



Europarechtliches Symposion 2018

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

**„Massenentlassung und behördliche
Kontrollbefugnisse – die Entwicklung
der Rechtslage in Griechenland
im Lichte des europäischen Rechts“**

Prof. Dr. Constantin Bakopoulos

Universität Athen

Massenentlassung und behördliche Kontrollbefugnisse - Die Entwicklung der Rechtslage in Griechenland im Lichte des europäischen Rechts

Constantin Bakopoulos, Athen

Gliederung

- I. Unionsrechtliche Vorgaben und nationale Vorverständnisse
 1. Das europäische Schutzkonzept bei Massenentlassungen
 2. Die behördliche Genehmigung der Entlassungen als zentrales Element der griechischen Gesetzgebung vor und nach der Umsetzung der RL 98/59
- II. Die behördlichen Kontrollbefugnisse auf dem Prüfstand des europäischen Rechts: Das *AGET Iraklis*-Urteil des EuGH
- III. Ein Fall der überholenden Kausalität: Die Abschaffung der behördlichen Genehmigungsbefugnis als Folge von Kreditauflagen (und nicht des EuGH Urteils)
- IV. Feststellungen - Ausblick

I. Unionsrechtliche Vorgaben und nationale Vorverständnisse

1. Das europäische Schutzkonzept bei Massenentlassungen

(1) Die Massenentlassungsrichtlinie 98/59 hat einen besonderen Stellenwert im europäischen Sekundärrecht. Sie ist die einzige arbeitsrechtliche Richtlinie, die sich mit der (bevorstehenden) Beendigung von Arbeitsverhältnissen befasst und dabei den Schutz der Arbeitnehmer als eines ihrer Hauptziele hat. Angesichts dieses sachlichen Anwendungsbereiches kann man sie dem Rechtsgebiet „Kündigungsschutz“ zuordnen¹. Der europäische Gesetzgeber wagt sich mit dieser Richtlinie in ein Rechtsgebiet hinein, welches das Herzstück jeder Arbeitsrechtsordnung ist und wie kein anderes von nationalen Vorverständnissen, Rechtstraditionen, ökonomischen und politischen Zwängen geprägt ist – daher ein nicht gerade konsensträchtiges Rechtsgebiet.

Allerdings ist der Eingriff der Richtlinie in das Kündigungsrecht der Mitgliedstaaten teleologisch vorbestimmt und somit inhaltlich begrenzt. Der europäische Gesetzgeber will nur die Vorschriften über das Verfahren angleichen, das vor jedem quantitativ bedeutenden Personalabbau Anwendung finden soll². Er beabsichtigt insofern die Harmonisierung der nationalen Regeln über die Kündigung nur in einem bestimmten Bereich (Teilharmonisierung)³. Dies bedeutet, dass die Richtlinie keinen „klassischen“, materiellen Kündigungsschutz auf individualrechtlicher Ebene gewährt. Das ist vielmehr Sache des nationalen Gesetzgebers. Auch für die Regelung der finanziellen Voraussetzungen einer wirksamen Kündigung (Fristen, Abfindungen) bleibt das nationale Recht zuständig. [Der europäische Gesetzgeber hatte immer davon abgesehen - gerade wegen der rechtspolitisch sensiblen Natur dieses Rechtsgebiets -, den gesetzlichen Kündigungsschutz der Mitgliedstaaten in seiner Kernkonzeption zu gestalten.]

(2) Der Schutz der Richtlinie findet auf der Ebene des Kollektiven statt und er setzt sich aus zwei Parametern zusammen: Der erste ist ein institutionalisiertes Konsultationsverfahren; der Arbeitgeber ist verpflichtet, bevor er Arbeitsverhältnisse kündigt (*auf die Junk – Entscheidung des EuGH (C188/03) brauche ich vor diesem Publikum nicht hinzuweisen*), ja sobald sich der Personalabbau als mögliche Folge einer unternehmerischen Entscheidung abzeichnet, mit umfassend informierten Arbeitnehmervertretern offen und zielgerichtet zu beraten⁴. Das Erreichen einer einvernehmlichen Lösung über das Ob, Wie und Wer der Entlassungen ist das erwünschte Ziel, aber kein Zwang. Der zweite Schutzparameter ist die Einschaltung der staatlichen Arbeitsbehörde – nach entsprechender Unterrichtung vom Arbeitgeber - in der Rolle eines externen Dritten mit genau definierten Kontroll- und Handlungsbefugnissen, die während

¹ EuArbR/*Spelge* RL 98/59/EG Rn. 1, 6; *Naber/Sittard* in *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 10 Rz. 5; *Weber*, NZA 2016, 727, 729. Der Begriff „Kündigungsschutz“ wird hier in einem denkbar weiten Sinne verwendet und umfasst jede mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusammenhängende Einschränkung des Gestaltungsrechts des Arbeitgebers.

² Dies lässt sich aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie erklären; dazu EuArbR/*Spelge* RL 98/59/EG Rn. 2 m.w.N.

³ So ausdrücklich zuletzt EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 29.

⁴ EuGH 27.1.2005, C188/03, *Junk*, Rn. 37, 38; EuGH 10.9.2009 C44/08 *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK* u.a., Rn. 38, 46; EuGH 21.9.2017 C429/16 *Małgorzata Ciupa*, Rn. 32.

und nach Abschluss des zwischen den Hauptakteuren laufenden Dialogs zum Tragen kommen.

Die Richtlinie gewährt also den Arbeitnehmern Schutz durch Verfahren, wobei Kernstück des Verfahrens die Konsultation mit ihren Vertretern ist. Dieser Schutz ist präventiv konzipiert⁵ und greift mittelbar ein⁶; sein Zweck ist ja nur die eventuelle Einflussnahme auf die unternehmerische Entscheidung, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt⁷. Der Unionsgesetzgeber garantiert nicht das Ergebnis, sondern den Weg dahin. Diese Merkmale deuten auf ein sehr „westeuropäisches“ Schutzkonzept hin, bei dem „klassische“ Schutzinstrumente, wie Wirksamkeitsvoraussetzungen, Einigungszwänge, Verbote und dergleichen fehlen. Stattdessen liegt vieles in der Verantwortung und dem Handlungswillen der Hauptakteure, nämlich der Arbeitnehmervertreter und (gewissermaßen auch) der Arbeitsverwaltung. Die praktische Wirksamkeit der Richtlinie in den Mitgliedstaaten hängt daher nicht nur von einer worttreuen Umsetzung ihrer Vorgaben ab, sondern vielmehr von der Dialogkultur und den Vorverständnissen der Protagonisten, insbesondere der Sozialpartner.

