



Europarechtliches Symposium 2018

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

„Massenentlassungen aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen – Unionsrechtliche Vorgaben und Überblick über deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten“

Prof. Dr. Sebastian Krebber

Institut für Wirtschaftsrecht,
Arbeits- und Sozialrecht,
Universität Freiburg

Massenentlassungen aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen - Unionsrechtliche Vorgaben und Überblick über deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten

Prof. Dr. *Sebastian Krebber*, LL.M. (Georgetown), Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg

I.	ZIEL UND AUSGANGSPUNKT DER UNTERSUCHUNG	2
II.	KÜNDIGUNGSSCHUTZ IM UNIONSRECHT	3
	1. <i>Die Vorgaben der Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über Massenentlassungen</i>	3
	a. Die Richtlinie im Überblick	3
	aa. Geschichte und Ziele	3
	bb. Materiellrechtliche Substanz des Schutzes bei Massenentlassungen	5
	cc. Anwendungsbereich	6
	aaa. Sachliche Anknüpfungspunkte im Wortlaut der Massenentlassungsrichtlinie	6
	(1) Erforderliche Anzahl an Entlassungen	6
	(2) Entlassung	7
	(3) Betrieb	8
	bbb. Persönliche Anknüpfungspunkte	8
	(1) Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter	8
	(2) Arbeitgeber	9
	ccc. Bereichsausnahmen	9
	dd. Sanktionierung	9
	ee. Die Massenentlassungsrichtlinie als Mindestbestimmung	10
	ff. Zwischenergebnisse	10
	b. Die Schnittstellen der Massenentlassungsrichtlinie zum mitgliedstaatlichen Recht in der Rechtsprechung des EuGH	11
	aa. Der Wunsch nach (vermeintlicher) Einheitlichkeit der Anwendung der MERL in den Mitgliedstaaten	11
	bb. Einzelne Begriffe	12
	aaa. Entlassung	12
	bbb. Betriebsbegriff	13
	ccc. Arbeitnehmerbegriff und Schwellenzahlen	14
	(1) Zahl der entlassenen Arbeitnehmer und Zahl der ansonsten beschäftigten Arbeitnehmer ..	14
	(2) Arbeitnehmerbegriff	15
	ddd. Arbeitgeberbegriff	16
	cc. Sanktion	17
	2. <i>Sonstiger Kündigungsschutz im Unionsrecht</i>	17
	a. Einzeltatbestände im Sekundärrecht	17
	b. Grundfreiheiten	18
III.	ÜBERBLICK ÜBER DIE UMSETZUNG DER MASSENENTLASSUNGSRICHTLINIE IN DEN MITGLIEDSTAATEN	19
	1. <i>Methode und Vorgehensweise</i>	19
	2. <i>Die Massenentlassung im Kündigungsschutzsystem</i>	20
	a. Rechtsfolge der sozial ungerechtfertigten Kündigung: Abfindungs- und Bestandsschutzsysteme	20
	b. Die Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen in der Grundsystematik des Kündigungsschutzrechts	21
	aa. Kündigungsgründe bei individueller ordentlicher und außerordentlicher Kündigung	21
	aaa. Systematisierung der Kündigungsgründe	22

bbb.	Außerordentliche Kündigung	22
bb.	Die Massenentlassung im Kündigungsschutzsystem.....	23
cc.	Die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer bei individueller und kollektiver Kündigung aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen.....	26
aaa.	Gesetzliche und vereinbarte Auswahlkriterien	26
bbb.	Einzelne Auswahlverbote (nach dem Muster des Diskriminierungsrechts).....	27
dd.	Anforderungen an eine individuelle und kollektive Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen und Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit	28
ee.	Kündigungsschutz durch Verfahrensschritte (ohne Besonderheiten bei Massenentlassung).....	30
ff.	Änderungskündigung	31
3.	Grundmuster der Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie.....	32
a.	Umsetzungstechnik.....	32
aa.	Gewählte Umsetzungsvariante	32
bb.	Anknüpfen an Unternehmensebene.....	33
cc.	Weitere Differenzierungen	34
b.	Konsultations- und Massenentlassungsverfahren	35
aa.	Konsultationsverfahren.....	35
aaa.	Konsultationspartner auf Arbeitnehmerseite	35
bbb.	Informationspflicht	36
ccc.	Struktur des Konsultationsprozesses	36
bb.	Massenentlassungsverfahren	37
c.	Gerichtliche Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensschritte	39
d.	Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Verfahren.....	40
IV.	BEWERTUNG UND ERGEBNISSE	42

I. Ziel und Ausgangspunkt der Untersuchung

Das Arbeitsrecht der Europäischen Union setzt sich aus mosaiksteinartigen und nicht unbedingt systematisch zusammenhängenden Regelungen zu einzelnen Themen zusammen, die die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen jeweils punktuell beeinflussen. Überwiegend werden vom Unionsrecht für die betroffenen Teilgebiete dann aber doch vollständige oder jedenfalls breitere Mindestvorgaben an die mitgliedstaatlichen Rechte gerichtet.

Der Kündigungsschutz bei einer Kündigung aus betriebsbedingtem oder wirtschaftlichen Grund befasst sich schwerpunktmäßig mit den Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Kündigung, den Rechtsfolgen bei fehlender sozialer Rechtfertigung bis hin zu kollektivrechtlichen Aspekten wie Interessenausgleich und Sozialplan. Die Massenentlassungsrichtlinie¹ (im Folgenden MERL) unterscheidet sich daher von sonstigen arbeitsrechtlichen Richtlinien, weil sie mit einem Verfahren der Konsultation von Arbeitnehmern sowie der Anzeigepflicht bei einer Behörde von vornherein nur einen begrenzten Ausschnitt des Rechts zu Kündigungen aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen betrifft. Im Vordergrund des folgenden Beitrags stehen daher neben dem Konsultations- und dem Mas-

¹ Richtlinie 98/59/EG v. 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG 1998 Nr. L 225, S. 16 ff.

senentlassungsverfahren die Schnittstellen der MERL zum mitgliedstaatlichen Recht, so wie sie die Richtlinie in ihrer Auslegung durch den EuGH versteht und wie sie in beispielhaften mitgliedstaatlichen Rechten gestaltet werden. Ausgangspunkt und zuerst zu thematisieren ist die MERL selbst, die in ihrer Auslegung durch den EuGH allein die für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Vorgaben legt. Zudem ist als Hintergrund für die Untersuchung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auch ein Blick in sonstige unionsrechtliche Vorgaben im Bereich des Kündigungsschutzes zu werfen.

II. Kündigungsschutz im Unionsrecht

1. Die Vorgaben der Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über Massenentlassungen

a. Die Richtlinie im Überblick

aa. Geschichte und Ziele

Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist das Ziel einer Richtlinie für die Mitgliedstaaten verbindlich, während ihnen die Wahl der Form und der Mittel zum Verwirklichen dieses Ziels überlassen bleiben. Die ursprüngliche MERL 75/129/EWG² (im Folgenden MERL 1975) geht auf die EntschlieÙung des Rates über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm von 1974³ zurück, in welchem ohne Nennen von Einzelheiten festgehalten wurde, dass die Kommission dem Rat bereits einen Vorschlag zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen unterbreitet habe. Auch die im sozialpolitischen Aktionsprogramm dargelegten Ziele des Rates werden in diesem Punkt nicht konkreter. Beschäftigungspolitik wird zwar noch vor weiteren Schwerpunkten genannt, doch wird dann lediglich auf eine Stärkung der Zusammenarbeit der Arbeitsverwaltungen⁴ sowie ganz allgemein auf den Wunsch einer schrittweisen Förderung der Mitwirkung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter am Leben der Unternehmen und Betriebe in der Gemeinschaft hingewiesen⁵.

² Richtlinie 75/129/EWG v. 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG 1975 Nr. L 48, S. 29 ff.; zur Entstehung der MERL auch *Boemke*, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 7100, Rn. 1 ff.

³ EntschlieÙung des Rates v. 21.1.1974 über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm, ABl. EG 1974 Nr. C 13, S. 1 ff.

⁴ ABl. EG 1974 Nr. C 13, S. 2.

⁵ ABl. EG 1974 Nr. C 13, S. 3. Statistische Angaben zu Massenentlassungen aus jüngerer Zeit finden sich bei *Countouris/Deakin/Freedland/Koukiadaki/Prassl*, Report on collective dismissals, 2016, S. 25 ff.

Seit ihrer Urfassung enthält die MERL anders als etwa § 1 der Befristungsrahmenvereinbarung⁶ in ihrem Richtlinienentwurf keine ausdrückliche allgemeine Zielbestimmung. Die Erwägungsgründe der Urfassung der MERL sind einerseits denkbar knapp, wenn sie lediglich pauschal eine Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes bei Massenentlassungen anführen⁷. Zwingende Voraussetzung für den Rückgriff auf die Ermächtigungsgrundlage für die sog. Binnenmarktharmonisierung⁸, auf die auch die heute maßgebliche Fassung der Richtlinie noch gestützt ist, sind Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechten. Hierzu werden bemerkenswerterweise nicht allein Unterschiede bei den Verfahren bei Massenentlassungen, sondern auch abweichende Voraussetzungen und Maßnahmen der Abmilderungen der Folgen entsprechender Entlassungen genannt⁹. Zudem wird seit der Urfassung auf den heutigen Art. 151 AEUV Bezug genommen und auf die Notwendigkeit einer ausgewogenen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung sowie auf eine Angleichung im Wege des Fortschritts hingewiesen¹⁰. Dass es der MERL (auch) um ein *Erschweren* von Massenentlassungen gehen könnte, fehlt andererseits von Anbeginn an.

Die Erwägungsgründe der ÄnderungsRL 92/56/EWG¹¹ (im Folgenden MERL 1992) nehmen erstens auf Nr. 7 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte von 1989¹² Bezug, wonach die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen durch Verwirklichung des Binnenmarktes soweit nötig dazu führen muss, dass die Verfahren bei Massenentlassungen ausgestaltet werden, und zweitens auf die Nr. 17 und Nr. 18, Spstr. 3 dieser Erklärung, die allgemein die Weiterentwicklung der Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer betreffen (Nr. 17) und besonders hervorheben, dass rechtzeitige Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung insbesondere bei Massenentlassungen vorzusehen sind (Nr. 18, Spstr. 3). Im Übrigen nennen die Erwägungsgründe der MERL 1992 nur die gebrachten Neuerungen¹³.

⁶ Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG 1999 Nr. L 45, S. 45 ff.

⁷ Erwägungsgrund 1 MERL 1975.

⁸ Heute Art. 115 AEUV.

⁹ Erwägungsgrund 2 MERL 1975.

¹⁰ Erwägungsgrund 5 MERL 1975 sowie Erwägungsgründe 2 und 7 der heutigen MERL.

¹¹ Richtlinie 92/56/EWG v. 24.6.1992 zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG 1992 Nr. L 245, S. 3.

¹² Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer v. 9.12.1989 (KOM [89] 248 endg.).

¹³ Gleichstellung der Entlassungen mit anderen Formen der Beendigung des Arbeitsvertrags auf Veranlassung des Arbeitgebers, Art. 1 Abs. 1 lit. b MERL 1992; Einbezug der Massenentlassungen aufgrund gerichtlicher Entscheidung zur Einstellung des Betriebs durch Streichen des Art. 1 Abs. 2 lit. d MERL 1975; Möglichkeit

Die im Wesentlichen noch heute maßgebliche Neufassung von 1998 bringt kaum sachliche Änderungen¹⁴ und ihre Erwägungsgründe kombinieren die Formulierungen der Erwägungsgründe der ursprünglichen MERL¹⁵ mit denen der ÄnderungsRL von 1992¹⁶. Letzte inhaltliche Modifikationen der MERL gehen auf eine 2015 auf Art. 153 AEUV gestützte Richtlinie zurück¹⁷, in deren Zentrum allgemein der Arbeitnehmerschutz von Seeleuten stand, die vom persönlichen Anwendungsbereich verschiedener Richtlinien und in Art. 1 Abs. 2 lit. c auch von dem der MERL ausgenommen waren. Die Besatzung von Seeschiffen wird seitdem erfasst. Die Erwägungsgründe der Richtlinie von 2015 beschränken sich darauf, diese Änderung zu erläutern und nennen als Ziele pauschal die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Seeleuten und ihre Unterrichtung und Anhörung¹⁸. Die Äußerungen des EuGH zu den Zielen der Richtlinien orientieren sich im Wesentlichen an den genannten Erwägungsgründen¹⁹.

bb. Materielle Substanz des Schutzes bei Massenentlassungen

Zum einen hat der Massenentlassungen beabsichtigende Arbeitgeber gemäß Art. 2 Abs. 1 MERL rechtzeitig die Arbeitnehmervertreter zu konsultieren, um zu einer Einigung zu gelangen. Diese Konsultationen erstrecken sich nach Art. 2 Abs. 2 MERL auf die *Möglichkeit*, Massenentlassungen zu vermeiden und zu beschränken. Dem Wortlaut nach sind Vermeiden und Beschränken also nicht unmittelbar zwingendes Ziel oder gar Ergebnis der Konsultationen. Allerdings begründet Art. 2 eine Pflicht zu verhandeln²⁰. Die Konsultation der Arbeitnehmervertreter erstreckt sich zudem auf die Möglichkeit, die Folgen der Massenentlassungen durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern. Art. 3 Abs. 3 lit. a MERL legt dem Arbeitgeber

für die Arbeitnehmer, Sachverständige hinzuzuziehen, Art. 2 UAbs. 2 MERL 1992; Ergänzung der Arbeitgeberpflichten im Konsultationsverfahren, insbesondere Art. 2 Abs. 3 MERL 1992; Erstreckung auf Massenentlassung auf Veranlassung eines beherrschenden Unternehmens, Art. 2 Abs. 4 MERL 1992; Aufnahme der ausdrücklichen Verpflichtung, Rechtsschutzmöglichkeiten vorzusehen, Art. 5a MERL 1992.

¹⁴ Aufgehoben wird nur die Nichtanwendbarkeit auf Besatzungen von Seeschiffen durch Streichen von Art. 1 Abs. 2 lit. c. der Vorfassung und durch Einfügen eines neuen UAbs. 3 in Art. 3 Abs. 1 MERL.

¹⁵ Erwägungsgründe 1- 5.

¹⁶ Erwägungsgründe 6 - 12.

¹⁷ Art. 4 der Richtlinie 2015/1794/EU v. 6.10.2015 zur Änderung der Richtlinien 2008/94/EG, 2009/38/EG und 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 98/59/EG und 2001/23/EG des Rates in Bezug auf Seeleute, ABl. EU 2015 Nr. L 263, S. 1.

¹⁸ Erwägungsgrund 16.

¹⁹ EuGH 8.6.1994 – C-383/92 Rn. 16 – Kommission/Vereinigtes Königreich; EuGH 7.12.1995 – C-449/93 Rn. 29 – Rockfon; EuGH 17.12.1998 – C-250/97 Rn. 19 – Lauge u.a.; EuGH 7.9.2006 – C-187/05 Rn. 34 – Agorastoudis u.a.; EuGH 15.2.2007 – C-270/05 Rn. 25 – Athinaïki Chartopoiía; EuGH 10.9.2009 – C-44/08 Rn. 44 – Akavan.

die Pflicht auf, den Arbeitnehmervertretern alle zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und nennt in lit. b feste Mindestinformationen.

Zweites Standbein des unionsrechtlichen Schutzes bei Massenentlassungen ist das in Art. 3 und 4 MERL geregelte sog. Massenentlassungsverfahren, welches den Arbeitgeber verpflichtet, die beabsichtigten Massenentlassungen der zuständigen Behörde schriftlich anzuzeigen, Art. 3 Abs. 1 MERL. Es findet nach dem Konsultationsverfahren statt²¹. Art. 4 MERL statuiert dann eine Entlassungssperre, weil die angezeigten Massenentlassungen frühestens 30 Tage nach Eingang der Anzeige wirksam werden.

