden könnte.<sup>248</sup>

Zu überlegen ist jedoch, dass Regelungen über die Arbeitszeit nur dann sinnvoll sein können, wenn sie für alle Arbeitnehmer einheitlich eingeführt und durchgeführt werden können.<sup>249</sup> Es ist somit von der Ziel- und Zwecksetzung des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG auszugehen und diese gebieten eine Einschränkung des Günstigkeitsprinzips dergestalt, dass durch Betriebsvereinbarung eine Verkürzung der Arbeitszeit auch dann mit zwingender Wirkung statuiert werden kann, wenn dieser günstigere Individualabsprachen entgegenstehen.<sup>250</sup>

### **2.3.8. Zusammenfassung**

Durch eine fakultative Betriebsvereinbarung kann die Arbeitszeit für Arbeitnehmer herabgesetzt werden. Voraussetzung für die Herabsetzung ist, dass es sich um eine *vorübergehende* und generelle Regelung handelt. Unter vorübergehend ist ein zeitlich relativ kurz begrenzter Zeitraum zu verstehen. Vorübergehend bedeutet daher soviel wie kurzfristig und wird idR aufgrund der Möglichkeit eines längeren Beihilfenbezuges 26 Wochen betragen bzw bei Vorliegen einer besonderen sachlichen Rechtfertigung auch darüber hinaus andauern können. Die Dauer des Zeitraumes muss für beide Seiten (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) von vornherein nach objektiven Kriterien quantifizierbar, dh *bestimmt oder bestimmbar* sein.

Probleme stellen sich bei der Frage, ob auch die mit der Herabsetzung der Arbeitszeit korrespondierende Entgeltfrage über die Betriebsvereinbarung geregelt werden kann.

Aufgrund des Gesetzeswortlautes, der von einer vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit spricht und der ausdrücklichen Klarstellung in den Materialien, dass lohnrechtliche Konsequenzen nicht durch eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG geregelt werden sollen, ist davon auszugehen, dass eine Betriebsvereinbarung keine Kürzung des Entgelts regeln kann. Vielmehr besteht gar keine Notwendigkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung, da der Entgeltanspruch regelmäßig in einem untrennbaren Verhältnis zu dem vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeitausmaß steht und somit die Verkürzung der Arbeitszeit auch eine Herabsetzung des Entgelts zur Folge hat. Es erübrigt sich somit über

---

<sup>248</sup> Runggaldier, DRdA 1986, 274 ff.

<sup>249</sup> Runggaldier, DRdA 1986, 274 ff.

<sup>250</sup> Runggaldier, DRdA 1986, 274 ff.

die normative Regelungsmöglichkeit der Betriebsvereinbarung hinsichtlich der Entgeltregelung zu diskutieren, da die Entgeltreduktion nicht unmittelbar durch die Betriebsvereinbarung angeordnet wird, sondern deren Begleiterscheinung ist.

Allfällige Probleme im Bezug auf eine Entgeltaufstockung durch die Kurzarbeitsunterstützung bzw die Kurzarbeitsbeihilfe stellen sich nicht, da diese Leistung nicht im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht, sondern aufgrund sozialer Aspekte als Ausgleich für die entfallenden Arbeitsstunden aus Mitteln des AMS gewährt wird.

## **2.4. Kollektivvertrag**

### **2.4.1. Grundlegendes**

Die Tatsache, dass Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber beim Aushandeln von Arbeitsbedingungen die schwächere Position haben, führte zur Bildung von Arbeitnehmer Koalitionen, die in Vertretung der Arbeitnehmer Verhandlungen führen. Vereinbarungen auf kollektivvertraglicher Ebene spiegeln demnach das Verhandlungsergebnis gleichrangiger Partner wieder und dienen der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen.<sup>251</sup>

Der zentrale Inhalt von Kollektivverträgen ist die Regelung der aus dem Arbeitsvertrag entspringenden gegenseitigen Rechte und Pflichten, vor allem des Entgelts und des Umfangs der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit.

Kollektivverträge sind unmittelbar geltend und rechtsverbindlich, das bedeutet, dass sie normative Wirkung entfalten. Soweit der Kollektivvertrag nichts anderes bestimmt, sind die normativen Bestimmungen eines Kollektivvertrages relativ zwingend, da sie weder durch Betriebsvereinbarung noch durch einen anders lautenden Individualarbeitsvertrag aufgehoben oder beschränkt werden können.<sup>252</sup> Nur für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen in Betriebsvereinbarungen oder Einzelvereinbarungen gehen dem Kollektivvertrag vor (Günstigkeitsprinzip).<sup>253</sup> Den Kollektivvertragsparteien ist es jedoch möglich den Bestimmungen des Kollektivvertrages absolut zwingende Wirkung zu verleihen oder diese nur dispositiv auszugestalten.<sup>254</sup>

Die meisten Kollektivverträge werden derzeit von der zuständigen gesetzlichen Interessenvertretung (Arbeitgeberseite) und von der freiwilligen Interessenvertretung (ÖGB) auf der Arbeitnehmerseite abgeschlossen.

---

<sup>251</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 1.

<sup>252</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 137.

<sup>253</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 9.

<sup>254</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 137 mwN.

### 2.4.2. Kollektivvertragsklauseln zur Einführung von Kurzarbeit

Da die Einführung von Kurzarbeit und die idR damit einhergehende Entgeltminderung eine Änderung der materiellen Arbeitsbedingungen bewirken, wird deutlich wie heikel diese Frage ist und zeigt die Notwendigkeit einer kollektiven Regelung, um das auf individualrechtlicher Ebene existierende Verhandlungsungleichgewicht zu entschärfen.

Bei der Einführung von Kurzarbeit haben die Kollektivvertragspartner einen **weiten Spielraum**, der von der konkreten Regelung auf überbetrieblicher Ebene bis zur Delegation an die Betriebsparteien reicht. Der Kollektivvertrag kann die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, deren Umfang, zeitliche Lage und Folgen für das Lohngefüge so eindeutig, detailliert und vollständig benennen, dass es keiner konkretisierenden Instanz mehr bedarf. Formale Voraussetzungen, wie die Einhaltung von Ankündigungsfristen finden ebenso Eingang in eine kollektivvertragliche Abmachung, wie auch etwa eindeutige Relationen zwischen der Quantität der ausfallenden Arbeitszeit und der prozentualen Höhe der Lohnkürzung.<sup>255</sup>

Kollektivvertragsrechtliche Kurzarbeitsregelungen können aber nur innerhalb der Grenzen des § 2 Abs 2 ArbVG normative Wirkung entfalten. Regelungen wie etwa § 6 Abs 1 und 2 des Rahmenkollektivvertrages der Kürschner, Handschuhmacher, Gerber, Präparatoren und Säckler<sup>256</sup> idF 01.05.2002, wo nur Verfahrensmodalitäten vorgesehen sind, können keiner Kollektivvertragsermächtigung unterstellt werden und sind dem obligatorischen Teil zuzuordnen. Hingegen ist der Abs 3 des zit Kollektivvertrages<sup>257</sup>, indem ein Mindestentgeltanspruch während der Kurzarbeit festgelegt wird, eine Bestimmung mit normativer Wirkung, da sie einen typischen Vertragsinhalt regelt.<sup>258</sup>

Kollektivverträge, die jene Voraussetzungen erfüllen, die für eine **Sozialpartnervereinbarung**<sup>259</sup> nötig sind, können als solche qualifiziert werden und zur Gewährung der Beihilfe des AMS führen. Es besteht keine Notwendigkeit des Abschlusses einer weiteren Sozialpartnervereinbarung.

---

<sup>255</sup> *Reibach*, Kurzarbeit 34.

<sup>256</sup> § 6 Abs 1: Zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen kann zur Sicherung von Arbeitsplätzen mit Beiziehung der Kollektivvertragspartner zwischen Firmenleitung und Betriebsrat bzw in Betrieben ohne Betriebsrat schriftlich mit den betroffenen Arbeitnehmern, Kurzarbeit vereinbart werden.

Abs 2: die von einer Kurzarbeitsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmer sind davon spätestens eine Woche vor Beginn der Kurzarbeit zu informieren.

<sup>257</sup> § 6 Abs 3: Kurzarbeitern wird ein Wochenlohn in der Höhe von 75% des Lohnes der jeweils geltenden gesetzlichen bzw gemäß § 2 Abs 4 vereinbarten wöchentlichen Normalarbeitszeit garantiert.

<sup>258</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>259</sup> Siehe dazu ausführlich Pkt C.5.4.

Falls die Mindestvoraussetzungen durch die kollektivvertraglichen Kurzarbeitsklauseln jedoch nicht erfüllt sind, entfalten diese – soweit sie dem obligatorischen Teil zuzurechnen sind - nur zwischen den Kollektivvertragspartnern bindende Wirkung. Sie stellen eine Selbstbindung der Sozialpartner dar, Kurzarbeit nur unter den vereinbarten Bedingungen einzuführen.<sup>260</sup> Soweit sie normativ wirken, können solche Regelungen Teil einer Sozialpartnervereinbarung in Form eines Kollektivvertrages werden, doch können sie nach dem Grundsatz der *lex posterior derogat legi priori* auch von den Kollektivvertragsparteien abgeändert werden.<sup>261</sup>

Falls die Sozialpartnervereinbarung in Form eines **schuldrechtlichen Vertrages** abgeschlossen wird, ist eine Durchbrechung der Normwirkung eines Kollektivvertrages dem Arbeitgeber untersteht, nicht möglich. Dass heißt diese Normwirkung steht der Durchführung der Sozialpartnervereinbarung im Wege soweit sich die beiden überschneiden würden.<sup>262</sup>

### **2.4.3. Kollektivvertragliche Kurzarbeitsregelungen**

In der Praxis bestehen zahlreiche Kollektivverträge in denen bereits Kurzarbeitsregelungen mit unterschiedlichem Inhalt vorgesehen sind. Es ist zu beachten, dass verschiedene Typen von Kollektivvertragsregelungen zu unterscheiden sind.

Eine **Form von Kurzarbeitsklauseln**<sup>263</sup> unterscheidet zwischen der Einführung von Kurzarbeit ohne Inanspruchnahme von Kurzarbeitsbeihilfe, wo eine notwendige Betriebsvereinbarung vorausgesetzt wird und jener mit Bezug der Kurzarbeitsbeihilfe. Hier entsteht die Problematik der Zulässigkeit nach § 29 ArbVG.

Bei Inanspruchnahme der Kurzarbeitsbeihilfe ist die Vereinbarung den kollektivvertragsfähigen Körperschaften vorbehalten. Die Besonderheit derartiger kollektivvertraglicher Kurzarbeitsklauseln ist, dass bei der Einführung von Kurzarbeit von vornherein ein Mindestlohn von 75% des Wochenlohnes der jeweils geltenden gesetzlichen Normalarbeitszeit garantiert wird. Darin kann eine Vorwegnahme der durch § 37b AMMSG geforderten Festlegung der Kurzarbeiterunterstützung durch die Sozialpartnervereinbarung

---

<sup>260</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>261</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>262</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>263</sup> Die etwa im Rahmenkollektivvertrag der Bekleidungsbranche, der Kürschner, Handschuhmacher, Gerber, Präparatoren und Säckler enthalten sind.

gesehen werden. Allerdings entsteht hier die Frage nach den Rechtswirkungen gegenüber der Sozialpartnervereinbarung nach Maßgabe des Spezialitätsprinzips.<sup>264</sup>

**Ältere Kollektivverträge**<sup>265</sup> sehen für den Fall der Einführung von Kurzarbeit lediglich eine bestimmte Mindeststundenzahl (meist 32 Stunden wöchentlich) vor, die nicht unterschritten werden darf. Dabei handelt es sich um bloße kollektivvertragliche Zulassungsnormen, welche die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37b AMSG nicht erfüllen. Falls der Arbeitgeber einen Antrag auf Kurzarbeitsbeihilfe zu stellen beabsichtigt, ist eine gesonderte Sozialpartnervereinbarung abzuschließen, wobei die Mindeststundengrenze des Kollektivvertrages unterschritten werden kann. Die Sozialpartnervereinbarung ist – der Rahmenkollektivvertrag und die Sozialpartnervereinbarung haben die gleiche Rangordnung - die speziellere Regelung nach dem „lex specialis derogat legi generali“ Prinzip.<sup>266</sup>

Der Kollektivvertrag für das Maler-, Anstreicher- und Schilderherstellergewerbe idF 01.05.2003 sieht unter Punkt 3 lit c vor, dass bei einer Vereinbarung gem § 37b AMSG und der Gewährung einer Entschädigung, die Arbeitszeit nur bis zu 32 Stunden gekürzt werden kann.

Vom rechtsmethodischen Standpunkt aus würde das die Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes auf die Sozialpartnervereinbarung iSd § 37b AMSG nicht ausschließen. In einer solchen könnte daher die Untergrenze von 32 Stunden unterschritten werden, ohne dass dies die Unwirksamkeit der Vereinbarung zur Folge hätte, vorausgesetzt, die Sozialpartnervereinbarung ist ein Kollektivvertrag. Jedoch muss diese Kurzarbeitsklausel so gedeutet werden, dass sich die Kollektivvertragsparteien schuldrechtlich verpflichtet haben, in den speziellen Sozialpartnervereinbarungen die Mindestgrenze von 32 Stunden nicht zu unterschreiten.<sup>267</sup>

In **jüngeren Kollektivverträgen**, etwa in jenem Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe<sup>268</sup>, ist meist vorgesehen, dass die wöchentliche Normalarbeitszeit nur im einvernehmlichen Vorgehen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat<sup>269</sup> herabgesetzt werden kann. Weiters ist im Falle der Beantragung der

---

<sup>264</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>265</sup> Etwa jener Kollektivvertrag für das Maler-, Anstreicher- und Schilderherstellergewerbe.

<sup>266</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>267</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>268</sup> Unter Abschnitt VI. Pkt 15.

<sup>269</sup> Falls in einem Betrieb weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind, ist eine individuelle Vereinbarung mit jedem einzelnen Arbeitnehmer notwendig.

Kurzarbeitsbeihilfe zusätzlich zur Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bzw den einzelnen Arbeitnehmern die Zustimmung der Kollektivvertragsparteien nötig.

Auch der Rahmenkollektivvertrag für die Arbeiter der österreichischen Textilindustrie enthält diese Kurzarbeitsklausel<sup>270</sup>, allerdings mit der Modifikation, dass nicht von der Zustimmung der Kollektivvertragsparteien zu der notwendigen Betriebsvereinbarung, sondern von „nötigen Gesamtvereinbarungen“ der zuständigen Kollektivvertragsparteien die Rede ist.<sup>271</sup>

Diese Art von kollektivvertraglichen Kurzarbeitsklauseln soll einen Mittelweg zwischen betriebswirtschaftlichen und sozialen Interessen herstellen und gleichzeitig die Voraussetzungen für den Bezug einer Förderung des AMS gem § 37b AMSG beinhalten. Der Arbeitgeber ist aufgrund der normativen Wirkung der notwendigen Betriebsvereinbarung von vornherein gebunden.

#### **a) Problemstellung**

Probleme stellen sich im Bereich des zwingend vorgesehenen Einvernehmens zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Einführung der Kurzarbeit. Wenn man diese Formulierung näher betrachtet und genau auslegt, handelt es sich um eine zwingend vorgeschriebene Betriebsvereinbarung, was eine **Erweiterung des gesetzlichen Mitwirkungsrechts** - für die Einführung von Kurzarbeit in § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG ist nur die freiwillige Betriebsvereinbarung vorgesehen - darstellt. Hier liegt ein **systematischer Widerspruch** innerhalb des ArbVG vor, der durch Interpretation zu lösen ist.

#### **b) Meinungsstand**

Einerseits ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, insb aus § 2 Abs 2 Z 5 ArbVG und aus § 29 ArbVG, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nicht beliebig erweiterbar sind. Die Begründung echter Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates kann, folgt man der hM<sup>272</sup>, durch den Kollektivvertrag nicht erfolgen.

Andererseits ermächtigt § 29 ArbVG die Kollektivvertragsparteien, Angelegenheiten der kollektiven Rechtsgestaltung auf die Regelung durch Betriebsvereinbarung zu delegieren. Nach hM handelt es sich dabei um bestimmt zu bezeichnende Angelegenheiten, die an sich Inhalt eines Kollektivvertrages sein können, auf deren Regelung aber die Kollektivvertragsparteien verzichten und sie der Regelung durch Betriebsvereinbarung

---

<sup>270</sup> § 4 des Rahmenkollektivvertrages idF 01.04.2004.

<sup>271</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>272</sup> Vgl Holzer, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1982) 110 ff, Cerny, ArbVG<sup>9</sup> 103 f iVm 38 ff; Strasser in Floretta/Strasser, ArbVG-Handkommentar 166 ff.

überantworten.<sup>273</sup> *Strasser*<sup>274</sup> spricht von einer Verlagerung der Regelungskompetenz von der Kollektivvertragsebene auf die Betriebsebene.

Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Kollektivvertragsparteien unter bestimmten Voraussetzungen den betrieblichen Sozialpartnern vorschreiben können, eine bestimmte Angelegenheit nur durch Betriebsvereinbarung zu regeln oder ob sich die Delegation durch Kollektivvertrag auf die Befugnis beschränkt, über die gesetzliche Ermächtigung hinaus freiwillig Betriebsvereinbarung abzuschließen. Die meisten Autoren äußern sich zu dieser Frage nicht eindeutig.<sup>275</sup> Lediglich *Holzer*<sup>276</sup> wendet sich gegen die Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch kollektivvertragliche Delegation.

Aus dem Wortlaut des § 29 ArbVG lässt sich kein Schluss auf die Befugnis der Kollektivvertragsparteien, dem Arbeitgeber und Betriebsrat den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zwingend vorzuschreiben, ziehen. Solche notwendigen Betriebsvereinbarungen können sich kraft kollektivvertraglicher Delegation im Wege der teleologischen Interpretation ergeben. Der Regelungszusammenhang zwischen Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung, der durch § 29 ArbVG hergestellt wird, lässt nach *Schnorr*<sup>277</sup> folgende Argumentation zu: Die Überlassung der Regelungsbefugnis an die Parteien der Betriebsvereinbarung kann nicht ohne weiteres dahingehend verstanden werden, dass die Kollektivvertragsparteien damit implicite allenfalls auf eine Regelung dieser Angelegenheit durch kollektive Rechtsgestaltung überhaupt verzichten wollten. Es kann sich entweder aus der gesetzlichen Situation oder aus der Natur des Gegenstandes ergeben, dass eine Regelung durch kollektive Rechtsgestaltung notwendig wird. In diesen Fällen muss den Kollektivvertragsparteien in der Tat das Recht zugestanden werden, die betrieblichen Sozialpartner zu verpflichten, den Gegenstand durch Betriebsvereinbarung zu regeln, wenn sie ihn nicht im Kollektivvertrag selbst regeln wollen.

Wenn die Kollektivvertragsparteien diese Art der kollektiven Rechtsgestaltung mit ihrer Zustimmung der Betriebsvereinbarung überlassen, dann muss diese logischerweise ebenfalls notwendiger Natur sein.<sup>278</sup>

---

<sup>273</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>274</sup> *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 171.

<sup>275</sup> Unklar etwa *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 103 f; *Floretta*, Einige Probleme der Rechtsetzungsbefugnis im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1976, 197 ff (198); *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XIX 5 A.

<sup>276</sup> *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts 110 ff.

<sup>277</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>278</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

### **c) Eigene Ansicht**

Eine zulässige Betriebsvereinbarung kann gem § 29 ArbVG nur Angelegenheiten betreffen, die den Betriebsvereinbarungspartnern zur Regelung zugewiesen wurde, es muss also eine gesetzliche oder kollektivvertragliche Ermächtigung bestehen.<sup>279</sup> Angelegenheiten, in denen ein Kollektivvertrag die Betriebsvereinbarung zur Rechtsetzung ermächtigt, müssen ausdrücklich und konkret bezeichnet werden, wobei derartige Ermächtigungsnormen wegen des Vorrangs des Kollektivvertrages nicht extensiv interpretiert werden dürfen.<sup>280</sup> Die Delegationsbefugnis bezieht sich nur auf Kernbereiche kollektivvertraglicher Regelungsbereiche, also auf die materiellen Arbeitsbedingungen gem § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG. Die Einführung von Kurzarbeit ist eine solche materielle Arbeitsbedingung und damit auch einer Übertragung an die Betriebsvereinbarungspartner zugänglich. Das Gesetz sagt jedoch nichts über die mögliche Erzwingung einer an die Betriebsvertretung delegierten Aufgabe durch die Kollektivvertragspartner. Deshalb sind Sinn und Zweck der möglichen Übertragung der Regelungsbefugnis des Kollektivvertrages auf Betriebsvereinbarung zu beachten. Wenn die Kollektivvertragspartner eine Angelegenheit ihres Regelungsbereiches an die Betriebsvereinbarungspartner abgibt, dann liegt darin zwar ein Verzicht auf die kollektive Regelung, das lässt jedoch nicht auf einen Verzicht auf die Regelung der übertragenen Angelegenheit schlechthin schließen. Im Anschluss daran ist davon auszugehen, dass die Kollektivvertragsparteien die betrieblichen Sozialpartner zum Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung verpflichten können. Falls keine derartige Betriebsvereinbarung von den betrieblichen Sozialpartnern abgeschlossen wird, können die Kollektivvertragsparteien die Regelung auch selbst treffen, denn ebenso wie der Kollektivvertrag Kompetenzen für die Betriebsvereinbarung schaffen kann, kann er diese auch wieder zurücknehmen.<sup>281</sup>

#### **2.4.4. Kollektivvertragliche Kurzarbeitsklausel – günstigere Einzelvereinbarung?**

Es bestehen Rahmen-Kollektivverträge - bspw jener, der Eisen- und Metallherstellende und – verarbeitende Industrie idgF - die vorsehen, dass die wöchentliche Normalarbeitszeit nur einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat herabgesetzt werden kann und in Betrieben mit weniger als fünf Arbeitnehmern das Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erforderlich ist. Daraus kann aber nicht zwingend abgeleitet werden, dass in betriebsratspflichtigen Betrieben ohne Betriebsrat eine Einzelvereinbarung unzulässig ist. Durch Kollektivverträge kann eine einzelvertragliche Regelung durch die das Ausmaß der

---

<sup>279</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 175.

<sup>280</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 175.

<sup>281</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 103.

Arbeitszeit einvernehmlich abgeändert wird, nicht untersagt werden<sup>282</sup>, außer die Kollektivvertragsparteien haben durch eine ausdrückliche Regelung für Arbeitnehmer günstigere Regelungen ausgeschlossen und den normativen Bestimmungen des Kollektivvertrages *absolut zwingenden* Charakter zuerkannt (Ordnungsprinzip). Sofern ein sachlicher Rechtfertigungsgrund besteht, ist es aber zulässig kollektivvertraglichen Normen bloß dispositive Wirkung zu verleihen, womit die Einzelvereinbarung unabhängig davon, ob sie günstiger ist, die entsprechende Bestimmung des Kollektivvertrages verdrängt.<sup>283</sup> Die Arbeitsvertragsparteien können daher durchaus günstigere Einzelvereinbarungen abschließen. Bei der Prüfung, ob eine Einzelvereinbarung günstiger ist als der Kollektivvertrag, sind jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen. Dabei müssen die zusammengehörigen Gruppen von Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages mit den entsprechenden Bestimmungen des Kollektivvertrages verglichen werden (Gruppenvergleich).<sup>284</sup> So ist zu ermitteln welche die günstigere Regelung ist. Dabei ist auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem sich die Regelungen erstmals gegenüberstanden. Der OGH stellt darauf ab, dass die zu vergleichenden Regelungen denselben Regelungsgegenstand betreffen müssen, dass aber bei der praktischen Anwendung auf den Einzelfall abzustellen sei.<sup>285</sup>

#### **2.4.5. Abschließende Würdigung**

Fraglich ist inwieweit eine bis ins kleinste Detail gehende kollektivvertragliche Kurzarbeitsregelung den Problemen des Einzelfalles in ihren konkreten Erscheinungen gerecht werden kann. Die Frage ob und in welchem Umfang Kurzarbeit eingeführt werden soll, ist aufgrund der betriebsspezifischen Situation ein komplexes Problem, das sich einer vollständigen und ausreichenden Lösung auf kollektivvertraglicher Ebene entzieht. Die Kollektivvertragsparteien werden deshalb die nähere inhaltliche Ausgestaltung der Vereinbarung zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber überlassen müssen bzw der Einzelvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.<sup>286</sup>

#### **2.5. Sozialpartnervereinbarung**

Unter den verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten zur Einführung von Kurzarbeit kommt der Sozialpartnervereinbarung in der Praxis die größte Relevanz zu. Um in den Genuss der

---

<sup>282</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>283</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 139.

<sup>284</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 138.

<sup>285</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 138.

<sup>286</sup> Dieser Ansicht ist auch Reibach, Kurzarbeit 34.

Förderung des AMS zu kommen bildet der Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung gem § 37b AMSG eine zwingende Voraussetzung. Verwunderlich ist, dass keine gesetzliche Regelung über die Rechtsnatur und Wirkung der Vereinbarung besteht und dass obwohl die Qualifikation der Vereinbarung gerade im Bereich der Beihilfe eine essentielle Rolle spielt. Nach wie vor ist strittig, ob die Sozialpartnervereinbarung als Kollektivvertrag mit normativer Wirkung, zivilrechtlicher Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung oder Ähnlichem zu qualifizieren ist.<sup>287</sup>

Folgt man der Ansicht, dass der Vereinbarung normative Wirkung zukommt, sie also als Kollektivvertrag zu qualifizieren ist, dann ist davon auszugehen, dass Kurzarbeit schon durch den Abschluss der Vereinbarung eingeführt wird.

Sind hingegen die Voraussetzungen für das Vorliegen eines gültigen Kollektivvertrages nicht erfüllt, etwa weil die erforderliche Kundmachung und Hinterlegung<sup>288</sup> nicht erfolgt ist, kann es sich nicht um einen solchen handeln. Sozialpartnervereinbarungen werden üblicherweise auch nicht im Register für Kollektivverträge eingetragen und somit nicht im Kataster eingereiht. In weiterer Folge liegen die Sozialpartnervereinbarungen im Gegensatz zu den Kollektivverträgen auch nicht bei den Arbeits- und Sozialgerichten auf.

Bei einer bloß schuldrechtlichen Wirkung der Sozialpartnervereinbarung stellt der Abschluss der Vereinbarung kein adäquates Mittel zur Reduktion der Arbeitszeit unter gleichzeitiger Verringerung des Entgelts dar, da er keine normative Wirkung besitzt. Die Sozialpartnervereinbarung wäre nicht als Instrument zur Einführung von Kurzarbeit, sondern bloß als Voraussetzung für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe zu sehen.<sup>289</sup>

## **2.6. Verhältnis zum betrieblichen Sozialplan**

Die Einführung von Kurzarbeit kann Gegenstand eines von Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten Sozialplanes iSd § 97 Abs 1 Z 4 ArbVG sein.

Als Sozialplan bezeichnet man eine (erzwingbare) Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 4 iVm § 109 Abs 3 ArbVG über die Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung der Folgen (wesentlicher Nachteile) einer Betriebsänderung iSd § 109 Abs 1 Z 1 - 6 ArbVG.<sup>290</sup> Allen oder zumindest einem erheblichen Teil der Arbeitnehmer müssen Nachteile drohen. Da der Sozialplan alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis normativ regeln kann, müssen vorübergehende Arbeitszeitverkürzungen unter entsprechender

---

<sup>287</sup> Siehe Pkt C.5.4.2.

<sup>288</sup> § 14 Abs 4 ArbVG.

<sup>289</sup> Hutter, *ecolex* 2009, 249.

<sup>290</sup> Posch in *Mazal/Risak* (Hrsg), *Das Arbeitsrecht* Kap IV Rz 81; *Krejci*, *Der Sozialplan in Tomandl* (Hrsg), *Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen* (1983) 134.

Verteilung des Lohnrisikos zwischen Arbeitgeber und Belegschaft grundsätzlich als zulässiger Inhalt eines betrieblichen Sozialplanes angesehen werden.<sup>291</sup>

Solche Kurzarbeitsregelungen in Sozialplänen können jedoch keine Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe durch die Arbeitsmarktverwaltung bewirken, da sie keine Sozialpartnervereinbarungen sind.

Angesichts des Günstigkeitsprinzips können sie individualvertragliche Rechtspositionen der Arbeitnehmer nicht verschlechtern, sofern man das Rechtsinstitut günstigkeitsneutraler Betriebsvereinbarung verneint.<sup>292</sup> Es könnte jedoch zu einer Normenkonkurrenz kommen, falls neben der Kurzarbeitsregelung im betrieblichen Sozialplan eine Sozialpartnervereinbarung iSd § 37b AMSG abgeschlossen wird. Ist der Sozialplan hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsvergütung für die Arbeitnehmer günstiger als die Sozialpartnervereinbarung, haben die Arbeitnehmer Anspruch auf die günstigeren Arbeitsbedingungen des Sozialplanes, der Arbeitgeber erhält hingegen die Kurzarbeitsbeihilfe nur auf der Berechnungsgrundlage der ungünstigeren Sozialpartnervereinbarung. Die Sozialplanregelung kann jedoch bei der Verhandlung mit dem AMS präjudizierende Wirkung haben.<sup>293</sup>

Ein Sozialplan, der von den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gem § 2 Abs 2 Z 4 ArbVG vereinbart wird, kann Kurzarbeitsregelungen festlegen, die zweiseitig zwingend sind (§ 3 Abs 1 Satz 2 ArbVG) und keine Berufung auf das Günstigkeitsprinzip zulassen. Der Arbeitgeber ist von Anfang an normativ gebunden. Es gibt auch kein Grund, einen solchen Sozialplan in Form eines Kollektivvertrages nicht als Sozialpartnervereinbarung iSd § 37b AMSG zu werten, wenn er inhaltlich alle Erfordernisse aufweist.<sup>294</sup>

## 2.7. Zusammenfassung

Zur Einführung von Kurzarbeit stehen unterschiedliche Rechtsinstrumente zur Verfügung.

Der Arbeitgeber kann durch die Ausübung des **Weisungsrechts** die Arbeitszeit reduzieren. Hinsichtlich der Herabsetzung des Entgelts geht die hM jedoch von der Unzulässigkeit der Weisung aus, da es sich um eine materielle Arbeitsbedingung handelt, die dem Weisungsrecht entzogen ist. Der Arbeitgeber wäre gem § 1155 ABGB zur Entgeltfortzahlung verpflichtet.

---

<sup>291</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>292</sup> Zur günstigkeitsneutralen Betriebsvereinbarung siehe Holzer, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts 63.

<sup>293</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>294</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

Da § 1155 ABGB jedoch eine dispositive Bestimmung ist, geht ein Teil der Lehre, zumindest in Krisenzeiten, von der Zulässigkeit der Entgeltreduktion durch Weisung des Arbeitgebers aus.

Falls zwischen den Arbeitsvertragsparteien ein **Änderungsvorbehalt** vereinbart worden ist, ist auch von der möglichen Ausübung eines solchen zur einseitigen Entgeltherabsetzung auszugehen. Im Hinblick auf die Privatautonomie erscheint eine einseitige Weisung auf Basis eines Änderungsvorbehalts durch den Arbeitgeber als mögliche Variante zur Einführung von Kurzarbeit. Der OGH hat sich jedoch - es handelte sich nicht um einen Fall von wirtschaftlichen Schwierigkeiten - explizit gegen ein derartiges Gestaltungsrecht ausgesprochen.

Unbestritten ist, dass Kurzarbeit durch **individuelle Vereinbarung** mit jedem Arbeitnehmer eingeführt werden kann. Dabei ist auf die höherrangigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen und betrieblichen Bestimmungen Bedacht zu nehmen.

Hinsichtlich der Einführung durch eine **fakultative Betriebsvereinbarung** stellt sich die Frage, ob auch die mit der Herabsetzung der Arbeitszeit korrespondierende Entgeltfrage durch die Betriebsvereinbarung geregelt werden kann. Aufgrund des Gesetzeswortlautes und der Materialien ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Regelung der mit der vorübergehenden Verkürzung verbundenen Entgeltfrage nicht durch die Betriebsvereinbarung geregelt haben wollte. Ein Hinwegsetzen über den unmissverständlichen, da in den Materialien ausdrücklich erwähnten, Willen des Gesetzgebers ist mE in diesem Fall nicht gerechtfertigt. Die zT in der Lehre vertretene Ansicht, dass eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit ohne die gleichzeitige Kürzung des Entgelts als sinnlos einzuordnen ist, ist abzulehnen. Da der Entgeltanspruch grundsätzlich in einem untrennbaren Verhältnis zum geschuldeten Arbeitsausmaß steht, hat eine Verkürzung der Arbeitszeit idR auch eine Herabsetzung des Entgeltanspruchs zur Folge. Arbeitspflicht und Entgeltzahlungspflicht stehen sich als wechselseitige Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrages gegenüber und sind untrennbar miteinander verbunden. Somit ist eine normative Regelung durch Betriebsvereinbarung nicht notwendig, da sich die Kürzung des Entgelts schon durch den synallagmatischen Vertrag ergibt.

Auch im Kollektivvertrag können Klauseln enthalten sein, die eine Einführung von Kurzarbeit zulassen. Einige Kollektivverträge sehen in diesem Zusammenhang eine

bestimmte Mindeststundenanzahl vor, die nicht unterschritten werden darf<sup>295</sup> bzw wird die Einführung der Kurzarbeit an ein einvernehmliches Vorgehen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw Betriebsrat gebunden.<sup>296</sup> Die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrat stellt bei näherer Betrachtung eine zwingend vorgeschriebene Betriebsvereinbarung dar, was eine Erweiterung des gesetzlichen Mitwirkungsrechts - für die Einführung von Kurzarbeit in § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG ist nur die freiwillige Betriebsvereinbarung vorgesehen – bewirkt und einen systematischen Widerspruch innerhalb des ArbVG ist, denn die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sind nicht beliebig erweiterbar.

Das Gesetz sagt nichts über die mögliche Erzwingung einer an die Betriebsvertretung delegierten Aufgabe durch die Kollektivvertragspartner. Deshalb sind Sinn und Zweck der möglichen Übertragung der Regelungsbefugnis des Kollektivvertrages auf Betriebsvereinbarung zu beachten. Wenn die Kollektivvertragspartner eine Angelegenheit ihres Regelungsbereiches an die Betriebsvereinbarungspartner abgibt, dann liegt darin zwar Verzicht auf die kollektive Regelung, daraus ist jedoch nicht der Verzicht auf die Regelung der übertragenen Angelegenheit schlechthin abzuleiten. Im Anschluss daran ist davon auszugehen, dass die Kollektivvertragsparteien die betrieblichen Sozialpartner zum Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung verpflichten können.

Falls eine **Sozialpartnervereinbarung** abgeschlossen wird, kann auch durch diese Kurzarbeit eingeführt werden. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass unklar ist, wie die Vereinbarung rechtlich zu qualifizieren ist. Folgt man der Ansicht, dass ihr normative Wirkung zukommt, kann Kurzarbeit unmittelbar durch den Abschluss der Sozialpartnervereinbarung eingeführt werden. Geht man jedoch von einer bloß schuldrechtlichen Wirkung aus, stellt der Abschluss der Vereinbarung kein adäquates Mittel zur Reduktion der Arbeitszeit unter gleichzeitiger Verringerung des Entgelts dar. Die Sozialpartnervereinbarung wäre nicht als Instrument zur Einführung von Kurzarbeit, sondern lediglich als Voraussetzung für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe durch das AMS einzustufen.

Die Einführung von Kurzarbeit kann somit aufgrund folgender arbeitsrechtlichen Regelungen erfolgen:

1. Zum Teil sehen **Kollektivverträge** Kurzarbeitsklauseln vor, die eine Einführung

---

<sup>295</sup> Bspw im Kollektivvertrag für das Maler-, Anstreicher- und Schilderherstellergewerbe.

<sup>296</sup> Bspw im Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe.

ermöglichen.

2. Bei Bestehen eines Betriebsrates ist der Abschluss einer **Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG** möglich, wobei strittig ist, ob durch die Betriebsvereinbarung auch eine Kürzung des Entgelts bewirkt werden kann.
3. In Form von **Einzelvereinbarungen**, die mit jedem Einzelnen der betroffenen Arbeitnehmer gesondert abgeschlossen werden müssen.
4. Durch einseitige **Weisung** des Arbeitgebers, falls ein **Änderungsvorbehalt** vereinbart wurde, wobei diese Art der Einführung strittig ist.
5. Durch den Abschluss einer **Sozialpartnervereinbarung**, jedoch nur bei Annahme, dass eine solche normative Wirkung hat.
6. Falls die Voraussetzungen für einen Sozialplan vorliegen, kann auch über einen solchen Kurzarbeit eingeführt werden.

### **2.8. Geeignete Einführungsmöglichkeit - Individuelle betriebliche Umstände**

Welche der Einführungsmöglichkeiten am besten geeignet ist, hängt von den individuellen betrieblichen Umständen ab, denn nicht alle Kollektivverträge sehen Kurzarbeitsklauseln vor und nicht in jedem Betrieb ist ein Betriebsrat zur Vereinbarung einer Betriebsvereinbarung eingerichtet. Schließlich ist auch zu bedenken, ob die Stellung eines Antrags auf Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe durch das AMS beabsichtigt wird oder nicht.

### **3. Begriffliche Abgrenzung und Alternativen zur Kurzarbeit**

Die Einführung von Kurzarbeit führt zu einer Änderung des Inhaltes des Arbeitsvertrages und rückt in die Nähe ähnlicher Rechtsbehelfe der Einschränkung der Arbeitspflicht, etwa der Aussetzung der Arbeit, der Teilzeitarbeit oder der Arbeitszeitverkürzung.

Der Abbau von Urlaubsguthaben, Überstunden, Zeitguthaben und die Vereinbarung von Gleitzeit sind keine echten Alternativen zur Kurzarbeit, da im Falle der Beantragung der Kurzarbeitsbeihilfe diese Möglichkeiten zur Lösung der Beschäftigungsschwierigkeiten schon

vor der Einführung von Kurzarbeit auszuschöpfen sind, da anderenfalls keine Beihilfe gewährt werden wird.<sup>297</sup>

Echte Alternativen zur Kurzarbeit sind die Änderungs- und Teilkündigung und die Karenz/Aussetzung des Arbeitsvertrages.

### **3.1. Arbeitszeitverkürzung**

Begrifflich ist die Kurzarbeit eine Art der Arbeitszeitverkürzung. Tatbestandsmäßig sind die beiden Instrumente aber zu trennen.

Bei der Arbeitszeitverkürzung geht es um eine dauernde Anpassung des Arbeitsquantums an die geänderten wirtschaftlichen Bedingungen. Es kommt somit zur „Schaffung einer neuen Normalität der Arbeitszeit“.<sup>298</sup> Bei der Kurzarbeit hingegen kann die Arbeitszeit maximal auf die im Gesetz vorgesehene Zeit herabgesetzt werden – vorausgesetzt es wird Kurzarbeitsbeihilfe bezogen - bzw die Arbeitszeit kann nur „vorübergehend“ keinesfalls aber auf Dauer herabgesetzt werden. Kurzarbeit dient nicht als Dauerlösung oder gar zur Sanierung des Unternehmens, sondern ist eine vorübergehende Maßnahme.

### **3.2. Teilzeitarbeit**

Teilzeit liegt vor, wenn die vereinbarte Wochenarbeitszeit die gesetzliche Normalarbeitszeit oder eine durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegten kürzeren Normalarbeitszeit im Durchschnitt unterschreitet.<sup>299</sup> Da keine Mindeststundenanzahl gefordert ist, sind auch geringfügige Beschäftigungen erfasst.<sup>300</sup>

Das wichtigste Merkmal der Teilzeitarbeit ist die verkürzte Arbeitszeit. Unerheblich ist die zeitliche Lage der Arbeitsleistung. Damit werden zwei verschiedene Formen der Arbeitszeitgestaltung erfasst: Die tägliche Arbeitszeit in reduziertem Ausmaß und die volle tägliche Arbeitszeit, aber nur an einzelnen Tagen der Woche oder des Monats.<sup>301</sup>

Eine solche Veränderung des Ausmaßes der regelmäßigen Arbeitszeit und die Lage der Teilzeitarbeit sind gem § 19d Abs 2 AZG schriftlich zu vereinbaren, sofern sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt werden.<sup>302</sup>

---

<sup>297</sup> Siehe Pkt C.5.2.2.

<sup>298</sup> Vgl *Schnorr*, DRdA, 1987, 261.

<sup>299</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 356; *Maska* in *Steinlechner/Maska/Gleißner* (Hrsg), Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten (2009) Rz 95.

<sup>300</sup> *Mosler* in *ZellKomm* § 19d AZG Rz 15.

<sup>301</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXX 7 B.

<sup>302</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 357.

Keine Teilzeit liegt vor, wenn in Bandbreitenmodellen für Vollzeitbeschäftigte die Länge der Arbeitszeit schwankt und die Normalarbeitszeit in einzelnen Wochen auch unterschritten wird. Es kommt darauf an, dass im Durchschnitt die vereinbarte Wochenarbeitszeit kürzer ist.<sup>303</sup>

Von der Teilzeitarbeit ist die **Kurzarbeit** zu unterscheiden. Da Kurzarbeit nach hA nur als interimistische Lösung zur Bekämpfung wirtschaftlicher Rückschläge eines Unternehmens gerade im Unternehmerinteresse eingeführt wird, wird sie vielfach als Gegensatz zur Teilzeitbeschäftigung gesehen.<sup>304</sup> Auch im Verhältnis zu § 19c Abs 1 AZG dürfte Kurzarbeit als Gegensatz zum Teilzeitbeschäftigungsbegriff zu sehen sein, da in der Legaldefinition der Teilzeitbeschäftigung darauf abgestellt wird, ob die Normalarbeitszeit im Durchschnitt unterschritten wird.

Kurzarbeit ist somit nicht als Teilzeitarbeit iSd § 19d Abs 1 AZG anzusehen<sup>305</sup>, da es sich bei Kurzarbeit um eine vorübergehende, somit auf einen begrenzten Zeitraum zu vereinbarende, Verkürzung der Normalarbeitszeit handelt. Eine Teilzeitbeschäftigung hingegen ist die dauerhaft reduzierte Arbeitszeit und in vielen Fällen für Unternehmen die geeignete Möglichkeit, einen geringeren Beschäftigungsbedarf abzudecken.<sup>306</sup>

Eine Teilzeitbeschäftigung beruht idR nicht – wie die Kurzarbeit – auf nachträglicher Verkürzung der Normalarbeitszeit, sondern auf einer bei Abschluss des Arbeitsvertrages geschlossenen Vereinbarung.<sup>307</sup> Das bedeutet, dass Teilzeitarbeit grundsätzlich einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedarf. Zu regeln sind das verringerte Zeitausmaß und das dafür gebührende Entgelt. Es kommt hierbei zu keiner Herabsetzung und späteren Rückkehr zur Normalarbeitszeit.

In § 19d AZG geht es darum, eine Diskriminierung der Teilzeitbeschäftigten gegenüber den Vollzeitbeschäftigten zu verhindern. Bei der Kurzarbeit wird vorübergehend idR aus wirtschaftlichen Gründen die Arbeitszeit verkürzt, wobei dies idR Vollzeitbeschäftigte betrifft. Es stehen sich also nicht vertraglich vereinbarte Teilzeitarbeit und Vollzeitarbeit gegenüber, denn bei Kurzarbeit wird die Arbeitszeit allgemein - und zwar vorübergehend -

---

<sup>303</sup> Mosler in ZellKomm § 19d AZG Rz 16.

<sup>304</sup> Tomandl, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, ZAS 1966, 72 (75); Resch, Rechtsfragen der Teilzeitbeschäftigung unter besonderer Berücksichtigung des ArbZG und des EWR, DRdA 1993, 97 mwN.

<sup>305</sup> Mosler in ZellKomm § 19d AZG Rz 17; Resch, DRdA 1993, 97.

<sup>306</sup> Maska in Steinlechner/Maska/Gleißner (Hrsg), Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten Rz 95.

<sup>307</sup> ErlRV 840 BlgNR XIII.GP.

verkürzt.<sup>308</sup>

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich der Bemessungsgrundlagen für Geldleistungen aus der Sozialversicherung, allfälliger Jubiläumsgelder und die Beitragszahlung zur Abfertigung Neu und Alt. Bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern sinkt das Einkommen und damit auch die Bemessungsgrundlage. Bei Kurzarbeit hingegen, wird die Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge nicht geschmälert, denn die Beiträge und die Leistungen zur Sozialversicherung sind auf Basis des ungekürzten Einkommens vor Einführung der Kurzarbeit, somit nach der letzten Bemessungsgrundlage (Beitragsgrundlage) vor Beginn der Kurzarbeit<sup>309</sup>, zu entrichten, wenn diese höher ist als die aktuelle Beitragsgrundlage.<sup>310</sup> Die Beiträge zur Mitarbeitervorsorgekasse sind während der Kurzarbeit unverändert auf Grundlage des vor Durchführung der Kurzarbeit dem jeweiligen Arbeitnehmer zustehenden Entgelts weiter zu leisten.<sup>311</sup>

Kurzarbeit wird durch die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe durch das AMS gefördert. Es ist zwar keine zwingende Voraussetzung, dass bei der Einführung von Kurzarbeit auch Kurzarbeitsbeihilfe bezogen wird, idR wird diese aber von den Arbeitgebern beantragt.

Mit den beiden Rechtsinstrumenten Kurzarbeit und Teilzeit werden unterschiedliche Ziele verfolgt. Kurzarbeit soll dem Unternehmen bei Beschäftigungsschwierigkeiten einen Zeitraum zur Überwindung dieser verschaffen. Vorrangiges Ziel ist also die Sicherung von Arbeitsplätzen und die finanzielle Entlastung des Arbeitgebers. Bei der Teilzeitbeschäftigung und ihren Ausgestaltungen – etwa der Elternteilzeit oder der Altersteilzeit – liegen nicht zwingend wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers vor und auch die Sicherung des Arbeitsplatzes ist nicht das vorrangige Ziel bei einer Teilzeitbeschäftigung.

### **3.3. Teilzeitbeschäftigung nach § 15h MSchG und § 8 VKG (Elternteilzeit)**

Als Alternative zur Kurzarbeit können Arbeitnehmer, bei denen die Voraussetzungen für Elternteilzeit vorliegen, auch eine solche mit dem Arbeitgeber vereinbaren. Bei einer vereinbarten Elternteilzeit mit entsprechender Entgeltverringerung sinken die Personalkosten für den Unternehmer, aber das Know-how bleibt erhalten. Die Arbeitnehmer haben den

---

<sup>308</sup> Mosler, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 338.

<sup>309</sup> Pkt 6.10. der Kurzarbeitsrichtlinie; Peyrl, Kurzarbeit, taxlex 208, 530, Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>310</sup> Siehe Pkt E.1.1.

<sup>311</sup> § 6 Abs 4 BMSVG.

Vorteil ihren Arbeitsplatz zu behalten und mehr Zeit für die Kinderbetreuung zu haben.<sup>312</sup>

Anstelle einer völligen Freistellung der Arbeitsleistung, wie dies bei Inanspruchnahme der Karenz der Fall wäre, können Eltern eine teilweise Freistellung begehren und einer Teilzeitbeschäftigung, die seit 01.07.2004 flexibler ausgestaltet ist, nachgehen. In Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern haben Eltern, sofern ihr Arbeitsverhältnis ununterbrochen drei Jahre (Karenz wird eingerechnet) gedauert hat, einen Rechtsanspruch auf Teilzeitbeschäftigung (mit Rückkehrrecht zur Vollzeit) längstens bis zum siebenten Geburtstag oder einem späteren Schuleintritt des Kindes. Lediglich die Rahmenbedingungen der Teilzeitbeschäftigung, also Beginn, Dauer, Ausmaß der Arbeitszeit sind mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren. Hierbei sind sowohl die Interessen des Arbeitnehmers als auch betriebliche Interessen zu berücksichtigen. Eine solche Teilzeitbeschäftigung muss mindestens drei Monate dauern und kann für jedes Kind nur einmal in Anspruch genommen werden. Liegen die Voraussetzungen der Betriebsgröße und/oder der Zugehörigkeitsdauer nicht vor, kann eine Teilzeitbeschäftigung längstens bis zum vierten Geburtstag des Kindes mit dem Arbeitgeber vereinbart werden (§ 15i MSchG). In Betrieben mit weniger als 20 Arbeitnehmern bedarf die Arbeitszeitreduktion eines Konsenses zwischen den Arbeitsvertragsparteien.<sup>313</sup>

Für die Teilzeitbeschäftigung wird vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt und keine gleichzeitige Karenz des anderen Elternteiles in Anspruch genommen wird. Arbeitnehmer, die diese Form der Teilzeitbeschäftigung in Anspruch nehmen genießen den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz.

Falls es zu keiner Einigung der Vertragsparteien kommt, sehen § 15k MSchG und § 8c VKG ein Verfahren zur Durchsetzung vor.<sup>314</sup>

### **3.4. Altersteilzeit**

Eine weitere Alternative zur Einführung von Kurzarbeit stellt die Altersteilzeit dar.

Für ältere Arbeitnehmer kann gem § 14 Abs 2 AVRAG eine Herabsetzung der Normalarbeitszeit vereinbart werden. Die im Vereinbarungsweg mögliche Herabsetzung der Normalarbeitszeit ist an sich eine vertragsrechtliche Selbstverständlichkeit und immer möglich, die Regelung entfaltet aber erst in Verbindung mit den Sozialleistungen nach AIVG

---

<sup>312</sup> Gruber, von Kurzarbeit bis Personalabbau 81.

<sup>313</sup> Wolfsgruber, Elternteilzeit neu, ZAS 2004/36.

<sup>314</sup> Brodil in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (13.Lfg) Kap X Rz 24 f.

bzw AMSG entsprechende Wirkungen.<sup>315</sup> Da ausschließlich Frauen ab 53 Jahren und Männer ab 58 Jahren (Altersgrenze für 2009 und 2010) in Frage kommen, kann die Altersteilzeit nicht breitflächig genutzt werden.<sup>316</sup>

Die praktische Bedeutung des vorliegenden Regelungssystems ergibt sich im Wesentlichen durch die Sozialleistung Altersteilzeitgeld, die dem Arbeitgeber des betroffenen Arbeitnehmers gebührt (§§ 27 ff AIVG). Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer die Hälfte des Lohnes für die ausfallende Arbeitszeit fortzahlen, die andere Hälfte wird vom AMS ersetzt. Um das Altersteilzeitgeld beziehen zu können müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Arbeitnehmer muss in den letzten 25 Jahren 780 Wochen (= 15 Jahre) arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sein,
- die bisherige Normalarbeitszeit ist auf durchschnittlich 40-60% zu reduzieren,
- der Arbeitnehmer muss in den letzten 12 Monaten vor Beginn der Altersteilzeit vollzeitbeschäftigt gewesen sein (oder bei Teilzeitbeschäftigung zumindest 60% der Normalarbeitszeit),<sup>317</sup>
- der Arbeitnehmer hat einen Lohnausgleich im Ausmaß von mindestens der Hälfte des entfallenden Entgelts zu erhalten (dh bei 50%iger Arbeitszeitreduktion insgesamt mindestens 75% des Entgelts),
- der Arbeitgeber hat weiterhin die vollen Sozialversicherungsbeiträge<sup>318</sup> zu entrichten (Beitragsgrundlage vor Herabsetzung der Normalarbeitszeit),
- die Abfertigung<sup>319</sup> muss auf Basis der ursprünglichen Arbeitszeit zustehen,<sup>320</sup>
- eine Minstdauer des Arbeitsverhältnisses von drei Monaten im selben Betrieb, die sich indirekt aus den Bestimmungen des § 27 Abs 2 Z 3 AIVG über die Berechnung

---

<sup>315</sup> *Brodil in Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht Kap X Rz 32 ff.

<sup>316</sup> *Gruber*, Von Kurzarbeit bis Personalabbau 82.

<sup>317</sup> § 27 Abs 2 Z 2 AIVG; *Schrank/Rauch*, Arbeitsrechtliche Maßnahmen in der Krise 49.

<sup>318</sup> Kranken-, Unfall-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung, inkl IESG-Zuschlag.

<sup>319</sup> Für die Abfertigung neu ist auf § 6 Abs 4 BMSVG zu verweisen.

<sup>320</sup> *Drs*, Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht, RdW 2009, 535.

des Lohnausgleichs ergibt<sup>321</sup>

- und der Arbeitnehmer muss ein bestimmtes Mindestantrittsalter erreicht haben.<sup>322</sup>

Angesichts der Wirtschaftskrise und um einen Anreiz für kontinuierliche Altersteilzeit zu setzen (die eine sofortige Reduktion der Arbeitszeit und damit eine Entlastung des Arbeitsmarkts bewirkt), gebührt Altersteilzeitgeld mit einem Laufzeitbeginn nach dem 31.08.2009 bei kontinuierlicher Altersteilzeit im Ausmaß von 90% des zusätzlichen Aufwands<sup>323</sup> und bei Blockarbeitszeit nur im Ausmaß von 55%<sup>324</sup>, auch wenn keine Ersatzkraft aufgenommen wird.<sup>325</sup>

Kontinuierliche Altersteilzeit liegt nach der Neuregelung allerdings auch dann vor, wenn die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt eines Jahres nicht überschritten wird oder die Abweichungen nicht mehr als 20% der Normalarbeitszeit betragen und insgesamt ausgeglichen werden.<sup>326</sup>

**Kein Altersteilzeitgeld** gebührt für Personen, die bspw eine Leistung aus der gesetzlichen Pensionsversicherung aus dem **Versicherungsfall des Alters** beziehen oder die Anspruchsvoraussetzungen für eine dieser Leistungen erfüllen. Die Novelle sieht jedoch vor, dass die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für die Korridor pension (§ 4 Abs 2 APG) ein Jahr - allerdings längstens bis zur Erreichung der Anspruchsvoraussetzungen für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer - parallel gegeben sein dürfen, ohne den Anspruch auf Altersteilzeitgeld auszuschließen; daraus folgt, dass ein (nicht geltend gemachter) Anspruch auf Korridor pension in Zukunft dem Anspruch auf Altersteilzeitgeld für die Dauer von längstens einem Jahr nicht mehr entgegen steht.<sup>327</sup>

Die höchstmögliche Bezugsdauer für Altersteilzeitgeld beträgt fünf Jahre, diese kann frühestens fünf Jahre vor dem für den Arbeitnehmer geltenden Frühpensionsalter beginnen (§ 27 Abs 2 AIVG).

---

<sup>321</sup> *Schrank/Rauch*, Arbeitsrechtliche Maßnahmen in der Krise 50.

<sup>322</sup> *Maska* in *Steinlechner/Maska/Gleißner* (Hrsg), Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten Rz 141.

<sup>323</sup> 50%iger Lohnausgleich und Zusatzkosten für volle Sozialversicherungsbeiträge (Dienstnehmer- und Dienstgeber-Beitrag), allerdings nur bis zur Höchstbeitragsgrundlage.

<sup>324</sup> In Zukunft muss das Unternehmen einen Teil der zusätzlichen Kosten jedenfalls selbst tragen.

<sup>325</sup> *Gruber*, Von Kurzarbeit bis Personalabbau 82 f; Altersteilzeitgeld gebührte bisher im Ausmaß von 50% des zusätzlichen Aufwands, bei Einstellung einer Ersatzarbeitskraft sogar im Ausmaß von 100%.

<sup>326</sup> *Drs*, RdW 2009, 535.

<sup>327</sup> *Drs*, RdW 2009, 535.

Um den Zugang zur Altersteilzeit zu erleichtern, wurde die stufenweise Anhebung des Mindestzugangsalters um ein Jahr hinausgeschoben (§ 82 AIVG). Somit kann in den Jahren 2009 und 2010 Altersteilzeitgeld für Frauen ab 53 Jahren und Männer ab 58 Jahren in Anspruch genommen werden. Danach wird die jährliche Anhebung (um je ein halbes Jahr) jeweils um ein Jahr nach hinten verschoben; dadurch wird erst im Jahr 2014 das Mindestantrittsalter von 55 bzw 60 Jahren erreicht. Die Altersteilzeit dauert dann bis zum jeweiligen Pensionsantrittsalter.<sup>328</sup>

Jahr	Frauen	Männer
2009, 2010	53. Lebensjahr	58. Lebensjahr
2011	53,5. Lebensjahr	58,5. Lebensjahr
2012	54. Lebensjahr	59. Lebensjahr
2013	54,5. Lebensjahr	59,5. Lebensjahr

Ab 2014 ist das Zugangsalter dann infolge ausgelaufener Übergangsbegünstigung 60/65 Jahre (und die maximale Laufzeit bei Fehlen eines vorzeitigen Pensionsanspruchs mit fünf Jahren beschränkt).<sup>329</sup>

### 3.5. Karenz, Aussetzung des Arbeitsvertrages, unbezahlter Urlaub

Als „drastischere“ Alternative zur Kurzarbeit, können Arbeitgeber und Arbeitnehmer jederzeit ein Ruhen der Arbeitspflicht (mit oder ohne Engeltentfall) vereinbaren. Wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht und der Arbeitgeber von der Pflicht zur Leistung des Entgelts befreit wird<sup>330</sup>, das Arbeitsverhältnis aber dem Grunde nach aufrecht bleibt – es findet keine Endabrechnung statt - , spricht man von einer Karenz, einer echten Aussetzung (Aussetzung ieS) oder unbezahltem Urlaub.

Es ist zu differenzieren, ob es sich um eine Ruhestellung der Hauptpflichten oder um eine echte Auflösung des Arbeitsverhältnisses handelt.<sup>331</sup>

<sup>328</sup> § 82 Abs 2 AIVG; *Maska* in *Steinlechner/Maska/Gleißner* (Hrsg), Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten Rz 142.

<sup>329</sup> *Schrank/Rauch*, Arbeitsrechtliche Maßnahmen in der Krise 50.

<sup>330</sup> *Runggaldier*, DRdA 1986, 274 ff.; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 431.

<sup>331</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 431 f.

Die Aussetzung kann entweder als eine gänzliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (**Aussetzung iwS; Unterbrechung**) oder als Ruhen bzw Suspendierung der Arbeits- und Lohnzahlungspflichten, wobei das Arbeitsverhältnis dem Grunde nach aufrecht bleibt (**Aussetzung ieS; Karenzierung**), verstanden werden. Welche Variante vorliegt, ist aufgrund der äußeren Umstände zu bestimmen und nicht anhand der wörtlichen Ausgestaltung.

Ob das Aussetzen in der bloßen Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten bei Aufrechterhaltung des vertraglichen Bandes besteht oder ob das Arbeitsverhältnis mit dem erkennbaren Willen aufgelöst wird, es später fortzusetzen, ist eine Frage der Rechtsfolgen, nicht aber eine der Terminologie.<sup>332</sup>

Bei der Aussetzung iwS werden als Konsequenzen, da es sich ja um eine Beendigung handelt, die Abfertigungs-, Urlaubsentschädigung bzw –abfindung und der Anspruch auf die aliquoten Sonderzahlungen fällig. Bei der Aussetzung ieS ruhen diese Ansprüche, da auch das Arbeitsverhältnis ruht.

Ein weiteres Problem stellt sich hinsichtlich der Frage, ob Arbeitslosengeld bezogen werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis bei der Aussetzung ieS noch aufrecht ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Arbeitnehmer deren Arbeitsverhältnisse karenziert sind als arbeitslos einzustufen sind. In der Lehre ist dieser Punkt strittig. Neben den Hauptpflichten ruhen bloß jene Nebenpflichten, die an die Arbeits- und Entgeltspflicht anknüpfen, bspw bleiben Treu- und Fürsorgepflichten aufrecht. Aus dem aufrechten Bestand des alten Arbeitsverhältnisses ergibt sich jedoch, dass nach § 12 AIVG kein Bezug von Arbeitslosengeld möglich ist.<sup>333</sup> Karenzierte Arbeitnehmer sind nicht als geringfügige Arbeitnehmer iSd § 12 Abs 6 AIVG einzustufen, da sie nur beschränkt vermittelbar sind.

Bei Kurzarbeit stellt sich dieses Problem nicht, da das Arbeitsverhältnis aufrecht bleibt und somit auch kein Arbeitslosengeld bezogen werden kann.

Sonderzahlungen und Beiträge zur Mitarbeitervorsorge sind während einer Karenz grundsätzlich nicht zu leisten.<sup>334</sup> Die Zeit der Karenz zählt als Dienstzeit für zeitabhängige Ansprüche wie etwa Abfertigung, Kündigungsfristen, wenn die Maßnahme aus Gründen, die in der Arbeitgebersphäre liegen (wie Auftragsschwäche), vereinbart wurde. Aus diesem Grund wachsen in der Zeit auch neue Urlaubsansprüche hinzu. Es besteht kein besonderer Kündigungsschutz während der Karenz.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261

<sup>333</sup> VwGH 20.10.1992, 92/08/0047, ARD 4441/6/93 = JBl 1993, 470 (Mayer-Maly).

<sup>334</sup> Manche Kollektivverträge sehen aber Ansprüche vor.

<sup>335</sup> Gleißner, Personalmaßnahmen 39 f.

Ein Vorteil der Karenz (Aussetzung) ist die Abwälzung eines Teils des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf die Arbeitnehmer und die Allgemeinheit. Als Rechtsgrundlage für die Aussetzung kommen sowohl der Kollektivvertrag, die Betriebsvereinbarung als auch eine Einzelvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betracht.<sup>336</sup> Dabei ist jedoch auf die sachliche Rechtfertigung abzustellen, da es zu einer Umgehung zwingender gesetzlicher Schutzvorschriften kommen könnte.

Aussetzung wird häufig als Ersatz für Kurzarbeit zur Unternehmenssanierung eingesetzt, nämlich dann, wenn nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen für Kurzarbeit bzw die Gewährung der Beihilfe erfüllt sind.

Kurzarbeit unterscheidet sich von der Aussetzung dadurch, dass die Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses bei Kurzarbeit aufrecht bleiben, sie werden lediglich in ihrem gewöhnlichen Umfang reduziert. Bei Kurzarbeit liegt somit eine „Anomalie“ der Arbeitszeit vor und bei der Aussetzung des Arbeitsvertrages eine „Anomalie“ des Arbeitsvertrages.<sup>337</sup>

### **3.6. Bildungskarenz**

Als Alternative zur Kurzarbeit mit Qualifizierung (siehe Pkt C.8.6.) können Arbeitnehmer und Arbeitgeber Bildungskarenz vereinbaren. Die Bildungskarenz, welche 1998 eingeführt wurde, eröffnet Arbeitnehmern<sup>338</sup> die Möglichkeit an einer Weiterbildung teilnehmen zu können ohne dafür das Dienstverhältnis auflösen zu müssen. Ab dem zweiten Dienstjahr bzw nunmehr schon nach sechs Monaten<sup>339</sup> können Arbeitgeber und Arbeitnehmer für mindestens drei - bzw vorübergehend bis vor dem 31.12.2011 - zwei Monate und höchstens 12 Monate Bildungskarenz gem § 11 AVRAG vereinbaren.<sup>340</sup>

Um Bildungskarenz in Anspruch nehmen zu können ist eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber, bei dem ein laufendes Arbeitsverhältnis besteht, notwendig. Sowohl der Zeitpunkt als auch die Dauer der Bildungskarenz sind mit ihm abzusprechen und schriftlich

---

<sup>336</sup> *Runggaldier*, DRdA 1986, 274 ff.

<sup>337</sup> *Schnorr*, DRdA, 1987, 261.

<sup>338</sup> Beamte sind von der Bildungskarenz ausgenommen.

<sup>339</sup> Die Neuregelung, dass ein 6-monatiges Arbeitsverhältnis reicht und ein Bildungskarenzteil nur mindestens zwei Monate dauern muss, gilt ausschließlich im Fall einer Erstantragsstellung und befristet für den Zeitraum 01.08.2009 bis 31.12.2011.

<sup>340</sup> § 11 Abs 1 AVRAG; seit 2008 kann Bildungskarenz auch in Teilen vereinbart werden, wobei jeder Teil mindestens drei Monate umfassen muss. Der Verbrauch in einzelnen Teilen ist innerhalb von vier Jahren möglich. Ein neuerlicher Anspruch auf Bildungskarenz besteht dann frühestens nach vier Jahren, gerechnet ab dem ersten Antritt der vorangegangenen Bildungskarenz.

zu vereinbaren (Bildungskarenzvereinbarung). Bei der Vereinbarung ist auf die Interessen des Arbeitnehmers und auf die Erfordernisse des Betriebes Rücksicht zu nehmen. In Betrieben, in denen ein für den Arbeitnehmer zuständiger Betriebsrat errichtet ist, ist dieser auf Verlangen des Arbeitnehmers den Verhandlungen beizuziehen. Als weitere Voraussetzung für die Vereinbarung einer Bildungskarenz muss Anspruch auf Arbeitslosengeld bestehen. Der Antrag auf Bildungskarenz ist bei der jeweils zuständigen regionalen Geschäftsstelle (Wohnbezirk des Arbeitnehmers) des AMS zu stellen. Es besteht kein Rechtsanspruch auf Bildungskarenz.

In der Zeit einer Bildungskarenz wird der Arbeitnehmer ausgebildet und bezieht unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen Weiterbildungsgeld in der Höhe des Arbeitslosengeldes (§ 26 AIVG). Der Leistungswerber hat die Teilnahme an einer Weiterbildungsmaßnahme nachzuweisen, die den Kautelen des § 26 Abs 1 Z 1 AIVG unterliegt.<sup>341</sup>

Neben der Ausbildung kann der Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt sein – auch beim eigenen Arbeitgeber -, ohne das Weiterbildungsgeld zu verlieren. Zeiten der Bildungskarenz zählen bei zeitabhängigen Ansprüchen, wie etwa die Abfertigung, nicht mit. Ebenso wachsen keine Urlaubsansprüche – Urlaub und Sonderzahlungen werden aliquotiert - an und es besteht kein besonderer Kündigungsschutz.<sup>342</sup>

Die Teilnahme an einer oder auch mehreren Weiterbildungsmaßnahmen im Ausmaß von mindestens 20 Wochenstunden oder „eine vergleichbare zeitliche Belastung“ muss schriftlich nachgewiesen werden. Kein Nachweis muss im Falle eines Studiums an einer Fachhochschule, Universität oder Ähnlichem erbracht werden.<sup>343</sup> Vor der Bildungskarenz begonnene Aus- und Weiterbildungen können fortgesetzt werden. Kurse aus dem Freizeit- und Hobbybereich ohne beruflichen Bezug werden jedoch nicht akzeptiert.

### *Bildungskarenz plus*

Das Programm Bildungskarenz plus baut auf dem bisherigen AMS-Angebot „Bildungskarenz“ auf und ist eine zeitlich begrenzte Spezialförderung durch das AMS und die Länder<sup>344</sup>, die darauf abzielt, Arbeitskräfte auch während wirtschaftlich schwieriger

---

<sup>341</sup> Brodil in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht Kap X Rz 28.

<sup>342</sup> Gleißner, Arbeitsrechtliche Krisenbewältigung, ZAS 2009/9.

<sup>343</sup> Vgl [http://www.ams.at/\\_images/bildungskarenzplusneu.pdf](http://www.ams.at/_images/bildungskarenzplusneu.pdf) (21.01.2010); [http://www.akstmk.at/bilder/d111/Bildungskarenz\\_Nov\\_2009.pdf](http://www.akstmk.at/bilder/d111/Bildungskarenz_Nov_2009.pdf) (21.01.2010).

<sup>344</sup> Die Kriterien in den Bundesländern sind unterschiedlich, siehe Gruber, Von Kurzarbeit bis Personalabbau 111 ff.

Zeiten im Unternehmen zu halten und unter attraktiven Konditionen weiterzubilden. Durch die Bildungskarenz plus soll die Umsetzung von Weiterbildungsmaßnahmen in der Bildungskarenz unterstützt werden.<sup>345</sup> Voraussetzung ist der Abschluss einer Bildungskarenzvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Finanziert der Arbeitgeber Weiterbildungsmaßnahmen, bieten das AMS und die Länder Förderungen an. Die Bundesländer haben seit Herbst 2008 schrittweise bis zu 50% der Ausbildungskosten übernommen, 50% zahlen die Unternehmen.<sup>346</sup>

### 3.7. Beendigung mit Wiedereinstellungszusage

Wenn das Arbeitsverhältnis einvernehmlich oder durch Arbeitgeber-Kündigung beendet wird und der Arbeitgeber sagt die Wiedereinstellung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu bzw diese wird vereinbart, liegt eine Beendigung mit einer Wiedereinstellungszusage vor. Das Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich beendet und endfällige Ansprüche wie etwa Urlaub und Sonderzahlungen sind abzurechnen. Der Arbeitnehmer kann, da kein Arbeitsverhältnis mehr besteht, Arbeitslosengeld beziehen bzw eine andere Beschäftigung antreten.<sup>347</sup> Die Nachteile der Beendigung mit Wiedereinstellungszusage sind, dass der Arbeitnehmer dem AMS zur Verfügung stehen muss und das ein möglicher ungewollter Übertritt in die Abfertigung neu nach sich gezogen wird, weiters könnten die Arbeitnehmer ihrer Vordienstzeiten verlustig werden.

### 3.8. Änderungskündigung

Falls es zu keiner Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzgl der Einführung von Kurzarbeit kommt, hat der Arbeitgeber die Möglichkeit das Instrument der Änderungskündigung einzusetzen und den Arbeitsvertrag unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer der Änderung einzelner bestehender Vertragsbestimmungen innerhalb einer bestimmten Frist nicht zustimmt, zu kündigen.

Eine **Änderungskündigung** ist eine angebotene Vertragsänderung verbunden mit einer bedingten Vollbeendigung des Arbeitsverhältnisses. Ziel ist eine inhaltliche Neugestaltung der Arbeitsbedingungen.<sup>348</sup>

---

<sup>345</sup> Graf-Schimek in Steinlechner/Maska/Gleißner (Hrsg), Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten (2009) Rz 295.

<sup>346</sup> Vgl

[http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/5/3/0/CH0023/CMS1245230885751/090617\\_arbeitsmarktpaket\\_ii\\_2.pdf](http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/5/3/0/CH0023/CMS1245230885751/090617_arbeitsmarktpaket_ii_2.pdf) (21.01.2010).

<sup>347</sup> Gleißner, Personalmaßnahmen 43 f.

<sup>348</sup> Engelbrecht in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (12.Lfg) Kap XVI Rz 75 ff.

Die Änderungskündigung ist mangels Einigung über eine vertragliche Änderung auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet und besteht aus zwei einseitigen, zugangsbedürftigen Willenserklärungen. Zunächst erfolgt der Ausspruch der Kündigung und weiters ein Angebot, den Inhalt des Arbeitsvertrages zu ändern. In erster Linie ist somit keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt, sondern eine inhaltliche Neugestaltung der Arbeitsbedingungen.<sup>349</sup> Bei der Änderungskündigung wird eine angebotene Vertragsänderung mit einer bedingten Vollbeendigung des Arbeitsverhältnisses verbunden.

Bsp: Der Arbeitnehmer wird gekündigt, wenn er sich mit einer Schmälerung oder Aufhebung der versprochenen Leistung nicht einverstanden erklärt.

Wird vom Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen und dazu erklärt, dass sie (rückwirkend) rechtsunwirksam wird, wenn der Arbeitnehmer das Vertragsänderungsangebot annimmt, spricht man von einer „auflösend bedingten Änderungskündigung“. Wird aber die Kündigung unter der Bedingung ausgesprochen, dass diese bei Nichtannahme des gleichzeitig übermittelten Vertragsänderungsangebotes wirksam wird, liegt eine „aufschiebend bedingte Änderungskündigung“ vor.

Grundsätzlich sind alle einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, wie etwa die Kündigung, bedingungsfeindlich. Bedingte Kündigungen werden idR für unzulässig gehalten, da sie den Adressaten in Unsicherheit versetzen, ob das Arbeitsverhältnis nun fortgesetzt werden wird oder nicht. Dementsprechend sind Bedingungen, die die Auflösung des Arbeitsverhältnisses von ungewissen Ereignissen abhängig machen unzulässig und die Kündigung rechtsunwirksam. Potestativbedingungen, deren Erfüllung ausschließlich vom Willen des Arbeitnehmers abhängig ist, sind jedoch zulässig, da die Unsicherheit nicht mehr besteht, wenn die Erfüllung der Bedingung vom Willen des Kündigungsgegners abhängt und innerhalb kurzer Frist möglich ist.<sup>350</sup>

Im Falle von Kurzarbeit wird der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei verkürzter Arbeitszeit und verringertem Entgelt anbieten. Der Arbeitnehmer kann sodann die Bedingung erfüllen und die Kündigung abwenden oder den Vorschlag des Arbeitgebers ablehnen, wodurch die Kündigung rechtskräftig wird. Stimmt der Arbeitnehmer der Änderung zu, kann der Lohn nach Ende der Kündigungsfrist auf den der neuen Arbeitszeit entsprechenden Betrag herabgesetzt werden, falls die getroffene Vereinbarung nicht anders lautet.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> Engelbrecht in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht Kap XVI Rz 75 ff.

<sup>350</sup> Vgl Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXVI 3 E c; OGH 25.09.1979, 4 Ob 78/79, Arb 9810/1979.

<sup>351</sup> Reibach, Kurzarbeit 31 f.

Die Änderungskündigung ist jedoch als weniger praktikabel zu sehen, wenn es um eine vorübergehende Änderung geht, da oft lange Kündigungsfristen bestehen könnten. Weiters ist eine Änderungskündigung generell ausgeschlossen bzw erschwert, wenn es sich um schutzbedürftige Personen handelt (MSchG und Behinderte). Das größte Problem besteht darin, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmer verliert, die er eigentlich, wenn auch zu geänderten Bedingungen, halten wollte.<sup>352</sup> Eine wirkungsvollere Maßnahme sind kollektive Regelungen durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung.

### 3.9. Teilkündigung

Falls es zu keiner Einigung über die Einführung von Kurzarbeit kommt, könnte, bei Vorliegen der Voraussetzungen, auch eine Teilkündigung durch den Arbeitgeber ausgesprochen werden und somit eine Verringerung der Arbeitszeit und des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers bewirkt werden.

