



Europarechtliches Symposium 2018

**Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 19. - 20. April 2018**

**„Die Gewährung von Massenentlassungsschutz
im Europäischen Mehrebenensystem
– Eine unlösbare Aufgabe?“**

Karin Spelge

Richterin am Bundesarbeitsgericht

Karin Spelge
Richterin am BAG

Symposium 2018 - Titel: Die Gewährung von Massenentlassungsschutz im Europäischen Mehrebenensystem - Eine unlösbare Aufgabe?

I. Einleitung

Sie erwarten jetzt von mir an dieser Stelle eine Übersicht darüber, welche Probleme, die bei der Gewährung von Massenentlassungsschutz im Europäischen Mehrebenensystem entstehen, ich in den nächsten 45 Minuten ansprechen werde. Stattdessen will ich anhand eines praktischen Beispiels belegen, wie schwierig es für die Beteiligten des Massenentlassungsverfahrens - also Arbeitgeber, Betriebsrat und Agentur für Arbeit - sowie für die von einem solchen Verfahren betroffenen Arbeitnehmer ist, überhaupt zu erkennen, welche Anforderungen dieses Verfahren an sie stellt. Stellen Sie sich einen Mittelständler vor, der bemerkt, dass auch bei ihm die Digitalisierung zugeschlagen hat und der deshalb etlichen Arbeitnehmern kündigen muss. Nun hat er bei diversen Treffen von Unternehmerverbänden gehört, dass es einen Massenentlassungsschutz gibt und dass der so kompliziert ist, dass man als Arbeitgeber besser die Finger davon lässt. Das würde er auch gern tun, das kann er aber nicht tun. Er hat nun einmal zu viel Arbeitnehmer an Bord, von denen er sich so schnell wie möglich trennen muss, um die Zahlungsunfähigkeit und damit die Insolvenz zu vermeiden. Also macht er sich im world wide web auf die Suche und findet dort tatsächlich die einschlägige Norm, den § 17 KSchG. Bei der Lektüre dieser Norm entdeckt er, dass in seinem Betrieb mit 150 Arbeitnehmern eine Massenentlassung vorliegt, wenn er 15 Arbeitnehmer oder mehr entlässt. Er will 16 Arbeitnehmer entlassen, muss also das Massenentlassungsverfahren durchführen. Nun ist er von typisch deutscher Gründlichkeit und beschließt daher, die ganze Norm zu lesen - außerdem will er ja wissen, was er denn nun zu tun hat. Also quält er sich immer weiter, bis er ganz am Ende bei § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG angekommen ist. Dort liest er, dass leitende Personen, die zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, für den Massenentlassungsschutz nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind. Nun fühlt er sich für seinen Eifer reich belohnt, denn unter den 16 Arbeitnehmern, die er kündigen will, sind auch zwei leitende Angestellte. Das Massenentlassungsverfahren muss also nach dem Gesetzeswortlaut nicht durchge-

führt werden, weil nur 14 zu berücksichtigende Arbeitnehmer entlassen werden sollen.

Als ordentlicher Mittelständler hat der Arbeitgeber natürlich auch ein vertrauensvolles Verhältnis zu dem bei ihm gebildeten Betriebsrat. Als dieser auf ihn mit der Bitte zukommt, wegen der geplanten Betriebsänderung über einen Interessenausgleich zu verhandeln und das Konsultationsverfahren durchzuführen, klärt ihn darum der Arbeitgeber gleich über das Ergebnis seiner Lektüre auf. Das Konsultationsverfahren sei nicht erforderlich. Einen Interessenausgleich brauche es deswegen ja wohl auch nicht. Mit dieser Auskunft will sich der Betriebsrat nicht zufrieden geben und sucht daher den Fachanwalt für Arbeitsrecht seines Vertrauens auf. Dieser klärt ihn darüber auf, dass beim Massenentlassungsverfahren die leitenden Angestellten ungeachtet der anderslautenden gesetzlichen Regelung in § 17 KSchG zu berücksichtigen seien. Das Konsultationsverfahren müsse also durchgeführt werden. Wer als Arbeitnehmer dem Massenentlassungsschutz unterfällt, lege nach stRspr des EuGH allein der EuGH nach dem Grundsatz der autonomen Auslegung, also anhand der Kriterien des Unionsrechts, verbindlich für alle Mitgliedstaaten fest¹ - und der EuGH habe ganz schmucklos auch leitende Angestellte als Arbeitnehmer angesehen. Der Anwalt ist zu Recht stolz darauf, dass er diese Entscheidung des EuGH gefunden hat, denn sie ist zum ital. Recht ergangen, hört darum auf den schönen Entscheidungsnamen „dirigenti“² - und ist nur in italienischer und französischer Sprache veröffentlicht, nichtsdestotrotz aber auch für Deutschland verbindlich. Darum sei nach hM § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG im Wege der teleologischen Reduktion zu streichen, gelte also als nicht geschrieben³. Für die Betriebsverfassung sei der EuGH aber nicht zuständig, da könne der deutsche Gesetzgeber festlegen, wer als Arbeitnehmer anzusehen sei und wer nicht. Darum sei ein Interessenausgleich nicht erforderlich. Das folge aus § 5 Abs. 3 BetrVG. Danach sind ua. die Angestellten aus dem Anwendungsbereich des BetrVG herausgenommen, die zur selbständigen Einstellung und Entlassung berechtigt sind. Also seien die vom Arbeitgeber geplanten Entlassungen Massenentlassungen. Deshalb müsse er das Konsultationsverfahren durchführen, aber keinen Interessenausgleich schließen. Nun kann man sicherlich darüber streiten, ob dieser letzte Teil der Auskunft des Anwalts zutrifft, ob es also für

¹ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 – Balkaya; Einzelheiten zu diesem Grundsatz MHdB ArbR/*Spelge* 4. Aufl. § 121 Rn. 4.

² EuGH 13.2.2014 – C-596/12, BeckRS 2014, 81554 Rn. 22 ff.

³ ErfK/*Kiel* KSchG § 17 Rn. 7; EuArbR/*Spelge* Art. 1 Rn. 50; *Lunk/Hildebrand* NZA 2016, 129 (132); *Hohenstatt/Naber* EuZA 2016, 22 (30); aA *APS/Moll* KSchG § 17 Rn. 15 mwN zum älteren Schrifttum; *Preis/Sagan/Naber/Sittard* § 10 Rn. 21; *Vielmeier* NJW 2014, 2678 (2682).

einen Interessenausgleich auf die Arbeitnehmereigenschaft der betroffenen Arbeitnehmer ankommt oder ob die Fiktion einer Betriebsänderung auf der bloßen Anzahl der abzubauenen Stellen beruht.

Der Betriebsrat ist aber kein Jurist und nimmt darum die Auskunft so hin. Er teilt diese sofort dem Arbeitgeber mit. Zwar hat ihm der Anwalt auch gesagt, dass nach gefestigter Rspr. des BAG Kündigungen unwirksam sind, wenn zuvor das Konsultationsverfahren nicht⁴ oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird⁵. Er lässt aber den Arbeitgeber nicht „ins offene Messer“ rennen. Die Kosten verlorener Kündigungsschutzprozesse würden nämlich nur weitere Arbeitsplätze bedrohen. Das weiß der Betriebsrat und darum informiert er den Arbeitgeber, der daraufhin mit dem Betriebsrat das Konsultationsverfahren durchführt und in dieses Verfahren auch die beiden leitenden Angestellten einbezieht. Das steht schließlich genau so in § 17 Abs. 2 KSchG - danach hat der Arbeitgeber „den Betriebsrat“ zu unterrichten. Der Betriebsrat handelt hohe Abfindungen für alle 16 gekündigten Arbeitnehmer aus. Einer der beiden leitenden Angestellten findet diese Abfindung immer noch zu niedrig und klagt darum gegen seine Kündigung. Er argumentiert im Prozess damit, dass das Konsultationsverfahren jedenfalls hinsichtlich seiner Kündigung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Er habe schließlich den Betriebsrat nicht mitgewählt und der habe sich auch gar nicht richtig für ihn eingesetzt. Sonst hätte er seine Kündigung verhindert, schließlich laufe ohne ihn in dem Betrieb gar nichts. Die Chancen stehen gut, dass der leitende Angestellte mit dieser Argumentation Erfolg hat. Es ist nämlich umstritten, ob nicht für leitende Angestellte in analoger Anwendung des § 17 Abs. 2 KSchG der Sprecherausschuss zuständig sei⁶.