Diesen im Vergleich zu einem vollständigen Kündigungsschutz doch eher rudimentären Arbeitnehmerschutz durch das Konsultationsverfahren nimmt der EuGH durchaus ernst: Eine Herausnahme der sog. *dirigenti*, die neben den sog. *quadri* eine besondere Kategorie leitender Angestellter darstellen, aus dem Konsultationsverfahren des Art. 2 MERL im früheren italienischen Recht soll nicht durch eine wirtschaftliche Absicherung gegen die Folgen einer betriebsbedingten Kündigung als günstigere Regelung iSv Art. 5 ausgeglichen werden können, weil das Konsultationsverfahren auf die Möglichkeit gerichtet sei, Massenentlassungen zu vermeiden und zu beschränken²². Der EuGH überhöht die Bedeutung dieser verfahrensrechtlichen Absicherung möglicherweise, wenn die Praxis in Griechenland, nach fehlender Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern am Ende des Konsultationsverfahrens die erforderliche Genehmigung der Kündigungen zu versagen, der MERL die praktische Wirksamkeit nehmen soll, weil die Arbeitnehmervertreter wegen der zu erwartenden Unwirksamkeit der Kündigungen, die die MERL nicht gewährleisten kann, von vornherein nicht an dem Informations- und Konsultationsverfahren teilnehmen²³.

cc. Anwendungsbereich

aaa. Sachliche Anknüpfungspunkte im Wortlaut der Massenentlassungsrichtlinie

(1) Erforderliche Anzahl an Entlassungen

²⁰ EuGH 27.01.2005 – C-188/03 Rn. 43 – Junk.

²¹ Weil Ergebnis des Konsultationsverfahrens eine Vermeidung der Massenentlassungen sein könnte sowie wegen Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 MERL, vgl. nur Schlussantrag GA *Tizzano* Rs. Junk – Ziff. 61 ff.

²² EuGH 13.2.2014 – C-596/12 Rn. 21 – Kommission/Italien.

²³ EuGH 21. 12. 2016 – C-201/15 Rn. 10, 16 ff., 36 ff., 42 – AGET Iraklis.

Die beiden durch die MERL vorgesehenen Schutzmechanismen Konsultation der Arbeitnehmervertreter und Anzeigepflicht bei der Behörde bestehen, wenn eine Massenentlassung vorliegt. Die „Masse“ als erster Bestandteil des Begriffs setzt das Erreichen einer bestimmten Anzahl von Entlassungen voraus, die auf zwei unterschiedlichen Wegen erreicht werden kann: Gemäß Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (i) MERL erstens, indem innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern mindestens 30 entlassen werden; indem in Betrieben mit in der Regel wenigstens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern wenigstens 10 % der Arbeitnehmer entlassen werden; und indem in Betrieben mit mindestens 300 Arbeitnehmern wenigstens 30 Massenentlassungen vorgenommen werden. Bei der zweiten, in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (ii) normierten Berechnungsmethode ist maßgeblich, ob innerhalb eines Zeitraums von 90 Tagen unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer in dem betreffenden Betrieb beschäftigt sind, mindestens 20 Personen entlassen werden. Der Wortlaut stellt ausdrücklich klar, dass es sich nicht um zwei Berechnungsmethoden handelt, die kombiniert innerhalb einer selben mitgliedstaatlichen Rechtsordnung greifen können, sondern dass es alternative Regelungsmodelle sind, zwischen denen sich die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung zu entscheiden haben²⁴.

(2) Entlassung

Die Entlassung als zweites Element des zentralen sachlichen Anknüpfungsmerkmals der MERL ist in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a MERL nur teilweise etwas näher umschrieben. Zum einen geht es nur um solche Entlassungen, die aus einem oder mehreren Gründen erfolgen können, die nicht in der Person des Arbeitnehmers liegen²⁵. Mit Person des Arbeitnehmers ist die Sphäre des Arbeitnehmers gemeint, so dass auch verhaltensbedingte Kündigungen nicht unter die Richtlinie fallen²⁶. Zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung wird nicht differenziert. Beide sind daher erfasst, soweit es nicht um eine Kündigung aus einem in

²⁴ Weber, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EnzEuR Bd. 7, 1. Aufl. 2016, § 9, Rn. 17; Spelge, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, RL 98/59/EG Art. 1, Rn. 79; Cosio, in: Cosio/Curcuruto/Foglia, Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea, 2016, S. 58.

²⁵ Vergleichbar die Umschreibung der Kündigung wegen motif économique im französischen Recht in Art. L 1233-3 Abs. 1: *pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié*.

²⁶ Weber, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EnzEuR Bd. 7, 1. Aufl. 2016, § 9, Rn. 29; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 23, Rn. 11; Boemke, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 7100, Rn. 10; Cosio, in: Cosio/Curcuruto/Foglia, Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea, 2016, S. 56.

der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Grund geht²⁷. Entlassungen gleichgestellt sind nach Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 MERL Beendigungen des Arbeitsvertrags auf Veranlassung des Arbeitgebers, die aus einem oder mehreren nicht in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen erfolgen, sofern die Zahl der eigentlichen Entlassungen iSv Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a MERL²⁸ mindestens fünf beträgt.

(3) Betrieb

Ein weiterer sachlicher Anknüpfungspunkt ist der in der MERL nicht definierte Betrieb, der bei beiden Regelungsmodellen zur Berechnung der erforderlichen Anzahl an Entlassungen sachlicher Bezugspunkt ist. In einer älteren Entscheidung weist der Gerichtshof darauf hin, dass der entsprechende Begriff in anderen Sprachfassungen der MERL unter anderem auch Unternehmen bedeutet²⁹.

bbb. Persönliche Anknüpfungspunkte

(1) Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter

Ob die MERL wegen Erreichens der Schwellenzahlen sachlich anwendbar ist, kann nicht ohne ein persönliches Anknüpfungselement entschieden werden, weil erstens die erforderliche Anzahl der Entlassungen in beiden Regelungsmodellen von Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a MERL Entlassungen von Arbeitnehmern betreffen muss und die Schwellenzahl beim ersten Regelungsmodell in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (i) MERL zweitens in ein Verhältnis zu der Gesamtbelegschaft des Betriebs gesetzt wird, so dass entschieden werden muss, wer hierbei mitzuzählen ist.

Die MERL ist eine der Richtlinien, die den Arbeitnehmerbegriff nicht weiter konkretisieren und insbesondere nicht ausdrücklich mitgliedstaatlichem Recht unterstellen³⁰. Arbeitnehmer-

²⁷ *Spelge*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, RL 98/59/EG Art. 1, Rn. 27; *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EnzEuR Bd. 7, 1. Aufl. 2016, § 9, Rn. 26, 29.

²⁸ *Spelge*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, RL 98/59/EG Art. 1, Rn. 19; *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2015, § 10, Rn. 30; *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 324 f.; *Tursi/Varesi*, Istituzioni di diritto del lavoro, 7. Aufl. 2016, S. 559.

²⁹ EuGH 7.12.1995 – C-449/93 Rn. 26 f. – Rockfon.

³⁰ So beispielsweise Art. 2 Abs. 1 lit. d RL 2001/23/EG v. 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. EG 2001, Nr. L 82, S. 16 ff.; § 2 Abs. 1 der durch RL 1999/70/EG v. 28.6.1999 umgesetzten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Ar-

vertreter sind nach Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b hingegen diejenigen, die nach mitgliedstaatlichem Recht oder nach mitgliedstaatlicher Praxis Arbeitnehmervertreter sind³¹.

(2) Arbeitgeber

Nicht in der MERL definiert wird dann wiederum, wer Arbeitgeber iS der MERL ist³². Aus der Art und Weise, in der in Art. 1 Abs. 4 MERL die Konzerndimension thematisiert wird, folgt nur, dass die MERL ein beherrschendes Unternehmen nicht als Arbeitgeber behandelt.

ccc. Bereichsausnahmen

In Art. 1 Abs. 2 statuiert die MERL zwei Bereichsausnahmen: Die erste betrifft Arbeitsverträge, die für eine bestimmte Zeit oder Tätigkeit geschlossen werden, also (kalender- und zweck-) befristete Arbeitsverhältnisse³³, und die zweite Arbeitnehmer öffentlicher Verwaltungen³⁴. Eine in der Urfassung der MERL enthaltene Bereichsausnahme für Massenentlassungen im Zusammenhang mit der Einstellung des Betriebs³⁵ aufgrund gerichtlicher Entscheidung wurde zugunsten von Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 sowie Art. 4 Abs. 4 MERL bereits durch die ÄnderungsRL von 1992 aufgehoben³⁶. Eine Bereichsausnahme zugunsten der Besatzung von Seeschiffen wurde wie erwähnt 2015 ersatzlos gestrichen. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 bestimmt seitdem, dass der Arbeitgeber in solchen Sachverhalten die zuständige Behörde des Staates unterrichten muss, unter dessen Flagge das Schiff fährt.

dd. Sanktionierung

beitsverträge, ABl. EG 1999, Nr. L 175, S. 43 ff.

³¹ *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 23, Rn. 16; *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2015, § 10, Rn. 46.

³² *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2015, § 10, Rn. 22.

³³ Das italienische Recht nimmt die Baubranche vom Anwendungsbereich des Umsetzungsrechts der MERL aus, Art. 24 Nr. 4 L. 223/1991. In der Literatur wird hierzu Art. 1 Abs. 2 lit. a MERL (Arbeitsverträge, die für eine bestimmte Tätigkeit geschlossen werden) geprüft, vgl. *Mimmo*, in: Basilico/Bracci/Di Paola/Fedele/Mimmo/Sordi (Hrsg.), *Il Licenziamento*, 2016, S. 281, 300, was in dieser Allgemeinheit nicht überzeugen kann. Einschränkend daher auch *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 494 f. in Fn. 195.

³⁴ Dazu EuGH 18.10.2012 – C-583/10 – Nolan (Schließung einer US-amerikanischen Militärbasis im Vereinigten Königreich).

³⁵ Art. 1 Abs. 2 lit. d MERL 1975.

³⁶ Zur Anwendung EuGH 3.3.2011 – C-235/10 bis C-239/10 – Claes, wonach die Pflichten bis zur endgültigen Auflösung der Rechtspersönlichkeit erfüllt werden müssen (Rn. 53). Verpflichtet ist, wer Geschäftsführungsbefugnisse ausüben kann (Rn. 54, Leitung; Liquidator).

Die Richtlinie normiert nicht, welche Rechtsfolgen an eine Verletzung des Konsultations- oder des Massenentlassungsverfahrens geknüpft sind³⁷. Ein Vorschlag der Kommission im Zusammenhang mit der Änderung der ursprünglichen Richtlinie im Jahre 1992 in einem Art. 5a, der die Mitgliedstaaten verpflichten sollte, für Arbeitnehmervertreter und Arbeitnehmer Verfahren vorzusehen, mit denen Massenentlassungen für null und nichtig hätten erklärt werden können³⁸, wurde nicht übernommen. Aus der Entlassungssperre des Art. 4 MERL folgt allerdings, dass die beabsichtigten Massenentlassungen bei fehlender Anzeige nicht wirksam werden. Darüber hinaus verpflichtet Art. 6 MERL dazu, dass Arbeitnehmern und Arbeitnehmervertretern geeignete Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen aus der Richtlinie zur Verfügung stehen.

ee. Die Massenentlassungsrichtlinie als Mindestbestimmung

Weil die MERL nicht auf Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV, sondern auf die auf die Beseitigung von Unterschieden in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen abzielende Ermächtigungsgrundlage für die Binnenmarktharmonisierung³⁹ gestützt ist, folgt die Möglichkeit eines stärkeren Schutzes im mitgliedstaatlichen Recht nicht schon aus dem Primärrecht⁴⁰. Art. 5 MERL schließlich stellt aber ausdrücklich klar, dass die MERL einen Mindestschutz normiert, von dem die Mitgliedstaaten zugunsten der Arbeitnehmer abweichen können⁴¹.

ff. Zwischenergebnisse

Die MERL regelt nicht mehr als einen Teilaspekt der rechtlichen Beurteilung der von ihr sachlich erfassten Entlassungen. Eine genuine arbeitsrechtliche Substanz hat das Konsultationsverfahren mit den Arbeitnehmervertretern, weil es nach Art. 2 Abs. 2 MERL auf die Möglichkeit gerichtet ist, Massenentlassungen zu vermeiden und zu beschränken. Das Massenentlassungsverfahren entfaltet nur mittelbare arbeitsrechtliche Wirkungen, weil es gem. Art. 4 Abs. 1 MERL ein Wirksamwerden der Massenentlassung verzögert und bei Nichteinhalten dieses Verfahrensschrittes verhindert.

³⁷ *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 23, Rn. 29, 38.

³⁸ ABl. EG 1991 Nr. C 310, S. 5 ff.

³⁹ Im geltenden Primärrecht Art. 115 AEUV.

⁴⁰ Vgl. nur *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 115 AEUV, Rn. 4.

⁴¹ *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 320; *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EnzEuR Bd. 7, 1. Aufl. 2016, § 9, Rn. 16.

Das Einhalten dieser beiden Pflichten stellt jedenfalls im Grundsatz keine besondere rechtliche Herausforderung dar. Der von der MERL geregelte Ausschnitt kann damit trotz der dem Konsultationsverfahren vom EuGH zugemessenen Bedeutung durchaus als untergeordneter Aspekt des rechtlichen Gesamtkomplexes von Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Kündigungen bezeichnet werden.

Die beiden Schutzmechanismen der MERL knüpfen an das Vorliegen einer Massenentlassung an. Dieser Begriff wird im Wortlaut nur teilweise konkretisiert und dann zudem über weitere Begriffe wie Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Betrieb und Entlassung ausgefüllt, die ihrerseits in der Richtlinie nicht näher oder wenigstens nicht vollständig definiert werden. Diese Begriffe stellen aber gleichzeitig die Schnittstellen zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dar, die die Hauptaspekte der rechtlichen Erfassung von Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Kündigungen regeln. Betrachtet man die MERL unbefangen, könnte damit naheliegend sein, die rechtliche Bedeutung von Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Betrieb und Entlassung wie den Begriff der Arbeitnehmervertreter dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht zu entnehmen, weil dann Ausgangspunkt der rechtlichen Gestaltung auf mitgliedstaatlicher Ebene die Hauptregelung und nicht der untergeordnete Teilaspekt wäre. Sofort fällt allerdings auf, dass eine mitgliedstaatliche Rechtsordnung, die ihren Kündigungsschutz bei Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen unternehmensbezogen ausgestaltet, nicht ohne weiteres einen vollständigen Gleichlauf ihres Kündigungsschutzrechts mit der MERL erreichen kann, weil sie unionsrechtlich dazu verpflichtet wird, für den Bereich der MERL eine eigene, betriebsbezogene Struktur vorzusehen. Man könnte daher sogar einen Schritt weiter gehen und fragen, ob es nicht zielführend wäre, den Betriebsbegriff der Richtlinie offen in einem Sinne zu verstehen, der diese grundlegende Entscheidung in den mitgliedstaatlichen Rechten nicht in Frage stellt. Immerhin hat der EuGH in einer früheren Entscheidung selbst den Standpunkt vertreten, dass der Wortlaut von Art. 1 MERL nicht in allen Sprachfassungen auf den Betrieb, sondern teilweise auch auf das Unternehmen abstellt⁴².

b. Die Schnittstellen der Massenentlassungsrichtlinie zum mitgliedstaatlichen Recht in der Rechtsprechung des EuGH

aa. Der Wunsch nach (vermeintlicher) Einheitlichkeit der Anwendung der MERL in

⁴² Oben Fn. 29 mit Text.

den Mitgliedstaaten

Nicht anders als im Zusammenhang mit anderen arbeitsrechtlichen Richtlinien hat der EuGH die einschlägigen Begriffe jedoch auch bei der MERL nach und nach autonom ausgelegt und sie nicht mitgliedstaatlichem Recht unterstellt. Der dahinter stehende Wunsch nach Einheitlichkeit in sämtlichen Mitgliedstaaten kann freilich zu Spannungen oder gar Unvereinbarkeiten mit einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung führen. Ein einheitliches, autonomes Verständnis von Begriffen in der MERL bewirkt aber noch nicht einmal zwingend, dass ein identischer Lebenssachverhalt im Ergebnis gleich behandelt wird, weil eine autonome Definition durch den EuGH Begriffe verwenden kann, die in den mitgliedstaatlichen Rechten unterschiedlich ausgefüllt werden.

bb. Einzelne Begriffe

aaa. Entlassung

Entlassung ist nach Auffassung des Gerichtshofs in sachlicher Hinsicht jede vom Arbeitnehmer nicht gewollte, also ohne seine Zustimmung erfolgte, Beendigung des Arbeitsvertrags⁴³. Es reicht nicht, dass der Arbeitgeber Massenentlassungen hätte erwägen müssen, dies aber nicht getan hat⁴⁴. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 MERL stellt nur die dort genannten Beendigungen mit Zustimmung des Arbeitnehmers der Entlassung gleich. Befristungs- oder Bedingungseintritt sind damit keine Entlassung⁴⁵. Weil nur Entlassungen aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht erfasst sind, kann ein Mitgliedstaat die MERL nicht auf einzelne Formen von Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen wie auf Entlassungen aus strukturellen, technischen oder konjunkturellen Gründen beschränken⁴⁶.