Unter einer Teilkündigung wird die Kündigung einzelner Bestimmungen des Arbeitsvertrages verstanden, sie bezieht sich nur auf einen Teil des Arbeitsverhältnisses, die sonstigen arbeitsvertraglichen Regelungen sollen nicht berührt werden.<sup>353</sup>

Es ist zwischen der **Teilkündigung iwS** und **ieS** zu differenzieren. Bei einem **weiten** Verständnis des Begriffes, stellt sich dies als die Möglichkeit, einzelne Vertragsbestandteile durch eine einseitige Willenserklärung unter Einhaltung einer Frist zu vernichten, dar. Eine solche Teilkündigung des Arbeitsverhältnisses ist nach hM<sup>354</sup> aber unzulässig. Sie beeinträchtigt den inneren Zusammenhang des Rechtsverhältnisses und zerstört das vertragliche Gleichgewicht<sup>355</sup>, da uU ein dem ursprünglichen Willen der Vertragsparteien nicht mehr entsprechendes Arbeitsverhältnis übrig bleibt und die andere Vertragspartei an einen Vertragsinhalt gebunden wäre, dem sie in dieser Form uU nicht zugestimmt hätte.

Es entstünde die Gefahr der mangelnden Bestimmtheit des Restvertrages und die Zulassung von derartigen Teilkündigungen führt zu einer Aufspaltung der Rechtsbeziehungen. Es müssen dann zwei oder mehrere selbständige Arbeitsverhältnisse angenommen werden. Das kann zu einer weitgehenden Einschränkung bzw Ausschaltung zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften führen, denn der Arbeitsrechtsgesetzgeber ist für das Verhältnis zwischen

---

<sup>352</sup> Winter, Kurzarbeit 9 f.

<sup>353</sup> Engelbrecht in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht Kap XVI Rz 84.

<sup>354</sup> Engelbrecht in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht Kap XVI Rz 84.

<sup>355</sup> Vgl OGH 29.09.1981, 4 Ob 168/80, DRdA 1983, 269 (Jabornegg).

Arbeitgeber und Arbeitnehmer von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis ausgegangen und hat darauf seine Regelungen abgestellt.

Deshalb gehen Lehre<sup>356</sup> und Rsp von einem **engen Verständnis** des Begriffes aus. Es handelt sich erst dann um eine Teilkündigung, wenn sich die einseitige Erklärung auf den Inbegriff der wechselseitigen Rechte und Pflichten bezieht (in Austauschbeziehung stehende Teile).

Der OGH geht davon aus, dass eine Arbeitsleistung, die eine gewisse **Eigenständigkeit** gegenüber den übrigen Vertragsverpflichtungen besitzt und deren Abgeltung auf einer gesonderten, mit dem restlichen Arbeitsverhältnis in keinem oder nur losem rechtlichen Zusammenhang stehenden Vereinbarung beruht, eine solche Eigenständigkeit, ein eigenes wirtschaftliches und rechtliches Schicksal und eine eigene Kündigung rechtfertigt.<sup>357</sup>

Der OGH bejahte eine Eigenständigkeit der Zusatzvereinbarung im Falle einer Zulage für die Funktion als Flottenchef zusätzlich zum laufenden Entgelt als Pilot<sup>358</sup> bzw im Falle eines Hausverwaltungsentgelts zusätzlich zum Bezug als Leiter einer Landesdirektion<sup>359</sup>.

Die Teilkündigung sollte aber nicht nur aufgrund einer objektiven Eigenständigkeit für zulässig erachtet werden, sondern dadurch, dass man den konkreten Nachweis erbringt, dass zwischen den Parteien Rechtsbeziehungen bestehen, bei denen die gesonderte Kündbarkeit eines Teiles davon, vom Parteiwillen tatsächlich getragen wird.<sup>360</sup> Die Parteien müssen bei Vertragsabschluss mit einer Teilung des Dienstverhältnisses in selbständige Teile und der Möglichkeit, diese als objektiv sinnvolle Rechtsverhältnisse zu qualifizieren, einverstanden gewesen sein. Man darf aber keine besondere Willenserklärung fordern, denn falls keine ausdrückliche Vereinbarung besteht, ist zu fragen, ob es sich um eine **stillschweigende, schlüssige Vereinbarung** handeln könnte. Dabei ist der strenge Maßstab des § 863 ABGB aus dem Zivilrecht heranzuziehen, der auch im Arbeitsrecht gilt. Für die Annahme einer konkludenten Willenserklärung muss die Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte, nach den im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und den Umständen des Einzelfalles eindeutig in einer Richtung zu verstehen sein, also den zwingenden Schluss zulassen, die Parteien hätten einen Vertrag schließen bzw ändern wollen. Es darf kein

---

<sup>356</sup> Vgl *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarungen des Arbeitgebers, DRdA 1991, 1; *Kietaibl*, Geltungskontrolle und Transparenzgebot im Arbeitsvertragsrecht, DRdA 2006, 12 (FN 54); *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht 208 f.

<sup>357</sup> Vgl *Kuderna*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des Kodifikationsvorhabens, DRdA 1979, 100.

<sup>358</sup> Vgl OGH 31.08.2005, 9 ObA 119/05 y.

<sup>359</sup> Vgl OGH 29.09.1981, 4 Ob 168/80, DRdA 1983, 269 (Jabornegg).

<sup>360</sup> Vgl OGH 29.09.1981, 4 Ob 168/80, DRdA 1983, 269 (Jabornegg).

vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein bestimmter Rechtsfolgewille vorliegt, wobei dafür die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind<sup>361</sup>. Bei der Konkludenprüfung im **Arbeitsrecht** ist auf die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers und seine Eingebundenheit in die betrieblichen Abläufe Bedacht zu nehmen und bei der Annahme von für ihn nachteiligen schlüssigen Erklärungen besondere Vorsicht geboten. Im Fall einer konkludent vereinbarten Teilkündigung müssen die Umstände des Einzelfalles genau geprüft werden und es darf kein vernünftiger Grund bestehen, am Vorliegen des Rechtsfolgewillens zu zweifeln. Es ist zu fragen, ob eine redlich durchschnittliche Arbeitsvertragspartei von einer gesondert vereinbarten Kündigung ausgegangen wäre und ob dies nach der Übung des redlichen Verkehrs üblich ist.

Teilkündigungen beziehen sich auf Rechtsverhältnisse und nicht auf vertragliche Einzelzusagen, die vom objektiven Recht her nicht durch separate Kündigung beseitigt werden können. Wenn die Parteien unmittelbare Kündigungsmöglichkeiten einzelner Vertragsbestimmungen vorsehen, die auch von ihnen selbst für keine Rechtsverhältnisse gehalten werden, dann ist der Begriff Kündigung falsch eingesetzt, es spricht hier alles für ein Widerrufsrecht.<sup>362</sup>

Teilkündigungen sind also nur dann zulässig, wenn sie gegenüber den übrigen Aufgaben des Arbeitnehmers rechtlich eigenständige, gesondert entlohnte Leistungen betreffen, die im Rahmen eines bestehenden Dienstverhältnisses zusätzlich vereinbart wurden und im Austauschverhältnis stehen.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Vgl. *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB-Kurzkommentar<sup>2</sup> (2007) § 863 Rz 6; OGH 18.04.1996, 8 Ob A 270/95, DRdA 1997/4, 27 (Eypeltauer).

<sup>362</sup> Vgl. *Welser*, DRdA 1991, 1.

<sup>363</sup> Vgl. OGH 10.06.1998, 9 ObA 98/98x.

## C. Die Kurzarbeitsbeihilfe

### 1. Einleitung

Einen großen Themenkomplex bildet die Förderung durch das AMS in Form der Kurzarbeitsbeihilfe. Durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009, welches am 09.03.2009 im BGBl I 2009/12 kundgemacht worden ist, wurden die Bestimmungen betreffend die Kurzarbeitsbeihilfe aus dem AMFG ins AMSG transferiert bzw die Kurzarbeitsbeihilfe in Verbindung mit einer Qualifizierungsmaßnahme neu eingeführt. Die Novelle brachte noch einige weitere Neuerungen mit sich, die genau beleuchtet werden und deren rechtliche Auswirkungen zu erörtern sind. Im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsbeihilfe spielt die „Sozialpartnervereinbarung“, deren rechtliche Natur nicht abschließend geklärt ist, eine tragende Rolle.

### 2. Definition

Eine mögliche Variante zur Bewältigung von Beschäftigungsschwierigkeiten in einem Unternehmen ist die Einführung von Kurzarbeit. Damit verbunden sieht der Gesetzgeber eine Förderung aus arbeitsmarktpolitischen und somit im öffentlichen Interesse gelegenen Gründen in Form einer Kurzarbeitsbeihilfe vor.

Auf Antrag des betroffenen Arbeitgebers kann, bei Vorliegen bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen, zum finanziellen Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen eine so genannte **Kurzarbeitsbeihilfe** durch das AMS gewährt werden. Diese staatliche Förderung der betroffenen Unternehmen bezweckt die kurzfristige Freisetzung von Arbeitnehmern, deren Arbeitsplätze aufgrund vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten gefährdet sind, zu verhindern. Diese würden ohne Leistung einer Beihilfe, Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung in Anspruch nehmen<sup>364</sup>, was in weiterer Folge einen größeren finanziellen Aufwand verursachen würde, als die Kurzarbeitsbeihilfe.<sup>365</sup> Durch die Gewährung der Beihilfe soll ein Anreiz geboten werden, die Arbeitszeit im Betrieb und das Entgelt der Arbeitnehmer zu reduzieren, um eine finanzielle Entlastung des Unternehmens zu bewirken. Mit der Einführung von Kurzarbeit ist gleichzeitig die

---

<sup>364</sup> Da sie als Konsequenz der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Arbeitgebers freigesetzt werden würden.

<sup>365</sup> Die Belastung des Staates fällt geringer aus, wenn Arbeitnehmer in Kurzarbeit geschickt werden, als wenn sie arbeitslos sind. Drei Arbeitnehmer in Kurzarbeit verursachen soviel Kosten wie ein Arbeitsloser, vgl Die Presse, 26.02.2009 und 15.03.2009.

Produktion einzuschränken, zumindest jener Teil, den die Kurzarbeit betrifft. Eine Produktionsleistung, die in der Relation zur Verkürzung der Arbeitszeit höher liegt, widerspricht dem Sinn der Kurzarbeitsbeihilfe.<sup>366</sup>

Wichtig ist zwischen der Kurzarbeitsbeihilfe auf der einen Seite und der Kurzarbeitsunterstützung auf der anderen Seite zu unterscheiden.

Die **Kurzarbeitsunterstützung** ist eine Leistung, die der Arbeitgeber – meist aufgrund der Verpflichtung durch die Sozialpartnervereinbarung - an seine Arbeitnehmer zusätzlich zu dem für die geleisteten Arbeitsstunden gebührendem Entgelt auszahlt. Sie soll als Entschädigung in der Phase der Kurzarbeit den teilweisen Entfall des Entgelts ausgleichen.

Im Unterschied dazu ist die **Kurzarbeitsbeihilfe** jene Leistung, die dem Arbeitgeber als Förderung durch das AMS gewährt wird.

Als Zuschuss zur Abgeltung der an die Arbeitnehmer geleisteten Kurzarbeitsunterstützung kann vom AMS eine Kurzarbeitsbeihilfe an den Arbeitgeber geleistet werden. Zu beachten ist, dass die vom AMS gewährte Beihilfe auch bei Vorliegen sämtlicher geforderter Voraussetzungen, dem Arbeitgeber nicht alle mit der Einführung von Kurzarbeit und den damit tatsächlich verbundenen Kosten ersetzt.<sup>367</sup> Deshalb sollte vor der Einführung von Kurzarbeit eine eingehende Prüfung und Analyse stattfinden und eine Abwägung der tatsächlichen Verhältnisse betriebswirtschaftlich überlegt sein.

Eine weitere Förderung kann in Form einer **Qualifizierungsbeihilfe**<sup>368</sup> gewährt werden. Hierbei handelt es sich um eine Kurzarbeitsbeihilfe mit Qualifizierungsansatz. Phasen der verminderten Arbeitsnachfrage aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten in bestimmten Wirtschaftszweigen sollen effektiv für arbeitsmarktgerechte Qualifizierungsmaßnahmen genutzt werden.<sup>369</sup> Falls derartige allgemeine Qualifizierungsmaßnahmen in einem Betrieb Anwendung finden, hat der Arbeitgeber den teilnehmenden Arbeitnehmern eine Entschädigung - ähnlich der Kurzarbeitsunterstützung - in Form einer **Qualifizierungsunterstützung** zu leisten. Hierfür kann bei Vorliegen der anderen

---

<sup>366</sup> Richtlinie des BMWA vom 12.11.2008, Zl. 434.002/0010-II/4/2008 „Beihilfen zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen gemäß § 27 Abs 1 lit b des Arbeitsmarktförderungsgesetzes“ (Kurzarbeitsbeihilfen), im Folgenden kurz: alte Kurzarbeitsrichtlinie; vgl Pkt 3,11.

<sup>367</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>368</sup> Zur Qualifizierungsbeihilfe siehe Pkt C.8.6.

<sup>369</sup> Vgl Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 57 der Beilagen zu Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIV.GP.

gesetzlichen Bedingungen eine Qualifizierungsbeihilfe durch das AMS an den Arbeitgeber gewährt werden.

### 3. Gesetzliche Regelung

Die Kurzarbeitsbeihilfe und die Kurzarbeitsbeihilfe mit Qualifizierung werden seit 01.02.2009 im AMSG geregelt. Da diese gesetzlichen Bestimmungen nur die erste Ebene sind und keine detaillierteren Regelungen enthalten, ermächtigt das Gesetz in den §§ 37b Abs 4 und 37c Abs 6 AMSG den Verwaltungsrat des AMS zur Erlassung von Richtlinien, die die Beihilfengewährung näher gestalten und festlegen. Vor dem Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 wurde die Beihilfengewährung zur Kurzarbeit im AMFG geregelt.

Die Kurzarbeitsbeihilfe ist nach wie vor privatrechtlich ausgestaltet, dabei ist zu beachten, dass auch die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts über das vorvertragliche Schuldverhältnis zur Anwendung kommen.<sup>370</sup>

Auf die Kurzarbeitsbeihilfe besteht auch weiterhin kein Rechtsanspruch.<sup>371</sup> Leistungen der Arbeitsmarktverwaltung, auf die kein Rechtsanspruch besteht, haben sich gem § 31 Abs 2 AMSG bei Wahl, Art und erforderlichenfalls Kombination der eingesetzten Leistungen nach den Erfordernissen des Einzelfalles unter dem Gesichtspunkt, den in den §§ 37b Abs 4 und 37c Abs 6 AMSG genannten Zielen bestmöglich zu entsprechen, zu richten.

Abgesehen von den gesetzlichen Bestimmungen und der Richtlinie des AMS besteht eine Grundsatzvereinbarung (Erklärung der Präsidenten der Sozialpartner) der Sozialpartner zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 (siehe Exkurs: Rolle der Sozialpartnerschaft, Pkt C.5.3.). Weiters bestehen Mustervereinbarungen<sup>372</sup> zwischen der Wirtschaftskammer und den Gewerkschaften.

---

<sup>370</sup> Auf das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und AMS ist Privatrecht anzuwenden, vgl *Rebhahn* in *Raschauer* (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts (2003) Rz 844 ff (856 f); nach stRsp ist in der Förderungsverwaltung von einer Vollziehung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung auszugehen, vgl OGH 24.11.1988, 6 Ob 694/88, SZ 61/261; OGH 12.02.2003, 7 Ob 231/02z, SZ 61/261 = JBl 1990, 169.

<sup>371</sup> § 34 Abs 3 AMSG; bisher § 27 Abs 2 AMFG idF BGBl I 2000/142.

<sup>372</sup> Etwa die Mustervereinbarung der Sozialpartner über die Einführung von Kurzarbeit und Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung. Grundsätzlich soll diese für alle Wirtschaftsbereiche und alle Teilgewerkschaften innerhalb des ÖGB gelten. Vertragspartner sind innerhalb der WKÖ der jeweils zuständige Fachverband oder die Fachgruppe bei dem das beantragende Unternehmen Mitglied ist, sowie auf Arbeitnehmerseite die jeweilige Teilgewerkschaft.

### Die Regelung der Kurzarbeitsbeihilfe erfolgt auf drei Ebenen

- auf gesetzlicher Ebene im Arbeitsmarktservicegesetz (früher: AMFG)
- die Vorgaben des AMSG werden durch eine Richtlinie des AMS umgesetzt<sup>373</sup>
- und auf Ebene der Sozialpartnerschaft erfolgt die Regelung durch die Sozialpartnervereinbarung (Festlegung des betroffenen Personenkreises, Behaltefrist etc)

### **3.1. Das Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG)**

Das AMFG ist ein 1969 eingeführtes, mehrmals novelliertes, Bundesgesetz<sup>374</sup>. Durch die letzte Novelle kam es aufgrund der Aufhebung der bisher im AMFG enthaltenen Bestimmungen betreffend die Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfen und der Übernahme dieser ins AMSG, zu einer tiefgreifenden Veränderung des Gesetzes. Im Zuge der Neuregelung wurden die §§ 29 - 33 AMFG zT ersatzlos aufgehoben bzw mit der Einführung des § 37b ins AMSG transferiert.

### **3.2. Das Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG)**

Das AMSG bestimmt, dass die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes dem AMS obliegt. Mit dem AMSG vom 01.07.1994 wurde die Arbeitsmarktverwaltung (Arbeitsämter) aus dem Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales ausgegliedert und das AMS als Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts konstituiert.<sup>375</sup> Gründe für die Ausgliederung waren unter anderem Kostenersparnisse und die Effizienz der neuen Einrichtung.

An die Stelle einer zentral gesteuerten Organisation des Bundes trat damit eine Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 AMSG), die im Auftrag des Bundes die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik übernimmt. Die zentrale Aufgabe ist die öffentliche Arbeitsvermittlung, aber auch Information, Beratung, Qualifizierung und finanzielle Förderung spielen eine wichtige Rolle.<sup>376</sup>

Als Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts trägt das AMS im Rahmen der Vollbeschäftigungspolitik der Bundesregierung, im Auftrag des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und unter maßgeblicher Beteiligung der Sozialpartner zur Bekämpfung von Arbeitslosigkeit in Österreich bei.

---

<sup>373</sup> Bundesrichtlinie Beihilfen bei Kurzarbeit und bei Kurzarbeit mit Qualifizierung (KUA), BGS/AMF/0722/9939/2009 (im Folgenden kurz Kurzarbeitsrichtlinie).

<sup>374</sup> BGBl Nr 31/1969.

<sup>375</sup> Vgl [http://www.ams.or.at/ueber\\_ams/14155.html](http://www.ams.or.at/ueber_ams/14155.html) (21.01.2010).

<sup>376</sup> Vgl <http://www.bmsk.gv.at/cms/site/dokument.html?channel=CH0697&doc=CMS1233303592799> (21.01.2010).

Im AMSG wird der Arbeitsmarktpolitik die Aufgabe zugewiesen unter Wahrung sozialer und ökonomischer Grundsätze und damit auf ein möglichst vollständiges, wirtschaftlich sinnvolles und nachhaltiges Zusammenführen von Arbeitskräfteangebot und – nachfrage hinzuwirken.

Auch die Förderung von Kurzarbeit ist eine Dienstleistung des AMS im Rahmen des Kernprozesses 2 und unterstützt Unternehmen bei der Suche nach geeigneten Arbeitskräften und bei der Anpassung von Arbeitskräften. Die Anpassung erfolgt in Form der Verringerung des Arbeitszeitvolumens und/oder Qualifizierung.<sup>377</sup>

Hinsichtlich der Gewährung von Beihilfen aus der Arbeitsmarktförderung gelten folgende Grundsätze:

- Eine Förderung kommt nur dann in Betracht, wenn sie volkswirtschaftlich nützlich ist und im öffentlichen Interesse steht. Das ist dann der Fall, wenn die Sicherung bestehender oder die Schaffung neuer Arbeitsplätze gewährleistet wird (arbeitsmarktpolitischer Effekt).
- Es besteht kein Rechtsanspruch auf Förderungen.
- Die Durchführung mehrerer Förderungsmaßnahmen nebeneinander ist möglich.
- Das Förderungsbegehren ist vor Beginn einer betrieblichen Maßnahme an die zuständige Stelle des AMS zu richten.
- Die Gewährung von Förderungsmitteln ist mit Auflagen verbunden.<sup>378</sup>

### **3.3. Privatwirtschaftsverwaltung - Hoheitsverwaltung**

Die Vollbeschäftigungspolitik gehört zu den staatlichen Aufgaben, da nur der Staat über die notwendigen Mittel verfügt sie effizient zu betreiben.<sup>379</sup>

Neben der Möglichkeit hoheitlichen Einschreitens eröffnet die Bundesverfassung den Gebietskörperschaften auch die Möglichkeit sich anderer Handlungsformen zu bedienen (Art 17 B-VG bzw Art 116 Abs 2 B-VG). Dabei kann es sich um ein Rechtsgeschäft des Zivilrechts oder auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handeln.<sup>380</sup> Dieser Bereich der Verwaltung wird als Privatwirtschaftsverwaltung oder als nicht hoheitliche Verwaltung bezeichnet.

---

<sup>377</sup> Pkt 3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>378</sup> Tritremmel, Förderungsmaßnahmen für Betriebe nach dem AMFG, RdW 1984, 210.

<sup>379</sup> Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG, Europäische Sozialcharta; Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>380</sup> Baumgartner, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2003) 6 f.

Ob eine staatliche Angelegenheit mittels Hoheitsverwaltung durchzuführen ist, bzw unter welchen Voraussetzungen Privatwirtschaftsverwaltung zulässig ist, sagt Art 17 B-VG nicht. Zur Klärung dieser Frage ist die Theorie des Funktionszusammenhangs<sup>381</sup> heranzuziehen.

Für die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht hoheitlicher Verwaltung kommt es nicht auf die Motive oder den Zweck des Verwaltungshandelns an, sondern allein auf die Handlungsform. Während der Staat im Bereich der Hoheitsverwaltung dem Bürger als Träger der Staatsgewalt in übergeordneter Stellung gegenübertritt und die Mittel von Befehl und Zwang einsetzt, agiert er im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung rein rechtlich betrachtet auf einer Stufe mit dem Bürger.

### **3.3.1. Folgen der Zuordnung**

Die Zuordnung der hoheitlichen oder nicht hoheitlichen Tätigkeit hat wesentliche Konsequenzen, da nach hA<sup>382</sup> das Legalitätsprinzip nach Art 18 B-VG nur für die hoheitliche Vollziehung gilt. Ebenso hat die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nur in diesem Bereich Geltung. Eine weitere Konsequenz der Unterscheidung liegt beim Rechtsschutz. Für Akte der Hoheitsverwaltung sieht die Bundesverfassung spezifische Rechtsschutzmöglichkeiten vor und auch das AHG findet nur im Bereich der hoheitlichen Vollziehung Anwendung. Für die nichthoheitliche Verwaltung sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

Nach hA<sup>383</sup> sind die Gebietskörperschaften allerdings auch im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung an die Grundrechte gebunden, dabei handelt es sich um die so genannte Fiskalgeltung der Grundrechte.<sup>384</sup>

### **3.3.2. Einordnung der Tätigkeit des AMS – Rechtsnatur der Beihilfe**

Da es sich bei der Tätigkeit der Arbeitsmarktverwaltung im Allgemeinen und der Tätigkeit des AMS bei der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe im Speziellen, um eine nicht hoheitliche handelt, kann das AMS sich zur Verfolgung seiner Ziele derselben Handlungsformen bedienen, die auch den anderen Rechtsunterworfenen zur Verfügung stehen.

Dem entspricht auch das Verfahren zur Beihilfengewährung, das nicht durch Subordination gekennzeichnet ist, sondern durch Willenseinigung und schuldrechtliche Verpflichtung. Die Erledigung von Begehren erfolgt nicht in Form von Bescheiden im förmlichen Sinne des

---

<sup>381</sup> Vgl. *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1987) 148.

<sup>382</sup> Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>4</sup> (2006) 35 f.

<sup>383</sup> Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>4</sup> 36 f.

<sup>384</sup> Zur Fiskalgeltung siehe Pkt C.3.3.2.

AVG, sondern erfordert Verhandlungen zwischen den beteiligten Parteien. Die Begehrensentscheidung erfolgt durch schriftliche Mitteilung (Fördermitteilung = Vertrag, in dem rechtsverbindlich festgelegt wird, ob und in welchem Umfang die Kurzarbeitsbeihilfe gewährt wird).<sup>385</sup>

Gemäß § 37 b Abs 1 AMSG *können* Beihilfen gewährt werden, ein Rechtsanspruch besteht nicht.<sup>386</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass das AMS willkürlich über die Ablehnung oder Bewilligung entscheiden kann. Die funktionelle Nähe zur öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge gebietet vielmehr die Bindung an die materiellen Rechtsnormen der Verfassung, soweit sie für die Beihilfengewährung relevant sind.

Bei Erfüllung seiner Aufgaben hat das AMS auf einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zu achten, denn bei der Entscheidung über die Gewährung der Beihilfe ist das AMS sowohl an den Gleichheitssatz nach Art 2 StGG 1867 und Art 7 B-VG iSd Gleichbehandlung gleichartiger Angelegenheiten, als auch an andere Grundrechte, wie das Legalitätsprinzip nach Art 18 B-VG gebunden.<sup>387</sup> Dies folgt aus § 16 ABGB, der als Generalklausel für den Persönlichkeitsschutz herangezogen wird, wenn bislang keine konkrete gesetzliche Norm diesen Schutz gewährt und als Argumentationshilfe und Eingangstor für das Einfließen der Grundrechte dient<sup>388</sup> und einem besonderen vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen Beihilfenwerber und Beihilfengeber, da öffentliche Mittel verteilt werden. Das AMS trifft also das Verbot unsachlicher Differenzierungen.<sup>389</sup>

Die gesetzlichen Tatbestandsbegriffe, wie „wirtschaftliche Schwierigkeiten“ etc sind einheitlich, nach objektiven Kriterien und nicht nach freiem Ermessen des AMS auszulegen.

Dass das Legalitätsprinzip und der Gleichheitssatz trotz Verweisung der Kurzarbeitsbeihilfe in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung auch die Arbeitsmarktverwaltung bindet, beweist das Bestreben eine einheitliche Gesetzesanwendung zu gewährleisten.<sup>390</sup>

---

<sup>385</sup> Das Gesetz sieht keine ausdrückliche Erledigungsform vor, dennoch erfordert es die Rechtssicherheit, dass das Begehren – obwohl kein Rechtsanspruch auf die Beihilfe besteht – durch einen Rechtsakt beendet wird. Die Richtlinie des AMS bestimmt, dass die Beihilfengewährung durch eine „Fördermitteilung“ zu erledigen ist, siehe dazu Pkt C.6.4.

<sup>386</sup> Vgl § 34 Abs 3 AMSG.

<sup>387</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>388</sup> Barta (Hrsg), Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2007) 4.C.

<sup>389</sup> Vgl Rebhahn in Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 859 ff.

<sup>390</sup> Vgl IA 424/A XXIV.GP.

Diese grundrechtliche Bindung des privatwirtschaftlich handelnden Staates hat jedoch nichts mit der Frage der sogenannten „Drittwirkung“<sup>391</sup> von Grundrechten zu tun.

### 3.3.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf die Gewährung der Beihilfe zwar kein Rechtsanspruch besteht, die Arbeitsmarktverwaltung aber trotz der Einordnung der Förderung in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung an das Legalitätsprinzip und den Gleichheitssatz gebunden ist.

### 3.4. Bundesrichtlinie „Beihilfen bei Kurzarbeit und bei Kurzarbeit mit Qualifizierung“

Das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009, das der Richtlinie zugrunde liegt, wurde vom Präsidium des AMS-Verwaltungsrates am 26.02.2009 beschlossen und vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend sowie dem Bundesminister für Finanzen am 18.03.2008 bestätigt.<sup>392</sup> Sie trat rückwirkend mit 10.03.2009 in Kraft<sup>393</sup> und ersetzte die bisher geltende Richtlinie des BMWA.<sup>394</sup> Die Novellierungen des AMSG durch das BGBl I Nr 90/2009 haben eine Anpassung der Richtlinie erforderlich gemacht. Die neueste Richtlinie wurde am 24.07.2009 vom Präsidium beschlossen und am 18.08.2009 von den Bundesministern bestätigt.<sup>395</sup>

Die Kompetenz zur Erlassung von Richtlinien, die die Gewährung der Beihilfen näher regeln und mit der die gesetzlichen Rahmenbedingungen näher ausgeführt werden, wurde dem Verwaltungsrat<sup>396</sup> des AMS unter Bedachtnahme der maßgeblichen rechtlichen Vorschriften

---

<sup>391</sup> Eine unmittelbare Drittwirkung liegt vor, wenn aus einem bestimmten Grundrecht ein Anspruch abgeleitet werden kann, den eine Privatperson gegen einen anderen Privaten geltend machen kann. Dies wird im Allgemeinen verneint. Demgegenüber wird eine **mittelbare Drittwirkung** vielfach bejaht. Zu verstehen ist darunter eine durch (einfache) Gesetze vermittelte Wirkung der Grundrechte auch auf das Rechtsverhältnis zwischen Privaten. Grundsätzlich kommt allen Grundrechten eine mittelbare Drittwirkung zu, vgl. *Öhlinger, Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2005) Rz 741 f.

<sup>392</sup> Pkt 1. der Kurzarbeitsrichtlinie; § 37b Abs 4 und § 37c Abs 6 AMSG.

<sup>393</sup> Kurzarbeitsfälle mit Beginn 10.03.2009 oder nach diesem Zeitpunkt sind nach der neuen Richtlinie abzuwickeln.

<sup>394</sup> Richtlinie des BMWA vom 12.11.2008, Zl. 434.002/0010-II/4/2008 „Beihilfen zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen gemäß § 27 Abs 1 lit b des Arbeitsmarktförderungsgesetzes“ (Kurzarbeitsbeihilfen).

<sup>395</sup> Bundesrichtlinie Beihilfen bei Kurzarbeit und bei Kurzarbeit mit Qualifizierung (KUA) BGS/AMF/0722/9939/2009, gültig seit 01.07.2009.

<sup>396</sup> Zur Zusammensetzung und Mitgliedschaft des Verwaltungsrates vgl. § 5 AMSG.

auf Vorschlag des Vorstandes<sup>397</sup> durch die §§ 37b und 37c AMSG übertragen und obliegt nicht länger dem zuständigen Bundesminister.<sup>398</sup>

Die zentralen Punkte der Richtlinie sind die Regelungen der Kurzarbeit im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme und Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe und die Qualifizierungsbeihilfe.

Es sind Höchst- und Mindestdauer, Voraussetzungen für die Verlängerung der Beihilfengewährung, der Mindest- und Höchstanteil des Arbeitszeitausfalles, der Personenkreis, die Höhe der Beihilfe, die Beschäftigungsverpflichtung gem Abs 2, die Bedingungen für ein Absehen von einer Vereinbarung der Kollektivvertragspartner bei Katastrophen gem Abs 2, sowie das Verhältnis zu anderen Beihilfen und Unterstützungsleistungen zu regeln.

Gesetzliche Vorgaben für die in der Richtlinie vorzusehenden Regelungen sind in § 37b Abs 4 AMSG enthalten. Die Dauer der Beihilfengewährung darf zunächst sechs Monate nicht übersteigen. Verlängerungen des Beihilfenbezuges bis zu einer Gesamtdauer von 18 bzw 24 Monaten<sup>399</sup>, bei Vorliegen besonderer Umstände auch darüber hinaus, sind zulässig. Der Arbeitszeitausfall darf im Durchschnitt des Zeitraumes, für den die Beihilfe oder deren Verlängerung bewilligt wurde, nicht unter 10% und nicht über 90% der gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegten Normalarbeitszeiten - bei Teilzeitbeschäftigten der vereinbarten Normalarbeitszeit - betragen.

Der Gesetzgeber hat die so genannten Eckpunkte der für die Richtlinie näher zu treffenden Rahmenbedingungen normiert, wobei dem Verwaltungsrat ein großer Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht. Ohne die Vorgabe von Eckpunkten der Richtlinie durch den Bundesgesetzgeber wäre die Kompetenzeinräumung allenfalls als „eine Art“ formalgesetzliche Delegation zu qualifizieren, deren Zulässigkeit im Hinblick auf Art 18 B-VG zu hinterfragen wäre.<sup>400</sup> Ein Grundproblem des Legalitätsprinzips liegt nämlich in der Frage des Ausmaßes der erforderlichen Bestimmtheit der Gesetze. Verwaltungsorgane haben zwar grundsätzlich Ermessen, jedoch impliziert Art 18 B-VG die Verpflichtung des

---

<sup>397</sup> Zur Zusammensetzung und Mitgliedschaft des Vorstandes vgl § 8 AMSG.

<sup>398</sup> Die Richtlinie bedarf nur mehr der Bestätigung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend sowie dem Bundesminister für Finanzen; der Verwaltungsrat und der Vorstand sind gem § 3 AMSG Organe der Bundesorganisation des AMS.

<sup>399</sup> Durch das Arbeitsmarktpaket 2009 wurde die Beihilfenbezugsdauer auf 24 Monate verlängert.

<sup>400</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

Gesetzgebers das Handeln der Verwaltung inhaltlich hinreichend zu determinieren. Gesetzliche Regelungen, die zu unbestimmt sind oder in anderer Weise das Handeln der Verwaltungsorgane nicht hinreichend genau bestimmen, sondern diesen einen zu großen Spielraum belassen, sind verfassungswidrig.<sup>401</sup>

Je nach Sachgebiet – im Wirtschaftsrecht ist keine so weitgehende gesetzliche Vorherbestimmung notwendig, wie bspw im Sozialversicherungsrecht und Strafrecht - ist eine unterschiedliche gesetzliche Vorherbestimmung notwendig (differenziertes Legalitätsprinzip).<sup>402</sup> Im Fall der Richtlinienenerlassung durch das AMS sind die gesetzlichen Vorgaben in den §§ 37b und 37c AMSG als ausreichend einzustufen, obgleich es wünschenswert wäre, wenn die gesetzlichen Bestimmungen ausführlichere Angaben enthielten, etwa eine Klarstellung bzgl der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes.

Die Förderung der Kosten von Qualifizierungsmaßnahmen (Kurskosten) ist nicht Gegenstand der Richtlinie, sie wird vielmehr in einer eigenen Bundesrichtlinie betreffend die „Qualifizierungsförderung für Beschäftigte in Kurzarbeit“<sup>403</sup> geregelt.

Adressaten der Bundesrichtlinie sind die Mitarbeiter des AMS, die für das Verfahren der Beihilfengewährung zuständig sind. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der rechtlichen Einordnung der Richtlinie. Das AMS ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts.<sup>404</sup> IdR wird es sich also um eine Verwaltungsverordnung (Richtlinie), somit eine generelle Weisung, handeln. Verwaltungsverordnungen sind ausschließlich an unterstellte Verwaltungsorgane adressiert, sie berühren nicht die allgemeine Rechtslage und wirken nur intern.<sup>405</sup> Gegenstand einer Verwaltungsverordnung kann unter anderem die Frage sein, wie nachgeordnete Verwaltungsorgane bestehende Gesetze in inhaltlicher Hinsicht anzuwenden haben. Ihnen kommt oft eine große praktische Bedeutung zu, da sie die für Verwaltungsbediensteten kraft Weisung verbindliche Interpretation der Gesetze enthalten.<sup>406</sup> Es werden jedoch keine subjektiven Rechte des Adressaten, sondern dessen Funktionen als Organ geregelt.

---

<sup>401</sup> Im Fall von - nicht hinreichend genau bestimmten – gesetzlichen Verordnungsermächtigungen spricht man von „formalgesetzlicher“ Delegation.

<sup>402</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> 583 ff.

<sup>403</sup> Bundesrichtlinie Qualifizierungsförderung für Beschäftigte und Beschäftigte in Kurzarbeit im Rahmen des Europäischen Sozialfonds (Ziel 2 Schwerpunkt 1).

<sup>404</sup> *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Bd 4 (2009) Rz 46.006.

<sup>405</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 771.

<sup>406</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> Rz 771.

Solche generellen Weisungen können jedoch materiell betrachtet auch nach außen wirken und zwar dann, wenn ersichtlich eine bindende Gesetzesauslegung angestrebt und Geltung gegenüber einer in allgemeiner Weise bestimmten Vielzahl von Personen beansprucht wird. Der VfGH ignoriert einen solchen Erlass als nicht dem objektiven Rechtstatbestand angehörig. Der VfGH hingegen qualifiziert den tatsächlich materiell nach außen wirkenden Erlass als Rechtsverordnung.<sup>407</sup>

Im Fall der Richtlinie des AMS ist aufgrund der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des AMS in diesem Bereich von einer Qualifizierung als Regelung ohne materielle Außenwirkung auszugehen. Weisungen entfalten keine Außenwirkung, es schadet grundsätzlich nicht im Außenrecht wenn das Handeln der AMS Mitarbeiter weisungswidrig – entgegen der Richtlinie - erfolgt ist.<sup>408</sup>

Bundesweit soll ein einheitliches und verbindliches Vorgehen bei der Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe und Kurzarbeitsbeihilfe mit Qualifizierung erzielt werden und es soll eine stärkere Einbindung der Arbeitsmarktpartner im Rahmen der Richtlinienerstellung im AMS und eine Flexibilisierung der Rahmenbedingungen ermöglicht werden.<sup>409</sup> Ebenso wird sichergestellt, dass die für die Gewährung der Beihilfen festgelegten Mindestanforderungen insbesondere die zwingend vorausgesetzte Sozialpartnervereinbarung erfüllt sind.<sup>410</sup>

#### **4. Risikoverteilung**

Um einen Ausgleich für die finanziellen Einbußen in den Zeiten der Kurzarbeit zu bieten, wird idR auf Antrag der betroffenen Arbeitgeber - bei Einhaltung sämtlicher geforderter Voraussetzungen - vom AMS Kurzarbeitsbeihilfe ausbezahlt. Das Lohnrisiko, das bei Verkürzung der Arbeitszeit unter teilweisem Ausfall des Entgelts entsteht, würde ohne Gewährung einer Beihilfe von den Arbeitnehmern getragen werden. Um eine Entlastung zu bewirken, wird deshalb durch die Arbeitsmarktverwaltung eine Förderung in Form einer Kurzarbeitsbeihilfe, die zwar an den Arbeitgeber ausbezahlt wird, aber von diesem in Form der Kurzarbeitsunterstützung<sup>411</sup> an die Arbeitnehmer weiterzuleiten ist, gewährt. Dadurch wird eine Umverteilung der Tragung des Lohnrisikos zu einem gewissen Teil von den

---

<sup>407</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> Rz 771 ff.

<sup>408</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> Rz 986.

<sup>409</sup> Vgl IA 424/A XXIV.GP.

<sup>410</sup> Die Verantwortung für die zugrunde liegenden Sozialpartnervereinbarungen und deren Übereinstimmung mit Kurzarbeitsregelungen in Branchenkollektivverträgen obliegt den Kollektivvertragsparteien bzw den betrieblichen Sozialpartnern.

<sup>411</sup> Die Sozialpartnervereinbarungen verpflichten die Arbeitgeber den Arbeitnehmern Kurzarbeitsunterstützung zu leisten.

Arbeitnehmern auf den Arbeitgeber, die Arbeitsmarktverwaltung bzw im weitesten Sinne auf die Allgemeinheit bewirkt.

Die Risikoverteilung stellt sich demnach folgendermaßen dar:

- Trotz vorher erläuterten trägt der Arbeitnehmer zwar weiterhin das Lohnrisiko, jedoch nur soweit, als trotz der Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung eine Differenz zu dem normalerweise bei voller Arbeitszeit gebührendem Entgelt besteht. Im Gegenzug kommt es zu keiner Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

- Der Arbeitgeber hat jenes Lohnrisiko zu tragen, dass die ihm vom AMS gewährte Kurzarbeitsbeihilfe nicht zur vollen Abdeckung der seinerseits an die Arbeitnehmer gewährten Kurzarbeitsunterstützung ausreicht.<sup>412</sup>

Die Arbeitnehmer erhalten das ihnen zustehende Entgelt unabhängig von der dem Arbeitgeber gewährten Beihilfe durch das AMS, für die Arbeitnehmer besteht keine Gefahr, dass sie die ihnen zustehende Kurzarbeitsunterstützung nicht erhalten. Hingegen trägt der Arbeitgeber auch das Risiko, dass das AMS die Beihilfe zurückfordert, er von seinen Arbeitnehmern aber nichts zurückfordern kann.

- Falls Kurzarbeitsbeihilfe durch die Arbeitsmarktverwaltung gewährt wird, trägt schließlich auch sie bzw die Allgemeinheit zT das Lohnrisiko und zwar im Ausmaß der Höhe der gewährten Beihilfe.

Die Arbeitgeber werden finanziell entlastet. Die Allgemeinheit übernimmt einen Teil, der an sich die Arbeitgeber treffenden Verpflichtung.

## 5. Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe des AMS

Um Kurzarbeitsbeihilfe vom AMS beziehen zu können, müssen folgende Voraussetzungen gem § 37b Abs 1 AMSG erfüllt sein, die im Anschluss an die Aufzählung genauer erörtert werden.

- Der Betrieb muss von **vorübergehenden** nicht saisonbedingten **wirtschaftlichen Schwierigkeiten** betroffen sein (siehe Pkt C.5.1.).

---

<sup>412</sup> Denn die Höhe der Kurzarbeitsbeihilfe ist gesetzlich zwingend festgelegt. Jene der Kurzarbeitsunterstützung kann durch die Parteien festgelegt werden, darf aber einen Mindestbetrag – siehe § 37b Abs 2 AMSG - nicht unterschreiten.

- Die Regionale Geschäftsstelle des **AMS** muss **rechtzeitig verständigt** worden sein und bei einer Beratung, der auch der Betriebsrat und die kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber beizuziehen sind, muss festgestellt worden sein, dass keine andere Lösungsmöglichkeit für die bestehenden Beschäftigungsschwierigkeiten zur Verfügung steht (siehe Pkt C.5.2.).
- Zwischen den für den Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrates, muss eine **Vereinbarung** über die Leistung einer Entschädigung während der Kurzarbeit (Kurzarbeitsunterstützung), die näheren Bedingungen der Kurzarbeit und die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nach Beendigung der Kurzarbeit getroffen werden (siehe Pkt C.5.3.).

### **5.1. Vorübergehende nicht saisonbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten**<sup>413</sup>

Die materiellen Voraussetzungen für die Kurzarbeitsbeihilfe sind vor allem durch die Elemente „*vorübergehende nicht saisonbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten*“ und „*Beschäftigungsschwankung*“ geprägt.

Die „vorübergehenden nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten“ können ihre Ursache im Ausfall von Aufträgen, betriebsnotwendigen Zulieferungen und Betriebsmitteln oder Ähnlichem bzw. Naturkatastrophen haben. Es muss sich um Beeinträchtigungen regelmäßiger ökonomischer Abläufe handeln, die außerhalb des Einflussbereiches (*unternehmensexterne* Umstände) des Arbeitgebers wurzeln, von ihm nur schwer bis gar nicht zu beeinflussen sind, aber innerhalb seiner Sphäre zu Beschäftigungsschwankungen führen. Die Beihilfe kann bei Störungen, die die gesamte Volkswirtschaft, eine Branche oder einen Betrieb treffen, gewährt werden.<sup>414</sup> Voraussetzung ist, dass die schwierige Lage nur vorübergehend und deren Beendigung zeitlich absehbar ist. Der Unternehmer hat die Ausfälle plausibel darzulegen.

Eine Kurzarbeitsbeihilfe kann nicht gewährt werden, wenn sie auf Auftragsmängeln, Zulieferschwierigkeiten oder Ausfällen von Betriebsmitteln aufgrund interner Mängel, wie

---

<sup>413</sup> Siehe auch Pkt C.8.9.1.

<sup>414</sup> Vgl. *Mazal*, ZAS 1988, 83.

etwa versäumter betrieblicher Strukturanpassung, Missmanagement oder qualitäts- und produktbedingtem Absatzrückgang basiert.<sup>415</sup>

Der Grundsatz, dass es sich um unternehmensexterne<sup>416</sup> Umstände handeln muss, die eine Beschäftigungsschwankung verursachen, erspart nicht eine Abgrenzung betrieblicher Strukturmängel von Strukturmängeln einer ganzen Branche oder der Gesamtwirtschaft vorzunehmen. Falls die Ursache der Beschäftigungsschwankungen der Sphäre des betroffenen Betriebes oder Unternehmens zuzurechnen ist, handelt es sich um keine wirtschaftlichen Schwierigkeiten iSd § 37b Abs 1 Z 1 AMSG.

Daraus lässt sich folgende allgemeine Regelung ableiten: Hat der betroffene Arbeitgeber die Beschäftigungsschwankung nicht zu verantworten, sondern beruht sie bspw auf einem branchenfremden<sup>417</sup> Strukturproblem, das sich in seinem Betrieb auswirkt und worauf der Arbeitgeber entsprechend reagiert, dann besteht die Möglichkeit Kurzarbeitsbeihilfe zu beantragen.

Falls der betroffene Arbeitgeber jedoch nicht auf die Probleme reagiert bzw es unterlässt Strukturanpassungen vorzunehmen, woraufhin es zu einer längerfristigen Beschäftigungsschwankung kommt, liegt kein Fall für die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe vor.<sup>418</sup>

Nunmehr ist ausdrücklich normiert, dass saisonale Schwankungen keine Fälle für die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe sind, ebenso wird keine Beihilfe gewährt, wenn die Schwierigkeiten aufgrund normaler<sup>419</sup> wirtschaftlicher Entwicklungen entstanden sind.

Der Arbeitgeber hat nachvollziehbar darzulegen, aufgrund welcher Umstände davon auszugehen ist, dass es sich um eine *vorübergehende* Situation handelt und ein Ende zeitlich

---

<sup>415</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>416</sup> *Mazal* bezeichnet dies als notwendige exogene Verursachung, vgl *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>417</sup> Unter unternehmensextern sind bspw Ausfälle von betriebsnotwendigen Zulieferungen und auch Naturkatastrophen zu verstehen. Branchenimmanente Umstände, wie etwa saisonale Beschäftigungsschwierigkeiten, sind nicht unter unternehmensexterne Umstände zu subsumieren. Ist die Ursache der Beschäftigungsschwankungen der Sphäre der betroffenen Betriebe oder Unternehmen zuzurechnen, liegen wirtschaftliche Schwierigkeiten iSd Gesetzes nicht vor und eine Beihilfe kann nicht gewährt werden.

<sup>418</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>419</sup> Eine normale wirtschaftliche Entwicklung ist im Gegensatz zu besonderen wirtschaftlichen Entwicklungen, wie bspw der Wirtschaftskrise, zu sehen. Falls Produkte nicht mehr zeitgemäß sind, die Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens verloren geht oder die Nachfrage sinkt, ist dieser Umstand unter „normale“ wirtschaftliche Entwicklung zu subsumieren und führt zu keiner Gewährung der Beihilfe.

absehbar ist.<sup>420</sup> Näherer Betrachtung bedarf die Wortwahl „*vorübergehend*“, denn das Gesetz definiert die Dauer des Wortes vorübergehend nicht näher. Ein wirtschaftlicher Engpass eines Unternehmens wird dann als vorübergehend definiert, wenn er innerhalb von drei Monaten überwunden werden kann. Dieses Argument wurde vor dem Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 zur Rechtfertigung für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe für lediglich drei Monate herangezogen.

Da die Beihilfengewährung nunmehr auf einen längeren Zeitraum ausgedehnt wurde, ist auch die Definition der vorübergehenden Situation anzupassen. Es ist mE davon auszugehen, dass nunmehr unter „*vorübergehend*“ ein Zeitraum von sechs Monaten zu verstehen ist, da die Kurzarbeitsbeihilfe bei der Erstgewährung auf sechs Monate befristet ist.<sup>421</sup> Es besteht zwar die Möglichkeit einer allfälligen Verlängerung der Beihilfe auf bis zu 24 Monate, diese Ausdehnung ist jedoch durch die momentan weltweit herrschende wirtschaftliche Krise bedingt. Für Anträge auf Kurzarbeitsbeihilfe nach dem 31.12.2010 gelten wieder die ursprünglich im Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 vorgesehenen 18 Monate als Höchstbezugsdauer.

Die Beschäftigungsschwankung muss kurzfristig sein. Sie wird als solche betrachtet, wenn durch die Gewährung der Beihilfe der Engpass überbrückt werden kann und der Betrieb in absehbarer Zeit wieder in normalem Umfang arbeiten kann. Der um Kurzarbeitsbeihilfe ansuchende Arbeitgeber hat dies glaubhaft zu machen.

## **5.2. Verständigung des AMS und Beratung**

### **5.2.1. Rechtzeitige Verständigung**

Das Unternehmen hat nach dem Gesetzeswortlaut die Regionale Geschäftsstelle des AMS *rechtzeitig* von der beabsichtigten Einführung der Kurzarbeit zu verständigen.

Nach den ErlRV<sup>422</sup> der Stammfassung des AMFG war unter „*rechtzeitig*“, die Verständigung mindestens zwei Monate vor Übergang zur Kurzarbeit zu verstehen. Diese Frist ergab sich aufgrund einer angeblichen Wertungsparallelität zwischen dieser Meldung und den Fristen zur Meldung im Rahmen des Frühwarnsystems des § 45a AMFG, wonach eine Frist von mindestens zwei Monaten einzuhalten war. Mittlerweile sieht jedoch auch § 45a Abs 2 AMFG nur mehr eine Frist von 30 Tagen vor.

---

<sup>420</sup> Vgl Pkt 6.4. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>421</sup> Siehe § 37b Abs 4 AMFG.

<sup>422</sup> Vgl ErlRV 983 BlgNR XI.GP.

Aus dem Hinweis auf das Kündigungsfrühwarnsystem in den Gesetzesmaterialien zu § 29 AMFG darf deshalb nicht auf eine so starre Fristbindung geschlossen werden, wie dies uU aus der Formulierung abgeleitet werden könnte. Der Zweck des Frühwarnsystems einen Zeitraum vor dem Ausspruch von Kündigungen zu schaffen, die es dem AMS ermöglicht, auf die beabsichtigten Kündigungen zu reagieren, rechtfertigt keine Übertragung dieser Frist auf die Verständigung des AMS vor der beabsichtigten Einführung der Kurzarbeit, da sich die administrativen Erfordernisse der beiden Verfahren erheblich unterscheiden.

Der Gesetzgeber des Beschäftigungsförderungsgesetzes 2009 hat erneut keine genaue Frist normiert. Entsprechend dem Zweck der Regelung wird die Verständigung idR dann als rechtzeitig zu sehen sein, wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu welchem Maßnahmen zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit durch die Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe ex ante betrachtet noch Erfolg versprechend sind und eine ausreichende Vorlaufzeit für die Durchführung der Beratung und den Abschluss der Vereinbarungen zur Verfügung steht.

Der Zweck der Kurzarbeitsbeihilfe, auf kurzfristige Beschäftigungsschwankungen schnell reagieren zu können, und die Bezugnahme auf Naturkatastrophen, die erfahrungsgemäß kurzfristig eintreten, machen deutlich, dass die Kurzarbeitsbeihilfe keinen bestimmten Fristen unterworfen sein sollte oder unterworfen sein kann, da eine starre Frist mit einem solchen Verständnis nicht vereinbar wäre.<sup>423</sup>

Die normative Bedeutung des Rechtzeitigkeitserfordernisses ist demnach gering, denn das AMS ist zwar zur Durchführung von Beratungen und zur Inbetrachtziehung anderer Lösungsmöglichkeiten angehalten. Sobald diese erfolgt sind, kann jedoch die Beihilfe gewährt werden, ohne dass eine bestimmte Frist einzuhalten wäre.<sup>424</sup>

Aus dem Festgestellten und aus dem Wortlaut der „*rechtzeitigen*“ Verständigung lässt sich schließen, dass „*ausreichend*“ Zeit für die Beratung sein muss. IdR sollte eine Verständigung rund 6 Wochen vorher bzw im Falle einer Verlängerung der Kurzarbeit mindestens 4 Wochen ausreichend sein um dem Rechtzeitigkeitserfordernis zu genügen.

Die 6-wöchige Frist ist in etwa jene Zeitspanne, die das AMS für die Prüfung allfälliger alternativer Maßnahmen zur Beseitigung der Beschäftigungsprobleme des betroffenen Unternehmens benötigt. Das AMS hat ein Beratungsgespräch durchzuführen in dem

---

<sup>423</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>424</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

sämtliche Alternativen zur Kurzarbeit zu prüfen sind. Kurzarbeit kommt als ultima ratio erst dann zum Einsatz, wenn sämtliche anderen Möglichkeiten (Abbau von Zeitguthaben, Urlaub etc) ausgeschöpft wurden. Solche Überprüfungen benötigen einen gewissen Zeitraum und sechs Wochen erscheinen als durchaus angemessen. In Einzelfällen wird die Frist auch kürzer ausfallen, vor allem dann, wenn der Arbeitgeber bereits bei Antragseinbringung nachweisen kann, dass sämtliche Alternativmaßnahmen ergebnislos durchgeführt wurden.

### 5.2.2. Beratung

Der Beratung zwischen Arbeitgeber und AMS sind gem § 37b Abs 1 Z 2 AMSG der (falls vorhandene) Betriebsrat und die für den betreffenden Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer beizuziehen. Diese Beiziehung ist unabdingbar und da die Sozialpartner infolge auch eine idR<sup>425</sup> zwingende Sozialpartnervereinbarung über die nähere Ausgestaltung der Kurzarbeit im betreffenden Unternehmen abzuschließen haben, erscheint sie auch durchaus sinnvoll und konsequent.

Im **Beratungsgespräch** mit dem AMS ist zu erörtern, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Beihilfe vorliegen bzw ob es sich überhaupt um einen Anwendungsfall des § 37b AMSG handelt. Das Gesetz sieht die Beihilfengewährung als ultima ratio vor, wenn ex ante betrachtet keine anderen Möglichkeiten zur Bewältigung der Beschäftigungsschwierigkeiten zur Verfügung stehen. Es sind sämtliche Alternativmaßnahmen in Betracht zu ziehen und es ist zu überprüfen, ob nicht durch den Bezug einer anderen Beihilfe oder durch innerbetriebliche realisierbare Lösungsmöglichkeiten<sup>426</sup> die betriebliche Situation entspannt werden könnte.<sup>427</sup> Das Unternehmen ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich ernstlich um den Abbau von Alturlaubsansprüchen<sup>428</sup> bemühen muss. Kann ein ernstliches Bemühen vom Unternehmen nicht nachgewiesen werden - bspw durch diesbzgl Verhandlungen mit dem Betriebsrat bzw der Belegschaft<sup>429</sup> - fehlt es an einer wesentlichen Voraussetzung für die

---

<sup>425</sup> Eine Ausnahme besteht hinsichtlich einer Beihilfe bei Naturkatastrophen und vergleichbaren Schadensereignissen gem § 37b Abs 2 AMSG.

<sup>426</sup> Etwa den Abbau von Überstunden, Zeitguthaben und Urlaubsansprüche, Arbeitszeitflexibilisierung.

<sup>427</sup> Pkt 6.4.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>428</sup> Darunter sind Urlaubsansprüche aus bereits abgelaufenen Urlaubsjahren zu verstehen.

<sup>429</sup> Der Urlaubsverbrauch kann nicht einseitig angeordnet werden, es ist als lediglich ein ernstliches Bemühen und kein bestimmter Erfolg nachzuweisen.

Beihilfengewährung.<sup>430</sup> Ebenso sind die Möglichkeiten hinsichtlich der Beihilfe mit Qualifizierungsmaßnahmen zu erörtern.

Ziel der Beratung ist die einvernehmliche Klärung der weiteren Vorgangsweise. Im Zuge des Beratungsgespräches soll festgestellt werden, ob es sich um einen Fall der Kurzarbeit handelt oder ob andere Lösungsmöglichkeiten in Betracht kommen und ob Einvernehmen über die Grundzüge des Ausbildungskonzeptes besteht.

### **5.3. Exkurs: Rolle der Sozialpartnerschaft**

Die Sozialpartnerschaft ist die gesetzlich nicht geregelte Zusammenarbeit zwischen den großen Interessenverbänden und der Regierung.<sup>431</sup> Es handelt sich um ein Phänomen der österreichischen Politik, das für eine weitgehend reibungslose Kooperation in den Bereichen Wirtschafts- und Sozialpolitik sorgt. Sie dient der außerparlamentarischen Einigung unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer, Arbeitgeber und des Staates.

Das Zusammenwirken der Sozialpartner war eine Grundvoraussetzung für den raschen Wiederaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg und bildete die Basis für das weitere wirtschaftliche Wachstum und für den sozialen Frieden.<sup>432</sup>

Das System der Wirtschafts- und Sozialpartnerschaft, kurz Sozialpartnerschaft genannt, kann nicht zwangsweise durchgesetzt werden, sondern beruht auf dem Prinzip der Freiwilligkeit.<sup>433</sup>

Sozialpartner sind die großen Interessenverbände: Österreichischer Gewerkschaftsbund (ÖGB), Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ), Bundesarbeitskammer (BAK), Landwirtschaftskammer Österreich (LK) und die Industriellen Vereinigung (IV).

Der ÖGB ist vereinsrechtlich organisiert<sup>434</sup>, die drei Kammerorganisationen sind öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörper mit gesetzlicher Mitgliedschaft.<sup>435</sup> Die Organisation der IV setzt sich aus ehrenamtlich agierenden Funktionären und hauptberuflichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zusammen.<sup>436</sup>

---

<sup>430</sup> Pkt 6.4.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>431</sup> In Art 120a Abs 2 B-VG anerkennt die Republik die Rolle der Sozialpartner. Sie achtet deren Autonomie und fördert den sozialpartnerschaftlichen Dialog durch die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern; *Pirschinger*, Die Sozialpartnerschaft (1996) 55.

<sup>432</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>433</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010);

*Pirschinger*, Die Sozialpartnerschaft 55.

<sup>434</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 764 f. f

<sup>435</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010); zur AK und WKÖ siehe auch: *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 767 f, 770 f.

<sup>436</sup> <http://www.iv-net.at/bm41> (21.01.2010).

Durch ihr Handeln und ihre Entscheidungen beeinflussen die Sozialpartner die gesamte österreichische Wirtschaft. Sie versuchen, sozialen Frieden als Vorteil im internationalen Wettbewerb einzusetzen und durch ihr Zusammenwirken zu einer Stabilisierung der wirtschaftlichen Entwicklung Österreichs beizutragen.<sup>437</sup>

Die Sozialpartnerschaft ist durch eine besondere Art der Gesprächs- und Verhandlungskultur sowie durch laufenden Informationsaustausch gekennzeichnet.<sup>438</sup>

Ihre Aufgaben sind vielfältig, sie umfassen nicht nur die Regelung der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern erstrecken sich auf praktisch alle Gebiete der Wirtschafts- und Sozialpolitik.<sup>439</sup>

Österreich ist ein Musterbeispiel des Korporatismus (Verkürzung des Wortes Korporativismus), der umfassenden und koordinierten Interessenvertretung.<sup>440</sup> Die Aufgaben sind aufgrund regelmäßiger Bekenntnisse zu gemeinsamen längerfristigen Zielen der Wirtschafts- und Sozialpolitik festgelegt und abgegrenzt. Im Zusammenhang mit der Neuregelung der Kurzarbeit haben sich die Sozialpartner bspw im Rahmen des Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 dazu bekannt, Sozialpartnervereinbarungen unbürokratisch, rasch sowie industrie- und Klein- undMittelunternehmer freundlich und iSd Beschäftigten abzuschließen.<sup>441</sup>

Aufeinander abgestimmtes Handeln und der Dialogweg dienen dem Erreichen der gemeinsam festgesetzten Ziele mehr, als das Austragen von Konflikten.<sup>442</sup>

Freilich werden durch die Sozialpartnerschaft nicht alle Konfliktpunkte im Vorhinein beseitigt, die Interessenvertretungen haben vielmehr einen geeigneten Weg gefunden die wirtschaftlichen und sozialen Interessen aller Beteiligten bei den Verhandlungen gleichermaßen zu berücksichtigen und die Bereitschaft zu Kompromissen zum Vorteil aller zu erhöhen und führen somit eine konsensorientierte Politik.<sup>443</sup> Die österreichische Sozialpartnerschaft stellt nicht nur eine Kooperation im Verhältnis der Sozialpartner

---

<sup>437</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>438</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>439</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XI 3.

<sup>440</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010);

*Pirschinger*, Die Sozialpartnerschaft 15 f.

<sup>441</sup> Dies wurde im Rahmen der Pressekonferenz der vier Präsidenten der Sozialpartner am 26.02.2009 erklärt.

<sup>442</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>443</sup> *Rill*, Die Verankerung der Sozialpartner und ihres Dialogs in Art 120a Abs 2 B-VG, ZfV 2008, 730; *Pirschinger*, Die Sozialpartnerschaft 48;

[http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

untereinander dar, sondern besteht auch in einer Zusammenarbeit in vertikaler Richtung, also zwischen den Sozialpartnern und dem Staat.<sup>444</sup>

Darüber hinaus sind die Sozialpartner in vielfältiger Weise im politischen System Österreichs verankert und ihre Aufgaben erstrecken sich sowohl auf die Wirtschafts- als auch auf die Sozialpolitik.<sup>445</sup> Ihre Rolle als Mitgestalter der österreichischen Politik geht weit über eine Beraterrolle hinaus. In der Gesetzgebung kommt den Sozialpartnern zum Teil ein Begutachtungs- bzw Vorschlagsrecht zu.<sup>446</sup> In der Verwaltung wirken sie in zahlreichen Kommissionen, Beiräten und Ausschüssen mit.<sup>447</sup> In der Gerichtsbarkeit dürfen sie Vorschläge bzgl der Besetzung von Laienrichtern abgeben und in der Sozialpolitik besteht ein wichtiger Tätigkeitsbereich der Verbände in der Entsendung von Vertretern in die Pensions-, Kranken- und Unfallversicherungen.<sup>448</sup> Die sozialpartnerschaftliche Kooperation entfaltet sich auch im gesellschaftlichen Bereich, etwa als kollektivvertragsfähige Körperschaften aufgrund spezieller Ermächtigung zur privatrechtlichen Rechtsetzung.<sup>449</sup> Die sozialpartnerschaftliche Tätigkeit im gesellschaftlichen Bereich hat keine spezielle rechtliche Grundlage und sollte nach der von den Sozialpartnern gewählten Konzeption auch keine rechtliche Bindung begründen, sich also nur auf politischer Ebene bewegen.<sup>450</sup> Ein wesentlicher Erfolgsfaktor der Sozialpartnerschaft ist die politische Doppelfunktion von Exponenten, dh die personellen Mehrfachfunktionen<sup>451</sup> bspw eines Vertreters der WKÖ, der auch eine parlamentarische Funktion innehat.

Bei der Einführung der Kurzarbeit spielen die Sozialpartner eine tragende Rolle. Sie haben eine Vereinbarung (Sozialpartnervereinbarung) betreffend die Leistung einer Entschädigung während der Kurzarbeit, die näheren Bedingungen der Kurzarbeit und die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nach Beendigung der Kurzarbeit zu treffen.<sup>452</sup> Die Rechtsnatur dieser Vereinbarung ist strittig und wird im Rahmen der Darlegung des bisherigen Meinungstandes und eigener Überlegungen dargestellt, siehe Pkt C.5.4.2.

---

<sup>444</sup> Rill, ZfV 2008, 730.

<sup>445</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XI 3;

[http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>446</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>447</sup> [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>448</sup> Vgl [http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010).

<sup>449</sup> Rill, ZfV 2008, 730.

<sup>450</sup> Rill, ZfV 2008, 730.

<sup>451</sup> Pirschinger, Die Sozialpartnerschaft 54.

<sup>452</sup> Vgl § 37b Z 3 AMSG.

### ***Erklärung der Präsidenten der Sozialpartner zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009***

Abgesehen von den gesetzlichen Bestimmungen und der Richtlinie des AMS besteht eine Grundsatzvereinbarung (Erklärung der Präsidenten der Sozialpartner) zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 zwischen den Sozialpartnern ÖGB, BAK, WKÖ und IV. Sie verpflichten sich die Sozialpartnervereinbarungen unbürokratisch, rasch sowie industrie- und Klein- und Mittelunternehmer freundlich und iSd Beschäftigten abzuschließen.

In der Erklärung wird festgelegt, dass

1. in allen Branchen unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrates die Belegschaft informiert wird,
2. die Behaltspflicht sich nur auf Arbeitnehmer bezieht, die auch von Kurzarbeit betroffen waren,
3. von der Behaltspflicht in besonderen Fällen abgesehen werden kann,
4. sich die Behaltspflicht während der Kurzarbeit auf Betriebe bzw Betriebsstellen<sup>453</sup> und den dortigen Beschäftigtenstand bezieht.
5. In der Erklärung werden auch die Behaltefristen nach dem Ende der Kurzarbeit geregelt.

#### **5.4. Sozialpartnervereinbarung**

Der Abschluss einer Vereinbarung („Sozialpartnervereinbarung“) über die Modalitäten und die detaillierte Ausgestaltung der Kurzarbeit und deren Bedingungen bildet gemeinsam mit der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes, der Festlegung der näheren Bedingungen der Kurzarbeit und der Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung die zwingenden Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe durch das AMS.

Eine Ausnahme besteht in Fällen von Naturkatastrophen oder vergleichbaren Schadensereignissen. Hier kann im Hinblick auf die Kurzfristigkeit und Unvorhersehbarkeit und der daraus resultierenden nicht ausreichenden Reaktionszeit für betriebliche Dispositionen oder Abstimmungsvorgänge der Abschluss einer solchen Sozialpartnervereinbarung entfallen.<sup>454</sup>

Da das Gesetz im Bereich der Kurzarbeitsbeihilfe bzw der Kurzarbeit im Allgemeinen wenig vorgibt und fast keine gesetzlichen Regelungen bestehen, liegt die Regelungskompetenz vor

---

<sup>453</sup> Wenn diese organisatorisch derart getrennt sind, dass unterschiedliche Kollektivverträge zur Anwendung kommen oder sie sich an verschiedenen Standorten befinden.

<sup>454</sup> Pkt 9.3. der Kurzarbeitsrichtlinie; siehe dazu Pkt C.7.

allem bei den Sozialpartnern und dem AMS. Deshalb spielt die Sozialpartnervereinbarung im Bereich der Kurzarbeit und der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe eine tragende Rolle. Umso mehr verwundert es, dass Rechtsnatur und Wirkung dieser Vereinbarung bis heute vollkommen ungeklärt sind. Es ist nicht klar, ob es sich bei der Sozialpartnervereinbarung um einen Kollektivvertrag mit entsprechender normativer Wirkung oder um eine privatrechtliche Vereinbarung mit bloß schuldrechtlicher Wirkung zwischen den abschließenden Parteien handelt.

Die Sozialpartnervereinbarung ist eine schriftliche Vereinbarung über die näheren Bedingungen der Kurzarbeit im betroffenen Unternehmen, die zwischen den für den betreffenden Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber abgeschlossen wird. Im Gesetz ist nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass diese Sozialpartnervereinbarung unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrates abzuschließen ist. Die von den Gewerkschaften oft praktizierte Vorgangsweise, Sozialpartnervereinbarungen erst dann abzuschließen, wenn im Betrieb ein Betriebsrat errichtet wird, soll damit unterbunden werden.

Zu unterzeichnen ist die Sozialpartnervereinbarung vom Arbeitgeber bzw einem zur Vertretung nach außen befugten Organ des Betriebes, vom Betriebsrat, für den ÖGB von der zuständigen Teilgewerkschaft (vom zur Vertretung befugte Organ), für die WKÖ vom zuständigen Fachverband bzw Fachgruppe und falls überlassene Mitarbeiter miteinbezogen werden, dann auch vom Arbeitgeber und Betriebsrat des Beschäftigterbetriebes.<sup>455</sup>

#### **5.4.1. Abschlusskompetenz**

Bevor auf den Inhalt der Sozialpartnervereinbarung eingegangen wird, ist zu klären, welche Parteien zum Abschluss der Vereinbarung berufen sind.

Das AMS ist dem Gesetz nach kein Verhandlungspartner und schließt die Vereinbarung auch nicht ab, vielmehr hat es die Rolle der Koordinierungs- und Überwachungsfunktion inne.

Die Kompetenz zum Abschluss einer solchen Sozialpartnervereinbarung wird dem Gesetzeswortlaut nach den für „den jeweiligen Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ eingeräumt.<sup>456</sup>

---

<sup>455</sup> Vgl Mustervereinbarung der Sozialpartner über die Einführung von Kurzarbeit und Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung.

<sup>456</sup> Vgl § 37b Abs 1 Z 3 AMMSG bzw § 37c Abs 1 Z 3 AMMSG.

### **a) Kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber**

Kollektivvertragsfähig sind gem § 4 ArbVG die gesetzlichen Interessenvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, denen mittelbar oder unmittelbar die Aufgabe obliegt, auf die Regelung von Arbeitsbedingungen hinzuwirken und deren Willensbildung in der Vertretung der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer Interessen gegenüber der anderen Seite unabhängig ist. Juristische Personen des öffentlichen Rechts besitzen eine eingeschränkte Kollektivvertragsfähigkeit.<sup>457</sup>

Außerdem sind jene Berufsvereinigungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer kollektivvertragsfähig, welche auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhen, die sämtliche Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ArbVG erfüllen und denen gem § 5 ArbVG mittels Bescheid des Bundeseinigungsamts die Kollektivvertragsfähigkeit zuerkannt worden ist.

In Betracht kommen daher die gesetzlichen Interessenvertretungen Wirtschaftskammer und Arbeiterkammer sowie bestehende freiwillige Berufsvereinigungen auf Seiten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. In der bisherigen Praxis wurden die Sozialpartnervereinbarungen idR zwischen der Wirtschaftskammer bzw der betreuenden Fachorganisation der Wirtschaftskammer und dem ÖGB abgeschlossen.<sup>458</sup>

Innerhalb der kollektivvertragsfähigen Körperschaften richtet sich die Zuständigkeit und somit auch die Abschlusskompetenz nach den gesetzlichen oder statutenmäßigen Regelungen über die interne Organisation. Im Bereich der Wirtschaftskammer, als gesetzliche Interessenvertretung der Arbeitgeber, sind das WKG und die vom Wirtschaftsparlament der Bundeskammer erlassene Fachorganisationsordnung maßgeblich.<sup>459</sup>

Bei der Arbeiterkammer als gesetzliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer ist eine dementsprechende gesetzliche fachliche Untergliederung nicht ersichtlich.

Im Bereich der freiwilligen Interessenvertretungen ist die in jeweils in Betracht kommende Organisation idR nach den internen Organisationsvorschriften zu ermitteln, gesetzliche Regelungen bestehen nicht.<sup>460</sup>

---

<sup>457</sup> Näheres in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 2 B.

<sup>458</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>459</sup> Vgl §§ 13 ff WKG; *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>460</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

## **b) Fachliche Zuständigkeit - „für den Wirtschaftszweig in Betracht kommend“**

Darüber, welche kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber dazu berechtigt sind eine Sozialpartnervereinbarung abzuschließen, schweigt das Gesetz. Diese Unklarheit wurde auch durch die Neuregelung der Bestimmungen nicht beseitigt. Nach wie vor ist nicht eindeutig, welche Kriterien bei der Bestimmung der kollektivvertragsfähigen Körperschaften maßgeblich sind.

Es ist naheliegend an die Partner des Kollektivvertrages zu denken, dem der ansuchende Arbeitgeber angehört. Das kann uU zu Interpretationsproblemen führen,

1. wenn der ansuchende Arbeitgeber nicht nur einer bestimmten, sondern mehreren Branchen angehört.
2. Es könnte durchaus sein, dass für die betreffende Branche des antragstellenden Arbeitgeber kein oder mehrere Kollektivverträge abgeschlossen worden sind oder
3. die Partner des in Frage kommenden Kollektivvertrages Körperschaften sind, denen der betreffende Arbeitgeber nicht angehört.

*Mazal*<sup>461</sup> hat aufgrunddessen, dass bei der Einführung von Kurzarbeit eine Änderung jener Arbeitsbedingungen herbeigeführt wird, die gewöhnlich durch die Kollektivverträge geregelt werden, folgende Überlegung angestellt. Er geht davon aus, dass eine analoge Anwendung der Regelungen des ArbVG über die Kompetenzen zum Abschluss von Kollektivverträgen durchaus ihre Rechtfertigung hat. In Analogie zu § 4 ArbVG ist zunächst davon auszugehen, dass nur solche kollektivvertragsfähige Körperschaften zum Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung berufen sind, zu deren gesetzlichen oder statutengemäßen Wirkungsbereich es gehört, die Arbeitsbeziehungen des ansuchenden Arbeitgeber und seiner Arbeitnehmer zu regeln.

Der Gesetzgeber bezweckt offensichtlich mit der Wahl des Wortlauts „*die für den betreffende Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer*“ in § 37b Abs 1 Z 3 AMMSG, dass die am Abschluss der Vereinbarung beteiligten Parteien die Arbeitsbedingungen der jeweiligen betroffenen Branche grundsätzlich regeln und kennen sollten und aus diesem Grund auch über das branchenspezifische Know-how verfügen, welches sie infolge bei der Beratung auch einbringen können.

---

<sup>461</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Falls nach erfolgtem Beratungsgespräch die Vereinbarung von kollektivvertragsfähigen Körperschaften geschlossen wird, die nicht am Beratungsgespräch teilgenommen haben, so schadet dies der Gültigkeit der Sozialpartnervereinbarung nicht, denn die Beziehung der Sozialpartner zu den Beratungsgesprächen beim AMS ist hinsichtlich der Abschlusskompetenz der Vereinbarung nicht bindend. Ob es zielführend ist, ist eine andere Frage. Der Zweck der Einbindung der Sozialpartner in das Verfahren über die Beihilfengewährung ist es, eine sinnvolle Beratung zu ermöglichen.

*Winter/Thomas*<sup>462</sup> gehen vom selben Punkt wie *Mazal* aus und sehen eine äußere Grenze der Abschlusskompetenz bei der Beteiligung der kollektivvertragsfähigen Parteien, die für die Branche, welcher der die Beihilfe beantragende Arbeitgeber zuzuordnen ist, einen Kollektivvertrag abschließen könnten.