Ich könnte an dieser Stelle eigentlich meinen Vortrag schon beenden. Das von mir gebildete Beispiel zeigt exemplarisch, dass das Massenentlassungsverfahren aufgrund seiner Einbettung in das Europäische Mehrebenensystem auch dann kaum noch beherrschbar ist, wenn sich die Beteiligten kundigen Rechtsrat einholen, gutwillig sind und „alles richtig machen“ wollen. Das will ich an zwei weiteren Beispielen deutlich machen, bevor ich dazu komme, ob ein Weg zu mehr Rechtssicherheit möglich ist und wer diesen Weg finden und weisen muss.

⁴ BAG 21.3.2013 – 2 AZR 60/12, NZA 2013, 966 Rn. 19 ff.

⁵ Zuletzt BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175 Rn. 36; BAG 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, BAGE 155, 245 = NZA 2016, 1198 Rn. 19.

⁶ *Wißmann* RdA 1998, 221 (224); *MHdB ArbR/Spelge* 4. Aufl. § 121 Rn. 91; *HLK/v. Hoyningen-Huene* KSchG § 17 Rn. 59; *KR/Weigand* KSchG § 17 Rn. 88; *aA* *ErfK/Kiel* KSchG § 17 Rn. 19b; *NK-GA/Boemke* KSchG § 17 Rn. 71; *TLL/Lembke/Oberwinter* KSchG § 17 Rn. 80; *APS/Moll* KSchG § 17 Rn. 57: Beteiligung des Betriebsrats.

II. Anwendungsfälle

1. Betriebsbegriff

a) *Überblick über den Ablauf des Massenentlassungsverfahrens*

Das Massenentlassungsverfahren wird im Ausgangspunkt dadurch ausgelöst, dass der Arbeitgeber sich entscheidet, in einem Betrieb innerhalb von 30 Tagen eine von der Betriebsgröße abhängige Anzahl von Kündigungen erklären zu wollen⁷. Er muss dann das in § 17 Abs. 2 KSchG geregelte Konsultationsverfahren als ersten Verfahrensabschnitt durchführen, d.h. den Betriebsrat über die geplanten Entlassungen unterrichten und darüber mit ihm beraten. An diesen ersten Abschnitt schließt sich als zweiter Teil des Verfahrens die gegenüber der Agentur für Arbeit zu erstattende Massenentlassungsanzeige an, die in § 17 Abs. 3 KSchG geregelt ist. Nach deren Eingang bei der Agentur kann der Arbeitgeber sofort die Kündigung erklären. Allerdings wird diese Kündigung wegen der in § 18 Abs. 1 KSchG normierten Sperrfrist frühestens einen Monat nach Eingang der Anzeige wirksam. Ist die individuelle Kündigungsfrist kürzer, entfaltet die Kündigung zum Kündigungstermin noch keine Wirkung. Der Vollzug der Entlassung wird in diesen Fällen hinausgeschoben. Etwas anderes gilt nur, wenn die Agentur für Arbeit einer vorzeitigen Entlassung zustimmt, die Sperrfrist also abkürzt. An die Sperrfrist schließt sich die Freifrist des § 18 Abs. 4 KSchG an. Sie beträgt 90 Tage. Sind die Entlassungen bis dahin nicht durchgeführt, bedarf es einer erneuten Anzeige.

b) *Bedeutung des Betriebsbegriffs für den Massenentlassungsschutz*

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Notwendigkeit, das soeben skizzierte Massenentlassungsverfahren durchzuführen, ist also der Betrieb. Von seiner Größe hängt der Schwellenwert ab. Außerdem wird die örtlich zuständige Agentur für Arbeit nach der Lage des Betriebs bestimmt, in dem die Entlassungen erfolgen. Das BAG nimmt in stRspr⁸ an, dass im Ausgangspunkt für § 17 KSchG nicht der kündigungrechtliche, sondern der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff maßgeblich ist⁹. Dieser Anknüpfungspunkt trägt dem Umstand Rechnung, dass das Konsultationsverfahren trotz seiner Normierung im KSchG ein betriebsverfassungsrechtlich

⁷ Mitzuzählen sind gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG allerdings auch vom Arbeitgeber veranlasste Beendigungen des Arbeitsverhältnisses.

⁸ Seit BAG 13.3.1969 – 2 AZR 157/68, AP KSchG § 15 Nr. 10 zu 1 a der Gründe; zuletzt BAG 14.3.2013 – 8 AZR 153/12 Rn. 47.

⁹ Ausdrücklich gegen die Anwendung des kündigungsrechtlichen Betriebsbegriffs BAG 13.4.2000 – 2 AZR 215/99, NZA 2001, 144 zu III 1 d der Gründe.

geprägtes Verfahren ist¹⁰. Allerdings wird auch der Betriebsbegriff vom EuGH - ebenso wie der gerade erwähnte Arbeitnehmerbegriff - für den Bereich des Massenentlassungsschutzes autonom ausgelegt¹¹. Maßgeblich ist darum allein, wie der EuGH den Betriebsbegriff für diesen Bereich definiert hat, und nicht, wie das BAG den Betriebsbegriff für das Betriebsverfassungsrecht versteht. Das hat für Betriebs- teile und für Zusammenschlüsse nach § 3 BetrVG erhebliche Konsequenzen, die sich den Beteiligten des Massenentlassungsverfahrens aber weder aus dem Wortlaut des § 17 KSchG noch dem der §§ 3 und 4 BetrVG erschließen.

aa) Betriebsteile

Das Betriebsverständnis des EuGH knüpft nicht wie das deutsche Begriffsverständnis an formale Entscheidungsbefugnisse an. Es bedarf darum keiner Leitung vor Ort, die Einstellungs- und Entlassungsentscheidungen treffen kann, um einen Betrieb iSd Massenentlassungs-Richtlinie anzunehmen. Erforderlich ist lediglich eine örtliche Leitung, die für die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit und die Lösung etwaiger technischer Probleme sorgt. Besteht eine solche Leitung, genügt es für einen Betrieb, wenn eine unterscheidbare Einheit von gewisser Dauerhaftigkeit und Stabilität besteht, in der bestimmte Aufgaben von einer Gesamtheit von Arbeitnehmern in einer organisatorischen Struktur und mit vorgegebenen Mitteln erledigt werden¹².