(3) Ein anderes Merkmal der Massenentlassungsrichtlinie ist ihre teleologische Bipolarität, was bedeuten soll, dass auch die Belange der Arbeitgeberseite gewissermaßen zum teleologischen Horizont der Richtlinie gehören: Durch die unionsweite Anwendung eines einheitlichen Massenentlassungsverfahrens sollen die Belastungen für die Unternehmen in der EU angeglichen werden⁸. Der (durch Verfahren verfolgte, präventive) Beschäftigungsschutz steht also in einem funktionellen Zusammenhang mit wettbewerbspolitischen Motiven⁹. Man sollte auch nicht den Umstand unterschätzen, dass das Konsultationsverfahren die Stichhaltigkeit der betriebsbedingten Gründe unterstreicht und so mittelbar die Entlassungen „legitimiert“.

(4) Ein weiteres, vielbeachtetes Charakteristikum der Massenentlassungsrichtlinie ist ihre Offenheit für günstigere einzelstaatliche Maßnahmen. Art. 5 RL 98/59 lässt – so wörtlich – die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen.

Diese Günstigkeitsklausel wird nicht selten dahingehend verstanden, dass jede denkbare Erschwerung der Durchführung einer Massenentlassung richtlinienkonform wäre – man denke etwa an die Einführung eines Einigungszwanges mit den Arbeitnehmervertretern oder einer administrativen Entlassungsgenehmigung (so das griechische Paradebeispiel). Diesem Verständnis liegt der in seiner Einfachheit (schein)überzeugende Gedanke zu Grunde, dass dort wo Entlassungen nicht stattfinden dürfen, eben keine stattfinden. So seien die Arbeitnehmer bestens geschützt. Die administrativen Kontroll- bzw.

⁵ Preis, Individualarbeitsrecht, 5. Aufl., Rn. 2673.

⁶ EuArbR/Spelge RL 98/59/EG Rn. 8, mit Verweis auf Vielmeier, NJW 2014, 2678, 2680.

⁷ v.Steinau-Steinrück/Bertz, NZA 2017, 145, 147; Temming, NZA 2006, 599, 603.

⁸ Weber, NZA 2016, 727, 729, meint, dass dadurch die Reichweite des Arbeitnehmerschutzes begrenzt wird.

⁹ EuGH 21.12.2016, C-201/15 AGET Iraklis, Rn. 32; EuGH 9.7.2015, C-229/14, Balkaya, Rn. 32.

Verbotsbefugnisse werden daher als „Komplementierung“ und Stärkung des durch die Richtlinie gewährten Schutzes legitimiert.

Diese Argumentation greift allerdings zu kurz. Die Günstigkeitsoffenheit der Richtlinie ist nämlich bedingt. Wenn eine günstigere Regelung wegen ihrer Eingriffsintensität oder durch ihre Anwendung Sinn und Zweck der Richtlinie überschattet, verliert sie schnell in den Augen der Beteiligten an Bedeutung. Das Verfahren wird als obsolet betrachtet. So verliert die Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit. Der Arbeitnehmerschutz steht in einem Sinnzusammenhang mit der Gewährleistung von Mitspracherechten für die Arbeitnehmer aber auch mit der Freiheit des Arbeitgebers, unternehmerische Entscheidungen am Ende und nach Erfüllung der gesetzlichen Auflagen auch durchführen zu können. Das gilt umso mehr, wenn die unternehmerische Entscheidung darin besteht, eine Tätigkeit oder einen Betrieb einzustellen. Egal wie stark der Arbeitnehmerschutz ist, Entlassungen müssen am Ende denkbar (d.h. machbar) bleiben, selbst wenn die Arbeitnehmervertreter (oder die Verwaltung) damit nicht einverstanden sind¹⁰. Würde den Unternehmen die Möglichkeit genommen – bei Anwendung einer nationalen Verfahrensregelung oder der hierauf stützenden Verwaltungspraxis –, Personal abzubauen oder gar den Betrieb ganz zu schließen, wäre dies mit der Richtlinie nicht vereinbar, weil es zu unterschiedlichen Belastungen der Unternehmen und somit zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde¹¹. Ein Übermaß an Günstigkeit steht daher nicht im Sinne von Art. 5 RL 98/59.

¹⁰ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 30, 41; vgl. schon zur RL 75/129 EuGH 12.2.1985, C-284/83, *Dansk Metalarbejderforbund*, Rn. 10; EuGH 7.9.2006, C-187/05 bis C-190/05, *Agorastoudis*, Rn. 35.

¹¹ EuArbR/*Spelge* RL 98/59/EG Rn. 6.

2. Die behördliche Genehmigung der Entlassungen als zentrales Element der griechischen Gesetzgebung vor und nach der Umsetzung der RL 98/59¹²

(1) In Griechenland waren die Massenentlassungen seit jeher – jedenfalls bis Mai 2017 (dazu unter III.) - ein genehmigungspflichtiger Tatbestand. Sie waren eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit mit Ausstrahlung auf ein privatrechtliches Rechtsverhältnis. Wenn mehreren Arbeitnehmern auf einmal der Verlust des Arbeitsplatzes drohte – so das vorherrschende (auch parteiübergreifende) Vorverständnis in Griechenland -, war administratives (sprich: politisches) Handeln geboten; denn es handelte sich um ein sozial- und arbeitsmarktpolitisches Thema. Der Arbeitsminister entschied als Herr des Verfahrens nach freiem Ermessen über das Ob der Entlassungen und damit über das Recht des Arbeitgebers, sich von privatrechtlichen Vertragsbindungen aus betriebsbedingten Gründen zu lösen. Sein Ermessen war eher von politischen, als von ökonomisch-sachlichen Gesichtspunkten gefärbt. Mitspracherechte der Arbeitnehmer gab es bis zur Umsetzung der RL 98/59 nicht.

Die erste gesetzliche Regelung stammt aus dem Jahr 1934¹³. Danach durften Unternehmen der Daseinsvorsorge mit einer Personalstärke von über 50 Arbeitnehmern ohne vorherige behördliche Genehmigung nicht mehr als ein Viertel ihrer Belegschaft innerhalb eines Kalenderjahres entlassen. Das Genehmigungsgremium setzte sich ausschließlich aus Beamten zusammen, die den (politischen) Willen des Arbeitsministers umsetzten.

Im Jahre 1967 (während des Obristenregimes) trat eine neue gesetzliche Regelung der Massenentlassungen in Kraft¹⁴. Sie hatte ein breiteres Anwendungsgebiet - erfasst war jeder Betrieb mit mehr als 50 Mitarbeitern - und sah niedrigere Schwellenwerte vor¹⁵. Die Entlassungen waren genehmigungspflichtig und zudem ausdrücklich mit Unwirksamkeit sanktioniert, sollten sie ohne oder vor der Erteilung einer Erlaubnis des Arbeitsministers erfolgen. Der Arbeitsminister traf seine Entscheidung nach freiem Ermessen innerhalb eines Zeitraums von 2 Monaten. Kriterien für die Ermessensausübung, so wie sie später mit dem Umsetzungsgesetz der Richtlinie eingeführt wurden, nannte das G. 99/67 nicht.

