



THEMA – ARBEITSRECHT

Mag. Birgit Vogt-Majarek/Mag. Stefan Burischek

Massenkündigungen: Was gibt es aktuell zu beachten?

» ARD 6770/4/2021

Restrukturierungen haben zu Zeiten wirtschaftlicher Krisen Hochkonjunktur. Nicht selten beinhalten Restrukturierungsmaßnahmen auch den Abbau einer größeren Zahl an Mitarbeitern innerhalb eines kurzen Zeitabschnitts. Liegt aufgrund der Erfüllung bestimmter Kennzahlen eine „Massenkündigung“ vor, ist Vorsicht geboten, weil diese verschiedene Melde- und Anzeigepflichten nach sich zieht, deren Unterlassung zur Unwirksamkeit aller betreffenden Auflösungserklärungen und damit zu ganz erheblichen finanziellen Mehrbelastungen führen kann. Dieser Beitrag soll „Stolpersteine“ bei Massenkündigungen aus der Praxis auch anhand der in jüngerer Zeit ergangenen Rechtsprechung aufzeigen und eine Hilfestellung zu deren Vermeidung bieten.

1. Status quo

Zwar sind „Massenkündigungen“ und das dabei laut Gesetz einzuhaltende „Frühwarnsystem“ den meisten Unternehmen durch diverse Medienberichte über Betriebsschließungen in den letzten Jahren, aber auch aufgrund der pandemiebedingten Wirtschaftskrise der letzten Monate durchaus ein Begriff. Dass in bestimmten Konstellationen bereits eine vergleichsweise geringe Anzahl an Kündigungen ohne weitreichende Betriebseinschränkung die Kriterien der „Massenkündigung“ erfüllen kann und somit das „Frühwarnsystem“ gemäß § 45a Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG) auslöst, dessen Missachtung die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Auflösungserklärungen bewirkt, überrascht jedoch viele Arbeitgeber in der Praxis. Hinzu kommt, dass aufgrund der im Rahmen der Corona-Pandemie eingeführten „COVID-19-Kurzarbeit“ und der damit verbundenen Behaltefristen Kündigungen im Anschluss an die Kurzarbeit noch komplexer sind und von Arbeitgebern besonders darauf geachtet werden muss, dass nicht eine der formalen Vorgaben übersehen wird.

2. Anzeigepflichten nach § 45 Abs 1 AMFG

2.1. Maßgebliche Schwellenwerte

Wichtig ist daher, sich nochmals die in puncto Massenkündigung maßgeblichen Schwellenwerte vor Augen zu führen. Arbeitge-

ber, die beabsichtigen, eine die nachstehenden Schwellenwerte übersteigende Anzahl an Arbeitsverhältnissen innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen aufzulösen, haben vorab die nach dem Standort des Betriebs zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (AMS) schriftlich von diesem Plan zu verständigen und ergänzende Informationen zu übermitteln (siehe unten in Pkt 3.). Gemäß § 45a Abs 1 AMFG gelten folgende, die AMS-Anzeigepflicht („Frühwarnsystem“) auslösenden **Schwellenwerte**:

Betriebe mit 21 bis 99 Beschäftigten	mindestens 5 Arbeitnehmer
Betriebe mit 100 bis 600 Beschäftigten	mindestens 5 % der Arbeitnehmer
Betriebe mit mehr als 600 Beschäftigten	mindestens 30 Arbeitnehmer
Unabhängig von der Betriebsgröße	mindestens 5 Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben

Insbesondere die **sehr niedrige und von der Mitarbeiterzahl im Betrieb losgelöste Anzahl an älteren Arbeitnehmern** (die 50 Jahre oder älter sind), deren Beendigung bereits eine Massenkündigung auslöst, bereitet in der Praxis immer wieder Probleme und wird im betrieblichen Ablauf deutlich leichter übersehen als die sonstigen Schwellenwerte. Hinzu kommt, dass gerade in größeren Betrieben Situationen entstehen können, in denen sich verschiedene Abteilungen (Teile des Betriebes) gleichzeitig zum Abbau bloß einzelner (älterer) Mitarbeiter entscheiden und dieses Vorgehen ohne interne Abstimmung (und trotz Beendigungsvereinbarungen; siehe dazu unten in Pkt 2.3.) eine Massenkündigung und damit bei Nichteinhaltung der Meldepflichten die Unwirksamkeit der Beendigungen auslösen kann.

2.2. Ermittlung der im Betrieb beschäftigten Personen

Bei den übrigen, oben erwähnten Schwellenwerten führt insb die Berechnung der im Betrieb beschäftigten Personen in der Praxis immer wieder zu Problemen. Laut dem Durchführungserlass zum „Frühwarnsystem“¹ sind bei der Ermittlung der Beschäftigtenanzahl **sämtliche in unselbstständiger Beschäftigung zum**

¹ Durchführungserlass zum Frühwarnsystem, ARD-Handbuch 1994, 102 (103).