Dieser Betriebsbegriff des EuGH deckt sich bei einem sog. „qualifizierten“ Betriebsteil, der gemäß § 4 Abs. 1 BetrVG als selbständiger Betrieb gilt, jedenfalls dann mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff, wenn sich die Einordnung als qualifizierter Betriebsteil daraus ergibt, dass dieser Betriebsteil durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig ist. Abweichungen wird es jedoch häufig bei den „einfachen“ Betriebsteilen geben, die nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind, weil sie in räumlicher Nähe zu diesem liegen und auch nicht nach Aufgaben und Organisation eigenständig sind. Derartige Betriebsteile sind angesichts der geringeren Anforderungen an die Eigenständigkeit eines Betriebs, die der EuGH stellt, für den Massenentlassungsschutz häufig schon als eigenständige Betriebe anzusehen. Auf die räumliche Entfernung kommt es nach diesem Betriebsbegriff ohnehin nicht an¹³. In einem solchen Fall ist die Größe des „einfachen“ Betriebsteils und die Anzahl der für ihn vorgesehenen Entlassungen ausschlaggebend dafür,

¹⁰ BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175 Rn. 37.

¹¹ EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 Rn. 45 – USDAW und Wilson.

¹² EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 Rn. 44 ff. – USDAW und Wilson; EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319 Rn. 28, 31 – Athinaïki Chartopoiïa.

¹³ *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2015, 853 (856).

ob eine Massenentlassung vorliegt. Zugleich bestimmt sich danach die örtliche Zuständigkeit der Agentur für Arbeit.

Besonders augenfällig werden die Unterschiede zwischen dem Verständnis des EuGH und dem betriebsverfassungsrechtlichen Verständnis bei Filialstrukturen: In einer solchen Struktur fehlt es häufig an der nach der Rechtsprechung des BAG¹⁴ für einen qualifizierten Betriebsteil erforderlichen eigenen Leitung, die über die mitbestimmungspflichtigen sozialen und personellen Angelegenheiten entscheidet¹⁵. Liegt eine Filiale auch nicht völlig einsam auf dem platten Land und darum in einer räumlichen Entfernung zum Hauptbetrieb, die zur Fiktion eines Betriebs nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG führt, sind Filialen darum nach dem betriebsverfassungsrechtlichen Verständnis des Betriebs dem Hauptbetrieb zuzuordnen. Eine Filiale ist aber nach dem Verständnis des EuGH bereits dann für den Massenentlassungsschutz als eigenständiger Betrieb zu behandeln, wenn ein Leiter vor Ort Einfluss auf Art und Menge der Warenlieferungen und den Einsatz der Arbeitnehmer vor Ort hat¹⁶. Das wird in klassischen Filialstrukturen häufig der Fall sein. Das Abstellen auf die örtliche Filiale, die sich aus dem Betriebsverständnis des EuGH ergibt, hat zur Konsequenz, dass in kleinteiligen Filialstrukturen häufig der Massenentlassungsschutz nicht greift, weil die Filiale weniger als 20 Arbeitnehmer hat. Das ist dem EuGH auch bewusst, denn aus dem Tatbestand seiner Entscheidung „USDAW und Wilson“ ergibt sich, dass seine Auslegung des Betriebsbegriffs zur Folge hatte, dass 4.500 Arbeitnehmer, die bei Woolworth beschäftigt waren, wegen der geringen Betriebsgröße ihrer Filialen aus dem Massenentlassungsschutz herausfielen¹⁷.

bb) Einheiten nach § 3 BetrVG

Allerdings wird gerade in Filialstrukturen häufig von der durch § 3 BetrVG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, mehrere (kleine) Betriebs(teile) zu größeren Einheiten zusammenzufassen¹⁸. Wird in einer solchen Betriebsstruktur eine Massenentlassung erforderlich, ist bisher weder vom EuGH noch dem BAG ausdrücklich geklärt, ob dabei auf die nach § 3 BetrVG gebildete Einheit oder den Betrieb iSd. Massenentlassungsschutzes abzustellen ist. Der EuGH hat dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, den Massenentlassungsschutz auf größere Organisa-

¹⁴ BAG 17.1.2007 – 7 ABR 63/05, BAGE 121, 7 = NZA 2007, 703 Rn. 23; BAG 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894 zu IV 1 der Gründe.

¹⁵ *Fitting* § 4 Rn. 25.

¹⁶ EuGH 13.5.2015 – C-182/13, NZA 2015, 731 Rn. 16, 51 – Lyttle.

¹⁷ EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 Rn. 30 – USDAW und Wilson.

¹⁸ *ErfK/Koch* BetrVG § 3 Rn. 4.

tionsstrukturen als den Betrieb auszudehnen. Rechtsgrundlage dafür ist die Günstigkeitsklausel in Art. 5 der Massenentlassungs-Richtlinie. Darum darf die Ausdehnung auf größere Strukturen nicht alternativ, sondern nur kumulativ erfolgen und muss uneingeschränkt günstiger für die Arbeitnehmer sein¹⁹. Ein Wille des deutschen Gesetzgebers, von dieser Option Gebrauch zu machen, ist jedoch nicht festzustellen. Er hat § 17 KSchG gerade nicht für Dispositionen durch Kollektivregelungen geöffnet²⁰. Darum ist auch bei Massenentlassungen in Einheiten nach § 3 BetrVG für die Frage, ob das Massenentlassungsverfahren durchzuführen ist, nach hM auf den Betriebsbegriff des EuGH abzustellen²¹. Maßgeblich ist also der einzelne Betrieb als Teil der Einheit nach § 3 BetrVG. Ist in einem dieser Betriebe der Schwellenwert für eine Massenentlassung überschritten, ist noch gänzlich ungeklärt, mit welchem Gremium zu Konsultationsverfahren durchzuführen ist. Es spricht einiges dafür, dass zuständig der für die Einheit nach § 3 BetrVG - also für den Betrieb iSd BetrVG - gebildete Betriebsrat ist. Wer Ansprechpartner des Arbeitgebers im Konsultationsverfahren ist, bestimmt sich allein nach dem nationalen Recht. Das ordnet Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Massenentlassungs-Richtlinie ausdrücklich an. Zuständig ist darum grundsätzlich das Gremium, das nach der Kompetenzzuweisung des BetrVG die Interessen der Arbeitnehmer vertritt²² - und das ist in den Fällen des § 3 BetrVG der für die danach gebildete Einheit gewählte Betriebsrat.

cc) *Folgen der Rechtsunsicherheit beim Betriebsbegriff*

Die geschilderte Rechtslage führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten des Massenentlassungsverfahrens. Der eigenständige Betriebsbegriff des Massenentlassungsschutzes ist dem Gesetzestext des § 17 KSchG nicht zu entnehmen. Das hat nicht nur zur Folge, dass der Arbeitgeber nur durch Einholen qualifizierten Rechtsrats feststellen kann, ob die Voraussetzungen einer Massenentlassung vorliegen. Das hat vor allem auch zur Folge, dass die Agentur für Arbeit ihre örtliche Zuständigkeit häufig nur schwer ermitteln kann. Das wiederum hindert sie an ihrer Vermittlungstätigkeit. Nach allgemeiner Auffassung ist die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit zu erstatten, in deren Bezirk der betroffene Bezirk

¹⁹ EuGH 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669 Rn. 52 ff. – Rabal Cañas; EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 Rn. 66 – USDAW und Wilson.

²⁰ MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. § 121 Rn. 14; KR/Weigand KSchG § 17 Rn. 37; APS/Moll KSchG § 17 Rn. 17.

²¹ Kleibrink/Commandeur NZA 2015, 853 (856 f.); ErfK/Kiel KSchG § 17 Rn. 10; MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. § 121 Rn. 14 f.; APS/Moll KSchG § 17 Rn. 7; KR/Weigand KSchG § 17 Rn. 37; aA KDZ/Deinert KSchG § 17 Rn. 8; LSW/Wertheimer KSchG § 17 Rn. 21.