(2) Im Jahre 1983 – nach dem Beitritt (1981) Griechenlands in die damalige EWG - wurde die Massenentlassungsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt¹⁶. Die Vorgaben der

¹² Abhandlungen in der deutschsprachigen Literatur über das griechische Massenentlassungs- und im allgemeinen über das griechische Kündigungsschutzrecht gibt es verständlicherweise wenige; umfassend und (fast) auf dem neuesten Stand, und mit zahlreichen Querverweisen zum deutschen Recht, ist der gleichnamige Aufsatz von *Zerdelis*, RdA 2016, 245. Kürzer aber sehr lesenswert ist auch die Schilderung von *Temming*, EuZA 2014, 51. Vgl. auch die Beiträge von *Bakopoulos* in FS Bauer, 2010, S. 75 und ZESAR 2014, 323.

¹³ Gesetz 6299/1934.

¹⁴ G. 99/1967 idF von G. 173/1967.

¹⁵ Der Arbeitsminister war gesetzlich ermächtigt, sie zwischen 2% und 10% der Belegschaft pro Kalendermonat festzusetzen. Er setzte sie konstant auf 2% fest.

¹⁶ G. 1387/83 in seiner bis zum 19.5.2017 geltenden Fassung; mit Wirkung vom 19.5.2017 wurde das Gesetz abgeändert und die Genehmigungsbefugnis des Arbeitsministeriums abgeschafft – dazu unter III.

Richtlinie über die Informations-, Beratungs- und Anzeigepflichten des Arbeitgebers wurden übernommen. Zugleich wurden an entscheidenden Stellen im Namen einer im klassischen Sinne verstandenen Arbeitnehmergünstigkeit strengere Regeln eingeführt.

i) Die Schwellenwerte wurden niedriger festgesetzt als von der Richtlinie vorgegeben (Art. 1 Abs. 2 G. 1387/1983)¹⁷.

ii) Es ist vorgesehen, dass in Betrieben ohne Arbeitnehmervertretung, ein ad hoc Konsultationsgremium aus der Belegschaft gebildet wird, damit auch in solchen Betrieben das Beratungsverfahren stattfinden kann (Art. 4 Abs. 3, 4 G. 1387/1983).

iii) Ausdrücklich sanktioniert das Gesetz jeden Verstoß gegen seine Vorschriften mit der Unwirksamkeit aller Entlassungen (Art. 6 Abs. 1 G. 1387/1983)¹⁸.

Die entscheidende „günstigere“ Abweichung des griechischen Umsetzungsrechts war jedoch, dass eine Massenentlassung letztlich nicht gegen den Willen Dritter möglich war. Der Arbeitgeber musste, um sie durchführen zu können, entweder die Einwilligung der Arbeitnehmervertreter oder eine Verwaltungserlaubnis des Arbeitsministeriums vorweisen können. Das Gesetz sah einen Einigungs- bzw. Erlaubniszwang vor; beides Elemente, die der Richtlinie in dieser Form unbekannt sind. Der Arbeitsminister traf seine Ermessensentscheidung nach Anhörung eines beratenden Gremiums (des Obersten Rates für Arbeit) unter Berücksichtigung der folgenden drei Kriterien: a) der Belange der nationalen Wirtschaft, b) der Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt, und c) der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens (Art. 5 Abs. 3 G. 1387/83).

(3) Die Befugnis des Arbeitsministers, die Massenentlassungen ganz oder zum Teil zu untersagen, war – so wie bei der „vor EU“ Gesetzgebung – die Quintessenz des griechischen Umsetzungsrechts. Der Gesetzgeber hat versucht, zwei grundverschiedene Schutzkonzepte miteinander zu kombinieren, nämlich das traditionell paternalistische Konzept des inländischen Rechts, bei dem der Staat einen Personalabbau einfach stoppen kann, wenn er volkswirtschaftlich oder arbeitsmarktpolitisch oder auch nur parteipolitisch nicht passt, mit dem modernen, multipolaren Verständnis der Richtlinie. Daraus ist nichts geworden¹⁹.

Die Zustimmungsbefugnis des Arbeitsministers setzte, wie bereits erwähnt, voraus, dass die Konsultationen mit den Arbeitnehmervertretern zu keiner Einigung über das Ob und Wie

¹⁷ Die Schwellenwerte waren ursprünglich wie folgt: Fünf Arbeitnehmer in Betrieben mit 20 bis 200 Beschäftigten und 2% des Personals in größeren Betrieben. Im Jahre 2010, als inmitten der Krise die Arbeitsgesetzgebung quasi notstandsweise revidiert wurde, wurden sie leicht angehoben (Art. 74 Abs. 1 G. 3863/2010): 6 Arbeitnehmer in Betrieben mit 20 bis 150 Beschäftigten, 5% des Personals (und jedenfalls 30 Arbeitnehmer) in Betrieben mit über 150 Beschäftigten.

¹⁸ Die griechische Rechtsprechung billigt die Sanktion der Unwirksamkeit als notwendiges und geeignetes Mittel, um die Einhaltung des Verfahrens sicherzustellen und den Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten. Es sei legitim und üblich, da wo Kündigungsbeschränkungen vorgesehen sind, dass die Unwirksamkeit als Folge ihrer Nichtbeachtung eintritt. Etwaige mildere Mittel (administrative Sanktionen, höhere Abfindungen) würden diesem Schutzgesetz die praktische Wirksamkeit nehmen. So z.B. Areopag 1848/2013, *Revue de Droit du Travail (griechische Zeitschrift)* 2014, 873.

¹⁹ Ebenso Zerdelis, RdA 2016, 245, 263. Kritisch auch Temming, EuZA 2014, 51, 59.

der Entlassungen geführt hatten²⁰. Würden die Arbeitnehmervertreter dem Personalabbau zustimmen, hätte die Verwaltung nichts zu sagen. Das war aber nur Theorie. In der Praxis gab die Arbeitnehmerseite ihre Zustimmung so gut wie nie. Sie tat es, denn sie wusste, dass die Verwaltung die Entlassungen meistens nicht genehmigt. Die Arbeitnehmervertreter sahen also keine Veranlassung, beim Beratungsverfahren Zugeständnisse zu machen (das Gegenteil würde sie ja vor den Augen der Belegschaft blamieren). Aber auch die Arbeitgeber sahen keinen Grund, ein aussichtsloses Verfahren überhaupt anzufangen; sie suchten stattdessen vielmehr nach Alternativen, um den Personalabbau nicht als Massenentlassung im Sinne der Richtlinie erscheinen zu lassen.