Änderungskündigungen sind Entlassungen, allerdings nur soweit sie eine erhebliche Änderung der wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags betreffen⁴⁷. Eine Beendigungskündigung, die nach einer Änderungskündigung oder einem Änderungsangebot ausgesprochen

⁴³ EuGH 11.11.2015 – C-422/14 Rn. 48 – Pujante Rivera; zum Erfordernis einer autonomen Auslegung bereits EuGH 12.10.2004 – C-55/02 Rn. 59 f., 66 – Kommission/Portugal.

⁴⁴ EuGH 12.2.1985 – 284/83 Rn. 12 ff. – Nielsen & Søn.

⁴⁵ EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 59 ff. – Rabal Cañas.

⁴⁶ EuGH 12.10.2004 – C-55/02 Rn. 59 f., 66 – Kommission/Portugal.

⁴⁷ EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 47 ff. – Rabal Cañas; EuGH 21.9.2017 – C-429/16 Rn. 27 ff. – Ciupa (Erheblichkeit zweifelhaft bei vorübergehender Gehaltskürzung von 15 % bei Rückkehr zum ursprünglichen Gehaltsniveau nach mehreren Monaten); EuGH 21.9.2017 – C-149/16 Rn. 25 ff. – Socha (unwesentlich: Berücksichtigung nur noch der beim Arbeitgeber geleisteten Vorzeiten bei Berechnung einer Jubiläumspremie).

wird, weil der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt, ist auch dann Entlassung, wenn die Änderungskündigung lediglich unerhebliche Änderungen betroffen hat⁴⁸.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitgebers soll nicht Entlassung iSd MERL sein, weil die MERL und insbesondere die Konsultationen einen zu Handlungen befähigten Arbeitgeber voraussetzen⁴⁹.

In zeitlicher Hinsicht ist Entlassung der Ausspruch der Kündigung und nicht ihr Wirksamwerden⁵⁰, was wegen der Funktion des Konsultationsverfahrens durchaus schlüssig ist⁵¹. Das Konsultationsverfahren ist nach Auffassung des EuGH bereits zu dem Zeitpunkt einzuleiten, zu dem der Arbeitgeber eine strategische oder betriebswirtschaftliche Entscheidung trifft, die ihn zwingt, Massenentlassungen ins Auge zu fassen oder zu planen⁵². Im Konzern ist die strategische Entscheidung entscheidend, die die Konzerntochter mit Arbeitgeberbereignschaft zu Massenentlassungen zwingt⁵³.

bbb. Betriebsbegriff

Auch für den Betriebsbegriff fordert der EuGH eine autonome Definition⁵⁴. Von den jüngeren Entscheidungen ausgehend ist der in Art. 1 MERL einheitlich auszulegende⁵⁵ Betrieb „eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität ..., die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt“⁵⁶. Nicht vorausgesetzt wird, dass der Betrieb eine Leitung mit der

⁴⁸ EuGH 21.9.2017 – C-429/16 Rn. 31 – Ciupa; EuGH 21.9.2017 – C-149/16 Rn. 28 – Socha; dazu *Reichhold*, ZESAR 2018, 142; *Junker*, ZfA 2018, 73, 82; *Spelge*, EuZA 2018, 67, 71.

⁴⁹ EuGH 10.12.2009 – C-323/08 Rn. 33 f., 39 ff., 49 – Rodríguez Mayor.

⁵⁰ EuGH 27.01.2005 – C-188/03 Rn. 40 ff., 50 ff. – Junk.

⁵¹ Siehe nur *Junker*, ZfA 2018, 73, 81. Zum früheren deutschen Verständnis hier nur *Boemke*, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 7100, Rn. 38.

⁵² EuGH 10.9.2009 – C-44/08 Rn. 48 – Akavan; EuGH 21.9.2017 – C-429/16 Rn. 34 – Ciupa.

⁵³ EuGH 10.9.2009 – C-44/08 Rn. 41 ff. – Akavan.

⁵⁴ Zu den Urteilen vor allem *Junker*, ZfA 2018, 73, 75 ff.; *Spelge*, EuZA 2018, 67, 74 ff.

⁵⁵ EuGH 30.4.2015 – C-80/14 Rn. 54 – USDAW; EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 48 – Rabal Cañas; EuGH 13.5.2015 – C-182/13 Rn. 35 – Lyttle.

⁵⁶ EuGH 30.4.2015 – C-80/14 Rn. 49 – USDAW; EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 45 – Rabal Cañas; EuGH 13.5.2015 – C-182/13 Rn. 30 – Lyttle. Erste Ansätze einer Definition bei EuGH 7.12.1995 – C-449/93 – Rockfon; EuGH 15.2.2007 – C-270/05 – Athinaïki Chartopoiia.

Befugnis zum Aussprechen von Entlassungen hat⁵⁷. Auch eine etwaige rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie soll nicht entscheidend sein⁵⁸.

Der EuGH geht bei seiner Herangehensweise davon aus, dass das Anknüpfen an die Betriebs- einheit den Anwendungsbereich der MERL eher eröffnet als eine Berechnung im Unternehmen⁵⁹. Ob dies angesichts der geringen Anforderungen an den Betriebsbegriff und der damit verbundenen Erhöhung der Zahl der Betriebe (mit jeweils zu erreichenden Schwellenzahlen) überhaupt zutrifft, sei dahingestellt⁶⁰.

Wie in Sachverhalten zu verfahren ist, in denen bei Berechnung auf Unternehmensebene die Schwellenwerte überschritten würden, wenn im einzelnen Betrieb die erforderlichen Zahlen nicht erreicht werden, ist nach Auffassung des Gerichtshofs eine Frage einer möglicherweise aus Arbeitnehmersicht günstigeren mitgliedstaatlichen Regelung iSv Art. 5 MERL⁶¹. Daher lässt der EuGH die Anknüpfung an das Unternehmen als „ergänzendes Element“ zu⁶².

ccc. Arbeitnehmerbegriff und Schwellenzahlen

(1) Zahl der entlassenen Arbeitnehmer und Zahl der ansonsten beschäftigten Arbeitnehmer

Die MERL benötigt Arbeitnehmer an zwei Stellen, weil die Zahl der entlassenen Arbeitnehmer ein bestimmtes Verhältnis zu den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern erreichen muss, um den Anwendungsbereich der MERL überhaupt zu eröffnen.

Hierbei fallen der Rechtsprechung des EuGH nach in die Gruppe der entlassenen Arbeitnehmer nicht zwingend dieselben Personenkreise, aus denen sich die Gruppe der ansonsten be-

⁵⁷ EuGH 30.4.2015 – C-80/14 Rn. 47 – USDAW; EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 44 – Rabal Cañas; EuGH 13.5.2015 – C-182/13 Rn. 28 – Lyttle.

⁵⁸ EuGH 30.4.2015 – C-80/14 Rn. 51 – USDAW; EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 47 – Rabal Cañas; EuGH 13.5.2015 – C-182/13 Rn. 32 – Lyttle.

⁵⁹ Vgl. auch *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EnzEuR Bd. 7, 1. Aufl. 2016, § 9, Rn. 21; *Franzen*, EuZA 2015, 449, 466; *Junker*, ZfA 2018, 73, 78; *Maschmann*, EuZA 2015, 488, 497.

⁶⁰ Dazu hier vor allem *Spelge*, EuZA 2018, 67, 78; *Junker*, ZfA 2018, 73, 76 f.

⁶¹ EuGH 30.4.2015 – C-80/14 Rn. 68 – USDAW; EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 52 ff. – Rabal Cañas; EuGH 13.5.2015 – C-182/13 Rn. 49 – Lyttle.

⁶² EuGH 13.5.2015 – C-392/13 Rn. 52 ff. – Rabal Cañas.

schäftigten Arbeitnehmer zusammensetzt. Rechtstechnisch beruht diese Unterscheidung allerdings nicht auf dem Arbeitnehmerbegriff, sondern auf dem Verständnis dessen, was eine Entlassung darstellt: Der Eintritt einer Bedingung oder einer Befristung stellt wie an früherer Stelle geschildert keine Entlassung dar⁶³. In der Vergleichsgruppe der ansonsten Beschäftigten sind befristet Beschäftigte aber zu berücksichtigen⁶⁴.

(2) Arbeitnehmerbegriff

Inzwischen hat der EuGH bekanntlich auch den Arbeitnehmerbegriff konkretisiert. Zuerst wurde entschieden, dass *dirigenti*, die nach italienischem Recht neben den *quadri* eine besondere Kategorie leitender Angestellter sind und in Art. 2095 codice civile als Arbeitnehmer bezeichnet werden, auch Arbeitnehmer iSd MERL sind und nicht von deren Konsultationsverfahren ausgeschlossen werden dürfen⁶⁵. Streng genommen geht es hier nicht um die Auswirkung eines unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs, sondern um eine auch nach mitgliedstaatlichem Recht als Arbeitnehmer betrachtete Person, die von der MERL ausgenommen worden ist. Bereits in einer früheren Entscheidung hatte der EuGH geurteilt, dass bestimmte Arbeitnehmergruppen bei der Berechnung der Schwellenzahlen nicht ausgenommen werden können⁶⁶; soweit ersichtlich, handelt es sich auch hierbei um Personen, die nach mitgliedstaatlichem Recht Arbeitnehmer waren. 2015 wurde in Anlehnung an die Rs. Danosa⁶⁷ dann aber die Arbeitnehmereigenschaft eines Fremdgeschäftsführers sowie wegen der Ähnlichkeit mit Auszubildenden einer im Rahmen einer von einem Jobcenter geförderten Umschulungsmaßnahme beschäftigten Person bejaht⁶⁸, obgleich beide nach mitgliedstaatlichem Recht nicht Arbeitnehmer waren.

Dass der EuGH den Arbeitnehmer autonom definiert, kann spätestens seit Urteilen nicht mehr überraschen, die den Arbeitnehmer sogar im Rahmen von solchen Sekundärakten unionsrechtlich prägen, die ausdrücklich ein mitgliedstaatliches Verständnis vorgeben⁶⁹. Auch die inhalt-

⁶³ Siehe oben Fn. 45 mit Text.

⁶⁴ EuGH 11.11.2015 – C-422/14 Rn. 27 ff. – Pujante Rivera. Diese Passagen wie *Laulom*, *Semaine Sociale Lamy* 2015, Nr. 1702 Supplément, S. 15, auch auf *travailleurs temporaires*, also Leiharbeiter, zu beziehen, ist durch das Urteil nicht gedeckt.

⁶⁵ EuGH 13.2.2014 – C-596/12 – Kommission/Italien.

⁶⁶ EuGH 18.1.2007 – C-385/05 Rn. 45 ff. – CGT (Arbeitnehmer unterhalb einer bestimmten Altersgrenze).

⁶⁷ EuGH 11.11.2010 – C-232/09 – Danosa.

⁶⁸ EuGH 9.7.2015 – C-229/14 – Balkaya.

⁶⁹ § 2 Nr. 1 Befristungsrahmenvereinbarung (Anhang Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der

liche Präzisierung der Arbeitnehmermerkmale auf der Grundlage des zur Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Begriffs und seiner Fortentwicklung und Anwendung in der bisherigen Rechtsprechung vor allem in der Rs. Danosa war zu erwarten. Dennoch bewirkt dieses Arbeitnehmerverständnis vermutlich nicht nur aus deutscher Sicht einen besonders schwerwiegenden Einbruch in das mitgliedstaatliche Recht.

ddd. Arbeitgeberbegriff

Zum Arbeitgeber wurde bislang entschieden, dass er auch Personen einschließt, die im Rahmen ihrer Tätigkeit keinen Erwerbszweck verfolgen⁷⁰. Die Pflicht zum Konsultations- und Massenentlassungsverfahren trifft dem EuGH nach aber nur einen Arbeitgeber, zu dem die zu entlassenden Arbeitnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis stehen⁷¹. Die Natur des die Arbeitgeberstellung begründenden Beschäftigungsverhältnisses wird nicht konkretisiert und damit nicht (ausdrücklich) auf ein vertragliches Arbeitsverhältnis beschränkt. Ob in arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen zum Dritten ein (zweites) Arbeitsverhältnis besteht, wird in den Mitgliedstaaten freilich unterschiedlich beurteilt⁷². Bei dieser Auslegung des Arbeitgeberbegriffs hängt das Ergebnis trotz unionsrechtlichen Arbeitgeberbegriffs damit letztlich vom mitgliedstaatlichen Recht ab⁷³.

EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG 1999 L 175, S. 43 ff.), dazu insbesondere die Urteile EuGH 13.9.2007 – C-307/05 – Del Cerro Alonso sowie EuGH 9.7.2015 – C-177/14 – Regojo Dans; außerdem § 2 Nr. Teilzeitarbeitsvereinbarung (Anhang Richtlinie 1997/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeiter, ABl. EG 1998 L 128, S. 71 ff.) dazu das Urteil EuGH 1.3.2012 – C-393/10 – O’Brien.

⁷⁰ EuGH 16.10.2003 – C-32/02 Rn. 26 – Kommission/Italien.

⁷¹ EuGH 10.9.2009 – C-44/08 Rn. 57 f. – Akavan.

⁷² Ein zweites Arbeitsverhältnis entsteht im französischen Recht in einem Konzernsachverhalt etwa zum sog. *co-employeur*, Cass. soc., Urteil v. 19. 6. 2007, Nr. 05-42.551 und Nr. 05-42.570 (Ascopomp); v. 22. 6. 2011, Nr. 09-69.021 (Novoceram); v. 18. 1. 2011, Nr. 09-69.199 (Jungheinrich); v. 8. 6. 2011, Nr. 10-14.650 (Société Résidence Creisker); v. 30. 11. 2011, Nr. 10-22.964 und weitere (Jungheinrich II); v. 12. 9. 2012, Nr. 11-12.351 und weitere (Metaleurop); v. 24. 6. 2014, Nr. 10-19.776 (Société Grès occitan carrelages); v. 17. 12. 2014, Nr. 13-21.473 (Attep); v. 4. 2. 2015, Nr. 13-22.322 (Sofres); v. 18. 2. 2015, Nr. 13-22.595 (Netlogix). Zur Entwicklung *Pagnerre*, Dr. soc. 2016, 550 ff. sowie in deutscher Sprache *Teichmann*, Die Gesellschaftsgruppe im französischen Arbeitsrecht, 1999, S. 37 ff.; zum *co-employeur* in deutscher Sprache *Boetzkes*, Die Konzernmutter als Arbeitgeberin im französischen Recht, 2014, S. 13 ff., 61 ff.; *Adam-Caumeil*, RIW 2012, 832 ff.; für Arbeitgeberlösungen in der englischen und italienischen Literatur *Prassl*, The Concept of the Employer, 2015, S. 39 ff., 155 ff.; *Ratti*, in: Carinci (Hrsg.), Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro), 2014, S. 1 ff. In der Tendenz außerhalb von § 10 AÜG für Lösungen ohne Arbeitgeberstellung des Dritten hingegen die überwiegende deutsche Literatur, vgl. nur *Konzen*, ZfA 1982, 259, 287 ff.; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 81 ff.; *Weber*, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, 1992, S. 343 ff.; *Krebber*, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, 2005, S. 157 ff.

⁷³ Ob Leiharbeiter bei den Schwellenwerten mitzuzählen sind, hat das BAG dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV vorgelegt, vgl. BAG 16.11.2017 – 2 AZR 90/17 (A), NZA 2018, 245.

cc. Sanktion

Zur Sanktion hat der EuGH sich bislang wenig geäußert. Es ist insbesondere nicht seine Auslegung der MERL, dass ein Nichteinhalten von Konsultations- oder Massenentlassungsverfahren zwingend zur Unwirksamkeit der Massenentlassungen führen muss. Beim Rechtsschutz hat der EuGH die Regelung des belgischen Rechts für richtlinienkonform gehalten, nach der sowohl die Arbeitnehmervetreter als auch die betroffenen Arbeitnehmer ein Klagerecht haben, das individuelle Klagerecht der Arbeitnehmer bei den möglichen Rügen aber beschränkt und davon abhängig ist, dass die Arbeitnehmervetreter zuvor Einspruch beim Arbeitgeber eingelegt haben und auch der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, dass er die Nichteinhaltung des Verfahrens geltend machen werde⁷⁴. Art. 6 MERL erwähnt eben Arbeitnehmer und Arbeitnehmervetreter⁷⁵.