²² EuArbR/Spelge Art. 1 Rn. 66.

liegt²³. Geht die Anzeige bei einer örtlich unzuständigen Agentur ein, ist die angerufene Agentur nach den allgemeinen Grundsätzen ordnungsgemäßen Verwaltungshandelns verpflichtet, die Anzeige im regulären Geschäftsgang an die zuständige Agentur weiterzuleiten²⁴. Angesichts der unklaren Rechtslage bei Betriebsteilen und Einheiten nach § 3 BetrVG wird die Prüfung der Zuständigkeit bei der Agentur für Arbeit, bei der die Anzeige eingegangen ist, regelmäßig einige Zeit in Anspruch nehmen. Führt diese Prüfung zum Ergebnis, dass eine andere Agentur zuständig ist, wird darum zwischen dem Absenden der Anzeige und dem Eingang der Anzeige bei der zuständigen Agentur so viel Zeit verstrichen sein, dass regelmäßig inzwischen die Kündigungen erklärt worden sind. Das dürfte - auch wenn das BAG diese Rechtsfolge formal noch offen gelassen hat²⁵ - die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge haben. Nach allgemeinen verwaltungs-verfahrensrechtlichen Grundsätzen werden Anträge erst mit Zugang bei der zuständigen Behörde wirksam²⁶. Nichts anderes kann für die Massenentlassungsanzeige gelten²⁷, die vergleichbare Wirkung wie ein Antrag hat, weil erst sie eine wirksame Kündigung ermöglicht. Geht die Anzeige erst nach Zugang der Kündigung bei der zuständigen Agentur für Arbeit ein und wird sie darum erst nach Zugang der Kündigung wirksam, hat das zwingend die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge²⁸. Es liegt keine Anzeige vor dem Zugang der Kündigung vor. Bestehen Zweifel, welche Agentur für Arbeit zuständig war, bleibt die Wirksamkeit der Kündigung bis zur Klärung der Zuständigkeit in der Schwebe. Diese Rechtslage führt nicht nur zu einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko des Arbeitgebers, sondern erschwert es der Agentur für Arbeit das zu tun, was ihre Aufgabe im Massenentlassungsverfahren ist: Für die Vermittlung der entlassenen Arbeitnehmer zu sorgen. Diesem Auftrag kann sie nicht nachkommen, wenn und solange ihre Zuständigkeit unklar ist.

2. Keine Heilung von Fehlern im Konsultationsverfahren oder im Anzeigungsverfahren durch Bescheide der Arbeitsverwaltung

Nach dem inzwischen überholten Verständnis des Massenentlassungsverfahrens konnte der Arbeitgeber davon ausgehen, dass sich Fehler, die ihm bei der Massenentlassungsanzeige unterliefen, nicht zu seinen Lasten auswirkten. Die Recht-

²³ ErfK/Kiel KSchG § 17 Rn. 29; KR/Weigand KSchG § 17 Rn. 122; APS/Moll KSchG § 17 Rn. 96. Rechtsgrundlage dafür ist die unionsrechtskonforme Auslegung des § 327 Abs. 4 SGB (MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. § 121 Rn. 129) bzw. des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG (NK-GA/Boemke KSchG § 17 Rn. 105).

²⁴ BVerwG 7.8.2015 – 1 WB 16/15 Rn. 39 ff.; Pautsch/Hoffmann/Heinemann VwVfG § 3 Rn. 10 f.

²⁵ BAG 14.3.2013 – 8 AZR 153/12 Rn. 47.

²⁶ Stelkens/Bonk/Sachs/Schmidt VwVfG § 22 Rn. 50.

²⁷ NK-GA/Boemke KSchG § 17 Rn. 105

²⁸ ErfK/Kiel KSchG § 17 Rn. 29.

sprechung nahm an, dass Bescheide der Arbeitsverwaltung über die Sperrfrist solche Fehler heilten²⁹. Diese Rechtsprechung ist jedoch im Jahr 2012 aufgegeben worden³⁰. Regelungsinhalt des Bescheids über die Sperrfrist ist nur, ob der durch diese Sperrfrist geforderte Mindestzeitraum zwischen Eingang der Anzeige und der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses³¹ gewahrt ist bzw. ob und warum die Sperrfrist verkürzt wird oder die Verkürzung abgelehnt wird. Dagegen ist die Einhaltung der Anforderungen des § 17 KSchG nur Vorfrage des Bescheids und kann darum die Arbeitsgerichte nicht binden. Sähe man das anders, gäbe es einen Konflikt mit dem Gebot des Art. 6 der Massenentlassungs-Richtlinie³². Danach müssen die Mitgliedstaaten den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern administrative oder gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen aus der Richtlinie zur Verfügung stellen. Nach ständiger Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit können aber Arbeitnehmer und Betriebsrat weder im Verwaltungsverfahren noch gerichtlich gegen die Bescheide der Arbeitsverwaltung bei der Festsetzung der Sperrfrist vorgehen³³. Gäbe es keine Möglichkeit für Arbeitnehmer und/oder Betriebsrat, Fehler im Anzeigeverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen, stünden etwaige Fehler des Arbeitgebers bei der Anzeige im Ergebnis zur Disposition der Agentur für Arbeit. Das nähme dem Massenentlassungsschutz seine praktische Wirksamkeit.

Diese Rechtsprechungsänderung belegt exemplarisch den tiefgreifenden Bedeutungswandel, den das Massenentlassungsverfahren durch den Einfluss der Massenentlassungs-Richtlinie erfahren hat. Nach dem ursprünglichen Verständnis des deutschen Gesetzgebers diente das Massenentlassungsverfahren vorrangig arbeitsmarktpolitischen Zwecken. Der individuelle Kündigungsschutz war nicht Zweck dieses Verfahrens. Dieser Schutz sollte sich ausschließlich aus den Vorschriften zum Allgemeinen Kündigungsschutz im Ersten Abschnitt des KSchG ergeben³⁴. Jetzt muss aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben die Möglichkeit bestehen, dass Arbeitnehmer oder zumindest der Betriebsrat Fehler im Massenentlassungsverfahren und damit auch Fehler im Anzeigeverfahren wirksam rügen können. Nach der Ausgestaltung des deutschen Kündigungsrechts hat diese Anforderung des Unionsrechts zur Folge, dass Fehler im Anzeigeverfahren vom Arbeitnehmer im Kündi-

²⁹ Seit BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, BAGE 84, 267 = NZA 1997, 373.

³⁰ BAG 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029 Rn. 62 ff.; seitdem stRspr.

³¹ Zu diesem verbliebenen Zweck der Sperrfrist BAG 6.11.2008 – 2 AZR 935/07, BAGE 128, 256 = NZA 2009, 1013 Rn. 25.

³² BAG 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202 = NZA 2012, 1029 Rn. 77 f.

³³ BSG 15.10.2012 – B 11 AL 64/12 B; BSG 14.8.1980 – 7 RAr 68/79, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 2; BSG 30.10.1959 – 7 RAr 19/57 BSGE 11, 14 = AP KSchG § 18 Nr. 1; LSG Baden-Württemberg 8.1.2007 – L 8 AL 3242/06 AK-A, NJW 2007, 1839 Rn. 13 ff.

³⁴ RdA1951, 58 (65).

gungsschutzprozess geltend gemacht werden können und, falls sie tatsächlich vorliegen, zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Darum genügt es nicht mehr, dass sich die Arbeitsverwaltung ausreichend informiert fühlt, um ihren Vermittlungsaufgaben nach einer Massenentlassung nachzukommen. Voraussetzung für eine wirksame Massenentlassungsanzeige und damit eine wirksame Kündigung ist vielmehr, dass die gesetzlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anzeige auch objektiv erfüllt sind. Darum wiegt es doppelt schwer, wenn die Beteiligten diese gesetzlichen Anforderungen nicht erkennen können.