Dazu bieten sich die bekannten Alternativen: Entweder wird monatlich Personal unterhalb der Schwellenwerte abgebaut (Staffelung der Kündigungen), oder, wenn alles schneller gehen soll, versucht man, den Personalabbau ausschließlich durch Aufhebungsverträge bzw. Eigenkündigungen umzusetzen²¹. Dazu liefert Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie die passende Lösung: Wenn trotz einer größeren Anzahl von einvernehmlichen Beendigungen auf Veranlassung des Arbeitgebers nicht zugleich auch mindestens fünf „echte“ Kündigungen im Kalendermonat vorliegen, gilt der ganze Personalabbau nicht als Massenentlassung i.S.d. Richtlinie und das Konsultations- und Anzeigeverfahren kommt nicht zur Anwendung. Dieser Paragraph ist worttreu im griechischen Umsetzungsgesetz aufgenommen (Art. 1 Abs. 3 G. 1387/1983). Das hat allerdings seinen Preis: Die Motivation, einen Aufhebungsvertrag zu unterschreiben oder die Eigenkündigung einzureichen, fördert man durch Abfindungszahlungen, die höher (z.T. erheblich höher) als die gesetzlichen Abfindungsbeträge sind.

Das G. 1387/1983 fristete seit seiner Verabschiedung im Jahr 1983 ein Schattendasein: Es war da, um legal umgangen und nicht um angewendet zu werden. Denn das Ergebnis im Falle seiner Anwendung war absehbar. Ein wahrhaftiger Dialog der Sozialpartner fand nicht statt. Die Befugnis des Arbeitsministers, die Entlassungen zu untersagen - in Verbindung mit der überwiegend negativen Verwaltungspraxis -, überschattete und lähmte das Konsultationsverfahren. Auch die Verwaltung hat ihre Rolle darin als erfüllt gesehen, Verbotsbescheide zu erlassen, statt aktiv nach Lösungen für das bevorstehende Problem der Entlassungen zu suchen, wie Art. 4 Abs. 2 RL 98/59 es eigentlich vorsieht²². Die praktische Wirksamkeit der Richtlinie wurde dadurch untergraben. Das deutete auch der EuGH in seinem *AGET Iraklis*-Urteil so an, hat aber das letzte Wort darüber dem vorliegenden griechischen Gericht gelassen²³.

²⁰ Nach deutschem betriebsverfassungsrechtlichem Verständnis würde man hier von einem echten Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer sprechen. Es wäre eventuell verfassungsrechtlich bedenklich, wenn ein Personalabbau von der Zustimmung des sozialen Gegenspielers abhängig wäre – das kann aber hier dahinstehen.

²¹ Vgl. *Zerdelis*, RdA 2016, 245, 263.

²² Der in Art. 4 Abs 2 der Richtlinie normierte Auftrag der Verwaltung lautet: “Die Frist des Absatzes 1 muss von der zuständigen Behörde dazu benutzt werden, nach Lösungen für die durch die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme zu suchen.“

²³ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 34, 35.

II. Die behördlichen Kontrollbefugnisse auf dem Prüfstand des europäischen Rechts: Das *AGET Iraklis*-Urteil des EuGH

(1) Am 21.12.2016 entschied der EuGH die Rechtssache *AGET Iraklis*, nachdem ihm der griechische Verwaltungsgerichtshof (Staatsrat) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte²⁴: 1) Ob eine nationale Regelung, die die Massenentlassungen in einem Unternehmen von einer behördlichen Genehmigung abhängig macht, die nach den Kriterien a) der Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt, b) der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens und c) der Belange der nationalen Wirtschaft erteilt wird, gegen die RL 98/59 sowie gegen Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit der Unternehmen) und 63 AEUV (Freier Kapitalverkehr) verstößt. 2) Für den Fall, dass das Gericht die erste Frage bejaht, ob die Antwort anders ausfiele, wenn gewichtige soziale Gründe, wie etwa eine schwere Wirtschaftskrise und eine besonders hohe Arbeitslosenquote existieren.

AGET Iraklis ist der Name eines traditionsreichen griechischen Unternehmens, das Zement produziert und eine über hundertjährige Präsenz in der griechischen Industrie hat. Heute gehört es zum französischen multinationalen Konzern Lafarge. Im Jahre 2013 traf das Unternehmen die Entscheidung, ein Werk zu schließen, wo damals 236 Arbeitnehmer beschäftigt waren. Man berief sich auf den Rückgang der Bautätigkeit, mangelnden Absatz von Zement und eine sich abzeichnende Existenzgefährdung. Diese Gründe sind hier und jetzt irrelevant, dürften aber jedem, der auch nur ein vages Bild über die Situation in Griechenland während der Krise hat, wenigstens im Ansatz einleuchten. Das Unternehmen lud die Firmengewerkschaft, gemäß den Vorschriften des geltenden Massenentlassungsgesetzes, zu Konsultationen ein. Sie blieben ohne Ergebnis. Die Gewerkschaft war zu den anberaumten Treffen nicht einmal erschienen. Daraufhin stellte *AGET Iraklis* den Antrag an das Arbeitsministerium, die Entlassungen zu genehmigen. Der Antrag wurde mit Bescheid des Arbeitsministers abgelehnt. Dieser Ablehnung waren zwei ebenso negative interne Stellungnahmen vorangegangen: Die zuständige Abteilung des Arbeitsministeriums empfahl die Ablehnung des Antrags, mit der Begründung, dass *AGET Iraklis* keinen Plan zur Aufnahme der betroffenen Arbeitnehmer in anderen Betrieben vorgelegt habe und, ferner, dass die Statistiken der griechischen Arbeitsagentur eine steigende Arbeitslosenquote verzeichneten. Auch der Oberste Rat für Arbeit sprach sich gegen die Genehmigung des Antrags aus, dies mit der Begründung, dass die Firma die Notwendigkeit der geplanten Entlassungen nicht durch konkrete und fundierte Beweismittel belegt habe. In der Folge hat *AGET Iraklis* vor dem Staatsrat den ablehnenden Ministerbescheid wegen Unwirksamkeit angefochten²⁵.

²⁴ Beschluss 1254/2015

²⁵ Der Bescheid des Arbeitsministers ist ein Verwaltungsakt, der von dem obersten Verwaltungsgericht Griechenlands (Staatsrat) u.a. wegen Gesetzesverletzung aufgehoben werden kann. In der Praxis bietet diese Möglichkeit den Arbeitgebern keinen besonders handhabbaren Rechtsschutz, zum einen weil Ermessensentscheidungen der Verwaltung nur einer beschränkten Kontrolle seitens des Verwaltungsgerichts unterliegen und zum anderen wegen der zeitlichen Verzögerung bis zur Verkündung des Urteils; so *Zerdelis*, RdA 2016, 245, 264.