In der Praxis kommt der Abschlusskompetenz eine eher untergeordnete Rolle zu, da in den gesetzlichen Bestimmungen auch keine Sanktionen vorgesehen sind, falls eine für den Wirtschaftszweig des ansuchenden Arbeitgebers nicht in Betracht kommende Kollektivvertragspartei beteiligt ist.

### **c) mehrfache Kollektivvertragsangehörigkeit des Arbeitgebers - fachlich gestreute Tätigkeit**

*Mazal*<sup>463</sup> greift auch bei der Frage welche fachlichen für den jeweiligen Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Abschluss der Sozialpartnervereinbarung berufen sind, auf die Regelungen des ArbVG zurück. Mit den §§ 8 und 9 ArbVG stünden Regelungen zur Auswahl eines von mehreren in Frage kommenden fachlich verschiedenen Kollektivverträgen zur Verfügung. Dadurch soll ein Naheverhältnis zwischen dem Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers und einem anzuwendenden Kollektivvertrag sichergestellt werden. Dieselbe Intention scheint der Gesetzgeber bei der Formulierung des Gesetzeswortlauts „*der für den jeweiligen Wirtschaftszweig in Betracht kommenden*“ zum Ausdruck bringen zu wollen.

---

<sup>462</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>463</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Somit ist unter einem *Wirtschaftszweig* iSd § 37b Abs 1 Z 3 AMSG ein Teil der Gesamtwirtschaft zu verstehen, der von einem Kollektivvertrag als fachlicher Geltungsbereich umschrieben werden könnte.<sup>464</sup>

Und bei Körperschaften „*die in Betracht*“ kommen, handelt es sich um solche die entweder aufgrund gesetzlichen oder satzungsmäßigen Auftrags für diesen fachlichen Bereich zuständig sind.<sup>465</sup>

Wenn der gesamte Betrieb von Kurzarbeit betroffen ist, sind grundsätzlich sämtliche Abschlusspartner der im Betrieb geltenden Kollektivverträge zum Abschluss der Sozialpartnervereinbarung kompetent. In Österreich herrscht jedoch der Grundsatz der *Tarifeinheit*, demzufolge ist auf ein Arbeitsverhältnis bzw einen Teilbetrieb nur ein Kollektivvertrag anzuwenden.<sup>466</sup>

Verfügt ein mehrfach kollektivvertragsangehöriger Arbeitgeber über zwei oder mehrere Betriebe, so findet auf die Arbeitnehmer der jeweilige dem Betrieb in fachlicher und örtlicher Beziehung entsprechende Kollektivvertrag Anwendung bzw sind die diesen abschließenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften auch zum Abschluss der Sozialpartnervereinbarung kompetent.<sup>467</sup> Gleiches gilt wenn es sich um organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen handelt. Liegt keine organisatorische Trennung vor, dann kommt jener Kollektivvertrag (bzw sind jene kollektivvertragsfähigen Körperschaften die ihn abgeschlossen haben für den Abschluss der Sozialpartnervereinbarung kompetent) zur Anwendung, der für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Dies ergibt sich aus Art und Zweck des Betriebes, der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer und den Umsatz- und Gewinnverhältnissen.<sup>468</sup> Ist eine maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung eines fachlichen Wirtschaftsbereiches nicht feststellbar, dann kommt jener Kollektivvertrag zur Anwendung bzw sind jene kollektivvertragsfähigen Körperschaften zum Abschluss der Sozialpartnervereinbarung berufen, dessen Geltungsbereich die größere Anzahl von Arbeitnehmern erfasst (§ 9 Abs 4 ArbVG).<sup>469</sup>

---

<sup>464</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

<sup>465</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

<sup>466</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 85; Tomandl/Schramml, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 8.

<sup>467</sup> Tomandl/Schramml, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 8.

<sup>468</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 133.

<sup>469</sup> Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> Rz 133.

#### **d) Kollisionsfragen**

Ein weiteres Problem stellt sich, falls im *ermittelten Wirtschaftszweig* zwei oder mehrere kollektivvertragsfähige Körperschaften zum Abschluss der Sozialpartnervereinbarung in Betracht kommen. Einerseits könnten Körperschaften verschiedener gebietsmäßiger Vertretungsebene, andererseits kollektivvertragsfähige gesetzliche Interessenvertretungen bzw freiwillige Berufsvereinigungen miteinander konkurrieren.

Bei territorialer Zuständigkeit auf mehreren Ebenen ist davon auszugehen, dass von jeder kollektivvertragsfähigen Körperschaft jeder Ebene eine Vereinbarung geschlossen werden könnte, da es keinen gesetzlichen Vorrang einer bestimmten Ebene gibt.

Eine Sozialpartnervereinbarung auf Arbeitgeberseite kann - abgesehen von internen Organisationsregeln - vom Fachverband oder der Sektion der Bundeskammer abgeschlossen werden, welche für die Branche des Arbeitgebers zuständig sind.<sup>470</sup>

Bei der zweiten Konstellation – der Konkurrenz der kollektivvertragsfähigen gesetzlichen Interessenvertretungen bzw freiwilligen Berufsvereinigungen (somit von der Industriellenvereinigung) – geht *Mazal*<sup>471</sup> von einer analogen Anwendung des § 6 ArbVG aus, indem die Sozialpartnervereinbarung vorrangig von der freiwilligen Berufsvereinigung abzuschließen sei. § 6 ArbVG bestimmt, dass bei Bestehen eines Kollektivvertrages einer freiwilligen Berufsvereinigung, die in Betracht kommende gesetzliche Interessenvertretung ihre Kollektivvertragsfähigkeit für die betreffenden Mitglieder der freiwilligen Berufsvereinigung verliert, wenn ein Kollektivvertrag durch die freiwillige Berufsvereinigung abgeschlossen wird.

Die Tatsache, dass der ansuchende Arbeitgeber kaum Einfluss auf die Gestaltung des Inhalts der Vereinbarung nehmen kann, rechtfertigt eine vorrangige Abschlusskompetenz der freiwilligen Berufsvereinigung, da sie eher zum Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung legitimiert erscheint als gesetzliche Interessenvertretungen, die auf Pflichtmitgliedschaft beruhen.

#### **e) Zusammenfassung und eigene Meinung**

Meines Erachtens sollte bei der Beantwortung der Frage, welche Körperschaften dem Beratungsgespräch beizuziehen sind, der Zweck der Regelung beachtet werden. Der

---

<sup>470</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>471</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Gesetzgeber wollte mit der Formulierung „*die für den jeweiligen Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer*“ dafür Sorge tragen, dass die Vereinbarung zwischen jenen Körperschaften abgeschlossen wird, die am besten geeignet sind, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vertreten und zu beraten. In erster Linie wird es sich dabei um jene handeln, die auch sonst für sie tätig sind, da sie mit den Gepflogenheiten und der Materie vertraut sind. Die analoge Anwendung der Bestimmungen des ArbVG ist in diesem Zusammenhang der einzig zielführende Weg.

Bei einer Konkurrenz zwischen einer freiwilligen Berufsvereinigung und einer gesetzlichen Interessenvertretung ist es mE sinnvoll, auch hier die Bestimmungen des § 6 ArbVG analog anzuwenden. Wenn eine freiwillige Berufsvereinigung einen Kollektivvertrag abschließt, hat dieser Vorrang vor einem im fachlich gleichen Geltungsbereich abgeschlossenen Kollektivvertrag einer gesetzlichen Interessenvertretung. Denn eine freiwillige Mitgliedschaft ist Ausdruck der Willensentscheidung sich von dieser vertreten zu lassen. Es wäre nicht einzusehen, warum im Hinblick auf die Teilnahme an Beratungsgesprächen beim AMS und den Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung diese Willensentscheidung außer Kraft gesetzt werden sollte.

Zum Abschluss der Sozialpartnervereinbarung sind somit sämtliche auf gesetzlicher und freiwilliger Mitgliedschaft beruhende kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die für den von Kurzarbeit betroffenen Betrieb, die Betriebseinheit etc einen Kollektivvertrag abschließen könnten, also fachlich zuständig sind, denkbar.

Die praktische Relevanz dieser doch eher theoretischen Frage ist von untergeordneter Bedeutung, da auch keine Sanktionen vorgesehen sind, falls die Vereinbarung von „unzuständigen“ Parteien abgeschlossen wird.

#### **5.4.2. Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung**

Ein wichtiges Thema stellt die Frage der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung dar. Auch in den neuen gesetzlichen Bestimmungen hat diese Frage keine Berücksichtigung gefunden und bleibt als zu diskutierender Punkt offen.

Die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung hat in der Lit - trotz ihrer tragenden Rolle als Voraussetzung der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe - zu noch keiner großen Diskussion

geführt. *Schnorr*<sup>472</sup> und *Mazal*<sup>473</sup> haben sich mit dieser Problematik näher auseinander gesetzt, ihre Schlussfolgerungen führten aber zu keinem befriedigenden Ergebnis.

So leicht wie es sich manche Autoren<sup>474</sup> machen, die zwar einräumen, dass die rechtliche Qualifikation der Sozialpartnervereinbarung unklar sei, im nächsten Zug aber zugleich feststellen wollen, dass diese Vereinbarung keinesfalls ein Kollektivvertrag sei, kann die Diskussion nicht beendet werden.

In der gängigen Praxis schließen die Sozialpartner auf der Basis von akkordierten Mustern Verträge ab, die sie als Vereinbarungen bezeichnen, deshalb war die Frage der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung bislang in der Praxis von eher untergeordneter Relevanz.

Auch die Tatsache, dass Kurzarbeit idR nicht länger als drei Monate gedauert hat und in gewerkschaftlich und betriebsrätlich gut betreuten Unternehmen eingesetzt worden ist, hat nicht zu wissenschaftlichen Diskussionen angeregt, dennoch ist es für die Rechtssicherheit und Klarheit in diesem Bereich unerlässlich, sich damit eingehend zu befassen.

### **a) Geltung der Sozialpartnervereinbarung**

Als Vorfrage ist zu klären, wie und ob die Sozialpartnervereinbarung überhaupt Geltung gegenüber den betroffenen Parteien entfaltet. Es ist zwischen der Wirkung der Sozialpartnervereinbarung gegenüber dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern zu differenzieren.

#### **aa) Rechtswirkung gegenüber dem Arbeitgeber**

##### *1. Meinungsstand*

*Schnorr*<sup>475</sup> vertritt die Ansicht, dass die Sozialpartnervereinbarung nicht als typischer Kollektivvertrag iSd § 3 ArbVG qualifiziert werden kann, denn ihr fehle zumindest gegenüber dem Arbeitgeber die von dessen rechtsgeschäftlichem Willen unabhängige normative Wirkung. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass die in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer - die Sozialpartner - von der Beratung zwischen AMS und dem Arbeitgeber *zu verständigen*

---

<sup>472</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>473</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>474</sup> *Mitter*, Neuregelung der Kurzarbeit, DRdA 2009, 280.

<sup>475</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

(nunmehr zwingend *beizuziehen*) seien.<sup>476</sup> Einen Sinn hätte diese Vorschrift nur dann, wenn die Sozialpartner in die Willenseinigung über die Modalitäten der Kurzarbeit einbezogen werden.

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe nicht ausschließlich von einer Einigung zwischen dem AMS und dem um Beihilfe ansuchenden Arbeitgeber abhängt, sondern auch den Sozialpartnern eine gewichtige Bedeutung zukommt. Die Bereitschaft des Arbeitgebers sich der Sozialpartnervereinbarung zu unterwerfen und sie zu akzeptieren, spielt eine ebenso tragende Rolle. Die Sozialpartnervereinbarung wird daher für den Arbeitgeber nicht kraft normativer Wirkung, sondern erst schuldrechtlich kraft rechtsgeschäftlicher Unterwerfung verbindlich.

*Winter/Thomas*<sup>477</sup> schließen sich der Ansicht *Schnorrs* an und sprechen der Sozialpartnervereinbarung den Charakter eines Kollektivvertrages ab, da die typische normative Wirkung zumindest gegenüber dem Arbeitgeber fehle und die Sozialpartnervereinbarung erst durch einen Unterwerfungsakt verbindlich werde.

## 2. Eigene Ansicht

Die Problematik der Rechtswirkung der Sozialpartnervereinbarung gegenüber dem Arbeitgeber ist über die Klärung der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung zu lösen. Bei Annahme einer Qualifizierung als Kollektivvertrag, entfalten die Inhaltsnormen des Kollektivvertrages unmittelbar normative Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber, infolge dessen ist keine Unterwerfungserklärung des Arbeitgebers notwendig.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich bei der Sozialpartnervereinbarung um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt. Abgesehen von der idR fehlenden öffentlichen Bekanntmachung der Sozialpartnervereinbarung<sup>478</sup>, wurde schon im Erlass<sup>479</sup> vom 10.06.1969 vorgesehen, dass sich der Arbeitgeber der Sozialpartnervereinbarung („*Vereinbarung zwischen den Wirtschaftspartnern*“) zu unterstellen hat. Dies spricht für das Vorliegen eines Vertrages. Es ist somit eine notwendige Voraussetzung für die Entfaltung von

---

<sup>476</sup> Zum Erscheinungszeitpunkt des Artikels, galten noch die Bestimmungen des § 29 Abs 1 AMFG, demgemäß waren die in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer von der Beratung zwischen der Arbeitsmarktverwaltung und dem Arbeitgeber „nur“ zu verständigen; gem § 37b Abs 1 Z 2 AMMSG sind sie der Beratung beizuziehen.

<sup>477</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>478</sup> Zur Einordnung der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung vgl Pkt C.5.4.2.c).

<sup>479</sup> Erlass vom 10.06.1969, Zl. 35.870/4-15/1969.

Rechtswirkungen gegenüber dem Arbeitgeber, dass dieser sich durch eine Unterwerfungserklärung der Sozialpartnervereinbarung unterstellt.

## **ab) Rechtswirkung gegenüber den Arbeitnehmern**

### *1. Allgemeines und Problemstellung*

Unabhängig von der Frage wie die Vereinbarung gegenüber dem Arbeitgeber wirkt, ist das Verhältnis der Arbeitnehmer zur Sozialpartnervereinbarung und die Wirkung der Vereinbarung auf die einzelnen Arbeitsverträge zu beurteilen.

Für die betroffenen Arbeitnehmer soll die abgeschlossene Sozialpartnervereinbarung ebenfalls Rechtswirkung entfalten. Im Gegensatz zum Arbeitgeber, der die Möglichkeit der Zustimmung bzw der Ablehnung der Vereinbarung hat, besteht diese Möglichkeit für die einzelnen Arbeitnehmer nicht.<sup>480</sup> Aus ihrer Sicht wäre die Sozialpartnervereinbarung unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten allenfalls als **Vertrag zu Lasten Dritter** zu qualifizieren.

Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen sind Verträge zu Lasten Dritter jedoch rechtsunwirksam, weil niemand einen anderen ohne dessen Einverständnis verpflichten kann.<sup>481</sup> Das folgt bereits aus dem in Art 5 StGG und Art 1 1.ZP EMRK verfassungsrechtlich verankerten Recht auf Eigentum, welches nach hA<sup>482</sup> und stRsp des VfGH<sup>483</sup> alle vermögenswerten Privatrechte und dazu zählt auch die Privatautonomie, als Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäftes umfasst.<sup>484</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könnte sich nur aus dem Gesetz ergeben.<sup>485</sup> Im Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 ist jedoch keine dahingehende Rechtsetzungsbefugnis der Sozialpartner vorgesehen.

In diesem Zusammenhang ist unter einem Vertrag zu Lasten Dritter aber nicht zwangsläufig eine Verschlechterung der Rechtsposition der betroffenen Arbeitnehmer zu verstehen, denn in diesem Fall bewirkt die Verpflichtung der Arbeitnehmer idR eine günstigere Situation. Die

---

<sup>480</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10; die Einführung der Kurzarbeit ist unabhängig von der Sozialpartnervereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu vereinbaren, sofern nicht eine Einführung durch Betriebsvereinbarung in Frage kommt.

<sup>481</sup> *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 128 a; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 146; *Rebhahn/Kietaibl* in *ZellKomm* § 879 ABGB Rz 47; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB-Kurzkommentar<sup>2</sup> § 879 Rz 10 mwN.

<sup>482</sup> *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2002) Art 5 StGG Rz 19; *Stelzer*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffs in Rechte oder Vertragsverhältnisse, DRdA 2001, 508; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB-Kurzkommentar<sup>2</sup> § 879 Rz 10.

<sup>483</sup> Vgl VfGH 30.11.1989, Vfslg 12.227.

<sup>484</sup> *Stelzer*, DRdA 2001, 508.

<sup>485</sup> Bspw wie dies § 31 ArbVG für Betriebsvereinbarungen ausdrücklich vorsieht.

Arbeitnehmer erhalten nämlich für eine aufgrund von Kurzarbeit verkürzte Arbeitszeit unter Berücksichtigung der durch den Arbeitgeber zu leistenden Kurzarbeitsunterstützung eine überproportionale Entlohnung.<sup>486</sup>

## 2. Meinungsstand

Der Sozialpartnervereinbarung fehlt nach *Schnorr*<sup>487</sup> im Hinblick auf die Arbeitnehmer eine durchgehende normative Wirkung, denn die Rechtswirkung der Sozialpartnervereinbarung gegenüber den Arbeitnehmern kann nicht pauschal beurteilt werden, sondern ist durch die Interpretation des Inhaltes der Vereinbarung im Einzelfall zu ermitteln. *Schnorr* geht davon aus, dass die in der Sozialpartnervereinbarung geregelten Ansprüche im Hinblick auf die Forderung einer Kurzarbeitsunterstützung vom Arbeitgeber und die Festlegung der Arbeitszeiten durchaus als normativ und unmittelbar wirkende Ansprüche bezeichnet werden können, falls der Arbeitgeber sich der Vereinbarung unterworfen hat. Bei der Pflicht zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes ist seiner Meinung nach auf die inhaltliche Gestaltung der Verpflichtung zu achten, denn diese könnte als ein schuldrechtlich wirkender Kündungsverzicht oder ein normativ wirkendes Kündungsverbot mit der Maßgabe, dass trotzdem ausgesprochene und vom AMS nicht bewilligte Kündigungen rechtsunwirksam sind, gedeutet werden.

Nach dieser Ansicht kann keine eindeutige Aussage über die Rechtswirkung gegenüber den Arbeitnehmern getroffen werden. Zuerst ist der Inhalt der Sozialpartnervereinbarung auszulegen und demgemäß einzelfallbezogen.

*Mazal*<sup>488</sup> schließt sich zwar der Feststellung *Schnorrs* an, dass Sozialpartnervereinbarungen gegenüber dem ansuchenden Arbeitgeber nicht normativ wirken. Der Behauptung, dass durch Interpretation ermittelt werden könne, ob eine Bestimmung einer Sozialpartnervereinbarung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern normativ oder nur zu ihren Gunsten obligatorisch wirke, tritt *Mazal* jedoch entgegen. Denn wie bereits festgestellt, kann in der österreichischen Rechtsordnung unter Privatrechtssubjekten nur dann eine unmittelbare Verbindlichkeit für Dritte entstehen, wenn der Gesetzgeber eine diesbezügliche Rechtssetzungsbefugnis delegiert

---

<sup>486</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>487</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>488</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

hat.<sup>489</sup> Eine solche ausdrückliche Delegation der Rechtssetzungsbefugnis an die Sozialpartner existiert jedoch nur im Hinblick auf ihre Kollektivvertragsfähigkeit.

Um zu einer Entfaltung von Rechtswirkungen der Sozialpartnereinbarung auch den Arbeitnehmern gegenüber zu gelangen, ist wie auch *Winter/Thomas*<sup>490</sup> beschreiben, davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer mit seiner Zustimmung zur Kurzarbeit auch den Sozialpartnern schlüssig ein entsprechendes Gestaltungsrecht einräumt, das sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben zu halten hat. Erfolgt die Zustimmung zur Kurzarbeit nach Abschluss der Sozialpartnereinbarung, wird diese Inhalt der Einzelvereinbarung.

### 3. Eigene Ansicht

Je nach Einordnung der Rechtsnatur der Sozialpartnereinbarung kann es sich bei der Qualifizierung als Kollektivvertrag um eine normative Wirkung gegenüber den Arbeitnehmern handeln oder bei Annahme, dass die Sozialpartnereinbarung ein zivilrechtlicher Vertrag ist, dass eine Zustimmung der Arbeitnehmer notwendig ist und es sich um einen Vertrag zu Lasten Dritter handelt, der zwar nicht unbedingt zu einer Schlechterstellung führt, aber dennoch einen Eingriff zu Lasten der Arbeitnehmer darstellt.

Die Lösung dieses Problems hat über die Qualifizierung der Rechtsnatur der Sozialpartnereinbarung zu erfolgen. Wie schon bei der Rechtswirkung gegenüber dem Arbeitgeber erläutert wurde<sup>491</sup>, ist die Sozialpartnereinbarung als zivilrechtlicher Vertrag einzuordnen. Demzufolge kann sie keine unmittelbare normative Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber und wohl auch nicht gegenüber den Arbeitnehmern entfalten, denn eine solche setzt eine diesbezügliche Delegation der Rechtssetzungsbefugnis voraus. Es ist vielmehr, ebenso wie beim Arbeitgeber, von der Notwendigkeit einer schuldrechtlichen Unterwerfungserklärung auszugehen. Dies kann auch in Form einer Ermächtigung der Sozialpartner zur Verhandlung bzw zum Abschluss der Sozialpartnereinbarung erfolgen.

---

<sup>489</sup> Vgl *Pernthaler*, Die arbeitsrechtliche Rechtssetzungsbefugnisse im Lichte des Verfassungsrechts, in FS Strasser (Wien 1983) 9 mwN; zu den Möglichkeiten genereller Rechtssetzung im Privatrecht und im öffentlichen Recht vgl auch *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in *Ermacora* ua (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 48 ff insb 52 f mwN.

<sup>490</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>491</sup> Siehe Pkt C.5.4.2.aa).

### ac) Zusammenfassende Feststellung

Somit ist nach dem Meinungsstand in der Lehre festzustellen, dass die Sozialpartnervereinbarung sowohl auf Arbeitgeberseite als auch auf Arbeitnehmerseite kraft schuldrechtlicher Unterwerfung Geltung erlangt.

### b) Der Kollektivvertrag

Die bisher festgestellte „Lösung“, dass die Sozialpartnervereinbarung kein Kollektivvertrag, sondern ein schuldrechtlicher Vertrag ist, führt zu keinem ausreichenden Ergebnis. Zumal keine befriedigenden Antworten auf die mit den Rechtswirkungen einer Sozialpartnervereinbarung verbundenen Probleme gefunden wurden.

Zunächst ist die Theorie *Schnorrs*, dass die Sozialpartnervereinbarung nicht als Kollektivvertrag iSd § 3 ArbVG zu qualifizieren ist, näher zu erörtern. Dazu ist ein Blick auf die Voraussetzungen für Kollektivverträge zu werfen.

Um die Frage, ob eine Sozialpartnervereinbarung als Kollektivvertrag qualifiziert werden kann, beantworten zu können, ist zuerst zu klären welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um überhaupt von einem Kollektivvertrag sprechen zu können.

### ba) Definition

Der Kollektivvertrag ist ein Instrument des Privatrechts und eine Eigenschöpfung der arbeitsrechtlichen Praxis.<sup>492</sup> Sein Inhalt und Zustandekommen ist durch die gesetzlichen Regelungen zwingend bestimmt und weist einen schuldrechtlichen und einen normativen Teil auf. Der Kollektivvertrag ist ein Instrument zur kollektiven Rechtsetzung und steht für Einzelfallregelungen nicht zur Verfügung.<sup>493</sup> Ihm werden von der Lehre verschiedene Funktionen zu geschrieben. Im Wesentlichen handelt es sich um die Schutzfunktion, die Friedensfunktion und die Kartellfunktion.<sup>494</sup>

Gem § 2 Abs 1 ArbVG ist ein Kollektivvertrag eine **Vereinbarung** zwischen den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber auf der einen Seite und jenen der Arbeitnehmer auf der anderen.<sup>495</sup> Eine solche Vereinbarung ist in **Schriftform**<sup>496</sup> abzuschließen und regelt die Entgelt- und Arbeitsbedingungen innerhalb ihres räumlichen

---

<sup>492</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 1.

<sup>493</sup> Vgl OGH 08.07.1998, 9 ObA 125/98f.

<sup>494</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 1.

<sup>495</sup> Vgl § 2 ArbVG.

<sup>496</sup> Das Schriftlichkeitsgebot ist eine Gültigkeitsvoraussetzung für den Kollektivvertrag und spielt beim Publizitätsgebot des normativen Teils eine Rolle.

fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches. Dieser Definition ist zu entnehmen, dass der Kollektivvertrag eine Vereinbarung zwischen Berufsverbänden ist, somit kein behördlicher Akt, insbesondere keine Verordnung.<sup>497</sup> Der Kollektivvertrag ist seiner Entstehung nach ein privatrechtlicher Vertrag auf den die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind. Selbst wenn man dem normativen Teil Verordnungscharakter zuerkennen wollte, fehlen dem Kollektivvertrag die grundlegenden Charakteristika einer Verordnung. Der normative Teil des Kollektivvertrages ist zentraler Baustein der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Sozialautonomie und demgemäß als Institution des Privatrechts zu qualifizieren.<sup>498</sup>

### **bb) Besonderheit und Wirkung des Kollektivvertrages**

Der Zweck und das Besondere des Kollektivvertrages ist die Setzung objektiven Rechts für die am Kollektivvertragsabschluss nicht Beteiligten, ihnen aber repräsentativ Verbundenen.<sup>499</sup>

Der Kollektivvertrag wirkt auf die ihm unterfallenden Arbeitsverhältnisse unabhängig vom Willen der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wie ein Gesetz, er entfaltet **normative Wirkung**.<sup>500</sup>

Einen Vertrag kann jede rechts- und geschäftsfähige natürliche bzw juristische Person abschließen. Der schuldrechtliche Vertrag vermag aber keine rechtliche Bindung Dritter am Vertragsabschluss nicht beteiligter Personen zu begründen. Dazu bedarf es einer besonderen vom Staat verliehenen Rechtsmacht. Bezieht sich diese auf das Recht zum Abschluss von Kollektivverträgen, wird von Kollektivvertragsfähigkeit gesprochen.

Die Bestimmungen eines Kollektivvertrages werden jedoch nicht Bestandteil der Arbeitsverträge, sondern wirken lediglich auf diesen ein.<sup>501</sup> Die Normwirkung beginnt automatisch mit dem Wirksamkeitsbeginn des Kollektivvertrages.

Die zwingenden Regelungen des Kollektivvertrages können nicht durch anders lautende Betriebsvereinbarung oder Einzelvertragsvereinbarungen beschränkt oder umgangen werden<sup>502</sup>, es sei denn der Arbeitnehmer würde besser gestellt (Günstigkeitsprinzip).

---

<sup>497</sup> *Tomandl*, Der Kollektivvertrag - doch ein Instrument des Privatrechts, ZAS 1969, 161, 206.

<sup>498</sup> Vgl *Runggaldier* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (5.Lfg) § 2 Rz 2.

<sup>499</sup> Vgl *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 9.

<sup>500</sup> Vgl § 11 ArbVG.

<sup>501</sup> OGH 04.11.1980, 4 Ob 138/80, Arb 9914/1980.

<sup>502</sup> Dies ist nur möglich, wenn der Kollektivvertrag es nicht ausschließt.

Aufgrund der in Österreich herrschenden Außenseiterwirkung sind Kollektivverträge und ihre Rechtswirkungen auch für Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers, die nicht kollektivvertragsangehörig sind, maßgeblich und wirksam.<sup>503</sup>

### **bc) Inhalt des Kollektivvertrages**

Regelungsgegenstand des Kollektivvertrages können bspw die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien, die aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten beider Seiten und weitere Angelegenheiten, deren Regelungen durch Gesetz an die Kollektivvertragsparteien übertragen werden, sein.<sup>504</sup>

### **bd) Abschlusskompetenz - Kollektivvertragsfähigkeit**

Das Gesetz regelt nicht nur den zulässigen Inhalt, sondern sieht auch Bestimmungen für die Abschlusskompetenz vor. Da es sich bei einem Kollektivvertrag um eine, wie schon erwähnt, normativ wirksame Rechtsquelle handelt, bedarf es zum Abschluss einer besonderen Rechtssetzungsfähigkeit, die ausschließlich der Gesetzgeber verleihen kann. Man nennt diese Rechtssetzungsbefugnis Kollektivvertragsfähigkeit. Ohne Verleihung dieser Befugnis könnten die vertragsschließenden Parteien nur schuldrechtlich wirksame Bestimmungen hervorbringen.<sup>505</sup> Die Kollektivvertragsfähigkeit ist eine von der allgemeinbürgerlich-rechtlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit abzugrenzende Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Es handelt sich um das Recht Vereinbarungen abzuschließen, die nicht nur Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien, sondern zwischen Dritten unmittelbar und mit zwingender Wirkung regeln.<sup>506</sup>

Der Gesetzgeber will sicherstellen, dass es nur solchen Personen und Rechtsverbänden ermöglicht wird einen Kollektivvertrag abzuschließen, die eine maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung besitzen. Deshalb sind die zuständigen gesetzlichen Interessenvertretungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, denen unmittelbar oder mittelbar die Aufgabe obliegt, auf die gesetzliche Regelung von Arbeitsbedingungen hinzuwirken und deren Willensbildung in der Vertretung der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer Interessen gegenüber der anderen Seite unabhängig ist, **kollektivvertragsfähig**.<sup>507</sup> Durch § 4 ArbVG will der Gesetzgeber

---

<sup>503</sup> Vgl § 12 ArbVG; vgl *Kallab*, Arbeitsverfassungsgesetz<sup>2</sup> (2004) 15.

<sup>504</sup> Vgl § 2 Abs 2 ArbVG.

<sup>505</sup> *Aigner/Mazal in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (11.Lfg) Kap II Rz 6.

<sup>506</sup> *Runggaldier in Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (5.Lfg) § 4 Rz 1.

<sup>507</sup> Und somit zum Abschluss eines Kollektivvertrages ermächtigt; § 4 Abs 1 ArbVG.

sicherstellen, dass Kollektivverträge nur von größeren, repräsentativen Verbänden und gesetzlichen Interessenvertretungen sowie öffentlich-rechtlichen juristischen Personen in verantwortungsvoller Weise mit Rücksicht auf die gesamtwirtschaftlichen Gegebenheiten abgeschlossen werden.<sup>508</sup>

Aber auch einer auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhenden Berufsvereinigung kann die Kollektivvertragsfähigkeit zuerkannt werden. Dabei ist besonders auf den in § 6 ArbVG normierten Vorrang der freiwilligen Berufsvereinigung zu achten. Die in Betracht kommende gesetzliche Interessenvertretung verliert bei Abschluss eines Kollektivvertrages durch eine freiwillige Berufsvereinigung hinsichtlich der Mitglieder der Berufsvereinigung und der Geltungsdauer des Kollektivvertrages, die Kollektivvertragsfähigkeit.

Abgesehen davon, werden die meisten Kollektivverträge derzeit von der zuständigen gesetzlichen Interessenvertretung auf der Arbeitgeberseite und von der freiwilligen Interessenvertretung (ÖGB) auf der Arbeitnehmerseite abgeschlossen.

#### **be) Publizitätsgebot**

Nach § 14 ArbVG ist jeder Kollektivvertrag nach seinem Anschluss von der Arbeitnehmerseite unverzüglich beim Bundesminister für Soziales zu hinterlegen. Dieser hat innerhalb einer Woche nach Hinterlegung die Kundmachung durch Einschaltung im Amtsblatt der Wiener Zeitung zu veranlassen. Die Hinterlegung und Publikation sind Wirksamkeitsvoraussetzungen des normativen Teiles des Kollektivvertrages.<sup>509</sup>

Zur Erhöhung der Publizität sieht der Gesetzgeber im § 15 ArbVG neben der öffentlichen Kundmachung die Auflage des Kollektivvertrages im Betrieb des Arbeitgebers binnen drei Tagen nach dem Tag der Kundmachung in einem für alle Arbeitnehmer zugänglichen Raum vor.<sup>510</sup> Bei Verletzung der betrieblichen Auflegepflicht des § 15 ArbVG ist eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion vorgesehen (§ 160 Abs 1 ArbVG), was aber nichts an der normativen Wirkung ändert. Diese Ordnungsvorschrift hat also auf die Wirksamkeit des Kollektivvertrages keinen Einfluss.

---

<sup>508</sup> *Runggaldier in Tomandl (Hrsg), ArbVG § 4.*

<sup>509</sup> *Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> Kap XVII 4.*

<sup>510</sup> Darauf ist in einer Betriebskundmachung hinzuweisen.

### **c) Ist die Sozialpartnervereinbarung ein Kollektivvertrag?**

Wie dargestellt kann ein Kollektivvertrag nur nach den im ArbVG vorgegebenen Bestimmungen in Schriftform von den dazu ermächtigten kollektivvertragsfähigen Körperschaften abgeschlossen werden. Der Inhalt des Kollektivvertrages ist durch die vom Gesetz übertragenen Bereiche vorgeschrieben und es kann nur hinsichtlich dieser Materien ein Kollektivvertrag abgeschlossen werden.

Bei Übertragung dieser Vorgaben auf die Sozialpartnervereinbarung ist festzustellen, dass eine Kollision weder hinsichtlich der Kollektivvertragsfähigkeit der Abschlusspartner noch zwischen den Bestimmungen des ArbVG nach den Voraussetzungen einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern gem § 37b AMVG vorliegt. Eine Sozialpartnervereinbarung iSd § 37b AMVG kann unter diesen Aspekten problemlos als Kollektivvertrag qualifiziert werden. Im nächsten Schritt ist nun ein Blick auf die normative Wirkung der Sozialpartnervereinbarung zu werfen.

#### **ca) Normative Wirkung**

*Schnorr*<sup>511</sup> und *Winter/Thomas*<sup>512</sup> vertreten die Ansicht, dass es der Sozialpartnervereinbarung an normativer Wirkung fehle und diese nur kraft schuldrechtlicher Unterwerfung Geltung erlange. Auch *Danimann/Steinbach/Potmesil*<sup>513</sup> gehen davon aus, dass der Arbeitgeber sich der Vereinbarung der Sozialpartner zu unterstellen hat.

Folgt man dieser Ansicht kann eine Vereinbarung der Sozialpartner nicht als Kollektivvertrag eingestuft werden, da eine wesentliche Tatbestandsvoraussetzung, nämlich die normative Wirkung fehlt. Der Arbeitgeber müsste ohne eine Unterwerfung bzw Unterstellung von den Wirkungen der Vereinbarung erfasst werden, um der Wirkung eines Kollektivvertrages zu entsprechen. Jedoch hat die Vereinbarung ohne sein „Einverständnis“ keinerlei Wirkung für ihn.

#### **cb) Publizität**

Selbst wenn man doch davon ausgeht, dass ein die Normwirkung legitimierender Delegationszusammenhang auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung hergestellt werden könnte, dann stellt sich bei der als zwingend vorausgesetzten, für die normative Wirkung obligatorischen öffentlichen Bekanntmachung des Kollektivvertrages bzw in diesem Fall der Sozialpartnervereinbarung ein weiteres Problem.

---

<sup>511</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>512</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>513</sup> *Danimann/Steinbach/Potmesil*, AMFG<sup>2</sup> § 29 Erl 6.

Gegen eine normative Wirkung der Sozialpartnervereinbarung und die Qualifizierung als Kollektivvertrag spricht, dass keine Verpflichtung zur Kundmachung besteht, wie dies bei Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen vorgesehen ist.<sup>514</sup> Hinsichtlich der Sozialpartnervereinbarung besteht keine gesetzliche Regelung, die eine zwingende öffentliche Bekanntmachung der Vereinbarung vorsieht.<sup>515</sup>

Das bloße Bekannt-Werden der Vereinbarung unter den Betroffenen wäre für die Begründung einer normativen Wirkung nicht ausreichend, da die Erzeugung von objektivem Recht ohne vorgezeichnetes Verfahren dem rechtsstaatlichen Prinzip der Bundesverfassung widerspricht.<sup>516</sup>

Die an der Sozialpartnervereinbarung beteiligten Parteien könnten die öffentliche Bekanntmachung jedoch auf freiwilliger Basis durchführen. Der Grund, weshalb es in der Praxis zu keiner freiwilligen öffentlichen Bekanntmachung kommt, könnte die Befürchtung der Unternehmen sein, dass durch die Publikation der Sozialpartnervereinbarung eine öffentliche Brandmarkung stattfinden könnte, denn wer Kurzarbeit einführt und Kurzarbeitsbeihilfe in Anspruch nimmt, ist in wirtschaftlichen Schwierigkeiten und vielleicht dadurch nicht mehr zahlungs- und wettbewerbsfähig.

### **cc) Kritische Betrachtung**

Es stellt sich die Frage, ob die Sozialpartnervereinbarung trotz des Nichtvorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen für den Kollektivvertrag nicht doch als ein solcher zu betrachten ist. Der Zweck eines Kollektivvertrages ist eine für den Geltungsbereich wirksame generelle Regelung aufzustellen und die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer auszugleichen.

Im Falle von Kurzarbeit wird versucht durch die Sozialpartnervereinbarung genau diesen Effekt zu erzielen. Die Arbeitnehmer sollen aufgrund ihrer schwächeren Position nicht in eine schlechte Verhandlungsposition geraten und dem Arbeitgeber soll der bei einer großen

---

<sup>514</sup> Vgl. *Runggaldier* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 6; zur normativen Wirkung von Sozialpartnervereinbarungen im Besonderen *Mazal*, ZAS 1988, 83; „In eine beliebige Vereinbarung mag sie auch zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften geschlossen sein – kann eine normative Wirkung nicht hineininterpretiert werden.“ *Mazal* weist in seinem Lösungsansatz darauf hin, dass die Sozialpartner den Kollektivvertrag als Form für die Vereinbarung wählen können und sich daraus eine normative Wirkung ergeben kann.

<sup>515</sup> § 37b AMMSG sieht eine ausdrückliche Rechtsetzungsbefugnis der Sozialpartner genauso wenig vor, wie die §§ 27 ff AMFG idF BGBl I 2000/142 dies taten.

<sup>516</sup> Vgl. zum rechtsstaatlichen Prinzip, *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht<sup>3</sup> (1985) 129 ff insb 134 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 73 ff, 579 ff und *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 111 ff.

Belegschaft mühevoller und schwieriger Weg der Einzelvereinbarung mit den Arbeitnehmern erspart bleiben.

Ist es nicht gerade Ziel der Sozialpartnervereinbarung normativ auf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einzuwirken? Man könnte somit zur Ansicht gelangen, dass es sich bei der Nichteinstufung der Sozialpartnervereinbarung um eine Umgehung der (normativen) Wirkungen des Kollektivvertrages handeln könnte. Wünschenswert ist eine diesbzgl. Klarstellung durch den Gesetzgeber.

#### **cd) Zusammenfassende Feststellung**

Die Sozialpartnervereinbarung kann, da keine Publikation - Hinterlegung und Kundmachung - stattfindet, keine normative Wirkung auf den Arbeitgeber und die von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer entfalten.

Deshalb scheidet die Möglichkeit die Sozialpartnervereinbarung als Kollektivvertrag zu qualifizieren aus. Denn schon *Mazal*<sup>517</sup> hat festgestellt, dass eine beliebige Vereinbarung - mag sie auch zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften geschlossen sein - keine normative Wirkung entwickeln kann. Zu mal als weitere zwingende Gültigkeitsvoraussetzung eine öffentliche Bekanntmachung des Kollektivvertrages vorgesehen ist und Sozialpartnervereinbarungen idR nicht veröffentlicht werden.

#### **d) Ein Kollektivvertrag als Sozialpartnervereinbarung?**

Eine weitere interessante Frage ist jene, ob eine als Kollektivvertrag abgeschlossene Vereinbarung eine Sozialpartnervereinbarung sein könnte.

Falls die für den Abschluss der Sozialpartnervereinbarung geforderten kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Vereinbarung abgeschlossen haben und der gem § 37b AMSG geforderte Inhalt vereinbart wurde, spricht grundsätzlich nichts gegen die Annahme die in Form eines Kollektivvertrages abgeschlossene Vereinbarung als Sozialpartnervereinbarung zu qualifizieren.

Denn aus der Feststellung, dass die normative Wirkung fehle, kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine normativ wirkende Vereinbarung zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften keinesfalls als Vereinbarung iS des § 37b AMSG anerkannt werden könnte.<sup>518</sup>

---

<sup>517</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>518</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Das Ziel der Beiziehungs- und Beratungspflicht durch das AMS ist auch die Sozialpartner in die Willenseinigung über die nähere Ausgestaltung der Kurzarbeit einzubinden, da sie in weiterer Folge die Sozialpartnervereinbarung abschließen. Daraus kann jedoch nicht zwingend die Notwendigkeit der Unterwerfung des Arbeitgebers oder dass ein normativ wirkender Vertrag nicht Sozialpartnervereinbarung sein könnte, abgeleitet werden.

Aus einer als Kollektivvertrag abgeschlossenen Sozialpartnervereinbarung muss - trotz ihrer dadurch bestehenden normativen Wirkung - keineswegs ein Zwang zur Einführung von Kurzarbeit bewirkt werden, da konditional formulierte Kollektivverträge dem Rechtsleben nicht fremd sind.<sup>519</sup>

Bspw wirkt ein Kollektivvertrag über die Verlängerung der zulässigen Normalarbeitszeit bei Arbeitsbereitschaft<sup>520</sup> normativ, ohne dass dies zu einer Verpflichtung des Arbeitgebers führt innerhalb des Geltungsbereichs des Kollektivvertrages die wöchentliche Arbeitszeit tatsächlich zu verlängern. Letztlich geht es darum, dass Rahmenbedingungen formuliert werden, sollte der Arbeitgeber Kurzarbeit einführen

Falls eine Sozialpartnervereinbarung iSd § 37b AMSG in Form eines Kollektivvertrages abgeschlossen wird, führt das nicht automatisch dazu, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist unter den von einem solchen Kollektivvertrag festgelegten Bedingungen auch tatsächlich Kurzarbeit einzuführen bzw die Kurzarbeitsbeihilfe zu beantragen. Selbst wenn nämlich die Bestimmungen des Kollektivvertrages nicht konditional formuliert wären, steht es dem Arbeitgeber letztlich immer frei, das Begehren auf Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe zu stellen bzw jederzeit wieder zurückzunehmen. Ein Zwang zur Einführung von Kurzarbeit und Inanspruchnahme der Kurzarbeitsbeihilfe ist ausgeschlossen, da die Sozialpartnervereinbarung diesbezüglich ohne Willensakt des Arbeitgebers keine Wirkung entfalten kann.<sup>521</sup> Ein absolut zwingender Kollektivvertrag ist nicht möglich, da auch kein Rechtsanspruch auf die Beihilfengewährung durch das AMS besteht, der Arbeitgeber kann den Bezug der Beihilfe nicht „erzwingen“ bzw beeinflussen. Ziel der Einführung von Kurzarbeit ist unter anderem auch die finanzielle Entlastung des Arbeitgebers - falls jedoch keine Aussicht auf eine Erholung von den wirtschaftlichen Schwierigkeiten besteht, ist Kurzarbeit nicht das richtige Instrument für die Krisenüberwindung und daran ändert auch ein Zwang zur Einführung durch den Kollektivvertrag nichts.

---

<sup>519</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>520</sup> § 5 Abs 1 AZG.

<sup>521</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

### **e) Mazals Lösung der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung**

Ein anderer Ansatz zur Lösung der mit der Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe verbundenen Rechtsfragen ergibt sich nach Ansicht *Mazals*<sup>522</sup>, wenn man davon ausgeht, dass das Gesetz den Sozialpartnern die Wahl lässt welcher Rechtsform sie sich zur Erfüllung der ihnen gem § 37b AMFG zugewiesenen Aufgaben bedienen sollen und ihnen somit die Wahl lässt, welche die am besten geeignete Form wäre.

Der Gesetzeswortlaut „Vereinbarung“ gibt, wie schon festgestellt, keinen Aufschluss darüber welche Rechtscharakter diese hat. Es kann sich sowohl um einen einfachen schuldrechtlichen Vertrag als auch einen Kollektivvertrag handeln, der nach seiner Entstehung ebenso eine Vereinbarung zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist.

Bejaht man die Möglichkeit, eine Vereinbarung iSd § 37b AMFG könne wahlweise in Form eines obligatorischen Vertrages oder eines Kollektivvertrages geschlossen werden, dann gibt es keine Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung an sich.

Dieser Ansatz *Mazals* ermöglicht nachzuvollziehen, wie die „In-Pflichtnahme“ des Arbeitgebers im Rahmen der Beihilfengewährung einerseits, und die Transformation der in der Sozialpartnervereinbarung sicherzustellenden Beihilfenzwecke in die einzelnen Arbeitsverhältnisse andererseits rechtstechnisch vor sich gehen kann. Dabei wird deutlich, dass die Sozialpartnervereinbarung - abhängig vom gewählten Typ - unterschiedliche Auswirkungen auf das rechtsgeschäftliche Verhalten des ansuchenden Arbeitgebers und der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer hat.<sup>523</sup>

Neben der Problematik der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung stellt sich auch die Frage, wie auf die Nichteinhaltung der Sozialpartnervereinbarung bzw der Voraussetzungen für die Beihilfengewährung reagiert werden kann.

### **f) Sanktion/Rückforderung**

Die für die Rückforderung der Förderung der Kurzarbeitsbeihilfe maßgebliche Bestimmung ist § 38 AMSG. Dort wird normiert, dass anlässlich der Gewährung einer Beihilfe zu vereinbaren ist, dass ein Empfänger, der den Bezug einer Beihilfe vorsätzlich oder grob

---

<sup>522</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>523</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

fahrlässig durch unwahre Angaben oder Verschweigen von maßgeblichen Tatsachen herbeigeführt hat, zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen verpflichtet ist.

Die Richtlinie des AMS legt in Punkt 6.11. fest, dass bei Nichteinhaltung der in der Fördermitteilung festgelegten Bestimmungen bzgl. Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während der Kurzarbeit, Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während der allenfalls zusätzlich vereinbarten Behaltefrist sowie des zulässigen Mindest- oder Höchststarbeitszeitausfalles – je nach Schwere der Abweichung – keine oder nur Teile der Beihilfe gebühren und bereits ausbezahlte Beihilfenteilbeträge teilweise oder gänzlich zurückzufordern sind.

Daraus könnte abgeleitet werden, dass die Pflicht zur Rückzahlung die einzige Sanktion bei Pflichtwidrigkeiten des Arbeitgebers sei und e contrario ein auf normativer Wirkung beruhender unmittelbarer Eingriff in dessen zivile Rechtsbeziehungen, durch pflichtwidriges Verhalten in manchen Fällen a priori unterbunden werden könnte, nicht dem Gesetz entspreche. Für diesen Gegenschluss gibt es jedoch kein zwingendes Argument.<sup>524</sup>

§ 38 AMSG und die Richtlinie sind eher als sinnvolle Konsequenz aus der mit dem Bezug öffentlicher Mittel verbundenen Verantwortung zu sehen, die einen Rückersatz bei widmungswidriger Verwendung nahe legt. Ein Ausschluss der Sanktion des sonstigen pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitgebers ist nicht einleuchtend. Man könnte sogar eine Pflicht der Sozialpartner, die Vereinbarung gem § 37b AMSG in Form eines Kollektivvertrages abzuschließen, damit begründen, dass andernfalls die vom Gesetz geforderte „Sicherstellung“ der Mindestanforderungen nicht gewährleistet wäre.<sup>525</sup>

## **g) Zusammenfassung/abschließende Würdigung, eigene Meinung und Lösung**

### **ga) Qualifizierung als Kollektivvertrag?**

Die naheliegendste Lösung des Problems der Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung ist, sie als Kollektivvertrag zu qualifizieren.

Hinsichtlich der Abschlusskompetenz, der zu regelnden Materie, der Form und des Geltungsbereiches liegen die für einen Kollektivvertrag geforderten Voraussetzungen vor. Doch im Hinblick auf das Publizitätsgebot ist die für Kollektivverträge geforderten Voraussetzungen durch Sozialpartnervereinbarungen nicht erfüllt, da keine öffentliche Bekanntmachung erfolgt und für die Geltung gegenüber dem Arbeitgeber eine Unterwerfungserklärung seinerseits notwendig ist. Das schließt zwar noch nicht den

---

<sup>524</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>525</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Charakter eines Kollektivvertrages aus, iVm der fehlenden öffentlichen Bekanntmachung spricht es jedoch gegen das Vorliegen eines Kollektivvertrages. Weiters ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wenn er denn gewollt hätte, dass die Sozialpartnervereinbarung ein Kollektivvertrag ist, auch eine dementsprechende ausdrückliche Regelung ins Gesetz aufgenommen hätte. Die „Verwandtschaft“ der Sozialpartnervereinbarung mit dem Kollektivvertrag ist unbestritten. Bei näherer Auseinandersetzung muss jedoch festgestellt werden, dass es sich aber eben nur um verwandte und keine identen Rechtsinstrumente handelt.

Es spricht jedoch nichts dagegen, dass die Sozialpartner eine von § 37b AMSG geforderte Vereinbarung in Form eines Kollektivvertrages abschließen und diese als Kollektivvertrag normative Wirkung entfaltet. Dazu ist allerdings erforderlich, dass sämtliche Wirksamkeits- und Abschlussvoraussetzungen des ArbVG für Kollektivverträge eingehalten werden.

Festzuhalten ist somit, dass eine Sozialpartnervereinbarung mE und auch nach hM nicht als Kollektivvertrag iSd § 3 ArbVG zu qualifizieren ist. Eine Vereinbarung, die den Erfordernissen des § 3 ArbVG entspricht kann aber durchaus eine Sozialpartnervereinbarung sein.

#### **gb) Qualifizierung als schuldrechtlicher Vertrag?**

Falls die für den Kollektivvertrag vorgeschriebenen Wirksamkeits- und Abschlussvoraussetzungen nicht erfüllt sind, ist die Sozialpartnervereinbarung als zwischen zwar kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossene Vereinbarung einzuordnen, jedoch mangels Erfüllung der gesetzlich geforderten Voraussetzungen eben kein Kollektivvertrag, sondern ein kraft Unterwerfung des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer schuldrechtlicher Vertrag des Zivilrechts.

#### **gc) Qualifizierung als Vertrag sui-generis?**

In der österreichischen Rechtsordnung ist keine mit der Sozialpartnervereinbarung vergleichbare Vereinbarung bekannt.

Aufgrund der Funktion und den Parallelitäten der Sozialpartnervereinbarung zum Kollektivvertrag erscheint eine Einstufung als schuldrechtlicher Vertrag nicht angemessen, vielmehr wird es sich um einen Vertrag sui-generis mit Unterwerfungserklärung des Arbeitgebers zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer handeln.

Die Sozialpartnervereinbarung kann weder eindeutig als Kollektivvertrag noch zweifelsfrei als einfacher schuldrechtlicher Vertrag eingeordnet werden. Deshalb erscheint es sinnvoll die Vereinbarung nicht in eine der beiden Rechtsformen hineinzupressen, sondern sie als selbstständige, im österreichischen Recht einmalige Rechtsform zu verstehen. Derartige Verträge *sui generis* sind aufgrund der im österreichischen Recht herrschenden Vertragsfreiheit zulässig<sup>526</sup>, sodass in rechtlicher Hinsicht keine Bedenken für eine derartige Qualifikation bestehen.

Der Gesetzgeber hat mE die Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung bewusst offen gelassen und nicht die Formulierung „*zwischen den kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist ein Kollektivvertrag oder ein schuldrechtlicher Vertrag abzuschließen*“ gewählt, um den Sozialpartnern eine flexible Vorgehensweise zu ermöglichen. Sie sollen selbst wählen können, welches das auf den jeweiligen Fall passende Modell ist und ob sie bspw den Weg über die öffentliche Bekanntmachung gehen möchten oder nicht.

Es kann sich also nach Wahl der beteiligten Sozialpartner um eine Sozialpartnervereinbarung handeln, die zwar in Form eines Kollektivvertrages abgeschlossen wurde, aber keine normative Wirkung besitzt und in weiterer Folge als Vertrag *sui-generis* zu bezeichnen ist.

#### **5.4.3. Bindung des AMS an die Sozialpartnervereinbarung**

Kann das AMS die Beihilfengewährung ablehnen, weil sie mit dem Inhalt der Sozialpartnervereinbarung nicht einverstanden ist?

Die Bindung des AMS an die Sozialpartnervereinbarung ist grundsätzlich zu bejahen, sofern die Vereinbarung nicht gesetzwidrig ist. Das Gesetz sieht für den Inhalt der Sozialpartnervereinbarung einen gewissen Mindeststandard vor, sonst herrscht Gestaltungsfreiheit. Das ergibt sich aufgrund des Zwecks der gesetzlichen Regelung. In § 37b Abs 1 AMSG sind die gesetzlichen Vorgaben für die Gewährung der Beihilfe geregelt, in § 37b Abs 2 AMSG jene für die Sozialpartnervereinbarung. Diese Trennung der Tatbestandsvoraussetzungen macht deutlich, dass die Einführung und die Regelung der Kurzarbeit in der Autonomie der zuständigen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer liegen.

Die Sozialpartnervereinbarung ist eine rechtliche Voraussetzung, nicht aber Entscheidungsgrundlage für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe.<sup>527</sup> Das AMS kann somit

---

<sup>526</sup> Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>12</sup> (2002) 86; bspw wird der Maklervertrag als entgeltlicher Vertrag *sui generis* bezeichnet, siehe *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup> (2005) 351.

<sup>527</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

die Gewährung der Beihilfe nur ablehnen, wenn keine Sozialpartnervereinbarung vorliegt bzw eine vorliegende Sozialpartnervereinbarung den gesetzlichen Mindestanforderungen des § 37b Abs 2 AMSG nicht entspricht oder wenn trotz Vorliegens einer korrekten Sozialpartnervereinbarung die sonstigen Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe nicht gegeben sind. Eine Verweigerung der Beihilfe mangels Einverständnis mit dem Inhalt der gesetzmäßig zustande gekommenen Sozialpartnervereinbarung ist unzulässig.

Das AMS hat an gleich gelagerte Fälle auch die gleichen Maßstäbe anzusetzen<sup>528</sup> und darf nicht aus sachfremden Gründen die Kurzarbeitsbeihilfe unterschiedlich festsetzen oder diese versagen. Aus der positiven Entscheidung über das Beihilfebegehren entsteht eine zivilrechtliche Verpflichtung. Falls das AMS unter Verletzung dieser Grundsätze, also rechtswidrig die Beihilfe versagt, entsteht dem Beihilfenwerber ein verfahrensrechtlicher Anspruch auf richterliche Kontrolle und Korrektur der behördlichen Entscheidung.<sup>529</sup> Da es sich bei dieser Tätigkeit des AMS um eine Tätigkeit der öffentlichen Hand in der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Es handelt sich jedoch nicht um arbeitsrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Angelegenheiten iSd §§ 50, 65 ASGG, sodass die ordentlichen Zivilgerichte, die Bezirks- und Landesgerichte, zuständig sind.

#### **5.4.4. Fragen der Rechtskontrolle**

Bei der Frage der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Beihilfenentscheidung könnte an die oberbehördliche Aufsicht und Weisung gedacht werden. Es besteht aber kein Recht des Arbeitgebers, dessen Antrag auf Kurzarbeitsbeihilfe nicht bewilligt wurde, auf Tätig-Werden der Oberbehörde.<sup>530</sup> Die Oberbehörde des AMS, das eine juristische Person des öffentlichen Rechts darstellt, ist der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.<sup>531</sup> Bei der Beihilfengewährung handelt es sich jedoch um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des AMS, ein Tätig-Werden der Oberbehörde kommt nicht in Frage, in diesem Fall sind die ordentlichen Gerichte damit zu befassen.

Zwar besteht kein Rechtsanspruch auf die Gewährung der Förderung, der ansuchende Arbeitgeber hat aber das subjektive Recht, dass über sein Begehren nach Maßgabe des Rechts

---

<sup>528</sup> Siehe Pkt C.3.3.2.

<sup>529</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>530</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>531</sup> §§ 58 u 59 AMSG.

verhandelt und entschieden wird. Dabei treten der Gleichheitssatz, das Legalitätsprinzip und die Bindung des AMS an die Sozialpartnervereinbarung in den Vordergrund.

Ein verfahrensrechtlicher Schutz des Antragstellers ist zwar weder im AMSG noch in der Richtlinie vorgesehen, ein solcher ergibt sich jedoch schon aus Art 6 EMRK. Nun stellt sich die Frage, wie weiter vorzugehen ist und welche Rechtsmittel dem betroffenen Arbeitgeber zur Verfügung stehen. Die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe ist als privatwirtschaftliche Tätigkeit einzustufen, deshalb liegt keine Entscheidung in Bescheidform vor und somit kann das Rechtsmittel der Berufung nicht ergriffen werden. Da der Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen ist und auch sonst kein besonderes Rechtsschutzverfahren vorgesehen ist, kommt die Generalklausel des § 1 JN zur Anwendung. Diese besagt, dass bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und AMS aus der Versagung, Einschränkung oder Entziehung der Kurzarbeitsbeihilfe, die im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung entstehen, der ordentliche Rechtsweg zu beschreiten ist. Auch der OGH<sup>532</sup> vertritt den Standpunkt, dass für Streitigkeiten aus der Privatwirtschaftsverwaltung der ordentliche Rechtsweg offen steht.<sup>533</sup>

Auch bei Förderungen gelten die allgemeinen Regeln des Zivilrechts über das vorvertragliche Schuldverhältnis. Aus dem Gleichheitssatz folgt schon vor Vertragsabschluss ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Geber und Werber, dass bei Verweigerung der Förderung die Grundlage für den Rechtsschutz bildet.<sup>534</sup>

Die Formulierung des Klagebegehrens wirft noch einige Schwierigkeiten auf. Es besteht kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Kurzarbeitsbeihilfe, deshalb fehlt dem Arbeitgeber die Aktivlegitimation zur Leistungsklage. Eine solche wäre unbegründet. Außerdem kann das AMS ohne vorhergehende Vertragsverhandlungen keine Kurzarbeitsbeihilfe gewähren.

Je nachdem, ob das AMS die Kurzarbeitsbeihilfe schon vor oder erst nach Durchführung der Beratungen rechtswidrig verweigert, wären aus dem Instrumentarium der Klagebegehren zwei Klagearten denkbar:

---

<sup>532</sup> OGH 26.11.1986, 7 Ob 693/86.

<sup>533</sup> Widersprüchsvoll hingegen *Danimann/Steinbach/Potmesil*, AMFG<sup>2</sup> die das Verwaltungsverfahren einschließlich der Verwaltungsgerichtshofbeschwerde anwenden wollen (165 f, 208), aber an anderer Stelle auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen (167)).

<sup>534</sup> Vgl *Rebhahn* in *Raschauer*, Österreichisches Wirtschaftsrecht Rz 801 ff.

1. die Verurteilung der Republik Österreich als Rechtsträger der Arbeitsmarktverwaltung, Beratungen iSd § 37b Abs 1 Z 2 AMSG auf Antrag des Arbeitgebers aufzunehmen,

oder

2. die Feststellung, dass – angesichts der Rechtswidrigkeit der Verweigerung - ein Recht des Arbeitgebers auf die Kurzarbeitsbeihilfe besteht.<sup>535</sup>

Bevor es jedoch zu einer gerichtlichen Rechtskontrolle kommen kann, ist zu klären, welchen Inhalt die Sozialpartnervereinbarungen haben bzw haben müssen.

#### **5.4.5. Punkte, welche durch die Sozialpartnervereinbarung zu regeln sind**

In § 37b Abs 2 ASMG werden nach dem Vorbild der bisherigen Regelung<sup>536</sup> gewisse Mindestvoraussetzungen für den Inhalt der Sozialpartnervereinbarung festgelegt.

- Während des Kurzarbeitszeitraumes und in einem allenfalls darüber hinaus zusätzlich vereinbarten Zeitraum nach der Beendigung der Kurzarbeit muss sichergestellt sein, dass der **Beschäftigtenstand aufrechterhalten** wird.
- Der Arbeitgeber hat eine **Kurzarbeitsunterstützung** an die betroffenen Arbeitnehmer zu leisten.
- Die **näheren Bedingungen der Kurzarbeit** sind in der Sozialpartnervereinbarung zu regeln.
- Die Vereinbarung muss **auf bestimmte Zeit abgeschlossen** werden. In den Beratungen sind dementsprechende Überlegungen bzgl der Dauer der Kurzarbeit anzustellen.

Weiters sind folgende Punkte in der Sozialpartnervereinbarung zu regeln:

- Der **Geltungsbereich** der Sozialpartnervereinbarung

---

<sup>535</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>536</sup> § 29 Abs 2 AMFG idF BGBl I 2000/142.

- Die **Festlegung des Kurzarbeitszeitraumes** (Beginn und Ende)
- Eine **Begründung für die Kurzarbeit** (Ursache und Bewältigungsstrategie)
- Die **Arbeitszeiten** der kurzarbeitenden Arbeitnehmer
- Die Festlegung **welche Arbeitnehmer** kurz arbeiten und **ob Teilzeitbeschäftigte, in Altersteilzeit arbeitenden Arbeitnehmer** etc mit einbezogen werden.
- Das **Ausmaß des Arbeitszeitausfalles**
- Die **Qualifizierungsbeihilfe, -unterstützung** und die **nähere Ausgestaltung der Qualifizierungsmaßnahmen** und das **Ausbildungskonzept**
- Eine **Rahmenvereinbarung**: Bezieht sich eine Sozialpartnervereinbarung nicht auf ein bestimmtes Unternehmen, sondern auf mehrere Unternehmen oder Wirtschaftsgruppen (Branchen- oder Rahmenvereinbarung), so sind Mindestanforderungen durch diese Rahmenvereinbarung sowie durch deren jeweilige Konkretisierung durch Vereinbarungen auf betrieblicher Ebene (Betriebsvereinbarung, Einzelvereinbarung) des kurzarbeitenden Unternehmens zu erfüllen.<sup>537</sup>

#### 5.4.6. Geltungsbereiche der Sozialpartnervereinbarung

In der Vereinbarung ist der sachliche (fachliche), zeitliche und persönliche Geltungsbereich der Sozialpartnervereinbarung festzulegen.

Der **sachliche** Geltungsbereich legt fest, ob das gesamte Unternehmen, einzelne Betriebe oder nur organisatorisch abgrenzbare Teile (etwa einzelne Betriebsstandorte oder einzelne Kollektivvertragsbereiche) von der Kurzarbeit betroffen sein sollen. Dies ist für die Feststellung und die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes von Bedeutung.

Der **persönliche** Geltungsbereich bestimmt den Kreis der von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter. Das sind jene Arbeitnehmer, die im Rahmen des im räumlichen Geltungsbereich angeführten Betriebes oder Betriebsteiles von der Vereinbarung betroffen sind. Diese Festlegung ist für die allenfalls bestehende Behaltspflicht ausschlaggebend.

Ausgenommen vom persönlichen Geltungsbereich sind bereits gekündigte Arbeitnehmer. Sie können nicht mit einbezogen werden, wenn ihre Kündigungsfrist während der Behaltfrist endet, da die Disposition über den Beschäftigtenstand bereits vorher mit der zur Auflösung führenden Willenserklärung erfolgt ist und keine rückwirkende Aufhebung der

---

<sup>537</sup> Pkt 6.4.3.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Auflösungsvereinbarung durch die Behaltepflcht erfolgen soll. Demgemäß können derartige Dienstverhältnisse auch nicht in die Kurzarbeit einbezogen werden, andererseits steht auch deren geplanter Beendigung nichts im Wege.<sup>538</sup>

Es ist auch ein **zeitlicher** Geltungsbereich festzulegen. Die Vereinbarung hat zu beinhalten, wie lange beabsichtigt wird Kurzarbeit einzuführen. Allfällige Verlängerungen können später beantragt werden.

#### **5.4.7. a) Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes – Behaltepflcht**

##### **aa) Grundlegendes**

Ein wesentlicher Bestandteil der Sozialpartnervereinbarung ist die Regelung der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes gem § 37b Abs 2 AMSG.

Während der Dauer der Kurzarbeit ist jener Beschäftigungsstand im Betrieb<sup>539</sup> aufrecht zu erhalten, der zum Zeitpunkt der Antragstellung bestanden hat.<sup>540</sup> Maßgeblich ist grundsätzlich der Beschäftigtenstand (Angestellte, Arbeiter, Lehrlinge) des gesamten Unternehmens, falls nur einzelne Betriebe oder organisatorisch abgrenzbare Teile (zB einzelne Betriebsstandorte oder Kollektivvertragsbereiche) von Kurzarbeit erfasst sein sollen, ist der Beschäftigtenstand dieser Bereiche zu beachten.

Die Höhe des Beschäftigtenstandes richtet sich nach dem Zeitpunkt unmittelbar vor Beginn des jeweiligen Kurzarbeitszeitraumes, sofern nicht bereits vorher festgelegte Änderungen berücksichtigt werden.<sup>541</sup>

Von der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes *während der Kurzarbeit* ist die *Behaltepflcht nach Ende* der Kurzarbeitsphase zu unterscheiden.

Die Behaltepflcht kann für einen Zeitraum nach Beendigung der Kurzarbeit vereinbart werden und ist, ebenso wie die Leistung der Kurzarbeitsunterstützung, Inhalt der Sozialpartnervereinbarung. Jedes Unternehmen verhandelt eigenständig mit den Sozialpartnern. Verschiedene Längen und Ausgestaltungen der Behaltepflcht sind somit grundsätzlich möglich.

---

<sup>538</sup> Vgl Mustervereinbarung der Sozialpartner zu I./3.

<sup>539</sup> Bzw im betroffenen Betriebsteil, wenn dieser örtlich oder organisatorisch so sehr getrennt sind, dass unterschiedliche Kollektivverträge gelten.

<sup>540</sup> Pkt 9.4. der Kurzarbeitsrichtlinie, die Höhe des Beschäftigtenstandes richtet sich nach dem Zeitpunkt unmittelbar vor Beginn des jeweiligen Kurzarbeitszeitraumes, sofern nicht bereits vorher festgelegte Änderungen berücksichtigt werden; vgl <http://www.arbeiterkammer.at/online/kurzarbeit-45333.html> (21.01.2010).

<sup>541</sup> Vgl Pkt 9.4. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Die Sozialpartner haben aber infolge der Grundsatzvereinbarung<sup>542</sup> keinen großen Verhandlungsspielraum, deshalb sehen die Sozialpartnervereinbarungen idR ähnliche Behaltspflichten vor.

#### **ab) Ziel der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und der Behaltefrist**

Die Pflicht zur **Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes** zielt als arbeitsmarktpolitische Maßnahme darauf ab, dem Zweck der Kurzarbeitsbeihilfe - der Sicherung und dem Erhalt von Arbeitsplätzen – zu entsprechen. Die Zahl der aktiv im Arbeitsleben stehenden Arbeitskräfte soll erhalten bleiben. Dem kann nur dadurch entsprochen werden, indem die Kurzarbeitsbeihilfe beziehenden Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes verpflichtet werden und die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nicht vermindern dürfen.

Falls es zum Ausscheiden von Arbeitnehmern in der Kurzarbeitphase kommen sollte, ergibt sich deshalb eine Pflicht zur Auffüllung der entstandenen Lücke.<sup>543</sup> Andernfalls ginge vom Betrieb eine Steigerung der Arbeitslosigkeit aus und dem Zweck der Regelung wäre nicht Rechnung getragen.<sup>544</sup>

Die **Behaltefrist nach Ende** der Kurzarbeit verfolgt den Zweck, dass die ehemals von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer nicht unmittelbar im Anschluss an die Beendigung der Kurzarbeit ihren Arbeitsplatz verlieren.

In diesem Punkt gibt es große Meinungsverschiedenheiten zwischen den Sozialpartnern. Die Arbeitgeberseite fordert die konsequente Abschaffung der Behaltefrist. Ein vergleichbarer Arbeitnehmerschutz besteht bspw weder in Deutschland noch in der Schweiz. Die Arbeitnehmerseite ist für die Beibehaltung der Regelung.

#### **ac) Schutz des individuellen Arbeitsverhältnisses?**

Der Wortlaut des § 37b Abs 2 AMSG lässt offen, wenn er von der „*Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes*“ spricht, ob nun ein Schutz der individuellen Arbeitsverhältnisse oder der allgemeine Schutz der Arbeitsplätze im Betrieb bezweckt wird.

---

<sup>542</sup> Grundsatzvereinbarung (Erklärung der Präsidenten der Sozialpartner) zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 zwischen den Sozialpartnern ÖGB, BAK, WKÖ und IV.

<sup>543</sup> Zu den Ausnahmen siehe Pkt C.5.4.7.ad).

<sup>544</sup> Vgl *Mazal*, ZAS 1988, 83.

*Mazal*<sup>545</sup> führt Argumente an, die für einen Schutz der individuellen Arbeitsverhältnisse sprechen, etwa die Kurzfristigkeit der Beihilfengewährung und dass die Höhe der Beihilfe sich am Lohn individueller Arbeitnehmer – die von Kurzarbeit betroffen sind – orientiert. Diese Argumente sprechen durchaus für das Vorliegen eines Bezuges zu konkreten Arbeitsverhältnissen und nicht für einen „allgemeinen“ Schutz der Arbeitsplätze. Als Ausgleich für den Einkommensentfall bei der Kurzarbeit sollen individuelle Beschäftigungen geschützt werden.

Trotz dieser Argumente geht *Mazal*<sup>546</sup> wegen des historischen Hintergrundes der Kurzarbeitsbeihilfe davon aus, dass Arbeitsplätze und nicht der Bestand von Arbeitsverhältnissen einzelner Arbeitnehmer oder die Beschäftigung von Arbeitnehmern auf bestimmten Arbeitsplätzen geschützt werden. Für die Vermittlung eines einzelvertraglichen Bestandsschutzes durch den Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe kann aus der Rechtsentwicklung kein Anhaltspunkt gefunden werden.

*Schnorr*<sup>547</sup> spricht bei der Erörterung der verschiedenen Varianten, die den Sozialpartnern zur Sicherung der konkreten Arbeitsverhältnisse bei den Beschränkungen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Kurzarbeit zur Verfügung stehen, ebenfalls von einem Schutz der konkreten Arbeitsverhältnisse. An anderer Stelle geht jedoch auch *Schnorr*<sup>548</sup> von einer generellen Pflicht des Arbeitgebers zur Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze aus.

Der ökonomische Sinn und Zweck der Kurzarbeitsregelung lässt keinen Rückschluss zu, was Schutzobjekt der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes ist. Die Beihilfe wird sowohl in Zeiten und Branchen guter Konjunktur als auch bei schlechter Konjunktur beantragt und gewährt.<sup>549</sup>

Die Richtlinie des AMS bestimmt diesbezüglich nichts, sondern überlässt die Regelung der Sozialpartnervereinbarung. Gemäß Punkt 6.4.3.1. der Richtlinie kann eine Differenzierung zwischen dem *Beschäftigtenstand während der Kurzarbeit* und einer allenfalls darüber hinausgehenden *Behaltefrist*, für die auch ein eingeschränkter sachlicher und personeller Geltungsbereich vereinbart werden kann, erfolgen.<sup>550</sup>

---

<sup>545</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>546</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>547</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>548</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>549</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>550</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

Jedoch muss mE aus dem arbeitsmarktpolitischen Zweck der Kurzarbeitsbeihilfe darauf geschlossen werden, dass bei der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nicht die individuellen Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer geschützt werden sollen, sondern die Anzahl der Beschäftigten, also die Arbeitsplätze, gesichert werden sollen und eine generelle Pflicht des Arbeitgebers zur Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze besteht. Die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes hat ihre Wurzeln in der Arbeitslosenversicherung<sup>551</sup> und diente als Kompensation für das aufgrund der Einführung von Kurzarbeit entfallende Entgelt. Erst später wurde auch die Arbeitsplatzsicherung zum Ziel und Zweck der Beihilfe erklärt. Der Gesetzgeber hat also in der ursprünglichen Form der Kurzarbeitsbeihilfe keinesfalls an einen Bestandschutz der einzelnen Arbeitsverhältnisse gedacht.

Aufgrund der historischen Entwicklung der Beihilfe kann jedoch auch geschlossen werden, dass zwar ursprünglich kein individueller Schutz für Arbeitsplätze vorgesehen war. Durch die neue Zwecksetzung der Kurzarbeitsbeihilfe, nämlich die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes und nicht die vorweggenommene Arbeitslosigkeit, hat sich jedoch nunmehr ein solcher individueller Schutz entwickelt. Die Beihilfe orientiert sich an den Einkommensverlusten konkreter Arbeitnehmer und wird dem Arbeitgeber unter der Bedingung der Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung für diese Arbeitnehmer gewährt. Die Arbeitnehmer haben durch die Einführung von Kurzarbeit vorübergehende finanzielle Einbußen und als Ausgleich dafür könnte ein solcher individueller Schutz des Arbeitsplatzes vorgesehen sein.

Diese Überlegungen rechtfertigen zwar einen solchen Schutz, meiner Ansicht nach ergibt sich jedoch aus der Formulierung „Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes“ trotz dieser Ausführungen ohne eine entsprechende Vereinbarung kein individueller Schutz der einzelnen konkreten Arbeitsplätze. Auch ist in der Richtlinie des AMS die Möglichkeit zur Beendigung der Arbeitsverhältnisse nicht ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass es nach der Richtlinie trotz Wegfall des Arbeitsplatzes zu keiner unzulässigen Schmälerung des Beschäftigtenstandes kommt bzw zT ist eine Verpflichtung zur Auffüllung vorgesehen – diesfalls kommt es zu keinem Entfall der Beihilfe. Hierdurch ergibt sich eindeutig, dass es sich um eine Aufrechterhaltung der **Anzahl der Arbeitsplätze** handelt und kein individueller Schutz vorgesehen ist.

---

<sup>551</sup> Zur historischen Entwicklung der Kurzarbeit, siehe Pkt A.7.