2. Sonstiger Kündigungsschutz im Unionsrecht

a. Einzelatbestände im Sekundärrecht

Trotz entsprechender Ermächtigungsgrundlage in Art. 153 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 1 lit. d AEUV existiert kein allgemeiner Kündigungsschutz auf der Ebene des Unionsrechts. Einzelne Kündigungsschutzatbestände finden sich in: Art. 10 RL 1992/85/EG⁷⁶ (Mutterschutz), Art. 5 Abs. 4 RL 2010/18/EU⁷⁷ (Elternurlaub), Art. 4 RL 2001/23/EG⁷⁸ (Betriebsübergang) sowie in den Antidiskriminierungsrichtlinien, Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/43/EG⁷⁹, Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/78/EG⁸⁰ und Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/54/EG⁸¹. Einen Kündigungsschutz für

⁷⁴ EuGH 16.7.2009 – C-12/08 Rn. 36 ff., 42 f. – Mono Car Styling.

⁷⁵ Vgl. nur *Junker*, ZfA 2018, 73, 90.

⁷⁶ Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. EG 1992 L 348, S. 1 ff.

⁷⁷ Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8.3.2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UE-APME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl. EU 2010 L 68, S. 13 ff.

⁷⁸ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. EG 2001 L 82, S. 16 ff.

⁷⁹ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 L 180, S. 22 ff.

⁸⁰ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG 2000 L 303, S. 16 ff.

⁸¹ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG 2006 L 204, S. 23 ff.

Arbeitnehmervertreter sehen Art. 10 RL 2001/86/EG⁸² im Rahmen der *Societas Europaea*, Art. 7 RL 2002/14/EG⁸³ beim allgemeinen Rahmen für die Unterrichtung und Anhörung sowie Art. 10 Abs. 3 RL 2009/38/EG⁸⁴ im Zusammenhang mit europäischen Betriebsräten vor.

Wie sich die MERL zum Kündigungsschutz nach der MutterschutzRL verhält, hat kürzlich den EuGH befasst. Ähnlich wie § 17 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG schützt Art. 10 Nr. 1 der MutterschutzRL vor einer Kündigung während der Schwangerschaft. Der EuGH fügt diesen Grundsatz und die ermöglichten Ausnahmen jedoch zu einem Gesamtbild zusammen, so dass nur eine Kündigung aus Gründen, die wesentlich mit der Schwangerschaft zusammenhängen, mit Art. 10 MutterschutzRL unvereinbar sein soll. Eine Massenentlassung iSv Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a MERL, die aus nicht in der Person liegenden Gründen erfolgt, fällt dem EuGH nach folglich unter die Ausnahmefälle, aus denen einer Schwangeren gem. Art. 10 Nr. 1 Halbs. 2 MutterschutzRL gekündigt werden kann⁸⁵.

b. Grundfreiheiten

Die an früherer Stelle bereits erwähnte Praxis griechischer Behörden, Massenentlassungen nach fehlender Einigung mit den Arbeitnehmervertretern nicht zu genehmigen, verstößt nach Auffassung des EuGH nicht nur gegen die MERL⁸⁶, sondern auch gegen die Niederlassungsfreiheit und gegen Art. 16 GR-Charta⁸⁷. Das Erfordernis einer behördlichen Zustimmung zu Kündigungen sei gleichermaßen tatbestandliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die die Freiheit umfasse, Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung im Bestimmungsland festzulegen, hierbei auch die Anzahl der zu diesem Zweck erforderlichen Arbeitnehmer zu bestimmen, die Tätigkeit zu verringern oder aufzugeben und gegebenenfalls Massenentlassungen als grundlegende Entscheidung im Leben eines Unternehmens vorzunehmen, als auch

⁸² Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG 2001 L 294, S. 22 ff.

⁸³ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. EG 2002 L 80, S. 29 ff.

⁸⁴ Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG 2009 L 122, S. 28 ff.

⁸⁵ EuGH 22.2.2018 – C-103/16 Rn. 43, 46 ff. – Porras Guisado.

⁸⁶ Dazu bereits oben Fn. 23 mit Text.

⁸⁷ EuGH 21.12.2016 – C-201/15 Rn. 45 ff. – AGET Iraklis.

eine Beschränkung der unternehmerischen Freiheit und insbesondere der Vertragsfreiheit⁸⁸. Die Rechtfertigung über die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses Arbeitnehmerschutz und Förderung von Beschäftigung und Einstellungen sei unverhältnismäßig, weil die Prüfungskriterien für das Versagen der Genehmigung in den gesetzlichen Grundlagen nicht konkretisiert würden, daher zu allgemein und ungenau gefasst seien und ihre Anwendung ungewiss und schwer gerichtlich kontrollierbar sei⁸⁹. Damit sind auch günstigeren Bestimmungen iSv Art. 5 MERL Grenzen gezogen.

III. Überblick über die Umsetzung der Massentlassungsrichtlinie in den Mitgliedstaaten

1. Methode und Vorgehensweise

Es ist dem Verf. mangels der erforderlichen Sprachkenntnisse nicht möglich, über die Umsetzung der MERL in sämtlichen Mitgliedstaaten zu berichten. Eine Beschränkung war aber auch deshalb erforderlich, weil das Recht der Massentlassung nicht ohne Bezüge zum Kündigungsschutzrecht verstanden werden kann und eine zu große Anzahl an Rechtsordnungen die Möglichkeiten einer noch nachvollziehbaren Darstellung gesprengt hätten. Im Zentrum stehen die Rechte Frankreichs, Italiens, Spaniens, Belgiens, Luxemburgs, Österreichs, Irlands sowie des Vereinigten Königreichs. Fragen wie die Massentlassung im Zusammenhang mit der Einstellung des Betriebs oder die Konzerndimension der MERL wurden aus Raumgründen ebenso ausgeklammert wie die Bereichsausnahmen. Die Nachweise sind auf das Nötigste beschränkt⁹⁰.

Der Überblick beginnt mit allgemeinen Angaben zu den Kündigungsschutzsystemen mit einem Schwerpunkt auf der Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen und fährt damit fort, die Massentlassung als besondere Ausprägung der Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen in die jeweiligen Systeme einzubetten. Schließlich geht es um die Grundmuster der Umsetzung der MERL.

⁸⁸ EuGH 21.12.2016 – C-201/15 Rn. 53 f., 69 – AGET Iraklis.

⁸⁹ EuGH 21.12.2016 – C-201/15 Rn. 73, 98, 99 ff. – AGET Iraklis.

⁹⁰ Zu Frankreich stellt sich das zusätzliche Problem, dass die zum Teil auch das Kündigungsrecht und Massentlassungen betreffenden jüngsten Änderungen durch die *ordonnances* n° 2017-1385 bis 2017-1389 vom 22.9.2017 sowie die *ordonnance* n°2017-1718 vom 20.12.2017 in zum Zeitpunkt des Verfassens des Manuskripts zugänglichen Lehrbüchern allenfalls im Ansatz berücksichtigt werden. Zu einem Überblick *Couturier*, Dr. soc. 2018, 17 ff.; *Fabre*, Dr. soc. 2018, 4 ff.; *Mouly*, Dr. soc. 2018, 10 ff.; in deutscher Sprache,

2. Die Massenentlassung im Kündigungsschutzsystem

a. Rechtsfolge der sozial ungerechtfertigten Kündigung: Abfindungs- und Bestandsschutzsysteme

Ein Schlüssel zum Verständnis einer Kündigungsschutzrechtsordnung liegt in der bei fehlender sozialer Rechtfertigung angeordneten Rechtsfolge. Rechtsvergleichend stehen sich Bestandsschutz- und Abfindungsschutzsysteme gegenüber. In einem Bestandsschutzsystem wird über die Voraussetzungen der sozialen Rechtfertigung gesteuert, unter welchen Voraussetzungen sich der Arbeitgeber einseitig von einem Arbeitsverhältnis lösen kann, weil das Arbeitsverhältnis nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen aufgelöst wird. Demgegenüber hängt von den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Kündigung in einem Abfindungssystem lediglich ab, ob der Arbeitgeber dem gekündigten Arbeitnehmer bei rechtswidriger Kündigung eine Abfindung oder eine Form von Schadensersatz schuldet⁹¹. Der Wille des Arbeitgebers, sich vom Arbeitsverhältnis zu lösen, setzt sich in einem reinen Abfindungsschutzsystem hingegen stets durch.

Insbesondere romanische Rechtsordnungen (Belgien, Frankreich, Spanien, Luxemburg) haben sich im Grundsatz allgemein zugunsten eines Abfindungsschutzsystems⁹² entschieden. Teilweise ordnen diese Rechtsordnungen für bestimmte Ausnahmetatbestände dann aber doch eine Form des Bestandsschutzes an. Die meisten dieser Fälle interessieren im vorliegenden Zusammenhang nicht, da sie Kündigungen aus Gründen in der Sphäre des Arbeitnehmers betreffen⁹³. Andere Tatbestände eines ausnahmsweise gewährten Bestandsschutzes sind hingegen einschlägig, weil sie im Zusammenhang mit Massenentlassungen stehen. Über sie wird an späterer Stelle berichtet⁹⁴.

Adam-Caumeil, RIW 2017, 786 ff.

⁹¹ So das Vereinigte Königreich, vgl. section 112 Abs. 4, 118 ff. ERA 1996.

⁹² Belgien: Art. 39, 40 Loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, Art. 9 Convention collective de travail Nr. 109; Frankreich: Art. L 1235-3 CdT; Spanien: Art. 56 ET; Luxemburg: Art. L. 124-12 LCdT.

⁹³ Frankreich, insbesondere Art. L 1152-3, L 1153-4 CdT (Belästigung), Art. L 1132-4 CdT (Diskriminierung), Art. L 1226-13 CdT (Berufskrankheit); Italien, Art. 2 Decreto Legislativo n. 23/2015 (Diskriminierung), Art. 3 Abs. 2 Decreto Legislativo n. 23/2015 (wenn im Kündigungsschutzverfahren bei einer disziplinarischen Kündigung der Arbeitnehmer beweist, dass kein Kündigungsgrund vorliegt); Spanien, Art. 55 Nr. 5 ET (Diskriminierung).

⁹⁴ Unten Fnen. 245 ff. mit Text.

Bestandsschutz als Regel prägt neben dem deutschen Recht auch das Kündigungsschutzrecht von Österreich⁹⁵. Das Vereinigte Königreich⁹⁶ sowie Irland⁹⁷ tendieren zum Abfindungsschutz, doch sehen beide Rechtsordnungen die Möglichkeit unterschiedlicher Varianten eines Bestandsschutzes (*reinstatement* und *reengagement*) vor, deren Anordnung im Ermessen des Gerichts liegt⁹⁸. Bei einer Kündigung aus betriebsbedingtem oder wirtschaftlichem Grund geht es in diesen beiden Rechtsordnungen hingegen lediglich um eine (anders bemessene) Abfindung⁹⁹, während das allgemeine Regime mit zumindest der Möglichkeit eines Abfindungsschutzes bei *redundancy* nur greift, wenn es im Vereinigten Königreich um die Kündigung besonders geschützter Personen oder aus besonderen Gründen¹⁰⁰ geht oder in Irland der Arbeitgeber zusätzlich ohne besonderen Grund gegen ein vereinbartes Verfahren zur Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer verstoßen hat¹⁰¹. Seit den jüngsten Reformen bekennt sich auch das italienische Recht bei individuellen und kollektiven betriebsbedingten Kündigungen grundsätzlich zum Abfindungsschutz¹⁰².

b. Die Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen in der Grundsystematik des Kündigungsschutzrechts

aa. Kündigungsgründe bei individueller ordentlicher und außerordentlicher Kündigung

⁹⁵ § 105 Abs. 7 ArbVG mit der besonderen rechtlichen Konstruktion, dass die gerichtliche Anfechtung der Kündigung voraussetzt, dass diese zivilrechtlich wirksam ist und diese Kündigung gem. § 105 Abs. 7 ArbVG rückwirkend unwirksam wird, vgl. *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, S. 328 und ebendort S. 328 f. zu den Handlungsmöglichkeiten bei unwirksamer Kündigung. Zur Anfechtungsberechtigung Nachweise in Fn. 159.

⁹⁶ Section 112 ff. ERA 1996.

⁹⁷ Section 7 Abs. 1 Unfair Dismissals Act 1977.

⁹⁸ Section 113 ERA 1996; vgl. dazu *Emir*, Selwyn's Law of Employment, 19. Aufl. 2016, S. 458 ff.; section 7 Abs. 1 lit. a und b Unfair Dismissals Act 1977. In der irischen Praxis ist Abfindungsschutz die Regel, vgl. *Costello*, Labour Law in Ireland, 2016, S. 146.

⁹⁹ Vereinigtes Königreich: *Redundancy payment*, Section 135, 162 ERA 1996. Zu den Möglichkeiten ergänzender Schadensersatzansprüche unten Fn. 103; Irland: section 7 Redundancy Payments Act 1967 iVm schedule 3 dieses Gesetzes.

¹⁰⁰ Vereinigtes Königreich: section 105 ERA 1996. Zu diesen Gründen unten Fn. 137. Irland: section 6 Abs. 3 lit. a iVm Abs. 2 Unfair Dismissals Act 1977. Zum Verhältnis im irischen Recht auch *Kerr*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 231, 234 f.

¹⁰¹ Section 6 Abs. 3 lit. b Unfair Dismissals Act 1977; vgl. *Kerr*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 231, 235.

¹⁰² Seit dem 7.3.2015, vgl. zur individuellen betriebsbedingten Kündigung Art. 3 Abs. 1 Decreto Legislativo n. 23/2015; dazu und zum Bestandsschutz bei nicht formgerechter Kündigung *Curcuruto*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 269 f.; zur kollektiven betriebsbedingten Kündigung unten Fn. 122.

aaa. Systematisierung der Kündigungsgründe

Alle in Betracht gezogenen Rechtsordnungen differenzieren bei der ordentlichen Kündigung zwischen Gründen aus der Sphäre des Arbeitnehmers und solchen aus der Sphäre des Arbeitgebers, wobei die hierbei zugrundegelegte Terminologie und Systematik uneinheitlich sind¹⁰³. Die Massenentlassung ist nicht immer Unterfall der Kündigung aus Gründen in der Sphäre des Arbeitgebers im Allgemeinen¹⁰⁴, weil bestimmte Rechtsordnungen zwischen der individuellen Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Kündigung und der kollektiven Kündigung oder Massenentlassungen aus solchen Gründen unterscheiden¹⁰⁵.

bbb. Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung ist mitunter ähnlich wie im deutschen Recht und aus vergleichbarem Grund – Durchbrechung des ursprünglich einzig bestehenden Kündigungsschutz-

¹⁰³ Frankreich: *cause réelle et sérieuse* als Oberbegriff, Art. L 1232-1 Abs. 2, Art. L 1233-2 Abs. 2 CT, der sich in den beiden genannten Normen in das *licenciement pour motif personnel* sowie das *licenciement pour motif économique* unterteilt; Italien: Oberbegriff des *giustificato motivo*, Art. 1 L. 604/66, dann in Art. 3 Trennung zwischen *giustificato motivo determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali* (sog. subjektive Gründe) und *giustificato motivo determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa* (sog. objektive Gründe); Luxemburg: *motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service*, Art. L 124-11 Abs. 1 LCdT; Belgien: *Un licenciement manifestement déraisonnable est le licenciement ... qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable*, Art. 8 Convention collective de travail Nr. 109; Österreich: Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren sowie betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, § 105 Abs. 3 Nr. 2 ArbVG; Vereinigtes Königreich: *A reason falls within this subsection if it (a) relates to the capability or qualifications of the employee for performing work of the kind which he was employed by the employer to do, (b) relates to the conduct of the employee, (c) is that the employee was redundant, or (d) is that the employee could not continue to work in the position which he held without contravention (either on his part or on that of his employer) of a duty or restriction imposed by or under an enactment*, section 98 Abs. 1 ERA 1996; zusätzlich kommen gem. section 98 Abs. 1 lit. b *some other substantial reason of a kind such as to justify the dismissal of an employee holding the position which the employee held* in Betracht. Bei jeder Kündigung wird ein Fall von *redundancy* vermutet, section 163 Abs. 2 ERA 1996. Die Kündigungsgründe in section 6 Abs. 4 des irischen Unfair Dismissals Act 1977 sind damit vergleichbar und werden deshalb nicht im Wortlaut wiedergegeben. Wird die Vermutung widerlegt, liegt also ein anderer Kündigungsgrund vor, stellt sich die Frage, ob die Kündigung *unfair* war. Liegt ein Fall von *redundancy* vor, stellen Gerichte bestimmte Anforderungen an das Arbeitgeberverhalten, deren Nichteinhalten Schadensersatzansprüche auslösen kann, vgl. *Emir, Selwyn's Law of Employment*, 19. Aufl. 2016, S. 485 ff.; Spanien mit *despido disciplinario*, Art. 49 Nr. 1 lit. k, 54 ET, *causas objetivas*, Art. 49 Nr. 1 lit. l, 52 ET sowie *despido por fuerza mayor*, Art. 49 Nr. 1 lit. h, 51 Nr. 7 ET quer zur deutschen und auch sonst verbreiteten Systematik, indem die *causas objetivas* personen- und betriebsbedingte Gründe vereinen, weil Sachverhalte gemeint sind, für die der Arbeitnehmer nicht verantwortlich ist, vgl. nur *Perrote Escartín*, *Manual de derecho del trabajo*, 7. Aufl. 2017, S. 682; auf deutsch *Widhammer*, *Die disziplinarische Kündigung im Königreich Spanien – El Despido Disciplinario*, 2011, S. 81.