Es war das erste Mal, dass ein griechisches Gericht das zentrale Charakteristikum des griechischen Massenentlassungsrechts einer „externen“ Prüfung freigab. Auf diese Frage hatte man in Griechenland Jahre gewartet²⁶. Und sie war alles andere als einfach zu beantworten. Denn sie betrifft auf der einen Seite das rechtlich und rechtspolitisch delikate Verhältnis zwischen dem Harmonisierungsbestreben des europäischen Gesetzgebers und den Freiräumen, die die Mitgliedstaaten zur Verwirklichung ihrer sozialpolitischen Ziele beanspruchen. Zugleich veranschaulicht sie auf der anderen Seite die Unterschiede zwischen unionsrechtlichen Vorgaben und nationalen Vorverständnissen bei der Gestaltung des Arbeitnehmerschutzes.

(2) Bei der Prüfung der Vereinbarkeit mit der RL 98/59 stellte der EuGH die ratio der Teilharmonisierung in den Mittelpunkt. Die Richtlinie beschränke sich auf die Schaffung eines Mindestmaßes an Arbeitnehmerschutz in Bezug auf ihre Informations- und Anhörungsrechte bei Massenentlassungen. Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus günstigere Maßnahmen für die Arbeitnehmer erlassen. Mehrmals hat das Luxemburger Gericht betont, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahl der Mittel zur Verwirklichung ihrer sozialpolitischen Ziele über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügen.

Der EuGH kam so zu dem Schluss, dass die behördlichen Kontroll- und Genehmigungsbefugnisse per se nicht richtlinienwidrig sind²⁷. Solche Befugnisse sowie sonstige Einschränkungen des Rechts des Arbeitgebers, ein Arbeitsverhältnis zu kündigen, hat das Gericht – wie auch Generalanwalt *Wahl* in seinen Schlussanträgen²⁸ – dem Bereich des materiellen Kündigungsrechts zugeordnet, das Domäne des nationalen Gesetzgebers sei. Somit lägen sie außerhalb des inhaltlichen/sachlichen Regelungsbereichs der Richtlinie, folglich könnten sie mit ihr gar nicht erst in Konflikt geraten und insofern auch nicht auf ihre unionsrechtliche Vereinbarkeit kontrolliert werden²⁹. Nur ausnahmsweise würden administrative Befugnisse gegen die Richtlinie verstoßen, wenn sie ihre praktische Wirksamkeit vereiteln.

Dies wäre der Fall, wenn dem Arbeitgeber wegen der (vagen) Kriterien, auf Grund derer die Verwaltung ihre Ermessensentscheidung trifft, oder wegen der Art ihrer tatsächlichen Durchführung jede tatsächliche Möglichkeit zu Massenentlassungen praktisch genommen würde. Die Prüfung, ob tatsächlich ein Arbeitgeber in

²⁶ Der EuGH hat in dem Urteil vom 15.2.2007 (C-270/2005 *Athinaiki Chartopoiia*) angedeutet, dass er durchaus auf diese Frage Stellung nehmen könnte, wenn eine konkrete diesbezügliche Vorlagefrage käme. In der damaligen Rechtssache hatte sich diese Frage nämlich nicht ausdrücklich gestellt.

²⁷ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 34 „Daraus ergibt sich auch, dass diese Richtlinie grundsätzlich nicht dahin ausgelegt werden kann, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, die einer Behörde die Befugnis verleiht, solche Entlassungen durch eine mit Gründen versehene Entscheidung zu verhindern, die nach einer Prüfung der Akten und der Berücksichtigung im Voraus festgelegter sachlicher Kriterien getroffen wurde.“

²⁸ Insbes. Rn. 30.

²⁹ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 33 „Nach alledem fallen, wie der Generalanwalt in Nr. 30 seiner Schlussanträge festgestellt hat, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen, unter denen der Arbeitgeber gegebenenfalls Massenentlassungen vornehmen kann oder nicht, grundsätzlich nicht in den Bereich der Richtlinie 98/59 und verbleiben daher im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten.“

Griechenland Massenentlassungen vornehmen kann oder nicht, sei aber Sache des vorliegenden Gerichts.

Insofern hat der EuGH die erste Prüfungsebene der behördlichen Genehmigungsbefugnis – konkret ihre Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht – mit einem bedingten „Ja“ abgeschlossen.

(3) Damit war aber der Fall nicht erledigt, denn es gab auch die Ebene des Primärrechts, an der sich das griechische Umsetzungsrecht - wegen der französischen Konzernmutter des betroffenen griechischen Unternehmens - zu messen hatte. So kam der EuGH auf die Frage der Vereinbarkeit des griechischen Rechts mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und über diese Brücke gelangte er zu den Unionsgrundrechten, nämlich zu der unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Art. 16 GRC)³⁰. Der EuGH hat die Charta herangezogen, um bei der Beschränkung einer Grundfreiheit die nationale Maßnahme auf ihre Grundrechtskonformität hin zu überprüfen. Somit bestätigt sich die These, dass die europäischen Grundrechte Schranken – Schranken der Grundfreiheiten sind. Die Anwendbarkeit der Grundfreiheit eröffnet den Anwendungsbereich der Charta. Die Sachverhalte sind in diesen Fällen unionsrechtlich determiniert³¹.

Zutreffend sah das Gericht zunächst in der behördlichen Genehmigungsbefugnis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, zumal diese Befugnis das Recht des Arbeitgebers einschränken kann (hier: der Tochtergesellschaft eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens), sich von Vertragsbindungen zu lösen.

In diesem Zusammenhang verwendet der EuGH einige wertungsgefärbte, wenn auch nicht entscheidungstragende Ausdrücke, wie z.B., dass die Entscheidung, Massentlassungen vorzunehmen, eine grundlegende Entscheidung im Leben eines Unternehmens sei und dass die Genehmigungsbefugnis der Verwaltung eine erhebliche Einmischung in die Freiheiten der Wirtschaftsteilnehmer bedeutet.

Auf die Folgefrage der Rechtfertigung der Beschränkung, gab das Gericht die zu erwartende Antwort: diese sei nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses geboten (wie eben der Arbeitnehmerschutz) und verhältnismäßig ist³².

Auch an dieser Stelle betonte der EuGH den weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer Sozialpolitik. Gleichzeitig wies er auf die gesellschaftliche Funktion der unternehmerischen Freiheit hin, die deswegen einer

³⁰ S. dazu die Urteilsbesprechung von *Franzen*, EuZW 2017, 237. Bemerkungen zum materiellen Gehalt der GRC nach ihrem Inkrafttreten mit dem Vertrag von Lissabon und zu den Normsetzungsbefugnissen der Union in der Sozialpolitik, s. im Editorial von *Krebber*, EuZA 2010, 303; s. auch *Hanau*, NZA 2010, 1.