Die Sozialpartnervereinbarung bezweckt demnach keinen einzelvertraglichen Bestandschutz für die Arbeitnehmer einzuführen oder eine Beschäftigung auf einem bestimmten Arbeitsplatz zu sichern, die der Kündigung eines betroffenen Arbeitnehmer entgegensteht und damit das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränkt,<sup>552</sup> sondern die Aufrechterhaltung der Anzahl der Arbeitsplätze und den Betrieben bei kurzfristigen Beschäftigungsschwankungen weiterhin die Beschäftigung der Arbeitnehmer zu ermöglichen. Zweck der Kurzarbeitsbeihilfe ist bei ungünstiger Beschäftigungslage in einzelnen Wirtschaftszweigen durch die Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe Arbeitslosigkeit zu vermeiden.

In der Sozialpartnervereinbarung kann aber durchaus ein individueller Bestandschutz für einzelne Arbeitnehmer vorgesehen sein bzw auch generell von einer Behaltspflicht nach der Beendigung der Kurzarbeit abgesehen werden. Dies ist im Zuge der Verhandlung mit den Sozialpartnern festzulegen.

Falls ein individueller Bestandschutz vereinbart wurde, besteht für den Arbeitnehmer auch die Möglichkeit diesen Schutz bei einer Reduktion des Beschäftigtenstandes individuell geltend zu machen, da ihm in der Sozialpartnervereinbarung ein Recht auf diesen Arbeitsplatz eingeräumt worden ist. Der Arbeitnehmer hat einen vertraglichen Anspruch auf diesen Arbeitsplatz und eine durch den Arbeitgeber veranlasste Reduktion des Beschäftigtenstandes, konkreter *seines Arbeitsplatzes*, ist rechtsunwirksam.<sup>553</sup> Dies hat der Arbeitnehmer durch Klage auf Feststellung des aufrechten Bestandes vor dem Arbeits- und Sozialgericht geltend zu machen.

#### **ad) Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers bzw Kündigungsverzicht des Arbeitgebers**

Die Verpflichtung des Arbeitgebers den Beschäftigtenstand während der Kurzarbeit und gegebenenfalls auch in einem darüber hinaus vereinbarten Zeitraum aufrecht zu erhalten, kann nach *Schnorr*<sup>554</sup> folgendermaßen gedeutet werden, nämlich als

- ein schuldrechtlich wirkender Kündigungsverzicht des Arbeitgebers,
- ein schuldrechtlich wirkender Kündigungsverzicht des Arbeitgebers mit Wirkung zugunsten der Arbeitnehmer,
- die schuldrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers, bei notwendig werdender Kündigung

---

<sup>552</sup> VwGH 08.06.1971, 0036/71, VwSlg 8033 A/1971.

<sup>553</sup> Siehe dazu auch Pkt C.5.4.7.aj).

<sup>554</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

- oder sonstigem Freiwerden den Arbeitsplatz neu zu besetzen oder
- ein normativ wirkendes Kündigungsverbot mit der Maßgabe, dass trotzdem ausgesprochene und vom AMS nicht bewilligte Kündigungen rechtsunwirksam sind.

Ob die Vereinbarung einer Behaltspflicht/Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes als genereller Kündigungsverzicht des Arbeitgebers einzuordnen ist, ist zu prüfen. Der Zweck der Behaltfrist/Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes liegt in der Verhinderung des Verlustes von Arbeitsplätzen mittels Arbeitsstreckung und einem finanziellen Ausgleich. Wenn nun der genannte Zweck durch eine Kündigung oder Entlassung nicht gefährdet wird, kann die Pflicht zur Erhaltung der Arbeitsplätze nicht berührt werden. Für sie ist daher auch nicht die Bewilligung des AMS erforderlich. Betriebsbedingte Kündigungen, die in Betrieben des gleichen Unternehmens, für die keine Kurzarbeitsbeihilfe bezogen wird, erfolgen, sind als zulässig zu betrachten, da sie nicht dem Zweck der Kurzarbeitsbeihilfe zuwider laufen. Unzulässig sind nur solche betriebsbedingten Kündigungen, die in von Kurzarbeit betroffenen Betriebsteilen erfolgen und der Einsparung von Arbeitsplätzen dienen.

Es kann somit von keinem generellen Kündigungsverzicht des Arbeitgebers ausgegangen werden, sondern von der Verpflichtung, bei notwendigen Kündigungen oder Ähnlichem, die Arbeitsplätze neu zu besetzen. Ein normativ wirkendes Kündigungsverbot kann ebenfalls nicht in Betracht kommen, da auch in den Mustervereinbarungen der Sozialpartner<sup>555</sup> die Möglichkeit des Personalabbaus auch ohne Zustimmung des AMS vorgesehen ist, allerdings mit der Verpflichtung zur Auffüllung.

Die Verletzung der Auffüllungspflicht bzw die betriebsbedingte Kündigung ohne Zustimmung des AMS führen abhängig vom Ausmaß der Verletzung der Verpflichtung zu einer teilweisen oder gänzlichen Rückzahlungsverpflichtung der Kurzarbeitsbeihilfe und die ausgesprochenen Kündigungen sind rechtsunwirksam.

Durch Kurzarbeit verändert sich nur die Rechtsstellung der Arbeitnehmer, die kurz arbeiten, weshalb auch nur diese bei der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes berücksichtigt werden dürfen. Die Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers werden daher nach Ansicht *Winter/Thomas*<sup>556</sup> in Bezug auf nicht von Kurzarbeit betroffene Abteilungen oder Betriebe nicht eingeschränkt.

Wurden also in einem Betrieb oder Betriebsteil nicht alle Arbeitnehmer in die Kurzarbeit

---

<sup>555</sup> Vgl [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=492780&DstID=29](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=492780&DstID=29) (21.01.2010).

<sup>556</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

einbezogen, so können die Arbeitsverhältnisse jener Arbeitnehmer, die nicht von Kurzarbeit betroffen sind bzw waren, jederzeit aufgelöst werden. Das Frühwarnsystem gemäß § 45 a AMFG ist jedenfalls zu beachten.

Es darf keine willkürliche Verminderung des Beschäftigtenstandes herbeigeführt werden. Dass heißt, es besteht keine generelle Unzulässigkeit von Kündigungen während der Behaltefrist oder während der Kurzarbeit. § 37b AMSG verlangt lediglich die Aufrechterhaltung der geförderten Arbeitsplätze und somit die Verpflichtung zur „Auffüllung“ des Beschäftigtenstandes.

Zulässig sind somit grundsätzlich folgende Auflösungen der Arbeitsverhältnisse:

1. Kündigungen, die vor der Kurzarbeit ausgesprochen wurden, aber erst während der Kurzarbeitsphase wirksam werden.<sup>557</sup>
2. Befristete Arbeitsverhältnisse, deren Zeitablauf in die Kurzarbeit hineinreicht.<sup>558</sup>
3. Betriebsbedingte Kündigungen dürfen frühestens nach Ablauf der Kurzarbeitsphase bzw der darüber hinausgehenden Behaltefrist ausgesprochen werden.  
Arbeitgeber-Kündigungen während der Kurzarbeit und in der Behaltefrist sind nur mit Zustimmung des AMS Regionalbeirats und des Betriebsrates (bei Fehlen eines solchen der Gewerkschaft) zulässig.  
Ein Verstoß gegen die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes bzw die Behaltefrist kann, je nach Schwere der Abweichung, zu einer teilweisen oder gänzlichen Rückzahlungsverpflichtung der Beihilfe führen.<sup>559</sup> Die ausgesprochenen Kündigungen sind rechtsunwirksam.<sup>560</sup>
4. Personenbezogene Kündigungen sind immer möglich. Der Arbeitgeber ist jedoch verpflichtet durch Neueinstellung den Beschäftigtenstand aufrecht zu erhalten.<sup>561</sup>

---

<sup>557</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

<sup>558</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

<sup>559</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

<sup>560</sup> Siehe dazu Pkt C.5.4.7.aj).

<sup>561</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.; <http://www.arbeiterkammer.at/online/kurzarbeit-45333.html> (21.01.2010).

Falls der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommt, ist die „Auffüllungspflicht“ von den Sozialpartnern als Vertragspartnern und/oder dem AMS geltend zu machen, da das AMS die Möglichkeit hat, die Beihilfe bei Nichteinhaltung der Beihilfenvoraussetzungen zu kürzen bzw zurückzufordern. Die einzelnen Arbeitnehmer haben keinen ersichtlichen, ableitbaren Rechtsanspruch. Es besteht für den gekündigten Arbeitnehmer auch kein Interesse, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitsplatz wieder (mit einem anderen Arbeitnehmer) besetzt.

6. Bei einer einvernehmlichen Auflösung von Dienstverhältnissen besteht für den Arbeitgeber keine Verpflichtung zur Auffüllung des Beschäftigtenstandes. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer nachweislich Gelegenheit gehabt hat, sich mit dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft bzw der Arbeiterkammer über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beraten.<sup>562</sup>

Da es sich nicht um eine dem Beihilfenzweck zuwiderlaufende Einsparung eines Arbeitsplatzes handelt, ist bei einer einvernehmlichen Auflösung keine zwingende Auffüllung geboten. Diese Art der Lösung des Arbeitsverhältnisses beruht auf einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ist somit nicht auf eine Initiative des Arbeitgebers zurückzuführen, wie es für eine Schmälerung des Beschäftigtenstandes notwendig wäre.

6. Bei einer berechtigten Entlassung besteht ebenfalls keine Verpflichtung zur Auffüllung des Beschäftigtenstandes (§ 27 AngG und § 82 GewO).<sup>563</sup>

Da auch hier keine dem Ziel der Beihilfe entgegenstehende Einsparung eines Arbeitsplatzes beabsichtigt ist, sondern ein wichtiger Grund vorliegt, der derart schwerwiegender Natur sein muss, dass die weitere Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist, besteht in diesem Fall keine Verpflichtung zur Auffüllung des Beschäftigtenstandes.<sup>564</sup>

7. Arbeitnehmer können während der Kurzarbeit jederzeit unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen selbst kündigen, auch in diesem Fall muss der Arbeitgeber den Beschäftigtenstand nicht auffüllen.<sup>565</sup>

---

<sup>562</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

<sup>563</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

<sup>564</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 514.

<sup>565</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

8. Bei einem unberechtigten vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmer besteht ebenfalls keine Verpflichtung zur Auffüllung.<sup>566</sup>

9. Der Abbau von Arbeitsverhältnissen mit Nicht- EWR- Ausländern (§ 8 Abs 2 lit b AuslBG)

§ 8 Abs 2 lit b AuslBG sieht vor, dass eine für einen Ausländer **erstmalig** erteilte Beschäftigungsbewilligung mit der Auflage zu verbinden ist, dass zur Erhaltung der Arbeitsplätze inländischer Arbeitnehmer im Falle von Kurzarbeit iSd AMFG (es ist davon auszugehen, dass dies auch für das AMSG gelten wird) vor deren Einführung die Beschäftigungsverhältnisse der Ausländer zu lösen sind, wenn dadurch Kurzarbeit auf längere Sicht verhindert werden könnte.

Das bedeutet, dass bei einer aus wirtschaftlichen Gründen notwendigen Verringerung der Anzahl von Arbeitsplätzen Ausländer vor Inländern aufgrund von § 8 Abs 2 AuslBG zu kündigen sind. Die Spruchpraxis der Einigungsämter geht überwiegend dahin, dass der bei einer Kündigungsanfechtung vorzunehmende Sozialvergleich sich auch auf die Qualifikation der Arbeitskräfte erstrecken muss. Nur wenn Arbeitskräfte gekündigt werden müssen, die die gleiche Tätigkeit verrichten, ist der Ausländer vor dem Inländer zu kündigen.<sup>567</sup>

### **ae) Sanktion**

Verstöße gegen die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während der Kurzarbeit und eine allenfalls vereinbarte Behaltefrist nach Beendigung der Kurzarbeit können, je nach Schwere der Abweichung, zu einer teilweisen oder gänzlichen Rückzahlungsverpflichtung der Beihilfe führen.<sup>568</sup>

Die Rückzahlungsverpflichtung ist vom Ausmaß des Verstoßes gegen die Aufrechterhaltung abhängig. Wenn es sich bspw um einen einzelnen Arbeitnehmer handelt, dann ist nur die auf den betroffenen Arbeitnehmer entfallende Beihilfe, die der Arbeitgeber erhalten hat, zurückzuerstatten sein. Wenn es sich hingegen um ein mutwilliges oder systematisches Hinwegsetzen über die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes handelt, dann kann das AMS mE den gesamten Betrag zurückfordern. Zu rechtfertigen ist dies meiner Ansicht nach durch das nicht förderungswürdigen Verhalten des Arbeitgebers.

---

<sup>566</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner zu IV./2. lit c.

<sup>567</sup> *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung<sup>9</sup> (2006) Rz 380.

<sup>568</sup> Pkt 6.11. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Die Sanktion bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung ist somit nicht die Rechtsunwirksamkeit der getroffenen Maßnahme, sondern die Pflicht zur Rückzahlung. Daher ist zu beachten, dass die Bewilligung der Ausnahme des AMS gem § 37b Abs 2 AMSG keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer sonst unzulässigen Kündigung ist. Es wurde kein neues gesetzliches Kündigungsverbot mit Ausnahmeverbot geschaffen. Ein solches normativ wirkendes Kündigungsverbot könnte allenfalls in der Sozialpartnervereinbarung vorgesehen werden.

#### **af) Geltungsbereich**

Bloß aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich nicht schließen, welcher Teil der Belegschaft von der Verpflichtung des Arbeitgebers **zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes** während und allenfalls nach Beendigung der Kurzarbeit erfasst werden soll.

Wird Kurzarbeit nicht für alle von einer wirtschaftlichen Schwierigkeit betroffenen Arbeitnehmer eingeführt, sondern nur für einen Teil von ihnen<sup>569</sup>, bezieht sich die Pflicht zur wirtschaftlichen Schwierigkeiten betroffenen Ausschnitt der unternehmerischen Tätigkeit des ansuchenden Arbeitgebers.

Aus dem Ziel und Zweck der Kurzarbeitsbeihilfe ergibt sich mE jedoch, dass jener Beschäftigtenstand erfasst werden soll, der von der Kurzarbeit betroffen ist und war.

In der Praxis wird der Umfang der Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes meist mit dem Betrieb des ansuchenden Arbeitgebers gleichgesetzt, unter besonderen Umständen auch nur mit einer selbständigen Betriebsabteilung.

Nunmehr sollte dieser Punkt geklärt sein, denn in der Grundsatzvereinbarung bekennen sich die Präsidenten der Sozialpartner dazu, dass eine **allfällige Behaltspflicht nach der Kurzarbeit** sich nur auf jene Arbeitnehmer beziehen darf, die tatsächlich in Kurzarbeit waren und nicht wie bisher der Beschäftigtenstand im Gesamtbetrieb während der Kurzarbeit - auch in einem allenfalls vereinbarten Zeitraum nach der Kurzarbeit - aufrecht erhalten werden muss.

Ob sich auch sämtliche Beteiligten an diese Einigung halten, bleibt abzuwarten.

---

<sup>569</sup> Wenngleich in der Praxis Kurzarbeit idR für Betriebe oder Betriebsabteilungen eingeführt wird, lässt das Gesetz theoretisch die Möglichkeit offen, Kurzarbeit auch nur für einzelne Arbeitnehmer bzw nur für einen Teil einer betrieblichen Organisationseinheit einzuführen.

### **ag) Dauer der Behaltspflicht**

Die Behaltspflicht soll - je nach Dauer der Kurzarbeit – unterschiedlich lange sein. Je länger die Phase der Kurzarbeit war, umso länger ist auch die Behaltefrist.<sup>570</sup>

Die Behaltspflicht soll demnach lt der Richtlinienvereinbarung der Sozialpartner

- bei einer Kurzarbeitsdauer bis zu zwei Monaten ein Monat,
- bei einer Kurzarbeitsdauer bis zu vier Monaten zwei Monate,
- bei einer Kurzarbeitsdauer bis zu zwölf Monaten drei Monate und
- bei längerer Kurzarbeit vier Monate dauern.<sup>571</sup>

### **ah) Ausnahmen**

Falls dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nicht möglich sein sollte, kann bei der für den Betriebsstandort zuständigen Regionalen Geschäftsstelle des AMS ein Antrag auf eine Ausnahmegewilligung gestellt werden. Darin ist näher zu erläutern aus welchen Gründen die Aufrechterhaltung nicht möglich sei und den Fortbestand des Unternehmens in hohem Maße gefährde. Eine Verringerung der Belegschaft kann durch Schäden an Betriebseinrichtungen (Maschinen, Gebäuden, Grundstücken, Vieh, Pflanzenbestand) gerechtfertigt werden oder durch eine marktkonforme Anpassung die eine sukzessive Reduzierung des Beschäftigtenstandes erfordert.<sup>572</sup>

Über Anträge auf Herabsetzung des Beschäftigtenstandes entscheidet im Weiteren der Regionalbeirat, wobei eine solche Entscheidung nur künftig, nicht aber rückwirkend, wirksam wird.<sup>573</sup> Dabei kommt eine Bewilligung der Herabsetzung des Beschäftigtenstandes, eine Herabsetzung der Dauer oder ein gänzlicher Entfall der Pflicht zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes in Betracht.

### **ai) Analogie/Ausdehnung auf andere Rechtsbehelfe**

*Schnorr*<sup>574</sup> geht davon aus, dass auch andere Rechtsbehelfe, abgesehen von der Kündigung und Entlassung, die zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen herangezogen werden, als unzulässig einzuordnen sind, sofern dadurch Arbeitsplätze aufgelassen werden sollen und

---

<sup>570</sup> Jedoch maximal vier Monate.

<sup>571</sup> Erklärung der Präsidenten von ÖGB, WKÖ, BAK und IV zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009.

<sup>572</sup> *Danimann/Steinbach*, AMFG 407 ff.

<sup>573</sup> Pkt 7.2.2 der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>574</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

eine Ausnahmegenehmigung des AMS nicht eingeholt wurde. Dies gelte nach *Schnorr* insbesondere für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge auf Dauerarbeitsplätze.

Der Arbeitgeber kann jedoch während der Kurzarbeitsperiode auch neue Arbeitsverhältnisse begründen. Das Ziel der Kurzarbeitsregelung ist der Erhalt der Arbeitsplätze. Deshalb ist es unerheblich, ob ein Arbeitsplatz durch einen Arbeitnehmer ausgefüllt wird, der aufgrund eines befristeten oder eines unbefristeten Arbeitsvertrages zur Dienstleistung verpflichtet ist. Weshalb *Schnorr* davon ausgeht, dass der Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse mit der Auflassung des betreffenden Arbeitsplatzes verbunden ist und deshalb von einem Verbot des Abschlusses befristeter Arbeitsverträge während der Kurzarbeitsperiode ausgeht ist nicht ersichtlich.<sup>575</sup>

#### **aj) Rechtswirkungen auferlegter Beendigungsbeschränkungen**

Bei Abschluss der Sozialpartnervereinbarung in Form eines schuldrechtlichen Vertrages können Kündigungs-, Entlassungs- und sonstige Beschränkungen des rechtsgeschäftlichen Verhaltens des Arbeitgebers vorgesehen werden. Da sich der Arbeitgeber dem Vertrag unterwirft, kann jede dieser Varianten als unechter oder echter **Vertrag zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer** gestaltet werden. Beendigungserklärungen, die entgegen solcher Kündigungs- oder Entlassungsverbote ausgesprochen werden, sind rechtsunwirksam, da dem Arbeitnehmer aus der Vereinbarung ein selbständiges Forderungsrecht entsteht. *Mazal*<sup>576</sup> zieht den Vergleich zu vertraglich vereinbarten Beendigungsverböten, mit dem einzigen Unterschied, dass das Forderungsrecht des Arbeitnehmers nicht aus einem zwischen ihm selbst und dem Arbeitgeber, sondern aus der mit der Unterwerfung des Arbeitgebers zustande kommenden Vereinbarung zwischen diesem und den Sozialpartnern stammt.

Falls dem Arbeitnehmer kein unmittelbares Forderungsrecht eingeräumt wird, kommen bei einer entgegen dem Beendigungsverbot ausgesprochenen Beendigungserklärung, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden allgemeinen Vorschriften über den gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Bestandschutz zur Anwendung. Infolge wirkt sich das rechtswidrige Verhalten des Arbeitgebers nur im Verhältnis zwischen ihm und den Partnern der Sozialpartnervereinbarung aus.

Wenn die Sozialpartner die Sozialpartnervereinbarung in Form eines Kollektivvertrages abschließen, ist keine rechtsgeschäftliche Transformation der Vereinbarung nötig, vielmehr werden die auferlegten Beendigungsbeschränkungen unmittelbar rechtsverbindlich, sobald

---

<sup>575</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>576</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

der Arbeitgeber entsprechend den Bestimmungen des Kollektivvertrages, Kurzarbeit einführt. Diese Beendigungsbeschränkungen unterscheiden sich in ihren Rechtswirkungen nicht von anderen kollektivvertraglichen oder gesetzlichen Kündigungs- oder Entlassungsverboten.<sup>577</sup>

#### **ak) Zusammenfassung und eigene Meinung**

Einerseits ist es beifallswert, dass der Gesetzgeber die gesetzlichen Vorgaben sehr allgemein und nicht zu sehr ins Detail gehend regelt, da dadurch ein flexibleres Vorgehen durch die betroffenen Personenkreise ermöglicht wird. Andererseits ergeben sich durch allgemeine Definitionen oft Auslegungsschwierigkeiten, die bei einer exakteren Formulierung nicht entstünden und die einer Klärung durch den Gesetzgeber bedürften.

Mit einer solchen angesprochenen Auslegungsschwierigkeit sieht man sich konfrontiert, wenn man Abs 1 Z 3 bzw Abs 2 der §§ 37b und 37c AMSG liest. Dort wird von der „Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes“ gesprochen. Allein aufgrund dieser gesetzlichen Bestimmungen lässt sich auf den ersten Blick nicht klären und auch nicht ableiten, was genau unter der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes verstanden werden darf. Der Gesetzgeber gibt hier wieder – wie es sich fast im gesamten Bereich der gesetzlichen Bestimmungen zur Kurzarbeit und Kurzarbeitsbeihilfe verhält - den Sozialpartnern das Zepter in die Hand und überlässt es ihnen, nähere Regelungen festzulegen. Durch die Sozialpartnereinbarung soll bestimmt werden was unter der Bezeichnung Beschäftigtenstand zu subsumieren ist und wie lange der Beschäftigtenstand aufrecht zu erhalten ist.

Wie schwierig die Auslegung derartiger Bestimmungen sein kann, zeigt sich auch darin, dass Autoren wie *Schnorr*<sup>578</sup> und *Mazal*<sup>579</sup> in ihren Beiträgen sowohl den Schutz des individuellen Arbeitsverhältnisses als auch den generellen Schutz des Arbeitsplatzes vertreten und sich nicht festlegen wollen, welche nun die „richtige“ Ansicht ist.

Das Hauptaugenmerk ist mE auf den Zweck der Regelung zu legen, daran sollten sich auch die Schlussfolgerungen orientieren. Ziel der Kurzarbeit im Allgemeinen ist die Vermeidung von Arbeitslosigkeit und das Erhalten von so vielen Arbeitsplätzen wie möglich. Aufgrund dieses Zieles hat überhaupt erst die Formulierung „*Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes*“ Eingang in die gesetzlichen Bestimmungen gefunden.

---

<sup>577</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>578</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>579</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Sinn und Zweck der Regelung kann also demnach nicht der Erhalt individueller Arbeitsverhältnisse zwischen bestimmten Arbeitnehmern und bestimmten Arbeitgebern sein, sondern demzufolge ist das Aufrechterhalten der Anzahl der Arbeitsplätze ohne den Betriebsbezug gemeint.

Durchaus lobenswert ist, dass nunmehr durch die ausdrückliche Erwähnung in der Grundsatzvereinbarung nur mehr jene Arbeitsplätze erfasst werden sollen, die auch von der Kurzarbeit konkret betroffen sind bzw. in einer allenfalls nach dem Ende der Kurzarbeit vereinbarten Zeitraum auch nur jene Arbeitsplätze von der Behaltefrist erfasst sein sollen, die in die Phase der Kurzarbeit einbezogen waren. Eine andere Regelung und Sichtweise – wie es bisher durchaus gehandhabt wurde und auch von einigen Unternehmen und Gewerkschaften seit der Neuregelung versucht wird durchzusetzen (siehe Pkt C.11.) – ist mit den Zielen der Bestimmungen zur Kurzarbeit und Kurzarbeitsbeihilfe nicht vereinbar. Es ist nicht einzusehen, weshalb Arbeitsplätze in den Schutzbereich mit einbezogen werden sollen, die grundsätzlich in keiner Weise mit der Kurzarbeit in Verbindung stehen und standen.

Falls in der Sozialpartnervereinbarung festgelegt wurde, dass die Behaltefrist sich nur auf jene Arbeitsplätze bezieht, die von Kurzarbeit betroffen waren und die Sozialpartner infolge auch Arbeitsplätze mit einbeziehen wollen die nicht davon betroffen waren, kann der Arbeitgeber sich über diese Forderung der Gewerkschaft hinwegsetzen, da dies nicht vereinbart wurde. Die Sozialpartnervereinbarung bleibt aufrecht und nur das Vereinbarte, nämlich die Behaltspflicht für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer, darf „gefordert“ werden.

Eine andere mögliche Konsequenz ist die Nichtigkeit der Sozialpartnervereinbarung. Allerdings wäre diese Rechtsfolge als kontraproduktiv einzuordnen, da in weiterer Folge auch die Beihilfe durch das AMS nicht gewährt wird.

#### **b) Kurzarbeitsunterstützung und Höhe der Beihilfe/Unterstützung**

Die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer erhalten vom Arbeitgeber für die tatsächlich geleistete Arbeitszeit weiterhin aliquot das vereinbarte Entgelt. Neben diesem Entgelt für die herabgesetzte Arbeitszeit hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine Unterstützung, die den durch die Kurzarbeit erlittenen Verdienstaufschlag, der aufgrund der Verkürzung der Arbeitszeit unter die durch Gesetz oder Kollektivvertrag geregelte wöchentliche Normalarbeitszeit entsteht, zT abgelenken soll, zu zahlen.

Die Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung bildet einen Teil des notwendigen und zwingenden Inhalts der Sozialpartnervereinbarung. In dieser ist festzuhalten, in welchem konkreten Ausmaß (aber mindestens in der Höhe der Kurzarbeitsbeihilfe) der Arbeitgeber eine Entschädigung an die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmern zu leisten hat.

Die Höhe der Kurzarbeitsunterstützung entspricht idR dem Betrag der Kurzarbeitsbeihilfe, den der Arbeitgeber grundsätzlich ungeschmälert an die Arbeitnehmer weiterzuleiten hat.

Innerhalb des durch § 37b Abs 2 AMSG vorgegebenen Rahmen bleibt die Entscheidung über das Ausmaß und die Höhe der vom Arbeitgeber zu leistenden Kurzarbeitsunterstützung dem Verhandlungsgeschick der Arbeitnehmer und Sozialpartner überlassen. Der Betriebsrat bzw die Gewerkschaft fordern oft noch höhere Kurzarbeitsunterstützungen bzw sonstige Anreize (zB Einmalzahlungen)<sup>580</sup> und können idR somit durchsetzen, dass die betroffenen Arbeitnehmer deutlich weniger von ihrem Nettolohn/-gehalt verlieren.

Den Materialien zum Entwurf ist zu entnehmen, dass zwar die Leistung einer angemessenen Entschädigung Voraussetzung für die Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe ist, diese aber von der Beihilfengewährung abhängig gemacht werden kann.<sup>581</sup> Der um Kurzarbeitsbeihilfe ansuchende Arbeitgeber muss also nicht, wenn derartiges vereinbart wurde, befürchten, dass er zur Leistung der Kurzarbeitsunterstützung aufgrund der Unterwerfung unter die Sozialpartnervereinbarung verpflichtet ist, wenn das AMS in weiterer Folge dem Beihilfenbegehren nicht statt gibt.<sup>582</sup>

Die gesetzliche Festsetzung des Mindestbetrages für die vom Arbeitgeber zu leistende Kurzarbeitsunterstützung schließt nicht aus, dass von den Vereinbarungspartnern eine höhere Entschädigung für den Arbeitsausfall vereinbart wird.<sup>583</sup> Das Risiko trägt in diesem Fall der Arbeitgeber (siehe Pkt C.4.).

Die Kurzarbeitsunterstützung ist grundsätzlich gleichzeitig mit dem für die tatsächlich erbrachte Arbeitszeit anfallenden Entgelt zu leisten.

---

<sup>580</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 19.

<sup>581</sup> Vgl IA 424/A XXIV.GP.

<sup>582</sup> Vgl *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>583</sup> Vgl Pkt 6.6.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

### **Die Höhe der Beihilfe/Unterstützung**

Festzuhalten ist, dass einerseits die Höhe der Kurzarbeitsunterstützung bzw. Qualifizierungsunterstützung und andererseits die Kurzarbeitsbeihilfe bzw. Qualifizierungsbeihilfe zu ermitteln sind. Beide orientieren sich an den Pauschalsätzen des AMS und dem vor Einführung der Kurzarbeit bezogenem Entgelt der Arbeitnehmer. Während der Kurzarbeit erhält der Arbeitnehmer den Lohn für die Teilzeit-Arbeit plus die Kurzarbeitsunterstützung. Infolge gebührt dem Arbeitgeber eine **Kurzarbeitsbeihilfe** bzw. **Qualifizierungsbeihilfe** des AMS in Höhe der anhand der Pauschalsätze ermittelten und geleisteten Kurzarbeitsunterstützung.

#### **ba) Beihilfenteilbetrag für die Kurzarbeitsunterstützung**

Die Höhe der mindestens vom Arbeitgeber an die betroffenen Arbeitnehmer zu zahlenden Kurzarbeitsunterstützung ergibt sich aus einer Multiplikation der jeweils anzuwendenden Pauschalsätze des AMS mit der Anzahl der im Abrechnungszeitraum ausfallenden Arbeitsstunden.<sup>584</sup>

Leistet der Arbeitgeber Kurzarbeitsunterstützung in einem die Pauschalsätze übersteigenden Ausmaß, so ist der sich daraus ergebende Differenzbetrag nicht förderbar, der Arbeitgeber hat in diesem Fall die Kosten selbst zu tragen.<sup>585</sup>

#### **bb) Pauschalsätze**

Die Unterstützung für die entfallenden Arbeitsstunden hat zumindest in der Höhe des vom AMS festgelegten Pauschalsatzes zu sein.<sup>586</sup> Die Pauschalsätze orientieren sich an den jeweiligen Tagessätzen des fiktiven Arbeitslosengeldes<sup>587</sup> zzgl eines Beitrages für Kranken- und Pensionsversicherung und decken nur die tatsächlich ausfallenden Arbeitsstunden ab.<sup>588</sup>

Grundlage für die Ermittlung des Pauschalsatzes ist das jeweilige monatliche Bruttoentgelt, das der Arbeitnehmer im Durchschnitt der letzten vier voll entlohnten Wochen oder im letzten voll entlohnten Monat<sup>589</sup> vor Einführung der Kurzarbeit arbeitslosenversicherungspflichtig

---

<sup>584</sup> Erläuterungen und Berechnungstool für die Berechnung der Kurzarbeitsbeihilfe unter: [http://wbdb.ams.or.at/wbdb/kua/kua\\_tool.jsp](http://wbdb.ams.or.at/wbdb/kua/kua_tool.jsp) (14.11.2009); Pkt 6.6.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>585</sup> Vgl Pkt 6.6. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>586</sup> Vgl Pkt 6.6. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>587</sup> Zum Ausmaß des Arbeitslosengeldes vgl §§ 20 ff AIVG; gem § 21 Abs 5 AIVG beträgt das tägliche Arbeitslosengeld zwischen 60% und 80% des täglichen Nettoeinkommens.

<sup>588</sup> § 37b Abs 3 AMSG; vgl *Peyrl*, taxlex 2008, 530.

<sup>589</sup> Bei unregelmäßigen Bezügen (zB bei Schichtbetrieb, bei regelmäßigen Zulagen nach geleisteten Arbeitsstunden) ist der Durchschnitt der letzten drei Monate heranzuziehen.

bezogen hat zzgl der anteiligen Sonderzahlungen, weiters ist die Anzahl der Kinder, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht zu berücksichtigen.<sup>590</sup>

Entsprechend § 49 ASVG sind auch alle jene Zulagen, die regelmäßig Lohn-/Gehaltsbestandteile sind, also monatlich in gleicher Höhe ausbezahlt werden, dem Bruttoverdienst hinzuzurechnen.

Die Pauschalsatztabellen<sup>591</sup> des AMS zur Berechnung der Beihilfe beziehen sich auf die geltenden gesetzlichen oder kollektivvertraglich festgelegten Normalarbeitszeiten.

Für die Einstufung von Teilzeitbeschäftigten in die Pauschalsatztabelle ist ihr Lohn/Gehalt auf Vollzeitentlohnung umzurechnen.

Für die Einstufung von Arbeitnehmern, für die eine laufende Beihilfe zum Solidaritätsprämienmodell oder Altersteilzeitgeld gewährt wird, darf zur Vermeidung einer Doppelförderung die Solidaritätsprämie bzw der Lohnausgleich nicht berücksichtigt werden.<sup>592</sup>

Im Falle der Verlängerung des Kurzarbeitszeitraumes ist das Bruttoentgelt zzgl der anteiligen Sonderzahlungen entsprechend den geltenden Entlohnungsbestimmungen zu aktualisieren.<sup>593</sup>

Während des vereinbarten Kurzarbeitszeitraumes bleiben allfällige Erhöhungen (zB infolge kollektivvertraglicher Änderungen) unberücksichtigt.<sup>594</sup> Eine Anpassung erfolgt erst im Zuge der Neubemessung bei Verlängerungsanträgen.<sup>595</sup>

Hintergrund dieser Regelung ist vermutlich die einfachere Berechnung der Pauschalsätze und der Beihilfe für das AMS. Der Arbeitgeber hat allfällige kollektivvertragliche Erhöhungen und Ähnliches bei seinen Leistungen an die Arbeitnehmer sehr wohl zu berücksichtigen, da es sonst zu einer Verletzung des Kollektivvertrages käme und den Arbeitnehmern Ansprüche, die ihnen zustehen, vorenthalten würden.

---

<sup>590</sup> Unabhängig davon, an wen die Familienbeihilfe ausbezahlt wird.

<sup>591</sup> Als download unter [http://www.ams.at/sfa/14081\\_20932.html](http://www.ams.at/sfa/14081_20932.html) (21.01.2010) erhältlich.

<sup>592</sup> Pkt 6.7. der Kurzarbeitsrichtlinie; [www.ams.or.at/docs/200\\_kua\\_kundeninfo.doc](http://www.ams.or.at/docs/200_kua_kundeninfo.doc) (21.01.2010).

<sup>593</sup> Pkt 6.7. der Kurzarbeitsrichtlinie; etwa zwischenzeitiger Anstieg der Kollektivvertragsentgelte.

<sup>594</sup> Pkt 6.7. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>595</sup> Siehe Anfragebeantwortung durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz-1440/AB XXIV.GP, GZ: BMASK- 431.004/0024-II/4/2009.

### Beispiel zur Kurzarbeitsunterstützung/-beihilfe

- Angestellter mit € 2.000,- Gehalt/Monat
- 14 Mal jährlich
- 2 Kinder mit Anspruch auf Familienbeihilfe
- Normalarbeitszeit von 40 Stunden/Woche lt Kollektivvertrag

→ Reduktion der Normalarbeitszeit auf 50% aufgrund von Kurzarbeit

Gehalt	2.000,00
zzgl aliquoter Sonderzahlungen	333,33
Basis für Berechnung der Kurzarbeitsbeihilfe	2.333,33
Kurzarbeitsbeihilfe pro Stunde	8,71
Ausfallzeit 20 Wochenstunden x Faktor 4,33	86,60
Kurzarbeitsbeihilfe/Monat (8,71 x 86,60)	<b>754,29*</b>

\* Ergebnis des Berechnungstools des AMS

Gehalt für 40 Wochenstunden	2.000,00
Gehalt für 50% Arbeitszeit	1.000,00
zzgl Kurzarbeitsbeihilfe	754,29
	<b>1.754,29</b>

Lohnnebenkosten für den Arbeitgeber	
Beitragsgruppe D1 22,86%* von 2.000,00	457,20
WF 0,5% von 1.754,29	8,77
SV-Dienstgeber-Anteil	465,97
Dienstgeber-Beitrag 4,5% von 1.754,29	78,94
Zuschlag zum Dienstgeber-Beitrag zB 0,4% von 1.754,29	7,02
Kommunalsteuer 3% von 1.000,00	30,00
Lohnnebenkosten	<b>581,93</b>

\* D1 20,78% + 0,55% IE + 1,53% Beitrag zur Mitarbeitervorsorgekasse = 22,86

Dienstnehmer-Anteile	
Beitragsgruppe D1 17,07%* von 2.000,00	341,40**
KU, WF je 0,5% von 1.754,29	17,54
Dienstnehmer-Anteil	<b>358,94</b>

\* ohne KU und WF

\*\* 20% Regel: maximal € 350,86 an SV-Dienstnehmer-Anteil

Lohnsteuer-BMGL Dienstnehmer	
Brutto	1.754,29
Abzgl SV-Dienstnehmer-Anteil	- 358,94
Lohnsteuer-BMGL	<b>1.395,35</b>

Zusammenstellung	100%	50%
	Vollzeitarbeit	Kurzarbeit
<b>Monatsbetrachtung</b>		
Gehalt brutto	2.000,00	1.754,29
Nettoauszahlung	1.409,68	1.255,21
Nettoeinbußen pro Monat absolut		- 154,47
Nettoeinbußen pro Monat in %		- 10,96
Gesamtkosten Arbeitgeber	2.625,20	1.581,93
Reduktion Monatsgesamtkosten absolut		- 1.043,27
Reduktion Monatsgesamtkosten in %		- 39,74
<b>Jahresbetrachtung</b>		
Jahresgehalt brutto	28.000,00	25.051,43
Nettoauszahlung	20.071,52	18.093,66
Nettoeinbußen pro Jahr absolut		- 1.977,86
Nettoeinbußen pro Jahr in %		- 9,85
Gesamtkosten Arbeitgeber	36.732,80	24.213,61
Reduktion Jahresgesamtkosten absolut		- 12.519,19
Reduktion Jahresgesamtkosten in %		- 34,08

### bc) Beihilfenteilbetrag für die Qualifizierungsunterstützung

Den an den Qualifizierungsmaßnahmen teilnehmenden Arbeitnehmern gebührt eine Qualifizierungsunterstützung, die vom Arbeitgeber auszubezahlen ist. Für jede durch die Qualifizierungsmaßnahme entfallende Arbeitsstunde erhalten die Arbeitnehmer eine Qualifizierungsunterstützung zumindest in der Höhe des vom AMS festgelegten Pauschalsatzes (Kurzarbeitsunterstützung zzgl eines Zuschlages im Ausmaß von 15%).

Die Höhe der in Summe mindestens zu gewährenden Qualifizierungsunterstützung ergibt sich aus einer Multiplikation der jeweils anzuwendenden Pauschalsätze mit der Anzahl der im Abrechnungszeitraum für die Qualifizierung verwendeten Ausfallstunden.

Dem Arbeitgeber gebührt eine Qualifizierungsbeihilfe in Höhe der auf diese Weise ermittelten und geleisteten Qualifizierungsunterstützung.<sup>596</sup>

Gleichsam der Kurzarbeitsunterstützung, kommt es bei einer das in den Pauschalsätzen festgelegte Ausmaß übersteigenden Leistung der Qualifizierungsunterstützung zu keiner Refundierung durch das AMS. Den Differenzbetrag leistet der Arbeitgeber auf seine Kosten.

<sup>596</sup> Pkt 6.6.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

## bd) Pauschalsätze

Die Pauschalsätze für die Qualifizierungsunterstützung pro für Qualifizierung verwendeter Ausfallstunde richten sich nach den Aufwendungen, die der Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit für Arbeitslosengeld zzgl der Beiträge zur Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung entstünden sowie zzgl eines Zuschlages für schulungsbedingte Mehraufwendungen im Ausmaß von 15%.<sup>597</sup>

Abgesehen davon, gelten die gleichen Bestimmungen wie bei den Pauschalsätzen der Kurzarbeitsunterstützung; siehe Pkt C.5.4.7.bb).

### *Beispiel zur Qualifizierungsunterstützung/ -beihilfe*

- Angestellter mit € 2.000,- Gehalt/Monat
- 14 Mal jährlich
- mit 2 Kinder mit Anspruch auf Familienbeihilfe
- Normalarbeitszeit von 40 Stunden/Woche lt Kollektivvertrag

→Reduktion der Normalarbeitszeit auf 50%, die ausfallende Zeit wird zur Qualifizierung genutzt

Gehalt	2.000,00
zzgl aliquoter Sonderzahlungen	333,33
Basis für Berechnung der Qualifizierungsbeihilfe	2.333,33
Qualifizierungsbeihilfe pro Stunde	10,11
Ausfallzeit 20 Wochenstunden x Faktor 4,33	86,60
Qualifizierungsbeihilfe/Monat (10,11 x 86,60)	<b>875,53</b>

Gehalt für 40 Wochenstunden	2.000,00
Gehalt für 50% Arbeitszeit	1.000,00
zzgl Qualifizierungsbeihilfe	1.875,53

Lohnnebenkosten für den Arbeitgeber	
Beitragsgruppe D1 22,86%* von 2.000,00	457,20
WF 0,5% von 1.875,53	9,38
SV-Dienstgeber-Anteil	465,97
Dienstgeber-Beitrag 4,5% von 1.875,53	84,4
Zuschlag zum Dienstgeber-Beitrag zB 0,4% von 1.875,53	7,5

<sup>597</sup> Pkt 6.7. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Kommunalsteuer 3% von 1.000,00	30,00
Lohnnebenkosten	<b>587,87</b>

\* D1 20,78% + 0,55 IE% + 1,53% Beitrag zur Mitarbeitervorsorgekasse = 22,86

<b>Dienstnehmer-Anteile</b>	
Beitragsgruppe D1 17,07%* von 2.000,00	341,40**
KU, WF je 0,5% von 1.875,53	18,76
<b>Dienstnehmer-Anteil</b>	<b>360,16</b>

\* ohne KU und WF

\*\* 20% Regel: maximal € 350,86 an SV-Dienstnehmer-Anteil

<b>Lohnsteuer-BMGL Dienstnehmer</b>	
Brutto	1.875,53
Abzgl SV-Dienstnehmer-Anteil	- 360,16
<b>Lohnsteuer-BMGL</b>	<b>1.515,37</b>

Zusammenstellung	100% Vollzeitarbeit	50% Kurzarbeit mit Qualifizierung
<b>Monatsbetrachtung</b>		
Gehalt brutto	2.000,00	1.875,53
Nettoauszahlung	1.409,68	1.331,43
Nettoeinbußen pro Monat absolut		- 78,25
Nettoeinbußen pro Monat in %		- 5,55
Gesamtkosten Arbeitgeber	2.625,20	1.587,87
Reduktion Monatsgesamtkosten absolut		- 1037,33
Reduktion Monatsgesamtkosten in %		- 39,51

#### 5.4.8. Dauer des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe und Verlängerung

Der Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe ist nur für einen begrenzten Zeitraum möglich. Bei der Erstgewährung ist dieser durch § 37b Abs 4 AMSG auf höchstens sechs Monate begrenzt. Falls die Voraussetzungen für den Bezug nach diesem Zeitraum immer noch vorliegen, besteht die Möglichkeit einer Verlängerung um weitere sechs Monate. Nach der Richtlinie des AMS sind drei Blöcke zu je sechs Monaten möglich, in begründeten Einzelfällen<sup>598</sup> kann der sonst geltende maximale Beihilfenzeitraum von 18 Monaten um zwei weitere Monate (Erstgewährung plus Verlängerungen) verlängert werden, somit auf insgesamt 20 Monate.<sup>599</sup>

<sup>598</sup> Sofern außergewöhnliche Umstände für die anhaltenden Beschäftigungsschwierigkeiten vorliegen.

<sup>599</sup> Vgl Pkt 6.5. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Durch das Arbeitsmarktpaket 2009 ist diese Maximalfrist auf 24 Monate ausgedehnt worden, unter der Bedingung, dass bis spätestens Ende 2010 eine Beihilfe gewährt wurde. Die Maßnahme ist bis Ende 2012 (31.12.2012)<sup>600</sup> befristet.<sup>601</sup>

Der Zeitraum für den die Kurzarbeit beantragt wird, muss jedoch nicht zwingend voll ausgeschöpft werden, eine frühzeitige Beendigung ist jederzeit möglich.

Der um Beihilfe ansuchende Arbeitgeber hat genaue Aufstellungen und Angaben über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu machen und die Gründe weshalb es zu einer absehbaren – zumindest wahrscheinlichen - Überwindung der Beschäftigungsschwierigkeiten kommen wird, darzulegen.

Im Zuge der **Verlängerungen** sind genaue Prüfungen bzgl des Vorliegens der die Kurzarbeit verursachenden Umstände durchzuführen. Ein besonders strenger Maßstab ist an die positive Prognose des Wegfalles der die Kurzarbeit verursachenden äußeren Umstände zu legen. Der um Verlängerung ansuchende Arbeitgeber hat die zuständige Geschäftsstelle des AMS vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen bzw von den außergewöhnlichen Umständen für die anhaltende Beschäftigungsschwierigkeit zu verständigen. Dies hat rechtzeitig – im Regelfall mindestens vier Wochen vor Verlängerung der Kurzarbeit<sup>602</sup> - zu erfolgen, so dass eine betriebliche bzw überbetriebliche Vereinbarung und die Begehrensentscheidung getroffen werden können. Das Ergebnis der Prüfung der Verlängerungsvoraussetzung ist schriftlich festzuhalten.

#### **5.4.9. Förderbarer Personenkreis**

In den Genuss von Kurzarbeitsbeihilfe bzw Qualifizierungsbeihilfe kommen grundsätzlich alle Arbeitgeber, deren Betriebe die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Der Bund, die Bundesländer, die Gemeinden, die Gemeindeverbänden, sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts und politische Parteien sind jedoch vom Bezug der Kurzarbeitsbeihilfe ausgenommen.<sup>603</sup> Für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung gelten Sonderbestimmungen, siehe unter Pkt C.5.4.9.a.).

---

<sup>600</sup> Dieser Endtermin ist insbesondere auch dann maßgeblich, wenn der 24-Monate-Zeitraum aufgrund von kurzarbeitsfreien Zeiträumen zwischen den Kurzarbeitsperioden noch nicht ausgeschöpft ist, siehe Pkt 6.5. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>601</sup> §§ 37b, 37c iVm § 79 Abs 3 AMSG.

<sup>602</sup> Vgl Pkt 7.2.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>603</sup> Vgl Pkt 6.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Keine Beihilfe wird gewährt

- für Lehrlinge

Von der Kurzarbeit ausgenommen sind Lehrlinge. Für sie gilt, dass die Zeit im Betrieb Ausbildungszeit ist und dass diese nicht darunter leiden darf und daher weiterhin erfolgen muss. Bei der Einbeziehung von Ausbildern und Ausbildungsleitern in die Kurzarbeit ist auf die Sicherstellung der sachgemäßen Ausbildung der Lehrlinge Bedacht zu nehmen.<sup>604</sup>

und

- Mitglieder des geschäftsführenden Organs.<sup>605</sup>

Gerechtfertigt wird diese Ausnahme durch die arbeitgeberähnliche Stellung, die mit einer Vertretung durch den Betriebsrat, die AK bzw die Sozialpartner nicht vereinbar wäre bzw die eine finanzielle Absicherung nicht gerechtfertigt erscheinen lässt.<sup>606</sup>

#### **a) Überlassenes Personal**

Arbeitgeber, die das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung betreiben (§ 94 Z 72 GewO), konnten bisher für ihre Mitarbeiter keine Kurzarbeitsbeihilfe beantragen. Seit November 2008<sup>607</sup> besteht die Möglichkeit des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe auch für überlassenes Personal.

Die Einbeziehung erfordert zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen kumulativ vorliegend,

- dass der Überlasser nachvollziehbar darlegt, dass keine Möglichkeit besteht den betroffenen Arbeitnehmer an einen anderen Beschäftigterbetrieb zur sonstigen Verwendung zu überlassen oder eine sonstige anderweitige Verwendungsmöglichkeit

---

<sup>604</sup> Vgl Pkt 6.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>605</sup> Pkt 6.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>606</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 141.

<sup>607</sup> Richtlinie des BMWA vom 12.11.2008, Zl. 434.002/0010-II/4/2008 „Beihilfen zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen gemäß § 27 Abs 1 lit b des Arbeitsmarktförderungsgesetzes“ (Kurzarbeitsbeihilfen); Einbeziehung des Arbeitskräfteüberlassergewerbes; galt befristete bis 31.12.2010.

nicht besteht<sup>608</sup>,

- der Beschäftigerbetrieb für seine Arbeitnehmer (Stammpersonal) ein Kurzarbeitsbegehren gestellt hat und eine Sozialpartnervereinbarung abgeschlossen wurde<sup>609</sup>,
- dass vom Überlasserbetrieb bzgl der an den Beschäftigerbetrieb überlassenen Arbeitskräfte ein Kurzarbeitsbegehren gestellt und eine Sozialpartnervereinbarung abgeschlossen wurde und davon nicht mehr überlassene Arbeitskräfte erfasst sind, als zum maßgeblichen Zeitpunkt der Feststellung des Beschäftigtenstandes im Beschäftigerbetrieb bzw im Geltungsbereich der Kurzarbeit vor Beginn der Kurzarbeit bei diesem beschäftigt waren.<sup>610</sup>

In die Kurzarbeit dürfen nicht mehr überlassene Arbeitskräfte mit einbezogen werden, als vor der Einführung der Kurzarbeit im Beschäftigerbetrieb (in dem von der Kurzarbeit betroffenen Teil) beschäftigt sind. Voraussetzung für die Einbeziehung der überlassenen Arbeitnehmer ist, dass der Kurzarbeitszeitraum des Überlasserbetriebes innerhalb des Kurzarbeitszeitraumes des Beschäftigerbetriebes liegt. Durch die Sozialpartnervereinbarung ist sicher zu stellen, dass die in Kurzarbeit einbezogenen Arbeitnehmer während dieses Zeitraumes in keinem anderen Beschäftigerbetrieb beschäftigt werden, eine Weitervermittlung ist unzulässig.

Falls eine Überlassung der Arbeitnehmer an einen anderen Beschäftigerbetrieb möglich ist, kann die Kurzarbeit der betroffenen Arbeitnehmer vorzeitig beendet werden. Eine Kombination von Kurzarbeit und anderweitiger Überlassung im selben Zeitraum ist nicht möglich.<sup>611</sup>

Die Bestimmung über die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes bei Überlasserbetrieben gilt nur für jenen Beschäftigtenstand von überlassenen Arbeitnehmern, der bei den jeweils von Kurzarbeit betroffenen Beschäftigerbetrieben arbeitet.<sup>612</sup>

Die Höhe des Beschäftigtenstandes, der für die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und der Behaltspflicht maßgeblich ist, entspricht der Anzahl der überlassenen und von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer.

---

<sup>608</sup> Pkt 6.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>609</sup> Pkt 6.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>610</sup> Vgl Pkt 6.2. und 9.4. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>611</sup> Pkt 9.4. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>612</sup> Pkt 9.4. der Kurzarbeitsrichtlinie und Pkt 3,2 der alten Kurzarbeitsrichtlinie.

Die Behaltspflicht des Beschäftigerbetriebes umfasst bei Einbeziehung von Leih-Arbeitnehmer auch den Beschäftigtenstand der überlassenen Arbeitnehmer. Die Übernahme dieser Verpflichtung kann im Rahmen der Sozialpartnervereinbarung sowohl für die Dauer der Kurzarbeit als auch für die allenfalls anschließende Behaltspflicht zur Gänze abgedungen werden. Damit kann die Behaltspflicht des Beschäftigers für Leih-Arbeitnehmer stärker eingeschränkt werden als für das Stammpersonal.

Bei Auflösung von Arbeitsverhältnissen von Leih-Arbeitnehmer (also im Verhältnis Überlasser – Leih-Arbeitnehmer) während der Laufzeit der Kurzarbeit ist im Überlasserbetrieb der Beschäftigtenstand aufzufüllen. Dies muss nicht geschehen, wenn vorher eine Beratung des Arbeitnehmers mit dem zuständigen Betriebsratsvorsitzenden des Überlassers oder der Gewerkschaft erfolgt ist.<sup>613</sup>

### **b) Teilzeitbeschäftigte, Altersteilzeit und befristete Verträge**

Auch Teilzeitbeschäftigte können in die Kurzarbeit mit einbezogen werden. Dabei muss jedoch die bisherige Teilzeit-Arbeitszeit entsprechend reduziert werden. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einem Beschäftigungsausmaß, welches unter 40% liegt - diese Prozentgrenze orientiert sich am Maximalausmaß der Reduzierung bei Altersteilzeit - haben ein ohnehin schon geringeres Einkommen, welches – wenn sie in die Vereinbarung aufgenommen werden – weiter gekürzt würde. Falls besondere Gründe vorliegen können auch sie in die Kurzarbeit einbezogen werden.

Werden in die Kurzarbeit Arbeitnehmer einbezogen, für die ein laufendes Altersteilzeitgeld gewährt wird, beziehen sich die kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden auf die im Rahmen des Altersteilzeitmodells bereits reduzierte Arbeitszeit. Das tatsächliche Entgelt für die geleistete Arbeitszeit reduziert sich entsprechend den kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden.<sup>614</sup>

Um eine Doppelförderung zu vermeiden, darf der Lohnausgleich bei der Altersteilzeit in der Kurzarbeit nicht berücksichtigt werden, da weiterhin die Erstattung in voller Höhe in Form des Altersteilzeitgeldes erfolgt.

Die Mustervereinbarung der Sozialpartner stellt in Punkt VII./4 klar, dass bei geblockter oder ungleich verteilter Arbeitszeit trotz der Kurzarbeit ebenso viele Zeitguthaben erworben werden wie ohne Kurzarbeit angefallen wären.<sup>615</sup>

---

<sup>613</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung I./3. und IX.

<sup>614</sup> Vgl Pkt 6.9. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>615</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung I./3. und VII./4.

Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen können auch bei Ende der Befristung während der Kurzarbeit, in diese aus betrieblichen Gründen mit einbezogen werden. Danach richtet sich auch die Einbeziehung in den Gesamtbeschäftigtenstand, was wiederum für die Behaltspflicht von Bedeutung sein kann.

Mit Rücksicht auf die sachlichen Begründungen von Befristungen, wie saisonaler Bedarf oder Befristungen im Arbeitnehmer Interesse oder Projektgebundenheit, besteht keine Verpflichtung befristete Arbeitsverhältnisse, die während der Kurzarbeitsphase enden, aufzufüllen.<sup>616</sup>

#### **5.4.10. Verrechenbare Ausfallstunden**

Für Zeiten in denen der Arbeitnehmer trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung oder einen Anspruch auf Ersatzleistungen hat, kann keine Kurzarbeitsbeihilfe für die Kurzarbeitsunterstützung und keine Qualifizierungsbeihilfe für die Qualifizierungsunterstützung gewährt werden. Um Kurzarbeitsbeihilfe bzw Qualifizierungsbeihilfe beziehen zu können, muss der Arbeitnehmer nämlich einen Arbeitsausfall erleiden durch den ein Verdienstausschlag eintritt.

Die Ermittlung der verrechenbaren Ausfallstunden orientiert sich an den jeweils geltenden gesetzlichen oder kollektivvertraglich festgelegten Normalarbeitszeiten. Im Falle der Teilzeitbeschäftigten beziehen sich die verrechenbaren Ausfallstunden auf die vertraglich vereinbarte Normalarbeitszeit.<sup>617</sup>

Das bedeutet, dass in folgenden Fällen keine Kurzarbeitsbeihilfe gebührt:

- *für Arbeitnehmer im Krankenstand oder bei einem Arbeitsunfall*<sup>618</sup>

Arbeitsverträge sind synallagmatische Verträge, ein Anspruch auf Entgelt besteht grundsätzlich nur im Gegenzug für die erbrachte Arbeitsleistung. Dieser Grundsatz ist vielfach durch gesetzliche Bestimmungen durchbrochen.<sup>619</sup>

Falls ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung aufgrund von Krankheit oder eines Arbeitsunfalles besteht, dann hat der Arbeitnehmer Anspruch auf jenes Entgelt, welches ihm gebührt hätte, wäre er nicht krank geworden. Der Arbeitgeber hat somit bei einem Krankenstand oder Arbeitsunfall der im Kurzarbeitszeitraum

---

<sup>616</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu I./3 und IV./2. lit c.

<sup>617</sup> Vgl Pkt 6.8. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>618</sup> Siehe auch Pkt E.2.

<sup>619</sup> Vgl EFZG, UrlG etc.

beginnt an den Arbeitnehmer jenes reduzierte Entgelt wie die Beihilfe zu zahlen, wobei es für den Betrag in Höhe der Beihilfe keine Refundierung durch das AMS gibt. Wurde eine darüber hinaus gehende Netto-Lohngarantie auf betrieblicher Ebene vereinbart, ist dieser Betrag auszubezahlen.<sup>620</sup> Das gilt, so lange Anspruch auf volle Entgeltfortzahlung besteht.

- *für Arbeitnehmer im Urlaub oder Zeitausgleich,*
- *für Arbeitnehmer, bei denen das Beschäftigungsproblem im Rahmen von geltenden Gleitzeitregelungen bzw flexiblen Arbeitszeitmodellen gelöst werden kann,*
- *oder wenn die Einführung von Kurzarbeit durch den Abbau von Ausländern, die nicht EWR-Staatsangehörige sind, vermieden werden kann,*
- *für Außendienstmitarbeiter, die Kunden betreuen bzw akquirieren*<sup>621</sup>,

- *für Mitarbeiter mit Überstundenpauschale*<sup>622</sup>,

Das Überstundenpauschale ist ein konkreter Betrag, der zusätzlich zum monatlichen Bezug zwecks Abgeltung von Überstunden ausgezahlt wird. Wenn nun bei Überstunden kein Vorbehalt der jederzeitigen Widerruflichkeit vereinbart wird, gebührt das Pauschale auch wenn keine Überstunden mehr notwendig sind.<sup>623</sup> Überstunden fallen dann an, wenn über den vereinbarten Arbeitszeitraum hinaus Arbeitsleistungen erbracht werden. Im Kurzarbeitszeitraum sind solche jedoch grundsätzlich zu vermeiden,<sup>624</sup> denn Ziel und Zweck der Kurzarbeit ist die vorübergehende Reduktion der Arbeitszeit und keine Ausdehnung in Form von Überstunden.

- *für Arbeitnehmer für die eine Bauarbeiterschlechtwetterentschädigung bezogen*

---

<sup>620</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu VII./3.

<sup>621</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 19 ff.

<sup>622</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 19 ff; *Gruber*, Von Kurzarbeit bis Personalabbau 97.

<sup>623</sup> *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 116 f.

<sup>624</sup> Siehe auch Pkt C.5.5.

wird.<sup>625</sup>

Wegen der Identität des Zweckes, nämlich die teilweisen Lohnausfälle auszugleichen, kann gem des Grundsatzes „lex specialis derogat legi generali“ bei Bezug einer Schlechtwetterentschädigung nach dem Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetz keine Kurzarbeitsbeihilfe gewährt werden.

Für Sonn- und Feiertage kann eine Kurzarbeitsbeihilfe nur gewährt werden, wenn es in einem Betrieb üblich ist, dass an diesen Tagen gearbeitet wird, denn nur dann tritt ein Arbeitszeitausfall ein.<sup>626</sup>

#### 5.4.11. Arbeitszeitausfall

Im Kurzarbeitszeitraum sind gewisse Rahmenbedingungen für den Arbeitszeitausfall vorgesehen. Der durchschnittliche Ausfall an Arbeitsstunden darf nicht über 90%<sup>627</sup> und nicht unter 10%<sup>628</sup> der gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegten Normalarbeitszeit liegen.<sup>629</sup>

Die Ermittlung der Summe der Normalarbeitszeitstunden bzw der verrechenbaren Ausfallstunden bezieht sich auf die jeweils geltende gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegte bzw bei Teilzeitbeschäftigten, auf die vertraglich vereinbarte Normalarbeitszeit.

Bei Arbeitnehmern mit einer unterschiedlichen kollektivvertraglichen Normalarbeitszeit ist der Berechnung die überwiegende wöchentliche Normalarbeitszeit zu Grunde zu legen.

Der zur Beurteilung der Zulässigkeit der im Begehren angegebenen Anzahl an Gesamtausfallstunden maßgebliche **Durchrechnungszeitraum**, erstreckt sich auf den vereinbarten Kurzarbeitszeitraum.

Auch wenn die Sozialpartnervereinbarung im Einzelfall einen kürzeren Durchrechnungszeitraum vorsieht, hat das AMS - im Hinblick auf die gesetzliche

---

<sup>625</sup> Im § 31 AMFG idF BGBl I 2000/142 war noch ausdrücklich vorgesehen, dass für Arbeitnehmer für die Bauarbeiterschlechtwetterentschädigung bezogen wurde, keine Kurzarbeitsbeihilfe beantragt werden konnte; siehe auch Pkt C.8.11.

<sup>626</sup> Vgl [www.ams.or.at/docs/200\\_kua\\_kundeninfo.doc](http://www.ams.or.at/docs/200_kua_kundeninfo.doc) Pkt 4.8. (21.01.2010).

<sup>627</sup> Die Genehmigung eines Kurzarbeitsausfalles mit einer Ausfallzeit von mehr als 90% ist nicht möglich. Eine Überschreitung im Zuge der Umsetzung ist weder im Durchschnitt der insgesamt von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer noch auf die einzelnen Arbeitnehmer bezogen zulässig. Ein Verstoß stellt einen Rückforderungstatbestand dar, siehe Pkt 6.4.4. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>628</sup> Die Genehmigung eines Kurzarbeitsausfalles mit einem geplanten Arbeitszeitausfall von weniger als 10% ist nicht zulässig. Eine Unterschreitung im Zuge der Umsetzung (zB aufgrund verbesserter Auftragslage) ist jedoch möglich und stellt keinen Rückforderungstatbestand dar, siehe Pkt 6.4.4. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>629</sup> § 37b Abs 4 AMSG.

Normierung des Durchrechnungszeitraumes – deren Einhaltung nicht zu prüfen.<sup>630</sup>

Die Summe der Arbeitszeitausfallstunden ist für jeden Kalendermonat vom Arbeitgeber darzustellen und bildet die Grundlage für die geplante monatliche Teilabrechnung und Auszahlung (siehe Pkt C.6.).

#### **5.4.12. Ausdehnung und Einschränkung der Arbeitszeit während der Kurzarbeitszeit**

Ein Hinaufsetzen der in der Kurzarbeitsvereinbarung vorgesehenen Arbeitszeit kann jederzeit im Einvernehmen mit dem Betriebsrat erfolgen. Falls ein solcher nicht vorhanden sein sollte, ist dies im Einvernehmen mit der zuständigen Gewerkschaft durchzuführen sowie mit den betreffenden Arbeitnehmern. Falls weniger Ausfallstunden als beantragt wurden, vorliegen (zB 10.000 Ausfallstunden anstatt der vom AMS bewilligten 13.000) steht die Kurzarbeitsbeihilfe grundsätzlich weiterhin zu. Es ist jedoch darauf zu achten, dass die 10% Grenze des in § 37b Abs 4 AMMSG normierten höchstens zulässigen Arbeitszeitausfalles nicht unterschritten wird, denn im Fall einer Unterschreitung ist die Beihilfe (teilweise) zurückzuzahlen.<sup>631</sup>

Soll die in der Kurzarbeitsvereinbarung festgesetzte Arbeitszeit jedoch herabgesetzt werden, ist dies nur mit Zustimmung aller Vertragspartner, also insb auch dem AMS möglich.<sup>632</sup>

Eine Beihilfe für die herabgesetzten Stunden kann nur dann gewährt werden, wenn ein Ergänzungsbegehren eingebracht und genehmigt worden ist.<sup>633</sup>

#### **5.5. Überstunden**

Während der Kurzarbeitsphase, in der die Beihilfe bezogen wird, ist das Entstehen von Zeitguthaben oder die Leistung von Überstunden durch die betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich zu vermeiden. Es wäre ein Widerspruch zum Sinn der Bestimmungen zur Kurzarbeit, da gerade eine Reduktion der Arbeitszeit bewirkt werden soll. Das bezieht sich auf Arbeitnehmer, die von der Kurzarbeit betroffen sind, die übrigen Arbeitnehmer können durchaus Überstunden leisten.

In der neuesten Kurzarbeitsrichtlinie<sup>634</sup> wird explizit von der Zulässigkeit von Überstunden

---

<sup>630</sup> Vgl Pkt 9.5. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>631</sup> Vgl *Gruber*, Von Kurzarbeit bis Personalabbau 91.

<sup>632</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu IV./1. lit b.

<sup>633</sup> Vgl Pkt 6.4.4. der Kurzarbeitsrichtlinie; [www.ams.or.at/docs/200\\_kua\\_kundeninfo.doc](http://www.ams.or.at/docs/200_kua_kundeninfo.doc) (21.01.2010).

<sup>634</sup> Gültig seit 01.07.2009.

gesprochen, da im Fall geleisteter Überstunden diese von den im jeweiligen Abrechnungsmonat angefallenen Ausfallstunden in Abzug zu bringen sind. Die Summe der kollektivvertraglichen Normalarbeitsstunden pro Abrechnungsmonat abzüglich der im Abrechnungsmonat geleisteten bezahlten Arbeitsstunden (inkl Überstunden und bezahlten Nichtleistungsstunden aufgrund von Krankheit etc) ergibt die Summe der im Abrechnungsmonat maximal verrechenbaren Ausfallstunden.<sup>635</sup>

Somit sind nach der Richtlinie Überstunden während Kurzarbeit zulässig, sie schmälern aber das Ausmaß der ausgefallenen Arbeitszeit und damit die Kurzarbeitsbeihilfe.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich beim Anlass für die Überstunden um eine „Notsituation“ handeln muss, bspw wenn eine defekte Maschine zu reparieren ist, da sonst die Produktion still steht und Ziel und Zweck der Kurzarbeit unterlaufen werden.

### **5.6. Verhältnis zu anderen Beihilfen und Unterstützungsleistungen**

Die Qualifizierungsförderung für Beschäftigte in Kurzarbeit beinhaltet spezifische Anpassungen für die Kurzarbeit mit Qualifizierung bzgl der Kurskostenförderung an kurzarbeitende Unternehmen.

Findet die Qualifizierungsmaßnahme während der bezahlten Arbeitszeit oder außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit (in Zeiten, die ohne Kurzarbeit Freizeit wären) statt, kann für förderbare Arbeitnehmer bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Qualifizierungsförderung für Beschäftigte – außerhalb der Kurzarbeitsregelung – gewährt werden.

Werden in die Kurzarbeit Arbeitnehmer einbezogen, für die eine laufende Eingliederungsbeihilfe bezogen wird, ist – zur Vermeidung einer Doppelförderung – die Kurzarbeitsunterstützung bzw Qualifizierungsunterstützung in Höhe der Kurzarbeitsbeihilfe bzw Qualifizierungsbeihilfe nicht in die Bemessungsgrundlage der Eingliederungsbeihilfe einzubeziehen (wenngleich diese als Bestandteil des monatlichen Entgelts gilt).

Beim Einbeziehen von Arbeitnehmern, für die eine laufende Beihilfe zum Solidaritätsmodell<sup>636</sup> gewährt wird, ist darauf zu achten, das sich die kurzarbeitsbedingten

---

<sup>635</sup> Pkt 6.8. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>636</sup> Wenn mit einem Arbeitnehmer die Herabsetzung der Normalarbeitszeit unter Bezahlung eines Lohnausgleiches vereinbart und eine bisher Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe beziehende Person mit einem über der Geringfügigkeitsgrenze liegenden Entgelt aufgenommen oder ein Jugendlicher aus einer überbetrieblichen Lehrausbildung in ein betriebliches Lehrverhältnis übernommen wird, gewährt das AMS eine Beihilfe in der Höhe bis zu 50% des entfallenden Entgelts.

Ausfallstunden auf die im Rahmen des Solidaritätsmodell bereits reduzierte Arbeitszeit bezieht. Die Solidaritätsprämie bleibt davon unberührt. Das tatsächliche Entgelt für die geleistete Arbeitszeit kürzt sich entsprechend den durch Kurzarbeit bedingten Ausfallstunden.<sup>637</sup>

### **5.7. Insolvenz während des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe**

Im Falle des Eintretens von Insolvenz, bei Eröffnung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens bzw wenn während einer laufenden Förderungszusage der Anspruch des Arbeitgebers auf Kurzarbeitsbeihilfe seitens des AMS beendet wird<sup>638</sup>, sieht die Richtlinie des AMS das Ende der Kurzarbeit mit der Begründung, dass das arbeitsmarktpolitische Ziel der Sicherung der Arbeitsplätze und des Beschäftigtenstandes nicht in vollem Umfang realisierbar sein werde, vor.<sup>639</sup>

Dass die Kurzarbeit in diesen Fällen endet, erscheint insb im Hinblick auf einen Ausgleich als unsachlich, da gerade in diesem Fall Kurzarbeit zum Fortbestand des Unternehmens beitragen könnte.<sup>640</sup>

Ziel und Zweck der Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe ist die Unterstützung zur weitgehenden Aufrechterhaltung der betrieblichen Strukturen und Sicherung der Arbeitsplätze. Aus diesem Grund ist die Regelung, dass bei einem Ausgleich, dessen Ziel es ist, den Konkurs durch einen Vergleich mit den Gläubigern bei Zahlung einer Quote unter teilweiseem Schuldlass, abzuwenden und somit den Zweck verfolgt das Unternehmen fortzuführen, die Kurzarbeit und die Beihilfe enden, nicht verständlich. Während des Ausgleiches behält der Schuldner seine volle zivil- und prozessrechtliche Handlungsfähigkeit und für den Arbeitnehmer stellt die Ausgleichseröffnung – anders als die Konkursöffnung – für sich allein keinen Austrittsgrund dar.<sup>641</sup>

Im Zeitpunkt der Antragstellung hat das Unternehmen zwar die Konkursreife bzw die Zahlungsunfähigkeit erreicht, es besteht jedoch die Aussicht auf Bezahlung einer Quote an die Gläubiger und der Fortführung des Unternehmens unter Verzicht der Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen.

Beim Konkursverfahren hingegen ist, abgesehen von einem Zwangsausgleich, das Unternehmen nicht oder maximal bis zum Ende des Konkursverfahrens fortzuführen. Es

---

<sup>637</sup> Vgl Pkt 6.9. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>638</sup> Dies kann durch eine vorzeitige Beendigung der Kurzarbeit oder infolge eines Verstoßes gegen die Bestimmungen in der Fördermitteilung geschehen.

<sup>639</sup> Vgl Pkt 6.10. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>640</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu II.

<sup>641</sup> *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> (2004) Rz 415 ff.

besteht somit ein relevanter Unterschied zwischen Ausgleich- und Konkursverfahren, der auch im Hinblick auf die Kurzarbeitsbeihilfe zu berücksichtigen ist. Bei Eröffnung eines Konkurses ist das Unternehmen nicht mehr im vollen Umfang „lebensfähig“ und es ist mit dem Untergang des Unternehmens des Arbeitgebers zu rechnen und dementsprechend auch die Kurzarbeitsbeihilfe einzustellen, da ihr Zweck nicht mehr realisierbar ist.

Beim Ausgleich hingegen, wird, was auch der Zielsetzung der Kurzarbeitsbeihilfe entspricht, die Erhaltung der betrieblichen Strukturen und Arbeitsplätze angestrebt.

## **6. Verfahrensbestimmungen**

Da es sich – wie bereits festgestellt – bei der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe und der Qualifizierungsbeihilfe um eine Tätigkeit der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, somit keine Erledigung mittels Bescheid erfolgt und die Bestimmungen des AVG nicht anzuwenden sind, sieht die Richtlinie des AMS spezielle Verfahrensbestimmungen vor.

Vor der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe ist folgendes Verfahren durchzuführen.

### **6.1. Beratung**

Vor Antragseinbringung hat eine Beratung zwischen der zuständigen Regionale Geschäftsstelle des AMS und dem betroffenen Unternehmen statt zu finden. Dieser Beratung sind vom AMS ein allfällig vorhandener Betriebsrat und die für den Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer beizuziehen. Ziel der Beratung ist es zu prüfen, ob andere Möglichkeiten als die Einführung von Kurzarbeit zur Verfügung stehen.<sup>642</sup> (siehe Pkt C.5.2.2.)

### **6.2. Vereinbarung**

Zwischen den für den Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss eine Vereinbarung über die Leistung einer Entschädigung während der Kurzarbeit abgeschlossen werden und zum Zeitpunkt der Antragseinbringung bereits vorliegen. (siehe Pkt C.5.4.)

### **6.3. Begehrenseinbringung**

Die Antragstellung erfolgt mittels eines vom AMS aufgelegten Formblattes, welches vom Betriebsrat bzw falls keiner vorhanden sein sollte, von der Fachgewerkschaft,

---

<sup>642</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 19 ff.

mitzuunterfertigen ist. Der Antrag sollte spätestens drei Wochen<sup>643</sup> vor Beginn der Kurzarbeit bei der örtlich zuständigen AMS-Landesgeschäftsstelle in zweifacher Ausfertigung eingebracht werden, damit zu Beginn der Kurzarbeit bereits feststeht, ob Kurzarbeitsbeihilfe gewährt wird. Ausdrücklich gesetzlich festgelegt ist diese Frist nicht.<sup>644</sup> Es soll lediglich sicher gestellt sein, dass eine Beratung vor der Einführung möglich ist und etwaige Alternativen erörtert werden können. Für die örtliche Zuständigkeit der AMS Geschäftsstelle ist der Unternehmensstandort ausschlaggebend. Bezieht sich die Kurzarbeit bzw die Sozialpartnervereinbarung auf Betriebsstandorte mehrere Landesorganisationen kann aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Zuständigkeit für die Begehrenseinbringung und Begehrensentscheidung vom Landesdirektorium an die federführende Landesorganisation abgetreten werden.<sup>645</sup> Das gilt nicht, wenn die Kurzarbeitszeiträume an den einzelnen Standorten unterschiedlich sind. In diesem Fall sind für die jeweiligen Standorte gesonderte Begehren einzubringen.