¹⁰⁴ Zu solchen Rechtsordnungen unten Fn. 112.

¹⁰⁵ Näher sowie Nachweise zu solchen Rechtsordnungen unten in Fn. 117, 120 mit Text.

zes über das Erfordernis des Einhaltens einer Kündigungsfrist¹⁰⁶ – abweichend normiert¹⁰⁷. In anderen Rechtsordnungen werden Kündigungsgrund und Fristerfordernis nicht unabhängig voneinander betrachtet, sondern geregelt, dass aus bestimmten Kündigungsgründen nur fristlos gekündigt werden kann¹⁰⁸. Es kann auch sein, dass die außerordentliche Kündigung rechtstechnisch nur als Ausnahme bei bestimmten Voraussetzungen oder Rechtsfolgen einer Kündigung geregelt ist¹⁰⁹.

Überwiegend – und das stellt aus der Sicht des deutschen Rechts eine Besonderheit dar – ist eine außerordentliche Kündigung auf Gründe in der Sphäre des Arbeitnehmers oder auf persönliches Fehlverhalten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränkt. Eine fristlose Kündigung kommt dann bei individuellen wie kollektiven Arbeitgeberkündigungen aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen von vornherein nicht in Betracht¹¹⁰.

bb. Die Massenentlassung im Kündigungsschutzsystem

Die Massenentlassung wird in den gesetzlichen Grundlagen der Mitgliedstaaten¹¹¹ nur vereinzelt als eine gewöhnliche Kündigung aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen

¹⁰⁶ Zum italienischen Recht *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, Diritto del lavoro, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 415.

¹⁰⁷ Mitunter auch im Zivilgesetzbuch. So Italien: Art. 2119 Cod. Civ. (*giusta causa*). Zu Österreich: § 1162 ABGB, §§ 25 ff. AngG, §§ 82 f. GewO. Irland: section 8 Minimum Notice and Terms of Employment Act 1973. Ganz anders die Systematik des Vereinigten Königreichs, wo das *summary dismissal* eine Schaffung der Rechtsprechung, also *common law* ist. Nachweise zu Entscheidungen und den Voraussetzungen bei *Emir*, Selwyn's Law of Employment, 19. Aufl. 2016, S. 404 ff.

¹⁰⁸ Spanien: keine Kündigungsfrist beim *despido disciplinario*, vgl. Art. 55 ET, der damit im Grundsatz mit einer Kündigung aus wichtigem verhaltensbedingtem Grund vergleichbar ist. Zum *despido disciplinario*, vgl. *Valverde/Gutiérrez/Murcia*, Derecho del trabajo, 26. Aufl. 2017, S. 790 ff.

¹⁰⁹ Frankreich: Bei der Kündigungsfrist, die dann nicht erforderlich ist, Art. L 1234-1 CdT; bei der *indemnité de licenciement*, die bei *faute grave* wegfällt, Art. L 1234-9 CdT.

¹¹⁰ Zu Italien: *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, Diritto del lavoro, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 424 ff.; im Ergebnis auch Spanien, wenn (nur) beim *despido disciplinario* auf die Kündigungsfrist verzichtet wird (Fn. 108). Frankreich schon über den Begriff der *faute grave* (Fn. 109). Belgien: Art. 35 Loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail und dazu *Neuprez/Deprez*, Contrats de travail: L'essentiel, 6. Aufl. 2016, S. 199 f., 205 ff.; Luxemburg: Art. L 124-10 LCdT und dazu *Putz*, Das luxemburgische Arbeitsrecht, 2013, S. 403; Irland: section 8 Minimum Notice and Terms of Employment Act 1973; Vereinigtes Königreich: *Deakin/Morris*, Labour Law, 2012, S. 570; 431 f.; *Deakin/Morris*, Labour Law, 2012, S. 570 *Emir*, Selwyn's Law of Employment, 19. Aufl. 2016, S. 404 ff. mit Nachweisen zu entsprechenden Entscheidungen; Österreich: §§ 25 ff. AngG, §§ 82 f. GewO nennen nur Gründe in der Sphäre des Arbeitnehmers oder des persönlichen Fehlverhaltens von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, zu diesen Gründen *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, S. 364 ff.

¹¹¹ Die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen der Massenentlassung in den Schwerpunktländern sind: Art. L 1233-1 ff., 1233-21 ff. CdT (Frankreich); Art. 24 L. 223/1991, Art. 10 D. Lgs. 23/2015 (Italien); Art. 51 ET, Art. 124, 148 Ley 36/2011 (Spanien); Convention Collective de Travail Nr. 10; Convention Collective de Travail Nr. 24; Arrêté royal du 24 mai 1976 sur les licenciements collectifs; Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 février 1998 („Loi Renault“); Loi relative au pacte de solidarité entre les

behandelt, bei der bestimmte Schwellenzahlen überschritten und Konsultations- sowie Massenentlassungsverfahren ausgelöst werden¹¹². Gefunden wurden drei weitere Regelungsmuster: Zum einen das einer Trennung von Kündigungsgrund sowie Kündigungsschutz auf der einen und Verfahren der Massenentlassung auf der anderen Seite¹¹³. In diesem Modell berührt die Regelung zur Massenentlassung den Kündigungsschutz nicht, sondern steht neben ihm.

In Österreich wurde – zweites Regelungsmuster – bei der Umsetzung der MERL zusätzlich das Konsultationsverfahren vom Massenentlassungsverfahren getrennt. Letzteres findet sich als sog. Kündigungsfrühwarnsystem im Arbeitsmarktförderungsgesetz¹¹⁴, während Grundlage des Konsultationsverfahrens die allgemeine Regelung zur Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist¹¹⁵. Die Massenentlassung iSv § 45a Abs. 1 Nr. 1-3 Arbeitsmarktförderungsgesetz stellt hierbei ausdrücklich einen Fall der Betriebsänderung dar¹¹⁶.

Massenentlassungen können wie in Italien und im Grundsatz auch in Spanien drittens insgesamt von der allgemeinen Regelung des Kündigungsschutzes ausgenommen werden, weil die allgemeine Regelung nur individuelle (betriebsbedingte) Kündigungen betrifft¹¹⁷; diese Trennung zwischen individueller und kollektiver Kündigung ist in Italien nicht auf die Umsetzung

génération du 23 Decembre 2005; Arrêté royal relatif à la gestion active des restructurations de 9 Mars 2006; Loi portant des dispositions diverses (I) (1) du 29 Mars 2012 (alles Belgien, was zu einer unübersichtlichen Regelung führt); Art. L 166-1 ff. LCdT (Luxemburg); section 188 ff. TULR(C)A 1992 (Vereinigtes Königreich); Protection of Employment Act 1977 (Irland); § 45a AMFG sowie § 109 ArbVG (Österreich).

¹¹² Jedenfalls im Ansatz Frankreich, indem Art. L 1233-1 bis Art. L 1233-7 CdT allgemeine Bestimmungen für die Kündigung wegen *motif économique* enthalten und erst anschließend differenziert wird: Art. L 1233-8 ff. CdT für die Kündigung von weniger als zehn Arbeitnehmern (aber mehr als einem) in Unternehmen mit wenigstens elf Beschäftigten und Art. L 1233-21 ff. CdT für die Kündigung von mehr als zehn Arbeitnehmern. Im Ergebnis existieren damit zwei Arten der Massenentlassung sowie die ebenfalls mögliche Kündigung nur eines einzigen Arbeitnehmers bzw. weniger als 10 in einem Unternehmen mit weniger als elf Beschäftigten aus wirtschaftlichen Gründen, vgl. *Auzero/Baugard/Dockès*, *Droit du travail*, 31. Aufl. 2017, S. 591.

¹¹³ So das Vereinigte Königreich, wo section 188 ff. TULR(C)A 1992 nur die *procedure for handling redundancies* betreffen, vgl. auch *Neal*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 485, 489. Das irische Umsetzungsrecht des Protection of Employment Act 1977 setzt lediglich die MERL um und äußert sich zu einem etwaigen Kündigungsschutz bei redundancies nicht. Nicht anders § 17 KSchG, der auch sprachlich nicht an eine betriebsbedingte Kündigung anknüpft. Im Recht Luxemburgs ist unklar, ob der die Massenentlassung definierende Art. L 166-1 auf die Kündigungsgründe in Art. L 124-11 LCdT Bezug nimmt. Wenn zur Definition der Massenentlassung nur auf die Schwellenwerte abgestellt wird, vgl. *Moes*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 309, 312 (vgl. aber auch ebendort S. 315); *Putz*, *Das luxemburgische Arbeitsrecht*, 2013, S. 380, deutet dies ebenfalls auf eine entsprechende Trennung hin.

¹¹⁴ § 45a AMFG.

¹¹⁵ § 109 ArbVG.

¹¹⁶ § 109 Abs. 1 Nr. 1a ArbVG.

¹¹⁷ Italien: Art. 11 L. 604/66, Art. 24 Nr. 5 L. 223/1991.

der MERL zurückzuführen¹¹⁸. Maßgeblich ist, ob die Schwellenzahlen des nationalen Rechts zu Beginn des Verfahrens überschritten werden und nicht, wie viele Arbeitnehmer nach Durchführung von Konsultations- und Massentlassungsverfahren tatsächlich gekündigt werden¹¹⁹. Dabei kann wie in Italien auch der Kündigungsgrund im Gesetz anders als bei der individuellen Kündigung aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen formuliert sein¹²⁰, wobei diese Formulierung rechtstechnisch nicht einen Rahmen für die soziale Rechtfertigung setzt, sondern zusammen mit den Schwellenwerten den sachlichen Anwendungsbereich der Massentlassung definiert¹²¹. Die Sanktionen knüpfen im italienischen Recht bei Massentlassungen demgemäß nicht an den Kündigungsgrund, sondern nur an das Nichteinhalten des Schriftformerfordernisses bei der Kündigung auf der einen Seite sowie die Auswahl der gekündigten Arbeitnehmer und das Nichteinhalten der Verfahrenspflichten auf der anderen Seite an¹²². In Spanien wird zwar ebenfalls zwischen individueller und kollektiver Kündigung unterschieden, beim Kündigungsgrund die Massentlassung jedoch mit der individuellen Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen gleichgeschaltet¹²³. Selbst bei den untersuchten Rechtsordnungen, die mehr oder weniger ausgeprägt zwischen

¹¹⁸ Zur Rechtslage in Italien seit Ende der 1940er Jahre, *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 247 ff.

¹¹⁹ Italien: *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 498 in Fn. 202. Ähnlich die Abgrenzung in Frankreich, weil es bei der kleinen Massentlassung darauf ankommt, dass der Arbeitgeber vorhat (*envisage*), die erforderliche Anzahl an Entlassungen vorzunehmen, vgl. Art. L 1233-8 Abs. 1 CdT sowie *Auzero/Baugard/Dockès*, *Droit du travail*, 31. Aufl. 2017, S. 592.

¹²⁰ Italien: allgemeine Formulierung der objektiven Gründe in Fn. 103, während Art. 24 Nr. 1 L. 223/1991 bei der Massentlassung auf eine *riduzione o trasformazione di attività o di lavoro* abstellt. Dazu *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 251 f.

¹²¹ Vgl. *Mazzotta*, *Diritto del lavoro*, 6. Aufl. 2016, S. 750 ff.

¹²² Art. 10 Decreto Legislativo n. 23/2015. Art. 3 Abs. 1 Decreto Legislativo n. 23/2015 (oben Fn. 102) ist kraft Verweises in Art. 10 S. 2 Decreto Legislativo n. 23/2015 bei fehlerhafter Auswahl der gekündigten Arbeitnehmer und Nichteinhalten von Verfahrensschritten auf die Massentlassung anwendbar, während nur die fehlende Schriftform gem. Art. 10 S. 1 iVm Art. 2 Decreto Legislativo n. 23/2015 zu Bestandsschutz führt, vgl. dazu *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 502; *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 269 f.; das italienische Recht wurde in jüngerer Zeit vielfach reformiert und sah bei Verfahrensverstößen auch Bestandsschutz vor, vgl. *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 496; anders ab nach dem 18.6.2012 ausgesprochenen Kündigungen, ebendort S. 501 (*riforma Fornero*) sowie im für Arbeitsverträge ab 7.3.2015 geltenden Recht, ebendort S. 502; zum Übergangsrecht hier nur *Mimmo*, in: Basilico/Bracci/Di Paola/Fedele/Mimmo/Sordi (Hrsg.), *Il Licenziamento*, 2016, S. 281, 322 f.

¹²³ Spanien, indem der wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen entsprechende Teilaspekt der *causas objetivas* bei der individuellen Kündigung durch Bezugnahme auf die Kündigungsgründe beim *despido colectivo* definiert wird, vgl. Art. 52 lit. c ET sowie *Perrote Escartín*, *Manual de derecho del trabajo*, 7. Aufl. 2017, S. 686.

individueller und kollektiver Kündigung differenzieren, ist der eigentliche Kündigungsakt individueller Natur¹²⁴.

cc. Die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer bei individueller und kollektiver Kündigung aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen

aaa. Gesetzliche und vereinbarte Auswahlkriterien

Wie die zu kündigenden Arbeitnehmer auszuwählen sind, wird unterschiedlich gehandhabt¹²⁵. Im italienischen Recht wird nur für die Massentlassung gesetzlich die Frage der Auswahl der konkret zu entlassenden Arbeitnehmer geregelt¹²⁶. Bei der individuellen betriebsbedingten Kündigung wird ohne weiteres vorausgesetzt, dass der Kündigungsgrund das Arbeitsverhältnis des gekündigten Arbeitnehmers betrifft¹²⁷ und die Kündigung eines davon unbetroffenen Arbeitnehmers folglich ohne hinreichenden Grund erfolgt¹²⁸.

In Rechtsordnungen, die, ähnlich der deutschen, unabhängig vom Vorliegen einer Massentlassung allgemein Vorgaben zur Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer bei einer Kündigung aus wirtschaftlichem oder betriebsbedingten Grund machen, greifen die gesetzlichen Kriterien, soweit bei entsprechenden individuellen oder kollektiven Kündigungen kein Raum für eine gemeinsame Auswahl durch Kollektivvertrag vorgesehen ist¹²⁹.

Nachweisbar ist aber auch, dass selbst bei einer Massentlassung eine Form der Auswahl gesetzlich nicht vorgeschrieben ist¹³⁰ oder dass nur begrenzte gesetzliche Vorgaben aufgestellt

¹²⁴ Italien: Art. 4 Nr. 9 L. 223/1991; Frankreich: Art. L 1233-39 CdT; Spanien: Art. 51 Nr. 4 ET und dazu *Augustí Maragall*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 2014, 155 ff.; *Goerlich Peset*, in: García-Perrote Escartín/Mercader Uguina (Hrsg.), La regulación del mercado laboral, 2012, S. 341, 363.

¹²⁵ Vgl. auch den Überblick bei *Countouris/Deakin/Freedland/Koukiadaki/Prassl*, Report on collective dismissals, 2016, S. 75 ff.

¹²⁶ Italien: Art. 24 Nr. 1 iVm Art. 5 Nr. 1 L. 223/1991. Dazu *Mazzotta*, Diritto del lavoro, 6. Aufl. 2016, S. 770 ff.; *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 247, 261 f., 268 f.

¹²⁷ Italien: *Mimmo*, in: Basilico/Bracci/Di Paola/Fedele/Mimmo/Sordi (Hrsg.), Il Licenziamento, 2016, S. 281, 282.

¹²⁸ Italien: *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, Diritto del lavoro, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 432.