³¹ EuArbR/*Schubert* GRC Art. 51 Rn. 32. Zu der (nicht einfachen, aber praktisch wichtigen) Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, mit der Folge, dass sie an dem Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen ist, s. *Preis*, Individualarbeitsrecht, 5. Aufl., Rn. 398; *Preis/Temming*, NZA 2010, 185. Dazu s. auch EuGH 30.4.2014, C-390/12 *Pfleger*.

³² EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 61.

Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden kann³³. Daher sei der Wesensgehalt des Grundrechts von Art. 16 GRC nicht tangiert, wenn eine Behörde vom Gesetz ermächtigt wird, die korrekte Durchführung der Entlassungen zu kontrollieren und sie ggf. unter bestimmten Umständen zu untersagen; denn eine Kontrollbefugnis bedeute nicht immer und unbedingt ein Verbot der Massentlassungen³⁴.

Die Kernaussage des EuGH lautet m.a.W., dass die behördlichen Kontrollbefugnisse, auch wenn sie ein Vetorecht unter bestimmten Voraussetzungen beinhalten, die unternehmerische Freiheit zwar beschränken, aber grundsätzlich nicht in unzulässiger Weise verletzen. Es war der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, an dem die unionsrechtliche Verträglichkeit des griechischen Rechts am Ende scheiterte; und dies wegen der Kriterien, die eine unberechenbare und gerichtlich schwer kontrollierbare Ermessensausübung zulassen³⁵.

Die „wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens“ und die „Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt“ seien sehr allgemein und ungenau gefasst. Sie beruhen nicht auf objektiven und nachprüfaren Voraussetzungen, was dazu führt, dass keiner den Ausgang eines Genehmigungsverfahrens auch nur ungefähr voraussagen kann³⁶ (*hier liegt der EuGH nicht richtig, denn alle wussten in Griechenland, dass am Ende eine Ablehnung kommen wird*). Auch die gerichtliche Nachprüfung der Ermessensausübung werde angesichts solcher Kriterien praktisch unmöglich. Das dritte Kriterium, nämlich die „Belange der nationalen Wirtschaft“, hat der EuGH als ungeeignet qualifiziert, weil es sich um einen rein wirtschaftlichen Gesichtspunkt handelt, der nach ständiger Rechtsprechung eine Grundfreiheit nicht zulässigerweise beschränken kann.

³³ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 86.

³⁴ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 83, 88.

³⁵ EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 96-101.

³⁶ „Solche Kriterien, die nicht genau sind und somit nicht auf objektiven und nachprüfaren Voraussetzungen beruhen, gehen daher über das hinaus, was zur Erreichung der angegebenen Ziele erforderlich ist, und können daher nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen.“ (EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 100).

III. Ein Fall der überholenden Kausalität: Die Abschaffung der behördlichen Genehmigungsbefugnis als Folge von Kreditauflagen (und nicht des EuGH Urteils)

(1) Noch bevor der Staatsrat die Rechtssache *AGET Iraklis* nach der Vorabentscheidung wiederaufnehmen konnte, trat am 19.5.2017 eine grundlegende Änderung des griechischen Rechts in Kraft³⁷: Die behördliche Genehmigungsbefugnis wurde abgeschafft. Die administrative Zuständigkeit bei Massentlassungen soll nunmehr dem Obersten Rat für Arbeit und nicht dem Arbeitsminister obliegen. Dieses Gremium, das mit Beamten des Arbeitsministeriums und Vertretern der Sozialpartner paritätisch besetzt ist, wird fortan die alleinige Verantwortung für die Kontrolle der korrekten Durchführung des Konsultationsverfahrens tragen. Seine Kontrollbefugnis reicht aber nicht so weit, dass es eine Massentlassung untersagen könnte.

(2) Die neue Rechtslage sieht - kurz beschrieben - wie folgt aus: Für die Konsultationen mit den Arbeitnehmervertretern ist ein Zeitraum von 30 Tagen vorgesehen. Im Rahmen der Gespräche muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmervertretern alle zweckdienlichen Angaben über die geplanten Entlassungen unterbreiten (was seit jeher vorgesehen war). Ferner kann er – und das ist ein Novum im griechischen Recht - einen „Sozialplan“ vorlegen, der Maßnahmen zur Milderung der Folgen der Entlassungen vorsieht.

Indikativ und vage wird im Gesetz der mögliche Inhalt eines solchen Sozialplans beschrieben. Darin können Maßnahmen vereinbart werden, wie Weiterbildung, Finanzierung von Selbstversicherungsprogrammen, Aufstellung von Kriterien für eine eventuelle Wiedereinstellung der entlassenen Arbeitnehmer und die sog. *outplacement services*. Der Sozialplan ist nicht erzwingbar, sondern fakultativ. Weder ein diesbezügliches Angebot des Arbeitgebers noch vielmehr eine Vereinbarung mit den Arbeitnehmervertretern ist Vorbedingung für die wirksame Durchführung der Massentlassung. Der „Sozialplan“ als eigenständiger Rechtsbegriff ist in Griechenland unbekannt (anders als in Deutschland, § 112 BetrVG). Es wird Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtsprechung in Griechenland sein, diesen Begriff rechtsdogmatisch zu konturieren und in das System der arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren einzugliedern. Es ist aber Aufgabe der Sozialpartner, von dieser neu geschaffenen Möglichkeit sinnvollen Gebrauch zu machen.

Eine Einigung des Arbeitgebers mit den Arbeitnehmervertretern über die Massentlassungen ist nicht mehr zwingend erforderlich. Falls sie erzielt wird, finden die Entlassungen unter den vereinbarten Bedingungen 10 Tage nach Einreichung des Konsultationsprotokolls an die Aufsichtsbehörde statt. Falls nicht, kann die Behörde entweder die Entlassungen nach Ablauf einer weiteren 20-Tage-Frist freigeben (wenn sie feststellt, dass das Konsultationsverfahren ordnungsgemäß stattgefunden hat und die erforderlichen Informationen vom Arbeitgeber übermittelt worden sind), oder sie kann die Fortsetzung der Beratungen anordnen. Dieser zeitliche Aufschub des Verfahrens kann aber nicht mehr lange dauern, denn das neue Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass die

³⁷ Art. 3 und 5 des G. 1387/1983 wurden durch Art. 17 des G. 4472/2017 abgeändert.