Falls sich die Kurzarbeit auf mehrere Standorte einer AMS Landesorganisation mit unterschiedlichen Kurzarbeitszeiträumen bezieht, ist für den jeweiligen Kurzarbeitszeitraum eine gesonderte Begehrensstellung erforderlich.<sup>646</sup>

Falls möglich sollte die Sozialpartnervereinbarung dem Antrag bereits angeschlossen werden bzw ist sie ehest möglich nachzureichen.

Im Falle der Arbeitskräfteüberlassung bezieht sich das Begehren samt Vereinbarung auf den Standort des Beschäftigerbetriebes und es ist sowohl die Vereinbarung der Sozialpartner für den Beschäftigerbetrieb als auch für den Überlasserbetrieb vorzulegen.

#### **6.4. Entscheidung**

Vor der Genehmigung der Förderung sind die Angaben<sup>647</sup> im Begehren auf die Übereinstimmung mit der Sozialpartnervereinbarung bzw der betrieblichen Vereinbarung unter Berücksichtigung des Beratungsergebnisses zu prüfen.<sup>648</sup> Grundsätzlich hat binnen drei Wochen durch das Landesdirektorium des AMS<sup>649</sup> eine Entscheidung zu erfolgen.

---

<sup>643</sup> Vgl Pkt 7.1.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>644</sup> Siehe Pkt C.5.2.1.

<sup>645</sup> Pkt 7.1.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>646</sup> Vgl Pkt 7.1.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>647</sup> Kurzarbeitszeitraum, Anzahl der im Betrieb betroffenen Arbeitnehmer, Summe der Anzahl der Normalarbeitszeitstunden und Summe der Anzahl der Arbeitszeitausfallstunden für die Kurzarbeitsunterstützung und die Qualifizierungsunterstützung und die Behaltefrist.

<sup>648</sup> Pkt 7.1.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>649</sup> Bzw durch einen Ausschuss, der auch mit je einem Vertreter der AK und WKÖ besetzt ist.

Über Begehren auf Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe bzw einer Qualifizierungsbeihilfe bei Kurzarbeit mit einem Betrag von zusammen über € 3,64 Mio entscheidet der AMS-Verwaltungsrat auf Vorschlag des Vorstandes im Förderausschuss. Die Beihilfengewährung bedarf der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und des Einvernehmens mit dem Bundesminister für Finanzen.<sup>650</sup> Zuvor ist das Landesdirektorium iSd Anhörung mit diesen Förderfällen zu befassen und ein Vorlagebericht mit der Stellungnahme an die Bundesgeschäftsstelle zu übermitteln.

Wurde das AMS nicht rechtzeitig verständigt oder wurde dem AMS die Teilnahme an der zwingend vorgesehenen Beratung nicht ermöglicht, ist die Voraussetzung gemäß Abs 1 Z 2 der §§ 37b und 37c AMSG nicht gegeben und das Begehren abzulehnen.

### *Fördermitteilung*

Die rechtsverbindliche Entscheidung über die beantragte Beihilfe erfolgt unter Bezugnahme auf das Begehren und die Sozialpartnervereinbarung in Form einer schriftlichen Mitteilung durch die zuständige AMS-Landesgeschäftsstelle. In der Fördermitteilung<sup>651</sup> sind alle für die Förderung relevanten Punkte – Beihilfenhöhe, Nachweis der widmungsgemäßen Verwendung (Behaltefrist, Beschäftigtenstand, Höchst- und Mindestausmaß der Ausfallstunden, Kurzarbeitsunterstützung, Qualifizierungsunterstützung), Fälle in denen es zur Rückforderung kommt und die Informationspflichten - anzugeben. Die in dieser Mitteilung getroffenen Regelungen, einschließlich der Verpflichtungserklärung, gelten als vereinbart. Die Fördermitteilung ist tunlich vor Beginn der Kurzarbeit zu übermitteln, sofern im Einzelfall keine andere Vorgangsweise vereinbart wird.<sup>652</sup>

## **6.5. Auszahlung**

Für die Auszahlung der Kurzarbeitsbeihilfe wird vorausgesetzt, dass das Unternehmen fällige Löhne und Gehälter an die Arbeitnehmer bereits angewiesen hat.<sup>653</sup>

Die Kurzarbeitsbeihilfe wird ca 4 bis 8 Wochen nach Vorlage und Prüfung der Teil- bzw Endabrechnung (die Arbeitgeber haben die vom AMS übermittelte Excel-Tabellen auszufüllen) ausbezahlt.<sup>654</sup>

---

<sup>650</sup> Pkt 7.1.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>651</sup> Die Fördervereinbarung wird in Form einer Fördermitteilung geschlossen.

<sup>652</sup> Pkt 7.1.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>653</sup> [www.ams.or.at/docs/200\\_kua\\_kundeninfo.doc](http://www.ams.or.at/docs/200_kua_kundeninfo.doc) (21.01.2010).

<sup>654</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 19 ff.

## **6.6. Durchführungsbericht**

Nach dem Ende des Bezuges von Kurzarbeitsbeihilfe ist dem AMS ein Durchführungsbericht vorzulegen. Darin ist über die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und die Einhaltung des Mindest- und Höchstarbeitszeitausfalles zu informieren. Über eine allenfalls nach dem Ende der Kurzarbeit vereinbarte Behaltefrist ist ebenfalls ein Bericht zu erstellen.

Falls Qualifizierungsbeihilfe bezogen wurde, ist die Umsetzung des Ausbildungskonzeptes genau darzulegen.

Der Durchführungsbericht ist vom Betriebsrat, falls keiner vorhanden sein sollte, von der zuständigen Gewerkschaft zu unterzeichnen.<sup>655</sup>

Dem AMS ist zum Zweck der Prüfung der widmungsgemäßen Verwendung der Beihilfe jederzeit Einsicht in sämtliche, die Beihilfe betreffenden Unterlagen (Arbeitszeitaufzeichnungen, Nachweise zur Umsetzung des Ausbildungskonzeptes etc), zu gewähren. Die Unterlagen sind nach Aufforderung zu übermitteln.<sup>656</sup>

Kontrollen über die Arbeitszeit und sonstige festgelegte Bedingungen können jederzeit durch das AMS vorgenommen werden. Es besteht keine Verpflichtung diese Kontrollen vorher anzukündigen.

Nach Beendigung der Kurzarbeit hat der Arbeitgeber eine schriftliche Information über die tatsächliche Inanspruchnahme bzw Ausschöpfung der Kurzarbeit an die jeweils zuständige Gewerkschaft zu übermitteln.<sup>657</sup> Im Falle der Nichtdurchführung der geplanten Kurzarbeit ist eine Leermeldung zu erstatten. Eine Kopie ist der zuständigen Betriebsratskörperschaft zuzustellen.

## **6.7. Verrechnung**

Nach Auszahlung der Kurzarbeitsunterstützung an die Arbeitnehmer ist vom Arbeitgeber eine Verrechnungsliste zu erstellen, welche vom Betriebsrat oder der zuständigen Fachgewerkschaft mitzuunterfertigen ist.

Die Abrechnungsliste für die in Kurzarbeit einbezogenen Arbeitnehmer ist für jedes Kalendermonat bis zum 28. des Folgemonats bei der örtlich zuständigen Regionalen

---

<sup>655</sup> Pkt 7.1.4.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>656</sup> Pkt 7.1.4.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>657</sup> Vgl Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu VIII.

Geschäftsstelle vorzulegen.<sup>658</sup> Die Abrechnungsliste hat pro Arbeitnehmer die Summe der geleisteten Arbeitsstunden und - im Fall, dass ein ergänzender Teilbetrag für die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers begehrt wird - den diesbzgl Arbeitsverdienst einschließlich der anteilmäßigen Sonderzahlungen im Ausmaß von 1/6, die Summe der Arbeitszeitausfallstunden, den maßgeblichen Pauschalsatz sowie die vom Unternehmen an die Arbeitnehmer ausbezahlte Kurzarbeitsunterstützung bzw Qualifizierungsunterstützung zu enthalten.<sup>659</sup>

Die Überprüfung der Richtigkeit der Angaben in der Verrechnungsliste erfolgt stichprobenartig im Ausmaß von mindestens 5% der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer anhand des Lohnkontos und/oder der Arbeitszeitaufzeichnungen. Sind unrichtige Angaben offenkundig nicht auf ein Versehen zurückzuführen, sondern systematisch, ist die Abrechnungsliste zurückzuweisen und neu erstellen zu lassen. Die geprüften Angaben und das Ergebnis sind in einem Prüfvermerk festzuhalten.

Wird die monatliche Abrechnungsfrist um mehr als drei Monate überschritten ist unter Setzung einer Nachfrist und mit Hinweis auf die Rechtsfolge zu mahnen. Wird die Nachfrist neuerlich nicht eingehalten, gebührt für den abzurechnenden Zeitraum keine Beihilfe.<sup>660</sup>

### **6.8. Unregelmäßigkeiten und Rückzahlung**

Falls der Verdacht besteht, es könnten gerichtlich strafbare Handlungen vorliegen und bei Fragen der Abschreibung von Schadensfällen bei Naturkatastrophen ist der Vorstand des AMS über den Sachverhalt zu informieren. Infolge ist der Kontrollausschuss vom Vorstand des AMS unverzüglich zu informieren.<sup>661</sup>

Werden die für die Förderung festgelegten Bestimmungen - Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während und nach der Kurzarbeit, sowie Einhaltung des Mindest- oder Höchstarbeitsausfalles etc - nicht eingehalten, ist die Beihilfe gemessen an der Schwere der Abweichung und des Verstoßes teilweise oder gänzlich zurückzuzahlen.

---

<sup>658</sup> Pkt 7.1.4.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>659</sup> Siehe Pkt 7.1.4.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>660</sup> Pkt 7.1.4.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>661</sup> Pkt 7.1.6. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Es ist zu vereinbaren, dass der Empfänger einer Beihilfenzahlung, der ihren Bezug vorsätzlich oder grob fahrlässig durch unwahre Angaben bzw Verschweigung maßgeblicher Tatsachen herbeigeführt hat, zur Rückzahlung der zu Unrecht empfangenen Beihilfe verpflichtet ist.<sup>662</sup>

Die Möglichkeit der Rückforderung einer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages gewährten Förderung bestimmt sich nach dem Inhalt der Vereinbarung und hängt somit von der Auslegung des Förderungsvertrages ab.<sup>663</sup> Aus § 38 AMSG, der einen Vorbehalt darstellt, kann keine Beschränkung des Rückforderungsanspruches abgeleitet werden. Die Bestimmung kann als Umschreibung des Mindestumfangs der zu vereinbarenden Sanktionen verstanden werden, eine weitergehende Absicherung der Erfüllung der vom Förderungswerber übernommenen Verpflichtungen durch die Vereinbarung weiterer Rückforderungsfälle ist zulässig.<sup>664</sup>

## **7. Kurzarbeitsbeihilfe bei Naturkatastrophen**

Der Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe ist auch weiterhin aus Anlass von Naturkatastrophen bzw Katastrophen vergleichbarer Tragweite, die eine empfindliche Störung des Wirtschaftsablaufs eines Betriebes verursachen, von denen nur einzelne Arbeitnehmer betroffen sind, vorgesehen (§ 37 b AMSG).

Als Naturkatastrophe wird jedes Elementarereignis anzusehen sein, das für die wirtschaftlichen Schwierigkeiten kausal ist. Bspw Hochwasser, Lawine, Schneedruck, Erdbeben, Bergsturz, Orkan, Erdbeben, Seuchen, Streik, Terror, Feuerschäden, die nicht auf Blitzschlag<sup>665</sup> zurückzuführen sind oder ähnliche Katastrophen vergleichbarer Tragweite und deren Folgen. Es wird nicht ausgeschlossen, dass auch ein aus anderen Gründen entstandener Feuerschaden, sofern die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, Grundlage für die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe sein kann.<sup>666</sup>

Im Falle von Naturkatastrophen oder vergleichbaren Schadensereignissen ist die Regionale Geschäftsstelle unmittelbar nach Eintritt des Ereignisses zu verständigen.

Bei Kurzarbeit aus Anlass von Naturkatastrophen gilt die Sonderregelung, dass eine Beihilfe

---

<sup>662</sup> § 38 Abs 1 AMSG.

<sup>663</sup> Vgl OGH 28.03.2006, 10 Ob 11/06z.

<sup>664</sup> Vgl OGH 21.06.2007, 6 Ob 118/07g.

<sup>665</sup> IA vom 22.01.2009, 424/A BlgNR XXIV.GP; Feuerschäden, die nicht auf Blitzschlag zurückzuführen sind, wurden im Initiativantrag ausdrücklich ausgeschlossen. Dies ist uU darauf zurückzuführen, dass Blitzschläge meist von der Versicherung gedeckt sind und häufiger auftreten und somit nicht zu einer Gewährung der Beihilfe führen sollen. Dieser Fall findet jedoch in der Richtlinie des AMS keine Erwähnung.

<sup>666</sup> Pkt 3,0 der alten Kurzarbeitsrichtlinie.

auch gewährt werden kann, wenn keine Vereinbarung der kollektivvertragsfähigen Körperschaften über die Leistung einer Entschädigung vorliegt.

Das Absehen von der Sozialvereinbarung ist durch das unvorhersehbare Ereignis und die mangelnde Reaktionszeit für betriebliche Dispositionen gerechtfertigt.<sup>667</sup>

Die Abwicklung der Kurzarbeit erfolgt somit aufgrund einer Vereinbarung auf betrieblicher Ebene (Betriebsvereinbarung, Einzelvertragsvereinbarung). Der Nachweis der Vereinbarung kann auch durch Unterfertigung des Begehrens durch den Betriebsrat oder die Fachgewerkschaft bzw die einzelnen Arbeitnehmer erfolgen.

Entgegen der bisherigen Regelung sind – im Hinblick auf die Verlängerung des Durchrechnungszeitraumes - auch im Fall von Kurzarbeit infolge Naturkatastrophen oder vergleichbaren Schadensereignissen die Bestimmungen über den Mindest- und Höchstanteil des Arbeitszeitausfalles einzuhalten.<sup>668</sup>

Falls Schäden aus derartigen Ereignissen durch allfällige Versicherungen (zB Betriebsunterbrechungsversicherung) oder durch Leistungen Dritter (zB Katastrophenfonds) gedeckt sind, sind diese Leistungen zu berücksichtigen, wenn dadurch die Personalkosten abgedeckt werden.<sup>669</sup>

### ***Alte Rechtslage nach dem AMFG***

Eine Beihilfe gem § 27 Abs 1 lit b AMFG iVm §§ 29 und 30 AMFG idF BGBl I 2000/142 konnte aus Anlass einer Naturkatastrophe gewährt werden, mit der Maßgabe, dass die Erfordernisse des § 29 Abs 1 lit c und des Abs 2 lit b entfielen und Abs 2 lit a und c sinngemäß anzuwenden waren.

Die Vereinbarung über die Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung und dass in vier aufeinander folgenden Wochen mindestens vier Fünftel der vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit gearbeitet wird, waren somit für die Gewährung der Beihilfe nicht erforderlich. Die Bestimmungen über die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und die Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung, wenn innerhalb von vier aufeinanderfolgender Wochen insgesamt mindestens zwei Fünftel der wöchentlichen Normalarbeitszeit gearbeitet wird, waren jedoch zu beachten.

---

<sup>667</sup> Vgl Pkt 6.4. und 9.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>668</sup> Vgl Pkt 9.5. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>669</sup> Vgl Pkt 3,0 der alten Kurzarbeitsrichtlinie.

Eine Beihilfe in Fällen von Naturkatastrophen konnte auch gewährt werden, wenn die empfindliche Störung der Wirtschaft voraussichtlich kürzer als drei Monate andauerte, ebenso war die Einhaltung der Mindestarbeitszeit zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht erforderlich.<sup>670</sup>

Die Formulierung „aus Anlass“ ergab, dass die Situation, die den Betrieb zum Übergang zur Kurzarbeit nötigte, auch mittelbar auf eine Katastrophe zurückgehen konnte<sup>671</sup>, falls bspw durch die Katastrophe eine Lieferung ausfiel oder eine Unterbrechung von Verkehrsverbindungen eintrat.

## **8. Gesetzliche Änderungen 2009**

Welche konkreten Neuerungen die Umgestaltung der gesetzlichen Bedingungen mit sich gebracht hat und welche Bestimmungen neu eingeführt wurden, wird im folgenden Kapitel erörtert.

### **8.1. Dauer der Kurzarbeitsbeihilfe**

Die neue Regelung sieht die Ausdehnung der Gesamtdauer des Beihilfenbezuges vor.

Bisher war der Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe idR auf drei bis sechs Monate beschränkt und konnte nur in besonderen begründeten Fällen (zB wenn besonders viele Arbeitnehmer über 45 betroffen waren) bis zu einem Jahr verlängert werden.<sup>672</sup> Durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009 sind nunmehr zunächst sechs Monate - durch eine Verlängerung bis zu 18 bzw 24 Monaten - in denen „kurz gearbeitet“ werden kann, möglich. In Ausnahmefällen („bei besonderen Umständen auch darüber hinaus“) ist eine weitere Verlängerung möglich.<sup>673</sup>

### **8.2. Arbeitszeitverkürzung, Mindestarbeitszeit und Mindest-Ausfallzeit**

#### **8.2.1. Alte Rechtslage**

Bisher betrug der Durchrechnungszeitraum für den zulässigen Arbeitszeitausfall vier Wochen.<sup>674</sup> Innerhalb dieses Durchrechnungszeitraumes musste im Betrieb mindestens 80% der durch Gesetz oder Kollektivvertrag wöchentlich vorgesehenen Normalarbeitszeit

---

<sup>670</sup> Vgl § 37b Abs 2 AMSG.

<sup>671</sup> *Danimann/Steinbach*, AMFG 219 f.

<sup>672</sup> Vgl Pkt 3,11 der alten Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>673</sup> § 37b Abs 4 AMSG.

<sup>674</sup> Vgl § 29 Abs 2 lit c AMFG, Ausnahmen bestanden falls ein wesentlicher Teil der Arbeitnehmer über 45 war, vgl Pkt 3,13 der alten Kurzarbeitsrichtlinie.

gearbeitet werden. Das sind somit im Durchschnitt 20% der Normalarbeitszeit im gesamten Durchrechnungszeitraum. Zugleich musste der Arbeitszeitausfall der Arbeitnehmer zumindest 40% der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen wöchentlichen Normalarbeitszeit betragen. Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung des gesamten Durchrechnungszeitraumes eine Normalarbeitszeit von 10%.

Diese reduzierte wöchentliche Arbeitszeit war auf einen monatlichen Durchrechnungszeitraum umzurechnen. Hinsichtlich des Ausmaßes der Mindestarbeitszeit und der Mindestausfallzeit wurde auf die Bestimmungen des § 29 Abs 2 lit b und c AMFG verwiesen.<sup>675</sup>

### **Beispiel**

Bei 40 Stunden/Woche (Normalarbeitszeit 173 Stunden/Monat) mussten im Monat

- mindestens 34,67 Stunden gearbeitet werden (32 Stunden innerhalb von 4 Wochen) und
- mindestens 17,33 Stunden ausfallen (16 Stunden innerhalb von 4 Wochen).

Innerhalb dieser zeitlichen Rahmenbedingung blieb es den Vereinbarungspartnern überlassen, in welcher Höhe sie die konkret zu arbeitende bzw konkret ausfallende Arbeitszeit festsetzten. Ebenso blieb ihnen die Vereinbarung der zeitlichen Lage der Arbeits- und Ausfallzeiten überlassen.

Bei einer Normalarbeitszeit von 40 Stunden/Woche und einer Reduktion dieser um 25%, bestand eine Restarbeitszeit von 30 Stunden/Woche (129,90 Stunden/Monat) und eine Ausfallzeit von 10 Stunden/Woche (43,3 Stunden/Monat). Aufgrund der monatlichen Abrechnungen konnte eine Kurzarbeitsbeihilfe bei einer 40 Stunden-Woche nur bis zum Ausmaß von 43,3 Ausfallstunden/Monat gewährt werden.

### **8.2.2. Neue Rechtslage**

Die Arbeitsstunden für die Kurzarbeitsbeihilfe beantragt wird, müssen seit 01.03.2009 auf zwischen 10% und 90% der wöchentlichen Normalarbeitszeit reduziert werden. Der Durchrechnungszeitraum ist nun jener Zeitraum, für den die Beihilfe oder deren Verlängerung bewilligt wurde.

Dabei besteht große Flexibilität: Die Teilzeit kann über den Kurzarbeitszeitraum ungleichmäßig verteilt werden - auch Blöcke von Nullarbeitszeit sind möglich - wenn im

---

<sup>675</sup> Vgl [http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit\\_kundeninformation.doc](http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit_kundeninformation.doc) (21.01.2010).

Durchschnitt der Kurzarbeitsperiode das vereinbarte Arbeitszeitausmaß erreicht wird. Dass heißt den abwechselnden Voll- und Nichtbeschäftigungsphasen sind keine Grenzen gesetzt. Wird jedoch weniger gearbeitet als vereinbart, verringert sich auch die Kurzarbeitsbeihilfe entsprechend. Das Ausmaß der Kurzarbeit kann nur mit einer Ergänzungsvereinbarung erhöht werden.

### Beispiel 1

Bei einem Kurzarbeitszeitraum von sechs Monaten und einem Arbeitsausfall von 25% wird in den ersten 3 Monaten Vollzeit gearbeitet und in den nächsten drei Monaten nur die Hälfte. Im Durchschnitt des Kurzarbeitszeitraums ergibt das eine 75%ige Beschäftigung und einen 25%igen Arbeitsausfall.

Bei einer 40 Stunden-Woche (Normalarbeitszeit 173 Stunden/Monat) werden somit in den ersten drei Monaten 40 Stunden/Woche (519 Stunden in drei Monaten) und in den nächsten drei Monaten 20 Stunden/Monat (259,5 Stunden in drei Monaten) gearbeitet. Im Durchschnitt werden 129,75 Stunden/Monat, somit 75% gearbeitet.

	1.Monat	2.Monat	3.Monat	4.Monat	5.Monat	6.Monat	Summe
Normalarbeitszeit	173 Std	173 Std	173 Std	173 Std	173 Std	173 Std	<b>1038 Std</b>
Arbeitsstd	173 Std	173 Std	173 Std	86,5 Std	86,5 Std	86,5 Std	<b>778,5 Std</b>
Arbeitszeit in %	100%	100%	100%	50%	50%	50%	<b>75%</b>
Ausfallstd	0 Std	0 Std	0 Std	86,5 Std	86,5 Std	86,5 Std	<b>259,5 Std</b>
Ausfallstd in %	0%	0%	0%	50%	50%	50%	<b>25%</b>

### Beispiel 2

Bei einem Kurzarbeitszeitraum von sechs Monaten und einem 50% Arbeitsausfall wird in den ersten drei Monaten gar nicht gearbeitet und in den folgenden drei Monaten wird die volle Arbeitszeit gearbeitet. Im Durchschnitt der sechs Monate ergibt das eine 50%ige Beschäftigung und einen 50%igen Arbeitsausfall. Bei diesem Fall liegt eine Blockarbeitszeit bzw eine Blockausfallzeit vor.

Bei einer 40 Stunden-Woche (Normalarbeitszeit 173 Stunden/Monat) werden somit in den ersten drei Monaten keine Arbeitszeiten erbracht (0 Stunden in drei Monaten) und in den nächsten drei Monaten 40 Stunden/Monat (519 Stunden in drei Monaten). Dh im

Durchschnitt des Kurzarbeitszeitraumes werden 86,5 Stunden/Monat, somit 50% gearbeitet.

### **8.2.3. Vorteile**

Der Vorteil der Neuregelung liegt bei den flexibleren Gestaltungsmöglichkeiten der Kurzarbeit aufgrund der Ausdehnung des Durchrechnungszeitraumes und der Verlängerung des Kurzarbeitszeitraumes. Auch die Lockerung der Mindestarbeitszeit von 10% und der maximal Ausfallzeit von 90% haben zu einem flexibleren Kurzarbeitszeitraum beigetragen.

### **8.3. Blocken**

Endete eine Kurzarbeit nicht mit einem 4-Wochen-Zeitraum, konnte es für die Gewährung der Beihilfe als hinreichend erachtet werden, wenn in den letzten ein bis drei Arbeitswochen ein, zwei oder drei Zehntel der durch Gesetz oder Kollektivvertrag geregelten wöchentlichen Normalarbeitszeit ausfielen.

Innerhalb dieser zeitlichen Rahmenbedingungen blieb es den Vereinbarungspartnern überlassen, in welcher Höhe sie die konkret zu arbeitende bzw ausfallende Arbeitszeit festsetzen. Ebenso die Vereinbarung der zeitlichen Lagerung der Arbeits- und Ausfallzeiten. Diese können daher innerhalb des 4-Wochenzeitraumes entweder geblockt oder gleichmäßig verteilt werden.

### **Beispiel**

Innerhalb des Durchrechnungszeitraumes konnte die Arbeitszeit auch ungleich verteilt werden. Das bedeutet zB, dass zwei Wochen voll gearbeitet wurde und die zwei darauf folgenden Wochen die Normalarbeitszeit halbiert worden ist. Insgesamt ergibt das eine 75% Beschäftigung.

Kurzarbeitszeiten können nunmehr flexibler geblockt werden. Bisher war ein Durchrechnungszeitraum von vier Wochen zwingend vorgesehen, durch die Neuregelung wird eine Ausdehnung auf sechs Monate möglich, siehe Pkt C.8.2.

### **8.4. Behaltspflicht**

Vor den Neuregelungen war der zu vereinbarende Zeitraum für die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nach der Kurzarbeit und die Dauer der Kurzarbeit üblicherweise gleich lang.

Die Grundsatzvereinbarung der Sozialpartner sieht nun eine von der Länge des

Kurzarbeitszeitraumes abhängige Behaltefrist vor, siehe Pkt C.5.4.7.ag).

## **8.5. Kurzarbeitsunterstützung und Kurzarbeitsbeihilfe**

### **8.5.1. Alte Rechtslage**

Nicht voll beschäftigten Arbeitnehmern wurde durch den Arbeitgeber, wenn die ausfallende Arbeitszeit innerhalb von vier aufeinander folgenden Wochen insgesamt mindestens zwei Fünftel der jeweils durch Gesetz oder Kollektivvertrag vorgesehenen wöchentlichen Normalarbeitszeit betrug, für den Arbeitsausfall als Kurzarbeitsunterstützung eine Entschädigung geleistet. Die Kurzarbeitsunterstützung betrug für jede ausgefallene Arbeitsstunde mindestens ein Achtel des Tagessatzes des Arbeitslosengeldes (§ 29 Abs 2 lit c AMFG idF BGBl I 2000/142).

Die Kurzarbeitsunterstützung war zumindest in derselben Höhe wie die vom (ehemaligen) Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft (BMWA) jährlich festgelegten Pauschalsätzen zu leisten.

Für die Höhe der Kurzarbeitshilfe waren die im § 29 Abs 2 lit c und Abs 3 AMFG idF BGBl I 2000/142 festgesetzten **Mindestansätze** bzw die vom BMWA festgelegten Pauschalsätze<sup>676</sup> maßgeblich.<sup>677</sup>

Die Kurzarbeitsbeihilfe wurde auf der gesetzlichen Basis der § 27 Abs 1 lit b iVm §§ 29, 30, 32, 33 AMFG gewährt, wobei sowohl Gesetzes- als auch Richtlinienanpassungen dem BMWA oblagen, die praktische Umsetzung erfolgte durch das AMS.<sup>678</sup>

### **8.5.2. Neue Rechtslage**

Zur derzeitigen Regelung siehe Pkt C.5.4.7.b).

### **8.5.3. Vorteile durch die Neuregelung**

Nunmehr liegt die Kompetenz zur Festsetzung der Pauschalsätze und somit die gesamte Beihilfenabwicklung beim AMS.

Die Arbeitgeber erhalten eine höhere Kurzarbeitsbeihilfe (anteilige Arbeitslosenunterstützung zzgl ALV-Anteile für PV und KV), was einen weiteren kostenreduzierenden Anreiz hat.

---

<sup>676</sup> Die Pauschalsätze der Kurzarbeitsbeihilfe sind das auf eine Stunde rückgerechnete Arbeitslosengeld des Betroffenen.

<sup>677</sup> § 32 Abs 1 AMFG.

<sup>678</sup> Vgl Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2008 des BMASK (Stand Oktober 2008) 48 f.

Da der Durchrechnungszeitraum und die Ausfallzeit modifiziert wurden, ist nunmehr eine flexiblere Kurzarbeit möglich.

## **8.6. Beihilfen für Kurzarbeit mit Qualifizierung (§ 37c AMSG)**

### **8.6.1. Allgemeines**

Ein wesentlicher Bestandteil der neuen Kurzarbeitsregelungen ist die mögliche Verknüpfung von Kurzarbeit mit Qualifizierungsmaßnahmen.

Erfolgt im Rahmen von Kurzarbeit eine Qualifizierungsmaßnahme für die betroffenen Mitarbeiter, dann besteht die Möglichkeit eine vom AMS gewährte Qualifizierungsbeihilfe in Anspruch zu nehmen.

Die Gewährung von Qualifizierungsbeihilfe, das ist die Kurzarbeitsbeihilfe mit einem Qualifizierungsansatz, soll es ermöglichen, Phasen verminderter Auftragslagen aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten in bestimmten Wirtschaftszweigen für arbeitsmarktgerechte Qualifizierungsmaßnahmen zu nutzen.<sup>679</sup> Ein Rechtsanspruch auf die Beihilfe besteht nicht.

Die Qualifizierungsbeihilfe soll als Anreiz dienen, damit die Arbeitnehmer in der ausfallenden Arbeitszeit nicht untätig bleiben, sondern diese Zeit gezielt zur Aus- und Weiterbildung nutzen.

Grundsätzlich gilt die aufgrund von Kurzarbeit frei werdende Zeit als Freizeit und steht den Arbeitnehmern zur freien Verfügung. Allerdings kann dieser Zeitraum auch zur Weiter- und Fortbildung genutzt werden. Bisher war es nicht möglich, eine AMS-Unterstützung für Qualifikation während der Kurzarbeit zu bekommen. Durch die neue Regelung gehen diese Unterstützungen nun direkt an das Unternehmen und müssen infolge in eine betriebliche Weiterbildung investiert werden. Durch die Qualifizierung in der Krise sollen die Betriebe ihre Anpassungsfähigkeit und die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer ihre Chance auf nachhaltige Beschäftigungsfähigkeit erhöhen.

Der Abschluss von Vereinbarungen über den Rückersatz von Ausbildungskosten (§ 2d AVRAG) ist für die Qualifizierungsmaßnahmen ausgeschlossen.

Förderbare sind alle Arbeitnehmer, die im Rahmen einer Kurzarbeitsvereinbarung Ausfallstunden für förderbare Qualifizierungsmaßnahmen verwenden und eine

---

<sup>679</sup> Vgl Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 57 der Beilagen zu Stenographischen Protokollen des Nationalrats XXIV.GP.

Qualifizierungsförderung beziehen. Ebenso förderbar sind auch überlassene Arbeitnehmer von gewerblichen Arbeitskräfteüberlassern, sofern die Qualifizierung im Rahmen der Kurzarbeit erfolgt.<sup>680</sup>

### **8.6.2. Gesetzliche Regelung**

In § 37c AMSG und in der Richtlinie zur Kurzarbeit mit Qualifizierung<sup>681</sup> sind die Voraussetzungen für die Gewährung der Qualifizierungsbeihilfe festgelegt.

In der Richtlinie sind die Mindest- und Höchstdauer, die Voraussetzungen für die Verlängerung der Beihilfengewährung, der Mindest- und Höchstanteil des Arbeitszeitausfalles, der Personenkreis, die Höhe der Beihilfe, die Beschäftigungsverpflichtung, die Mindeststandards für Schulungsmaßnahmen, die Bedingungen für ein Absehen von einer Vereinbarung der Kollektivvertragspartner bei Katastrophen und das Verhältnis zu anderen Beihilfen und Unterstützungsleistungen geregelt.

### **8.6.3. Voraussetzungen**

Neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe ist für den Bezug der Qualifizierungsbeihilfe die Ausarbeitung eines Ausbildungskonzeptes und dessen Festhaltung im Rahmen der Sozialpartnervereinbarung erforderlich.

Folgende Besonderheiten gelten bevor die Beihilfe in Anspruch genommen werden kann:

1. Die Sozialpartnervereinbarung muss Näheres zur Qualifizierungsmaßnahme vorsehen. Diese muss arbeitsmarktpolitisch sinnvoll sein und den Qualitätsstandards entsprechen.

Die Festlegung des Qualitätsstandards ist weder im Gesetz noch in der Richtlinie angeführt. Deshalb ist davon auszugehen, dass Eignungsnachweise zu erbringen sind, die den vom AMS festzulegenden Standards zu entsprechen haben. Im Ergebnis ist der Qualitätsstandard also von der Einschätzung des AMS abhängig. Da es bei den Qualifizierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit Kurzarbeit um den Besuch allgemeiner Qualifizierungen geht und diese dem Anspruch der arbeitsmarktpolitischen Sinnhaftigkeit zu entsprechen haben, ist davon auszugehen,

---

<sup>680</sup> Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009) 93, 97.

<sup>681</sup> Zur Richtlinie siehe Pkt C.3.4.; vgl § 37c Abs 6 AMSG.

dass es sich um solche Standards handelt, die eine Nutzbarkeit und eine Einsetzung der Qualifizierungsmaßnahme am Arbeitsmarkt garantieren.

Die Vermittlung von Kenntnissen erfordert idR eine spezielle Ausbildung, die dem AMS im Wege von Zeugnissen etc nachzuweisen sein wird.

2. Die Sozialpartnervereinbarung muss für den Arbeitnehmer eine Qualifizierungsunterstützung vorsehen, die der Kurzarbeitsunterstützung zzgl einer Abgeltung für die Inanspruchnahme des Arbeitnehmers während der Qualifizierung entspricht. Die Höhe der Abgeltung ist Vereinbarungssache.
3. Der Arbeitgeber erhält eine „Qualifizierungsbeihilfe“, die grundsätzlich der Kurzarbeitsbeihilfe entspricht, aber auch Aufwendungen für Schulungsmaßnahmen abdecken soll.

#### **8.6.4. Dauer und Arbeitszeitausfall**

Die Qualifizierungsbeihilfe darf zunächst nur für sechs Monate gewährt werden. Infolge von Verlängerungen ist ein Bezug bis zu maximal 18 bzw 24<sup>682</sup> Monaten möglich, falls besondere Umstände vorliegen, ist auch eine Gewährung darüber hinaus zulässig.

Der Arbeitszeitausfall darf im Durchschnitt des Zeitraumes, für den die Beihilfe bewilligt wurde, nicht unter 10% und nicht über 90% der gesetzlichen oder kollektivvertraglich festgelegten Normalarbeitszeit betragen.<sup>683</sup>

#### **8.6.5. Höhe der Qualifizierungsunterstützung und Qualifizierungsbeihilfe<sup>684</sup>**

Den Arbeitnehmern, die an einer Qualifizierungsmaßnahme während der Kurzarbeit teilnehmen, gebührt für jede dadurch entfallende produktive Arbeitsstunde eine Qualifizierungsunterstützung.<sup>685</sup> Für die Qualifizierungsunterstützung sind vom AMS Pauschalsätze vorgesehen, die sich nach den Aufwendungen, die der Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit für Arbeitslosengeld entstehen, zzgl der Beiträge zur Kranken-, Pensions-, und Unfallversicherung sowie eines Zuschlages für schulungsbedingte Mehraufwendungen im Ausmaß von 15% richten. Der Zuschuss wird dem

---

<sup>682</sup> Unter der Voraussetzung, dass bis spätestens Ende 2010 eine Beihilfe gewährt wurde. Die Maßnahmen sind bis Ende 2012 befristet; vgl § 37c iVm § 79 Abs 3 AMSG.

<sup>683</sup> § 37c Abs 6 AMSG.

<sup>684</sup> Rechenbsp siehe Pkt C.5.4.7.bd).

<sup>685</sup> § 37c Abs 2 AMSG.

Arbeitgeber, ebenso wie die gewährte Kurzarbeitsunterstützung, vom AMS ersetzt.<sup>686</sup> Die Höhe der in Summe mindestens zu gewährenden Qualifizierungsunterstützung ergibt sich demnach aus einer Multiplikation der jeweils anzuwendenden Pauschalsätze mit der Anzahl der im Abrechnungszeitraum für Qualifizierung verwendeten Ausfallstunden.

Bei der Kurzarbeit mit Qualifizierung ist der ausdrückliche Beratungshinweis zu protokollieren, wonach die Verantwortung für die arbeitsrechtliche Grundlage der Qualifizierungsunterstützung dem Unternehmen bzw den Kollektivvertragsparteien obliegt und das AMS für allfällige Ansprüche der Arbeitnehmer keine Haftung übernimmt.<sup>687</sup>

Dem Arbeitgeber gebührt eine **Qualifizierungsbeihilfe** in Höhe der auf diese Weise ermittelten und geleisteten Qualifizierungsunterstützung.<sup>688</sup> Die Qualifizierungsbeihilfe dient dem teilweisen Ersatz der zusätzlichen Aufwendungen für die Qualifizierungsunterstützung sowie für die Beiträge zur Sozialversicherung und zur betrieblichen Mitarbeitervorsorge.

Ab dem siebenten Monat der Kurzarbeit mit Qualifizierung werden die Dienstgeber Sozialversicherungsbeiträge - Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung, Pensionsversicherung, Unfallversicherung – zur Gänze vom AMS ersetzt.<sup>689</sup>

Leistet der Arbeitgeber eine Qualifizierungsunterstützung in einem die Pauschalsätze übersteigenden Ausmaß, so ist der sich daraus ergebende Differenzbetrag nicht förderbar.

#### **8.6.6. Ausbildungskonzept und Ausbildungseinrichtung**

Das Konzept für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen hat die in Aussicht genommenen Qualifizierungsmaßnahmen so detailliert wie möglich zu beschreiben. Weiters hat es sich um allgemeine Qualifizierungsmaßnahmen zu handeln.<sup>690</sup>

Im Ausbildungskonzept ist ferner festzulegen, für wie viele Arbeitnehmer die Teilnahme an den Qualifizierungsmaßnahmen vorgesehen ist.

Bedingung für den Erhalt einer Qualifizierungsbeihilfe ist, dass die Qualifizierungsmaßnahmen arbeitsmarktpolitisch sinnvoll sind, allgemein anerkannten

---

<sup>686</sup> Der Arbeitgeber erhält eine Qualifizierungsbeihilfe vom AMS, die um 15% höher ist als die normale Kurzarbeitsbeihilfe; vgl Pkt 6.6.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>687</sup> Pkt 7.2.1. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>688</sup> § 37c Abs 4 AMSG.

<sup>689</sup> § 37c Abs 4 AMSG.

<sup>690</sup> Pkt 6.4.3.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Qualitätsstandards entsprechen und den Arbeitnehmern zusätzliche Qualifikationen verschaffen.<sup>691</sup> **Allgemeine Qualifizierungsmaßnahmen** sind solche Weiterbildungsmaßnahmen, die nicht ausschließlich den gegenwärtigen oder zukünftigen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers im kurzarbeitenden Unternehmen betreffen, sondern Qualifikationen vermitteln, die in hohem Maß auch in anderen Unternehmen und auf andere Arbeitsfelder übertragbar, einsetzbar und daher arbeitsmarktpolitisch sinnvoll sind.<sup>692</sup> Die Qualifizierungsmaßnahmen sind von geeigneten Ausbildern oder Maßnahmenträgern durchzuführen. In weiterer Folge soll dadurch die nachhaltige Beschäftigung für die Zukunft erhöht werden.

Damit können folgende Weiterbildungen **nicht** vom AMS gefördert werden<sup>693</sup>:

- reine Produktschulungen,
- Tagungen,
- Kongresse, Konferenzen oder Ähnliches mit bloßem Informationscharakter,
- nicht arbeitsmarktorientierte Bildungsangebote (etwa Hobbykurse),
- Maßnahmen, die reine Anlernqualifikationen für einfache Tätigkeiten vermitteln (einfache Einschulungen zur Bedienung von Maschinen),
- Qualifizierungsmaßnahmen<sup>694</sup> mit einer Dauer von weniger als 16 Maßnahmestunden<sup>695</sup>,
- Standardausbildungsprogramme iSe für die Arbeitnehmer des Unternehmens verbindliche Grundausbildung.

Die Qualifizierungsmaßnahmen können entweder in internen Ausbildungseinrichtungen (betriebliche Organisationseinheiten ohne Erwerbscharakter, die vom Produktionsprozess getrennt sind) oder in externen Ausbildungseinrichtungen stattfinden.<sup>696</sup>

Die Entscheidung, welche Ausbildungseinrichtungen oder welche Trainer beauftragt werden, obliegt dem Unternehmen. Es sind aber entsprechende Eignungsnachweise vorzulegen (etwa über eine mindestens zweijährige einschlägige Schulungstätigkeit).

---

<sup>691</sup> § 37c Abs 3 AMSG.

<sup>692</sup> Vgl [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228) (21.01.2010).

<sup>693</sup> Pkt 6.4.3.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>694</sup> Der Begriff Qualifizierungsmaßnahme umfasst auch zu einem sinnvollen Maßnahmenpaket zusammengefasste Einzelmaßnahmen.

<sup>695</sup> Eine Maßnahmenstunde besteht im Durchschnitt aus einer Lehreinheit von 50 Minuten und 10 Minuten Pause.

<sup>696</sup> Pkt 6.4.3.2. der Kurzarbeitsrichtlinie; [www.ams.or.at/\\_docs/200\\_kua\\_kundeninfo.doc](http://www.ams.or.at/_docs/200_kua_kundeninfo.doc) (21.01.2010).

Förderbar sind Kursgebühren nur dann, wenn sie von beauftragten externen Qualifizierungseinrichtungen oder Trainern in Rechnung gestellt werden.

Im Falle der Förderung der Qualifizierung im Rahmen von Kurzarbeit beträgt die Höhe der Förderung 60% der anerkannten Kursgebühren, 40% der Qualifizierungskosten sind vom Arbeitgeber zu übernehmen. Die Höhe der anerkannten Kursgebühren beträgt maximal € 10.000 pro Teilnehmer und Begehren.<sup>697</sup>

### **8.6.7. Zeitpunkt der Qualifizierungsmaßnahme**

Im Ausbildungskonzept muss sichergestellt sein, dass die Qualifizierungsmaßnahme außerhalb der (verkürzten) Arbeitszeit stattfindet, dh in jenen Zeiten, in denen der Arbeitnehmer sonst - wenn nicht kurz gearbeitet werden würde - zur Arbeitsleistung verpflichtet wäre.<sup>698</sup> Die Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen in Zeiten, die ohne Kurzarbeit Freizeit wären, ist im Rahmen der Qualifizierungsbeihilfe bei Kurzarbeit nicht förderbar.<sup>699</sup>

### **8.6.8. Strafbestimmungen und Verhältnis zu anderen Beihilfen**

Die gesetzlichen Bestimmungen, die Richtlinie des AMS und die Mustervereinbarung der Sozialpartner enthalten allesamt keine Informationen darüber, welche Konsequenzen bei Nichtzustandekommen oder Nichtteilnahme einzelner Arbeitnehmer an den Qualifizierungsmaßnahmen eintreten.

Als mögliche Sanktion kommen die Entlassung, der Entzug oder die Kürzung der Qualifizierungsbeihilfe und der Ausschluss von der Qualifizierungsmaßnahme in Betracht.

Als Entlassungsgrund kommt die beharrliche Weigerung oder Unterlassung der Dienste während einer den Umständen nach erheblichen Zeit ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund in Frage (§ 27 Abs 4 AngG bzw § 82 lit f GewO 1859). Fraglich ist jedoch, ob die Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen als beharrliche Weigerung oder Unterlassung der Dienste einzuordnen ist, denn die Weiterbildung erfolgt außerhalb der

---

<sup>697</sup> Pkt 6.8.1. der Bundesrichtlinie Qualifizierungsförderung für Beschäftigte und Beschäftigte in Kurzarbeit im Rahmen des Europäischen Sozialfonds; vgl [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228) (21.01.2010); Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009) 93.

<sup>698</sup> Vgl [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228) (21.01.2010).

<sup>699</sup> Solche Förderungen richteten sich nach den Bestimmungen der Qualifizierungsförderung für Beschäftigte, siehe Pkt C.5.6.; Pkt 6.4.3.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

(verkürzten) Arbeitszeit, in jenen Zeiten in denen normalerweise gearbeitet wird.<sup>700</sup> Die Qualifizierungsmaßnahmen sind also grundsätzlich außerhalb der Arbeitszeit zu besuchen. Der Arbeitnehmer erhält zwar eine erhöhte Unterstützung<sup>701</sup> für die Teilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme, es handelt sich dabei jedoch nicht um eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Die Teilnahme an der Weiterbildung ist nicht Teil der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung. Deshalb ist auch eine Entlassung bei bloßer Nichtteilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme sachlich nicht zu rechtfertigen.

Meiner Ansicht nach ist der Entzug der höheren Unterstützung als sinnvolle Reaktion und Konsequenz auf die Nichtteilnahme an den Qualifizierungsmaßnahmen und der Ausschluss von der Teilnahme an der Weiterbildung eine adäquate Sanktion. Die Förderung durch das AMS bzw durch den Arbeitgeber in Form der Qualifizierungsbeihilfe bzw der Qualifizierungsunterstützung gebührt nur bei tatsächlicher Teilnahme an den im Ausbildungskonzept vorgesehenen Qualifizierungsmaßnahmen. Falls einzelne Arbeitnehmer oder alle Arbeitnehmer nicht daran teilnehmen sollten, gebührt ihnen keine Qualifizierungsunterstützung und der Arbeitgeber hat eine allfällig ausbezahlte Qualifizierungsbeihilfe dem AMS zurückzuerstatten.

Gem § 37c Abs 5 AMSG können neben der Qualifizierungsbeihilfe auch andere Beihilfen gewährt werden. Sonstigen Qualifizierungsmaßnahmen für Beschäftigte sind zulässig, soweit die Richtlinie des AMS<sup>702</sup> es vorsieht und die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Bei Kurzarbeit für Arbeitnehmer mit Beihilfen zum Solidaritätsprämienmodell oder Altersteilzeitgeld, bleiben die Solidaritätsprämien und das Altersteilzeitgeld unverändert, es reduziert sich das Entgelt für die geleistete Arbeitszeit entsprechend den kurzarbeitsbedingten Ausfallstunden.

### **8.6.9. Zusammenfassung und eigene Ansicht**

Die Verknüpfung von Kurzarbeit und Qualifizierungsmaßnahmen und die damit verbundene Möglichkeit des Bezuges von Qualifizierungsbeihilfe des AMS ist ein seit 01.03.2009 bestehendes zusätzliches arbeitsmarktpolitisches Instrument zur Überbrückung wirtschaftlicher Schwierigkeiten in einem Unternehmen. Neben den allgemeinen

---

<sup>700</sup> Siehe Pkt C.8.6.7.

<sup>701</sup> Erhöht im Vergleich zur „normalen“ Kurzarbeitsunterstützung.

<sup>702</sup> Pkt 6.0. der Kurzarbeitsrichtlinie.

Voraussetzungen der Kurzarbeit sind weitere Bedingungen für den Erhalt der Förderung zu erfüllen.

### ***Sanktion bei Nichtteilnahme der Arbeitnehmer an den Qualifizierungsmaßnahmen***

Weder das Gesetz noch die Richtlinie sehen Sanktionen vor, falls Arbeitnehmer nicht an den Qualifizierungsmaßnahmen teilnehmen. Als Konsequenz könnte die Nichtauszahlung der Qualifizierungsbeihilfe und in weiterer Folge der Qualifizierungsunterstützung in Erwägung gezogen werden. Fraglich ist, ob auch der generelle Entzug der Kurzarbeitsbeihilfe, der Ausschluss der Teilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme oder eine Entlassung gerechtfertigt wäre.

Eine Entlassung ist bei bloßer Nichtteilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme, wie unter Pkt C.8.6.8. erörtert, abzulehnen, da keine Rechtfertigung dafür besteht.

Hingegen stellen der Entzug der Qualifizierungsunterstützung und der Ausschluss von der weiteren Teilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme angemessene Sanktionen dar.

Ziel der Aus- und Fortbildung ist die einzelnen Arbeitnehmer zu fördern und ihnen die Möglichkeit zu bieten ihren Stellenwert am Arbeitsmarkt zu erhöhen. Infolge profitieren zwar auch die Arbeitgeber von der Qualifizierung, doch primär ist es eine Maßnahme, die den Arbeitnehmern zugutekommt.

Der Entzug der gesamten Kurzarbeitsunterstützung ist eine zu drastische Sanktion und wäre nur zu rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer auch zur „normalen“ – infolge von Kurzarbeit reduzierten - Arbeitsleistung nicht mehr erscheint bzw bereit ist. Erbringt der Arbeitnehmer seine (Arbeits-) Leistung, hat er dementsprechend gem § 1154 ABGB Anspruch auf das Entgelt, das im Falle der Kurzarbeit auch die Kurzarbeitsunterstützung mit einschließt. Die Auszahlung der Qualifizierungsunterstützung hingegen kann unterbleiben, wenn keine Qualifizierungsmaßnahme stattfindet, bspw wenn der Arbeitnehmer sich weigert an einer solchen teilzunehmen oder nur jeden zweiten Tag erscheint. In solchen Fällen ist die Weiterbildung dieses Arbeitnehmers sinnlos und erschwert bzw stört die Weiterbildung der daran teilnehmenden Arbeitnehmer. Falls der Arbeitnehmer andere Arbeitnehmer zum Ungehorsam gegenüber dem Arbeitgeber zu verleiten versucht – wenn er die anderen Arbeitnehmer ebenfalls zur Nichtteilnahme zu motivieren versucht – könnte an die Erfüllung des Entlassungstatbestandes gem § 27 Abs 4 AngG gedacht werden. Da es sich jedoch um Maßnahmen handelt, die außerhalb der im Synallagma stehenden Arbeitsverpflichtung liegen, ist mE auch dieser Entlassungsgrund zu verneinen.

In der Sozialpartnervereinbarung hat sich der Arbeitgeber zwar zur Leistung einer Unterstützung verpflichtet, eine solche Verpflichtung ist jedoch so auszulegen, dass sie nur unter der Bedingung der Teilnahme an den Qualifizierungsmaßnahmen verbindlich ist. Aus der Formulierung des § 37c Abs 1 Z 3 AMSG „*der Vereinbarung über die Leistung einer Entschädigung während der Qualifizierungsmaßnahmen unter Berücksichtigung der Inanspruchnahme durch die Qualifizierung*“ kann geschlossen werden, dass nur dann eine solche Entschädigung durch den Arbeitgeber zu leisten ist, wenn die Arbeitnehmer auch die Qualifizierungsmaßnahme in Anspruch genommen haben, was naturgemäß nur bei Teilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme gegeben sein kann.

Die Qualifizierungsbeihilfe des AMS gebührt ebenfalls nur bei tatsächlicher Teilnahme an den Qualifizierungsmaßnahmen und kann durch die Pflicht zum Bericht über die Umsetzung des Ausbildungskonzeptes kontrolliert werden.

Die nicht teilnehmenden Arbeitnehmer verlieren den Anspruch auf die erhöhte Unterstützung, nicht jedoch den Anspruch auf die allgemeine Kurzarbeitsunterstützung.

### ***Allgemeine Qualifizierungsmaßnahmen***

Die Richtlinie des AMS spricht, wenn sie die Qualifizierungsmaßnahmen definiert, von arbeitsmarktpolitisch sinnvollen Maßnahmen und allgemein anerkannten Qualitätsstandards.

Es ist aus der allgemein gehaltenen Formulierung nicht ersichtlich, ob es sich um eine Qualifizierungsmaßnahme handeln muss, die zur Branche des Arbeitgebers, bei dem der Arbeitnehmer zur Zeit der Kurzarbeit beschäftigt ist, gehört oder ob es unabhängig davon auch Maßnahmen aus einem branchenfremden Gebiet sein könnten.

In der Praxis werden die Arbeitnehmer an Maßnahmen teilnehmen, die in ihrem Arbeitsbereich sinnvoll und fördernd erscheinen und für die Zukunft in dieser Sparte dienlich sind.

Aus der Richtlinie ist dies aber nicht ableitbar, da nicht erwähnt wird, welche Qualifizierungsmaßnahmen besucht werden dürfen. Abgesehen von der Anforderung der „*allgemeinen Qualifizierungsmaßnahme*“, die nicht ausschließlich dem gegenwärtigen oder zukünftigen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers im kurzarbeitenden Unternehmen betreffen, sondern Qualifikationen vermitteln, die in hohem Maß auch in anderen Unternehmen und auf andere Arbeitsfelder übertragbar, einsetzbar und daher *arbeitsmarktpolitisch sinnvoll* sind, werden keine Angaben über die Qualifizierungsmaßnahmen gemacht.

Die Einstufung als allgemeine Qualifizierungsmaßnahme ist davon abhängig, ob den Arbeitnehmern durch diese Fähigkeiten und Kenntnisse verschafft werden, die sie vielfältig einsetzen können und zwar nicht nur beim konkreten Arbeitgeber, sondern auch in einem anderen Unternehmen bzw in einer anderen Branche. Arbeitsmarktpolitisch sinnvoll bedeutet, dass die erworbenen Kenntnisse „am Arbeitsmarkt“ einsetzbar sind. Schulungen, die nur betriebsbezogene Kenntnisse vermitteln fallen nicht unter die förderbaren Qualifizierungsmaßnahmen.

Bspw wird ein Buchhalter im Rahmen einer Qualifizierungsmaßnahme im Bereich des Umgangs mit Computern sowie hinsichtlich des Einsatzes von Software bzw Hardware geschult. Die erworbenen Kenntnisse lassen sich sowohl bei seiner eigentlichen, ursprünglichen Tätigkeit als Buchhalter einsetzen als auch bei der Tätigkeit als Sekretär oder bei anderen kaufmännischen Tätigkeiten.

### ***Abschließende Bemerkungen***

Die Einführung einer Qualifizierungsbeihilfe war eine beifallswerte und längst fällige Neuerung. Das wirtschaftlich schlechte Zeiten zur Weiter- und Fortbildung genutzt werden ist eine zielführende Maßnahme zur nachhaltigen Stärkung des Arbeitsmarktes.

An den statistischen Daten lässt sich jedoch ablesen, dass seit Einführung nur rund 20% der von Kurzarbeit betroffenen Betriebe Qualifizierung in Anspruch genommen haben.<sup>703</sup>

### **8.7. Nähere Ausgestaltung der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe**

Vor der Novelle wurden die Bestimmungen über die Kurzarbeitsbeihilfe im AMFG idF BGBl I 2000/142 geregelt.<sup>704</sup> Die nähere Ausgestaltung der Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe war vom Bundesminister für Arbeit und Soziales (bzw aufgrund des Bundesministeriengesetzes vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) nach Anhörung der gesetzlichen Interessenvertretungen und der kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigung der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Finanzen und für wirtschaftliche Angelegenheiten (bzw Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit) zu treffen.<sup>705</sup>

---

<sup>703</sup> Zu den aktuellen Daten siehe auch Pkt A.4.

<sup>704</sup> Vgl § 27 Abs 1 lit b AMFG und §§ 29 ff AMFG idF BGBl I 2000/142.

<sup>705</sup> § 33 AMFG idF BGBl 1994/450; nunmehr ist eine Richtlinie, die einer Bestätigung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend sowie dem Bundesminister für Finanzen bedarf, durch den Verwaltungsrat des AMS auf Vorschlag des Vorstandes zu erlassen.

Nunmehr sind die Bestimmungen des AMSG maßgeblich und der AMS-Verwaltungsrat bzw der Vorstand haben eine sehr umfassende Regelungskompetenz.

### **8.8. Regelung betreffend „wesentlicher Teil der betroffenen Arbeitnehmer über 45“ wurde aufgehoben**

Die bisher in § 29 Abs 5 AMFG idF BGBl I 2000/142 vorgesehene Regelung betreffend Arbeitnehmer die das 45. Lebensjahr vollendet haben, ist durch die Novellierung aus dem AMFG beseitigt und nicht ins AMSG übernommen worden. Hierbei ist anzumerken, dass durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 der Durchrechnungszeitraum generell, unabhängig vom Alter der überwiegend betroffenen Arbeitnehmer, verlängert wurde und deshalb diese Regelung nicht mehr erforderlich ist.

Die nunmehr ersatzlos aufgehobene Regelung besagte:

Wenn die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer zu einem wesentlichen Teil (etwa 25%)<sup>706</sup> jene waren, die das 45. Lebensjahr vollendet haben, dann *konnte* bei der Erfüllung der übrigen Voraussetzungen des Abs 2 lit a und c, insb Aufrechterhaltung des Beschäftigungsstandes und Leistung einer Entschädigung, der Abschluss einer Vereinbarung gemäß lit c entfallen und der maßgebliche Durchrechnungszeitraum verlängert werden. Insgesamt musste im Durchrechnungszeitraum mindestens ein Fünftel der wöchentlichen Normalarbeitszeit gearbeitet werden und der Kurzarbeitszeitraum durfte nicht länger als ein Jahr betragen.

Es galten folgende Besonderheiten

- Der Kurzarbeitszeitraum konnte auf maximal ein Jahr verlängert werden.
- Der Durchrechnungszeitraum konnte bei Bedarf von vier aufeinander folgenden Wochen entweder auf acht aufeinander folgende Wochen verdoppelt oder auf 12 aufeinander folgende Wochen verdreifacht werden, wobei die durchschnittliche wöchentliche Beschäftigung in diesem Zeitraum mindestens 20% der wöchentlichen Normalarbeitszeit betragen musste.

---

<sup>706</sup> Vgl [http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit\\_kundeninformation.doc](http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit_kundeninformation.doc) (21.01.2010).

- Der Abschluss einer Kurzarbeitsvereinbarung durch die Sozialpartner konnte entfallen, wenn vom AMS anlässlich des gesetzlich vorgesehenen Beratungsgespräches sichergestellt wurde, dass sämtliche in der Mustervereinbarung aus dem Jahr 2003 enthaltenen Bestimmungen erfüllt waren.<sup>707</sup> Allerdings war zu beachten, dass in bestimmten Fällen durch kollektivvertragliche Vorgaben für die Einführung von Kurzarbeit jedenfalls eine Vereinbarung der Kollektivvertragspartner vorliegen musste (etwa im Kollektivvertrag für Eisen- und Metallerzeugende und – verarbeitende Industrie sowie des Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbes).<sup>708</sup> In diesen Fällen waren nur der längere Kurzarbeits- und Durchrechnungszeitraum als Vorteil einer zT älteren Belegschaft nutzbar.

Da durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009 ohnehin eine Ausweitung des Kurzarbeits- und Durchrechnungszeitraumes bewirkt wurde und keine Rechtfertigung für eine Sonderregelung für die zu einem wesentlichen Teil ältere Belegschaft besteht, kam es zum Entfall dieser Regelung.

## 8.9. Änderungen im Wortlaut

### 8.9.1. „vorübergehende nicht saisonbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten“

Der bisherige Wortlaut des AMFG hinsichtlich der Kurzarbeitsbeihilfe lautete: eine „erhebliche, voraussichtlich länger andauernde Störung der Wirtschaft“<sup>709</sup>, an ihre Stelle tritt nunmehr der Ausdruck der „vorübergehenden nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten“.<sup>710</sup> Ob mit der Änderung der Formulierung auch eine Änderung der rechtlichen Konsequenzen einhergeht ist näher zu betrachten. Mit dieser Fragestellung haben sich schon *Hutter*<sup>711</sup> und *Winter/Rainer*<sup>712</sup> auseinander gesetzt.

Die hM<sup>713</sup> hat bisher aus dem Begriff „Störung“ das Erfordernis einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Abläufe abgeleitet, die ihren Ursprung außerhalb des Einflussbereiches des betroffenen Betriebes haben musste. Eine kurzfristige Beschäftigungsschwankung musste auf eine voraussichtlich länger dauernde erhebliche Störung der Wirtschaft zurückzuführen

<sup>707</sup> Vgl Pkt 3,13 der alten Kurzarbeitsrichtlinie; <http://wko.at/tirol/arbeitsrecht/tw/127.html> (21.01.2010).

<sup>708</sup> Vgl [http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit\\_kundeninformation.doc](http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit_kundeninformation.doc) (21.01.2010).

<sup>709</sup> § 29 Abs 1 AMFG idF BGBl I 2000/142.

<sup>710</sup> § 37b Abs 1 Z 1 AMSG.

<sup>711</sup> *Hutter*, *ecolex* 2009, 249.

<sup>712</sup> *Winter/Thomas*, *ZAS* 2009/10.

<sup>713</sup> *Mazal*, *ZAS* 1988, 83; *Schnorr*, *DRdA* 1987, 261.

gewesen sein. Darunter wurde ein vorübergehender, übersehbarer gebiets-, branchen- oder betriebsbezogener wirtschaftlicher Engpass, wie etwa der Ausfall von Aufträgen oder betriebsnotwendiger Zulieferungen, die Stornierung bereits erteilter Aufträge, der Ausfall von Zulieferungen infolge Unterbrechungen von Verkehrsverbindungen oder eines Streiks im Zuliefererbetrieb, Naturkatastrophen etc verstanden.<sup>714</sup> Auftragsrückgänge, die in saisonalen Bedarfsschwankungen, Marktsättigung, veränderte Nachfrage oder verstärkte Konkurrenz liegen, galten nicht als empfindliche Störung der Wirtschaft.

Deshalb konnte bei Beschäftigungsschwankungen die auf betriebstypische oder dem Betrieb zurechenbare Umstände zurückzuführen waren, nach der alten Rechtslage keine Beihilfe gewährt werden.<sup>715</sup>

Der Betrieb musste also von einer kurzfristigen Beschäftigungsschwankung, die nicht saisonal bedingt war, außerhalb der Einflussphäre des einzelnen Arbeitgebers ihre Wurzeln hatte, aber innerhalb seiner Sphäre zu Beschäftigungsschwankungen führte und einen Zeitraum von drei Monaten nicht übersteigen durfte, betroffen sein.

Aus der im Wortlaut der alten Bestimmungen zum Ausdruck kommenden Gegenüberstellung der beiden ökonomischen Bereiche Wirtschaft und Beschäftigungsschwankungen beim einzelnen Arbeitgeber wurde bisher geschlossen, dass Kurzarbeitsbeihilfen nicht gewährt werden können, wenn die wirtschaftlichen Störungen auf interne Mängel zurückzuführen sind.<sup>716</sup>

Der in § 37b Abs 1 Z 1 AMMSG nunmehr vorgesehene Wortlaut bringt diesen - wie *Mazal*<sup>717</sup> ihn bezeichnete, „Grundsatz der notwendigen exogenen Verursachung“- , nach *Hutter* nicht mehr in dieser Deutlichkeit zum Ausdruck und bietet Raum für eine weite Auslegung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten.

Die allgemeine Formulierung der vorübergehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten könnte somit auch unternehmensinterne Missstände miteinschließen. Das würde dazu führen, dass nicht nur eine allgemeine oder auch nur branchenspezifische schlechte Wirtschaftslage, sondern auch sämtliche unternehmerischen Fehlentscheidungen, Absatzschwächen etc unter diesen Tatbestand subsumiert werden könnten.

---

<sup>714</sup> Vgl Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis 2008 des BMASK (Stand Oktober 2008) 48.

<sup>715</sup> Vgl *Schnorr*, DRdA 1987, 262; *Mazal*, ZAS 1988, 83.

<sup>716</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>717</sup> *Mazal*, ZAS 1988, 83.

Aus diesem Grund ist genau zu bedenken, welchen Zweck die Regelungen zur Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe eigentlich verfolgen. Die Kurzarbeitsbeihilfe soll Unternehmen, die eine vorübergehende Beschäftigungsschwierigkeit nicht aus eigenen Mitteln überwinden können, unterstützen. Nicht jedoch sollen nicht mehr „lebensfähige“ Betriebe weiterhin erhalten oder gar auf Kosten der Allgemeinheit saniert werden.

Deshalb muss mE davon ausgegangen werden, dass internes Fehlverhalten, etwa Managementfehler, veränderte Nachfrage, nicht mehr gegebene Marktakzeptanz der Produkte oder verstärkte Konkurrenz auch weiterhin nicht zum Bezug der Beihilfe berechtigen. Es kann nicht Aufgabe der Arbeitsmarktpolitik sein, Arbeitsplätze, die aus solchen Gründen nicht mehr lebensfähig sind, zu schützen. Man darf annehmen, dass der Gesetzgeber mit dem Wortlaut der neuen Bestimmung des § 37b Abs 1 AMSG keine Ausdehnung des Anwendungsbereiches für die Kurzarbeitsbeihilfe herbeiführen wollte.

Dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht überwiegend und schuldhaft durch den beihilfebeantragenden Arbeitgeber selbst herbeigeführt wurden, sondern auf einer exogenen, nicht beeinflussbaren Ursache beruhen, bleibt auch weiterhin materielle Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe.<sup>718</sup>

In der Lehre<sup>719</sup> wurde bisher die Ansicht vertreten, dass der **Umfang**, den der von den empfindlichen Störungen der Wirtschaft **betroffene Teil** der Gesamtwirtschaft hat, **unerheblich** ist. Die Kurzarbeitszeitbeihilfe kann auch dann gewährt werden, wenn wirtschaftliche Störungen die gesamte Volkswirtschaft, eine bestimmte Branche oder auch nur einzelne Betriebe betreffen. Diese Ansicht hat nun Eingang in den Gesetzeswortlaut gefunden. Die neue Bestimmung stellt auf die wirtschaftliche Situation im Betrieb des einzelnen Arbeitgebers ab, der damit stärker ins Zentrum der Betrachtung rückt.<sup>720</sup>

Dh die Beihilfe kann nunmehr auch beantragt werden, wenn nur ein einzelnes Unternehmen bzw ein Betrieb von wirtschaftlichen Schwierigkeiten betroffen ist. Es sind keine Störungen „der gesamten Wirtschaft“ und Wirtschaftskrisen erforderlich, auch „kleine“ wirtschaftliche Probleme können zur Gewährung der Beihilfe führen. Die neue Formulierung lässt einen individuelleren Zugang zur Gewährung der Beihilfe zu. Eine vermehrte Beantragung oder gar eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Förderung ist jedoch aufgrund der restriktiven Handhabung der Förderungsvergabe durch das AMS nicht zu befürchten.

---

<sup>718</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>719</sup> Mazal, ZAS 1988, 83.

<sup>720</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

### 8.9.2. „saisonale Schwankungen“

Neu ist die Bezugnahme im Wortlaut auf die **saisonalen Schwankungen**, für die jedenfalls keine Beihilfe gewährt werden darf. Absatzeinbrüche in einem Betrieb, die in etwa jährlich zur selben Zeit auftreten und Beschäftigungsschwankungen im Betrieb auslösen, will der Gesetzgeber auch weiterhin<sup>721</sup> nicht mit arbeitsmarktpolitischen Mitteln entgegenwirken.

### 8.9.3. Entfall der Voraussetzung der „*voraussichtlich längere Zeit andauernden Störung*“

Bisher musste der Auftragsmangel unvorhersehbar sein und die **Störung voraussichtlich längere Zeit** - darunter war ein länger als drei Monate dauernder Zeitraum zu verstehen - andauern.<sup>722</sup>

In § 37b AMSG ist das Tatbestandselement der voraussichtlich längere Zeit andauernden Störung nicht mehr vorgesehen. Ob der Gesetzgeber dadurch bewusst eine Änderung der Rechtslage herbeiführen wollte ist fraglich. Aufgrund der gesetzlichen Regelung könnte das AMS auch für ex-ante betrachtet kurzfristige Beschäftigungsschwankungen, die auf wirtschaftliche Schwierigkeiten im Betrieb zurückzuführen sind, Kurzarbeitsbeihilfe gewähren. Dagegen spricht jedoch die Dauer des Verfahrens der Beihilfengewährung und die allgemein mit der Einführung von Kurzarbeit verbundene Vorlaufzeit.<sup>723</sup>

### 8.10. Rechtzeitige Verständigung des AMS<sup>724</sup>

Die Regionale Geschäftsstelle des AMS war bisher nach § 29 Abs 1 lit b AMFG idF BGBl I 2000/142 rechtzeitig von der Beschäftigungsschwankung zu verständigen. Anschließend an die Verständigung hatte eine Beratung, zu der *vom AMS der jeweilige Betriebsrat beizuziehen* war, über Lösungsmöglichkeiten der Beschäftigungsschwierigkeiten statt zu finden.<sup>725</sup> Das AMS hat die *in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer* von dem Beratungsgespräch **zu verständigen**, diese waren ausdrücklich berechtigt an der Beratung teilzunehmen.<sup>726</sup>

---

<sup>721</sup> Obwohl der Wortlaut des § 29 AMFG idF BGBl I 2000/142 das Tatbestandsmerkmal der „*nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten*“ nicht enthielt, wurde einhellig angenommen, dass saisonbedingte Beschäftigungsschwankungen vom Anwendungsbereich ausgenommen waren. Durch das nunmehr im Wortlaut enthaltene Element der nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten ergibt sich keine Änderung der Rechtslage.

<sup>722</sup> Siehe Pkt C.5.1.

<sup>723</sup> *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>724</sup> Siehe auch Pkt C.5.2.1.

<sup>725</sup> Die Verpflichtung zur Beiziehung und Bekanntgabe des Zeitpunktes und des Gegenstandes der Beratungen traf das AMS.

<sup>726</sup> § 29 Abs 1 letzter Satz AMFG idF BGBl I 2000/142.

Als rechtzeitig konnte eine solche Verständigung dann betrachtet werden, wenn sie zu einem Zeitpunkt stattfand, zu dem Maßnahmen zur Lösung von Beschäftigungsschwierigkeiten noch Erfolg versprechend. Die durchzuführende Beratung hatte die betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten zur Überwindung der Beschäftigungsschwierigkeiten unter Berücksichtigung der sozialen Situation der Arbeitnehmer mit den optimalen arbeitsmarktpolitischen Möglichkeiten anderer Förderungen abzustimmen.<sup>727</sup>

Nunmehr sind der Beratung zwischen Arbeitgeber und AMS gem § 37b Abs 1 Z 2 AMSG der Betriebsrat (falls vorhanden) und die für den betreffenden Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer **beizuziehen und nicht nur zu verständigen**. Der Betriebsrat ist, weil der Terminus „Teilnahme“ auf eine aktive Mitgestaltung hindeutet, nicht auf eine Zuhörerrolle oder auf ein schlichtes Anhörungsrecht beschränkt. Vielmehr kann er im Rahmen der Beratung entsprechenden Einfluss auf die vorgelegten Konzepte nehmen, selbst berücksichtigungswürdige Aspekte in die Erörterung einbringen oder nachhaltig unterstützen sowie im Wechselgespräch auf eine Ideallösung hinwirken.<sup>728</sup>

Die Frist zur rechtzeitigen Verständigung des AMS ist, wie vor der Neuregelung, mit rund drei Wochen anzusetzen, da es keine Änderung im Bezug auf die Beratung gegeben hat.

### **8.11. Kein Anspruch auf Beihilfengewährung**

Es war ausdrücklich vorgesehen, dass der Bezug von **Schlechtwetterentschädigung** nach den Vorschriften des Bauarbeiter- Schlechtwetterentschädigungsgesetzes 1957, die Gewährung einer Beihilfe gem § 27 Abs 1 lit b AMFG idF BGBl I 2000/142 ausschloss.<sup>729</sup>

Die Beihilfe kann auch nach den Neuregelungen nicht für Arbeitnehmer gewährt werden, die eine diesbezügliche Entschädigung beziehen, jedoch besteht keine Regelung im AMSG, dies ist in der Richtlinie geregelt.<sup>730</sup>

---

<sup>727</sup> Pkt 4,0 ff der alten Kurzarbeitsrichtlinie; In dieser Verständigung war auf die Bestimmung des § 29 Abs 1 letzter Satz AMFG idF BGBl I 2000/142 und die Möglichkeit der Teilnahme an den Beratungen als Vertreter hinzuweisen.

<sup>728</sup> Vgl *Binder in Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (5.Lfg) § 94 Rz 16.

<sup>729</sup> Vgl § 31 AMFG; vgl auch *Danimann/Steinbach*, AMFG 220: Der gegenseitige Ausschluss von Schlechtwetterentschädigung und Kurzarbeitsunterstützung stellt einen Sonderfall dar, der aus dem ALVG übernommen wurde. Diese Bestimmung war wesentlich rigorosere als die entsprechende Regelung bei der Umstellungsbeihilfe, die den gleichzeitigen Bezug von Schlechtwetterentschädigung unter der Voraussetzung, dass diese auf die Umstellungsbeihilfe angerechnet wird, zulässt.

<sup>730</sup> Siehe auch Pkt C.5.4.10.

In Analogie zu § 31 AMFG idF BGBl I 2000/142 konnte für Arbeitnehmer, für die der Betrieb bereits eine andere Förderung erhielt, keine Kurzarbeitsbeihilfe gewährt werden, wie zB für Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit bereits reduziert haben und dafür einen Lohnausgleich bspw in Form des Altersteilzeitgeldes oder des Solidaritätsprämienmodelles erhalten<sup>731</sup> oder für Arbeitnehmer für die der Betrieb bereits eine Qualifizierungsförderung für Beschäftigte im Rahmen des Europäischen Sozialfonds erhielt.<sup>732</sup>

Fand die Bildungsmaßnahme während der üblichen betrieblichen Arbeitszeit statt, galten diese Zeiten als tatsächliche Arbeitszeit und waren daher voll zu entlohnen.

Nunmehr sieht die Qualifizierungsförderung für Beschäftigte in Kurzarbeit (QfB-Kurzarbeit) spezifische Anpassungen für die Kurzarbeit mit Qualifizierung bzgl der Kurskostenförderung an kurzarbeitende Unternehmen vor und soll gleichfalls aktiv angeboten werden.