Betrieb stehende Personen, einschließlich **Lehrlinge** und **leitende Angestellte** zu berücksichtigen. Mitumfasst bei der Ermittlung der im Betrieb beschäftigten Personen sind auch befristete Arbeitsverhältnisse² sowie geringfügig Beschäftigte,³ nicht jedoch freie Dienstnehmer⁴ oder Leiharbeiter.⁵ Präsenz- und Zivildienstler sowie Karenzurlauber sind nur einmal zu berücksichtigen, sodass die als Ersatz eingestellten Arbeitnehmer nicht zählen, dh auf den Beschäftigtenstand nicht zusätzlich anzurechnen sind.

Nach dem Wortlaut des § 45a Abs 1 AMFG kommt es für die Ermittlung des Schwellenwertes auf die im Betrieb „in der Regel“ beschäftigten Personen an. Aus dem Durchführungserlass zum Frühwarnsystem sowie dem derzeit (Stand Oktober 2021) vom AMS angebotenen Standard-Formular zur Anzeige über die beabsichtigte Auflösung von Dienstverhältnissen gemäß § 45a AMFG ergibt sich, dass unter den „in der Regel“ beschäftigten Personen tatsächlich der **durchschnittliche Beschäftigtenstand des Betriebes in den letzten drei Monaten vor Einbringung der Anzeige** zu verstehen ist.

Unter „**Betrieb**“ ist gemäß dem erwähnten Durchführungserlass im Einklang mit den betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben zum Betriebsbegriff eine organisatorische Einheit oder eine einem Betrieb gleichgestellte Arbeitsstätte iSd §§ 34 f ArbVG zu verstehen. Zu berücksichtigen ist bei der Beurteilung jedoch, dass § 45a AMFG europarechtskonform iSd Massenentlassungs-RL⁶ und im Lichte der diesbezüglichen Rechtsprechung⁷ des EuGH auszulegen ist. Demnach handelt es sich für Zwecke der Massenkündigung beim „Betrieb“ um eine unterscheidbare Einheit von gewisser Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, technische Mittel sowie eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt. Der **Betriebsbegriff laut der Massenentlassungs-RL** ist somit **weiter gefasst** als die Definition des „Betriebes“ nach dem österreichischen **ArbVG**.

Diese Unterscheidung ist bei der Prüfung der oben erwähnten Schwellenwerte für eine „Massenkündigung“ ganz wesentlich. Im Ergebnis kann die Frühwarnpflicht nach § 45a AMFG dadurch nämlich bereits dann ausgelöst werden, wenn die Schwellenwerte in einzelnen Arbeitsstätten oder in einzelnen, organisatorisch nicht (völlig) eigenständigen Betriebsteilen überschritten werden (für die aufgrund der geringeren Mitarbeiterzahl die entsprechend niedrigeren Schwellenwerte gelten würden), die über ein gewisses Maß an organisatorischer Struktur sowie über entsprechende technische Mittel im Hinblick auf die Erfüllung bestimmter Aufgaben verfügen, auch wenn sie keine „Betriebe“ iSd

ArbVG sind. Andererseits kann der Betriebsbegriff der Massenentlassungs-RL auch dazu führen, dass eine Restrukturierungsmaßnahme abhängig von den konkreten Umständen auf mehrere Betriebsteile „aufgeteilt“ werden kann und dadurch die Schwellenwerte nicht erreicht werden, sodass keine Massenkündigung vorliegt und demzufolge auch keine Meldepflichten bestehen; damit bietet sich eine mögliche Alternative zu von Unternehmen zur Vermeidung einer Massenkündigung häufig zeitlich gestaffelten Beendigungen. Eine nähere Überprüfung des von der Restrukturierungsmaßnahme betroffenen Teilbereichs iSd Massenentlassungs-RL zur Vornahme der erwähnten Trennung in Betrieb(steil)e, Arbeitsstätten etc ist daher in der Praxis jedenfalls zu empfehlen.

2.3. Erfasste Beendigungsarten und Abgrenzung

Aber auch hinsichtlich der vom Frühwarnsystem erfassten Beendigungsarten kommt es immer wieder zu Fehlern bei der Berechnung. Das „Frühwarnsystem“ gemäß § 45a AMFG kommt nach dem Wortlaut der Regelung dann zur Anwendung, wenn ein Arbeitgeber beabsichtigt, eine **bestimmte Anzahl an Arbeitsverhältnissen** innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen „**aufzulösen**“. Dies wirft daher die Frage auf, welche Beendigungsarten als „Auflösung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitgeber“ zu qualifizieren sind. Jedenfalls von § 45a AMFG umfasst sind ordentliche Arbeitgeberkündigungen (unabhängig vom zugrunde liegenden betrieblichen und/oder personenbedingten Grund)⁸ sowie **Änderungskündigungen**.⁹