Massenentlassungen „auf jeden Fall“ 60 Tage nach der Einreichung des Konsultationsprotokolls an die Aufsichtsbehörde „gelten“ (dieses Protokoll markiert das Ende der ursprünglichen Phase der Konsultationen, die 30 Tage dauern soll – unterschrieben wird es von beiden Seiten oder nur vom Arbeitgeber, wenn sich die andere Seite weigert). Dies bedeutet, dass nach neuer Rechtslage ein Massenentlassungsverfahren innerhalb eines Zeitraums von maximal drei Monaten abgeschlossen werden kann, ohne dass es das Kontrollgremium (der Oberste Rat für Arbeit) es aus irgendeinem Grund untersagen oder länger aufschieben könnte.

Der Gesetzeswortlaut („die Entlassungen gelten nach Ablauf von 60 Tagen“) ist sprachlich und systematisch nicht besonders gelungen: Er lässt zunächst offen, ob darunter der Ausspruch oder das Wirksamwerden der Kündigung gemeint ist. Im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung sollte man Ersteres annehmen³⁸. Es stellt sich ferner die Frage, ob die Entlassungen nach Ablauf von 60 Tagen auch dann „gelten“, wenn die Kontrollbehörde einfach die Fortsetzung der Konsultationen angeordnet hat, ohne ein Enddatum zu bestimmen, was z.B. der Fall sein kann, wenn bis dahin das Verfahren bis dahin nicht ordnungsgemäß stattgefunden hat. Und schließlich stellt sich die Frage, wie sich eine solche pauschale Rechtsfolgenregelung, nämlich dass die Entlassungen spätestens nach 3 Monaten „gelten“ (was sehr wohl bedeuten könnte, dass sie wirksam sind), mit der allgemeinen Unwirksamkeitssanktion des Art. 6 des Umsetzungsgesetzes vereinbaren lässt: Diese Vorschrift, die nach wie vor geltendes Recht ist, sieht vor, dass jeder Verstoß gegen die Unterrichts-, Anhörungs- und Anzeigeverpflichtungen die Unwirksamkeit aller Massenentlassungen zu Folge hat³⁹. Aus allen diesen Gründen sollte kein Arbeitgeber die neue gesetzliche Regelung dahingehend verstehen, dass die wirksame Durchführung einer Massenentlassung bloß eine Frage der Zeit sei.

(3) Die Abschaffung der ministerialen Genehmigungsbefugnis war keine Folge des EuGH-Judikats. Das *AGET Iraklis* Urteil hat ja - trotz des negativen Urteilstenors - dem griechischen Gesetzgeber einen klaren Weg gezeigt, wie er sich an die europäischen Vorgaben anpassen könnte, ohne auf die Genehmigungsbefugnis der Verwaltung ganz zu verzichten. Hätte man die Ermessenskriterien konkreter und berechenbarer umformuliert, könnte der Arbeitsminister seine entscheidende Rolle bei Massenentlassungen im Kern auch in Zukunft behalten. Dass es letztlich nicht so kam, ist auf den Umstand zurückzuführen, dass die Abschaffung der ex ante Genehmigungsbefugnis eine Vorbedingung (sog. *prior action*) für die finanzielle Unterstützung Griechenlands durch den Europäischen Stabilitätsmechanismus war. Im August 2015 hat Griechenland gemäß Art. 13(3) des ESM-Vertrages für den Zeitraum 2015-2018 einen Kredit (financial assistance facility) zugesagt bekommen; dies gegen Auflagen, die in dem dazugehörenden

³⁸ Im griechischen Recht kann die Kündigung entweder mit Wahrung einer gesetzlich bestimmten Frist oder ohne sie (entfristet) erfolgen. Das entscheidet der Arbeitgeber. Der Unterschied zwischen beiden Kündigungsarten liegt in der Höhe der Abfindung, die der Arbeitgeber mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zahlen wird.

³⁹ Die Unwirksamkeit einer Kündigung setzt allerdings - basierend auf einer von einem (oder mehreren) entlassenen Arbeitnehmern innerhalb einer Ausschlussfrist von 3 Monaten nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erhebenden Kündigungsschutzklage - eine entsprechende gerichtliche Feststellung voraus.

Memorandum of Understanding vereinbart wurden⁴⁰. Dies ist ein Beweis dafür, dass sich die Regelsetzung in der EU allmählich auf ein Mehrebenensystem hin bewegt und nicht nur über die herkömmlichen Wege erfolgt (Verordnung, Richtlinie, Anpassung an die EuGH-Rechtsprechung)⁴¹.

⁴⁰ Die Memoranda of Understanding entfalten in der inländischen Rechtsordnung keine unmittelbare normative Wirkung. Sehr wohl aber setzen sie die legislativen Eckdaten; sie geben dem nationalen Gesetzgeber die Richtung, den Inhalt und das Ziel vor. Der griechische Verwaltungsgerichtshof hat in drei Grundsatzurteilen befunden, dass ein MoU an sich nicht verbindlich ist, weder als völkerrechtlicher Vertrag noch als Gesetz. Es stelle ein innenpolitisches Regierungsvorhaben dar, das im Bereich der Wirtschafts- und Finanzpolitik keine Hoheitskompetenz an die EU oder die Staaten der Eurozone oder den IWF übertrage. Regelungsinstrument bleibt grundsätzlich auch dann das inländische Gesetz.

⁴¹ Das war das Thema des Referats von *Achim Seifert* bei dem arbeitsrechtlichen Kongress, den die griechische Zeitschrift *Revue de Droit du Travail* anlässlich ihres 75-jährigen Jubiläums unter dem Generalthema „Eine Retrospektive auf die Zukunft des Arbeitsrechts“ am 9-11 September 2016 in Athen veranstaltet hat. Der Aufsatz *Seiferts* erschien in griechischer Übersetzung in dieser Zeitschrift (*Revue de Droit du Travail* 2017, 1379). Zum Europäischen Stabilitätsmechanismus als ergänzenden Teil des neuen Regelungsrahmens für die Verstärkung der wirtschaftspolitischen Steuerung der Union, s. EuGH 27.11.2012, C-370/12 *Thomas Pringle*.

IV. Feststellungen - Ausblick

Was kann man nach alledem festhalten?

(1) *Über die Vereinbarkeit der behördlichen Kontrollbefugnisse mit dem Unionsrecht*

Der EuGH ist mit dem griechischen Recht im *AGET Iraklis* Urteil sehr behutsam und rücksichtsvoll umgegangen. Er hat die großzügigen Freiräume bestätigt, die die RL 98/59 den Mitgliedstaaten für die Gestaltung des Arbeitnehmerschutzes bei jedem betriebsbedingten Personalabbau gewährt. Das ist die Folge der Teilharmonisierungsteleologie der Richtlinie. Vielleicht ist es aber auch ein Zeichen der Zeit, bedenkt man die zunehmenden Alleingänge und die divergierenden Sichtweisen der Mitgliedstaaten über ihre Wettbewerbsfähigkeit und ihre wirtschaftlichen Interessen. Die Erhaltung der praktischen Wirksamkeit des unionsrechtlich vorgegebenen Verfahrens gilt dabei jedenfalls als immanente Grenze.