III. Conclusio und Ausblick

1. Aktuell: Unerfüllbare Anforderungen des Massenentlassungsschutzes

Mein Vortrag hat schon mit den wenigen, hier näher angesprochenen Beispielen gezeigt, dass die Massenentlassungs-Richtlinie ein exemplarisches Beispiel für die Probleme ist, die für die am Massenentlassungsverfahren auf nationaler Ebene Beteiligten aus der Überlagerung des überkommenen deutschen Massenentlassungsschutzes durch das unionsrechtliche Verständnis dieses Schutzes entstehen³⁵. Ein wesentlicher Teil dieser Probleme beruht darauf, dass der EuGH stets nur Einzelfälle entscheidet, während die deutsche Rechtsprechung stets versucht, eine Systematik über ein Rechtsgebiet zu legen. Leider besteht die Gefahr, dass die wunderbar ausziselierte Statik des für Deutschland gerade entwickelten Gedankengebäudes mit jeder neuen Entscheidung des EuGH ins Wanken gerät. Wenn einzige Folge des Einsturzes des Gedankengebäudes die Frustration der an seiner Errichtung beteiligten Juristen wäre, wäre das für die gefrusteten Juristen zwar bedauerlich, aber für die Rechtsanwender unerheblich. Tatsächlich führt die aktuelle Rechtslage aber dazu, dass wegen der zahllosen Möglichkeiten, Fehler im Massenentlassungsverfahren zu begehen, häufig Kündigungen, die im Rahmen von Massenentlassungen erklärt werden, unwirksam sind³⁶. Das ist nur bei oberflächlicher Betrachtung günstig für die Arbeitnehmer. Massenentlassungen werden regelmäßig erklärt, weil aus wirtschaftlichen Gründen eine Umstrukturierung des Betriebs erforderlich ist. Gelingt es nicht, die dafür erforderlichen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen durchzusetzen oder entstehen dafür nicht einkalkulierte Zusatzkosten, wird häufig die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des gesamten Betriebs in Frage gestellt. Das kann zum Arbeits-

³⁵ Vgl. für das Kündigungsrecht BAG 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 41.

³⁶ Nicht nur Fehler im Konsultationsverfahren machen die Kündigung unwirksam (FN 4), sondern auch Fehler im Anzeigeverfahren: BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, NZA 2013, 2620.

platzverlust auch der Arbeitnehmer führen, die von der ursprünglichen Massenentlassung nicht betroffen waren. Vor allem aber stellt die aktuelle Rechtslage einen Anreiz für den Arbeitgeber dar, von der ihm gesetzlich eröffneten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, den Massenentlassungsschutz durch die Staffelung geplanter Kündigungen zu vermeiden. Werden Entlassungen zeitlich so gestreckt, dass in dem für das Vorliegen einer Massenentlassung maßgeblichen 30-Tage-Zeitraum nie die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG überschritten werden, fehlen die „sozio-ökonomischen Auswirkungen“, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können und die gerade der Anlass für den Massenentlassungsschutz sind³⁷. Darum widerspricht eine solche Staffelung weder dem Zweck der Massenentlassungs-Richtlinie³⁸ noch dem des § 17 KSchG und dürfte darum grundsätzlich zulässig sein³⁹. Bei einer solchen Staffelung kann bei reinen Personalabbaumaßnahmen auch kein Interessenausgleich geschlossen werden. Nimmt man den Ansatz des Unionsgesetzgebers und des deutschen Gesetzgebers ernst, dass gerade Verhandlungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern eine wirkungsvolle Interessenvertretung von Arbeitnehmern sicherstellen, dann wird den Arbeitnehmern diese durch die Mitwirkung des Betriebsrats eröffnete „Gestaltungsoption“⁴⁰ um den Preis eines um ein bis zwei Monate verlängerten Arbeitsverhältnisses genommen. Das aus Sicht des Gesetzgebers wirkungsvollste Instrument kommt nicht zum Zuge, weil es in seiner Handhabung zu kompliziert ist.

2. Rückbesinnung auf den Zweck des Massenentlassungsschutzes

Ich halte es für sinnvoll, sich in der gegenwärtigen Diskussion, in der bezweifelt wird, ob die Anforderungen des Massenentlassungsverfahrens überhaupt noch erfüllbar seien⁴¹, auf den Ursprung und den Zweck dieses Schutzes zu besinnen: Der Massenentlassungsschutz ist bereits in den 1920iger Jahren mit der Demobilmachungsverordnung⁴² und der Stilllegungsverordnung⁴³ kodifiziert und mit § 20

³⁷ EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319 Rn. 28 – Athinaiki Chartopoiia; BAG 22.1.2016 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577 Rn. 26.

³⁸ EuArbR/*Spelge* Art. 1 Rn. 82.

³⁹ MHdB ArbR/*Spelge* 4. Aufl. § 121 Rn. 67; zur besonderen Situation bei der Nachkündigung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz MHdB ArbR/*Spelge* 4. Aufl. § 121 Rn. 69.

⁴⁰ Zu diesem Begriff BVerfG 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939 Rn. 19.

⁴¹ *Wind KSzW* 2017, 76.

⁴² Entlassungssperre nach § 12 der VO über Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 12.2.1920, RGBl 218.

⁴³ VO betreffend Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und -stilllegungen vom 8.11.1920, RGBl 1901 idF der VO über Betriebsstilllegungen und Arbeitsstreckung vom 15.10.1923, RGBl 983.

AOG⁴⁴ weiterentwickelt worden. Danach mussten Entlassungen, die eine bestimmte Größenordnung überschritten⁴⁵, einer staatlichen Stelle angezeigt werden⁴⁶. Solche Entlassungen wurden vor Ablauf einer Sperrfrist von vier bis sechs Wochen nur mit Zustimmung der staatlichen Stelle wirksam. Die Entlassungen mussten nach Ablauf dieser Sperrfrist innerhalb einer Freifrist von einem Monat bzw. vier Wochen durchgeführt werden. Mit § 15 f. KSchG 1951 wurde der Massenentlassungsschutz, der sich aus Sicht des Gesetzgebers bewährt hatte, aus arbeitsmarktpolitischen Gründen wieder in das deutsche Kündigungsrecht eingeführt⁴⁷. Dieses in der Zeit einer Massenarbeitslosigkeit, die durch die Nachkriegsfolgen des 1. Weltkriegs und durch die Weltwirtschaftskrise entstanden war, entwickelte Instrumentarium, das gravierend in die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers eingriff, hatte einzig und allein den Zweck, durch die vorübergehende Entlassungssperre Entlassungen zeitlich hinauszuschieben. Arbeitgeber sollten in dieser Zeit Möglichkeiten für die Beschäftigung der Arbeitnehmer suchen. Zudem sollte die Arbeitsverwaltung Zeit für die Vermittlung der zu Entlassenden gewinnen. Arbeitslosigkeit sollte im Allgemeininteresse vermieden werden⁴⁸.

Die Massenentlassungs-Richtlinie will ausdrücklich erstmals auch den Schutz der von Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmer verstärken⁴⁹. Zugleich soll das Funktionieren des Binnenmarkts verbessert werden⁵⁰. Das wiederum soll dadurch geschehen, dass die Belastungen, die den Unternehmen der Mitgliedstaaten durch Massenentlassungen entstehen, angeglichen werden⁵¹. Ein Unterbietungswettbewerb, welcher Mitgliedstaat den geringsten Schutz bei Massenentlassungen bietet, soll verhindert werden⁵². Im Ergebnis soll durch das Angleichen der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten ein vergleichbares Schutzniveau bei Massenentlassungen erreicht werden⁵³.