Der OGH stellte dazu in mehreren Entscheidungen klar,¹⁰ dass auch **vom Arbeitgeber initiierte einvernehmliche Auflösungen** in die Schwellenwerte nach § 45a Abs 1 AMFG einzubeziehen sind, wobei bereits das konkrete Angebot des Arbeitgebers zur einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausreichend ist.¹¹ Schon in den (im Entscheidungsfall unterschriftsreifen) Angeboten zur einvernehmlichen Auflösung spiegelt sich laut OGH nämlich die vom Gesetz geforderte Absicht des Arbeitgebers wider, Arbeitsverhältnisse aufzulösen, nachdem die Beendigung nur noch von einer Annahme durch die Arbeitnehmer abhängig und zudem durch einen „Frühabschlussbonus“ incentiviert war. Irrelevant ist in solchen Fällen der in der Auflösungsvereinbarung festgelegte Beendigungszeitpunkt oder wann die Auflösungsvereinbarung tatsächlich unterzeichnet wird. Die Angebote zur einvernehmlichen Auflösung müssen, um die AMS-Anzeigepflicht auszulösen, den Arbeitnehmern jedoch so zugehen, dass diese aufgrund der vom Arbeitgeber eingeräumten Annahmefrist zumindest theoretisch innerhalb des Zeitraums von 30 Tagen angenommen werden können.¹²

2 EuGH 11. 11. 2015, Rs C-422/14, *Pujante Rivera*.

3 OGH 18. 12. 1996, 9 ObA 2287/96f, ARD 4824/29/97.

4 Olt, Das Frühwarnsystem bei „Massenkündigungen“ nach § 45a AMFG, ARD 6448/5/2015.

5 *Tinhofer*, Hinweise und Tipps, wie Sie rechtliche Fallstricke beim „Frühwarnsystem“ (§ 45a AMFG) sicher umgehen, PVP 2020/76.

6 Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

7 EuGH 15. 2. 2007, C-270/05, *Athinaiki Chartopoiia*.

8 *Gerhartl*, Das Frühwarnsystem, ASoK 2021, 57.

9 *Kühteubl/Pusch*, Die Tücken des Frühwarnsystems nach § 45a AMFG, *ecollex* 2020, 721.

10 OGH 13. 7. 1995, 8 ObA 258/95, ARD 4687/3/95; OGH 24. 6. 2021, 9 ObA 47/21h, ARD 6757/5/2021.

11 OGH 25. 4. 2018, 9 ObA 119/17s, ARD 6605/6/2018.

12 *Maier*, Restrukturierungen und Arbeitsrecht² (2019) Rz 5.8.



Nicht erfasst vom Frühwarnsystem sind hingegen **vom Arbeitnehmer ausgehende Beendigungen**, also Arbeitnehmerkündigungen sowie einvernehmliche Beendigungen, die nachweislich auf Initiative des Arbeitnehmers erfolgen. Unberücksichtigt bleiben zudem Entlassungen, vorzeitige Austritte, Beendigungen befristeter Arbeitsverhältnisse durch Zeitablauf, Beendigungen während der Probezeit¹³ sowie einvernehmliche Arbeitsvertragsübernahmen.¹⁴ Im Falle einer vom Arbeitnehmer initiierten einvernehmlichen Beendigung sollte der entsprechende Wunsch des Arbeitnehmers nach Möglichkeit immer (insb aber in Fällen mehrerer Beendigungen im Betrieb innerhalb des oben erwähnten 30-Tages-Zeitraums) in der Vereinbarung schriftlich dokumentiert werden (zB in der Präambel der Auflösungsvereinbarung, und vom Arbeitnehmer unterfertigt), um sich im Ernstfall schwierige und uU erst später klärbare Beweisfragen zu ersparen, die zu einer Umqualifizierung sämtlicher im 30-Tages-Zeitraum ausgesprochenen Beendigungen als unwirksam führen könnten.

2.4. Der (bewegliche) 30-Tages-Zeitraum nach § 45a Abs 1 AMFG

Anzeigepflichtig ist nach dem Wortlaut des § 45a Abs 1 AMFG die vom Arbeitgeber beabsichtigte Auflösung einer relevanten Anzahl an Arbeitsverhältnissen innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen. Für den Beginn dieses Zeitraums ist zwischen Kündigungen und einvernehmlichen Auflösungen von Arbeitsverhältnissen zu unterscheiden: Bei ordentlichen Arbeitgeberkündigungen kommt es darauf an, wann die Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochen werden soll. Ausschlaggebend für die Beurteilung ist sohin der **Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung** (dh des Zugangs der Kündigungserklärung an den Arbeitnehmer), nicht dagegen der Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der jeweiligen Kündigungsfrist unter Einhaltung des Kündigungstermins.¹⁵ Bei vom Arbeitgeber initiierten einvernehmlichen Auflösungen des Arbeitsverhältnisses kommt es für den Lauf der 30-Tages-Frist laut der aktuellen Rechtsprechung¹⁶ darauf an, **wann dem Arbeitnehmer ein konkretes Angebot zur einvernehmlichen Auflösung** des Arbeitsverhältnisses **zugeht**. Eine anzeigepflichtige Auflösung von Arbeitsverhältnissen liegt dabei nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer das Angebot zur einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses innerhalb des 30-Tages-Zeitraums nach Zugang des Anbots (rein theoretisch) annehmen kann, dieses also keiner weiteren Konkretisierung oder weiterer Verhandlungen bedarf.