Findet die Qualifizierungsmaßnahme während der bezahlten Arbeitszeit oder außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit (in Zeiten, die ohne Kurzarbeit Freizeit wären) statt, kann für förderbare Arbeitnehmer und bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Qualifizierungsförderung für Beschäftigte (QfB) – außerhalb der Kurzarbeitsregelung – gewährt werden.<sup>733</sup>

## **9. Finanzielle Auswirkungen für den Bund**

Bedingt durch die Art der Förderung gestaltet sich die Berechnung für die Budgetkalkulation in diesem Förderungsbereich äußerst schwierig und ist schwer prognostizierbar. Die Beihilfe wird beantragt und auch nur gewährt, wenn aufgrund unvorhersehbarer wirtschaftlicher Schwierigkeiten oder aufgrund von Naturkatastrophen, die ebenfalls unvorhersehbare Ereignisse sind, Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gelangen und Arbeitsplätze gefährdet sind.<sup>734</sup>

Im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales<sup>735</sup> wurde mit zusätzlichen Kosten, ausgehend von etwa 18.000 Betroffenen und von rund € 90 Millionen in der Kurzarbeit und ca € 45 Millionen in der Qualifizierung gerechnet. Da die Rahmenbedingungen für

---

<sup>731</sup> Zur derzeitigen Regelung siehe Pkt C.5.6.

<sup>732</sup> Pkt 2,2 der alten Kurzarbeitsrichtlinie.

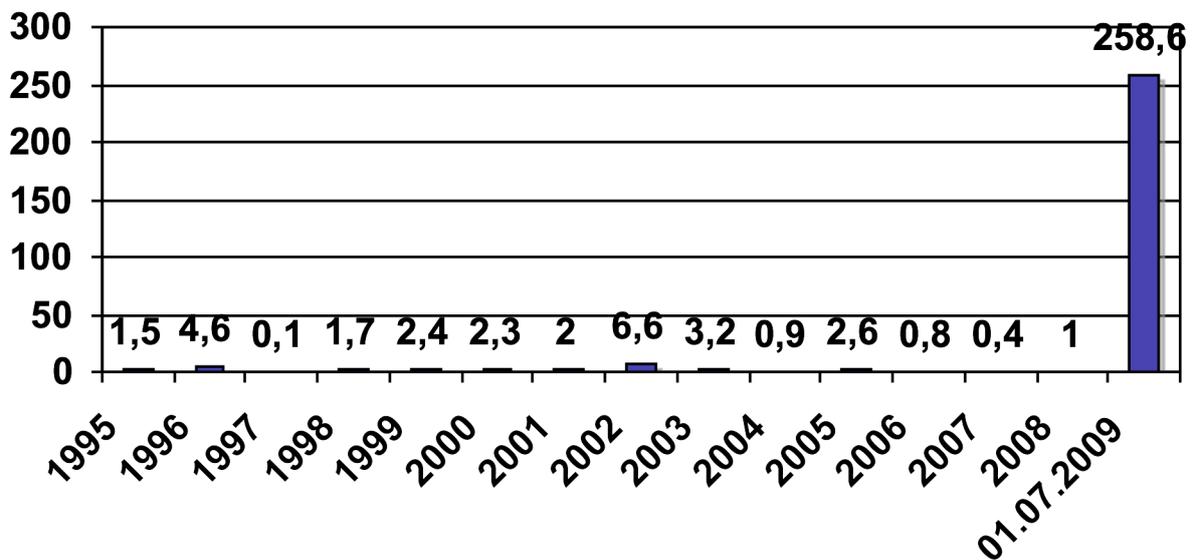
<sup>733</sup> Pkt 6.9. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>734</sup> Vgl Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009) 50 f.

<sup>735</sup> Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 57 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats XXIV.GP.

kurzarbeitende Unternehmen wesentlich verbessert wurden und die aktuellen Daten zum Arbeitsmarkt vorliegen<sup>736</sup> zeigt sich, dass die finanzielle Belastung des Bundes weit über dem geschätzten Betrag liegen wird.

### Budgetärer Aufwand für die Kurzarbeitsbeihilfe in Mio €



Datenquelle<sup>737</sup>

### 10. Zwischenbilanz

Die Einführung von Kurzarbeit iVm dem Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe bzw Qualifizierungsbeihilfe ist ein adäquates Mittel um vorübergehende wirtschaftliche Schwierigkeiten durch die Herabsetzung der Arbeitszeit und des Entgelts zu bewältigen. Dabei kommt es im Zuge einer Risikoverteilung zu einer Umverteilung der finanziellen Lasten auf den Arbeitgeber, die Arbeitnehmer, den Staat bzw letztlich auf die Allgemeinheit. Kurzarbeit mit dem Bezug einer Beihilfe zu kombinieren ist sozial-ökonomisch am sinnvollsten. Im Zuge der Neuregelung der Beihilfenbestimmungen und der Einführung der Qualifizierungsbeihilfe bei Kurzarbeit wurde eine noch flexiblere Handhabung und

<sup>736</sup> Siehe dazu Pkt A.4.

<sup>737</sup> Presseunterlagen für die Pressekonferenz des Bundesministers Hundstorfer am 02.02.2009 „Krise als Chance“ - Qualifizierungsoffensive für Beschäftigte und Arbeitslose  
[http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/0/9/6/CH0023/CMS1233563726292/090130\\_presseunterlage\\_krise\\_als\\_chance.pdf](http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/0/9/6/CH0023/CMS1233563726292/090130_presseunterlage_krise_als_chance.pdf) (22.01.2010).

einzelfallbezogene Entscheidungsfindung ermöglicht. Das wirtschaftlich schlechte Zeiten zur Weiter- und Fortbildung genutzt werden stellt eine zielführende Maßnahme zur nachhaltigen Stärkung des Arbeitsmarktes dar. Aufgrund ihrer Beweglichkeit kann die Förderung den konkreten sozial-ökonomischen Erfordernissen besser Rechnung tragen als ein starres System hoheitlicher Daseinsvorsorge. Wie schon *Schnorr*<sup>738</sup> zutreffend festgestellt hat, lässt die vertragliche Gestaltung der Beihilfengewährung mehr Alternativen und Freiräume offen, was bei den engen Grenzen einer bescheidmäßigen Erledigung nicht der Fall wäre.

Dennoch stellen sich nach wie vor im Bereich der Einordnung der Rechtsnatur von Sozialpartnervereinbarungen Probleme. Ebenso ist das Rechtsschutzverfahren bei Nichtgewährung der Beihilfen durch das AMS kritikwürdig. Das Verfahren der Zuerkennung oder Ablehnung von Kurzarbeitsbeihilfe läuft weitgehend ohne Kontrolle ab, denn im Gesetz ist keine Überprüfung der Genehmigung vorgesehen. Die Beschlüsse der Landesdirektorien unterliegen hinsichtlich der Entscheidung über Kurzarbeit keiner systematischen Kontrolle, sodass eine Prüfung der Gesetzmäßigkeit des Zustandekommens in der Praxis nicht erfolgt. Sinnvoll wäre es das Verfahren betreffend die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe einer Überprüfung durch eine Einrichtung zu unterziehen, die nicht dem Einfluss der Sozialpartner unterliegt<sup>739</sup> bzw der Gesetzgeber sollte ein spezielles Rechtsschutzverfahren einführen.

Zu bemängeln sind auch die geringen bis gar nicht vorhandenen Sanktionen bei der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und bei der Nichtteilnahme der Arbeitnehmer an den Qualifizierungsmaßnahmen.

## 11. Erste Streitpunkte

Kurz nach in Kraft treten der neuen Bestimmungen kam es schon zu ersten Unstimmigkeiten zwischen den Sozialpartnern. Die Wirtschaftskammer Niederösterreich (WKNÖ) warf den Gewerkschaften vor, sie versuchen die Unternehmen zum Abschluss von „(Betriebs)-Vereinbarungen“ zu ermutigen, die zT der Sozialpartner-Vereinbarung zur Kurzarbeit widersprechen.<sup>740</sup>

- Stein des Anstoßes waren unter anderem die Nettoersatzraten bei Inanspruchnahme von Qualifizierungsmaßnahmen, da die WKNÖ errechnet hat, dass mit dem vom

---

<sup>738</sup> *Schnorr*, DRdA 1987, 261.

<sup>739</sup> Siehe dazu den Entschließungsantrag vom 09.07.2009, 714/A(E) XXIV.GP.

<sup>740</sup> Vgl [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=471240&DstID=680](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=471240&DstID=680) (21.01.2010).

Dienstgeber zur Gänze zu tragenden Sozialversicherungsbeiträgen die Nettoersatzrate bis zu 103% des letzten Gehalts betragen würde.

Die neu eingeführte Qualifizierungsbeihilfe bei Kurzarbeit des § 37c AMSG soll als Anreiz dienen die Zeit der Kurzarbeit sinnvoll für Weiterbildungsmaßnahmen zu nutzen. Den Arbeitgebern eine zusätzliche finanzielle Belastung aufzuerlegen stellt sich mE als kontraproduktiv dar und wird nicht zum gewünschten Ziel, der Inanspruchnahme der Qualifizierungsbeihilfe, führen. Das Problem der Kostentragung im Zusammenhang mit den Sozialversicherungsbeiträgen ist nunmehr durch die Übernahme dieser ab dem siebenten Monat Kurzarbeit beseitigt.

- Weiters sollte die *Behaltezeit* - entgegen der Intention auf Bundesebene - wieder für alle, also auch nicht von der Kurzarbeit betroffene Mitarbeiter, gelten.

Wie schon erläutert<sup>741</sup> ist es wenig sinnvoll auch jene Arbeitnehmer in die Behaltspflicht mit einzubeziehen, die nicht von Kurzarbeit betroffen waren, da kein sachlicher Rechtfertigungsgrund für deren Einbeziehung besteht. Hingegen kann für Arbeitnehmer, die kurz gearbeitet haben, die Sicherung des Arbeitsplatzes für einen gewissen Zeitraum durch die finanziellen Einbußen im Kurzarbeitszeitraum gerechtfertigt werden.

- Geht es nach dem Willen der Gewerkschaft, so darf während des Zeitraumes der Kurzarbeit im *gesamten Betrieb keine einzige Überstunde* geleistet werden.<sup>742</sup>

Das Problem der Überstunden stellt sich mE nur im Bezug auf jene Mitarbeiter, die sich in Kurzarbeit befinden. Jedoch besteht auch für diese Arbeitnehmer aufgrund der AMS-Richtlinie ausdrücklich die Möglichkeit Überstunden zu leisten.<sup>743</sup> Weshalb das „Überstundenverbot“ auch Arbeitnehmer erfassen soll, die gar nicht von Kurzarbeit betroffen sind, ist nicht ersichtlich, da uU bedingt durch die Kurzarbeit sogar Überstunden geboten sein könnten. Bspw dürften Lohnverrechnungsmitarbeiter, die aufgrund der durch die Kurzarbeit verursachten Neuregelungen einen höheren Arbeitsaufwand haben, ihre Arbeitszeit nicht überschreiten. Eine solche Regelung wäre nicht sinnvoll und sachlich auch nicht zu rechtfertigen.

---

<sup>741</sup> Siehe Pkt C.5.4.7.a).

<sup>742</sup> Vgl [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=471240&DstID=680](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=471240&DstID=680) (21.01.2010).

<sup>743</sup> Dazu siehe Pkt C.5.5.

## D. Kurzarbeit in Deutschland

### 1. Allgemeines

Kurzarbeit ist nicht nur in Österreich das Arbeitsmarktinstrument der Stunde, auch in Deutschland werden die Anspruchsvoraussetzungen und die Leistungen seit Beginn des Jahres 2009 modifiziert, um die Attraktivität des Instruments zu erhöhen und die Inanspruchnahme zu erleichtern.<sup>744</sup> Ebenso wie in Österreich gibt es keine gesetzliche Definition des Begriffes Kurzarbeit. Die dt Lehre und Rsp verstehen darunter die vorübergehende Veränderung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten in Form einer Abweichung von der betriebsüblichen Arbeitszeit zu einem Arbeitszeitausfall verbunden mit einer entsprechenden Minderung der Arbeitsvergütung.<sup>745</sup>

Schon zu Beginn der neunziger Jahre wurde Kurzarbeit zur Abfederung der arbeitsmarktrechtlichen Folgen der Wiedervereinigung in Deutschland eingesetzt.<sup>746</sup> Ein starker Anstieg der Arbeitslosigkeit in den neuen Bundesländern ließ sich dadurch jedoch nicht verhindern<sup>747</sup>, denn Kurzarbeit kann nur zur Überbrückung vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten wirkungsvoll eingesetzt werden, nicht jedoch um strukturelle Probleme zu beseitigen.

In den letzten Jahren spielte in erster Linie Kurzarbeit bei saisonalen Einflüssen<sup>748</sup> eine Rolle. Seit August 2008 steigt jedoch, bedingt durch die derzeitige Wirtschaftskrise, die Zahl der Betriebe, die konjunkturelle Kurzarbeit beanspruchen. Im März 2009 waren 674.649 von

---

<sup>744</sup> Im Februar 2009 hat die Bundesregierung mit dem Konjunkturpaket II (Konjunkturprogramm „Entschlossen in der Krise, stark für den nächsten Aufschwung – Pakt für Beschäftigung und Stabilität in Deutschland zur Sicherung der Arbeitsplätze, Stärkung der Wachstumskräfte und Modernisierung des Landes“) eine Änderung der Ausgestaltung der Kurzarbeit und neue Maßnahmen bzgl der Qualifizierung während der Kurzarbeit beschlossen. Die Bezugsdauermöglichkeit wurde auf 18 Monate verlängert und die Arbeitgeber wurden zur Hälfte bei den von ihnen zu tragenden Sozialversicherungsbeiträgen entlastet, die nunmehr die Bundesagentur für Arbeit übernimmt. Die Bezugsfrist für Kurzarbeitergeld wurde im Anschluss daran auf 24 Monate für alle Arbeitnehmer verlängert, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2009 entsteht bzw entstanden ist. Grundsätzlich wird Kurzarbeitergeld gem § 177 SGB III für längstens sechs Monate gewährt.

<sup>745</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> (1993) 11; *Barnhofer*, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung (Dissertation Heidelberg 1994) 62, 139; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), Sozialgesetzbuch III - Arbeitsförderung (36.Lfg) § 169 Rn 124; *Boecken*, RdA 2000, 7; *Conze*, Einführung von Kurzarbeit (Dissertation Würzburg 1974) 11, 148; *Kreitner* in *Küttner/Röller* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> (2009) Kurzarbeit Rn 1.

<sup>746</sup> *Sell*, Zur Ambivalenz der Kurzarbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument, Remagener Beiträge zur aktuellen Sozialpolitik 05-2009.

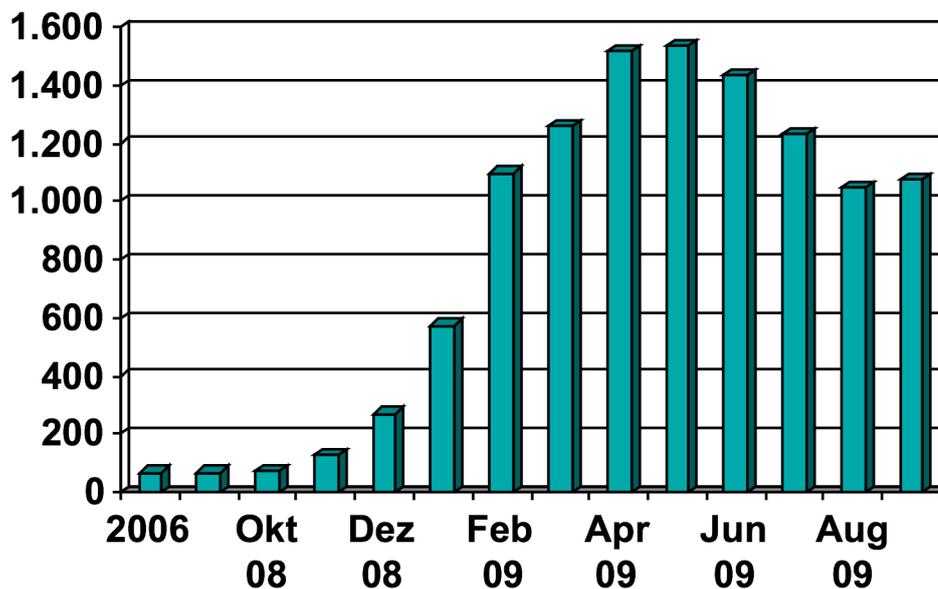
<sup>747</sup> *Crimann/Wießner*, Verschnaufpause dank Kurzarbeit, IAB-Kurzbericht, Nr 14/2009.

<sup>748</sup> In Österreich kann für saisonbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten keine Kurzarbeitsbeihilfe bezogen werden, vgl § 37b Abs 1 Z 1 AMSG; siehe Pkt C.5.1. und C.8.9.1.

679.013 in den Anzeigen genannte Personen von wirtschaftlich bedingter Kurzarbeit betroffen und lediglich 4.364 von Transferkurzarbeit.<sup>749</sup>

Seit Oktober 2008 (70.983) stieg der Gesamtbestand an kurzarbeitenden Arbeitnehmern deutlich an und erreichte mit 1,533.579 Arbeitnehmern in Kurzarbeit im Mai 2009 seinen vorläufigen Höhepunkt.

### Bestand an Arbeitnehmern in Kurzarbeit 2006 bis September 2009 (Angaben in Tausend)



Datenquelle: Bundesagentur für Arbeit

Die Kosten für Kurzarbeit sind ebenso wie in Österreich in diesem Jahr weit über den erwarteten Ansätzen. Im Finanzbericht<sup>750</sup> für das 1. Quartal 2009 der Bundesagentur für Arbeit wurde der Ansatz für konjunkturelles Kurzarbeitergeld von € 300 Mio auf € 1,54 Mrd, aufgrund der deutlichen Ausweitung der Zahl von Kurzarbeitern und der erleichterten Förderungsvoraussetzungen, nach oben korrigiert.

<sup>749</sup> Datenquelle: Bundesagentur für Arbeit.

<sup>750</sup> Bundesagentur für Arbeit, Quartalsbericht über die Finanzen, erstes Quartal 2009, März 2009 7 f.

## 2. Rechtsgrundlagen für die Einführung von Kurzarbeit

In Deutschland kommen im Wesentlichen dieselben Instrumente wie in Österreich zur Einführung von Kurzarbeit zum Einsatz. Eine abweichende Möglichkeit zur Einführung ergibt sich aufgrund von § 19 KSchG.

### 2.1. Weisungsrecht des Arbeitgebers

Das Weisungsrecht gibt dem Arbeitgeber die Befugnis, die durch Arbeitsvertrag oder auf sonstige Weise noch nicht bestimmten Leistungspflichten des Arbeitnehmers festzulegen.<sup>751</sup>

Das allgemeine Weisungsrecht hat grundsätzlich nur Konkretisierungsfunktion hinsichtlich der im Arbeitsvertrag vereinbarten Rahmenarbeitsbedingungen. Das Ausmaß der Hauptleistungspflichten unterliegt als Kernbereich jedoch nicht dem allgemeinen Weisungsrecht.<sup>752</sup> Die Verkürzung der Arbeitszeit würde sich aber unmittelbar auf den Umfang der beiderseitigen Hauptleistungspflichten auswirken. Durch die bloße Ausübung des Weisungsrechts kann somit keine Kurzarbeit eingeführt werden, weil damit nicht der Inhalt der Arbeitspflichten konkretisiert, sondern neu festgelegt wird.<sup>753</sup>

Auch die §§ 611, 615 BGB stehen einer einseitigen Einführung durch Weisung entgegen, da in diesem Fall der Anspruch auf Arbeitsentgelt der betroffenen Arbeitnehmer fortbesteht.<sup>754</sup>

### 2.2. Ermächtigung in Einzelarbeitsverträgen

Einzelvertragliche Kurzarbeitsklauseln, die den Arbeitgeber berechtigen einseitig vorübergehend die Arbeitszeit zu verkürzen, sind ebenso wie in Österreich wirksame Rechtsgrundlagen für die Einführung von Kurzarbeit.<sup>755</sup> Derartige einzelvertragliche Regelungen können entweder aus konkretem Anlass oder bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages getroffen werden.<sup>756</sup> Es handelt sich um eine Ausweitung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts.<sup>757</sup>

Die einzelvertraglichen Vereinbarungen selbst führen jedoch noch nicht zu einer vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit, sondern eröffnen nur deren individualrechtliche Zulässigkeit und stellen die Möglichkeit entsprechender Lohnkürzungen sicher. Die

---

<sup>751</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht<sup>8</sup> (2009) Rn 204 f.

<sup>752</sup> Barnhofer, Kurzarbeit 65 f; BAG v 11.06.1958, v 16.10.1965, AP Nr 2, 20 zu § 611 BGB - Direktionsrecht; Conze, Einführung von Kurzarbeit 21.

<sup>753</sup> Von Hoyningen-Huene in Schmidt (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>2</sup> (2006) § 59 HGB Rn 200.

<sup>754</sup> Barnhofer, Kurzarbeit 66.

<sup>755</sup> BAG v 15.12.1961, AP Nr 1 zu § 615 BGB – Kurzarbeit.

<sup>756</sup> Kreitner in Küttner/Röllner (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 5; Conze, Einführung von Kurzarbeit 94.

<sup>757</sup> Barnhofer, Kurzarbeit 67.

Zustimmung des Betriebsrates als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anordnung bleibt bestehen.<sup>758</sup>

### **2.3. Kurzarbeit bei beabsichtigter Massenentlassung nach § 19 KSchG**

Eine besondere gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Einführung von Kurzarbeit enthält § 19 KSchG. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen einer Massenentlassung iSd § 17 KSchG<sup>759</sup> vor und ist der Arbeitgeber außerstande, die Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Sperrfrist des § 18 KSchG voll zu beschäftigen, kann gem § 19 KSchG, nach Zulassung durch das Landesarbeitsamt, Kurzarbeit eingeführt werden.<sup>760</sup> Die Zulassung ersetzt die sonst erforderliche Rechtsgrundlage, es ist jedoch eine entsprechende Anordnung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber notwendig. Für die Kurzarbeit nach § 19 KSchG ist bezeichnend, dass letztendliches Ziel des Verfahrens nach §§ 17 ff KSchG die noch auszusprechende Kündigung ist.<sup>761</sup> Es wird also nicht der Erhalt der Arbeitsplätze beabsichtigt.

Die Zahlung von Kurzarbeitergeld kann frühestens nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist einsetzen. Ebenso wird die Kürzung des Arbeitsentgelts erst ab dem Zeitpunkt wirksam, an dem das Arbeitsverhältnis nach den allgemeinen gesetzlichen oder vereinbarten Bestimmungen enden würde.<sup>762</sup>

Grenzen findet die Zulassungsbefugnis der Landesagentur für Arbeit gem § 19 Abs 3 KSchG in tariflichen Regelungen. Sind dort Einführung und Ausmaß möglicher Kurzarbeitszeiträume näher geregelt, ist die Agentur für Arbeit an sie gebunden. Betriebsvereinbarungen entfalten demgegenüber keine vergleichbare Sperrwirkung, da der Gesetzgeber in § 19 Abs 3 KSchG ausdrücklich nur Tarifverträge erwähnt.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG bleibt auch im Fall des § 19 KSchG erhalten.<sup>763</sup> Der Betriebsrat hat sowohl hinsichtlich der Einführung als auch der näheren Ausgestaltung und Durchführung der Kurzarbeit mitzubestimmen<sup>764</sup>, denn die

---

<sup>758</sup> § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG; *Barnhofer*, Kurzarbeit 68.

<sup>759</sup> Im Fall von Massenentlassungen tritt nach § 17 KSchG im Regelfall eine einmonatige Sperrfrist ein (§ 18 KSchG), bevor die Entlassungen wirksam werden können. Verkürzt das Landesarbeitsamt diese Frist nicht oder verlängert sie sogar auf zwei Monate, kann der Arbeitgeber für die Zwischenzeit Kurzarbeit einführen.

<sup>760</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 23.

<sup>761</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 69.

<sup>762</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 24.

<sup>763</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 70; *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 23; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 159; die Ermächtigung der Bundesagentur für Arbeit kann die Mitbestimmung des Betriebsrates nicht ersetzen, siehe *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> (2009) § 87 BetrVG Rn 70.

<sup>764</sup> *Kreitner* in *Küttner/Röller* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 20; *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 23.

Zulassung beinhaltet selbst noch keine Regelung, sondern gibt dem Arbeitgeber nur ein Gestaltungsrecht. Die Anordnung des Landesarbeitsamtes stellt eine Ermächtigung und keine Verpflichtung für den Arbeitgeber dar.<sup>765</sup> Die im Einzelnen erforderliche Regelung und die notwendige Abwägung mit den Interessen der Arbeitnehmer muss erst noch getroffen und vom Betriebsrat mitbestimmt werden.<sup>766</sup>

*Bähringer/Spiegelhalter*<sup>767</sup> sind der Ansicht, dass sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates im Falle einer Ermächtigung durch das Landesarbeitsamt gem § 19 Abs 1 KSchG ausschließlich auf das „wie“, also die Durchführung beschränkt. Eine Ermächtigung des Arbeitgebers gem § 19 KSchG wäre in Betrieben mit Betriebsrat bedeutungslos, wenn auch bzgl der Einführung und des Umfanges von Kurzarbeit noch ein Mitbestimmungsrecht vom Arbeitgeber zu beachten wäre.

## **2.4. Tarifvertragliche Kurzarbeitsklauseln**

Tarifverträge können Rechtsnormen enthalten, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen (§ 1 TVG). Im Regelfall existieren tarifliche Ermächtigungsnormen, die unter bestimmten näher definierten Voraussetzungen die Einführung von Kurzarbeit ermöglichen.<sup>768</sup> Im Allgemeinen handelt es sich nur um Bestimmungen über das Verfahren für die Einführung von Kurzarbeit und die einzelnen Rechtsfolgen. Einige Tarifverträge enthalten jedoch auch Klauseln über die materiellen Folgen der wirksam ein- und durchgeführten Kurzarbeit.<sup>769</sup>

### **2.4.1. Rechtliche Qualifizierung der tarifvertraglichen Kurzarbeitsklauseln**

Die Zulässigkeit von Tarifnormen zur Einführung von Kurzarbeit wird einhellig angenommen, jedoch ist die rechtliche Qualifizierung im Einzelnen umstritten. Es besteht Unklarheit, ob tarifvertragliche Kurzarbeitsklauseln Betriebsnormen iSd § 3 Abs 2 TVG oder Inhaltsnormen iSd § 4 Abs 1 TVG bzw beides sind. Die Relevanz der Unterscheidung liegt in der Erfassung der nichtorganisierten Arbeitnehmer (Außenseiter) bei der Qualifizierung als Betriebsnorm.

Nach österreichischem Recht wirken sich kollektivvertragliche Vereinbarungen auf alle

---

<sup>765</sup> *Conze*, Einführung von Kurzarbeit 116.

<sup>766</sup> *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 159.

<sup>767</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 23 f.

<sup>768</sup> *Kreitner* in *Küttner/Röllner* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 2 ff.

<sup>769</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 70.

Arbeitnehmer, dh unabhängig davon, ob es sich um formelle oder materielle Arbeitsbedingungen handelt, gem § 12 ArbVG auch auf die nicht organisierten Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers aus (Außenseiterwirkung). Aus diesem Grund stellen sich die in Deutschland aufgeworfenen Probleme in Österreich erst gar nicht.

Nach deutschem Tarifvertragsrecht wirken die in den tariflichen Klauseln enthaltenen Bestimmungen nur dann gegenüber allen Arbeitnehmern eines tarifgebundenen Arbeitgebers, wenn es sich um formelle Arbeitsbedingungen handelt (§ 3 TVG). Dementsprechend wichtig<sup>770</sup> ist die Frage, ob tarifvertragliche Kurzarbeitsklauseln Betriebsnormen bzw Inhaltsnormen sind.

Sieht man in tariflichen Kurzarbeitsklauseln wie die hM<sup>771</sup> in Deutschland **Inhaltsnormen**<sup>772</sup> iSd § 4 Abs 1 Satz 1 TVG, somit tarifvertragliche Vereinbarungen die nur bei beiderseitiger Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirksam sind, werden nichtorganisierte Arbeitnehmer (Außenseiter) nicht erfasst. Wegen der Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit entfalten Kurzarbeitsklauseln in Tarifverträgen nur Wirkung, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Tarifbindung besteht. Mit den nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern müssen einzelvertragliche Vereinbarungen getroffen werden, die dem Inhalt der Kurzarbeitsklauseln entsprechen oder durch die diese Klauseln anwendbar werden.

Da Tarifnormen über Kurzarbeit die Höhe des Arbeitslohnes beeinflussen, also den Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses regeln, sind sie als Inhaltsnormen zu qualifizieren. Die Dauer der Arbeitszeit und die Höhe des Entgelts stellen den Kernbestand des arbeitsvertraglichen Leistungsversprechens dar und stehen nicht in einer Wechselbeziehung zur Dauer der Arbeitszeit anderer Arbeitnehmer. Sie kann daher nur Gegenstand einer Inhaltsnorm sein.<sup>773</sup>

---

<sup>770</sup> Jedoch ohne praktische Konsequenz!

<sup>771</sup> *Stebut*, Die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1974, 332; *Boecken*, RdA 2000, 7 mwN; *Heinze*, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1998, 14-23; *Barnhofer*, Kurzarbeit 72; *Franzen* in *Möller-Glöße/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> (2009) § 1 TVG Rn 47; *Blomeyer* in *Richardi/Wlotzke*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> Bd 1 (2000) § 49 Rn 6.

<sup>772</sup> Inhaltsnormen zeichnen sich dadurch aus, das sie den Inhalt von Arbeitsverhältnissen iSd Arbeitsrechts regeln sollen, siehe *Conze*, Einführung von Kurzarbeit 66 f.

<sup>773</sup> *Franzen* in *Möller-Glöße/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> § 1 TVG Rn 47.

Wenn hingegen angenommen wird, dass es sich bei den tariflichen Kurzarbeitsklauseln um **Betriebsnormen**<sup>774</sup> iSd § 3 Abs 2 TVG handelt<sup>775</sup>, werden sämtlich Arbeitnehmer, also auch nichtorganisierte Arbeitnehmer erfasst, solange nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist, denn die Entscheidung über die Einführung und die Modalitäten der Kurzarbeit können, da es sich bei Kurzarbeit um einen kollektiven Tatbestand handelt, für den ganzen Betrieb oder zumindest für einen Betriebsteil sinnvollerweise nur einheitlich geregelt werden.<sup>776</sup>

Ein solcher Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit ist jedoch nicht mit Zweckmäßigkeitaspekten zu begründen<sup>777</sup>, aus diesem Grund ordnet die hM tarifliche Kurzarbeitsklauseln als Inhaltsnormen ein.

Da Inhaltsnormen zugleich Betriebsnormen iSd § 3 Abs 2 TVG sein können, ist zu hinterfragen, ob Kurzarbeitsklauseln Tarifnormen mit **Doppelcharakter** sind.<sup>778</sup> Dies setzt voraus, dass die mit ihnen verbundenen Nachteile von den Tarifvertragsparteien im Interesse der betrieblichen Ordnung auch den nichtorganisierten Arbeitnehmern aufgebürdet werden können. Im Interesse der Ordnung des Betriebes muss sich die Einführung von Kurzarbeit aufgrund der tarifvertraglichen Klausel auf alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf deren Tarifgebundenheit erstrecken. Dies ist nur möglich, wenn man in der Klausel eine Betriebsnorm sieht, welche gem § 3 Abs 2 TVG für alle Arbeitnehmer gilt. Damit ist die Klausel nach Ansicht *Conzes*<sup>779</sup> als „Doppelnorm“, also sowohl als Inhaltsnorm als auch Betriebsnorm zu qualifizieren. Die Einordnung als Doppelnorm läuft darauf hinaus, dass dieselbe Wirkung, wie bei Qualifizierung als Betriebsnorm bewirkt wird. Die Variante des Doppelcharakters ist jedoch abzulehnen, da durch sie die negative Koalitionsfreiheit beeinträchtigt wird. Nur wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Tarifbindung besteht, können Kurzarbeitsklauseln in Tarifverträgen auch Wirkung entfalten.<sup>780</sup>

In der Praxis kann die Unterscheidung in Betriebs- oder Inhaltsnorm dahingestellt werden. Der tarifgebundene Arbeitgeber wird idR alle Arbeitnehmer, ohne Rücksicht auf ihre Tarifgebundenheit, nach dem Tarifvertrag behandeln und dies durch eine Gesamtzusage oder

---

<sup>774</sup> Es besteht keine einheitliche Definition für den Begriff Betriebsnorm, Einigkeit herrscht nur darüber, dass der Arbeitnehmer durch die Betriebsnormen in seiner Stellung als Mitglied der Belegschaft betroffen ist, siehe *Conze*, Einführung von Kurzarbeit 70.

<sup>775</sup> *Conze*, Einführung von Kurzarbeit 74.

<sup>776</sup> *Reibach*, Kurzarbeit 39 ff; *Bischof*, NZA 1995, 1021 ff; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 145.

<sup>777</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 72.

<sup>778</sup> So *Conze*, Einführung von Kurzarbeit 68 ff, der sie als Doppelnormen bezeichnet.

<sup>779</sup> *Conze*, Einführung von Kurzarbeit 74.

<sup>780</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 72.

betriebliche Übung verbindlich festlegen.<sup>781</sup> Eine umfassende Geltung der tariflichen Regelung für sämtliche Betriebsangehörige kann auch aufgrund einer betriebsverfassungsrechtlichen Umsetzung mittels einer Betriebsvereinbarung im Rahmen der Mitbestimmung des Betriebsrates erfolgen.<sup>782</sup>

Dem Arbeitgeber stehen mit der Änderungskündigung wie auch der einzelvertraglichen Vereinbarung rechtliche Mittel zur Verfügung, mit denen er individualarbeitsrechtlich die Rechtslage für Außenseiter an die der tarifgebundenen Arbeitnehmer, hinsichtlich der Einführung von Kurzarbeit, anpassen kann.<sup>783</sup>

#### **2.4.2. Mitbestimmung des Betriebsrates und Ankündigungsfrist**

Falls der Tarifvertrag die Kurzarbeit abschließend und erschöpfend regelt, besteht kein Beteiligungsrecht des Betriebsrates.<sup>784</sup> Ist auch die Durchführung im Einzelnen geregelt, entfällt ein Mitbestimmungsrecht ganz. Der Arbeitgeber kann dann aufgrund der unmittelbar und zwingend auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse einwirkenden tariflichen Regelungen, Kurzarbeit auch ohne Einverständnis der Arbeitnehmer einführen.

In der Praxis sind jedoch idR tarifvertragliche Öffnungsklauseln vorgesehen, die den Arbeitgeber zwar ermächtigen, Kurzarbeit einzuführen. Die genauere Festlegung der Modalitäten bleibt hingegen meist speziellen Regelungen der Betriebsparteien vorbehalten.<sup>785</sup>

Wenn die Voraussetzungen für Kurzarbeit vorliegen, kann diese mit Zustimmung des Betriebsrates und - wie die meisten Kollektivverträge vorsehen - nach einer Ankündigung unter Einhaltung einer **Ankündigungsfrist** eingeführt werden. Die Ankündigung hat den Zweck, dass die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer sich rechtzeitig auf Arbeits- und Verdienstaussfall einstellen können.<sup>786</sup> Eine diese Frist missachtende Betriebsvereinbarung ist unwirksam.<sup>787</sup>

Die Pflicht einer rechtzeitigen vorhergehenden Mitteilung trifft den Arbeitgeber als Teil seiner allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht. Welcher Zeitraum als angemessen zu

---

<sup>781</sup> Winter, Kurzarbeit 73 ff mwN.

<sup>782</sup> Kreitner in Küttner/Röller (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 2 ff.

<sup>783</sup> Boecken, RdA 2000, 7.

<sup>784</sup> Es besteht eine Regelungssperre zum Schutz der Tarifautonomie, die als Tarifvorbehalt bezeichnet wird (§ 77 Abs 3 BetrVG); Richardi in Richardi (Hrsg), Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup> (2008) § 77 Rn 240.

<sup>785</sup> Bischof, NZA 1995, 1021 ff.

<sup>786</sup> Bähringer/Spiegelhalter, Kurzarbeit<sup>12</sup> 21.

<sup>787</sup> BAG v 12.10.1994, 7 AZR 398/93, DB 1995, 734.

betrachten ist, hängt vom Einzelfall ab.<sup>788</sup>

Eine entsprechende Regelung fehlt im österreichischen Recht, obwohl sie sicher sinnvoll und berechtigt wäre, zumal sie schon vor der Zustimmung des Betriebsrates unverbindlich erfolgen kann.<sup>789</sup>

### 2.4.3. Verfassungsmäßigkeit der Kurzarbeitsklausel?

Die tarifvertragliche Ermächtigung des Arbeitgebers zur Anordnung von Kurzarbeit stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer auf Ebene der Berufsausübungsfreiheit dar. Soweit jedoch die Verfassungsmäßigkeit von Kurzarbeitsklauseln in Tarifverträgen wegen eines Verstoßes gegen Art 12 GG bezweifelt wird<sup>790</sup>, ist dem zu widersprechen. Nach Art 12 Abs 1 Satz 2 GG sind Eingriffe zulässig, wenn sie durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen und durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Das mit Kurzarbeit verfolgte Ziel, betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden und dadurch Arbeitslosigkeit zu verhindern, ist als ein vernünftiger Gemeinwohlbelang einzuordnen.<sup>791</sup>

### 2.5. Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage

Die Dauer der Arbeitszeit ist im deutschen Recht grundsätzlich nicht mitbestimmungspflichtig. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG, wenn die betriebsübliche Arbeitszeit vorübergehend verkürzt werden soll.<sup>792</sup> Dies unterliegt der **obligatorischen** Mitbestimmung des Betriebsrates, soweit keine gesetzlichen oder tariflichen Regelungen vorhanden sind. Die Struktur der Regelungsbefugnis, dass der Tarifvertrag Vorrang vor der Betriebsvereinbarung und diese gegenüber dem Einzelvertrag hat, ist in der dt Rechtsordnung ebenso wie in der österreichischen zu beachten.<sup>793</sup>

Der **Tarifvorbehalt** des § 87 BetrVG gilt nur insoweit, als Tarifverträge ausdrückliche Regelungen für die Anordnung von Kurzarbeit enthalten. Nur wenn ein Tarifvertrag eine abschließende Regelung sowohl für die Einführung der Kurzarbeit als auch für die Folgen der Kurzarbeit enthält, würde er der Mitbestimmung des Betriebsrates vorgehen.<sup>794</sup>

---

<sup>788</sup> Caspers, Kurzarbeit (Dissertation Köln 1965) 80.

<sup>789</sup> Winter, Kurzarbeit 73 ff.

<sup>790</sup> Heinze, RdA 1998, 14-23.

<sup>791</sup> Boecken, RdA 2000, 7; Bieback in Gagel (Hrsg), SGB III § 169 Rn 140 ff.

<sup>792</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht<sup>8</sup> Rn 739.

<sup>793</sup> § 87 Abs 1 BetrVG; da die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend geschützt sind; vgl Kania in Müller-Glöge/Schmidt/Preis (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> Bd 51 (2009) § 87 BetrVG Rn 10, 14.

<sup>794</sup> Bieback in Gagel (Hrsg), SGB III § 169 Rn 156.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht jedoch nicht bei jeder Änderung der Arbeitszeit, sondern nur bei der *vorübergehenden* Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und soweit es sich um einen Kollektivtatbestand handelt, das heißt soweit es nicht um individuelle Regelungen ohne Kollektivbezug geht.<sup>795</sup>

Ein Unterschied zur österreichischen Rechtsordnung besteht dahingehend, dass dieser Sachverhalt in Österreich nur einer **fakultativen** Mitbestimmung (§ 97 Abs 1 Z 13 ArbVG) unterliegt, falls keine Einigung zustande kommt, kann keine Betriebsvereinbarung erzwungen werden.

Gelingt also eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in Form einer Betriebsvereinbarung, wirkt diese Regelung wie ein Gesetz unmittelbar auf die einzelnen Arbeitsverträge ein. Wenn es hingegen in Deutschland zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zu keiner Einigung kommt, entscheidet gem § 87 Abs 2 BetrVG die Einigungsstelle mit normativ wirkendem Spruch. Der Belegschaftsvertretung wird somit ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht eingeräumt, die Zustimmung des Betriebsrates wird zur Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>796</sup>

Falls es zu keiner Einigung über die Einführung von Kurzarbeit kommt, kann der Arbeitgeber dieses Zustimmungserfordernis nicht durch den Abschluss gleichlautender Einzelarbeitsverträge oder Änderungsverträge oder –kündigungen umgehen. Eine derartige Umgehung gesetzlicher Normen wäre rechtswidrig und bedeutet ein Hinwegsetzen über zwingende gesetzliche Vorschriften.<sup>797</sup> Das Gesetz versucht durch das Vorschreiben eines bestimmten Verfahrens zur vorübergehenden Arbeitszeitverkürzung, einen effizienten Schutz aller im Betrieb tätigen Arbeitnehmer zu verwirklichen.<sup>798</sup>

Das Mitbestimmungsrecht entfällt selbst dann nicht, wenn **Eil- bzw Notfälle** vorliegen<sup>799</sup>, da die Verpflichtung zur betrieblichen Mitbestimmung vom Gesetz nicht situationsgebunden wurde, sondern arbeitszeitrechtliche Fragen unabhängig von der jeweiligen Ursache der

---

<sup>795</sup> *Bischof*, NZA 1995, 1021; *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 59; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 157 f.

<sup>796</sup> *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 71.

<sup>797</sup> *Reibach*, Kurzarbeit 42.

<sup>798</sup> *Reibach*, Kurzarbeit 41 mwN.

<sup>799</sup> *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 155.

Zustimmung des Betriebsrates zuordnet.<sup>800</sup>

Die Auffassung, dass die Einführung von Kurzarbeit allein durch Betriebsvereinbarung unzulässig sei, vertritt insb *Söllner*.<sup>801</sup> Die Wirksamkeit arbeitszeitverkürzender Betriebsvereinbarungen ist aber nach *Bähringer/Spiegelhalter*<sup>802</sup> unmittelbar aus dem Gesetz abzuleiten.

### 2.5.1. Erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrates im Entgeltbereich?

In der dt Lit besteht Uneinigkeit, ob sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch auf die Folgen der Arbeitszeitverkürzung, also auf die Entlohnung der betroffenen Arbeitnehmer bezieht und die Hauptpflichten des Arbeitsvertrages dadurch in einem derartigen Umfang zu Lasten der Arbeitnehmer suspendiert werden können.

Gegen eine Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Entgeltreduktion aufgrund einer Betriebsvereinbarung wird von einigen Autoren die mangelnde gesetzliche Deckung vorgebracht.

*Berkowsky*<sup>803</sup> ist der Ansicht, dass der Betriebsrat durch Betriebsvereinbarung keine Verkürzung der Arbeitszeit unter entsprechender Kürzung des Entgelts normieren kann. § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG betrifft nur die Arbeitszeit, nicht den Entgeltfaktor. Auch nach *Boecken*<sup>804</sup> enthält das BetrVG keine Kompetenzgrundlage für die Anordnung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung mit entsprechender Vergütungsminderung, da insbesondere eine solche Grundlage weder aus § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG noch aus § 88 BetrVG entnommen werden kann.

Beachtet man, dass die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs 1 BetrVG eine abschließende Regelung enthalten, können dem Betriebsrat Annexkompetenzen nur in engen Grenzen zukommen. Auch *Werner*<sup>805</sup> geht davon aus, dass sich die Auslegung des Mitbestimmungstatbestandes in den Grenzen des Wortlauts und der Systematik der Vorschrift zu halten hat. Diese sprechen gegen eine Zuständigkeit des Betriebsrates zur Regelung von

---

<sup>800</sup> *Reibach*, Kurzarbeit 42; *Richardi* in *Richardi* (Hrsg), Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup> (2008) § 87 Rn 53 ff.

<sup>801</sup> *Söllner*, Arbeitsrecht<sup>7</sup> (1981) 168.

<sup>802</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 15.

<sup>803</sup> *Berkowsky* in *Richardi/Wlotzke* (Hrsg), Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> Bd 2 (2000) § 138 Rn 145.

<sup>804</sup> *Boecken*, RdA 2000, 7.

<sup>805</sup> *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 72.

Entgeltfragen im Zusammenhang mit der Anordnung von Kurzarbeit. Fragen der Lohngestaltung fallen nach der Konzeption des § 87 Abs 1 BetrVG ausschließlich den Mitbestimmungstatbeständen des Abs 1 Nr 10 und Abs 1 Nr 11 zu. Da die Arbeitnehmer vor Entgelteinbußen zudem ausreichend durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates zur Gestaltung der Arbeitszeit geschützt sind, ist eine erweiterte Auslegung des Mitbestimmungstatbestandes des Abs 1 Nr 3 nicht erforderlich.<sup>806</sup> Ist der Betriebsrat der Ansicht, die mit der Arbeitszeitverkürzung verbundene Entgeltkürzung stelle für die Arbeitnehmer des Betriebes ein unangemessenes Sonderopfer dar, kann er seine Zustimmung zu einer Arbeitszeitverkürzung verweigern.

Umstritten ist, ob das Mitbestimmungsrecht auch die Mitbestimmung über die materiellen Absicherungen bei Kurzarbeit erfasst, insbesondere die Zahlung eines Zuschusses zum Kurzarbeitergeld. Zum Schutzzweck der Mitbestimmung gehört es vor allem, die Arbeitnehmer vor Entgeltverlusten zu bewahren. Deshalb ist **Biebach**<sup>807</sup> der Ansicht, dass es diesem Zweck der Regelung entspricht, als Annex zur Verkürzung der Arbeitszeit auch die Frage des Entgeltverlustes mitzubestimmen.

Während das BAG<sup>808</sup> ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates ablehnt, wird in der Lit auch die Meinung vertreten, dass ein Mitbestimmungsrecht insbesondere über die Aufstockung des Kurzarbeitergeldes durch den Arbeitgeber nach dem Schutzzweck des § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG geboten sei. Soweit keine tarifliche Regelung über die Zahlung eines Zuschusses zum Kurzarbeitergeld besteht, geht **Matthes**<sup>809</sup> davon aus, dass vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch eine Regelung gedeckt wird, die die Zahlung eines solchen Zuschlags durch den Arbeitgeber vorsieht. Wenn Zweck der Mitbestimmung bei der Einführung von Kurzarbeit der Schutz der Arbeitnehmer vor Entgeltverlusten ist, dann dient diesem Zweck nicht nur eine Vermeidung oder Herabsetzung der geplanten Kurzarbeit, sondern auch eine Ausgleichszahlung, die den Entgeltverlust begrenzt.

---

<sup>806</sup> *Kania* in *Möller-Glöge/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> § 87 BetrVG Rn 37.

<sup>807</sup> *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 154 mwN.

<sup>808</sup> BAG v 21.01.2003, 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097.

<sup>809</sup> *Matthes* in *Richardi/Wlotzek* (Hrsg), Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> Bd 3 (2000) § 335 Rn 37.

Hingegen geht *Kania*<sup>810</sup> davon aus, dass sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht auf das während der verkürzten Arbeitszeit zu zahlende Entgelt erstreckt. Einerseits besteht das Mitbestimmungsrecht auch dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit ohne Minderung der Vergütung kürzen will. Andererseits ist der Betriebsrat nicht berechtigt, seine Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit davon abhängig zu machen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern das volle Entgelt zahlt bzw die Differenz zwischen vollem Entgelt und Kurzarbeitergeld ausgleicht. Wird Kurzarbeit wirksam eingeführt, hat der Arbeitnehmer bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen neben der Vergütung für seine kürzere Arbeitszeit nur Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

### 2.5.2. Mitbestimmung und Initiativrecht des Betriebsrates

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates erstreckt sich auf alle mit der Kurzarbeit zusammenhängenden Einzelfragen: ob und für welchen Zeitraum sie eingeführt wird, welche Form der Kurzarbeit gewählt wird und von welchen Arbeitnehmern Kurzarbeit geleistet werden soll.<sup>811</sup>

Da die Zahlung von **Transferkurzarbeitergeld** nicht auf einer vorübergehenden Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit beruht, ist der Betriebsrat an diesen Maßnahmen nicht zu beteiligen.<sup>812</sup>

Ob auch dem Betriebsrat ein Initiativrecht zusteht, war lange Zeit umstritten. Nach der Rsp des BAG<sup>813</sup> steht dem Betriebsrat ein **Initiativrecht** zu, das sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext ergibt, aber aus dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs 1 Z 3 BetrVG abgeleitet wird.<sup>814</sup> Ein Mitbestimmungsrecht schließt auch die Befugnis ein, eine entsprechende Initiative zu ergreifen, denn andernfalls wäre das Mitbestimmungsrecht ungerechtfertigt gekürzt.<sup>815</sup> Der Betriebsrat hat somit die Möglichkeit von sich aus die Einführung von Kurzarbeit anzuregen und eine Entscheidung der Einigungsstelle über diese

---

<sup>810</sup> *Kania* in *Möller-Glöge/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> § 87 BetrVG Rz 37 mwN.

<sup>811</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 13; *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 70; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 152.

<sup>812</sup> *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 72.

<sup>813</sup> BAG v 04.03.1986, AP Nr 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit, mit Anm Wiese = DB 1986, 1395.

<sup>814</sup> Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs 1 BetrVG schließt grundsätzlich auch ein Initiativrecht des Betriebsrates ein.

<sup>815</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 114 mwN; *Richardi* in *Richardi* (Hrsg), Kommentar BetrVG<sup>11</sup> § 87 Rn 66 begründet das Initiativrecht mit der historischen Kontinuität.

Frage herbeizuführen.<sup>816</sup> Stellt der Arbeitgeber, obwohl die materiellen Voraussetzungen der Zahlung von Kurzarbeitergeld vorliegen, keinen Antrag, so kann der Betriebsrat ihn mittels seines Initiativrechts hierzu zwingen.

Nach dem BAG ist Zweck des Mitbestimmungsrechts bei Einführung von Kurzarbeit nicht nur der Schutz der Arbeitnehmer vor Entgeltminderung, sondern auch der Schutz vor Kündigung. Diesem Zweck entspricht es, wenn der Betriebsrat selbst die Initiative ergreifen kann und die Einführung von Kurzarbeit gegebenenfalls durch einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen kann.<sup>817</sup>

Da die Einführung von Kurzarbeit zu einer Minderung des Arbeitsentgelts der betroffenen Arbeitnehmer führt und den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen verhindern kann, hat der Betriebsrat die Möglichkeit den Arbeitgeber zum Abschluss einer entsprechenden Regelung aufzufordern.<sup>818</sup> Deshalb geht die hM<sup>819</sup> von einem Initiativrecht des Betriebsrates bei der Regelung einer vorübergehenden Arbeitszeitverkürzung aus.

Ein Teil der deutschen Lit<sup>820</sup> übte heftige Kritik und hält diese Rsp für verfassungswidrig, da ein elementares Stück unternehmerischer Freiheit geopfert werde, wenn sich der Betriebsrat gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen könne. Mit dem Interesse der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihrer Arbeitsplätze könne nach *Bischof*<sup>821</sup> ein Initiativrecht des Betriebsrates und eine erzwingbare Kurzarbeit wissenschaftlich nicht einleuchtend begründet werden. Einerseits gäbe es kein Grundrecht auf Arbeit bzw einen Arbeitsplatz<sup>822</sup>, andererseits sei die Unternehmerfreiheit grundgesetzlich durch Art 12 I und 14 I GG garantiert. Mit der Initiative zur Einführung von Kurzarbeit kann der Betriebsrat nur das Ziel verbinden, betriebsbedingte Entlassungen bzw Betriebsänderungen durch Personalabbau zu verhindern. § 87 Abs 1 Z 3 BetrVG darf nicht mit dem Ziel interpretiert werden, dem Betriebsrat durch die „Hintertüre“ Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen zu gewähren.

---

<sup>816</sup> *Kreitner* in *Küttner/Röllner* (Hrsg), *Personallbuch*<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 7 ff; *Kania* in *Möller-Glöge/Schmidt* (Hrsg), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*<sup>9</sup> § 87 BetrVG Rn 9; aA *Otto* Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Regelung von Dauer und Lage der Arbeitszeit, *NZA* 1992, 97; *Bischof*, *NZA* 95, 1021 jeweils mwN.

<sup>817</sup> *Barnhofer*, *Kurzarbeit* 114 f.

<sup>818</sup> *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 60.

<sup>819</sup> *Kania* in *Möller-Glöge/Schmidt* (Hrsg), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*<sup>9</sup> § 87 BetrVG Rn 35; *Richardi* in *Richardi* (Hrsg), *Kommentar BetrVG*<sup>11</sup> § 87 Rn 366; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), *SGB III* § 169 Rn 153; *Gäbert*, *Das Initiativrecht des Betriebsrates bei der Einführung von Kurzarbeit*, *NZA* 1986, 412 ff.

<sup>820</sup> *Bischof*, *NZA* 1995, 1021.

<sup>821</sup> *Bischof*, *NZA* 1995, 1021; *Barnhofer*, *Kurzarbeit* 114 mwN.

<sup>822</sup> Gesetzlich verankert ist lediglich das Recht der freien Arbeitsplatz- und Berufswahl im Rahmen des Art 12 GG.

Das BAG<sup>823</sup> entschied jedoch, dass Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nicht unter dem Vorbehalt stehen, dass durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden dürfe, so dass aus diesem Grund auch eine Einschränkung des Initiativrechts nicht möglich ist. Eine Einschränkung des Initiativrechts kann sich aus dem Inhalt des Mitbestimmungsrechts selbst ergeben, soweit dies nur eine abwehrende Funktion hat.<sup>824</sup>

Bei richtiger Interpretation des Mitbestimmungstatbestandes besteht somit **kein Grund**, das **Initiativrecht** einem **besonderen Schrankenvorbehalt** zu unterwerfen. Soweit ein Mitbestimmungstatbestand Auswirkungen auf unternehmerische Entscheidungen hat, wird die unternehmerische Entscheidungsautonomie bereits durch die Mitbestimmung und nicht erst durch das Initiativrecht berührt.<sup>825</sup>

Auch unter Berücksichtigung der gesetzlichen Gesamtregelung des BetrVG, insb §§ 111 ff BetrVG kann sich keine Restriktion der Mitbestimmung ergeben.<sup>826</sup>

Wenn auf den Wortlaut des Gesetzes „mitbestimmen“ abgestellt wird und zuerst ein „bestimmen“ des Arbeitgebers verlangt wird<sup>827</sup>, widerspricht dies der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes, das von einem „Bestimmungsrecht“ beider Parteien und insoweit von einer „Mitbestimmung“ ausgeht.<sup>828</sup>

### 2.5.3. Grenze des Mitbestimmungsrechts

Der Betriebsrat hat zwar ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht, das geht jedoch nicht soweit, dass der Betriebsrat der Antragstellung des Arbeitgebers auf Bewilligung von Kurzarbeitergeld widersprechen könnte oder seine Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit von der Gewährung von Kurzarbeitergeld abhängig machen könnte, da ein Mitbestimmungsrecht über Entgeltfragen nach § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG nicht besteht.<sup>829</sup> Eine weitere Einschränkung besteht dahingehend, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer einseitig von ihrer Arbeitspflicht suspendieren kann, wenn Kurzarbeitergeld bewilligt wurde.

---

<sup>823</sup> BAG v 31.08.1982, E 40, 107, 121 = AP Nr 8 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; BAG v 04.03.1986, AP Nr 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Kurzarbeit.

<sup>824</sup> *Kania* in *Möller-Glöge/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> § 87 BetrVG Rn 9.

<sup>825</sup> *Richardi* in *Richardi* (Hrsg), Kommentar BetrVG<sup>11</sup> § 87 Rn 71.

<sup>826</sup> *Barnhofer*, Kurzarbeit 140.

<sup>827</sup> So bspw Boecken, RdA 2000, 7.

<sup>828</sup> *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 153.

<sup>829</sup> *Kreitner* in *Küttner/Röllner* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 7 ff.

## **2.6. Einführung von Kurzarbeit aufgrund der §§ 169 ff SGB III**

*Heinze*<sup>830</sup> vertritt die Ansicht, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 169 ff SGB III für den Bezug von Kurzarbeitergeld eine rechtliche Grundlage für die Einführung von Kurzarbeit mit einer entsprechenden Verminderung des Entgelts vorläge.

Hier wird ohne Anhaltspunkt im Gesetz aus dem SGB III eine arbeitsrechtliche Gestaltungsbefugnis abgeleitet. Die Ansicht kann jedoch dadurch entkräftet werden, dass die Gewährung von Kurzarbeitergeld ihren Voraussetzungen nach an das Vorliegen eines arbeitsrechtlich zulässigerweise herbeigeführten Entgeltausfalles knüpft, dass heißt an die wirksame Verlagerung des nach § 615 BGB grundsätzlich den Arbeitgeber treffenden Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf die Arbeitnehmer. Damit ist es ausgeschlossen, dass arbeitnehmerseitige Ansprüche aus § 615 BGB durch die Erfüllung der Voraussetzungen auf Kurzarbeitergeld sozialrechtlich suspendiert werden. Auch bei der Kurzarbeit dominiert das Sozialrecht nicht das Arbeitsrecht.<sup>831</sup> Das Sozialrecht setzt zwar die Möglichkeit voraus Kurzarbeit arbeitsrechtlich wirksam einführen zu können, wie das geschieht, ist arbeitsrechtlich zu lösen. Insoweit ist die arbeitsrechtlich wirksame Einführung der Kurzarbeit Tatbestandsvoraussetzung der sozialrechtlichen Lösung, die §§ 179 ff SGB III selbst schaffen keine eigenständige arbeitsrechtliche Gestaltungsbefugnis.<sup>832</sup>

## **2.7. Zusammenfassung<sup>833</sup> und eigene Meinung**

Als Ermächtigungsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit kommen tarifliche Kurzarbeitsklauseln, die Betriebsvereinbarung, der Einzelarbeitsvertrag und die §§ 17 ff KSchG in Frage.

Die Einführung von Kurzarbeit bei beabsichtigter Massenentlassung nach § 19 KSchG ist eine Besonderheit des dt Rechts. Wenn die Voraussetzungen für eine Massenentlassung gem § 17 KSchG vorliegen, besteht die Möglichkeit nach Zulassung durch das Landesarbeitsamt Kurzarbeit einzuführen, vorausgesetzt es besteht keine tarifvertragliche Regelung. Allerdings handelt es sich bei der Zulassung lediglich um eine Ermächtigung, die Zulassung selbst beinhaltet keine Regelung. Diese Form der Einführung unterscheidet sich in ihrer Zielsetzung

---

<sup>830</sup> *Heinze*, RdA 1998, 14-23.

<sup>831</sup> *Boecken*, RdA 2000, 7.

<sup>832</sup> *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 145 f.

<sup>833</sup> Zur Gegenüberstellungstabelle siehe Pkt D.8.

von den anderen insoweit als letztendlich nicht die Erhaltung der Arbeitsplätze bewirkt werden soll, sondern Ziel des Verfahrens die Entlassung der Mitarbeiter ist.

Zur Einführung von Kurzarbeit mit entsprechender Lohnminderung ist der Arbeitgeber nur aufgrund einer Kollektivvereinbarung oder einzelvertraglicher Vereinbarung berechtigt. Einzelvertragliche Vereinbarungen können, falls der Betriebsrat nicht zustimmt, nur in betriebsratlosen Betrieben in Betracht kommen, sonst käme es zu einer unzulässigen Umgehung des Mitbestimmungsrechts.<sup>834</sup>

Kurzarbeit kann auch aufgrund tarifvertraglicher Normen eingeführt werden. Strittig ist die Qualifizierung derartiger **Kurzarbeitsklauseln** als Inhalts-, Betriebs- oder Doppelnormen. Die Einordnung hat Auswirkungen im Hinblick auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer, die bei der Qualifizierung als Betriebsnorm ebenfalls von der Wirkung erfasst wären.

Die hM ist der Ansicht, dass es sich um Inhaltsnormen handelt, die nur bei beiderseitiger Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirksam sind. Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben, da auch bei der Qualifizierung als Doppelnorm, das bedeutet, dass die tarifvertragliche Kurzarbeitsklausel sowohl Betriebs- als auch Inhaltsnorm ist, dieselbe Wirkung wie bei der Qualifizierung als Betriebsnorm erreicht wird. Bei einem derartigen Verständnis sind bei Einführung von Kurzarbeit sämtliche betroffene Arbeitnehmer des Betriebes ohne Rücksicht auf die Tarifgebundenheit von der Wirkung erfasst. Dies stellt einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit dar und ist auch mit Vereinfachungsgründen und dem betrieblichen Ordnungsinteresse nicht zu rechtfertigen.

Sind die Bedingungen der Kurzarbeit tarifvertraglich geregelt, kommt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nur dann zu, wenn die Tarifvertragsparteien nicht alle mitbestimmungspflichtigen Fragen abschließend geregelt haben.<sup>835</sup>

Gem § 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG kann Kurzarbeit auch durch Betriebsvereinbarung eingeführt werden. Der Betriebsrat hat diesfalls ein obligatorisches Mitbestimmungsrecht. Es muss sich um eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit und um einen Kollektivtatbestand handeln. Falls es zu keiner Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kommt, kann die

---

<sup>834</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 20.

<sup>835</sup> *Werner* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> § 87 BetrVG Rn 71.

Einigungsstelle, die mit normativ wirkendem Spruch entscheidet, von beiden angerufen werden.

Nach hM bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates jedoch nicht auf die **Regelung des Entgelts**, da dies aufgrund der Systematik und des Wortlautes des Gesetzes nicht vorgesehen ist.

Bei der Frage, ob der Betriebsrat auch im Hinblick auf die entgeltlichen Folgen ein Mitbestimmungsrecht hat, ist meiner Ansicht nach im Einklang mit der hM davon auszugehen, dass sich das obligatorische Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht auf die entgeltlichen Folgen der Einführung von Kurzarbeit bezieht. Wie auch im österreichischen Gesetz geben die gesetzlichen Bestimmungen keinen Anhaltspunkt dafür. Aus diesem Grund sollten die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates auch nicht erweitert werden.

Ebenso umstritten ist das **Initiativrecht** des Betriebsrates. Das BAG und die hM sprechen dem Betriebsrat ein umfassendes Initiativrecht zu, da der Zweck des Mitbestimmungsrechts nicht nur der Schutz vor Entgeltminderung, sondern auch der Schutz vor Kündigung sei.

Die Gegenmeinung bringt vor, dass dadurch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird. Infolge betonte das BAG, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates jedoch nicht unter dem Vorbehalt unternehmerische Entscheidungsfreiheit stehe.

Im Hinblick auf das Initiativrecht des Betriebsrates ist mE davon auszugehen, dass ein solches durchaus besteht und dadurch auch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Wie schon erörtert, wird die Entscheidungsfreiheit durch das Mitbestimmungsrecht per se und nicht durch ein Initiativrecht berührt. Da in Deutschland keine Sozialpartnerschaftsvereinbarung für den Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe vorausgesetzt wird, ist zumindest durch die obligatorische Mitbestimmung und das Initiativrecht des Betriebsrates ein durchsetzbares und dementsprechend wichtiges Mitspracherecht gewährleistet.

### 3. Kurzarbeitergeld

Das Kurzarbeitergeld ist eine Entgeltersatzleistung<sup>836</sup>, im SGB III geregelt und das dt Pendant zur österreichischen Kurzarbeitsbeihilfe.

---

<sup>836</sup> § 116 Abs 4 SGB III.

Im Gegensatz zur österreichischen Regelung ist der Arbeitnehmer Inhaber des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld, die Realisierung des Anspruchs wird jedoch dem Arbeitgeber überlassen.<sup>837</sup> Er ist für die Weiterleitung an die kurzarbeitenden Arbeitnehmer verantwortlich. Das Rechtsverhältnis, das der Leistung des Kurzarbeitergeldes zu Grunde liegt, ist öffentlich-rechtlicher Natur und gestaltet sich in erster Linie zwischen dem Arbeitnehmer als Anspruchsberechtigtem und der Bundesagentur für Arbeit als Anspruchsverpflichtete. Trotzdem fehlt es nicht an einigen Berührungspunkten zu dem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber hat die Kurzarbeit anzuzeigen, die Anspruchsvoraussetzungen nachzuweisen etc. Dafür besteht zwar keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, diese ergibt sich jedoch aus der jedem Arbeitsverhältnis innewohnenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.<sup>838</sup> Ein weiterer Unterschied zur österreichischen Kurzarbeitsbeihilfe besteht dahingehend, dass die Leistung Kurzarbeitergeld in Deutschland bei der Bundesagentur für Arbeit traditionell als Lohnersatzleistung zählt, also als Leistung der passiven Arbeitsmarktpolitik und nicht der aktiven.<sup>839</sup>

Kurzarbeitergeld wird für den Arbeitsausfall, nach Anzeige über den voraussichtlichen Arbeitszeitausfall an die Agentur für Arbeit, während der Bezugsfrist geleistet. Die Bezugsfrist gilt einheitlich für alle in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und beginnt mit dem ersten Kalendermonat für den in einem Betrieb Kurzarbeitergeld gezahlt wird.<sup>840</sup> Die Bezugsfrist für derartige Leistungen wurde bereits durch die VO vom 26.11.2008 (BGBl I 08, 2332) von maximal sechs Monaten<sup>841</sup> auf 18 Monate erweitert und ist nach einer nochmaligen Ausdehnung seit dem 05.06.2009 für einen Zeitraum von 24 Monaten beziehbar.<sup>842</sup> Sind seit dem letzten Kalendermonat, für den Kurzarbeitergeld geleistet worden ist, drei Monate vergangen und liegen die Anspruchsvoraussetzungen erneut vor, beginnt eine neue Bezugsfrist.<sup>843</sup>

Bzgl des Saison-Kurzarbeitergeldes gilt die Regelung, dass es für die Dauer des Arbeitsausfalls während der Schlechtwetterzeit geleistet wird. Zeiten des Bezuges von

---

<sup>837</sup> *Kreitner in Küttner/Röller* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 56.

<sup>838</sup> *Caspers*, Kurzarbeit 177 f.

<sup>839</sup> *Deeke/Ohlert*, IAB-Forschungsbericht, Nr 03/2009.

<sup>840</sup> § 177 SGB III.

<sup>841</sup> Vgl § 177 Abs 1 SGB III.

<sup>842</sup> Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld gem § 177 SGB III für maximal sechs Monate.

<sup>843</sup> § 177 Abs 3 SGB III.

Saison-Kurzarbeitergeld werden nicht auf die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld angerechnet und die gelten nicht als Zeiten der Unterbrechung iSd § 177 Abs 3 SGB III.<sup>844</sup>

### **3.1. Höhe und Zuschüsse**

Die **Höhe** des Kurzarbeitergeldes beträgt wie beim Arbeitslosengeld 60% bzw 67% des pauschalierten ausgefallenen Nettoarbeitsentgelts.<sup>845</sup> Der Prozentsatz hängt davon ab, ob der Kurzarbeitergeld beziehende Arbeitnehmer mit einem Kind im Haushalt lebt.<sup>846</sup>

Die Berechnungsgrundlage bildet das Soll-Entgelt, dh das Bruttoeinkommen, das der Arbeitnehmer normalerweise bezogen hätte. Davon ist das Ist-Entgelt, also das tatsächlich erzielte Bruttoentgelt in der Kurzarbeitsphase für die tatsächlich geleistete Arbeit inkl weiterer Entgeltanteile, abzuziehen. Für diesen Nettowert des Differenzbetrages im Anspruchszeitraum erhalten die Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld in Höhe von 60% bzw 67%.<sup>847</sup>

Außer durch die Höhe des Kurzarbeitergeldes und durch entfallende Zuschläge kann die Höhe des tatsächlichen Verdienstaufalles durch Mindestlohn- oder Mindestgehaltsgarantien oder durch Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld beeinflusst werden.<sup>848</sup>

### **3.2. Förderbare Arbeitgeber und Arbeitnehmer; betriebliche Voraussetzungen**

Die betrieblichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld sind erfüllt, wenn in einem Betrieb mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist und Kurzarbeit angezeigt wurde. Die Anzeige der Kurzarbeit muss jedoch nicht für den Gesamtbetrieb erfolgen, sie kann auch nur für eine Betriebsabteilung gelten.<sup>849</sup>

### **3.3. Anzeige**

Gem § 173 SGB III haben der Arbeitgeber bzw der Betriebsrat den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit<sup>850</sup> schriftlich anzuzeigen.<sup>851</sup> Wenn ein Betriebsrat vorhanden ist, muss der

---

<sup>844</sup> § 177 Abs 4 SGB III.

<sup>845</sup> § 178 SGB III.

<sup>846</sup> Vgl § 32 EstG.

<sup>847</sup> § 179 SGB III.

<sup>848</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 115 ff.

<sup>849</sup> Betrieb iSd Vorschrift über das Kurzarbeitergeld ist auch eine Betriebsabteilung, § 171 SGB III.

<sup>850</sup> Zuständig ist jene in deren Bezirk der Betrieb liegt.

<sup>851</sup> Die Anzeige ist eine materielle Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld.

Meldung die schriftliche Zustimmung des Betriebsrates beigefügt werden.<sup>852</sup> Mit der Anzeige sind das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalles und die betrieblichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld glaubhaft zu machen. Die Anzeige über den Arbeitsausfall muss spätestens bis zum letzten Tag des Kalendermonats gestellt werden, in dem die Kurzarbeit erstmals durchgeführt wird. Sie gilt dann rückwirkend ab dem 1. Tag des Monats.<sup>853</sup>

Die Agentur für Arbeit hat sodann einen schriftlichen Bescheid zu erteilen, ob aufgrund der in der Anzeige dargelegten und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>854</sup> Das beantragte Kurzarbeitergeld wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall eingegangen ist.

### **3.4. Arten von Kurzarbeitergeld**

Das Kurzarbeitergeld als Pendant zur österreichischen Kurzarbeitsbeihilfe wird in Deutschland in den §§ 169 bis 182 des SGB III geregelt. Neben der konjunkturellen Kurzarbeit, gibt es noch zwei Sonderformen: die saisonale Kurzarbeit im Baugewerbe und die Kurzarbeit aufgrund betrieblicher Restrukturierungsmaßnahmen (Transferkurzarbeit). Im Gegensatz dazu besteht in Österreich, abgesehen von der möglichen Gewährung von Kurzarbeitsbeihilfe bei Naturkatastrophen, nur eine Beihilfenart, die im Wesentlichen dem konjunkturellen Kurzarbeitergeld entspricht.

#### **3.4.1. Konjunkturelles Kurzarbeitergeld gem § 169 ff SGB III**

In der gegenwärtigen Wirtschaftskrise kommt vor allem die konjunkturelle Kurzarbeit zum Einsatz und zwar dann, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt und die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und eine Anzeige an die Agentur für Arbeit ergangen ist.<sup>855</sup>

##### **a) Definition des erheblichen Arbeitsausfalles**

Ein Arbeitsausfall ist dann als erheblich einzustufen, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend und nicht vermeidbar ist und im jeweiligen Kalendermonat mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten

---

<sup>852</sup> Huter/Lemke/Strigl, Themenbericht zum Arbeitsmarkt in der Region Bodensee-Kurzarbeit (April 2009).

<sup>853</sup> Kurz zur Kurzarbeit, Bundesagentur für Arbeit, März 2009.

<sup>854</sup> Vgl § 173 SGB III.

<sup>855</sup> § 169 SGB III.

Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von mehr als 10% ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind.<sup>856</sup>

Aufgrund der gesetzlichen Neuregelung ist seit 01.02.2009 bis Ende 2010 auch die Variante zulässig, dass eine beliebige Zahl von Arbeitnehmern dann Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat, wenn der persönliche Entgeltausfall mehr als 10% beträgt.<sup>857</sup> Kurzarbeitergeld kann also schon gewährt werden, wenn der Betrieb nicht mehr in der Lage ist, mindestens einen Arbeitnehmer voll zu beschäftigen.<sup>858</sup>

Wie auch in Österreich sind Auszubildende, also Lehrlinge, nicht in die Kurzarbeit mit einzubeziehen.

#### **b) Wirtschaftliche Gründe, unabwendbare Ereignisse und nicht vermeidbare Arbeitsausfälle**

Ein Arbeitsausfall beruht auf wirtschaftlichen Gründen, wenn er durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist.

Um ein unabwendbares Ereignis handelt es sich, wenn ein Arbeitsausfall auf ungewöhnlichen, dem üblichen Witterungsverlauf nicht entsprechenden Witterungsgründen beruht bzw wenn er durch behördliche oder behördlich anerkannte Maßnahmen verursacht ist, die nicht vom Arbeitgeber zu vertreten sind.<sup>859</sup>

Ein nicht vermeidbarer Arbeitsausfall liegt vor, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen worden sind, um den Eintritt eines Arbeitsausfalles zu verhindern. Vermeidbar sind Arbeitsausfälle, die

1. überwiegend branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt sind oder ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruhen,
2. bei Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden können, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, oder
3. bei der Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder

---

<sup>856</sup> § 170 Abs 1 SGB III.

<sup>857</sup> Kurz zur Kurzarbeit, Bundesagentur für Arbeit, März 2009.

<sup>858</sup> *Crimann/Wießner*, IAB-Kurzbericht, Nr 14/2009.

<sup>859</sup> § 170 Abs 2 und 3 SGB III.

teilweise vermieden werden können.<sup>860</sup>

### c) Persönliche Voraussetzungen

Diese sind gem § 172 Abs 1 SGB III erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitszeitausfalles eine versicherungspflichtige Beschäftigung entweder fortsetzt, aus zwingenden Gründen aufnimmt oder im Anschluss an die Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt. Weiters darf das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst sein und der Arbeitnehmer darf nicht vom Bezug von Kurzarbeitergeld ausgeschlossen sein.

Bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit<sup>861</sup> während des Bezuges des Kurzarbeitergeldes sind die persönlichen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt.