Nach dieser historischen Entwicklung lassen sich die Ziele des Massenentlassungsschutzes in seiner aktuellen Ausgestaltung wie folgt zusammenfassen: Die Be-

⁴⁴ Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934, RGBl I 45.

⁴⁵ Nach der StilllegungsVO 10 Entlassungen in Betrieben mit weniger als 200 Beschäftigten, 5% oder mindestens 50 Entlassungen in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten; nach § 20 AOG mehr als 9 Beschäftigten in Betrieben mit weniger als 100 Beschäftigten und 10% oder mindestens 50 Beschäftigte in Betrieben mit mehr als 100 Beschäftigten.

⁴⁶ Anzeige bei der Demobilmachungsbeförde nach der StilllegungsVO; Anzeige beim Treuhänder der Arbeit nach § 20 Abs. 1 AOG.

⁴⁷ RdA 1951, 58 (65).

⁴⁸ RdA 1951, 58 (65); Hueck/Nipperdey/Dietz AOG 4. Aufl. § 20 Rn. 1.

⁴⁹ Erwägungsgrund 2 der Massenentlassungs-Richtlinie.

⁵⁰ Erwägungsgrund 4 der Massenentlassungs-Richtlinie.

⁵¹ EuGH 11.11.2015 – C-422/14, NZA 2015, 1441 Rn. 53 – Pujante Rivera.

⁵² MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. § 121 Rn. 80.

⁵³ EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 Rn. 60 – USDAW und Wilson.

teiligten des Massenentlassungsverfahrens, also Arbeitgeber, Arbeitsverwaltung und Arbeitnehmervertreter sollen in einem staatlich geregelten Verfahren zusammenwirken, um Massenentlassungen so weit als möglich zu verhindern und die Folgen nicht zu vermeindernden Kündigungen abzumildern. Das hat die Kommission schon 1972 auf den Punkt gebracht: Gemeinsames Handeln der Beteiligten ist am besten geeignet, sozialen Schutz und zugleich ein ökonomisches Regulatorium bei Massenentlassungen zur Verfügung zu stellen⁵⁴.

3. Handeln des Gesetzgebers ist erforderlich

Ein solches gemeinsames Handeln ist aber nur möglich, wenn die Beteiligten auch wissen, was von ihnen verlangt wird, welches Instrumentarium ihnen dabei zur Verfügung steht und wer überhaupt mit wem verhandeln muss. Genau an diesem Wissen um das Verlangte fehlt es aufgrund der aktuellen Rechtslage:

- Der Arbeitgeber weiß nicht, welche Pflichten ihn treffen und mit welchem Gremium bzw. bei welcher örtlichen Agentur für Arbeit er diese Pflichten erfüllen soll.
- Der Betriebsrat weiß nicht, welche Rechte ihm zustehen und kann sie darum nicht im Interesse der Arbeitnehmer reklamieren.
- Die Agentur für Arbeit weiß nicht, ob sie zuständig ist und welche Angaben sie einfordern soll, um ihrem Vermittlungsauftrag nachzukommen.

In der Gesamtschau vereitelt die aktuelle Rechtslage also gerade das, was mit dem Massenentlassungsschutz angestrebt wird: Gemeinsames Handeln aller Beteiligten, um Massenentlassungen zu verhindern oder zumindest deren Folgen abzumildern. Es wäre darum aus meiner Sicht dringend geboten, dass der Gesetzgeber den Massenentlassungsschutz wieder rechtssicherer handhabbar macht. Ich will im Folgenden einige Beispiele, die keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erheben, anführen, welche Änderungen dafür in § 17 f. KSchG erforderlich wären.

a) Anpassungen des § 17 KSchG an zwingendes Unionsrecht

Nur der Gesetzgeber kann im Gesetzestext die tatsächlich verlangten Anforderungen klarstellen und diesen Text von all den Elementen befreien, die noch aus dem inzwischen aufgegebenen Entlassungsbegriff und dem rein arbeitsmarktpolitischen Verständnis des Massenentlassungsschutzes herrühren. Es muss bereits aus

⁵⁴ Vgl. Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on the harmonization of the legislation of the Member States relating to redundancies, COM (72) 1400, 8.11.1972 S. 3

dem Gesetzestext hervorgehen, das maßgeblich grundsätzlich der Zugang der Kündigungserklärung ist⁵⁵. Die Unterscheidung zwischen Muss- und Sollangaben in § 17 Abs. 3 KSchG ist aufzugeben. Die Richtlinie kennt eine solche Differenzierung nicht, sondern verlangt in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 schlicht, dass die Anzeige alle „zweckdienlichen“ Angaben enthalten muss. Es dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass auch die von § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG geforderten Sollangaben, die Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer betreffen, für die Vermittlung dieser Arbeitnehmer „zweckdienlich“ sind. Dann sind diese Angaben aber nach der Richtlinie für eine wirksame Anzeige zwingend erforderlich⁵⁶. Diese Bedeutung verschleiert der aktuelle Gesetzestext. Die unionsrechtswidrige Herausnahme von Fremdgeschäftsführern juristischer Personen⁵⁷ und von leitenden Angestellten⁵⁸ aus dem Massenentlassungsschutz sind ebenfalls zu streichen. Die nach dem deutschen Recht im Konsultationsverfahren zu beteiligenden Gremien sind aufzuführen. Das sind neben dem Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat:

- der Sprecherausschuss bei leitenden Angestellten⁵⁹;
- der Personalrat in Betrieben der öffentlichen Hand mit wirtschaftlicher Zwecksetzung, die nicht in privatrechtlicher Form geführt werden⁶⁰ und
- die kirchliche Mitarbeitervertretung, weil die Massenentlassungs-Richtlinie im Unterschied zu § 118 Abs. 2 BetrVG keine Bereichsausnahme für kirchliche Arbeitsverhältnisse enthält⁶¹.

Und natürlich muss der Betriebsbegriff insbesondere für Einheiten nach § 3 BetrVG klargestellt werden.

b) Ausnutzen des von der Massenentlassungs-Richtlinie eröffneten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers

Vor allem aber würde es den Beteiligten erheblich leichter fallen, einen ordnungsgemäßen Massenentlassungsschutz zu gewähren, wenn der Gesetzgeber die ihm von der Massenentlassungs-Richtlinie eröffneten Handlungsspielräume nutzen würde. Dadurch könnte der Massenentlassungsschutz entschlackt werden, hand-

⁵⁵ Zu dem durch das GG gebotenen abweichenden Entlassungsbegriff bei Arbeitnehmern, deren Kündigung einer behördlichen Zustimmung bedarf, BVerfG 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939; BAG 20.1.2016 – 6 AZR 601/14, NZA 2016, 490; MHdB ArbR/Spelge 4. Aufl. § 121 Rn. 68 ff.

⁵⁶ Vgl. EuArbR/Spelge Art. 6 Rn. 18.

⁵⁷ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 – Balkaya.

⁵⁸ EuGH 13.2.2014 – C-596/12, BeckRS 2014, 81554.

⁵⁹ EuArbR/Spelge Art. 1 Rn. 75 f. mwN zum Streitstand.

⁶⁰ EuArbR/Spelge Art. 1 Rn. 5, Rn. 78 mwN zum Streitstand.