Zu berücksichtigen ist, dass der **30-tägige Zeitraum** des § 45a Abs 1 AMFG nach übereinstimmender Sicht von Lehre und Rechtsprechung **kontinuierlich wandert**. Der Arbeitgeber kann

daher durch die zeitliche Streuung von Kündigungen (bzw von Angeboten für die einvernehmliche Auflösung von Dienstverhältnissen) das Erreichen des Schwellenwerts nach § 45a Abs 1 AMFG grundsätzlich verhindern und so die Auslösung des Frühwarnsystems vermeiden.¹⁷ Hierzu werden die vorzunehmenden Kündigungen bzw einvernehmlichen Auflösungen **in mehreren Tranchen** ausgesprochen bzw den betreffenden Arbeitnehmern angeboten, sodass innerhalb des kontinuierlich wandernden 30-Tages-Fensters die Schwellenwerte nicht überschritten werden. Entscheidend ist dabei, wie der OGH in einer jüngeren Entscheidung klarstellte, dass eine Streuung der Beendigungen über einen 30 Tage übersteigenden Zeitraum schon von der ursprünglichen Absicht des Arbeitgebers umfasst sein muss und die Beendigungen sich nicht entgegen der ursprünglichen Intention bloß de facto über einen längeren Zeitraum erstrecken.¹⁸ Dies entspreche nämlich nicht den arbeitsmarktpolitischen Intentionen der Verknüpfung der Meldepflichten bereits mit den Absichten des Arbeitgebers zur Beendigung und der Setzung entsprechender Vorkehrungen.

Im Rahmen von Restrukturierungen **empfiehlt** sich daher die **Erstellung eines konkreten „Beendigungszeitplans“**, um das Kündigungsfrühwarnsystem nicht oder nur wunschgemäß auszulösen.

3. Anzeige an das AMS und Nachweis der Einbindung des Betriebsrates

Sind die oben wiedergegebenen Voraussetzungen des § 45a Abs 1 AMFG erfüllt, haben Arbeitgeber die nach dem Standort des jeweiligen Betriebs zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS schriftlich von der Absicht der Beendigung zu verständigen. Die Anzeige an das AMS ist gemäß § 45a Abs 2 AMFG **mindestens 30 Tage¹⁹ vor der ersten Erklärung der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses** (dh vor Ausspruch der Kündigung bzw Übermittlung des Anbots zur einvernehmlichen Beendigung) zu erstatten und löst die sogenannte „Sperrfrist“ aus. Die erfolgte Anzeige an das AMS hat der Arbeitgeber gleichzeitig in Form einer **Durchschrift an den Betriebsrat**, zu Händen von dessen Vorsitzenden, zu übermitteln. Ist kein Betriebsrat im Unternehmen errichtet, ist die Durchschrift der Anzeige den voraussichtlich von der Massenkündigung **betroffenen Arbeitnehmern** auszuhändigen. Eine bestimmte Form der Information ist nicht vorgesehen, weshalb die Übermittlung via E-Mail ausreichend ist. Anders als die fehlende Meldung an das AMS löst die Nichteinhaltung der Übersendung der erfolgten Meldung an den Betriebsrat bzw an die Arbeitnehmer uE keine Unwirksamkeit nachfolgender Kündigungen aus; es handelt sich insofern vielmehr bloß um eine Ordnungsvorschrift.

¹³ Durchführungserlass zum Frühwarnsystem, ARD-Handbuch 1994, 102 (103).

¹⁴ OGH 25. 7. 2017, 9 ObA 75/17w, ARD 6567/6/2017.

¹⁵ OGH 27. 8. 2009, 8 ObA 33/09z.

¹⁶ OGH 25. 4. 2018, 9 ObA 119/17s, ARD 6605/6/2018.

¹⁷ OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 76/09f, ARD 6002/3/2009.

¹⁸ Vgl OGH 25. 4. 2018, 9 ObA 119/17s, ARD 6605/6/2018.

¹⁹ Diese 30-Tages-Frist kann durch den konkret anwendbaren Kollektivvertrag entsprechend verlängert werden.