¹²⁹ Neben dem deutschen Recht in § 1 Abs. 3 – 5 KSchG Frankreich: Art. L 1233-5 CdT für die Massentlassung und Art. L 1233-7 CdT für die individuelle Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen, dazu *Auzero/Baugard/Dockès*, Droit du travail, 31. Aufl. 2017, S. 622 ff.; Österreich: § 105 Abs. 3c ArbVG; zum Erfordernis des Antrags des Arbeitnehmers als Voraussetzung des Sozialvergleichs, vgl. *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, S. 345 mit Fn. 159.

¹³⁰ So Luxemburg, wo nur vorausgesetzt wird, dass die Stelle des gekündigten Arbeitnehmers von der Arbeitgebermaßnahme betroffen ist, vgl. *Putz*, Das luxemburgische Arbeitsrecht, 2013, S. 405. Bei der Massent-

werden¹³¹. In beiden Fällen können Auswahlkriterien durch allgemeinen Kollektivvertrag¹³², die im Rahmen des Konsultationsverfahrens getroffene spezifische Vereinbarung¹³³ oder durch sonstige rechtliche Mechanismen¹³⁴ festgelegt werden. Bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung ist Grundlage der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer die einseitige Festlegung durch den Arbeitgeber am Ende des Konsultationsprozesses¹³⁵.

Die Auswahl als solche kann selbst dann nach anderen Grundsätzen als denen von § 1 Abs. 3 KSchG erfolgen, wenn in den gesetzlichen Grundlagen ähnliche Kriterien genannt werden, weil beispielsweise von vornherein nur Arbeitnehmer einzubeziehen sind, die in einem von der Massenentlassung betroffenen Bereich eingesetzt sind¹³⁶.

bbb. Einzelne Auswahlverbote nach dem Muster des Diskriminierungsrechts

Im Vereinigten Königreich und Irland findet sich ein insgesamt abweichendes Regelungsmodell, in dem keine allgemeinen gesetzlichen Vorgaben zu einer Auswahl gemacht werden. Vielmehr werden nach dem Muster des Diskriminierungsrechts nur bestimmte Arbeitnehmergruppen oder Gründe für die Auswahl eines konkreten Arbeitnehmers ausgeschlossen¹³⁷.

lassung sind die Arbeitnehmervertreter über die vom Arbeitgeber für die Auswahl vorgesehenen Kriterien zu informieren, vgl. Art. L 166-3 Abs. 1 Nr. 5 LCdT. In den Bestimmungen über die Verhandlungen des Arbeitgebers mit den Arbeitnehmervertretern in Art. L 166-2 Abs. 2 LCdT wird die Auswahl nicht genannt.

¹³¹ Spanien: Art. 51 Nr. 5 ET: lediglich die *representantes legales de los trabajadores* haben sog. *prioridad de permanencia* sowie gem. Art. 10 Nr. 3 Ley orgánica de libertad sindical iVm Art. 51 Nr. 5 ET; zu einer weiteren Ausnahme im Bereich des öffentlichen Dienste hier nur *Valverde* in: Cosío/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 435, 437.

¹³² Irland: section 6 Abs. 3 lit. b Unfair Dismissals Act 1977.

¹³³ Spanien: weitere Gruppen (*colectivos*) als die in Fn. 131 genannten nur durch Kollektivvertrag oder durch einen während des Konsultationsprozesses geschlossenen Vertrags, Art. 51 Nr. 5 ET. Die Praxis nimmt diese Möglichkeit wohl nicht an, vgl. *Valverde* in: Cosío/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 435, 437.

¹³⁴ Luxemburg: Möglich war bis zu einer jüngeren Gesetzesänderung eine Einigung auf Kriterien durch das sog. *comité mixte*, welches in Unternehmen mit wenigstens 150 Arbeitnehmern, Art. L 421-1 LCdT, gemäß Art. L 422-1 LCdT paritätisch mit Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zu besetzen war, vgl. *Putz*, Das luxemburgische Arbeitsrecht, 2013, S. 405. Dazu auch unten Fn. 202 mit Text.

¹³⁵ Zu Spanien: *Perrote Escartín*, Manual de derecho del trabajo, 7. Aufl. 2017, S. 724 ff. Ob die Auswahl dann in der Form kontrolliert wird, dass die Arbeitnehmer von den dem Kündigungsgrund zugrundeliegenden Änderungen betroffen sind, wird nicht ausgeführt.

¹³⁶ *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, Diritto del lavoro, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 498 f.; *Curcuruto*, in: Cosío/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 247, 268 f.; im Grundsatz wie in § 1 Abs. 3 KSchG hingegen das französische Recht, vgl. nur *Duquesne*, Droit du Travail, 12. Aufl. 2016/2017, S. 113 sowie Gesetzesnachweis in Fn. 129. Die Auswahl kann auch nach gänzlich anderen Kriterien erfolgen, vgl. zu den Niederlanden *Jacobs*, Labour Law in the Netherlands, 2. Aufl. 2015, S. 189 f.

¹³⁷ Vereinigtes Königreich: section 105 ERA 1996; Irland: section 6 Abs. 3 lit. a iVm Abs. 2 Unfair Dismissals Act 1977. Beispielhaft: Gewerkschaftszugehörigkeit und –betätigung, religiöse und politische Einstellung,

Die jenseits dieser Ausschlussgründe maßgebliche einseitige Festlegung durch den Arbeitgeber wird allerdings gerichtlich kontrolliert und es haben sich durch diese gerichtliche Kontrolle (weitere) mehr oder weniger feste Auswahlkriterien herausgebildet¹³⁸; im Rahmen dieser Kontrolle ist es von Vorteil, wenn zuvor Auswahlkriterien in einem Kollektivvertrag vereinbart worden sind¹³⁹.

Ob Arbeitnehmer von diesem Regelungsmodell abgesehen unmittelbar durch Tatbestände des besonderen Kündigungsschutzes¹⁴⁰ oder des Diskriminierungsschutzes¹⁴¹ vor einer Massenentlassung geschützt sind, hängt von der Reichweite des durch diese Regelungen gewährten Schutzes ab.

dd. Anforderungen an eine individuelle und kollektive Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen und Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit

Welche Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Kündigung aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen gestellt werden, wird anders als in dem allgemein auf dringende betriebliche Erfordernisse abstellenden § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG¹⁴² teilweise in den gesetzlichen Grundlagen näher umschrieben¹⁴³. Ein wesentlicher sachlicher Unterschied zum

Maßregelung des Arbeitnehmers, Diskriminierungsgründe wie Rasse, sexuelle Ausrichtung, Alter, Inanspruchnahme von Mutterschutz, Elternzeit.

¹³⁸ So zum Vereinigten Königreich *Emir*, Selwyn's Law of Employment, 19. Aufl. 2016, S. 488 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung insbesondere zu Aspekten der Anciennität.

¹³⁹ *Emir*, Selwyn's Law of Employment, 19. Aufl. 2016, S. 488 f.

¹⁴⁰ Beispielhaft Luxemburg: Arbeitnehmervertreter, vgl. *Moes*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 309, 318 f.;

¹⁴¹ Zu Luxemburg, vgl. *Putz*, Das luxemburgische Arbeitsrecht, 2013, S. 406.

¹⁴² Ähnlich wie die deutsche Regelung § 105 Abs. 3 Nr. 2 lit. b österreichisches ArbVG.

¹⁴³ Italien: *giustificato motivo oggettivo: giustificato motivo determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*, vgl. Art. 3 L. 604/66; Spanien, Art. 51 Nr. 1 ET: *extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*; die Alternativen werden dann noch weiter konkretisiert. Frankreich: *à des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés; à des mutations technologiques; à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité; à la cessation d'activité de l'entreprise* mit weiterer Konkretisierung verschiedener Elemente der Definition. Vereinigtes Königreich: *For the purposes of this Act an employee who is dismissed shall be taken to be dismissed by reason of redundancy if the dismissal is wholly or mainly attributable to (a) the fact that his employer has ceased or intends to cease (i) to carry on the business for the purposes of which the employee was employed by him, or (ii) to carry on that business in the place where the employee was so employed, or (b) the fact that the requirements of that business (i) for employees to carry out work of a particular kind, or (ii) for employees to carry out work of a particular kind in the place where the employee was employed by the employer, have ceased or diminished or are expected to cease or diminish*, section 139 Abs. 1 ERA

deutschen Recht¹⁴⁴ entsteht vor allem dann, wenn wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers allgemeine¹⁴⁵ Voraussetzung einer entsprechenden Kündigung sind¹⁴⁶. Teilweise schlägt sich eine solche Voraussetzung auch sprachlich nieder, wenn etwa das französische Recht auf ein *motif économique* abstellt¹⁴⁷. Schlüsse allein aus der Wortwahl sind aber unsicher.

Eng mit dieser Frage verbunden ist, ob Gerichte Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betriebsbedingten Gründen auf ihre Zweckmäßigkeit oder Sinnhaftigkeit hin überprüfen können. Wer wirtschaftliche Schwierigkeiten des kündigenden Arbeitgebers voraussetzt, legt von vornherein den Grundstein für eine Zweckmäßigkeitsüberprüfung, die dann über bestimmte Tatbestandsmerkmale tatsächlich auch durchzuführen sein wird¹⁴⁸. Von solchen Rechtsordnungen abgesehen, erfolgt eine Zweckmäßigkeitsüberprüfung typischerweise aber nicht¹⁴⁹. Ein Recht wie das spanische, welches ursprünglich als Ergebnis der Kündigungen eine Ver-

1996.

¹⁴⁴ Jedenfalls für Massenentlassungen keine wirtschaftliche Schiefelage verlangend das italienische Recht, vgl. *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 252. Allgemein keine wirtschaftliche Schiefelage verlangend das Recht Luxemburgs, *Putz*, *Das luxemburgische Arbeitsrecht*, 2013, S. 403; ebenfalls nicht das Vereinigte Königreich, vgl. section 139 ERA 1996 sowie *Emir*, *Selwyn's Law of Employment*, 19. Aufl. 2016, S. 477 ff.; nicht anders Irland, wenn in section 7 Abs. 2 lit. c *Redundancy Payments Act 1967* ausreicht, dass der Arbeitgeber entschieden hat, sein Unternehmen mit weniger oder keinen Arbeitnehmern zu führen, vgl. dazu *Costello*, *Labour Law in Ireland*, 2016, S. 152 f. Eine als Reaktion auf die Osterweiterung der Europäischen Union verabschiedete Sonderregelung sieht insbesondere bei Ersatz der gekündigten Arbeitnehmer durch andere Arbeitnehmer vor, dass ein *redundancy panel*, der Minister und auf sein Anrufen hin das Arbeitsgericht das Vorliegen von *exceptional collective redundancies* feststellt, wodurch jedoch lediglich die Abfindungshöhe steigt, section 6 ff. *Protection of Employment (Exceptional Collective Redundancies and Related Matters) Act 2007* und dazu *Kerr*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 231, 235 f.; rechtsvergleichend auch *Kovács*, *European Labour Law Journal* 7 (2016), S. 368, 374 ff.

¹⁴⁵ Im spanischen Recht sind die *causas económicas* in Art. 51 Nr. 1 ET nur eine Alternative neben anderen Gründen, vgl. Fn. 143, und zudem reichen zu erwartende Verluste (*pérdidas actuales o previstas*). Zur gerichtlichen Überprüfung unten Fn. 152.

¹⁴⁶ Art. L 321-1 des CdT aF und Art. L 1233-3 des seit den jüngsten Reformen geltenden CdT (Wortlaut teilweise in Fn. 143), auch wenn die Anforderungen durch die jüngsten Reformen beispielsweise in Art. L 1233-3 Abs. 12 etwas heruntergeschraubt wurden. Ausreichend ist nunmehr zudem, dass die Schwierigkeiten und sonstigen Voraussetzungen das Unternehmen oder die Tochterfirma innerhalb Frankreichs betreffen, Art. L 1233-3 Abs. 3 CdT.

¹⁴⁷ So das französische Recht, vgl. Fn. 146.

¹⁴⁸ Man lese nur den Wortlaut von Art. L 1233-3 CdT in Fn. 143.

¹⁴⁹ Nicht in Italien: zur individuellen betriebsbedingten Kündigung *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 431 f.; *Tursi/Varesi*, *Istituzioni di Diritto del lavoro*, 7. Aufl. 2016, S. 514; *Falasca*, *Manuale di diritto del lavoro*, 7. Aufl. 2016, S. 275; zur Massenentlassung *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 492; *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 263 f.; nicht in Luxemburg, *Putz*, *Das luxemburgische Arbeitsrecht*, 2013, S. 404 f.; ferner nicht in Österreich, *Marhold/Friedrich*, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2016, S. 343 mwNw.

besserung der wirtschaftlichen Lage verlangt¹⁵⁰, sich davon in Schritten aber gelöst hat¹⁵¹, hardert im geltenden Recht indes noch mit der Frage, ob Elemente des früheren Denkens noch relevant sind¹⁵².

ee. Kündigungsschutz durch Verfahrensschritte (ohne Besonderheiten bei Massenentlassung)

Mitunter ausführlich gesetzlich geregelte¹⁵³ Verfahrensvoraussetzungen, die über hier nicht zu vertiefende und nur beispielhaft zu erwähnende Schriftform¹⁵⁴- oder Zustellungserfordernisse¹⁵⁵, eine Anhörung oder Unterrichtung von Gewerkschafts- oder Arbeitnehmervertretern¹⁵⁶, Ausgleichsquittungen¹⁵⁷ sowie die Angabe der Kündigungsgründe¹⁵⁸ oder einen im Grundsatz insgesamt kollektivrechtlich ausgestalteten Kündigungsschutz¹⁵⁹ hinausgehen, finden sich vor allem im französischen Recht mit seinem *entretien préalable*. Zu diesem Gespräch ist mit Einschreiben oder durch persönliche Übergabe des Schreibens zu laden¹⁶⁰. Es löst eine Kün-

¹⁵⁰ Angelegt im Wortlaut der Urfassung von Art. 51 Nr. 1 ET : *contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.*

¹⁵¹ Zuerst 2010 durch Einführen des Maßstabs der *razonabilidad* abgeschwächt, ein Erfordernis, welches dann 2012 ersatzlos gestrichen wurde, vgl. zur Entwicklung *Perrote Escartín*, Manual de derecho del trabajo, 7. Aufl. 2017, S. 688 ff., 711 ff.; *Valverde* in: Cosío/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 435, 443. Zum früheren spanischen Recht auf deutscher Sprache *Dar-sow-Faller*, Kündigungsschutz in Deutschland und Spanien, 2008, S. 126 f.

¹⁵² Seit den Änderungen ist der Prüfungsmaßstab umstritten, vgl. *Valverde* in: Cosío/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, Collective Dismissal in the European Union, S. 435, 445; *Valverde/Gutiérrez/Murcia*, Derecho del trabajo, 26. Aufl. 2017, S. 819 f. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

¹⁵³ Aus deutscher Sicht auffallend die spanische Regelung, die die formalen Anforderungen in Art. 53 ET für die *causas objetivas* sowie in Art. 55 für den *despido disciplinario* getrennt nach Kündigungsgrund ausführlich regelt. Zu diesen Anforderungen *Perrote Escartín*, Manual de derecho del trabajo, 7. Aufl. 2017, S. 659 ff.

¹⁵⁴ Etwa Italien: Art. 2 Nr. 1 L. 604/66.

¹⁵⁵ Belgien: Einschreiben oder *huissier de justice* bei Arbeitgeberkündigung, vgl. Art. 37 § 1 Abs. 4 Loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail.

¹⁵⁶ Beispielsweise Spanien beim *despido disciplinario*, Art. 55 Nr. 1 UAbs. 3 ET; dazu *Valverde/Gutiérrez/Murcia*, Derecho del trabajo, 26. Aufl. 2017, S. 800 f.

¹⁵⁷ Beispielsweise Spanien, Art. 49 Nr. 2 UAbs. 2 ET (wobei der Arbeitnehmer die Anwesenheit eines *representante legal de los trabajadores* verlangen kann).

¹⁵⁸ Im deutschen Recht nur gegenüber dem Betriebsrat, § 102 Abs. 1 BetrVG. Auch dem Arbeitnehmer gegenüber beispielsweise in Italien: Art. 2 Nr. 2 L. 604/66; Belgien: Art. 3 Convention collective de travail Nr. 109; Vereinigtes Königreich: section 92 ERA 1996; Irland: section 14 Abs. 4 Unfair Dismissals Act 1977 (auf Verlangen des Arbeitnehmers).

¹⁵⁹ Österreich: § 105 ArbVG und dazu *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, S. 329 ff.