⁶¹ EuArbR/Spelge Art. 1 Rn. 17, Rn. 74.

habbarer werden und damit wieder seine eigentliche Aufgabe erfüllen. Auch könnte er in wirtschaftlichen Situationen, in denen seine Gewährung nach Einschätzung des Unionsgesetzgebers kontraproduktiv ist, zurückgefahren werden.

aa) Beschränkung des Massenentlassungsschutzes in der Insolvenz

Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Massenentlassungs-Richtlinie ermöglicht es den Mitgliedstaaten, in der Insolvenz eine Massenentlassungsanzeige nur dann zur Voraussetzung einer wirksamen Massenentlassung zu machen, wenn die Arbeitsverwaltung eine solche Anzeige anfordert. Das nationale Recht kann außerdem gem. Art. 4 Abs. 4 Massenentlassungs-Richtlinie⁶² die Sperrfrist in der Insolvenz entfallen lassen. Von diesen Gestaltungsoptionen hat der deutsche Gesetzgeber bisher keinen Gebrauch gemacht. Bei der Sperrfrist besteht auch kein Handlungsbedarf. Die große Mehrzahl der Kündigungen wird mit der 3-Monats-Frist des § 113 Satz 2 InsO erklärt. Bei Kündigungen, bei denen die Kündigungsfrist länger ist als die einmonatige Sperrfrist, kann nach der Rechtsprechung des BAG sofort nach Eingang der Anzeige gekündigt werden⁶³. Die Sperrfrist hat bei Kündigungsfristen, die länger als 1 Monat sind, darum keine praktische Bedeutung. In der Insolvenz ist aber die Gefahr besonders groß, dass in der Eile, mit der Kündigungsentscheidungen umgesetzt werden müssen, Fehler bei den in der Massenentlassungsanzeige erforderlichen Angaben unterlaufen. Scheitert eine Vielzahl von Kündigungen, kann das die Sanierung erheblich gefährden. Das hat die Kommission erkannt und in der Richtlinie die Möglichkeit eröffnet, bei Insolvenzkündigungen eine Anzeige nur dann erstatten zu müssen, wenn die Arbeitsverwaltung im konkreten Einzelfall für ihre Vermittlungstätigkeit weitere Angaben für erforderlich hält. Dann steht für die Zusammenstellung und Aufbereitung der nachgeforderten Daten auch mehr Zeit zur Verfügung steht als im unmittelbaren Vorfeld der Kündigung. Eine solche Ausgestaltung des Massenentlassungsschutzes kommt allen Beteiligten zu Gute: Eine unwirksame Kündigung in der Insolvenz hat häufig für den Arbeitnehmer, der seinen Kündigungsschutzprozess gewinnt, keinen wirtschaftlichen Vorteil. Er verliert seinen Arbeitsplatz durch eine spätere Kündigung oft doch noch. Die Annahmeverzugsansprüche für die Zwischenzeit haben oft nur einen sehr eingeschränkten wirtschaftlichen Wert. Das gilt insbesondere dann, wenn der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit anzeigen muss, weil eine Vielzahl von Kündigungen unwirksam ist und die Masse nicht ausreicht, die dadurch entstande-

⁶² Zu Art. 3 Abs.1 UAbs. 2 und Art. 4 Abs. 4 Massenentlassungs-Richtlinie EuGH 17.12.1998 – C-250/97, NZA 1999, 305 – Lauge.

⁶³ BAG 6.11.2008 – 2 AZR 935/07 BAGE 128, 256 = NZA 2009, 1013 Rn. 26.

nen Annahmeverzugsansprüche zu befriedigen. Dann sind die bis zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit entstandenen Entgeltansprüche bloße Altmasseverbindlichkeiten und darum in aller Regel wirtschaftlich wertlos. Möglicherweise verlieren aber durch die Unwirksamkeit der Massenkündigung auch noch weitere Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz, weil die Sanierung durch die fehlgeschlagene Massenentlassung scheitert. Sollte der deutsche Gesetzgeber von der von ihm durch das Unionsrecht eröffneten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch machen, entsteht den Arbeitnehmern dadurch, dass der Insolvenzverwalter nicht mehr zwingend eine Massenentlassungsanzeige erstatten müsste, auch kein Nachteil bei der Vermittlung. Die Agentur für Arbeit kann - und muss - etwaig fehlende Angaben nachfordern.

bb) Anpassung der Schwellenwerte

Legt man Art. 1 Abs. 1 der Massenentlassungs-Richtlinie und § 17 Abs. 1 KSchG nebeneinander, stellt man fest, dass sich die Schwellenwerte, die definieren, bei wie vielen Entlassungen innerhalb von 30 Tagen eine Massenentlassung vorliegt, unterscheiden: Der Massenentlassungsschutz setzt nach deutschem Recht bereits bei deutlich weniger Entlassungen ein als vom Unionsrecht vorgeschrieben. Das macht sich insbesondere in kleineren Betrieben bemerkbar. In Betrieben, die zwischen 20 und 100 Arbeitnehmer beschäftigen, liegt nach der Definition der Richtlinie eine Massenentlassung erst vor, wenn mindestens 10 Arbeitnehmer entlassen werden. Nach deutschem Recht greift der Massenentlassungsschutz in Betrieben zwischen 20 und 59 Arbeitnehmern bereits bei fünf Entlassungen ein. Der Gesetzgeber hatte sich 1977 bei der Anpassung des § 17 KSchG an die Richtlinie bewusst dafür entschieden, an den bisherigen Schwellenwerten festzuhalten, soweit sie zu einem früheren Eingreifen des Massenentlassungsschutzes führen⁶⁴. Diese Entscheidung ist von der Günstigkeitsklausel in Art. 5 der Richtlinie gedeckt⁶⁵. Es würde aber dem Grundgedanken des unionsrechtlichen Massenentlassungsschutzes, der darin besteht, die wirtschaftlichen Belastungen, die durch Massenentlassungen entstehen, in den Mitgliedstaaten der Union aneinander anzugleichen⁶⁶, Rechnung tragen, die Schwellenwerte für das Eingreifen dieses Schutz dem Unionsrecht anzugleichen.

cc) Streichen des Erfordernisses der „Gleichzeitigkeit“ in § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG

⁶⁴ BTDRs 8/1041, 4.

⁶⁵ BAG 22.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577 Rn. 23.

⁶⁶ S.o. III 2.

Das Massenentlassungsverfahren stellt die Beteiligten auch in Nebenpunkten vor erhebliche Probleme. So verlangt Art. 2 Abs. 3 UAbs. 2 Massenentlassungs-Richtlinie, dass der Arbeitgeber der Arbeitsverwaltung eine Abschrift bestimmter Bestandteile der Unterrichtung des Betriebsrats, mit der das Konsultationsverfahren eingeleitet worden ist, zuleitet. Wann das geschehen soll, ist nicht geregelt. § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG verlangt, dass die Unterrichtung „gleichzeitig“ an die Agentur für Arbeit geleitet wird. Auch hier fehlt ein zeitlicher Bezugspunkt im Gesetzestext. Der Gesetzgeber ist allerdings, wie sich den Entstehungsmaterialien entnehmen lässt, davon ausgegangen, dass die Abschrift der Unterrichtung der Agentur für Arbeit zugleich mit der Anzeige zugeleitet werden muss⁶⁷. Im Zeitpunkt dieser Einschätzung wurde unter „Entlassung“ noch die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also der Ablauf der Kündigungsfrist, verstanden. Anzeigen wurden darum bei Kündigungsfristen, die länger als die Sperrfrist waren, erst nach Zugang der Kündigung erstattet⁶⁸. Dieses Verständnis ist wie so vieles im deutschen Massenentlassungsverfahren durch die Definition des Begriffs der „Entlassung“ als Zugang der Kündigungserklärung überholt. Die Zuleitung der Unterrichtung an die Arbeitsverwaltung hat nach dem Willen jedenfalls des deutschen Gesetzgebers den Zweck, die Arbeitsverwaltung frühzeitig von den Massenentlassungen zu unterrichten⁶⁹. Eine solche frühzeitige Unterrichtung liegt nur vor, wenn sie vor der Anzeige erfolgt. Nach hM ist daher erforderlich, dass der Arbeitgeber die Unterrichtung im zeitlichen Zusammenhang mit der Einleitung des Konsultationsverfahrens der Agentur für Arbeit zuleitet⁷⁰. Das kann allerdings nicht „gleichzeitig“ geschehen - es ist rein tatsächlich unmöglich, das Unterrichtungsschreiben „gleichzeitig“ zwei verschiedenen Adressaten zuzuleiten. Zur Erreichung des Gesetzeszwecks ist es auch gar nicht erforderlich, die Unterrichtung zur selben Sekunde dem Betriebsrat und der Agentur für Arbeit zugänglich zu machen. Das Gesetz macht also bereits nicht hinreichend deutlich, was es eigentlich genau verlangt. Es verlangt darüber hinaus etwas Unmögliches, das zudem unnötig ist. Es wäre daher dringend geboten, dass der deutsche Gesetzgeber in § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG den zeitlichen Bezugspunkt klarstellt und eine Zeitspanne festschreibt, innerhalb derer eine Abschrift der Unterrichtung bei der Arbeitsverwaltung eingegangen sein muss.