Das AMS stellt auf seiner Homepage ein **online abrufbares Formular**²⁰ zur Verfügung, das alle notwendigen Angaben einer Mitteilung iSd § 45a Abs 3 AMFG (wie insb Gründe und Zeitraum der beabsichtigten Auflösungen, Zahl und Verwendung der regelmäßig beschäftigten sowie der voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmer und zudem deren Alter, Geschlecht, Qualifikation und Beschäftigungsdauer, Auswahlkriterien sowie flankierende soziale Maßnahmen) enthält. Bei richtigem und vollständigem Ausfüllen dieses Formulars wird den Anforderungen des AMS hinsichtlich des notwendigen Inhalts der Anzeige der geplanten Beendigungen jedenfalls Genüge getan, weshalb nach Möglichkeit immer das vom AMS online bereitgestellte Formular verwendet werden sollte. Sollte die vom Arbeitgeber an das AMS übermittelte Anzeige nicht alle notwendigen Angaben enthalten, können diese Informationen innerhalb einer vom AMS gesetzten Frist nachgereicht werden. Im Falle der rechtzeitigen Übermittlung der ergänzenden Informationen gilt für die Beendigungen das Datum der ursprünglichen Anzeigeeinbringung, das somit für die Berechnung der Sperrfrist maßgeblich ist. Diese Möglichkeit der Verbesserung sollte jedoch nicht dahin gehend ausgereizt werden, dass Informationen in der Anzeige bewusst weggelassen und erst später nachgereicht werden, weil zB noch Gespräche über die Auswahl der zu kündigenden Mitarbeiter laufen und Letztere erst innerhalb der 30-Tages-Frist nach der Anzeige an das AMS konkretisiert werden. Diesfalls könnte das AMS nämlich das Vorliegen einer Verbesserung verneinen und für die nachgereichten Informationen uU eine neue Anzeige fordern bzw diese als solche qualifizieren.

In Fällen, in denen die **voraussichtlich zu kündigenden Mitarbeiter noch nicht festgelegt** sind, der Arbeitgeber aber mit der Anzeige an das AMS (zB im Hinblick auf Termine für Quartalskündigungen oÄ) nicht zuwarten möchte, **empfiehlt** es sich, **möglichst alle Mitarbeiter** in die Anzeige mitaufzunehmen, die auch nur möglicherweise von der Massenkündigung miterfasst sein werden. Bei vielen Restrukturierungen gelingt es im Rahmen der Gespräche zwischen dem Betriebsrat, HR und der Unternehmensleitung, die Anzahl der tatsächlich abzubauenen Mitarbeiter gegenüber der erfolgten Anzeige an das AMS durch parallele bzw begleitende Maßnahmen zT kurzfristig noch deutlich zu reduzieren. Umgekehrt sollte aber vermieden werden, dass ein bestimmter Mitarbeiter mangels Einbeziehung in die Anzeige (und aufgrund erkennbar abweichender Kriterien in puncto Geschlecht, Beschäftigungsdauer etc) nicht im Rahmen der Massenkündigung, sondern erst später gekündigt werden könnte.

Auf der Anzeige an das AMS ist zudem – bei Bestehen eines Betriebsrates im anzeigenden Betrieb – auch die **erfolgte Konsultation des Betriebsrates** gemäß § 109 Abs 1 Z 1a und Abs 1a ArbVG zu **vermerken**. Das vom AMS online zur Verfügung gestellte Muster sieht zu diesem Zweck die Unterfertigung des Formulars durch den Betriebsrat vor. Die Unterschrift des Betriebsrates ist jedoch nicht verpflichtend. Sollte sich der Betriebsrat daher wei-

gern, die Anzeige an das AMS zu unterzeichnen, wie das vom Betriebsrat zB als (vermeintliches) Druckmittel verwendet wird, um die Massenkündigung „zu bremsen“ bzw die Konditionen in einem parallel verhandelten Sozialplan zu verbessern, ist dieser Umstand entsprechend am Formular zu vermerken.

Der Nachweis der erfolgten Konsultation des Betriebsrates ist diesfalls durch die Vorlage der Korrespondenz zu erbringen (und wird so nach unserer Praxis auch seitens des AMS akzeptiert), wobei die (einschlägigen Auszüge der) Protokolle über Gespräche/Beratungen mit dem Betriebsrat, der Nachweis der Übermittlung der schriftlichen Information über die beabsichtigte Massenkündigung an den Betriebsrat sowie ein Vermerk hinsichtlich der Weigerung der Unterfertigung durch den Betriebsrat trotz Erfüllung aller Vorgaben der Anzeige an das AMS beigelegt werden sollten.

Vor Einlangen der Anzeige vom Arbeitgeber ausgesprochene oder (ohne vorangehende Zustimmung des AMS) innerhalb der Sperrfrist erfolgende Massenkündigungen sind jedenfalls **rechtsunwirksam**. Das AMS selbst hat jedoch keine rechtliche Möglichkeit, die Durchführung des Personalabbaus zu verzögern oder zu verhindern.