¹⁶⁰ Art. L 1232-2, 1233-11 CdT. Ähnlich Luxemburg, vgl. Art. L 124-2 Abs. 1 LCdT; dazu *Putz*, Das luxemburgische Arbeitsrecht, 2013, S. 356 ff.

digungssperre von zwei¹⁶¹ oder sieben Arbeitstagen¹⁶² aus. Im italienischen Recht war bei der Kündigung aus objektivem Grund¹⁶³ in Unternehmen mit mehr als 15 Arbeitnehmern ein durch eine staatliche Behörde vor Ausspruch der Kündigung durchzuführendes präventives Schlichtungsverfahren vorgesehen¹⁶⁴, welches bei der Kündigung nach dem 7. März 2017 eingestellter Arbeitnehmer allerdings entfällt¹⁶⁵. Entsprechende Verfahrensschritte nähern die individuelle Kündigung der Massenentlassung in gewisser Weise an.

ff. Änderungskündigung

Kündigung als Oberbegriff für Beendigungs- und Änderungskündigung ist in rechtsvergleichender Sicht die Ausnahme¹⁶⁶. Vielfach ist die Änderungskündigung als eigenständiges Rechtsinstitut nicht bekannt¹⁶⁷. Außerhalb des Kündigungsschutzrechts kann die Möglichkeit der einseitigen Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber ausdrücklich geregelt¹⁶⁸ und in einen Zusammenhang mit Massenentlassungen gebracht werden¹⁶⁹. Mit Belgien wurde auch eine Rechtsordnung untersucht, in der die Möglichkeit der einseitigen Vertragsänderung durch den Arbeitgeber nicht in einen Zusammenhang mit Massenentlassungen gebracht wird¹⁷⁰. Teilweise werden solche Tatbestände auch als Fall der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses eingestuft¹⁷¹. Im Vereinigten Königreich gilt ein Arbeitnehmer bei angenommener Änderung des Arbeitsvertrags nicht als gekündigt iS des Rechts der

¹⁶¹ Art. L 1232-6 Abs. 3 CdT beim *motif personnel*.

¹⁶² Art. L 1233-15 Abs. 2 CdT beim *motif économique*.

¹⁶³ Zur Terminologie Fn. 103.

¹⁶⁴ Art. 7 L. 604/1966.

¹⁶⁵ Art. 6 D. Lgs. 23/2015.

¹⁶⁶ Österreich im Rahmen von § 105 ArbVG, *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, S. 331 f.

¹⁶⁷ Daran ersichtlich, dass es bei der Kündigung nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht, vgl. Spanien: Art. 49 ET mit der Auflistung der Beendigungstatbestände; Frankreich: der dritte Titel des CdT, der ab Art. L 1231-1 ff. die *rupture du contrat de travail à durée indéterminée* zum Gegenstand hat; Vereinigtes Königreich: Definition des *dismissal* in section 95 ERA 996.

¹⁶⁸ Frankreich: Art. L 1222-6 CdT; Spanien: Art. 41 ET; Luxemburg: Art. L 121-7 Abs. 1 LCdT.

¹⁶⁹ Erneut Frankreich: Art. L 1233-25 CDT; Spanien: Art. 41 Nr. 2-4 ET; Luxemburg: Art. L 121-7 Abs. 3 LCdT.

¹⁷⁰ *Neuprez/Deprez*, Contrats de travail: L'essentiel, 6. Aufl. 2016, S. 150 ff.

¹⁷¹ Italien: *Tursi/Varesi*, Istituzioni di Diritto del lavoro, 7. Aufl. 2016, S. 559 unter Berufung auf den EuGH. Entsprechende Kündigungen sollen von Art. 24 Nr. 1 S. 2 L. 223/1991 als *ricongiungibili alla ... riduzione o trasformazione*, vgl. *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, Diritto del lavoro, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 491 in Fn. 186. Inwieweit der Einbezug der Änderungskündigung im italienischen Recht gefestigt ist, ist aber unsicher.

Massenentlassung, es sei denn Arbeitnehmer oder Arbeitgeber kündigen das neue Arbeitsverhältnis innerhalb einer bestimmten Frist¹⁷².

3. Grundmuster der Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie

a. Umsetzungstechnik

aa. Gewählte Umsetzungsvariante

Die beiden von der MERL vorgesehenen Umsetzungsvarianten unterscheiden sich dadurch, dass Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (i) MERL eine steigende Mindestanzahl von Arbeitnehmern im Betrieb voraussetzt und dann gestaffelt nach dieser Mindestanzahl eine weitere Mindestanzahl an Entlassungen verlangt. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (ii) MERL hingegen stellt nur auf eine Mindestanzahl an Entlassungen ab, ohne nach der Anzahl der Beschäftigten im Betrieb zu differenzieren.

Die beiden Modelle lassen eine einfache Zuordnung der Umsetzungsrechte erwarten, doch sind die Umsetzungstechniken vielfältiger als diese einfache Wahlmöglichkeit. Ursache scheint dabei weniger die MERL als solche zu sein. Vielmehr geht es typischerweise um die Schnittstellen des Umsetzungsrechts der MERL zum übrigen nationalen Recht, welches bei Massenentlassungen anzuwenden ist (etwa Grundanknüpfung an Unternehmen statt Betrieb, aber auch Fragen wie Sozialplanpflicht oder Arbeitnehmervertretungsstrukturen). Dem Anschein nach sind Mitgliedstaaten nur in Maßen bereit, Grundstrukturen der MERL anzupassen oder Parallelstrukturen für ihr die MERL umsetzendes Recht vorzusehen.

Nur bestimmte Mitgliedstaaten sind im Grundsatz auch bei abweichenden Zahlen einem der beiden Modelle von Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a MERL zuzuordnen¹⁷³. Spanien¹⁷⁴, Irland¹⁷⁵ und Österreich¹⁷⁶, übernehmen im Grundsatz wie Deutschland das erste Muster oder orientieren sich daran, während Luxemburg Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (ii) MERL abwandelt¹⁷⁷ und

¹⁷² Section 138 ERA 1996; dazu *Deakin/Morris*, Labour Law, 2012, S. 570 f.; ähnlich Irland: section 9 Abs. 2 Redundancy Payments Act 1967.

¹⁷³ Zu einem breiten Überblick *Countouris/Deakin/Freedland/Koukiadaki/Prassl*, Report on collective dismissals, 2016, S. 49 ff.

¹⁷⁴ Art. 51 Nr. 1 lit. a – c ET.

¹⁷⁵ Section 6 Abs. 1 Protection of Employment Act 1977.

¹⁷⁶ § 45a Abs. 1 Nr. 1 – 3 AMFG.

¹⁷⁷ Art. L 166-1 LCdT.

das Vereinigte Königreich diese Regelung übernimmt¹⁷⁸. Italien vermischt beide Varianten, indem eine Mindestanzahl an Beschäftigten verlangt wird, die Anzahl der erforderlichen Massenentlassungen trotz steigender Beschäftigtenzahl dann aber konstant niedrig bleibt¹⁷⁹. Im Grundsatz kann dies nur als arbeitnehmerfreundlichere Variante des ersten Umsetzungsmodells richtlinienkonform sein, denn jedwede Mindestanzahl an Beschäftigten wäre ungünstiger als das eine solche Schwelle nicht verlangende zweite Muster.

bb. Anknüpfen an Unternehmensebene

Soll dann wie in Italien¹⁸⁰ oder Frankreich¹⁸¹ bei der Bestimmung der Mindestzahl der Beschäftigten oder allgemein in Spanien¹⁸², Luxemburg¹⁸³ und möglicherweise in weiteren Mitgliedstaaten¹⁸⁴ die Unternehmens- und nicht die Betriebsebene entscheidend sein, ist maßgeblich, ob auch darin eine arbeitnehmerfreundliche Abweichung iSv Art. 5 MERL liegt¹⁸⁵. Dies

¹⁷⁸ Section 188 Abs. 1 TULR(C)A 1992.

¹⁷⁹ Art. 24 Nr. 1 L. 223/1991: Unternehmen mit mehr als 15 Arbeitnehmern sowie fünf Entlassungen innerhalb von 120 Tagen.

¹⁸⁰ Art. 24 Nr. 1 L. 223/1991; zum Unternehmensbezug *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 253.

¹⁸¹ Art. L 1233-8 Abs. 1 CdT nennt als Bezugsgröße für die Mindestzahl der elf Beschäftigten im französischen Recht ausdrücklich das Unternehmen. Zur erforderlichen Zahl von zwei bis neun Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen wird die Bezugsgröße nicht genannt. Die weitere Regelung ab Art. L 1233-21 CdT erhöht nur die Anzahl der Kündigungen auf wenigstens zehn, rührt aber dem Wortlaut nach nicht an der Mindestzahl der Beschäftigten. Gem. Art. L 1233-1 CdT, der den Anwendungsbereich der Regelung zur Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen allgemein bestimmt, stellt auf *entreprises* und *établissements privés* ab. Eine alternative Anknüpfung an den Betrieb sehen ausdrücklich vor Art. 1233-26, 1233-29 CdT.

¹⁸² Art. 51 Nr. 1 lit. a – c ET.

¹⁸³ Das luxemburgische Recht nennt in Art. L 166-1 LCdT keine Bezugsgröße, weshalb die dort genannten Mindestzahlen in der Literatur auf den Arbeitgeber und damit auf das Unternehmen bezogen werden, vgl. *Putz*, *Das luxemburgische Arbeitsrecht*, 2013, S. 380; es werden auch Entlassungen des Unternehmens im Ausland berücksichtigt, vgl. *Moes*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 309, 312.

¹⁸⁴ Belgien stellt sprachlich auf *entreprise* und nicht auf *établissement* ab, vgl. Art. 2 Convention Collective de Travail Nr. 24, doch wird *entreprise* durch Verweis in Art. 4 Convention Collective de Travail Nr. 24 auf Art. 14 Loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie legaldefiniert als *unité technique d'exploitation, définie (dans le cadre de la présente loi) à partir des critères économiques et sociaux; en cas de doute, ces derniers prévalent*. Was dazu ausgeführt wird, entspricht allenfalls in Teilen dem Betriebsbegriff des EuGH (oben Fn. 56 ff. mit Text), vgl. *Wéry*, *Le droit du licenciement collectif en Belgique*, 2010, S. 75 ff. Irland knüpft sprachlich umgekehrt an das *establishment* an, definiert dies in section 7 Abs. 3 Protection of Employment Act 1977 aber so, dass eher das Unternehmen gemeint ist. *Kerr*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 231, 232 in Fn. 11, weist daher auf die Notwendigkeit hin, bei der Auslegung die Urteile des EuGH zum Betriebsbegriff zu berücksichtigen.

¹⁸⁵ Oben Fn. 61, 62 mit Text. Dies ohne jede Begründung zum französischen Recht behauptend, *Laulom*, *Semaine Sociale Lamy* 2015, Nr. 1702 Supplément, S. 10. In der spanischen Literatur wird teilweise umgekehrt davon ausgegangen, dass das Anknüpfen an das Unternehmen nicht mehr als arbeitnehmergünstigere Regelung gerechtfertigt werden kann, vgl. *Valverde* in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 441.

kann nur im konkreten Fall festgestellt werden. Die Unternehmensebene kann insbesondere dann günstiger sein, wenn ein Arbeitgeber möglichst viele Betriebe hat, in denen die Schwellenwerte unterschritten werden, eine durch die geringen Anforderungen des EuGH an einen Betrieb¹⁸⁶ möglicherweise begünstigte Situation. Im italienischen Recht wird zudem die Anzahl der erforderlichen Entlassungen pro Betrieb oder betriebsübergreifend für die in einer Provinz belegenen Betriebe berechnet¹⁸⁷.

cc. Weitere Differenzierungen

Verschiedene Rechtsordnungen sehen unterschiedliche Regime von Massenentlassungen vor und/oder machen bestimmte, sich im Zusammenhang mit Massenentlassungen stellende Fragen von einem eigenen Anwendungsbereich mit beispielsweise anderen Schwellenwerten abhängig. Frankreich etwa unterscheidet zwischen dem *petit* und dem *grand licenciement collectif*. Das *petit licenciement collectif* soll nach Art. L 1233-8 Abs. 1 CdT die Kündigung von weniger als 10 Arbeitnehmern in Unternehmen mit wenigstens elf Beschäftigten sein. Das *grand licenciement collectif* wird in der Überschrift von section 4 als Kündigung von zehn Arbeitnehmern oder mehr innerhalb von 30 Tagen umschrieben¹⁸⁸. Für besondere Fragen werden beim *grand licenciement collectif* dann erneut höhere Mindestbeschäftigtenzahlen vorausgesetzt, etwa¹⁸⁹ für den *plan de sauvegarde de l'emploi*¹⁹⁰, der bei Unternehmen mit mehr als 50 Arbeitnehmern und wenigstens zehn Entlassungen innerhalb von 30 Tagen verlangt wird.

Auch das belgische Recht arbeitet bei einer insgesamt recht unübersichtlichen Gesamtrege- lung mit unterschiedlichen Schwellenzahlen. Die Konsultation und Massenentlassungsverfah- ren regelnde Convention Collective de Travail Nr. 24 übernimmt in ihrem Art. 2 Umset- zungsvariante eins des Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (i) MERL. Art. 2 Convention Collective de Travail Nr. 10 hingegen legt niedrigere Zahlen zugrunde, um den besonderen Abfindungsan- spruch von Art. 6 dieses Kollektivvertrags auszulösen¹⁹¹. Art. 3 Arrêté royal relatif à la gesti-

¹⁸⁶ Oben Fn. 56 ff.

¹⁸⁷ Art. 24 Nr. 1 L. 223/1991.

¹⁸⁸ Dazu oben Fn. 181.

¹⁸⁹ In Unternehmen mit mehr als 1000 Arbeitnehmern besteht die Pflicht, bei beabsichtigter Stilllegung einen Erwerber zu finden, Art. L 1233-57-9 ff. CdT.

¹⁹⁰ Art. L 1233-61 ff. CdT.

¹⁹¹ Es handelt sich um einen dem deutschen Sozialplan funktional vergleichbaren Abfindungsanspruch bei rechtmäßigen Kündigungen, der die Folgen der Kündigungen abfedern soll, vgl. Wéry, Le droit du licenci-

on active des restructurations de 9 Mars 2006, welcher den Arbeitgeber verpflichtet, bei *restructurations* eine sog. *cellule pour l'emploi* einzurichten¹⁹², arbeitet mit erneut anderen Zahlen.

b. Konsultations- und Massenentlassungsverfahren

aa. Konsultationsverfahren

aaa. Konsultationspartner auf Arbeitnehmerseite

Im Folgenden werden nicht die technischen Einzelheiten von Konsultations¹⁹³- und Massenentlassungsverfahren, sondern nur die Grundpfeiler sowie Besonderheiten geschildert¹⁹⁴. Zu konsultieren sind zum Teil kombiniert oder in festgelegter Reihenfolge¹⁹⁵ beziehungsweise auf der Grundlage festgelegter Kriterien alternativ¹⁹⁶ Gewerkschaftsvertreter¹⁹⁷, allgemeine oder besondere Arbeitnehmervertretungsorgane auf Betriebs- oder Unternehmensebene¹⁹⁸, Arbeitnehmervertreter¹⁹⁹, teilweise auch die Arbeitnehmer selbst²⁰⁰ oder von ihnen für die Konsultation auserwählte Mitarbeiter²⁰¹. In Luxemburg konnte bis 2018 auch das sog. *comité mixte* Partner sein, was wegen seiner paritätischen Zusammensetzung bemerkenswert ist²⁰².

ment collectif en Belgique, 2010, S. 181 ff.; zu diesem Anspruch auch *Neuprez/Deprez*, *Contrats de travail: L'essentiel*, 6. Aufl. 2016, S. 249 ff.

¹⁹² Art. 5 ff. Arrêté royal relatif à la gestion active des restructurations de 9 mars 2006.

¹⁹³ Einzelheiten in Italien: Art. 24 Nr. 1 iVm Art. 4 Nr. 2 bis 12 sowie 15-bis L. 223/1991; aus der Literatur etwa *Curcuruto*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 257 ff.

¹⁹⁴ Zu einem breiten Überblick, vgl. *Countouris/Deakin/Freedland/Koukiadaki/Prassl*, *Report on collective dismissals*, 2016, S. 57 ff.

¹⁹⁵ Belgien: Art. 6 Abs. 4 Convention Collective de Travail Nr. 24; Art. 66 Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 février 1998 sowie *Wéry*, *Le droit du licenciement collectif en Belgique*, 2010, S. 99 ff.

¹⁹⁶ Vereinigtes Königreich: section 188 Abs. 1B TULR(C)A 1992. Vgl. dazu *Emir*, *Selwyn's Law of Employment*, 19. Aufl. 2016, S. 493 f.