Ein nationales Schutzkonzept, das behördliche Kontroll- und ggf. auch Verbotsbefugnisse bei Massenentlassungen vorsieht, wäre auch mit dem Primärrecht der Union vereinbar (im Sinne einer gerechtfertigten und verhältnismäßigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit). Voraussetzung ist, dass diese Befugnisse auf konkreten und nachprüfbaren Kriterien basieren und die entsprechende Verwaltungspraxis transparent ist. Dass der Gerichtshof im *AGET Iraklis* Fall die Unbestimmtheit und Unberechenbarkeit des griechischen Kontrollsystems moniert hat, kann man daher als einen handfesten Beitrag zur Stärkung der Rechtssicherheit und der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten begrüßen.

Es ist eine andere Frage, ob man rechtspolitisch die Sicht des EuGH teilt oder ob man eher einer liberaleren – vielleicht auch pragmatischeren – Sicht der Dinge beipflichtet. Die Argumentation des GA *Wahl* in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache *AGET Iraklis* (Rn. 73) bringen es auf den Punkt.

„Durch die Beschränkung der Möglichkeit des Arbeitgebers, Massenentlassungen von Arbeitnehmern vorzunehmen, erweckt die in Rede stehende Regelung lediglich den Anschein, dem Schutz der Arbeitnehmer zu dienen. Denn erstens handelt es sich dabei um einen bloß vorläufigen Schutz, bis der Arbeitgeber insolvent wird. Vor allem aber werden Arbeitnehmer am besten durch ein Wirtschaftsklima geschützt, das eine stabile Beschäftigungslage fördert. Aus historischer Sicht ist das Konzept, Arbeitsverhältnisse trotz schlechter allgemeiner Wirtschaftsgrundlagen künstlich zu erhalten, in bestimmten politischen Systemen in der Vergangenheit erprobt worden und völlig gescheitert.“

(2) *Über das Günstigkeitsprinzip (Art. 5 RL 98/59)*

Es ist methodologisch fragwürdig, wenn man die abweichenden Schutzkonzepte der Mitgliedstaaten (wie etwa die behördlichen Kontrollbefugnisse) mit der Günstigkeitsoffenheit der Richtlinie begründet. Eine nationale Regelung, die außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie liegt (weil sie z.B. die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Kündigung betrifft), kann nicht gleichzeitig eine günstigere i.S.v. Art. 5

RL 98/59 Regelung sein. Ein Günstigkeitsvergleich sollte sinnvollerweise nur zwischen Regeln erfolgen, die inhaltlich/sachlich demselben Regelungsbereich angehören.

Beispiel: § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG, der jede, auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgte Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Entlassung behandelt, ohne dass gleichzeitig mindestens fünf („echte“) Entlassungen vorliegen müssen, wie es Art. 1 UAbs. 2 der Richtlinie vorsieht, ist eindeutig eine günstigere nationale Regelung i.S.v. Art. 5 RL 98/59. Beide Vorschriften gehören demselben Regelungsbereich an.

Der EuGH hat im *AGET Iraklis* Urteil diese Unterscheidung nicht klar zum Ausdruck gebracht⁴². Viel eindeutiger war die Sicht des GA *Wahl* in seinen Schlussanträgen (Rn. 32): „*Da die in Rede stehende Regelung – oder zumindest ihr streitiger Teil – nicht von der Richtlinie 98/59 erfasst wird, kann sie keine für die Arbeitnehmer günstigere gesetzliche Vorschrift (ein Fall „überschießender Umsetzung“) im Sinne von Art. 5 der Richtlinie darstellen.*“ Auch das BAG hat neulich richtig erkannt, dass eine über das nach dem (deutschen) Kündigungsschutzgesetz vorgesehene Maß hinausgehende Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung nicht mittelbar über das Konsultationsverfahren des § 17 Abs. 2 KSchG erzwungen werden kann⁴³.

(3) *Ausblick auf die griechische Rechtswirklichkeit*

Die Abschaffung der behördlichen Genehmigungsbefugnis war ein Paradigmenwechsel. Die Protagonisten in Griechenland müssen nun umdenken. Das gilt zunächst für die Arbeitnehmervertreter, die in der Zukunft ohne die Rettungsweste des ministerialen „Neins“ auskommen müssen. Die negative Haltung bei den Konsultationen und die strikte Ablehnung jedes Entlassungsplans werden sich nicht mehr auszahlen. Wenn künftig ein Unternehmen spätestens nach 90 Tagen Personal mit Zahlung nur der gesetzlichen Abfindungsbeträge freisetzen kann – die korrekte Durchführung des Verfahrens vorausgesetzt –, ohne für Aufhebungsverträge mehr zahlen zu müssen, werden die Gewerkschaften den Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens sehr wohl neu überdenken müssen. Aber auch für die Arbeitgeber ist die neue Rechtslage ein guter Anlass altbewährte Praktiken auf ihre Zweckmäßigkeit zu hinterfragen. Ein Personalabbau mittels teurer Aufhebungsverträge ist keine Einbahnstraße mehr. Das oft verwendete Argument eines Unternehmensvorstands gegenüber den Aktionären (auch und insbesondere gegenüber der ausländischen Muttergesellschaft), dass in Griechenland keine Massentlassung ohne finanzielle Anreize machbar ist, die über die gesetzlichen Abfindungen hinausgehen, wird künftig weniger überzeugend klingen. Und auf jeden Fall sollten die Unternehmen (und ihre Berater) die neue Regelung mit großer Sorgfalt anwenden, denn, wie bereits erwähnt, sie ist alles andere als ein Freibrief für Massentlassungen. Last but not least, verlangt die neue Rechtslage ein Umdenken bei der Verwaltung. Ihre Rolle wird sich nicht mehr wie früher in der Verweigerung der Genehmigung erschöpfen können. Es kommt vielmehr auf Maßnahmen und Handlungen

⁴² EuGH 21.12.2016, C-201/15 *AGET Iraklis*, Rn. 32.

⁴³ BAG Urt. vom 26.10.2017, 2 AZR 9/17

im Rahmen eines Massenentlassungsverfahrens an – so etwa der Katalog des möglichen Inhalts eines Sozialplans -, die das aktive Mitwirken der Verwaltung voraussetzen. Schließlich ist es eine deutliche Vorgabe der Richtlinie, dass die Verwaltung aktiv nach Lösungen für das bevorstehende Problem der Entlassungen suchen soll (Art. 4 Abs. 2 RL 98/59).

Die Balancepunkte haben sich verschoben. Das System in Griechenland muss, wie ein Kind, dem man die Stützräder seines Fahrrads abgenommen hat, ein neues Gleichgewicht finden.