4. Sperrfrist und mögliche Verkürzung

Die schriftliche Anzeige an die nach dem Standort des Betriebs zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS gemäß § 45a Abs 1 AMFG über die beabsichtigte Auflösung einer relevanten Anzahl an Arbeitsverhältnissen innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen löst die sogenannte „**Sperrfrist**“ aus. Diese beträgt grundsätzlich **30 Tage ab Einlangen der Anzeige beim AMS**. Innerhalb dieses Zeitraums ausgesprochene Kündigungen sind grundsätzlich rechtsunwirksam, wobei bei Kündigungen bereits innerhalb der Sperrfrist das betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren (dh die Verständigung des Betriebsrates über die geplante Beendigung eines konkreten Arbeitsverhältnisses und Abwarten von dessen Stellungnahme innerhalb der einwöchigen Frist laut § 105 Abs 1 ArbVG) eingeleitet werden darf; der Ausspruch der Kündigung selbst darf jedoch erst nach Ablauf der 30-Tages-Frist erfolgen.

Die Landesgeschäftsstelle des AMS kann gemäß § 45a Abs 8 AMFG nach Anhörung des Landesdirektoriums die **Zustimmung** zum Ausspruch der Massenkündigungen **bereits vor Ablauf der 30-tägigen Sperrfrist** erteilen, wenn dafür vom Arbeitgeber **wichtige wirtschaftliche Gründe nachgewiesen** werden, wie dies im Rahmen der Corona-Pandemie aufgrund erfolgter Betriebsschließungen bzw -einschränkungen von einigen Betrieben beantragt werden musste, wenn andere Maßnahmen (wie zB die Corona-Kurzarbeit) zur Überbrückung nicht ausreichten.

Der Arbeitgeber muss dazu in seinem Antrag um **Fristverkürzung ansuchen** und die dafür **maßgeblichen Gründe anführen**. Das AMS stellt hierfür soweit ersichtlich kein gesondertes Formular zur Verfügung, weshalb das Ansuchen direkt als Anhang zur Anzeige über die beabsichtigte Auflösung der Arbeitsverhältnisse beizulegen ist.

²⁰ <https://www.ams.at/content/dam/download/formulare/formular-anzeige-45a.pdf> (abgefragt am 10. 10. 2021).



5. Rechtsfolgen der Verletzung des § 45a AMFG

Gemäß § 45a Abs 5 AMFG sind **Kündigungen**, mit denen der Arbeitgeber eine über die Schwellenwerte hinausgehende Auflösung von Arbeitsverhältnissen beabsichtigt und die vor Einlangen der Anzeige an die zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS oder (ohne vorherige Zustimmung des AMS) innerhalb der 30-Tages-Frist nach Einlangen der Anzeige beim AMS erfolgen, **rechtsunwirksam**.

Betroffene Arbeitnehmer können die Rechtsunwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung mittels **Klage auf Feststellung des aufrechten Bestands des Arbeitsverhältnisses** geltend machen, wobei die Arbeitnehmer eine Aufgriffsobliegenheit trifft und sie die behauptete Rechtsunwirksamkeit daher **ohne Aufschub** gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen müssen.²¹ In der Praxis kommt es daher insb in Branchen mit häufigerem Personalwechsel und Beendigungen ohne zeitliche Staffelung (unter Berücksichtigung der beweglichen 30-Tages-Frist) immer wieder zu Anfechtungen von Kündigungen als rechtsunwirksam (zT auch mit Unterstützung des Betriebsrates). Wichtig ist hier seitens des Arbeitgebers, rasch zu reagieren und die Kündigung ehestmöglich nochmals auszusprechen, um zusätzliche finanzielle Belastungen möglichst einzudämmen. Eine Motivkündigung ist in der nochmaligen Kündigung unter Einhaltung der Vorgaben des § 45a AMFG nicht zu sehen, weil die nochmalige Kündigung ja nicht aufgrund eines vom Arbeitnehmer behaupteten Rechts, sondern aufgrund der geltend gemachten Unwirksamkeit der ursprünglichen Beendigung (aus formalen Gründen) nochmals erfolgt.

Alternativ kann der von einer (behauftebtermaßen) unwirksamen Massenkündigung betroffene Arbeitnehmer auch **Kündigungsschädigung** bis zum fiktiven Ende des Arbeitsverhältnisses durch ordnungsgemäße Arbeitgeberkündigung iSd § 29 AngG verlangen.