dd) Streichen der Freifrist in § 18 Abs. 4 KSchG

⁶⁷ BT-Drs. 13/668, 13.

⁶⁸ Vgl. BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, BAGE 84, 267 = NZA 1997, 373 zu II 1 der Gründe.

⁶⁹ BT-Drs. 8/1041, 5.

⁷⁰ MHdB ArbR/*Spelge* 4. Aufl. § 121 Rn. 150 mwN.

Meine Liste, welche Änderungen im deutschen Massenentlassungsrecht dringend erforderlich wären, um es wieder handhabbar(er) zu machen, will ich mit der Freifrist in § 18 Abs. 4 KSchG schließen. Danach bedürfen Massenentlassungen einer erneuten Anzeige, wenn „Entlassungen“ nicht innerhalb von 90 Tagen nach Ablauf der Sperrfrist durchgeführt werden. Diese Regelung machte nach dem ursprünglichen Verständnis des Entlassungsbegriffs als Beendigung des Arbeitsverhältnisses Sinn. Lief die Kündigungsfrist nicht binnen 90 Tagen nach Ablauf der Sperrfrist ab, hatte also der Arbeitgeber die Massenentlassungsanzeige zu früh erstattet, dann musste er diese Massenentlassungen eben noch einmal anzeigen. Das BAG hat sich zwischenzeitlich dazu durchgerungen, auch für die Freifrist unter dem Begriff der „Entlassung“ die Kündigungserklärung zu verstehen⁷¹. Damit verbleibt für die Freifrist zwar ein Anwendungsbereich, weil dadurch Vorratsmeldungen verhindert werden⁷². Dieser schmale verbleibende Anwendungsbereich rechtfertigt aber die mit dieser Vorschrift verbundenen erheblichen praktischen und rechtlichen Probleme, die bei der Nachkündigung von Arbeitnehmern entstehen⁷³, in keiner Weise. Die Freifrist hat durch den geänderten Entlassungsbegriff schlicht ihre Bedeutung verloren. Genau darum sieht die Massenentlassungs-Richtlinie eine solche Freifrist für Kündigungen auch nicht vor. Und genau darum ist die Streichung der Freifrist dringend geboten.

IV. Fazit

Ich glaube, mein notgedrungen fragmentarischer Überblick über die Schwierigkeiten, Massenentlassungsschutz im Europäischen Mehrebenensystem zu gewährleisten, hat gezeigt, dass die Einschätzung von Hellmut Wißmann in einem Aufsatz für die RdA aus dem Jahr 1998, dass sich die Vorschriften der Massenentlassungs-Richtlinie nicht so recht in die vertrauten Strukturen des deutschen Kündigungsrechts einfügen lassen und uns ihre Handhabung daher oft ausgesprochen sperrig und störrisch erscheint⁷⁴, nichts an Aktualität verloren hat. Diese Sperrigkeit in der Handhabung beruht aber nicht darauf, dass deutsche Rechtsanwender nicht willig sind, zu erkennen, was § 17 KSchG unter Beachtung der Massenentlassungs-Richtlinie von ihnen verlangt. Diese Sperrigkeit beruht schlicht darauf, dass es ohne intensivste Befassung mit dieser Materie nicht möglich ist, die Anforderungen, die eine ord-

⁷¹ Zuletzt BAG 9.6.2016 – 6 AZR 638/15, NZA 2016, 1202; nach wie vor für ein Verständnis als „tatsächliche Beendigung“ *Holler SAE* 2017 65 (69 f.).

⁷² BAG 9.6.2016 – 6 AZR 638/15, NZA 2016, 1202 Rn. 27.

⁷³ Zur Bedeutung der Freifrist bei der Nachkündigung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz *MHdB ArbR/Spelge* 4. Aufl. § 121 Rn. 159 ff.

⁷⁴ *Wißmann RdA* 1998, 221

nungsgemäße Massenentlassung stellt, zu erkennen und umzusetzen - oft genug gelingt ein fehlerfreies Massenentlassungsverfahren selbst nach einer solchen Befassung nicht. Die aktuelle Rechtslage ist davon geprägt, dass im geschriebenen Recht die seit 2005 erfolgte grundlegende Neuausrichtung des Massenentlassungsverfahrens nicht umgesetzt worden ist. Das hat nicht nur zur Folge, dass eines der wesentliche Ziele der Massenentlassungs-Richtlinie, bei notwendigen Massenentlassungen eine einheitliche wirtschaftliche Belastung der Arbeitgeber in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, durch die in Deutschland bestehende Rechtslage verfehlt wird. Das hat vor allem auch zur Folge, dass nicht einmal im Geltungsbereich des § 17 KSchG eine einheitliche Handhabung des Massenentlassungsschutzes auch nur ansatzweise sichergestellt ist und Massenentlassungen derzeit für alle Beteiligten zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Das wiederum führt dazu, dass ein sinnvolles Zusammenwirken von Arbeitgeber, Arbeitnehmervertretungen und Arbeitsverwaltung mit dem Ziel, Massenentlassungen zu verhindern oder jedenfalls deren Folgen abzumildern, kaum möglich ist, weil die zeitlichen Abläufe und inhaltlichen Anforderungen dieses Verfahrens unklar sind.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber diese Rechtsunsicherheit beseitigt und das Heft des Handelns in die Hand nimmt, bevor das BVerfG vielleicht eines Tages vor die Notwendigkeit gestellt wird, die aktuelle unübersichtliche Gemengelage aus dem normiertem deutschen Gesetzesrecht und dem dieses überlagernden Unionsrecht darauf zu überprüfen, ob diese Gemengelage noch mit dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot⁷⁵ und Gebot der Normklarheit⁷⁶ zu vereinbaren ist.

⁷⁵ BVerfG 22. März 2000 – 1 BvR 1136/96, NZA 2000, 996 zu II 2 c cc der Gründe; zu den Grenzen des Bestimmtheitsgebots BAG 23. Juli 2015 – 6 AZR 490/14, BAGE 152, 147 = NZA-RR 2015, 628 Rn. 62.

⁷⁶ Danach müssen die Normunterworfenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können: BVerfG 7. Mai 2001 – 2 BvK 1/00, BVerfGE 103, 332 = NVwZ-RR 2002, 81 Rn. 165.