Die persönlichen Voraussetzungen sind **nicht erfüllt**, während Arbeitnehmer an beruflichen Weiterbildungsmaßnahmen mit Bezug von *Arbeitslosengeld* teilnehmen, bei beruflicher Weiterbildung oder beim Bezug von *Übergangsgeld*, wenn diese Leistung nicht für eine neben der Beschäftigung durchgeführten Teilzeitmaßnahme gezahlt wird, sowie während des Bezuges von *Krankengeld*.<sup>862</sup> Die betroffenen Arbeitnehmer müssen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen und an der Vermittlung<sup>863</sup> in der von der Agentur für Arbeit verlangten und gebotenen Weise mitwirken, sonst besteht ebenfalls kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld.<sup>864</sup>

#### 3.4.2. Saison-Kurzarbeitergeld gem § 175 SGB III

Diese Form von Kurzarbeitergeld wird vor allem für witterungsbedingte Arbeitsausfälle eingesetzt, etwa im Baugewerbe.

Vom 01.12. bis 31.03. (Schlechtwetterzeit) haben Arbeitnehmer die Möglichkeit Saison-Kurzarbeitergeld zu beziehen, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

---

<sup>860</sup> § 170 Abs 4 SGB III.

<sup>861</sup> Solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall besteht oder ohne den Arbeitsausfall bestehen würde.

<sup>862</sup> § 172 Abs 2 SGB III.

<sup>863</sup> Arbeitnehmer, die von einem erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen sind, sind in die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit einzubeziehen. Wenn sie trotz Belehrung über die Rechtsfolgen eine von der Agentur für Arbeit unter Benennung des Arbeitgebers und der Art der Tätigkeit angebotene zumutbare Beschäftigung nicht angenommen oder nicht angetreten haben, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, sind die Vorschriften über die Sperrzeit beim Arbeitslosengeld entsprechend anzuwenden.

<sup>864</sup> Vgl § 172 Abs 3 SGB III.

1. die Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt sind, der dem Baugewerbe<sup>865</sup> oder einem Wirtschaftszweig angehört, der von saisonbedingtem Arbeitsausfall betroffen ist<sup>866</sup>,
2. der Arbeitsausfall erheblich ist,
3. die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind,
4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist.

Unter einem **erheblichen** Arbeitsausfall versteht § 175 Abs 5 SGB III einen Ausfall, der auf wirtschaftlichen oder witterungsbedingten Gründen oder auf einem unabwendbaren Ereignis beruht. Er hat vorübergehend und nicht vermeidbar zu sein. Als nicht vermeidbar gilt auch ein Arbeitsausfall, der überwiegend branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt ist.

Wenn seit der letzten Schlechtwetterzeit Arbeitszeitguthaben, die nicht mindestens ein Jahr bestanden haben, zu anderen Zwecken als zum Ausgleich für einen verstetigten Monatslohn verwendet werden, bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall oder der Freistellung zum Zwecke der Qualifizierung aufgelöst werden, gelten im Umfang der aufgelösten Arbeitszeitguthaben Arbeitsausfälle als vermeidbar.<sup>867</sup>

Ein **witterungsbedingter** Arbeitsausfall liegt vor, wenn dieser ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht ist und an einem Arbeitstag mindestens eine Stunde der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit ausfällt (Ausfalltag).<sup>868</sup> Zwingende Witterungsgründe iSd Gesetzes liegen nur dann vor, wenn zB Regen, Schnee, Frost oder deren Folgewirkungen die Fortführung der Arbeiten technisch unmöglich, wirtschaftlich unvertretbar oder für die Arbeitnehmer unzumutbar machen. Der Arbeitsausfall ist nicht ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht, wenn er durch Beachtung der besonderen arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen an witterungsabhängige Arbeitsplätze

<sup>865</sup> Gem § 175 SGB III ist ein Betrieb des Baugewerbes ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt. Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Betriebe, die überwiegend Bauvorrichtungen, Baumaschinen, Baugeräte oder sonstige Baubetriebsmittel ohne Personal Betrieben des Baugewerbes gewerblich zur Verfügung stellen oder überwiegend Baustoffe oder Bauteile für den Markt herstellen, sowie Betriebe, die Betonentladegeräte gewerblich zur Verfügung stellen, sind nicht Betriebe iSd S 1. Erbringen Betriebe Bauleistungen auf dem Baumarkt, wird vermutet, dass sie Betriebe des Baugewerbes iSd Abs 2 S 1 sind. S 1 gilt nicht, wenn gegenüber der Bundesagentur nachgewiesen wird, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen.

<sup>866</sup> § 175 Abs 4 SGB III definiert den anderen sachlichen Geltungsbereich des Saison-Kurzarbeitsgeldes: Betriebe mit saisonbedingtem Arbeitsausfall. Dieser neue, zusätzliche sachliche Geltungsbereich muss jedoch erst noch durch Bundesgesetz (im Einvernehmen mit den jeweiligen Tarifvertragsparteien der betroffenen Branchen) geregelt werden.

<sup>867</sup> § 175 Abs 5 SGB III.

<sup>868</sup> § 175 Abs 6 SGB III.

vermieden werden kann.

Eine Anzeige nach § 173 SGB III ist nicht erforderlich, wenn der Arbeitsausfall ausschließlich auf unmittelbar witterungsbedingten Gründen beruht.<sup>869</sup>

### **3.4.3. Transfer-Kurzarbeitergeld gem § 216b SGB III („Kurzarbeit Null“)**

Die Möglichkeit zur Kurzarbeit bei endgültigem Arbeitsplatzabbau wurde 1988 in das damalige Arbeitsförderungsgesetz als strukturelle Kurzarbeit aufgenommen und 2004 von der Transferkurzarbeit abgelöst.<sup>870</sup>

Für betriebliche Restrukturierungsmaßnahmen bei dauerhaftem Arbeitsausfall steht den betroffenen Arbeitnehmern Transfer-Kurzarbeitergeld zur Förderung der Eingliederung bei betrieblichen Restrukturierungen zu. Durch diese Leistung sollen Kündigungen vermieden werden und die Vermittlungsaussichten der Arbeitnehmer verbessert werden. Die Bezugsfrist für das Transfer-Kurzarbeitergeld beträgt längstens zwölf Monate.<sup>871</sup> Ziel ist das Auffangen von Arbeitnehmern, die definitiv freigesetzt werden<sup>872</sup> und die Förderung der Eingliederungschancen in neue Beschäftigungen.

Die Arbeitnehmer haben folgende Voraussetzungen für den Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld zu erfüllen:

1. die Arbeitnehmer müssen von einem dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen sein,
2. die betrieblichen Voraussetzungen müssen erfüllt sein,
3. die persönlichen Voraussetzungen müssen erfüllt sein und
4. der dauerhafte Arbeitsausfall ist der Agentur für Arbeit anzuzeigen.<sup>873</sup>

#### **a) Dauerhaft**

Von einem dauerhaften Arbeitsausfall wird gesprochen, wenn infolge einer Betriebsänderung iSd § 216a Abs 1 Satz 3 die Beschäftigungsmöglichkeiten für Arbeitnehmer nicht nur

---

<sup>869</sup> § 175 Abs 7 SGB III.

<sup>870</sup> Dekker/Ohlert, Qualifizierungsmaßnahmen während Kurzarbeit nach endgültigem Arbeitsausfall. Analysen zur Förderung im Rahmen des ESF-BA-Programms 2000 bis 2006 und zum Verbleib nach der Teilnahme, IAB-Forschungsbericht, Nr 03/2009.

<sup>871</sup> § 216b Abs 8 SGB III.

<sup>872</sup> Sell, Zur Ambivalenz der Kurzarbeit 05-2009.

<sup>873</sup> § 216b Abs 1 SGB III.

vorübergehend entfallen.<sup>874</sup>

## **b) Betriebliche und persönliche Voraussetzungen**

Die **betrieblichen** Voraussetzungen für die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld sind erfüllt, wenn

1. in einem Betrieb Personalanpassungsmaßnahmen aufgrund einer Betriebsänderung durchgeführt und
2. die von Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer zur Vermeidung von Entlassungen und zur Verbesserung ihrer Eingliederungschancen in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zusammengefasst werden („Transfergesellschaft“).<sup>875</sup>

Die **persönlichen** Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Arbeitnehmer

1. von Arbeitslosigkeit bedroht ist,
2. nach Beginn des Arbeitsausfalles eine versicherungspflichtige Beschäftigung
  - a) fortsetzt oder
  - b) im Anschluss an die Beendigung ein Berufsausbildungsverhältnis aufnimmt,
3. nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist<sup>876</sup> und
4. vor der Überleitung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit aus Anlass der Betriebsänderung an einer arbeitsmarktlich zweckbringenden Maßnahme zur Feststellung der Eingliederungsaussichten teilgenommen hat; können in berechtigten Ausnahmefällen trotz Mithilfe der Agentur für Arbeit die notwendigen Feststellungsmaßnahmen nicht rechtzeitig durchgeführt werden, sind diese im unmittelbaren Anschluss an die Überleitung innerhalb eines Monats nachzuholen.

Während des Bezuges von Transfer-Kurzarbeitergeld hat der Arbeitgeber den geförderten Arbeitnehmern **Vermittlungsvorschläge** zu unterbreiten. Falls die Maßnahme zur Feststellung der Eingliederungsaussichten ergeben, dass Arbeitnehmer Qualifizierungsdefizite aufweisen, soll der Arbeitgeber geeignete Maßnahmen zur Verbesserung der

---

<sup>874</sup> § 216b Abs 2 SGB III.

<sup>875</sup> § 216b Abs 3 SGB III.

<sup>876</sup> Damit ist über die Verweisung des Abs 10 auf die §§ 177 ff SGB III der Ausschluss vor allem nach § 180 SGB III (Säumniszeiten und Ruhen beim Zusammentreffen mit anderen Sozialleistungen) gemeint. Darüber hinaus verweist Abs 4 S 2 auf die entsprechende Anwendung des § 172 Abs 1 a-Abs 3. Auch bei krankheitsbedingtem Arbeitsausfall steht Kurzarbeitergeld zu, solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes im Krankheitsfall besteht (Abs 1a). Ausgeschlossen sind Arbeitnehmer, die aufgrund einer (Vollzeit-) Maßnahme der beruflichen Weiterbildung Übergangsgeld, Arbeitslosengeld oder Krankengeld beziehen (Abs 2). Arbeitnehmer, die der Agentur für Arbeit nicht zur Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen (Abs 3) sind ebenfalls ausgeschlossen.

Eingliederungsaussichten anbieten. Als solche Maßnahme gilt auch eine zeitlich begrenzte, längstens sechs Monate dauernde Beschäftigung zum Zwecke der Qualifizierung bei einem anderen Arbeitgeber. Nimmt der Arbeitnehmer während seiner Beschäftigung in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit an einer Qualifizierungsmaßnahme teil, die das Ziel der anschließenden Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber hat, steht bei Nichterreichung dieses Zieles die Rückkehr des Arbeitnehmers in den bisherigen Betrieb seinem Anspruch auf Transfer-Kurzarbeitergeld nicht entgegen.<sup>877</sup>

Es besteht **kein Anspruch** auf Transfer-Kurzarbeitergeld, wenn die Arbeitnehmer nur vorübergehend in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zusammengefasst werden, um in weiterer Folge einen anderen Arbeitsplatz in dem gleichen oder einem anderen Betrieb des Unternehmens oder, falls das Unternehmen einem Konzern angehört, in einem Betrieb eines anderen Konzernunternehmens des Konzerns zu besetzen.<sup>878</sup>

Der Arbeitgeber hat der Agentur für Arbeit jeweils zum 30.06. und 31.12. eines Jahres unverzüglich Daten über die Struktur der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, die Zahl der darin zusammengefassten Arbeitnehmer sowie Angaben über die Altersstruktur und die Integrationsquote der Bezieher von Transferkurzarbeitergeld zu übermitteln.<sup>879</sup>

### **3.5. Zusammenfassung und eigene Ansicht<sup>880</sup>**

In Deutschland bestehen mehrere Formen von Kurzarbeitergeld. Das konjunkturelle Kurzarbeitergeld entspricht im Wesentlichen der österreichischen Kurzarbeit bzw Kurzarbeitsbeihilfe.

Um konjunkturelle Kurzarbeit handelt es sich, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen, einem unabwendbaren Ereignis und einem nicht vermeidbaren Arbeitsausfall beruht. Notwendig ist, dass die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und eine Anzeige an die Agentur für Arbeit erfolgte.

In **Österreich** muss, um Kurzarbeitsbeihilfe gem § 37b Abs 1 AMSG vom AMS beziehen zu können, der Betrieb von vorübergehenden nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten betroffen sein, die Regionale Geschäftsstelle des AMS rechtzeitig

---

<sup>877</sup> § 216b Abs 6 SGB III.

<sup>878</sup> § 216b Abs 7 SGB III.

<sup>879</sup> § 216b Abs 9 SGB III.

<sup>880</sup> Eine Gegenüberstellung des deutschen und österreichischen Kurzarbeitsmodells und deren Ausgestaltungen, siehe Pkt D.8.

verständigt worden sein und bei einer Beratung, der auch der Betriebsrat und die kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber beizuziehen sind, muss festgestellt worden sein, dass keine andere Lösungsmöglichkeit für die bestehenden Beschäftigungsschwierigkeiten zur Verfügung steht. Weiters ist zwischen den für den Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine **Vereinbarung** über die Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung, die näheren Bedingungen der Kurzarbeit und die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nach Beendigung der Kurzarbeit, abzuschließen.

Die zweite Form der Kurzarbeit, die Saison-Kurzarbeit, kommt in der Schlechtwetterzeit im Baugewerbe oder einem ähnlichen Gewerbe zum Einsatz. Vorausgesetzt werden ein erheblicher, witterungsbedingter Arbeitsausfall, die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen und die obligatorische Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit.

Saisonale Schwankungen sind in der österreichischen Rechtsordnung im Gegensatz zu § 175 SGB III keine Fälle für die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe.<sup>881</sup>

Die Transfer-Kurzarbeit stellt eine besondere Form der Kurzarbeit dar. Bei einem dauerhaften und unvermeidbaren Arbeitsausfall steht den davon betroffenen Arbeitnehmern für betriebliche Restrukturierungsmaßnahmen zur Förderung der Eingliederung Transfer-Kurzarbeitergeld zu. Das Besondere daran ist, dass die Arbeitnehmer definitiv entlassen werden, die vorübergehende Beschäftigung in einer betriebsorganisatorischen Einheit (Transfergesellschaft) darf nicht zur „Rückkehr“ in den Betrieb, das Unternehmen bzw den Konzern führen. Falls doch, steht kein Transfer-Kurzarbeitergeld zu. Einzige Ausnahme besteht aufgrund von § 216b Abs 6 SGB III im Falle der Qualifizierung.

Während des Bezuges dieser Form von Kurzarbeitergeld hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmern Vermittlungsvorschläge zu machen und Qualifizierungsmaßnahmen anzubieten.

In Österreich besteht keine vergleichbare Förderungsmöglichkeit, doch kann aus Anlass von Naturkatastrophen bzw Katastrophen vergleichbarer Tragweite, die eine empfindliche Störung des Wirtschaftsablaufs eines Betriebes verursachen, Kurzarbeitsbeihilfe gem § 37b AMSG bezogen werden.

---

<sup>881</sup> Vgl § 37b Abs 1 Z 1 AMSG, wo ausdrücklich von nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten gesprochen wird.

Die verschiedenen Arten der Förderung von Kurzarbeit in Deutschland ermöglichen auf unterschiedliche Formen von wirtschaftlichen Schwierigkeiten einzugehen. Vor allem das Saison-Kurzarbeitergeld stellt eine wichtige Form der Förderung durch den Staat dar. In Österreich wird diese Art von wirtschaftlichen Schwierigkeiten explizit im Wortlaut des § 37b Abs Z 1 AMSG ausgeschlossen. Allerdings sollte vielleicht auch an eine Einführung einer vergleichbaren Förderung gedacht werden, um der saisonalen Arbeitslosigkeit - bspw in der Bau- und Tourismusbranche - entgegen zu wirken.

Ein Vorteil der Kurzarbeit in Deutschland besteht in der Einführung von Kurzarbeit und dem Bezug von Kurzarbeitergeld ohne Beteiligung der Sozialpartner. Zwar hat der Betriebsrat weitreichende Mitbestimmungsmöglichkeiten, doch besteht keine Verpflichtung zum Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung um in den Genuss der staatlichen Förderung zu kommen. Auch sind keine Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und eine Behaltepflcht nach dem Ende der Kurzarbeit vorgesehen. In Österreich stellt dies eine notwendige Verpflichtung vor der Beihilfengewährung dar, was oftmals lange Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern erfordert. Andererseits sichert die Beteiligung der Sozialpartner den Arbeitnehmern eine „starke und ausgewogene“ Vertretung bei den Verhandlungen, die idR durch den Betriebsrat nicht gewährleistet werden kann.

Die Regelungen des deutschen Modells der Kurzarbeit sind in vielen Punkten nicht auf das österreichische Modell übertragbar. Der Betriebsrat hat bei der Einführung von Kurzarbeit in Deutschland ein Initiativrecht und kann die Schlichtungsstelle mit der Problematik befassen. In Österreich besteht kein Initiativrecht des Betriebsrates, im Gegenzug dafür haben die Sozialpartner einen hohen Stellenwert bei der Einführung von Kurzarbeit. Sie übernehmen also einen Teil der Kompetenzen, die in Deutschland dem Betriebsrat zukommen. Aus diesem Grund ist ohne eine Änderung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in Österreich auch kein Verzicht auf die Sozialpartnervereinbarung denkbar.

#### **4. Sozialversicherung und Steuerrecht**

Während des Bezuges von Kurzarbeitergeld besteht das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis in allen Zweigen der Sozialversicherung fort. In der gesetzlichen Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung unterliegen das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt und das Kurzarbeitergeld der Beitragspflicht.<sup>882</sup>

---

<sup>882</sup> *Kreitner in Küttner/Röllner* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> Kurzarbeit Rn 63 f.

Der Arbeitgeber hat die auf die tatsächlichen Löhne fallenden Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Die Bemessungsgrundlage dafür sind 80% der Bruttolohndifferenz zwischen dem Soll-Entgelt und dem erzielten Ist-Entgelt. Diesen Teil der Beiträge muss der Arbeitgeber alleine tragen. Seit Februar 2009 werden die Beiträge zur Hälfte von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form übernommen. Seit dem 01.07.2009 werden nunmehr die Sozialversicherungsbeiträge ab dem siebenten Monat Kurzarbeit vollständig von der Bundesagentur für Arbeit auch ohne Qualifizierung getragen.<sup>883</sup> Die Regelung gilt dann auch für Betriebe, die bereits in der ersten Jahreshälfte kurz arbeiten ließen.<sup>884</sup>

Findet während der Kurzarbeit Qualifizierung statt, so übernimmt die Agentur für Arbeit die kompletten Sozialversicherungsbeiträge in pauschalierter Form für die ausgefallene Arbeitszeit.<sup>885</sup> Die Weiterbildungskosten werden unter bestimmten Voraussetzungen anteilig von der Agentur für Arbeit erstattet. Die Arbeitslosen- und Unfallversicherungsbeiträge entfallen während der Ausfallzeit zur Gänze.<sup>886</sup> Das Kurzarbeitergeld ist lohnsteuerfrei.

In **Österreich** ist die Kurzarbeitsunterstützung für die Lohnsteuer steuerpflichtiger Lohn und gilt für sonstige Abgaben und Beihilfen aufgrund bundesgesetzlicher Vorschriften als Entgelt.<sup>887</sup> Seit Juli 2009 werden ab dem siebenten Monat der Kurzarbeit bzw Kurzarbeit mit Qualifizierung die Dienstgeber-Sozialversicherungsbeiträge - Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung, Pensionsversicherung, Unfallversicherung – auch in Österreich zur Gänze vom AMS ersetzt.<sup>888</sup> Dies unter der Voraussetzung, dass bis spätestens Ende 2010 eine Beihilfe gewährt wurde. Die Maßnahmen sind bis Ende 2012 befristet.<sup>889</sup>

## 5. Lohnkosten für bezahlte Freistellungen

Die Höhe des Urlaubsentgelts bemisst sich gem § 11 Abs 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrIG). Verdienstkürzungen infolge von Kurzarbeit bleiben dabei ausdrücklich außer Betracht, so dass sich das Urlaubsentgelt stets am Normallohn orientiert.<sup>890</sup>

In **Österreich** wird jenes Entgelt weiter bezahlt, das ohne den Urlaubskonsum verdient worden wäre (fiktives Ausfallsprinzip).<sup>891</sup> Somit wird das Urlaubsentgelt, falls keine andere

---

<sup>883</sup> § 421t Abs 1 Nr 3 SGB III.

<sup>884</sup> *Crimann/Wießner*, IAB-Kurzbericht, Nr 14/2009.

<sup>885</sup> *Bach/Spitznagel*, Betriebe zahlen mit und haben was davon, IAB-Kurzbericht, Nr 17/2009.

<sup>886</sup> *Bach/Spitznagel*, IAB-Kurzbericht, Nr 17/2009.

<sup>887</sup> § 37b Abs 5 AMMSG; siehe Pkt E.1.8.2.

<sup>888</sup> § 37b Abs 3 und § 37c Abs 4 AMMSG.

<sup>889</sup> §§ 37b, 37c iVm § 79 Abs 3 AMMSG; Pkt 6.6.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>890</sup> *Bach/Spitznagel*, IAB-Kurzbericht, Nr 17/2009.

<sup>891</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 422.

Vereinbarung besteht, in der Kurzarbeitsphase auf Basis der gekürzten Wochenarbeitszeit (Entgelt für gekürzte Arbeitszeit und Kurzarbeitsunterstützung) geleistet.<sup>892</sup>

## 6. Rechtsweg

Die Entscheidungen, die das Arbeitsamt über Anerkennung oder Nichtanerkennung einer angemeldeten Kurzarbeit trifft, stellen Verwaltungsakte dar. Sachlich zuständig für die gerichtliche Nachprüfung sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 Abs 1 SGG). Der Bescheid über die ganze oder teilweise Ablehnung von Kurzarbeitergeld kann nur vom Arbeitgeber und der Betriebsvertretung, nicht aber von den betroffenen Arbeitnehmern des Betriebes mit Klage angefochten werden.<sup>893</sup>

In Österreich ist die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe als privatwirtschaftliche Tätigkeit einzustufen und da kein besonderes Rechtsschutzverfahren vorgesehen ist, kommt die Generalklausel des § 1 JN zur Anwendung, die besagt, dass der ordentliche Rechtsweg zu beschreiten ist. Da die Zuständigkeitsvoraussetzungen für die Arbeits- und Sozialgerichte nicht erfüllt sind, sind die allgemeinen Zivilgerichte zuständig. Die Kurzarbeitsbeihilfe wird dem Arbeitgeber gewährt, es besteht jedoch kein Rechtsanspruch.

## 7. Qualifizierung während Kurzarbeit – Förderung aus Mitteln des ESF

### 7.1. Allgemeines

Als Ergänzung zum Kurzarbeitergeld werden auf Antrag<sup>894</sup> vor allem Weiterbildungsmaßnahmen (Qualifizierungsmaßnahmen) von der Bundesagentur für Arbeit gefördert. Seit 01.01.2009<sup>895</sup> können grundsätzlich alle Bezieher von Kurzarbeitergeld mit Mitteln des Europäischen Sozialfonds (ESF) gefördert werden, wenn die Ausfallzeiten für Weiterbildung genutzt werden.<sup>896</sup> Eine Ausnahme besteht hinsichtlich geringer qualifizierten Arbeitnehmern, diese werden nicht aus ESF-Mitteln gefördert, sondern erhalten vorrangig Leistungen im Rahmen des Bildungsgutscheinverfahrens gem § 77 Abs 2 SGB III.

Die Höhe der Förderung des ESF ist abhängig von der Art der Qualifizierungsmaßnahme, der

---

<sup>892</sup> Siehe dazu Pkt E.3.4.

<sup>893</sup> *Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> 127; *Bieback* in *Gagel* (Hrsg), SGB III § 169 Rn 85.

<sup>894</sup> Bei der Beantragung muss das vorgesehene Qualifizierungskonzept durch eine Darstellung des jeweiligen Qualifizierungsbedarfs der vorgesehenen Teilnehmer begründet werden.

<sup>895</sup> Bis dahin konnten nur Transfer-Kurzarbeitergeld beziehende Arbeitnehmer gefördert werden, nunmehr werden auch Bezieher von konjunkturellem Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld gefördert.

<sup>896</sup> Rechtsgrundlage ist die ESF-Förderrichtlinie des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 18.12.2008 idF vom 10.03.2009.

Unternehmensgröße und dem geförderten Personenkreis.<sup>897</sup>

Seit dem Konjunkturpaket II wird auch der volle Sozialversicherungsbeitrag für die ausgefallene Arbeitszeit in pauschalierter Form für Arbeitnehmer, die an anerkannten Qualifizierungsmaßnahmen während mindestens der Hälfte der ausgefallenen Arbeitszeit teilnehmen<sup>898</sup>, von der Bundesagentur für Arbeit übernommen. Zusätzlich werden unter bestimmten Voraussetzungen die Lehrgangskosten gefördert.<sup>899</sup>

Die Qualifizierung muss die beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten erweitern. Bei der Weiterbildung ist zwischen jener der gering qualifizierten Mitarbeiter und jener der qualifizierten Mitarbeiter zu differenzieren.<sup>900</sup> Auch Arbeitnehmer ohne Berufsabschluss und Arbeitnehmer, die einen Berufsabschluss haben, aber seit mindestens vier Jahren in an- und ungelernter Tätigkeit beschäftigt sind und ihre erlernte Tätigkeit nicht mehr ausüben können, können gefördert werden.<sup>901</sup> Ausgeschlossen von Förderungen sind Maßnahmen, zu denen der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet ist und Qualifizierungen, die im ausschließlichen oder erkennbar überwiegenden Interesse des Unternehmens sind.<sup>902</sup>

Im Oktober 2009 wurden mit Hilfe von Mitteln des ESF 9.500 Qualifizierungen während Kurzarbeit gefördert und 4.900 Personen gingen neu in die Förderung ein. Seit Jahresbeginn haben 65.900 Personen eine Qualifizierung während einer Kurzarbeitsphase mit Hilfe von ESF-Mitteln begonnen.<sup>903</sup> Die durch ESF-Mittel geförderten Fälle machen nur einen Teil des Fortbildungsgeschehens während Kurzarbeit aus. Darüber hinaus erfolgt eine Förderung der Qualifizierung von Arbeitnehmern während Kurzarbeit nach §§ 77 ff SGB III. Seit Jahresbeginn haben 12.300 Personen eine solche Qualifizierung begonnen.<sup>904</sup>

## 7.2. Probleme bei der Qualifizierung

Erschwert wird die Qualifizierung während der Kurzarbeit durch organisatorische

---

<sup>897</sup> <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/MB-Qualifizierung-Kurzarbeitergeldbezieher-Arbeitgeber.pdf> (21.01.2010).

<sup>898</sup> Huter/Lemke/Strigl, Themenbericht zum Arbeitsmarkt; befristet bis 31.12.2010, siehe § 421t SGB III.

<sup>899</sup> Crimmann/Wießner, IAB Kurzbericht, Nr 14/2009.

<sup>900</sup> Je nach Bildungsstatus werden die vollen Lehrgangskosten oder nur 25 – 80% von der Agentur für Arbeit erstattet, nähere Ausführungen dazu Crimmann/Wießner, IAB Kurzbericht, Nr 14/2009.

<sup>901</sup> Huter/Lemke/Strigl, Themenbericht zum Arbeitsmarkt.

<sup>902</sup> Huter/Lemke/Strigl, Themenbericht zum Arbeitsmarkt.

<sup>903</sup> Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland, Oktober 2009 Monatsbericht der Bundesagentur für Arbeit.

<sup>904</sup> Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland, Oktober 2009 Monatsbericht der Bundesagentur für Arbeit.

Umsetzungsprobleme, da für alle Arbeitnehmer Seminarpläne zu erstellen sind, die ein Zertifikat benötigen und nur beim Vorliegen eines solchen die Förderung gewährt wird. Dieses Siegel wiederum wird von Instituten vergeben, die bei der Bundesagentur für Arbeit registriert sein müssen.<sup>905</sup> Selbst die Bundesagentur räumt ein, dass die Umsetzung von Weiterbildungs-Vorhaben schwierig sein kann.<sup>906</sup>

Zudem wächst mit zunehmend großzügigen Förderangeboten auch die Gefahr von Mitnahmeeffekten. Der finanzielle Anreiz entfällt jedoch ab dem siebenten Monat Kurzarbeit, da ab diesem Zeitpunkt die Sozialabgaben des Arbeitgebers vollständig durch die Bundesagentur für Arbeit übernommen werden. Dies reduziert tendenziell die Neigung der Betriebe, bei lang andauernder Kurzarbeit auch längere Qualifizierungsmaßnahmen durchzuführen.<sup>907</sup>

Empirisch gibt es noch sehr wenig über die Wirksamkeit der Qualifizierung während der Kurzarbeit. Ein erster Befund wurde von *Deeke/Ohlert*<sup>908</sup> vorgelegt, nach dem zB mehr als 40% der betroffenen Arbeitnehmer den Sprung in eine reguläre Beschäftigung geschafft haben.<sup>909</sup>

In **Österreich** sind neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe und für den Bezug der Qualifizierungsbeihilfe die Ausarbeitung eines Ausbildungskonzeptes und dessen Festhaltung im Rahmen der Sozialpartnervereinbarung erforderlich. Das Konzept für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen hat die in Aussicht genommenen Qualifizierungsmaßnahmen so detailliert wie möglich zu beschreiben und es wird vorausgesetzt, dass es sich um allgemeine Qualifizierungsmaßnahmen handelt.<sup>910</sup>

Die Qualifizierungsmaßnahmen müssen arbeitsmarktpolitisch sinnvoll sein, allgemein anerkannten Qualitätsstandards entsprechen und den Arbeitnehmern zusätzliche Qualifikationen verschaffen.<sup>911</sup>

Die Qualifizierung während der Kurzarbeitsphase ist in beiden Ländern ähnlich ausgestaltet.

---

<sup>905</sup> *Sell*, Zur Ambivalenz der Kurzarbeit 05-2009.

<sup>906</sup> *Evert*, Hürden für Weiterbildung bei Kurzarbeit sind hoch, Welt online 14.04.2009, <http://www.welt.de/wirtschaft/article3549768/Huerden-fuer-Weiterbildung-bei-Kurzarbeit-sind-hoch.html> (21.01.2010).

<sup>907</sup> *Crimmann/Wießner*, IAB Kurzbericht, Nr 14/2009.

<sup>908</sup> *Deeke/Ohlert*, IAB-Forschungsbericht, Nr 03/2009.

<sup>909</sup> *Sell*, Zur Ambivalenz der Kurzarbeit 05-2009.

<sup>910</sup> Pkt 6.4.3.2. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>911</sup> § 37c Abs 3 AMSG.

In Österreich besteht jedoch eine gesetzliche Regelung, die durch die Richtlinie des AMS näher bestimmt wird. Im SGB III hingegen besteht keine derartige Bestimmung, die Förderung von Qualifizierung wird durch die ESF-Förderrichtlinie des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales näher definiert und grundsätzlich aus Mitteln des ESF gewährt. Dennoch bestehen im Wesentlichen dieselben Probleme. Die Umsetzung der Förderung und die Erstellung von Seminarplänen bzw von Ausbildungskonzepten stellen einen administrativen Aufwand dar, vor dem viele Unternehmen zurückschrecken. In Österreich nehmen nur rund 20% der von Kurzarbeit betroffenen Betriebe Qualifizierung in Anspruch.<sup>912</sup> Auch AMS-Chef Kopf gesteht, dass Qualifizierung „nicht immer so klappt, wie man sich das vorgestellt hat. So nutzt zB nur einer von fünf Menschen in Kurzarbeit diese zur Fortbildung.“<sup>913</sup> In diesem Bereich besteht in beiden Rechtsordnungen noch Handlungsbedarf.

## **8. Abschließende Feststellungen und Übersichtstabelle**

Der Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe und Kurzarbeitergeld ist in beiden Ländern aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Lage mehrmals angepasst worden und kann derzeit bis zu 24 Monate gewährt werden. Doch nicht in allen Punkten der Kurzarbeit sind die beiden Rechtsordnungen derart angeglichen.

Einer der wichtigsten Unterschiede zwischen dem österreichischen und dem deutschen System bei der Gewährung der Förderung bei Kurzarbeit ist die starke Stellung des Betriebsrates in der deutschen Rechtsordnung und die Sozialpartnerschaft bzw die Sozialpartnervereinbarung in der österreichischen Rechtsordnung.

Evidente Unterschiede bestehen auch im Bereich der Einführung von Kurzarbeit. Hier tritt in Deutschland die starke und dominante Stellung des Betriebsrates im Bereich der Betriebsvereinbarung in den Vordergrund. Der Betriebsrat hat ein obligatorisches Mitbestimmungsrecht. In Österreich besteht lediglich ein fakultatives Mitbestimmungsrecht. Wenn die Parteien sich nicht einigen können, kann Kurzarbeit nicht im Wege einer Betriebsvereinbarung eingeführt werden. Anders in Deutschland, hier hat der Betriebsrat, auch wenn dies von manchen Autoren bestritten wird, ein Initiativrecht. Dass heißt, wenn es zu keiner Einigung kommt, kann sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat die

---

<sup>912</sup> Anfang Juli 2009 waren 317 Betrieben in Kurzarbeit, davon waren lediglich 62 Kurzarbeitsprojekte mit Qualifizierung. Mit 01.10.2009 waren 302 Betrieben in Kurzarbeit, davon waren 67 Kurzarbeitsprojekte mit Qualifizierung. Am 01.11.2009 waren 294 Betrieben, davon 64 Betriebe Kurzarbeit mit Qualifizierung, von Kurzarbeit betroffen; zu den aktuellen Daten siehe auch Pkt A.4.

<sup>913</sup> Die Presse, Print-Ausgabe 20.11.2009.

Einigungsstelle damit befassen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht sowohl bei Eilfällen als auch bei der Zulassung der Einführung von Kurzarbeit durch die Agentur für Arbeit gem § 19 KSchG. Diese Art der Einführung zeigt einen weiteren Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen auf. Während in Österreich Kurzarbeit nur mit dem Ziel zur Erhaltung von Arbeitsplätzen eingeführt werden kann, ist in Deutschland Kurzarbeit auch bei sicherem Untergang des Arbeitsplatzes möglich, wie § 19 KSchG und die Möglichkeit des Bezuges von Transferkurzarbeitergeld deutlich machen.

Eine Besonderheit und ein wesentlicher Bestandteil der österreichischen Sozialpartnervereinbarung ist die Regelung der Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und die Behaltepflcht nach Ende der Kurzarbeitsphase gem § 37b Abs 2 AMSG.

In Deutschland existieren keine vergleichbaren Verpflichtungen. Die Behaltepflcht und die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes sind immer wieder diskutierte Punkte zwischen den Sozialpartnern, unter anderem wird argumentiert, dass es auch in Deutschland keine vergleichbaren Verpflichtungen gäbe und das System trotzdem funktioniere.

	Deutschland	Österreich
Gesetzliche Regelung	§§ 169 ff SGB III, § 216b SGB III	§ 37b AMSG und die Richtlinie des AMS
Beihilfe	3 Formen von Kurzarbeitergeld: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Saison-Kurzarbeitergeld</li> <li>• Konjunkturelles Kurzarbeitergeld</li> <li>• Transfer-Kurzarbeitergeld</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kurzarbeitsbeihilfe bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten und</li> <li>• bei Naturkatastrophen</li> </ul>
Beihilfendauer	bis zu 18 bzw 24 Monate	bis zu 18 bzw 24 Monate
Anspruchsberechtigter der Beihilfe	Der Arbeitnehmer ist Inhaber des Kurzarbeitergeld-Anspruchs und Leistungsberechtigter (§§ 169, 172 SGB III) und steht zur Bundesagentur für Arbeit in einem öffentlich-rechtlichen Verwaltungsrechts- und Sozialleistungsverhältnis	Es besteht kein Rechtsanspruch auf Gewährung der Beihilfe. Beihilfenempfänger ist der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer. Es handelt sich um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des AMS
Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes	keine derartige Regelung	Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes und einer Behaltepflcht in der Sozialpartnervereinbarung
Einführungsmöglichkeiten	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung</li> <li>• Betriebsvereinbarung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung</li> <li>• Betriebsvereinbarung</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tarifvertrag</li> <li>• Es besteht keine derartige Vereinbarung</li> <li>• § 19 KSchG (Untergang des Arbeitsplatzes ist sicher)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kollektivvertrag</li> <li>• Sozialpartnervereinbarung</li> <li>• Keine vergleichbare Form, da es Ziel und Zweck der Beihilfe widerspricht</li> </ul>
Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei Einführung durch Betriebsvereinbarung	Obligatorisches Mitbestimmungsrecht (§ 87 Abs 1 Nr 3 BetrVG) + Initiativrecht	Fakultatives Mitbestimmungsrecht (§ 97 Abs 1 Z 13 ArbVG)
Qualifizierung der kollektivvertraglichen/ tarifvertraglichen Kurzarbeitsklauseln	Inhaltsnormen oder Betriebsnormen bzw Doppelnormen	Problematik stellt sich nicht, da Außenseiterwirkung gem § 12 ArbVG
Sozialversicherungsbeiträge	Ab Februar 2009 wurden die SV-Beiträge bereits zur Hälfte von der Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form übernommen, seit 01.07.2009 werden die SV-Beiträge ab dem 7. Monat Kurzarbeit vollständig von der Bundesagentur für Arbeit getragen	Seit 01.07.2009 werden die SV-Beiträge ab dem 7. Monat Kurzarbeit zur Gänze vom AMS ersetzt
Lohnsteuer	Das Kurzarbeitergeld ist lohnsteuerfrei	Die Kurzarbeitsunterstützung ist für die Lohnsteuer steuerpflichtiger Lohn und gilt für sonstige Abgaben und Beihilfen aufgrund bundesgesetzlicher Vorschriften als Entgelt
Urlaubsentgelt	§ 11 Abs 1 BUrlG stellt fest, dass Verkürzungen des Entgelts infolge Kurzarbeit unberücksichtigt bleiben	Es besteht keine gesetzliche Regelung bzgl des Urlaubsentgelts, dies kann in der Sozialpartnervereinbarung aber vereinbart werden.
Arbeitsmarktpolitik	Die Leistung Kurzarbeitergeld zählt bei der Bundesagentur für Arbeit traditionell als Lohnersatzleistung, somit als Leistung der passiven Arbeitsmarktpolitik	Die Kurzarbeitsbeihilfe ist Teil der aktiven Arbeitsmarktpolitik

## E. Folgefragen

### 1. Abgaben, beitrags- und sozialversicherungsrechtliche Folgen

Während des Bezuges von Kurzarbeitsunterstützung ist der Arbeitnehmer weiterhin voll nach dem ASVG pflichtversichert, dadurch wird die Frage aufgeworfen wie die Lohnnebenkosten und damit zusammenhängende Beiträge zu berechnen sind.

#### 1.1. Der Sozialversicherungsbeitrag

Zur Ermittlung der allgemeinen Beitragsgrundlage<sup>914</sup> stellt das ASVG auf das Entgelt ab.<sup>915</sup> Dieser Entgeltbegriff darf nicht mit jenem des Steuerrechts gleichgesetzt werden. Im Regelfall errechnet sich die Beitragsgrundlage, die der Ausgangswert für die Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge ist, aus dem im Beitragszeitraum erzielten Entgelt<sup>916</sup> mit der Ausnahme von Sonderzahlungen.

Während des Bezuges von Kurzarbeitsunterstützung und Qualifizierungsunterstützung durch die betroffenen Arbeitnehmer sind die Beiträge und die Leistungen zur Sozialversicherung (für Arbeitgeber und Arbeitnehmer!) aufgrund gesetzlicher Anordnung<sup>917</sup> vom Arbeitgeber auf Basis des ungekürzten Einkommens vor Einführung der Kurzarbeit, somit nach der letzten Bemessungsgrundlage (Beitragsgrundlage) vor Beginn der Kurzarbeit<sup>918</sup>, zu entrichten, wenn diese höher ist als die aktuelle Beitragsgrundlage.<sup>919</sup> Liegt ein zuletzt vorangegangener Beitragszeitraum nicht vor, ist der laufende Beitragszeitraum heranzuziehen.<sup>920</sup> Es kommt somit weder zu Leistungseinschränkungen noch zu einer Verringerung der Beitragsgrundlage bzw des Beitragsaufkommens.

Im Hinblick auf die Arbeitnehmer-Beiträge zur Sozialversicherung besteht üblicherweise die Vereinbarung, dass die Differenz zwischen den in der Kurzarbeitsunterstützung enthaltenen Arbeitnehmer-Anteil an Sozialversicherungsbeiträgen und der vollen letzten

---

<sup>914</sup> § 44 ASVG.

<sup>915</sup> *Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen*<sup>4</sup> (2002) 52.

<sup>916</sup> Siehe § 49 ASVG; unter Entgelt iSd ASVG sind Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienstverhältnisses vom Arbeitgeber oder von einem Dritten erhält.

<sup>917</sup> §§ 37b Abs 5, 37c Abs 7 AMMSG; früher § 32 Abs 3 AMFG.

<sup>918</sup> Pkt 6.10. der Kurzarbeitsrichtlinie; *Peyrl*, taxlex 208, 530; *Winter/Thomas*, ZAS 2009/10.

<sup>919</sup> § 37b Abs 5 AMMSG; § 37c Abs 7 AMMSG.

<sup>920</sup> Sozialversicherungsbeiträge bei Kurzarbeit, ARD 5676/5/2006, Heft 5676 v 20.04.2006; [http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=511&p\\_tabid=5&p\\_pubid=10517](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=511&p_tabid=5&p_pubid=10517) (21.01.2010).

Beitragsgrundlage vom Arbeitgeber übernommen wird. Das muss jedoch ausdrücklich vereinbart werden. Der ÖGB und die Gewerkschaften haben diesen Punkt auch in einer Mustervereinbarung mit der Wirtschaftskammer fixiert.<sup>921</sup> Übernimmt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer-Anteil an den Sozialversicherungsbeiträgen, der auf die Kurzarbeitsunterstützung bzw auf die Differenz zwischen Beitragsgrundlage vor Eintritt der Kurzarbeit und dem tatsächlichen Entgelt während der Kurzarbeit entfällt, kommt es zu keiner Erhöhung der Beitragsgrundlage.<sup>922</sup>

Hinsichtlich des allfällig nachfolgenden Bezuges von Arbeitslosengeld, Krankengeld, Versehrtenrente etc und der Pensionsbemessung ergibt sich somit für die betroffenen Arbeitnehmer kein Nachteil.

Die gesetzliche Anordnung, dass sich die Beiträge und Leistungen der Sozialversicherung nach der letzten Beitragsgrundlage vor Eintritt der Kurzarbeit richten, hat zu heftigen Auseinandersetzungen über die Höhe der Kurzarbeitsbeihilfe geführt. Letztendlich entschied sich der Verwaltungsrat des AMS bei der Berechnung der Beihilfe für das von § 37b Abs 4 letzter Satz AMMSG ermöglichte System von Pauschalsätzen, in die auf ebenfalls pauschalierte Art und Weise die Sozialversicherungsbeiträge eingerechnet werden.<sup>923</sup> Die in den Pauschalsätzen bei der Berechnung der Kurzarbeitsbeihilfe enthaltenen Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers zur KV und PV (bei Kurzarbeit 42,5%, bei Qualifizierungsbeihilfe 43,9 % der Pauschalsätze)<sup>924</sup> sind vom Arbeitgeber an die jeweilige Krankenkasse abzuführen. Mit der Ermöglichung von Pauschalsätzen und der Erarbeitung einer Pauschalsatz-Tabelle hat der Gesetzgeber dem AMS und den Arbeitgebern hohe administrative Aufwendungen erspart.<sup>925</sup>

Für *Winter*<sup>926</sup> ist uneinsichtig, warum bei der Berechnung der Lohnsteuer die Entgeltminderung bei Kurzarbeit berücksichtigt wird, während für die Sozialversicherungsbeiträge die „volle“ Bemessungsgrundlage gilt.

---

<sup>921</sup> ÖGB-Nachrichtendienst Nr. 3356, 13.03.2009.

<sup>922</sup> Vgl

[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal\\_channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=4313&p\\_tabid=5&p\\_pubid=635871](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal_channel_content.cmsWindow&p_menuid=4313&p_tabid=5&p_pubid=635871) (21.01.2010).

<sup>923</sup> *Mitter*, DRdA 2009, 280.

<sup>924</sup> Pkt 6.7. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>925</sup> *Mitter*, DRdA 2009, 280.

<sup>926</sup> *Winter*, Kurzarbeit 33 f.

Meiner Ansicht nach ist die Unterscheidung durchaus gerechtfertigt. Der Gesetzgeber differenziert zwischen der Lohnsteuer und den Sozialversicherungsbeiträgen, da eine geringere Bemessungsgrundlage bei den Sozialversicherungsbeiträgen auch eine geringere Pension bewirken kann und dies einen bedeutenden Eingriff in die Sphäre des Arbeitnehmers zur Folge hätte.

### ***Arbeitsmarktpaket 2009***

Aufgrund der derzeitigen schlechten Wirtschaftslage wurden im Arbeitsmarktpaket 2009 zwei für den sozialversicherungsrechtlichen Teil maßgebliche Änderungen eingeführt. Unter der Voraussetzung, dass bis spätestens Ende 2010 eine Kurzarbeitsbeihilfe gewährt wurde, erhöht sich die Beihilfe ab dem siebenten Monat um die aufgrund der besonderen Beitragsgrundlage erhöhten Aufwendungen des Arbeitgebers für die Beiträge zur Sozialversicherung.<sup>927</sup> Es werden also die Dienstgeber-Sozialversicherungsbeiträge – Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung, Pensionsversicherung, Unfallversicherung –, die auf der Differenz zwischen dem für die Arbeitsleistung gebührenden Entgelt und der Beitragsgrundlage beruhen vom AMS zur Gänze ersetzt. Grundlage für die Ermittlung des geförderten Dienstgeber-Sozialversicherungsbeitrages ist das durchschnittliche Entgelt der letzten vier voll entlohnten Wochen oder im letzten voll entlohnten Monat vor Einführung der Kurzarbeit<sup>928</sup> einschließlich der anteilmäßigen Sonderzahlungen im Ausmaß von 1/6. Der ergänzende Teilbetrag gebührt im Ausmaß von 21,33%<sup>929</sup> des so ermittelten Differenzbetrages.<sup>930</sup>

Die vor Beginn der Kurzarbeit geltende Beitragsgrundlage bleibt nur dann erhalten, wenn sie höher ist als das tatsächliche Einkommen des Kurzarbeiters. Dies dient der Vermeidung einer Unterversicherung, wenn Personen nach Ende des Lehrverhältnisses in die Kurzarbeit einbezogen werden.<sup>931</sup>

## **1.2. Der Insolvenzentgeltsicherungszuschlag**

Dass Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers eines besonderen Schutzes bedürfen, ist schon in der Insolvenzrichtlinie der EU, 80/987/EWG, verankert worden. In Österreich wird das Lohnrisiko der Arbeitnehmer durch das IESG im Falle des Konkurses des

---

<sup>927</sup> Vgl § 37c Abs 3 AMSG.

<sup>928</sup> Begrenzt durch die ASVG-Höchstbeitragsgrundlage (2009: € 4.020)

<sup>929</sup> Beinhaltet die Dienstgeber Beiträge zur UV, KV, PV und ALV einschließlich IESG-Zuschlag und ist aus verwaltungswirtschaftlichen Gründen gleichermaßen für Arbeiter und Angestellte anzuwenden.

<sup>930</sup> Pkt 6.6.3. der Kurzarbeitsrichtlinie.

<sup>931</sup> *Marek*, Arbeitsmarktpaket 2009, PVP 2009 Heft 7, 176.

Arbeitgebers oder eines gesetzlich gleichgestellten Tatbestandes, etwa ein Ausgleich, die Anordnung der Geschäftsaufsicht, auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds übertragen. Der Fonds ist mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet<sup>932</sup> und wird durch einen Zuschlag zu dem von den Arbeitgebern zu leistenden Anteil des Arbeitslosenversicherungsbeitrages gespeist.<sup>933</sup> Die Höhe dieses Zuschlages wird vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz per VO festgelegt und beträgt seit 01.01.2008 0,55 % der Bemessungsgrundlage für den Arbeitgeber-Anteil am Arbeitslosenversicherungsbeitrag.<sup>934</sup> Als Basis für die Berechnung dieses Zuschlages ist das letzte monatliche Entgelt vor Einführung der Kurzarbeit zugrunde zu legen.

### **1.3. Der Beitrag zur Mitarbeitervorsorgekasse (Abfertigung Neu)**

Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2002 abgeschlossen wurde bzw jene, die in das neue Abfertigungssystem gewechselt sind, hat der Arbeitgeber nach den Bestimmungen des BMSVG Beiträge an eine Betriebliche Vorsorgekasse (BV-Kasse) zu entrichten. Die Einhebung der Beiträge erfolgt durch den Krankenversicherungsträger und sie werden infolge an die ausgewählte BV-Kasse abgeführt. Der Beitragssatz liegt bei einem gesetzlich festgelegten Prozentsatz von 1,53% des monatlichen Entgelts einschließlich Sonderzahlungen.<sup>935</sup> Die Beitragsgrundlage bildet das Entgelt iSd § 49 ASVG, somit der sozialversicherungsrechtliche Entgeltbegriff.<sup>936</sup>

Für die Abfertigung neu sieht § 6 Abs 4 BMSVG, der eigens an die neuen Bestimmungen zur Kurzarbeitsbeihilfe angepasst wurde<sup>937</sup>, vor, dass für die Dauer der Kurzarbeit oder einer Qualifizierungsmaßnahme gem den §§ 37b und 37c AMSG als Bemessungsgrundlage für die Beiträge des Arbeitgebers zur Mitarbeitervorsorgekasse das monatliche Entgelt auf Grundlage der Arbeitszeit vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit heranzuziehen ist.

Der Arbeitgeber hat daher die Beiträge zur Mitarbeitervorsorgekasse während der Kurzarbeit unverändert auf Grundlage des vor Durchführung der Kurzarbeit dem jeweiligen Arbeitnehmer zustehenden Entgelts weiter zu leisten. Dem Arbeitnehmer soll durch die

---

<sup>932</sup> § 13 Abs 1 IESG.

<sup>933</sup> § 12 IESG; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 321 f.

<sup>934</sup> <http://www.bmsk.gv.at/cms/site/dokument.html?channel=CH0697&doc=CMS1233303779165> (22.01.2010).

<sup>935</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXVII 3 C.

<sup>936</sup> *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 587

<sup>937</sup> Für vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen vereinbarte Kurzarbeit galt § 6 Abs 4 BMSVG idF BGBl I Nr 1002/2007 unverändert weiter.

Einführung der Kurzarbeit, für die dem Arbeitgeber aus den Mitteln der Arbeitsmarktpolitik Kurzarbeitsbeihilfe gewährt wird, kein Nachteil entstehen.<sup>938</sup>

#### **1.4. Der Beitrag nach dem Nachtschwerarbeitsgesetz (NSchG)**

Zur Deckung des Aufwandes des Bundes haben die Arbeitgeber für alle nachtschwerarbeitenden Arbeitnehmer für jedes Nachtschwerarbeitsmonat einen gesonderten Beitrag (Nachtschwerarbeits-Beitrag) im Ausmaß von 2% der allgemeinen Beitragsgrundlage in der nach dem ASVG geregelten Pensionsversicherung zu leisten. Dieser Beitrag ist auch von den Sonderzahlungen iSd § 54 des ASVG zu entrichten.<sup>939</sup>

*Nachtarbeit* iSd Art VII Abs 1 NSchG leistet ein Arbeitnehmer, der zwischen 22.00 und 6.00 Uhr mindestens sechs Stunden arbeitet, sofern nicht in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt. *Nachtschwerarbeit* leistet ein Arbeitnehmer, der das Kriterium der Nachtarbeit erfüllt und unter den in Art VII Abs 2 Z 1 -11 NSchG angeführten Bedingungen arbeitet.<sup>940</sup>

Ein Nachtschwerarbeitsmonat liegt vor, wenn

- ein in der PV nach dem ASVG pflichtversicherter Arbeitnehmer innerhalb eines Kalendermonates an mindestens sechs Arbeitstagen Nachtschwerarbeit erbringt,
- erbringt er weniger als sechs Arbeitstage, so gilt dieser Kalendermonat als Nachtschwerarbeitsmonat,
  - wenn der Arbeitnehmer in diesem Kalendermonat und in dem unmittelbar vorangegangenen Kalendermonat wenigstens an zwölf Arbeitstagen bzw
  - in diesem Kalendermonat und in den zwei unmittelbar vorangegangenen Kalendermonaten wenigstens an 18 Arbeitstagen bzw
  - bei Durchrechnung der Normalarbeitszeit im Rahmen eines Durchrechnungszeitraumes von mehr als drei Monaten in diesem Kalendermonat und in den fünf unmittelbar vorangegangenen Kalendermonaten wenigstens an 36 Arbeitstagen Nachtschwerarbeit erbracht hat.

---

<sup>938</sup> Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

<sup>939</sup> Art XI Abs 3 NSchG.

<sup>940</sup> Arbeitsbehelf für Dienstgeber und Lohnverrechner der Österreichischen Sozialversicherung (2009) 62.

Bei der Beurteilung und Feststellung, ob ein beitragspflichtiges Nachtschwerarbeitsmonat nach dem NSchG vorliegt, bleiben etwaige Arbeitsunterbrechungen, wie etwa Krankenstände, Urlaube etc grundsätzlich außer Betracht.<sup>941</sup> Bei Kurzarbeit handelt es sich jedoch um keine Arbeitsunterbrechung, sondern um eine vorübergehende Verkürzung der Normalarbeitszeit. Wird die notwendige Anzahl an Arbeitstagen, an denen Nachtschwerarbeit vorliegt, kurzarbeitsbedingt nicht erreicht, liegt kein beitragspflichtiges Nachtschwerarbeitsmonat vor. In der Mustervereinbarung der Sozialpartner ist unter Punkt VII./5. vorgesehen, dass für den Anspruchserwerb und das Ausmaß des Zusatzurlaubes bei Nachtschwerarbeit<sup>942</sup> Zeiten der Kurzarbeit so behandelt werden, als wäre keine Kurzarbeit vereinbart worden. Die diesbezügliche Beurteilung wird anhand des vor Kurzarbeit in Geltung gestandenen Schichtplanes vorzunehmen sein.<sup>943</sup>

### **1.5. Die Abfertigung Alt**

Die Abfertigung alt<sup>944</sup> ist ein einmaliger Geldbetrag, den der Arbeitgeber dem mindestens drei Jahre bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bezahlen hat. Der Anspruch auf Abfertigung hängt dem Grunde und der Höhe nach von der Dauer des Bestandes des Arbeitsverhältnisses ab. Die Höhe bemisst sich in einem Vielfachen des „für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden Entgelts“. Dazu gehört der laufende Bezug für das Monat (Bruttoentgelt) und alle übrigen ordentlichen und außerordentlichen Leistungen zusätzlicher Art (auch Sonderzahlungen<sup>945</sup>, Prämien, Beihilfen und Gewinnbeteiligungen).<sup>946</sup>

Die Berechnung des Beendigungsanspruches erfolgt grundsätzlich auf Basis des letzten Monatsentgelts. Dem Arbeitnehmer entsteht somit ein Nachteil, falls ein Anspruch auf die Abfertigung alt während der Kurzarbeitsphase entsteht. Im Gesetz ist keine mit § 6 Abs 4 BMSVG vergleichbare Bestimmung für die Abfertigung alt vorgesehen. Es empfiehlt sich diesbezüglich eine Vereinbarung abzuschließen. Nach der aktuellen Mustervereinbarung der Sozialpartner ist bei einer allfälligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der

---

<sup>941</sup> Artikel XI Abs 6 NSchG.

<sup>942</sup> § 10a UrlG.

<sup>943</sup> Vgl

[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=4313&p\\_tabid=5&p\\_pubid=635871](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=4313&p_tabid=5&p_pubid=635871) (21.01.2010).

<sup>944</sup> Die Regelungen der Abfertigung Alt gelten grundsätzlich nur mehr für jene Arbeitsverhältnisse, die vor dem 01.01.2003 begonnen wurden.

<sup>945</sup> Sonderzahlungen sind mit ihrem aliquoten Teil in die Bemessungsgrundlage der Abfertigung einzubeziehen.

<sup>946</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXVII 3 B.

Kurzarbeitsphase von jener Berechnungsgrundlage auszugehen, die zugrunde zu legen wäre, wenn keine Kurzarbeit vereinbart worden wäre (Vollzeit vor Beginn der Kurzarbeit).<sup>947</sup>

Meiner Ansicht nach ist in Analogie zu § 6 Abs 4 BMSVG auch bei der Abfertigung alt von der Berechnung des Abfertigungsanspruches auf Basis des letzten Monatsentgelts vor Eintritt der Kurzarbeit auszugehen, da es sich um vergleichbare Ansprüche handelt.

### **1.6. Die Sonderzahlungen**

Die Kollektivvertragspraxis<sup>948</sup> hat zusätzlich zum Entgelt für die zwölf Monate des Jahres weitere jährlich wiederkehrende Zahlungen eingeführt, die üblicherweise als Sonderzahlungen bezeichnet werden.<sup>949</sup> Sie werden in regelmäßigen Abständen gewährt und dem „laufenden Lohn“ gegenübergestellt.<sup>950</sup> Der Zweck von Sonderzahlungen kann sowohl in arbeitsleistungsbezogenen Zuwendungen als auch in der Vergütung der Betriebszugehörigkeit bestehen.<sup>951</sup> Die Kollektivverträge können die jährliche Anzahl der Sonderzahlungen und deren Berechnung nach Belieben festlegen. Nach den meisten Kollektivverträgen werden sie auf Basis des letzten Monatslohnes vor der Sonderzahlung ausbezahlt. Kurzarbeit könnte sich somit negativ auf die Sonderzahlungen auswirken. Um diese Situation zu vermeiden ist in die Sozialpartnervereinbarung ein Punkt über die Berechnung während der Kurzarbeit aufzunehmen. Üblicherweise wird von der Gewerkschaft und der Wirtschaftskammer vereinbart, dass die allfälligen kollektivvertraglichen Sonderzahlungen auf Basis jener Berechnungsgrundlage zu bezahlen sind, die vor der Einführung galt und so wird eine Benachteiligung der Arbeitnehmer hintangehalten.<sup>952</sup>

### **1.7. Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers**

Sollte ein Kollektivvertrag freiwillige Leistungen, wie etwa Jubiläumsgelder für langjährige Betriebszugehörigkeit vorsehen bzw der Arbeitgeber solche freiwilligen Leistungen erbringen, wäre gegebenenfalls zu vereinbaren, dass diese auf Vollzeitbasis zu berechnen sind, da sonst eine Berechnung auf Basis des infolge der Einführung von Kurzarbeit reduzierten Entgelts erfolgt.

---

<sup>947</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu VII./3.

<sup>948</sup> Abgesehen von gewissen Ausnahmen wie etwa § 9 Abs 2 HGHA, bildet der Kollektivvertrag die Rechtsgrundlage für die Sonderzahlungen.

<sup>949</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXVIII 3 C

<sup>950</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 288 ff.

<sup>951</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXVIII 3 C.

<sup>952</sup> Siehe auch Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu VII./3.

## 1.8. Steuerrechtliche Aspekte

### 1.8.1. Kommunalsteuer

Die **Kommunalsteuer** ist eine Gemeindesteuer, die bundesgesetzlich im Kommunalsteuergesetz geregelt wird. Ihr unterliegen die Arbeitslöhne, die in einem Kalendermonat an die Arbeitnehmer in einer im Inland gelegene Betriebsstätte des Unternehmens ausbezahlt werden.<sup>953</sup> Dieser Steuer unterliegen nur Unternehmer und sie beträgt 3% der Bemessungsgrundlage, welche die Summe der Brutto-Arbeitslöhne ist. Sie ist vom Unternehmer für jeden Kalendermonat selbst zu berechnen und bis zum 15. des darauf folgenden Monats an die Gemeinde zu entrichten.<sup>954</sup>

Gem § 37b Abs 6 und § 37c Abs 8 AMMSG<sup>955</sup> ist der Arbeitgeber für die Kurzarbeitsunterstützung und Qualifizierungsunterstützung von der Entrichtung der Kommunalsteuer befreit. Für das Entgelt der tatsächlichen Arbeitszeit hingegen ist sehr wohl die Kommunalsteuer zu leisten.

### 1.8.2. Lohnsteuer

Bei Einkünften aus nichts selbstständiger Arbeit wird die Lohnsteuer grundsätzlich durch Abzug vom Arbeitslohn erhoben. Der Arbeitgeber haftet für die richtige Einbehaltung und für die Abfuhr der Lohnsteuer.<sup>956</sup> Schon im Gesetzesentwurf zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und infolge in den § 37b Abs 5 und § 37c Abs 7 AMMSG<sup>957</sup> ist normiert, dass die Kurzarbeitsunterstützung und die Qualifizierungsunterstützung, die der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer zahlt, **für die Lohnsteuer als steuerpflichtiger Lohn** und für sonstige Abgaben und Beihilfen aufgrund bundesgesetzlicher Vorschriften als Entgelt zu sehen sind.<sup>958</sup>

Durch die Auszahlung der Kurzarbeitsunterstützung an die betroffenen Arbeitnehmer entsteht dem Arbeitgeber ein Aufwand. Ohne die Berücksichtigung steuerlicher Sonderbestimmungen würde dieser Aufwand das zu versteuernde Ergebnis mindern. Die Kurzarbeitsbeihilfe des

---

<sup>953</sup> § 1 KommstG.

<sup>954</sup> § 11 Abs 2 KommstG, *Doralt*, Steuerrecht 2007<sup>8</sup> (2006) Rz 91.

<sup>955</sup> Auch nach § 32 Abs 4 AMFG war der Arbeitgeber für die Kurzarbeitsunterstützung von der Entrichtung der Kommunalsteuer befreit.

<sup>956</sup> § 82 EStG; *Doralt*, Steuerrecht 2007<sup>8</sup> Rz 171 f.

<sup>957</sup> Auch vor der Neuregelung galt die Kurzarbeitsunterstützung gem § 32 Abs 3 AMFG als für die Lohnsteuer steuerpflichtiger Lohn.

<sup>958</sup> Siehe auch

[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html;jsessionid=878C82DCEF08A8013BEB7D9FB0AE9BD7?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=4313&p\\_tabid=5&p\\_pubid=634963](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html;jsessionid=878C82DCEF08A8013BEB7D9FB0AE9BD7?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=4313&p_tabid=5&p_pubid=634963) (21.01.2010).

AMS wiederum würde als Ertrag zu einer Erhöhung des Ergebnisses in gleicher Höhe beitragen. Solche **Zuschüsse des AMS** sind jedoch gem § 3 Abs 1 Z 5 lit d EStG von der Besteuerung auszunehmen und **steuerfrei** zu stellen. Demnach wäre die Kurzarbeitsunterstützung ergebnismindernd zu berücksichtigen, während die Kurzarbeitsbeihilfe nicht der Besteuerung unterliegt. Laut der Finanzverwaltung ist dieser Ansicht jedoch nicht zu folgen.<sup>959</sup>

Die Kurzarbeitsunterstützung darf nicht ergebnismindernd berücksichtigt werden, da sie nicht abzugsfähig ist.<sup>960</sup>

### **1.8.3. Körperschaftsteuer**

Die Kurzarbeitsbeihilfe ist zwar steuerfrei zu stellen, der Aufwand aus der Kurzarbeitsunterstützung gem § 12 Abs 2 KStG (Aufwendungen im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen) ist jedoch steuerlich nicht abzugsfähig. Eine Verminderung des Ergebnisses bleibt somit aus, wodurch es weder durch den Erhalt der Kurzarbeitsbeihilfe noch durch die Auszahlung der Kurzarbeitsunterstützung zu einer Auswirkung auf das steuerliche Ergebnis kommt.<sup>961</sup>

### **1.9. Sonstige Umlagen und Beiträge**

Vom Entgelt für die tatsächliche (gekürzte) Arbeitszeit (Arbeitsverdienst zzgl Kurzarbeitsunterstützung) sind die Kammerumlage bzw Landarbeiterkammerumlage, der Wohnbauförderungsbeitrag und der Schlechtwetterentschädigungsbeitrag zu entrichten.<sup>962</sup>

### **1.10. Zusammenfassung**

Die Beiträge und Leistungen der Sozialversicherung richten sich gem § 37b Abs 5 und § 37c Abs 7 AMMSG nach der letzten Beitragsgrundlage vor dem Beginn der Kurzarbeit. Von dieser Beitragsgrundlage sind die Beiträge zur Krankenversicherung, Unfallversicherung, Pensionsversicherung und Arbeitslosenversicherung sowie der Insolvenz-Entgeltsicherungs-Zuschlag, der Beitrag nach dem NSchG und der Mitarbeitervorsorgebeitrag abzuführen.<sup>963</sup>

---

<sup>959</sup> *Fröstl*, Die Kurzarbeit, icon-Wirtschaftstreuhand Information, Nr 4/09.

<sup>960</sup> Siehe Pkt E.1.8.3.

<sup>961</sup> *Fröstl*, icon-Wirtschaftstreuhand Information, Nr 4/09.

<sup>962</sup> Sozialversicherungsbeiträge bei Kurzarbeit, ARD 5676/5/2006.

<sup>963</sup> Sozialversicherungsbeiträge bei Kurzarbeit, ARD 5676/5/2006; *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>8</sup> (2009) 343;

[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=511&p\\_tabid=5&p\\_pubid=10517](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=511&p_tabid=5&p_pubid=10517) (21.01.2010).

## 2. Entgeltfortzahlung aufgrund von Krankheit oder Arbeitsunfall

Die Einführung von Kurzarbeit kann Auswirkungen auf die Berechnung der Entgeltfortzahlung bei einer Arbeitsverhinderung haben. Wenn ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung aufgrund von Krankheit oder Arbeitsunfall hat<sup>964</sup>, steht ihm nach dem **Entgeltausfallsprinzip** jenes Entgelt zu, welches ihm gebührt hätte, wäre er nicht krank gewesen.<sup>965</sup> Der Arbeitnehmer soll einkommensmäßig so gestellt werden, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht. Das Unterbleiben der Arbeitsleistung soll real weder zu Einkommensverlusten noch zu Einkommensgewinnen für diesen Zeitraum führen. Als Berechnungsgrundlage wird demgemäß das „**regelmäßige**“ Entgelt vorgesehen. Zu diesem sind dem Grunde nach jene Entgeltteile zu zählen, die für die Erbringung der im Arbeitsplan vorgesehenen Arbeit am ausgefallenen Arbeitstag zu leisten gewesen wäre. Auszuscheiden sind solche Entgeltteile, die nicht an die tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, sondern an andere Voraussetzungen anknüpfen, etwa an die Dauer des Arbeitsvertrages.<sup>966</sup>

Bei Anwendung der allgemeinen Regelung auf Fälle der Entgeltfortzahlung während Kurzarbeit hat der Arbeitnehmer somit keinen Anspruch auf die volle, sondern nur auf die **gekürzte Arbeitsvergütung** (gekürzter Lohn oder Gehalt und die Kurzarbeitsunterstützung), da er auch nur dieses Entgelt erhalten hätte, wenn er in der Kurzarbeitsphase gearbeitet hätte. Der Arbeitgeber hat an den Arbeitnehmer das reduzierte Arbeitsentgelt sowie die Kurzarbeitsunterstützung zu zahlen<sup>967</sup>, wobei es für den Betrag in Höhe der Unterstützung keine Refundierung durch das AMS gibt, da mangels kurzarbeitsbedingten Arbeits- und Verdienstauffalles gem Pkt 6.8. der Kurzarbeitsrichtlinie des AMS keine Beihilfe für Zeiten, in denen Arbeitnehmer trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, gewährt wird.<sup>968</sup> Wurde eine darüberhinausgehende Netto-Lohngarantie auf betrieblicher Ebene vereinbart, ist dieser Betrag auszubezahlen.<sup>969</sup>

Wenn der Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber erschöpft ist bzw keine 50% des Entgelts vom Arbeitgeber fortbezahlt werden, wird dem Arbeitnehmer Krankengeld

---

<sup>964</sup> Vgl § 1154b ABGB.

<sup>965</sup> § 3 Abs 3 EFZG.

<sup>966</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXI 1; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> 294; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 397 f.

<sup>967</sup> Vgl *Gleißner*, Personalmaßnahmen 24 f;

[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=511&p\\_tabid=5&p\\_pubid=10517](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=511&p_tabid=5&p_pubid=10517) (21.01.2010).

<sup>968</sup> Siehe Pkt C.5.4.10.

<sup>969</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu VII./3.

durch den Krankenversicherungsträger gezahlt.<sup>970</sup> Die Höhe des Krankengeldes ist aufgrund der Berechnung und Leistung der Sozialversicherungsbeiträge auf Basis des ungekürzten Einkommens vor Beginn der Kurzarbeit, von dieser hohen Beitragsgrundlage aus zu berechnen.

In weiterer Folge hatte der Arbeitgeber bis zum Herbst des Jahres 2000 einen **Erstattungsanspruch** gegen die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung gem § 8 EFZG, jedoch nur in Höhe des fortzuzahlenden gekürzten Entgelts. Diese Rechtslage trat ungeachtet der Tatsache ein, dass sich die Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge nach der letzten Bemessungsgrundlage vor Eintritt der Kurzarbeit, also idR nach der vollen Arbeitsvergütung, richtet. Hier wirkte sich, wie der VwGH<sup>971</sup> eingehend begründet hat, die Rechtstatsache aus, dass das Sozialversicherungsrecht keine Äquivalenz zwischen Risiko und Leistung auf der einen und Beitragshöhe auf der anderen Seite kennt. Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfalle und der mit ihr kongruente Erstattungsanspruch des Arbeitgebers sind arbeitsrechtlicher Natur und können daher nicht in einer „Gerechtigkeitssymmetrie“ zu sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten gesehen werden.<sup>972</sup>

Der Erstattungsanspruch des Krankenentgelts bei Krankenständen von Arbeitern ist seit 01.01.2001 nicht mehr möglich. Gem § 53 b ASVG wird nunmehr für Unternehmen, die regelmäßig weniger als 51 Arbeitnehmer beschäftigen, ein Zuschuss durch die AUVA bzw der Versicherungsanstalt der Eisenbahnen und Bergbau gewährt. Der Zuschuss, der nur auf Antrag nach Ende der Entgeltfortzahlung gewährt wird, ist nicht auf Arbeiter beschränkt, alle Arbeitnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG werden erfasst.

Die Zuschüsse betragen 50% des jeweils tatsächlich fortgezahlten Entgelts zzgl eines Zuschlages in Höhe von 8,34% des tatsächlich fortgezahlten Entgelts unter Berücksichtigung allfälliger Sonderzahlungen. Bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit kommt es ab dem 11. Tag der Entgeltfortzahlung, wenn die Arbeitsverhinderung länger als 10 aufeinander folgende Tage gedauert hat, zur Auszahlung und bei Arbeitsverhinderung nach Unfällen ab dem 1. Tag, wenn die Arbeitsverhinderung länger als drei aufeinander folgende Tage gedauert hat.<sup>973</sup>

---

<sup>970</sup> Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts<sup>6</sup> (2009) Rz 182; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 395.

<sup>971</sup> VwGH 29.09.1986, 85/08/0204, AW 85/08/0038, VwSlg 12246 A/1986, ZAS 1988/8 (Klein).

<sup>972</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>973</sup> Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>8</sup> 195 ff.

Der Zuschuss wird längstens bis zum 42. Kalendertag einer ununterbrochenen Entgeltfortzahlung gewährt.

### 3. Urlaub bei Kurzarbeit

Im Zusammenhang mit der Einführung von Kurzarbeit stellt sich zwangsläufig auch die Frage nach den Auswirkungen auf das Urlaubsrecht. Wie ist der Urlaubsverbrauch von Arbeitnehmern, die von Kurzarbeit betroffen sind, zu berechnen?

Da zu dieser Materie keine höchstgerichtliche Jud besteht, die Problemstellungen jedoch ähnlich jenen im Bereich der Teilzeitbeschäftigung<sup>974</sup> sind, kann die in diesem Bereich ergangene Jud herangezogen werden.

#### 3.1. Grundlegendes zum Urlaub

Urlaub wird als bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht auf bestimmte Zeit definiert. Er ist ein eigenständiger, höchstpersönlicher und nicht übertragbarer Anspruch aus dem Arbeitsvertrag der durch das UrlG eingeräumt wird.<sup>975</sup> Jedem Arbeitnehmer gebührt für jedes Arbeitsjahr ein ununterbrochen bezahlter Urlaub.<sup>976</sup> Dieser hat vornehmlich den Zweck der Erholung des Arbeitnehmers<sup>977</sup>, stellt aber auch ein Instrument zur Arbeitszeitverkürzung dar<sup>978</sup> und dient der Umverteilung der Arbeit.<sup>979</sup>

Das Urlaubsausmaß von Teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern wird im Gesetz nicht näher geregelt, da aber ein gesetzliches Diskriminierungsverbot von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten besteht, sind die Bestimmungen der Vollzeitbeschäftigten analog auf die Teilzeitbeschäftigten anzuwenden.

Die Mindestdauer des gesetzlichen Urlaubs beträgt für alle Arbeitnehmer<sup>980</sup>, die dem UrlG unterliegen gem § 2 UrlG 30 Werkstage pro Arbeitsjahr bzw nach 25 Dienstjahren 36 Werkstage.<sup>981</sup> Als Werktag gilt jeder Kalendertag, der nicht Sonntag oder gesetzlicher Feiertag ist, auch wenn an diesem Tag nach dem Arbeitsvertrag keine Arbeitspflicht besteht.<sup>982</sup> In der Praxis werden die Urlaubstage häufig auch in Arbeitstagen berechnet. Es sind aber nur jene Arbeitstage zu berücksichtigen, an denen tatsächlich gearbeitet wird.

---

<sup>974</sup> OGH 28.01.1998, 9 ObA 390/97m, RdW 1999, 100.

<sup>975</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXII 2 A.

<sup>976</sup> Vgl § 2 UrlG.

<sup>977</sup> *Reissner* in *ZellKomm* (2006) § 2 UrlG Rz 6 mwN.

<sup>978</sup> Siehe Materialien zur UrlG-Novelle 1983.