Umstritten war bis vor Kurzem, ob ausschließlich Kündigungen oder auch einvernehmliche Auflösungen des Arbeitsverhältnisses rechtsunwirksam sind, wenn diese vor Einlangen der Anzeige beim AMS bzw innerhalb der 30-Tages-Sperrfrist abgeschlossen werden.²² Der OGH stellte in seiner jüngsten Entscheidung zu § 45a AMFG iZm einem Hotelbetreiber in Tirol, der im März 2020 kurz nach Ausbruch der Corona-Pandemie zahlreiche Mitarbeiter beim AMS zur Kündigung anmeldete und diesen bereits am Tag nach der Antragstellung an das AMS vorformulierte Auflösungserklärungen vorlegte, nunmehr klar, dass **einvernehmliche Auflösungen** des Arbeitsverhältnisses **während der Sperrfrist des § 45a AMFG wirksam** sind.²³ Dies

ergebe sich bereits aus Art 1 Abs 1 der Massenentlassungs-RL, die bloß für die Berechnung der Zahl der „Entlassungen“ (dh für die Frage, ob die Schwellenwerte für die „Massenentlassung“ überschritten werden) Beendigungen des Arbeitsvertrages, die auf Veranlassung des Arbeitgebers und aus Gründen, die nicht in der Person des Arbeitnehmers liegen, Entlassungen gleichstellt, hinsichtlich der Sanktionen bei Verletzung der Sperr- bzw Wartefrist jedoch nicht. Dies hat zur Folge, dass während der Sperrfrist des § 45a AMFG abgeschlossene einvernehmliche Auflösungen des Arbeitsverhältnisses zwar wirksam, jedoch **weiterhin für die Berechnung des Schwellenwertes** gemäß § 45a Abs 1 AMFG zu **berücksichtigen** sind. Wesentliche Teile der Lehre²⁴ hatten das zuvor anders interpretiert und auch einvernehmliche Auflösungen in die 30-Tages-Wartefrist einbezogen. Angesichts der aktuellen OGH-Entscheidung können Arbeitgeber Anbote für einvernehmliche Auflösungen – die oft auf einem Sozialplan oder vergleichbaren allgemeinen Konditionen beruhen – sofort an die betroffenen Mitarbeiter aushändigen bzw können rasch rechtswirksame Vereinbarungen treffen und müssen nicht innerhalb der 30-Tages-Frist mit bloß vagen Informationen an die Arbeitnehmer vorgehen, um keine Unwirksamkeit zu riskieren.²⁵

6. Mitwirkungsrechte des Betriebsrates

Ist in dem von einer (beabsichtigten) Massenkündigung betroffenen Unternehmen ein Betriebsrat eingerichtet, hat der Arbeitgeber neben der verpflichtenden Anzeige an das AMS auch den Betriebsrat schriftlich von der geplanten Maßnahme zu informieren. Gemäß § 109 Abs 1 Z 1a ArbVG ist die beabsichtigte Beendigung einer bestimmten Anzahl an Arbeitsverhältnissen nach § 45a AMFG nämlich als „**Betriebsänderung**“ zu qualifizieren, über die der Arbeitgeber den **Betriebsrat** zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung zu **informieren** hat, die es dem Betriebsrat ermöglicht, die Auswirkungen der geplanten Maßnahme eingehend zu bewerten und eine Stellungnahme zu der geplanten Maßnahme abzugeben. Auf Verlangen des Betriebsrates hat der Arbeitgeber mit ihm eine Beratung über die Gestaltung durchzuführen. Ist im Unternehmen kein Betriebsrat eingerichtet, so treffen den Arbeitgeber keine Informations- oder Beratungspflichten vor der erwähnten Anzeige an das AMS, und zwar weder gegenüber der Belegschaft insgesamt noch gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern.

kündigung_was_gilt/z_die_presse_recht_2021_29_Die_Presse_R_9c6396d8bb?origin=gs&searchId=202110120637227).

²¹ OGH 26. 1. 2000, 9 Oba 322/99j, ARD 5127/12/2000.

²² Löschnigg/Standeker, Einvernehmliche Auflösung und Kündigungsfrühwarnsystem, RdW 2000, 541; Olt, Das Frühwarnsystem bei „Massenkündigungen“ nach § 45a AMFG, ARD 6448/5/2015.

²³ OGH 24. 6. 2021, 9 Oba 47/21h, ARD 6757/5/2021; vgl auch „Massenkündigung: Was gilt?“ von Kary/Die Presse vom 22. 7. 2021 mit Kommentaren von Birgit Vogt-Majarek (<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.Lldiepresse20212905> bzw https://360.lexisnexis.at/d/artikel/massenkündigung_was_gilt/z_die_presse_recht_2021_29_Die_Presse_R_9c6396d8bb?origin=gs&searchId=202110120637227).

²⁴ Ua Löschnigg/Standeker, Einvernehmliche Auflösungen und Kündigungsfrühwarnsystem, RdW 2000/518; Maier, Restrukturierungen und Arbeitsrecht² (2019) Rz 5.16.

²⁵ OGH 24. 6. 2021, 9 Oba 47/21h, ARD 6757/5/2021; vgl auch „Massenkündigung: Was gilt?“ von Kary/Die Presse vom 22. 7. 2021 mit Kommentaren von Birgit Vogt-Majarek (<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.Lldiepresse20212905> bzw https://360.lexisnexis.at/d/artikel/massenkündigung_was_gilt/z_die_presse_recht_2021_29_Die_Presse_R_9c6396d8bb?origin=gs&searchId=202110120637227).

Der Inhalt der Information an den Betriebsrat ist in § 109 Abs 1 Z 1a ArbVG näher geregelt und entspricht weitgehend den Angaben, wie sie die Anzeige an das AMS gemäß § 45a AMFG zu enthalten hat. Da die (ordnungsgemäße) Information des Betriebsrates über die beabsichtigte Massenkündigung auf der Anzeige an das AMS zu vermerken ist (siehe oben in Pkt 3.), hat die **Informationserteilung an den Betriebsrat vor der Anzeige an das AMS** zu erfolgen.

Zuwiderhandlungen gegen das Informations- bzw Beratungsrecht des Betriebsrates gemäß § 109 Abs 1 Z 1a ArbVG bedeuten eine Verwaltungsübertretung, die auf Strafantrag des Betriebsrates von der Bezirksverwaltungsbehörde mit **Geldstrafe von bis zu € 2.180,00** zu ahnden ist. Dem Arbeitgeber drohen somit zwar finanzielle Nachteile; die Rechtsunwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen hat die mangelnde Information an den Betriebsrat jedoch nicht zur Folge.²⁶

Die sonstigen betriebsverfassungsrechtlichen Schutzvorschriften bleiben durch das Frühwarnsystem unberührt. Weder die Information des Betriebsrates gemäß § 109 Abs 1 Z 1a ArbVG noch die Anzeige an das AMS gemäß § 45a AMFG ersetzen das auch bei Massenkündigungen für die wirksame individuelle Beendigung eines Arbeitsverhältnisses einzuhaltende betriebsverfassungsrechtliche Kündigungsvorverfahren iSd § 105 ArbVG.

7. Fazit

Arbeitgebern ist durch das Frühwarnsystem gemäß § 45a AMFG beim Abbau einer bestimmten Zahl an Mitarbeitern innerhalb eines kurzen Zeitabschnitts durch die verpflichtende Anzeige an das AMS ein enger formeller Rahmen vorgegeben, der wenig Spielraum für Fehler lässt. Im worst case drohen die Unwirksamkeit aller Kündigungen im betreffenden 30-Tages-Zeitraum und damit erhebliche finanzielle Mehrbelastungen für das Unternehmen. Bei Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen kön-

nen Verstöße vermieden und kann der gesetzliche Rahmen zB durch zeitliche Streuung der Beendigungen oder durch einvernehmliche Beendigungen bestmöglich genutzt werden. Nichtsdestotrotz sollte die Sach- und Rechtslage im Einzelfall genau analysiert werden, um Kündigungsanfechtungen und Verwaltungsstrafen zu vermeiden.



Die Autorin:

Mag. **Birgit Vogt-Majarek** ist Gründungspartnerin von Schima Mayer Starlinger (www.sms.law) und war zuvor seit 2004 Partnerin von KSW. Sie leitet mit Georg Schima das Arbeitsrechtsteam, das zu den größten in Österreich zählt. Birgit Vogt-Majarek berät und vertritt nationale und internationale, private sowie öffentliche Unternehmen in allen Fragen des Individual- und kollektiven Arbeitsrechts sowie im Gesellschafts- und Verwaltungsrecht. Ferner berät sie Executives in allen Fragen von der Vertragserstellung bis zur Beendigung. Ein besonderer Schwerpunkt liegt in der Beratung von Unternehmen betreffend Restrukturierungen, Betriebsverfassungsrecht, grenzüberschreitenden Personaleinsatz, Compliance, Arbeitszeitrecht sowie Datenschutz.

✉ birgit.vogt-majarek@sms.law

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Vogt-Majarek/Birgit

Foto: KSW



Der Autor:

Mag. **Stefan Burischek** ist Rechtsanwalt der Kanzlei Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte GmbH (www.sms.law) in Wien. Er ist hauptsächlich im nationalen und internationalen Arbeits- und Wirtschaftsrecht tätig und berät in- und ausländische Unternehmen sowie Führungskräfte zu allen Themen des Individual- und kollektiven Arbeitsrechts. Das Hauptaugenmerk seiner Tätigkeit liegt im Betriebsverfassungsrecht, Arbeitszeitrecht sowie im Bereich Restrukturierungen und Global Mobility.

✉ stefan.burischek@sms.law

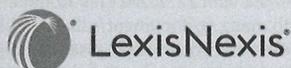
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Burischek/Stefan

Foto: Fotostudio interfoto

²⁶ Maier, Restrukturierungen und Arbeitsrecht² (2019) Rz 5.40.

Weil „VORSPRUNG“ entscheidet:
LexisNexis neues Magazin ist das
Tor zur Welt der Rechtsinformation

Die Weiterentwicklung der bewährten LitInfo
erscheint dreimal jährlich und ist kostenlos beziehbar.



Hier kostenlos bestellen: <http://vorsprung.lexisnexis.at>