<sup>979</sup> ErlRV 1275 Blg NR XV.GP.

<sup>980</sup> Zu den Ausnahmen siehe § 1 UrlG.

<sup>981</sup> *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> 305; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 415.

<sup>982</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXII 2 A.

Beim selben Arbeitgeber zugebrachte Dienstzeiten werden urlaubsrechtlich als eine Einheit betrachtet, wenn keine längere Unterbrechung als jeweils höchstens drei Monate vorliegt. Diese Zusammenrechnung unterbleibt jedoch, wenn eine Unterbrechung durch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer, durch einen vorzeitigen Austritt ohne wichtigen Grund oder eine vom Arbeitnehmer verschuldete Entlassung eingetreten ist.<sup>983</sup> Schulzeiten, Studienzeiten, Zeiten selbständiger Tätigkeit und Ähnliches führen gem § 3 Abs 1 und 2 UrlG zu einer Anrechnung.

In wirtschaftlich schlechten Zeiten kommt es mitunter vor, dass Arbeitgeber den Abbau von Urlaub und Zeitguthaben anregen. Es ist jedoch zu beachten, dass keine der beiden Vertragsparteien berechtigt ist, einseitig die zeitliche Lage des Urlaubs festzusetzen.<sup>984</sup> Die Festlegung der Dauer und der Lage des jeweiligen Urlaubs hat durch individuelle Vereinbarung des Arbeitnehmers und Arbeitgebers zu erfolgen.<sup>985</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Urlaub gem § 4 Abs 3 UrlG nur einheitlich oder in zwei Teilen (von denen einer mindestens sechs Werktage betragen muss) verbraucht werden darf. Die hM<sup>986</sup> geht zwar davon aus, dass es sich um ein „Teilungsverbot“ handelt, dass jedoch aus Günstigkeitsüberlegungen bei Arbeitnehmerinitiative eine derartige Urlaubskonsumation – sogar der tage-, halbtage- und stundenweise Verbrauch - dennoch zulässig sei.

### **3.2. Anwendung der Regelungen der Teilzeitarbeit auf Fälle der Kurzarbeit?**

Kurzarbeit ist keine Teilzeitbeschäftigung<sup>987</sup>, da Kurzarbeit nur für einen vorübergehenden Zeitraum eingeführt werden kann. Aufgrund der reduzierten Arbeitsstunden ähneln sich die beiden Instrumente jedoch. Da sowohl bei Kurzarbeit als auch bei der Teilzeitbeschäftigung die arbeitsvertraglich geschuldete bzw betriebsverfassungsrechtlich festgelegte Arbeitszeit unterschritten wird, lassen sich die Grundsätze, die für den Urlaubsverbrauch für

---

<sup>983</sup> Vgl § 3 Abs 1 UrlG; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> 305; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 417.

<sup>984</sup> OGH 09.05.2007, 9 ObA 39/07m; OGH 28.11.2007, 9 ObA 134/07g.

<sup>985</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXII 2 B; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> 307; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 418.

<sup>986</sup> *Vogt in Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (13.Lfg) Kap XII Rz 141; OGH 24.01.1990, 9 ObA 172/90, DRdA 1991/30, 285 (Klein) = RdW 1991, 150; OGH 16.09.1992, 9 ObA 213/92, ARD 4425/19/93; *Reissner* in ZellKomm (2006) § 4 UrlG Rz 29 mwN; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> 310 f; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 125; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 420.

<sup>987</sup> Siehe dazu Pkt B.3.2.

Teilzeitbeschäftigungen<sup>988</sup> entwickelt wurden auch auf die Kurzarbeit übertragen. Der Verbrauch des Urlaubs der Kurzarbeit leistenden Arbeitnehmer ist somit nach denselben Prinzipien wie für Teilzeitbeschäftigte zu berechnen.<sup>989</sup>

### 3.3. Urlaub bei Teilzeitbeschäftigung

#### 3.3.1. Allgemeines

Wie schon festgestellt bestehen für Teilzeitbeschäftigten zwar keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen, diese dürfen aber gegenüber Vollzeitbeschäftigten nicht schlechter gestellt werden.<sup>990</sup> Nach Art 4 des von den Sozialpartnern auf europäischer Ebene (EGB, UNICE, CEEP) am 06.06.1997 abgeschlossenen Rahmenabkommens über „generelle Prinzipien und Mindeststandards im Zusammenhang mit Teilzeitarbeit“ (RV-T)<sup>991</sup> - bzw der RL 98/23/EG<sup>992</sup> - welche mit der RL 97/81/EG<sup>993</sup> umgesetzt wurde, ist verboten, dass Teilzeitbeschäftigte im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen allein wegen der Tatsache ihrer Teilzeitbeschäftigung schlechter behandelt werden als vergleichbare Vollzeit Arbeitnehmer, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.<sup>994</sup>

Dieses Benachteiligungsverbot für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer ist in der österreichischen Rechtsordnung in § 19d Abs 6 AZG gesetzlich verankert worden.

Der OGH<sup>995</sup> hat in diesem Zusammenhang, entsprechend dem Gleichbehandlungsgebot, ausgesprochen, dass einem Teilzeitbeschäftigten der Urlaubsanspruch im Verhältnis zur jährlich zu leistenden Arbeit zusteht. Das nach dem UrlG für Vollzeitbeschäftigte geregelte Urlaubsausmaß, 30 Werktage, ist damit rechnerisch in Beziehung zu setzen und mit der Zahl der Arbeitstage des Teilzeitbeschäftigten zu multiplizieren. Zu diesem Zweck erfolgt eine Umrechnung des gesetzlichen Urlaubsanspruches des Arbeitnehmers von Werktagen auf tatsächlich geleistete betriebliche Arbeitstage.<sup>996</sup> Zum selben Ergebnis gelangt man durch die

---

<sup>988</sup> Siehe etwa *Resch*, Teilzeitbeschäftigung und Erholungsurlaub, *ecolex* 1993 840; *Gerhartl*, Urlaubsrechtliche Fragen der Teilzeitbeschäftigten, *ZAS* 2005/43.

<sup>989</sup> *Oberhofer*, *ASoK* 2009, 95 (96).

<sup>990</sup> *Sturm/Körber* in *Mazal/Risak* (Hrsg), *Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar* (12.Lfg) Kap VIII Rz 192 ff.

<sup>991</sup> Das Rahmenabkommen wurde im Anhang zur RL 97/81/EG veröffentlicht.

<sup>992</sup> Richtlinie des Rates vom 07.04.1998 betreffend die Ausdehnung der RL 97/81/EG auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, *ABl L* 131 v 5.5.1998, S 10.

<sup>993</sup> Richtlinie des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP, und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, *ABl L* 14 v 20.01.1998, S 9; *ber ABl L* 128 v 30.4.1998, S 71; *Mitter*, *Europäisches Rahmenabkommen über Teilzeitarbeit*, *RdW* 1997, 538.

<sup>994</sup> *Sturm/Körber* in *Mazal/Risak* (Hrsg), *Das Arbeitsrecht* Kap VIII Rz 192 ff.

<sup>995</sup> OGH 28.01.1998, 9 ObA 390/97m, *ASoK* 1998, 315 = *RdW* 1999, 100 = *ARD* 4955/10/98.

<sup>996</sup> *Oberhofer*, *ASoK* 2009, 95 (96).

gesetzliche Anordnung des § 4 Abs 3 UrlG, wonach der Urlaub in zwei Teilen verbraucht werden kann und ein Teil mindestens sechs Tage zu betragen hat.<sup>997</sup>

### 3.3.2. Problemstellung

Da es bei Kurzarbeit und Teilzeitarbeit durchaus der Fall sein kann, dass die wöchentliche Anzahl der Arbeitstage variiert, ist eine durchschnittliche Zahl von wöchentlichen Arbeitstagen zu ermitteln, um den jährlichen Urlaub berechnen zu können.<sup>998</sup> Probleme können entstehen, wenn sich die Arbeitszeit atypisch über eine Woche verteilt (ein Arbeitnehmer arbeitet bspw nur an zwei Wochentagen - jeden Montag acht Stunden und jeden Dienstag zwei Stunden).

### 3.3.3. Meinungsstand

Wird bei einer atypischen Verteilung der Arbeitszeit über eine Woche der Urlaubskonsum vereinbart, so konsumiert der Arbeitnehmer jeweils einen ganzen Urlaubstag, und zwar „unabhängig davon, ob sein konkreter Arbeitstag zwei oder acht Stunden gedauert hätte“.<sup>999</sup> In diesen Fällen ist zu berücksichtigen, dass § 2 Abs 1 UrlG auf Vollzeitbeschäftigte zugeschnitten ist und dem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer im Ergebnis ein Urlaubsanspruch von fünf Wochen bzw nach 25 Dienstjahren von sechs Wochen zugestanden wird. Das muss aber auch unabhängig von der Lage und dem Ausmaß der Arbeitszeit gelten. Deshalb kann der Jahresurlaub nur im Verhältnis zur jährlich geleisteten Arbeit zustehen.<sup>1000</sup>

### 3.3.4. Lösung

Das Ergebnis könnte uU im Einzelfall von einer der Vertragsparteien als ungerecht empfunden werden. Dem Problem wird jedoch die Spitze genommen, wenn man bedenkt, dass sich weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer dem „Stückelungsverbot“ des § 4 Abs 3 UrlG auf einen tageweisen Urlaubsverbrauch einlassen müssen, weil nach dieser Bestimmung der Urlaub mindestens eine Kalenderwoche umfassen sollte.<sup>1001</sup>

In der Praxis ist es durchaus geläufig, dass der Urlaub auch halbtage- oder stundenweise verbraucht wird, sofern es für den Arbeitnehmer günstiger ist. Bei einer atypischen Verteilung der Arbeitszeit über eine Woche wird ein halbtage- oder stundenweiser Verbrauch des Urlaubs idR zweckmäßiger sein. Kurzarbeitenden Arbeitnehmern steht dann eine an die

---

<sup>997</sup> Oberhofer, ASoK 2009, 95 (96).

<sup>998</sup> Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>8</sup> 283.

<sup>999</sup> Vgl Resch, ecolex 1993, 840.

<sup>1000</sup> Vgl Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 198.

<sup>1001</sup> Vgl Resch, ecolex 1993, 840.

Vollbeschäftigung angepasste Stundenanzahl (zB 40 Stunden x 5 Wochen = 200 Stunden/Jahr) zum Verbrauch zu.

Obwohl manche Stimmen in der Lit<sup>1002</sup> eine tageweise oder stundenweise Berechnung von Urlaub als nicht dem UrlG entsprechend einordnen und den Tag als kleinste Einheit des UrlG nennen um Teilzeitbeschäftigte nicht gegenüber Vollzeitbeschäftigten zu benachteiligen, ist im Falle von Kurzarbeit durchaus eine andere Sichtweise angebracht. Bei einem „langen“ Kurzarbeitszeitraum (zB sind derzeit bis zu 24 Monate Kurzarbeit möglich) ist die Ansicht *Moslers*<sup>1003</sup> durchaus zutreffend, da der entstehende Urlaub zT auch im Kurzarbeitszeitraum konsumiert wird. Falls jedoch bloß für einen „kurzen“ Zeitraum (zB 3 Monate) Kurzarbeit eingeführt wird und der in diesem Zeitraum entstandene Urlaub nicht im Kurzarbeitszeitraum konsumiert wird, kommt es bei einer erst nach Beendigung des Kurzarbeitszeitraumes erfolgenden tageweisen Konsumation des Urlaubs zu einer Besserstellung der Arbeitnehmer. Die umgekehrte Situation, dass bereits vor der Einführung von Kurzarbeit entstandener aber erst im Kurzarbeitszeitraum konsumierter Urlaub zu einer Benachteiligung der Arbeitnehmer führt, wird durch den vor der Einführung von Kurzarbeit gebotenen Abbau von Urlaubsguthaben<sup>1004</sup>, weitgehend hintangehalten. Falls dennoch „alter“ Urlaub vorhanden sein sollte und dieser im Kurzarbeitszeitraum konsumiert wird, erscheint auch hier eine Umrechnung in Stunden geboten.

Weiters ist bei Konsumation des Urlaubs während des Kurzarbeitszeitraumes zu beachten, dass es nicht möglich ist nur an jenen Tagen Urlaubstage zu konsumieren, während denen gearbeitet wird und für die Tage, an denen die Arbeit ausfällt, nicht.<sup>1005</sup>

### 3.4. Urlaubsentgelt

Gem § 6 UrlG hat der Arbeitnehmer für die Dauer des Urlaubs einen unabdingbaren Entgeltanspruch nach dem Entgeltausfallsprinzip. Das Urlaubsentgelt ist bei Antritt des Urlaubs für die gesamte Urlaubsdauer im Voraus zu zahlen. Nimmt der Arbeitnehmer nur einen Teil des Urlaubs in Anspruch, steht ihm das Urlaubsentgelt nur anteilig zu.<sup>1006</sup>

---

<sup>1002</sup> *Mosler*, DRdA 1999, 338.

<sup>1003</sup> *Mosler*, DRdA 1999, 338.

<sup>1004</sup> Siehe Pkt C.5.2.2.

<sup>1005</sup> *Klein*, ÖGB-Information, Fragen und Antworten (2009).

<sup>1006</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> Kap XXXII 2 C; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 422.

Die Berechnung des Urlaubsentgelts erfolgt der Grundsatzbestimmung des § 6 Abs 1 UrlG zufolge nach dem Bezugsprinzip, demzufolge „behält“ der Arbeitnehmer während des Urlaubs den Anspruch auf das Entgelt.<sup>1007</sup>

Im Urlaub wird jenes Entgelt weiter bezahlt, dass ohne den Urlaubskonsum verdient worden wäre, es ist vom sogenannten fiktiven Ausfallsprinzip auszugehen.<sup>1008</sup> Somit ist in der Phase der Kurzarbeit das Urlaubsentgelt auf Basis der gekürzten Wochenarbeitszeit (Entgelt für gekürzte Arbeitszeit und Kurzarbeitsunterstützung) zu leisten. Für eine Berechnung auf Vollzeitbasis wäre eine Vereinbarung notwendig. Die meisten Kurzarbeitsvereinbarungen sehen vor, dass während des Urlaubs das volle Entgelt, somit jenes das vor der Einführung von Kurzarbeit gebührte, bezahlt wird.<sup>1009</sup> Auch die Mustervereinbarung der Sozialpartner ordnet an, dass für die Bemessung des Urlaubsentgelts die ungekürzte tägliche bzw wöchentliche Arbeitszeit zugrunde zu legen ist.<sup>1010</sup>

#### **4. Kurzarbeit als Austrittsgrund**

Ob die Einführung von Kurzarbeit die betroffenen Arbeitnehmer zu einem Austritt berechtigt bzw ob sie einen Austrittsgrund darstellt, ist zu klären. Sofern die Kurzarbeit aufgrund einer Ermächtigung im Kollektivvertrag oder einer Sozialpartnervereinbarung iSd § 37b AMSG beruht, ist ein solcher Austrittsgrund zu verneinen, denn die Ausübung eines dem Arbeitgeber zustehenden Rechts kann im Allgemeinen keinen wichtigen Grund zum Austritt darstellen.<sup>1011</sup>

Die Bestimmung eines Kollektivvertrages, die die Möglichkeit einer Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber vorsieht, ist zwar ungewöhnlich, wirkt aber als normative Bestimmung (Inhaltsnormen) eines Kollektivvertrages von außen auf den Arbeitsvertrag ein, ohne dessen Bestandteil zu werden. Ordnet der Arbeitgeber Kurzarbeit an, ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, einen vorzeitigen Austritt zu erklären.<sup>1012</sup> Der Arbeitnehmer kann ohnehin aus Anlass der Einführung von Kurzarbeit eine ordentliche Kündigung erklären und das Arbeitsverhältnis beenden. Eine Beendigung durch vorzeitigen Austritt, ist im Hinblick der kollektivvertraglichen Bestimmung jedoch ungerechtfertigt.<sup>1013</sup>

---

<sup>1007</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 422.

<sup>1008</sup> Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 422.

<sup>1009</sup> Klein, ÖGB-Information, Fragen und Antworten.

<sup>1010</sup> Erläuterungen zur Mustervereinbarung zu VII./3.

<sup>1011</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261.

<sup>1012</sup> Winter, Kurzarbeit 65.

<sup>1013</sup> Schnorr, DRdA 1987, 261; so auch ArbG Wien 16.04.1986, 9 Cr 2087/85.

## **5. Zusammenfassung**

Vor der Einführung von Kurzarbeit sollten sich Unternehmer fragen, ob Kurzarbeit die betriebswirtschaftlich richtige Lösung auf einen Absatzeinbruch ist, denn die damit einhergehenden Rechtsfolgen und vor allem Kosten sind nicht unerheblich.

Neben der Kurzarbeitsunterstützung, die lohnsteuerpflichtig ist, hat der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge in derselben Höhe wie vor dem Eintritt der Kurzarbeit zu zahlen. Weiters sind die Abfertigung, Sonderzahlungen, Jubiläumsgelder etc idR auf Basis der Bemessungsgrundlage des letzten Entgelts vor Einführung der Kurzarbeit zu leisten. Die dem Arbeitgeber vom AMS gewährte Kurzarbeitsbeihilfe, unter der Voraussetzung, dass eine solche überhaupt beantragt und gewährt wird, deckt aber nur einen Teil der tatsächlichen Aufwendungen ab.<sup>1014</sup> Aufgrund des Arbeitsmarktpaketes 2009 werden die Unternehmen zwar im Hinblick auf die Dienstgeber-Sozialversicherungsbeiträge entlastet, da diese ab dem siebenten Monat in dem Kurzarbeitsbeihilfe bezogen wird, zur Gänze vom AMS übernommen werden. Die Abfertigungs-, Sonderzahlungen und Ähnliches sind jedoch weiterhin vom Arbeitgeber zu zahlen.

---

<sup>1014</sup> *Wolf/Winter*, Der Standard 07.01.2009.

## **F. Zusammenfassende Thesen**

1. Kurzarbeit ist die vorübergehende Herabsetzung der Normalarbeitszeit und des Arbeitsentgelts in einem Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten. Durch die Reduktion der Personalkosten und die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe durch das AMS sollen Arbeitsplätze gesichert und Unternehmen finanziell entlastet werden. Aufgrund des Beschäftigungsförderungsgesetzes 2009 und des Arbeitsmarktpaketes 2009 kam es zu einer Neuregelung der Bestimmungen betreffend die Kurzarbeitsbeihilfe. Die gesetzlichen Regelungen sind nunmehr im AMSG in den §§ 37b und 37c zu finden. Eine nähere Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgaben erfolgt durch die Richtlinie des AMS.
2. Es ist zwischen der Kurzarbeitsbeihilfe auf der einen Seite und der Kurzarbeitsunterstützung auf der anderen Seite zu unterscheiden. Die Kurzarbeitsunterstützung ist eine Leistung, die der Arbeitgeber an seine Arbeitnehmer zusätzlich zu dem für die geleisteten Arbeitsstunden gebührendem Entgelt auszahlt. Im Unterschied dazu ist die Kurzarbeitsbeihilfe jene Leistung, die dem Arbeitgeber als Förderung durch das AMS gewährt wird. Auf die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe besteht kein Rechtsanspruch.
3. Bevor Kurzarbeitsbeihilfe gewährt werden kann, muss der Betrieb des Arbeitgebers von vorübergehenden, nicht saisonbedingten, wirtschaftlichen Schwierigkeiten betroffen sein. Die Regionale Geschäftsstelle des AMS muss rechtzeitig verständigt worden sein und bei einer Beratung, der auch der Betriebsrat und die kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und Arbeitgeber beizuziehen sind, muss festgestellt worden sein, dass keine andere Lösungsmöglichkeit für die bestehenden Beschäftigungsschwierigkeiten zur Verfügung steht. Zwischen den für den Wirtschaftszweig in Betracht kommenden kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist eine (Sozialpartner-) Vereinbarung über die Leistung einer Entschädigung während der Kurzarbeit (Kurzarbeitsunterstützung), die näheren Bedingungen der Kurzarbeit und die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes nach Beendigung der Kurzarbeit abzuschließen.

4. Falls keine Kurzarbeitsbeihilfe beantragt werden soll, unterliegen sowohl die Dauer der Kurzarbeit als auch das Ausmaß der Herabsetzung der freien Vereinbarung.
5. Der Bezug von Kurzarbeitsbeihilfe ist nur für einen begrenzten Zeitraum möglich. Bei der Erstgewährung ist dieser durch § 37b Abs 4 AMSG auf höchstens sechs Monate begrenzt. Nach der Richtlinie des AMS sind drei Blöcke zu je sechs Monaten möglich, in begründeten Einzelfällen kann der sonst geltende maximale Beihilfenzeitraum von 18 Monaten um zwei weitere Monate verlängert werden, somit auf insgesamt 20 Monate. Durch das Arbeitsmarktpaket 2009 ist diese Maximalfrist auf 24 Monate ausgedehnt worden. Der durchschnittliche Ausfall an Arbeitsstunden darf nicht über 90% und nicht unter 10% der gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegten Normalarbeitszeit liegen. Ein Hinaufsetzen der in der Kurzarbeitsvereinbarung vorgesehenen Arbeitszeit kann jederzeit im Einvernehmen mit dem Betriebsrat erfolgen. Soll die in der Kurzarbeitsvereinbarung festgesetzte Arbeitszeit jedoch herabgesetzt werden, ist dies nur mit Zustimmung aller Vertragspartner, also insb auch des AMS, möglich.
6. Eine weitere staatliche Förderung kann in Form einer, durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 im § 37c AMSG eingeführten, Qualifizierungsbeihilfe gewährt werden. Zweck dieser neuen Maßnahme ist es, die durch Herabsetzung der Arbeitszeit frei werdende Zeit für arbeitsmarktpolitisch sinnvolle Qualifizierungsmaßnahmen zur Aus- und Weiterbildung zu nutzen. Die Kurzarbeitsbeihilfe erhöht sich bei Teilnahme der Arbeitnehmer an den Qualifizierungsmaßnahmen um 15%. Die Sozialpartnervereinbarung hat für den Arbeitnehmer eine Qualifizierungsunterstützung vorzusehen, die der Kurzarbeitsunterstützung zzgl einer Abgeltung für die Inanspruchnahme des Arbeitnehmers während der Qualifizierung entspricht. Weiters hat die Sozialpartnervereinbarung Näheres zur Qualifizierungsmaßnahme, die den Qualitätsstandards zu entsprechen hat, zu enthalten. Bzgl Dauer und Arbeitszeitausfall gelten dieselben Bestimmungen wie bei normaler Kurzarbeit. Probleme bestehen dahingehend, dass weder das Gesetz noch die Richtlinie Sanktionen vorsehen, falls Arbeitnehmer nicht an den Qualifizierungsmaßnahmen teilnehmen. Eine Entlassung ist bei bloßer Nichtteilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme abzulehnen, da dafür keine Rechtfertigung besteht. Hingegen stellen der Entzug der

Qualifizierungsunterstützung und der Ausschluss von der weiteren Teilnahme an der Qualifizierungsmaßnahme angemessene Sanktionen dar.

7. Zur Einführung von Kurzarbeit stehen unterschiedliche Rechtsinstrumente zur Verfügung. Unbestritten ist, dass Kurzarbeit durch individuelle Vereinbarung mit jedem Arbeitnehmer eingeführt werden kann. Der Arbeitgeber kann durch die Ausübung des Weisungsrechts die Arbeitszeit zwar reduzieren, hinsichtlich der Herabsetzung des Entgelts geht die hM jedoch von der Unzulässigkeit der Weisung aus, da es sich um eine materielle Arbeitsbedingung handelt, die dem Weisungsrecht grundsätzlich entzogen ist. Der Arbeitgeber wäre gem § 1155 ABGB zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. Da § 1155 ABGB jedoch eine dispositive Bestimmung ist, ist davon auszugehen, dass diese Bestimmung in Krisenzeiten zulässig abbedungen werden kann. Falls zwischen den Arbeitsvertragsparteien ein Änderungsvorbehalt vereinbart wurde, kann die Ausübung dieses Gestaltungsrechts neben der Herabsetzung der Arbeitszeit auch zur Kürzung des Entgelts führen. Im Hinblick auf die Privatautonomie erscheint eine einseitige Weisung auf Basis eines Änderungsvorbehaltes durch den Arbeitgeber als mögliche Variante zur Einführung von Kurzarbeit. Der OGH hat sich jedoch in einer umstrittenen Entscheidung gegen ein derartiges Gestaltungsrecht ausgesprochen.
  
8. Auch durch eine fakultative Betriebsvereinbarung kann die Arbeitszeit für Arbeitnehmer herabgesetzt werden, vorausgesetzt es handelt sich um eine vorübergehende und generelle Regelung. Probleme stellen sich bei der Frage, ob auch die mit der Herabsetzung der Arbeitszeit korrespondierende Entgeltfrage über die Betriebsvereinbarung geregelt werden kann. Aufgrund des Gesetzeswortlautes, der von einer vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit spricht und der ausdrücklichen Klarstellung in den Materialien, dass lohnrechtliche Konsequenzen nicht durch eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG geregelt werden sollen, ist davon auszugehen, dass eine Betriebsvereinbarung keine Kürzung des Entgelts regeln kann. Vielmehr besteht gar keine Notwendigkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung, da der Entgeltanspruch regelmäßig in einem untrennbaren Verhältnis zu dem vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeitausmaß steht und somit die Verkürzung der Arbeitszeit auch eine Herabsetzung des Entgelts zur Folge hat. Es erübrigt sich somit über die normative Regelungsmöglichkeit der

Betriebsvereinbarung hinsichtlich der Entgeltregelung zu diskutieren, da die Entgeltreduktion nicht unmittelbar durch die Betriebsvereinbarung angeordnet wird, sondern deren Begleiterscheinung ist. Allfällige Probleme im Bezug auf eine Entgeltaufstockung durch die Kurzarbeitsunterstützung bzw die Kurzarbeitsbeihilfe stellen sich nicht, da diese Leistung nicht im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht, sondern aufgrund sozialer Aspekte als Ausgleich für die entfallenden Arbeitsstunden und somit auch die entfallende Arbeitsleistung aus Mitteln des AMS gewährt wird.

9. Auch im Kollektivvertrag können Klauseln enthalten sein, die eine Einführung von Kurzarbeit zulassen. Einige Kollektivverträge sehen in diesem Zusammenhang eine bestimmte Mindeststundenanzahl vor, die nicht unterschritten werden darf bzw wird die Einführung der Kurzarbeit an ein einvernehmliches Vorgehen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw Betriebsrat gebunden. Diese Mitbestimmung des Betriebsrates stellt bei näherer Betrachtung eine zwingend vorgeschriebene Betriebsvereinbarung dar, was eine Erweiterung des gesetzlichen Mitwirkungsrechts - für die Einführung von Kurzarbeit in § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG ist nur die freiwillige Betriebsvereinbarung vorgesehen – bewirkt und ein systematischer Widerspruch innerhalb des ArbVG ist, denn die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sind nicht beliebig erweiterbar. Das Gesetz sagt nichts über die mögliche Erzwingung einer an die Betriebsvertretung delegierten Aufgabe durch die Kollektivvertragspartner. Deshalb sind Sinn und Zweck der möglichen Übertragung der Regelungsbefugnis des Kollektivvertrages auf Betriebsvereinbarungen zu beachten. Wenn die Kollektivvertragspartner eine Angelegenheit ihres Regelungsbereiches an die Betriebsvereinbarungspartner abgibt, dann liegt darin zwar Verzicht auf die kollektive Regelung, daraus ist jedoch nicht der Verzicht auf die Regelung der übertragenen Angelegenheit schlechthin abzuleiten. Im Anschluss daran ist davon auszugehen, dass die Kollektivvertragsparteien die betrieblichen Sozialpartner zum Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung verpflichten können.
10. Falls eine Sozialpartnervereinbarung abgeschlossen wird, kann auch durch diese Kurzarbeit eingeführt werden. Sie erlangt sowohl auf Arbeitgeberseite als auch auf Arbeitnehmerseite Kraft schuldrechtlicher Unterwerfung Geltung, da die typische normative Wirkung zumindest gegenüber dem Arbeitgeber fehlt und sie ein Vertrag

zu Lasten Dritter für die Arbeitnehmer wäre. Im Hinblick auf die Rechtsnatur und Wirkung der Sozialpartnervereinbarung ist nicht klar, ob es sich um einen Kollektivvertrag mit entsprechender normativer Wirkung oder um eine privatrechtliche Vereinbarung mit bloß schuldrechtlicher Wirkung zwischen den abschließenden Parteien handelt. Die Sozialpartnervereinbarung kann, da keine Publikation, dh Hinterlegung und Kundmachung stattfindet, keine normative Wirkung auf den Arbeitgeber und die von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer entfalten. Deshalb scheidet die Möglichkeit die Sozialpartnervereinbarung als Kollektivvertrag zu qualifizieren aus. Eine beliebige Vereinbarung - mag sie auch zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften geschlossen sein – kann keine normative Wirkung entwickeln. Jedoch spricht nichts gegen die Annahme eine in Form eines Kollektivvertrages abgeschlossene Vereinbarung als Sozialpartnervereinbarung zu qualifizieren, falls die für den Abschluss der Sozialpartnervereinbarung geforderten kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Vereinbarung abgeschlossen haben und der gem § 37b AMSG geforderte Inhalt vereinbart wurde. Aufgrund der Funktion und den Parallelitäten der Sozialpartnervereinbarung zum Kollektivvertrag erscheint eine Einstufung als schuldrechtlicher Vertrag nicht angemessen, vielmehr wird es sich um einen Vertrag sui-generis mit Unterwerfungserklärung des Arbeitgebers zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer handeln. Es erscheint sinnvoll die Vereinbarung nicht in eine der beiden Rechtsformen hineinzupressen, sondern sie als selbstständige, im österreichischen Recht einmalige Rechtsform zu verstehen. Der Gesetzgeber hat mE die Rechtsnatur der Sozialpartnervereinbarung bewusst offen gelassen um den Sozialpartnern eine flexible Vorgehensweise zu ermöglichen. Es kann sich also nach Wahl der beteiligten Sozialpartner um eine Sozialpartnervereinbarung handeln, die zwar in Form eines Kollektivvertrages abgeschlossen wurde, aber keine normative Wirkung besitzt und in weiterer Folge als Vertrag sui-generis zu bezeichnen ist.

11. Ein in der Sozialpartnervereinbarung zu regelnder Punkt ist die „Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes“, welcher als arbeitsmarktpolitische Maßnahme zum Ziel hat, die Zahl der aktiv im Arbeitsleben stehenden Arbeitskräfte zu erhalten. Die Behaltefrist nach Ende der Kurzarbeit verfolgt den Zweck, dass die ehemals von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer nicht unmittelbar im Anschluss an die Beendigung der Kurzarbeit ihren Arbeitsplatz verlieren. Der Wortlaut des § 37b Abs 2

AMSG lässt offen, ob es sich um einen Schutz der individuellen Arbeitsverhältnisse oder der allgemeine Schutz der Arbeitsplätze im Betrieb bezweckt wird. Die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes hat ihre Wurzeln in der Arbeitslosenversicherung und diene als Kompensation für das aufgrund der Einführung von Kurzarbeit entfallende Entgelt. Der Gesetzgeber hat in der ursprünglichen Form der Kurzarbeitsbeihilfe somit keinesfalls an einen Bestandschutz der einzelnen Arbeitsverhältnisse gedacht. Auch ist in der Richtlinie des AMS die Möglichkeit zur Beendigung der Arbeitsverhältnisse nicht ausgeschlossen, dass heißt der Wegfall des Arbeitsplatzes führt zu keiner Schmälerung des Beschäftigtenstandes (zT ist eine Verpflichtung zur Auffüllung vorgesehen). Hierdurch ergibt sich, dass es sich um eine Aufrechterhaltung der Anzahl der Arbeitsplätze handelt und kein individueller Schutz vorgesehen ist. Die Sozialpartnervereinbarung bezweckt demnach keinen einzelvertraglichen Bestandschutz für die Arbeitnehmer einzuführen oder eine Beschäftigung auf einem bestimmten Arbeitsplatz zu sichern, die der Kündigung eines betroffenen Arbeitnehmer entgegensteht und damit das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränkt, sondern die Aufrechterhaltung der Anzahl der Arbeitsplätze und den Betrieben bei kurzfristigen Beschäftigungsschwankungen weiterhin die Beschäftigung der Arbeitnehmer zu ermöglichen. Verstöße gegen die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während der Kurzarbeit und eine allenfalls vereinbarte Behaltefrist nach Beendigung der Kurzarbeit können, je nach Schwere der Abweichung, zu einer teilweisen oder gänzlichen Rückzahlungsverpflichtung der Beihilfe führen.

12. Die wesentlichen Unterschiede zum deutschen Kurzarbeitsmodell liegen in der starken Stellung des Betriebsrates im Bezug auf die Einführung (obligatorisches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates) und des ihm zustehenden Initiativrechts. In Deutschland bestehen drei Formen von Kurzarbeitergeld (konjunkturelles Kurzarbeitergeld, Saisonkurzarbeitergeld und Transferkurzarbeitergeld) und der Arbeitnehmer ist Anspruchsberechtigter gegenüber der Bundesagentur für Arbeit. Kurzarbeit kann gem § 19 KSchG auch bei sicherem Untergang des Arbeitsplatzes eingeführt werden und es ist keine Sozialpartnervereinbarung oder eine ihr ähnliche Vereinbarung für den Bezug von Kurzarbeitergeld notwendig, auch kennt das deutsche Modell keine Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während der Kurzarbeit und keine Behaltefrist nach Ende des Kurzarbeitszeitraumes.

## **G. Bibliographie**

### **1. Literatur Österreich**

#### **1.1. Monographien, Kommentare, Lehr- und Handbücher**

*Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1987)

*Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht<sup>3</sup> (1985)

*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht (2009)

*Barta* (Hrsg), Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2007)

*Baumgartner*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2003)

*Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>4</sup> (2006)

*Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen<sup>4</sup> (2002)

*Cerny*, Arbeitsverfassungsgesetz<sup>9</sup> (1988)

*Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz*, Arbeitszeitgesetz-Kommentar<sup>2</sup> (2008)

*Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht III<sup>4</sup> (2009)

*Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht<sup>4</sup>, Gesetz und Kommentar (2009)

*Danimann/Steinbach*, Arbeitsmarktförderungsgesetz (1972)

*Danimann/Steinbach/Potmesil*, Arbeitsmarktförderungsgesetz<sup>2</sup> (1986)

*Doralt*, Steuerrecht 2007<sup>8</sup> (2006)

*Ermacora* ua (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979)

*Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Individualarbeitsrecht<sup>4</sup> (1998)

*Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetz-Kurzkommentar<sup>2</sup> (1988)

*Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetz-Handkommentar (1975)

*Gleißner*, Personalmaßnahmen in der Krise (2009)

*Grillberger*, Arbeitszeitgesetz<sup>2</sup> (2001)

*Gruber*, Von Kurzarbeit bis Personalabbau (2009)

*Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1982)

*Kallab*, Arbeitsverfassungsgesetz<sup>2</sup> (2004)

*Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2002)

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB-Kurzkommentar<sup>2</sup> (2007)

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>12</sup> (2002)

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007)

*Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup> (2005)

*Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung<sup>9</sup> (2006)

*Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006)

*Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (Loseblatt)

*Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006)

*Öhlinger, Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2005)

*Pirschinger, Die Sozialpartnerschaft* (1996)

*Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>2</sup> (2003)

*Raschauer* (Hrsg), *Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts* (2003)

*Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber*<sup>8</sup> (2009)

*Rechberger/Thurner, Insolvenzrecht*<sup>2</sup> (2004)

*Reibach, Kurzarbeit und die so genannten Aussetzungsverträge* (Diplomarbeit Wien 1983)

*Risak, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht* (2008)

*Rummel* (Hrsg), *Kommentar zum ABGB*<sup>3</sup> (2000)

*Schrank, Arbeitszeitgesetze Kommentar, Arbeitszeitgesetz samt Lenkerbestimmungen* (2007)

*Schrank/Mazal, Arbeitsrecht*<sup>4</sup> (2008)

*Schrank/Rauch, Arbeitsrechtliche Maßnahmen in der Krise, ASoK-Spezial* (2009)

*Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht*<sup>10</sup> (2003)

*Steinlechner/Maska/Gleißner* (Hrsg), *Arbeitsrechtliche Maßnahmen in Krisenzeiten* (2009)

*Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>4</sup> (2006)

*Tomandl* (Hrsg), *Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht* (1979)

*Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts*<sup>6</sup> (2009)

*Tomandl* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblatt)

*Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983)

*Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1<sup>6</sup> (2008)

*Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>6</sup> (2008)

*Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006)

*Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972)

*Wenger* (Hrsg), Förderungsverwaltung (1973)

*Weißenberg/Cerny*, Arbeitsverfassungsgesetz<sup>6</sup> (1985)

*Winter*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung von Kurzarbeit und Aussetzung (Diplomarbeit Wien 1989)

*Wösendorfer*, Beurteilungskriterien für das Arbeitsmarktförderungsgesetz (1980)

## **1.2. Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen in Zeit- und Festschriften**

*Anonym*, Sozialversicherungsbeiträge bei Kurzarbeit, ARD - Das aktuelle Recht zum Dienstverhältnis, ARD 5676/5/2006, Heft 5676 v 20.04.2006

*Anzenberger*, Kurzarbeit Portrait eines „kleineren Übels“, juridikum 2009, 110 (110)

*Drs*, Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht, RdW 2009, 535

*Enzelsberger*, Verschlechterungsvereinbarungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ecolx 2009, 838

*Ercher*, Neuregelung der Kurzarbeit sowie Änderungen im BPG, ASOK 2009, 72

*Eypeltauer*, Kommentar zu OGH 8 Ob A 270/95, DRdA 1997/4, 27

*Floretta*, Einige Probleme der Rechtsetzungsbefugnis im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1976, 197 ff (198)

*Friedrich*, Rahmendienstvertrag und Arbeitszeit, ASoK 2006, 12

*Fröstl*, Die Kurzarbeit, icon-Wirtschaftstreuhand Information, Nr 4/09

*Gerhartl*, Urlaubsrechtliche Fragen der Teilzeitbeschäftigten, ZAS 2005/43

*Gleißner*, Arbeitsrechtliche Krisenbewältigung, ZAS 2009/9

*Hutter*, Kurzarbeit – Ein Weg aus der Krise?, ecolex 2009, 249

*Jabornegg*, Kommentar zu OGH 4 Ob 168/80, DRdA 1983, 269

*Kietaibl*, Flexibilisierungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis, ASoK 2008, 370

*Kietaibl*, Geltungskontrolle und Transparenzgebot im Arbeitsvertragsrecht, DRdA 2006, 12

*Klein*, Kommentar zu OGH 9 ObA 172/90, DRdA 1991/30

*Kuderna*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des Kodifikationsvorhabens, DRdA 1979, 100

*Kummer*, Die Rechtsverbindlichkeit einer Betriebsvereinbarung, DRdA 1959, 235

*Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003/19

*Löschnigg*, Kommentar zu OGH 9 ObA 187/98k, DRdA 1999, 280

*Marek*, Arbeitsmarktpaket 2009, PVP 2009 Heft 7, 176

*Mazal*, Rechtsfragen der Einführung von Kurzarbeit, ZAS 1988, 83

*Mitter*, Neuregelung der Kurzarbeit, DRdA 2009, 280

*Mitter*, Europäisches Rahmenabkommen über Teilzeitarbeit, RdW 1997, 538

*Mosler*, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 338

*Oberhofer*, Urlaubsverbrauch bei Kurzarbeit, ASoK 2009, 95 (96)

*Pernthaler*, Die arbeitsrechtliche Rechtssetzungsbefugnisse im Lichte des Verfassungsrechts, in FS Strasser (Wien 1983)

*Peyrl*, Kurzarbeit, taxlex 2008, 530

*Rauch*, Verschlechterungsvereinbarung und Änderungskündigung, ASoK 1999, 348

*Resch*, Rechtsfragen der Teilzeitbeschäftigung unter besonderer Berücksichtigung des ArbZG und des EWR, DRdA 1993, 97

*Resch*, Teilzeitbeschäftigung und Erholungsurlaub, ecolex 1993, 840

*Rill*, Die Verankerung der Sozialpartner und ihres Dialogs in Art 120a Abs 2 B-VG, ZfV 2008, 730

*Runggaldier*, Grenzen und Möglichkeiten der Aussetzung des Arbeitsvertrages, DRdA 1986, 274

*Schnorr*, Grundfragen des Arbeitsverfassungsgesetzes, DRdA 1976, 112

*Schnorr*, Rechtsfragen der Kurzarbeit, DRdA 1987, 261

*Schrank*, Nichtigkeitsbedarfsarbeitsverträge: Entgeltfolgen samt Flexibilisierungszuschlag, ZAS 2006, 83

*Schrank*, Zur Zulässigkeit von Verschlechterungsvereinbarungen bei aufrechter Arbeitsverhältnis, RdW 1983, 12 ff

*Stelzer*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffs in Rechte oder Vertragsverhältnisse, DRdA 2001, 508

*Tomandl*, Der Kollektivvertrag - doch ein Instrument des Privatrechts, ZAS 1969, 161, 206

*Tomandl*, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, ZAS 1966, 72 (75)

*Tritremmel*, Förderungsmaßnahmen für Betriebe nach dem AMFG, RdW 1984, 210

*Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarungen des Arbeitgebers, DRdA 1991, 1

*Winter/Thomas*, Kurzarbeit, ZAS 2009/10

*Wolfgruber*, Elternteilzeit neu, ZAS 2004/36

### **1.3. Kollektivverträge**

Kollektivvertrag für das Maler-, Anstreicher- und Schilderherstellergewerbe idF v 01.05.2003

Rahmenkollektivvertrag der Bekleidungsindustrie, der Kürschner, Handschuhmacher, Gerber, Präparatoren und Säckler idF v 01.05.2002

Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe idF v 01.01.2009

### **1.4. Sonstige Quellen**

#### **1.4.1 Zeitungen**

Der Standard, 11.01.2002

Der Standard, 07.01.2009 (*Wolf/Winter*).

Der Standard, Print-Ausgabe 10./11.1.2009 (*Müller*)  
Der Standard, Print-Ausgabe 17./18.1.2009 (*Szemeliker*)  
Die Presse, 26.02.2009  
Die Presse, 11.03.2009  
ÖGB-Nachrichtendienst Nr. 3356, 13.03.2009  
Die Presse, 15.03.2009  
Die Presse, 01.04.2009  
Der Standard, Print-Ausgabe 19.04.2002 (*Bachhofer*)  
Der Standard, 14.05.2009  
Wiener Wirtschaft, 12.06.2009 (*Spitaler/Backes*)  
Die Presse, 17.06.2009  
Wiener Wirtschaft, 26.06.2009  
Die Presse, 03.09.2009  
Die Presse, Print-Ausgabe 20.11.2009

#### **1.4.2. Erläuternde Bemerkungen zu Regierungsvorlagen**

ErlRV 747 BlgNR V.GP  
ErlRV 983 BlgNR XI.GP  
ErlRV 840 BlgNR XIII.GP  
ErlRV 1275 BlgNR XV.GP

#### **1.4.3. Rechtsgrundlagen (Bundes- und Reichsgesetzblätter)**

Bundesgesetz vom 19. Juli 1922, betreffend die Abänderung des Gesetzes vom 24. März 1920, St. G. Bl. Nr. 153, über die Arbeitslosenversicherung (V. Novelle zum Arbeitslosenversicherungsgesetz), BGBl 1922/534

Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, DRGBl I Nr 32/1927, S 187 ff

Bundesgesetz vom 15. Mai 1946 über vorläufige Maßnahmen auf dem Gebiete der Arbeitslosenfürsorge (Arbeitslosenfürsorgegesetz), BGBl 1946/97

Bundesgesetz vom 22. Juni 1949, betreffend die Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosenversicherungsgesetz — AIVG), BGBl 1949/148

Kundmachung der Bundesregierung vom 1. Juli 1958 über die Wiederverlautbarung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes, BGBl 1958/199 idF 1971/3

Bundesgesetz vom 12. Dezember 1968 betreffend die Arbeitsmarktförderung (Arbeitsmarktförderungsgesetz), BGBl Nr 31/1969

Bundesgesetz vom 21. März 1973, mit dem das Arbeitsmarktförderungsgesetz geändert wird, BGBl 1973/173

Bundesgesetz vom 7. Juli 1976, mit dem das Arbeitsmarktförderungsgesetz geändert wird, BGBl 1976/388

Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz — ASchG) und mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Berggesetz 1975, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 und das Ausländerbeschäftigungsgesetz geändert werden, BGBl 1994/450

Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz und das Bauern-Sozialversicherungsgesetz geändert werden, BGBl I Nr 179/1999

Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsmarktförderungsgesetz und andere geändert werden (Budgetbegleitgesetz 2001), BGBl I 2000/142

Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, das Landarbeitsgesetz 1984 und das Beschäftigungsförderungsgesetz geändert werden (Beschäftigungsförderungsgesetz 2009), BGBl I 2009/12

Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz, das Sonderunterstützungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, das Bauarbeiter- Schlechtwetterentschädigungsgesetz 1957 und das Nachtschwerarbeitsgesetz geändert werden (Arbeitsmarktpaket 2009), BGBl I 2009/90

#### **1.4.4. Richtlinien/Erlässe**

Erlass des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 10.06.1969, Zl.35.870/4-15/1969

Richtlinienerlass GZ 434.002/32-II/11/2002 vom Dezember 2002

Richtlinienerlass GZ 434.002/1-II/11/2003 vom August 2003

Richtlinienerlass GZ 434.002/1-II/11/2006 vom Juni 2006

Richtlinie des BMWA vom 12.11.2008, Zl. 434.002/0010-II/4/2008 „Beihilfen zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen gemäß § 27 Abs 1 lit b des Arbeitsmarktförderungsgesetzes“ (Kurzarbeitsbeihilfen); Einbeziehung des Arbeitskräfteüberlassergewerbes, kurz: „alte Kurzarbeitsrichtlinie“

Bundesrichtlinie Qualifizierungsförderung für Beschäftigte und Beschäftigte in Kurzarbeit im Rahmen des Europäischen Sozialfonds (Ziel 2 Schwerpunkt 1), BGS/AMF/0722/9995/2009

Bundesrichtlinie Beihilfen bei Kurzarbeit und bei Kurzarbeit mit Qualifizierung (KUA), BGS/AMF/0722/9939/2009; kurz: „Kurzarbeitsrichtlinie“

#### **1.4.5. Sonstiges**

*Klein*, ÖGB-Information - Fragen und Antworten zur Kurzarbeit (2009)

Arbeitsbehelf für Dienstgeber und Lohnverrechner der Österreichischen Sozialversicherung (2009)

Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2008 des BMASK (Stand Oktober 2008)

Erklärung der Präsidenten von ÖGB, WKÖ, BAK und IV zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009

Initiativantrag vom 22.01.2009 BlgNR XXIV.GP

Erläuterungen zum Entwurf zum Beschäftigungsförderungsgesetz 2009, IA v 22.01.2009, 424/A XXIV.GP

Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 57 der Beilagen zu Stenographischen Protokollen des Nationalrats XXIV.GP

Stenographische Protokoll des Bundesrates vom 03.03.2009, 766. Sitzung

Initiativantrag betreffend das Arbeitsmarktpaket 2009 vom 17.06.2009, 679/A BlgNR XXIV.GP

Entschließungsantrag vom 09.07.2009, 714/A(E) XXIV.GP

Anfragebeantwortung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz–1440/AB XXIV.GP, GZ: BMASK - 431.004/0024-II/4/2009

## **1.5. Verwendete Internetseiten**

AK-Information zur Kurzarbeit

<http://www.arbeiterkammer.at/online/kurzarbeit-45333.html> (21.01.2010)

AK Steiermark: Bildungskarenz im Arbeitsverhältnis

[http://www.akstmk.at/bilder/d111/Bildungskarenz\\_Nov\\_2009.pdf](http://www.akstmk.at/bilder/d111/Bildungskarenz_Nov_2009.pdf) (21.01.2010)

AMS-Berechnungstool für die Kurzarbeitsbeihilfe

[http://wbdb.ams.or.at/wbdb/kua/kua\\_tool.jsp](http://wbdb.ams.or.at/wbdb/kua/kua_tool.jsp) (14.11.2009)

AMS-Broschüre: Bildungskarenz plus

[http://www.ams.at/\\_images/bildungskarenzplusneu.pdf](http://www.ams.at/_images/bildungskarenzplusneu.pdf) (21.01.2010)

AMS: Daten und Fakten

[http://www.ams.or.at/ueber\\_ams/14155.html](http://www.ams.or.at/ueber_ams/14155.html) (21.01.2010)

AMS-Informationen und Formulare zur Kurzarbeit

[http://www.ams.at/sfa/14081\\_20932.html](http://www.ams.at/sfa/14081_20932.html) (21.01.2010)

AMS-Kundeninformation zur Kurzarbeitsbeihilfe und Qualifizierungsbeihilfe bei Kurzarbeit  
[www.ams.or.at/\\_docs/200\\_kua\\_kundeninfo.doc](http://www.ams.or.at/_docs/200_kua_kundeninfo.doc) (21.01.2010)

AMS OÖ: Kundeninformation zur Kurzarbeitsbeihilfe  
[http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit\\_kundeninformation.doc](http://docs.ams.at/ooe/kurzarbeit/kurzarbeit_kundeninformation.doc) (21.01.2010)

Die Arbeitsmarktdaten des BMASK sind abrufbar unter:  
<http://www.bmask.gv.at/cms/site/liste.html?channel=CH0735> (21.01.2010)

BMASK: Arbeitsmarktlage März 2009  
[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/9/7/1/CH0735/CMS1238575434608/arbeitsmarktlage\\_maerz09.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/9/7/1/CH0735/CMS1238575434608/arbeitsmarktlage_maerz09.pdf) (21.01.2010)

BMASK: Aktuelle Arbeitsmarktlage Juni 2009  
[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/2/8/1/CH0735/CMS1246440261091/arbeitsmarktdaten\\_juni\\_2009.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/2/8/1/CH0735/CMS1246440261091/arbeitsmarktdaten_juni_2009.pdf) (21.01.2010)

BMASK: Arbeitsmarktpaket II – Neue Chancen am Arbeitsmarkt  
[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/5/3/0/CH0023/CMS1245230885751/090617\\_arbeitsmarktpaket\\_ii\\_2.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/5/3/0/CH0023/CMS1245230885751/090617_arbeitsmarktpaket_ii_2.pdf) (21.01.2010)

BMASK: Arbeitsvermittlung durch das Arbeitsmarktservice  
<http://www.bmask.gv.at/cms/site/dokument.html?channel=CH0697&doc=CMS1233303592799> (21.01.2010)

Dokumentation „Aktive Arbeitsmarktpolitik in Österreich“ 1994 bis Mitte 2009 des BMASK (Stand 31.07.2009)  
[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/6/8/7/CH0689/CMS1232555301634/dokumentation\\_aktive\\_amp\\_in\\_oesterreich\\_1994-2009\\_final\\_juli\\_2009.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/6/8/7/CH0689/CMS1232555301634/dokumentation_aktive_amp_in_oesterreich_1994-2009_final_juli_2009.pdf) (22.01.2010)

BMASK: Insolvenz-Entgeltsicherung  
<http://www.bmask.gv.at/cms/site/dokument.html?channel=CH0697&doc=CMS1233303779165> (22.01.2010)

BMASK: Presseunterlagen für die Pressekonferenz des Bundesministers Hundstorfer am 02.02.2009 „Krise als Chance“ - Qualifizierungsoffensive für Beschäftigte und Arbeitslose  
[http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/0/9/6/CH0023/CMS1233563726292/090130\\_presseunterlage\\_krise\\_als\\_chance.pdf](http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/0/9/6/CH0023/CMS1233563726292/090130_presseunterlage_krise_als_chance.pdf) (22.01.2010)

Deutsche Arbeitsagentur: Informationen für Arbeitgeber zur Qualifizierung während des Bezugs von Kurzarbeitergeld  
<http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/MB-Qualifizierung-Kurzarbeitergeldbezieher-Arbeitgeber.pdf> (21.01.2010)

Die österreichische Sozialpartnerschaft  
[http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft\\_mission\\_de.pdf](http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/Sozialpartnerschaft_mission_de.pdf) (21.01.2010)

Handelsblatt vom 20.05.2009: Regierung verlängert Kurzarbeit  
<http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/regierung-verlaengert-kurzarbeit;2284766> (21.01.2010).

IHS-Prognose der Österreichischen Wirtschaft 2009-2010  
<http://www.ihs.ac.at/publications/lib/prognose270309.pdf> (21.01.2010)

IHS-Prognose der Österreichischen Wirtschaft 2008-2010  
<http://www.ihs.ac.at/publications/lib/prognose191208.pdf> (21.01.2010)

IV: Was Sie über die Industriellenvereinigung wissen müssen  
<http://www.iv-net.at/bm41> (21.01.2010)

Mustervereinbarung der Sozialpartner über die Einführung von Kurzarbeit und Leistung einer Kurzarbeitsunterstützung:  
[http://public.wuapaa.com/wkstmk/2009/gewerbe/dienstleister/files/kurzarbeitsvereinbarung\\_muster.pdf](http://public.wuapaa.com/wkstmk/2009/gewerbe/dienstleister/files/kurzarbeitsvereinbarung_muster.pdf) (22.01.2010)

Erläuterungen zur Mustervereinbarung der Sozialpartner:  
<http://www.fachverbandwerbung.at/mmdb/1/2/1096.pdf> (22.01.2010)

OECD-Bericht: Eine schwache Erholung ist in Sicht, die Auswirkungen der Krise werden aber noch lange spürbar sein  
[http://www.oecd.org/document/26/0,3343,de\\_34968570\\_35008930\\_43148186\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/26/0,3343,de_34968570_35008930_43148186_1_1_1_1,00.html) (21.01.2010)

ÖGB: Kurzarbeit „muss“ fair sein  
[http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ\\_Index&n=OEGBZ\\_9.1.a&cid=1233605872584](http://www.oegb.at/servlet/ContentServer?pagename=OEGBZ/Page/OEGBZ_Index&n=OEGBZ_9.1.a&cid=1233605872584) (21.01.2010)

Österreichische Sozialversicherung: Kurzarbeitsunterstützung/Qualifizierungsunterstützung  
[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=511&p\\_tabid=5&p\\_pubid=10517](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=511&p_tabid=5&p_pubid=10517)  
(21.01.2010)

Österreichische Sozialversicherung: Kurzarbeit: sozialversicherungsrechtliche Umsetzung der Kurzarbeitsrichtlinie  
[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=4313&p\\_tabid=5&p\\_pubid=635871](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=4313&p_tabid=5&p_pubid=635871) (21.01.2010)

Österreichische Sozialversicherung: Kurzarbeit - Die neuen Regelungen  
[http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?jsessionid=878C82DCEF08A8013BEB7D9FB0AE9BD7?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel\\_content.cmsWindow&p\\_menuid=4313&p\\_tabid=5&p\\_pubid=634963](http://www.sozialversicherung.at/portal/index.html?jsessionid=878C82DCEF08A8013BEB7D9FB0AE9BD7?ctrl:cmd=render&ctrl>window=esvportal.channel_content.cmsWindow&p_menuid=4313&p_tabid=5&p_pubid=634963) (21.01.2010)

Voest Alpine-Konzern dehnt Arbeitszeitmaßnahmen aus  
<http://www.voestalpine.com/ag/de/press/news/20090114.html> (21.01.2010)

Welt online 14.04.2009: *Evert*, Hürden für Weiterbildung bei Kurzarbeit sind hoch  
<http://www.welt.de/wirtschaft/article3549768/Huerden-fuer-Weiterbildung-bei-Kurzarbeit-sind-hoch.html> (21.01.2010)

WIFO-Prognose für 2009 und 2010

[http://www.wifo.ac.at/wwa/servlet/wwa.upload.DownloadServlet/bdoc/P\\_2008\\_12\\_19\\$\\_SH\\_OW.PDF](http://www.wifo.ac.at/wwa/servlet/wwa.upload.DownloadServlet/bdoc/P_2008_12_19$_SH_OW.PDF) (21.01.2010)

WIFO-Prognose für 2010 und 2011

[http://www.wifo.ac.at/wwa/servlet/wwa.upload.DownloadServlet/bdoc/P\\_2009\\_12\\_18\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/wwa/servlet/wwa.upload.DownloadServlet/bdoc/P_2009_12_18$.PDF) (21.01.2010)

Wirtschaftsblatt vom 03.09.2009: OECD sieht Konjunktorentwicklung optimistischer

<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/international/wirtschaftspolitik/388121/index.do> (21.01.2010).

WKÖ: Kurzarbeit mit Qualifizierung

[http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=467299&DstID=7228) (21.01.2010)

WKÖ: Vereinbarung von Kurzarbeit

[http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=492780&DstID=29](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=492780&DstID=29) (21.01.2010)

WKÖ: Warnung vor Kurzarbeits-Vereinbarungen des ÖGB

[http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StID=471240&DstID=680](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=471240&DstID=680) (21.01.2010)

WKÖ-Tirol: *Achatz*, Förderung bei Kurzarbeit

<http://wko.at/tirol/arbeitsrecht/tw/127.html> (21.01.2010)

## **2. Literatur Deutschland**

### **2.1. Monographien, Kommentare, Lehr- und Handbücher**

*Bähringer/Spiegelhalter*, Kurzarbeit<sup>12</sup> (1993)

*Barnhofer*, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung (Dissertation Heidelberg 1994)

*Caspers*, Kurzarbeit (Dissertation Köln 1965)

*Conze*, Einführung von Kurzarbeit (Dissertation Würzburg 1974)

*Gagel* (Hrsg), Sozialgesetzbuch III-Arbeitsförderung (Loseblatt)

*Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht<sup>8</sup> (2009)

*Küttner/Röllner* (Hrsg), Personalbuch<sup>16</sup> (2009)

*Müller-Glöge/Schmidt/Preis* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>9</sup> (2009)

*Richardi* (Hrsg), Kommentar Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup> (2008)

*Richardi/Wlotzek* (Hrsg), Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2000)

*Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht<sup>12</sup> (2009)

*Schmidt* (Hrsg), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>2</sup> (2006)

*Söllner*, Arbeitsrecht<sup>7</sup> (1981)

## **2.2. Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen in Zeitschriften**

*Bach/Spitznagel*, Betriebe zahlen mit und haben was davon, IAB-Kurzbericht, Nr 17/2009

*Bischof*, Mitbestimmung bei Einführung und Abbau von Kurzarbeit, NZA 1995, 1021 ff

*Boecken*, Arbeitsrecht und Sozialrecht - Insb zu den rechtlichen Grundlagen der Einführung von Kurzarbeit, RdA 2000, 7

*Crimann/Wießner*, Verschnauftpause dank Kurzarbeit, IAB-Kurzbericht, Nr 14/2009

*Dekker/Ohlert*, Qualifizierungsmaßnahmen während Kurzarbeit nach endgültigem Arbeitsausfall. Analysen zur Förderung im Rahmen des ESF-BA-Programms 2000 bis 2006 und zum Verbleib nach der Teilnahme, IAB-Forschungsbericht, Nr 03/2009

*Gäbert*, Das Initiativrecht des Betriebsrates bei der Einführung von Kurzarbeit, NZA 1986, 412 ff

*Heinze*, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1998, 14-23

*Huter/Lemke/Strigl*, Themenbericht zum Arbeitsmarkt in der Region Bodensee - Kurzarbeit (April 2009)

*Otto*, Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Regelung von Dauer und Lage der Arbeitszeit, NZA 1992, 97

*Sell*, Zur Ambivalenz der Kurzarbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument, Remagener Beiträge zur aktuellen Sozialpolitik 05-2009

*Stebut*, Die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1974, 332

### **2.3. Sonstige Quellen aus Deutschland**

Kurz zur Kurzarbeit, Informationsbroschüre der Bundesagentur für Arbeit, März 2009

Bundesagentur für Arbeit, Quartalsbericht über die Finanzen, erstes Quartal 2009, März 2009

Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland, Oktober 2009 Monatsbericht der Bundesagentur für Arbeit

Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 26.11.2008 idF der 1.Änderungsverordnung vom 29.05.2009, 2332 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr 55, ausgegeben zu Bonn am 08.12.2008

### **3. Europäische Rechtsgrundlagen**

Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl L 283 v 28.10.1980

Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP, und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl L 14 v 20.01.1998, S 9; ber ABl L 128 v 30.04.1998

Richtlinie 98/23/EG des Rates vom 07.04.1998 betreffend die Ausdehnung der RL 97/81/EG auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, ABl L 131 v 05.05.1998, S 10

## **H. Entscheidungsverzeichnis**

### **1. Österreichische Entscheidungen**

#### **1.1. Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes**

OGH 08.06.1927, Judikat 26 neu = SZ 9/80 = Arb 3725/1927

OGH 25.09.1979, 4 Ob 78/79, Arb 9810/1979 = ÖJZ 1980/48 (EvBl) = DRdA 1981/14 (Fenyves) = ZAS 1981/14 = ZAS 1981, 102 (Schrank)

OGH 04.11.1980, 4 Ob 138/80, Arb 9914/1980 = DRdA 1981, 252

OGH 29.09.1981, 4 Ob 168/80, DRdA 1983, 269 (Jabornegg) = Arb 10.038 = ZAS 1982/29 = DRdA 1982,127

OGH 18.10.1983, 4 Ob 105/82, RdW 1983, 113 = DRdA 1984, 352 = ÖJZ 1984, 198 = SZ 56/149 = DRdA 1985, 73 (Schwarz) = DRdA 1984/17 (Eypeltauer) = infas 1984, A 3 = ÖJZ 1984/48 (EvBl) = Arb 10.303 = DRdA 1985, 167 (Eypeltauer)

OGH 26.11.1986, 7 Ob 693/86, MietSlg 38.736

OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86, DRdA 1987, 224 = wbl 1987, 100 = RdW 1987, 237 = infas 1987, A 51 = ARD 3876/13/87 = Arb 10.603 = ÖJZ 1987/100 (EvBl) = ARD 3869/13/87

OGH 24.11.1988, 6 Ob 694/88, SZ 61/261 = ÖJZ 1989, 82 (EvBl) = JBl 1990, 169 (Ohms)

OGH 14.12.1988, 9 ObA 512/88, ZAS 1989, 98 (Tomandl) = DRdA 1989, 132 = JBl 1989, 193 = RdW 1989, 137 = DRdA 1990/8 (Grillberger) = infas 1989, A 21 = Arb 10.763 = ARD 4049/9/89 = ZASB 1989, 5 = ARD 4048/20/89

OGH 19.04.1989, 9 ObA 54/89, SWK 1990, B I 4 = ARD 4088/16/89

OGH 24.01.1990, 9 ObA 172/90, DRdA 1991/30, 285 (Klein) = RdW 1991, 150 = DRdA 1991, 154 = ZASB 1991, 1 = SWK 1991, B I 8 = infas 1991, A 36 = DRdA 1991, 155 = ecolex 1991, 115 = wbl 1991, 101 = ARD 4219/11/90

OGH 16.09.1992, 9 ObA 213/92, ARD 4425/19/93 = ZASB 1993, 5 = DRdA 1993/38 (Vogt)  
= wbl 1993, 53 = infas 1993, A 48 = RdW 1993, 115 = AnwBl 1993/4350 (Kriegler)

OGH 18.04.1996, 8 ObA 270/95, DRdA 1997/4, 27 (Eypeltauer) = wbl 1996, 369 = RdW  
1997, 352 = DRdA 1996, 421 = infas 1996, A 122 = ARD 4761/29/96

OGH 23.05.1996, 8 ObA 2063/96g, Arb 11.526 = DRdA 1996, 520

OGH 08.07.1998, 9 ObA 125/98f, ecolex 1998, 937 = DRdA 1999/33 (Firlei) = infas 1999, A  
1 = wbl 1999/18 = ASoK 1999, 136 = ZAS 1999/15 (Aigner) = ARD 4987/11/98 =  
Arb 11.757

OGH 28.01.1998, 9 ObA 390/97m, ASoK 1998, 315 = RdW 1999, 100 = ARD 4955/10/98 =  
infas 1998, A 88 = ZASB 1998, 33

OGH 10.06.1998, 9 ObA 98/98x, ASoK 1998, 428 = infas 1998, A 129 = DRdA 1998, 445 =  
Arb 11.736 = ARD 4965/2/98

OGH 19.08.1998, 9 ObA 187/98k, DRdA 1999/34 (Löschnigg) = wbl 1999/19 = Arb 11.767  
= ASoK 1999, 139 = DRdA 1999, 67 = ecolex 1998, 940 = infas 1999, A 10 = ARD  
4979/6/98

OGH 17.05.2000, 9 ObA 77/00i, DRdA 2001/28 (Resch) = ZAS 2001/16 (Posch) = ZASB  
2001, 17 = infas 200, A 101 = RdW 2001/246 = wbl 2001/27 = DRdA 2000, 532 = ARD  
5202/2/2001 = Arb 12.022

OGH 12.02.2003, 7 Ob 231/02z, SZ 61/261 = JBl 1990, 169 = ecolex 2003/209 (Wilhelm) =  
RdW 2003/425

OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, SWK 2005, W 200 = DRdA 2005/33 (Schwarz) = DRdA  
2005, 184 = ZAS 2006/13 (Schrank) = ecolex 2005/177 = ASoK 2005, 237 = ZAS-Judikatur  
2005/104 = DRdA 2005, 183 = infas 2005, A 30 = ASoK 2006, 12 (Friedrich) = ASoK 2005,

310 (Obereder/Trenner) = RdW 2005/840 (Gerhartl) = ZAS 2005/33 (Schrank) = ARD 5589/2/2005 = Arb 12.500

OGH 31.08.2005, 9 ObA 119/05y, DRdA 2006, 53 = wbl 2006/35 (Grillberger) = infas 2006, A 3 = DRdA 2006/38 (Trost) = ARD 5671/7/2006 = Arb 12.561 = RdW 2006/282

OGH 16.12.2005, 9 ObA 68/05y, ecolex 2006/142 = RdW 2006/480 = infas 2006, A 28 = DRdA 2006, 241 = DRdA 2007/14 (Weiss) = ARD 5673/6/2006

OGH 28.03.2006, 10 Ob 11/06z

OGH 09.05.2007, 9 ObA 39/07m, RdW 2007/538 = infas 2007, A 73 = DRdA 2009/4 (Reissner) = RdW 2008/61 = ASoK 2007, 357 = DRdA 2007, 497 = ARD 5804/4/2007

OGH 21.06.2007, 6 Ob 118/07g, RdW 2008/65 = ASoK 2007, 433 (Höfle) = PVInfo 2007 H 12, 23 (Gerhartl) = ARD 5805/8/2007 = RZ-EÜ 2008/3

OGH 28.11.2007, 9 ObA 134/07g, ARD 5893/4/2008 = infas 2008, A 39 = DRdA 2008, 273 (Chlestil/Keul/Weissensteiner) = ARD 5893/3/2008

## **1.2. Entscheidungen der Oberlandes- und Arbeitsgerichte**

OLG Wien 18.10.1995, 9 Ra 107/95, ARD 4713/11/96

ArbG Wien 16.04.1986, 9 Cr 2087/85, ARD 3966/19/88

## **1.3. Entscheidungen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes**

VfGH 30.11.1989, Vfslg 12.227

VwGH 08.06.1971, 0036/71, VwSlg 8033 A/1971

VwGH 29.09.1986, 85/08/0204, AW 85/08/0038, VwSlg 12246 A/1986 = DRdA 1987, 145 = RdW 1987, 298 = ÖJZ 1987/194 A = ZfvB 1987/1037 = ÖJZ 1987/132 A = SVSlg 32.320 = ÖJZ 1987/193 A = ARD 3853/3/87 = ZfvB 1987/1298 = infas 1987, A 35 = ZAS 1988/8 (Klein) = ARD 3876/15/87 = ÖJZ 1987/195 A

VwGH 20.10.1992, 92/08/0047, ARD 4441/6/93 = ÖJZ 1993/151 A = JBl 1993, 470 (Mayer-Maly) = ZfvB 1994/196 = SVSlg 36.864 = ARD 4430/33/93 = ZfvB 1994/287

## **2. Deutsche Entscheidungen**

### **Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts**

BAG 11.06.1958, 4 AZR 514/55, AP Nr 2 zu § 611 BGB – Direktionsrecht, RdA 59, 119 = BB 58, 1094

BAG 15.12.1961, 1 AZR 207/59, AP Nr 1 zu § 615 BGB – Kurzarbeit, NJW 1962, 654

BAG 16.10.1965, 5 AZR 55/65, AP Nr 20 zu § 611 BGB – Direktionsrecht, RdA 65, 479 = BB 65, 1455

BAG 31.08.1982, 1 ABR 27/80, E 40, 107, 121 = AP Nr 8 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit, mit Anm Rath-Glawatz = NJW 83, 953

BAG 04.03.1986, 1 ABR 15/84, AP Nr 3 zu § 87 BetrVG 1972 - Kurzarbeit, mit Anm Wiese = DB 1986, 1395 = NZA 1986, 432, 412 Gäbert

BAG 12.10.1994, 7 AZR 398/93, DB 1995, 734 = NZA 1995, 641

BAG 21.01.2003, 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097

# **I. Anhang**

## **1. Abstract (Deutsch)**

### „Kurzarbeit“

Aufgrund des Fehlens einer grundlegenden Auseinandersetzung mit dem Thema Kurzarbeit ist das mit der Abfassung dieser Dissertationsschrift verfolgte Ziel, den umfangreichen, in der Lehre und Rsp bislang wenig diskutierten Bereich und die damit verbundenen Rechtsprobleme darzustellen und zu klären.

Kurzarbeit ist die vorübergehende Herabsetzung der (Normal-) Arbeitszeit und des Arbeitsentgelts in einem Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten. Ziel und Zwecksetzung der Kurzarbeit ist im Wesentlichen der Erhalt der Arbeitsplätze und die finanzielle Entlastung des Arbeitgebers.

Bisher spielte dieses Rechtsinstrument in der österreichischen Rechtsordnung eine untergeordnete Rolle, unter anderem aufgrund der bisher unflexiblen und auf große Unternehmen zugeschnittenen rechtlichen Rahmenbedingungen, infolge der aktuellen Wirtschaftskrise hat Kurzarbeit jedoch an Bedeutung gewonnen.

Durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 und das Arbeitsmarktpaket 2009 wurde die Flexibilisierung und Attraktivität der Kurzarbeitsbeihilfe, die bei Einführung von Kurzarbeit idR in Anspruch genommenen wird, bewirkt.

Im Zuge dieser Neuregelung hat auch eine neue Form der Beihilfe, jene der Qualifizierungsbeihilfe, Eingang in die österreichische Rechtsordnung gefunden. Die durch Kurzarbeit frei werdende Zeit kann mit finanzieller Unterstützung durch das AMS erstmals durch Qualifizierung der Arbeitnehmer effektiv zur Weiterbildung genutzt werden.

Nach einer kurzen begrifflichen Einführung, der Darstellung der statistischen Daten und einer historischen Aufarbeitung der rechtlichen Entwicklung der Kurzarbeit, erfolgt eine Abgrenzung zu anderen Rechtsinstrumenten. Der Hauptteil dieser Arbeit beschäftigt sich mit einer ausführlichen Darstellung der Rechtsinstrumente zur Einführung der Kurzarbeit und dem Themenkomplex der Kurzarbeitsbeihilfe. In diesem Zusammenhang spielt die Sozialpartnervereinbarung, deren rechtliche Natur nicht abschließend geklärt war, eine wichtige Rolle. Außerdem erfolgt ein Rechtsvergleich mit dem zT als Vorbild dienenden Kurzarbeitsmodell in Deutschland und die Beantwortung der sich im Laufe der Bearbeitung diese Themas aus dem Urlaubs-, Sozial- und Steuerrecht ergebenden Folgefragen.

## 2. Abstract (English)

### „Short-time work“

Because of the absence of a basic examination of the whole topic, the dissertation targets the extensive presentation of the issue short-time work and its connected problems which are rarely discussed subjects in jurisdiction and law-teachings.

Short-time work is the temporary reduction of the (normal) working time and the remuneration due to economic problems of a company. This legal instrument basically targets the preservation of employment and the financial relief of the employer.

As yet, short-time work played a minor role in the Austrian legal system, among other things because of the inflexible legal framework that was tailored to particular needs of big companies. As a result of the economic depression, short-time work gained in importance.

The „Law Act on the Promotion of Employment 2009“ and the „Employment-Market-Package 2009“ brought the flexibility and attractiveness of short-time work aiding, which is normally received when working short-time.

In the course of this readjustment, a new form of aiding, the qualification-aiding, was established in the Austrian legal system. With the financial support of the employment-market-service the employees can benefit from the additional free time and spend it on further education.

After an introductory chapter, a description of the statistical data and working up the historical legal development of short-time work, there is a description of the differentiation to other legal instruments. The main part of the dissertation deals with a full description of the legal instruments that could be used to establish short-time work and with the issue of short-time work aiding. In connection with the short-time work aiding the social partners' agreement plays an important role because its legal status is still unresolved.

After all, the differences between the Austrian and the German short-time-work-models are worked out, whereupon the latter partly served as an example for the legal regulation in Austria. Finally, the follow-up questions in holiday law, social insurance law and tax law will be answered.

### 3. Lebenslauf

#### **Persönliche Daten:**

---

Name: Mag. Simona Claudia Suschitz  
Geboren am: 25.12.1984 in Wien  
E-mail: [simona\\_suschitz@yahoo.com](mailto:simona_suschitz@yahoo.com)  
Nationalität: Österreich

#### **Bildungsweg:**

---

09/1991 – 06/1995 Volksschule Erdbergstrasse  
09/1995 – 06/2003 GRG 3 Bundesgymnasium Hagenmüllergasse  
  
10/2003 – 01/2008 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien  
  
04/2008 – 08/2008 Gerichtspraxis am Bezirksgericht Baden  
09/2008 – 12/2008 Gerichtspraxis am Handelsgericht Wien

#### **Ergänzungen:**

---

Wahlfachkorb Steuerrecht und Rechnungswesen

Wahlfachkorb Wirtschafts- und Unternehmensrecht

#### **Sprachkenntnisse:**

---

Deutsch: Muttersprache  
Englisch: Fließend in Wort und Schrift  
Französisch: Fließend in Wort und Schrift