¹⁹⁷ Spanien: Art. 10 Nr. 3 (1) Ley orgánica de libertad sindical; Italien: Art. 24 Nr. 1 iVm Art. 4 Nr. 2 L. 223/1991; zur Auswahl *Curcuruto*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 258. Vereinigtes Königreich: section 188 Abs. 1B lit. a TULR(C)A 1992; Irland: section 2 Abs. F3 lit. a Protection of Employment Act.

¹⁹⁸ Spanien: Art. 51 Nr. 2 ET. Frankreich: Art. L 1233-8, 1233-28 CdT. Österreich, § 109 ArbVG.

¹⁹⁹ Vereinigtes Königreich: als eine Möglichkeit in section 188 Abs. 1B lit. b TULR(C)A 1992. Zur Entwicklung und der besonderen Bedeutung für das englische kollektive Arbeitsrecht, andere als Gewerkschaftsvertreter vorzusehen, vgl. *Neal*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 485, 490 ff.

²⁰⁰ Belgien: Art. 6 Convention Collective de Travail Nr. 24; Art. 66 Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 février 1998 („Loi Renault“). Österreich: § 45a Abs. 4 S. 2 AMFG.

²⁰¹ Irland: section 2 Abs. F3 lit. b Protection of Employment Act.

²⁰² Art. L 166-2 Abs. 3 aF LCdT. Nunmehr: *délégués du personnel* oder Gewerkschaften, mit denen der Ar-

bbb. Informationspflicht

Der Umfang der den Arbeitgeber zu Beginn des Konsultationsverfahrens treffenden Informationspflicht wird in den gesetzlichen Grundlagen üblicherweise konkretisiert²⁰³. Vereinzelt fallen Kataloge auf, die sich sprachlich und systematisch nicht mit Art. 2 Abs. 3 lit. b MERL decken, was jedenfalls dann problematisch erscheint, wenn nicht alle in der MERL genannten Mindestangaben gespiegelt werden²⁰⁴. Von der in Art. 2 Abs. 2 UAbs. 2 MERL vorgesehenen Möglichkeit, zu den Verhandlungen Sachverständige hinzuzuziehen, haben zahlreiche Schwerpunktländer Gebrauch gemacht²⁰⁵.

ccc. Struktur des Konsultationsprozesses

Der Konsultationsprozess wird unterschiedlich strukturiert. Das Konsultationsverfahren kann auf der einen Seite dreigliedrig ausgestaltet sein: Eingangsinformation durch den Arbeitgeber, Konsultationsprozess und schließlich auch als Grundlage der Kündigungen Einigung oder einseitige Schlussklärung des Arbeitgebers²⁰⁶. Es reicht der Versuch einer Einigung²⁰⁷, wobei gesetzessystematisch primär die Einigung und nur sekundär eine einseitige abschließende Erklärung des Arbeitgebers nach Abschluss des Konsultations- und Massentlassungsprozesses Grundlage der Massentlassungen ist²⁰⁸. Bei Scheitern einer Einigung kann die einseitige Erklärung des Arbeitgebers auch durch eine andere Form von Erklärung ersetzt werden wie in Luxemburg durch das Protokoll der Schlichtungsbehörde, die bei fehlender Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern ein zwingendes²⁰⁹ Schlichtungsverfahren

beitgeber einen Tarifvertrag hat, Art. L 166-2 Abs. 3 nFLCdT.

²⁰³ Beispielhaft Spanien: Art. 51 Nr. 2 UAbs. 5 lit. a – g, UAbs. 6 ET. Frankreich: Art. L 1233-30 f. CdT.; Belgien: Art. 6 Abs. 4 Convention Collective de Travail Nr. 24; Art. 66 Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 Fevrier 1998 („Loi Renault“); Luxemburg: Art. L 166-3 LCdT; Irland: section 10 Abs. 2 Protection of Employment Act 1977; Vereinigtes Königreich: section 188 Abs. 4 TULR(C)A 1992.

²⁰⁴ Art. 24 Nr. 1 iVm Art. 4 Nr. 3 L. 223/1991 nennt zB die Auswahlkriterien nicht.

²⁰⁵ Italien: Art. 4 Nr. 5 letzter Satz L. 223/1991; Frankreich: Art. L 1233-34 CdT; Luxemburg: Art. L 166-2 Abs. 4 LCdT.

²⁰⁶ Etwa Italien, vgl. *Mimmo*, in: Basilico/Bracci/Di Paola/Fedele/Mimmo/Sordi (Hrsg.), *Il Licenziamento*, 2016, S. 281, 301 ff.

²⁰⁷ Zum Teil wird ausdrücklich vorgeschrieben, dass in gutem Glauben zu verhandeln ist, vgl. Spanien: Art. 51 Nr. 2 UAbs. 8 ET. Dazu *Valverde* in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 447.

²⁰⁸ Spanien: Art. 51 Nr. 2 UAbs. 12 ET; dazu *Valverde* in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 438; Italien: Art. 4 Nr. 9 L. 223/1991; dazu *Curcuruto*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 261 f., 266.

²⁰⁹ Art. L 166-5 Abs. 1 LCdT.

durchführt²¹⁰. Es kann auf der anderen Seite ausreichen, dass die Verhandlungen zu keinem Ergebnis führen. Kündigung und Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer erfolgen dann auf der Grundlage des allgemeinen Kündigungsschutzrechts²¹¹.

Luxemburg unterteilt die Verhandlungen in zwei Phasen. Zunächst soll es darum gehen, Kündigungen zu vermeiden, ihre Anzahl zu verringern oder ihre Folgen über arbeitsmarktpolitische Maßnahmen wie Kurzarbeit, Anpassung der Arbeitszeit, Weiterbildung und Umschulung, Arbeitnehmerüberlassung, Frühverrentungen abzumildern²¹², während erst danach über eine etwaige finanzielle Kompensation verhandelt werden darf²¹³. Frankreich sieht ebenfalls eine komplexere Struktur vor, weil beim *grand licenciement collectif* zusätzlich danach differenziert wird, ob es um ein Unternehmen oder einen Betrieb mit mehr als 50 Beschäftigten geht oder nicht²¹⁴. Bei Überschreiten des Schwellenwerts trifft den Arbeitgeber die Pflicht, einen *plan de sauvegarde de l'emploi* zu erstellen²¹⁵. Verglichen mit den §§ 111 ff. BetrVG liegt der rechtstechnische Unterschied darin, dass dieser Sozialplan im Code du Travail unmittelbar als Teil des Kündigungsschutzrechts bei der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen und nicht als selbständiges Verfahren geregelt ist²¹⁶. Weil der *plan de sauvegarde de l'emploi* vom Arbeitgeber einseitig aufgestellt werden kann, besteht auch ein wesentlicher materieller Unterschied²¹⁷.

bb. Massentlassungsverfahren

Typischerweise kann die die Anzeige entgegennehmende staatliche Behörde oder eine andere staatliche Institution²¹⁸ bei Scheitern der Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Arbeit-

²¹⁰ Vgl. Art. L 166-2 Abs. 7 LCdT.

²¹¹ § 17 KSchG; auch Österreich, vgl. nur § 45a Abs. 4 S. 1 AMFG mit seinem Verweis auf § 105 ArbVG.

²¹² Art. 166-2 Abs. 2 UAbs. 1, 2 LCdT. Arbeitnehmern, die die damit verbundenen Änderungen nicht hinnehmen, können betriebsbedingt gekündigt werden, vgl. *Moes*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 309, 320 f.

²¹³ Art. 166-2 Abs. 2 UAbs. 3 LCdT; zu den zwei Phasen auch *Putz*, *Das luxemburgische Arbeitsrecht*, 2013, S. 383.

²¹⁴ Art. L 1233-61 CdT.

²¹⁵ Art. L 1233-61 ff. CdT.

²¹⁶ Nämlich als Section 6 des dritten Kapitels im dritten Titel. Dazu auch *Birk*, *FS Konzen*, 2006, S. 11, 16 f.

²¹⁷ Vgl. *Birk*, *FS Konzen*, 2006, S. 11, 16 f.

²¹⁸ Luxemburg: Office national de conciliation, Art. L 166-2 Abs. 7 LCdT.

nehmervvertretern weitere Verhandlungen initiieren²¹⁹ oder vermittelnd eingreifen²²⁰. Es kann sie auch die allgemeine Pflicht treffen, Beratungen oder Verhandlungen durchzuführen²²¹.

Dass eine staatliche Behörde Massenentlassungen genehmigen muss, ist die Ausnahme²²². Verschiedene Rechtsordnungen haben ein Genehmigungserfordernis aufgegeben²²³, was teilweise wie in Spanien auch den Charakter des Konsultationsverfahrens geändert hat, weil dieses bei Letztentscheidungsmacht der Behörde – in der Terminologie des § 112 BetrVG – mehr zum Zwecke der Vereinbarung eines Sozialplans, denn eines Interessenausgleichs genutzt wurde²²⁴.

Das französische Recht differenziert auch bei den Befugnissen der Behörde danach, ob es um ein Unternehmen oder einen Betrieb mit mehr als 50 Beschäftigten geht oder nicht²²⁵. Bei Überschreiten des Schwellenwertes geht es im Wesentlichen um Befugnisse im Zusammenhang mit dem *plan de sauvegarde de l'emploi*²²⁶. Frankreich, welches das die Kündigungen unmittelbar betreffende Genehmigungserfordernis bereits in den 1980er Jahren aufgegeben hat, sieht nunmehr vor, dass die staatliche Behörde den *plan de sauvegarde de l'emploi* unabhängig davon genehmigen muss, ob dieser auf einer Vereinbarung beruht oder einseitig durch

²¹⁹ Italien: Art. 4 Nr. 7 L. 223/1991.

²²⁰ Spanien: Art. 51 Nr. 2 UAbs. 11 ET.

²²¹ Österreich: § 45a Abs. 6 AMFG.

²²² Einen allgemeinen, nicht nur Massenentlassungen erfassenden Zustimmungsvorbehalt entweder (seit 2015 für betriebsbedingte Kündigungen vorrangig) einer staatlichen Behörde oder eines Gerichts kennt das niederländische Recht in Art. 7. 671a Abs. 1 BW; vgl. dazu *Boot/Erkens*, in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 337, 338 f., wobei es bei betriebsbedingten Kündigungen möglich ist, die staatliche Behörde zu ersetzen, indem in einem Tarifvertrag die Zuständigkeit einer Tarifkommission vereinbart wird, ebendort S. 339. Bei der Kündigung wegen *fuorza mayor* genehmigt die staatliche Behörde in Spanien hingegen nicht die Kündigung, sondern lediglich dass ein Fall von *fuorza mayor* überhaupt vorliegt, vgl. *Valverde/Gutiérrez/Murcia*, *Derecho del trabajo*, 26. Aufl. 2017, S. 832; anders freilich die Formulierung bei *Perrote Escartín*, *Manual de derecho del trabajo*, 7. Aufl. 2017, S. 717. Zum griechischen Recht hier nur *Zerdelis*, *RdA* 2016, 245, 254.

²²³ Spanien: bis zur Änderung von Art. 51 ET durch Art. 18 Real Decreto 3/2012 v. 10.2.2012. In Frankreich wurde ein unmittelbarer Genehmigungsvorbehalt bereits 1986 gestrichen, vgl. *Javillier*, *Manuel de droit du travail*, 3. Aufl. 1990, S. 203; *Auzero/Baugard/Dockès*, *Droit du travail*, 31. Aufl. 2017, S. 580, 638 f.; in deutscher Sprache dazu *Kollerbauer*, *EuZA* 2011, 188 ff.; zu dem nunmehr in bestimmten Fällen bestehenden mittelbaren Vorbehalt sogleich Fn. 227 ff. mit Text.

²²⁴ Zu Spanien, vgl. *Valverde* in: Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 439.

²²⁵ Siehe im Einzelnen bei Unterschreiten dieses Schwellenwerts: Art. L 1233-53, L 1233-56 CdT; bei Überschreiten: Art. L 1233-57 ff. CdT.

²²⁶ Änderungsvorschläge durch Behörde, Art. L 1233-57 CdT.

den Arbeitgeber aufgestellt wurde²²⁷. Wird diese Genehmigung nicht erteilt, kann der Arbeitgeber einen neuen *plan* vorlegen²²⁸. Kündigt er trotz fehlender Genehmigung, sind die Kündigungen rechtswidrig und die gekündigten Arbeitnehmer genießen ausnahmsweise Bestandschutz²²⁹. Das läuft auf einen mittelbaren Genehmigungsvorbehalt der Kündigungen selbst hinaus.

Die noch existierenden Genehmigungsvorbehalte haben freilich nicht dieselbe Funktion, was vor allem an dem im hiesigen Zusammenhang ansonsten nicht berücksichtigten niederländischen Recht illustriert werden kann. Der niederländische Genehmigungsvorbehalt wird als präventiver Rechtsschutz verstanden. Es soll also nur vorher geprüft werden, was in anderen Rechtsordnungen in einem Kündigungsschutzprozess nachgelagert bewertet wird²³⁰. Im französischen Recht hingegen wird über die dem Arbeitgeber im Rahmen des *plan de sauvegarde de l'emploi* durch Gesetz auferlegten und durch die staatliche Behörde kontrollierten Pflichten²³¹ durchaus auch versucht, das Arbeitgeberverhalten zu beeinflussen.

c. Gerichtliche Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensschritte²³²

Es ist regelmäßig Aufgabe der Gerichte, das Einhalten der Verfahrensschritte zu kontrollieren²³³. Ein entsprechendes Verfahren einleiten können teilweise nicht nur die betroffenen Arbeitnehmer²³⁴, sondern auch der Arbeitgeber²³⁵ oder die jeweiligen Arbeitnehmervertreter²³⁶. Zudem wird vereinzelt vorgesehen, dass auch die staatliche Behörde Klagebefugnisse hat²³⁷.

²²⁷ Art. L 1233-57-1 CdT.

²²⁸ Art. L 1233-57-7 CdT.

²²⁹ Art. L 1235-10 Abs. 1 CdT; vgl. *Auzero/Baugard/Dockès*, *Droit du travail*, 31. Aufl. 2017, S. 644 ff.

²³⁰ *Boot/Erkens*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 337, 338 f. (präventives System).

²³¹ Art. L 1233-57-2 f. CdT und dazu *Auzero/Baugard/Dockès*, *Droit du travail*, 31. Aufl. 2017, S. 652 ff.

²³² Zur gerichtlichen Überprüfung der Zweckmäßigkeit der Massenentlassungen bereits oben Fn. 148 ff. mit Text.

²³³ Vgl. den Überblick von *Countouris/Deakin/Freedland/Koukiadaki/Prassl*, *Report on collective dismissals*, 2016, S. 84 ff. In Irland tritt an die Stelle eines Gerichts die sog. *Workplace Relations Commission* nach dem *Workplace Relations Act 2015*, vgl. *section 11A Protection of Employment Act 1977*.

²³⁴ Beispielsweise Belgien: Art. 67 Abs. 1 *Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 fevrier 1998*. Irland: *section 11A Protection of Employment Act 1977* iVm *section 41 Workplace Relations Act 2015* (vgl. aber auch Fn. 233).

²³⁵ Spanien: Art. 124 Nr. 3 *Ley 36/2011*.

²³⁶ Spanien: Art. 124 Nr. 1 *Ley 36/2011*; Belgien: Art 76 Abs. 2 *Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 fevrier 1998*.

²³⁷ Spanien: Art. 51 Nr. 6 *UAbs. 2 ET Klagerecht gegen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern*, um geltend zu machen, dass diese durch Betrug, Nötigung oder Rechtsmissbrauch zustan-

In Rechtsordnungen mit mehreren Überprüfungskanälen ist die individuelle Kündigungsschutzklage aus systematischer Sicht typischerweise nicht der Normalfall der gerichtlichen Überprüfung²³⁸. Es geht so weit, dass die Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage nur erheben können, wenn zuvor Arbeitnehmer- oder Gewerkschaftsvertreter die Massenentlassung (betriebsintern) angefochten haben²³⁹ oder dass eine Klage der Arbeitnehmervertreter die individuellen Kündigungsschutzklageverfahren hemmt²⁴⁰ und auch anderen Verfahren - eingeleitet durch den Arbeitgeber oder die staatliche Behörde – vorgeht²⁴¹. Die individuelle Kündigungsschutzklage kann das nachrangigste Mittel sein²⁴². Ein anderes Modell ist, es vom geltend gemachten Verfahrensfehler abhängig zu machen, wer klagen kann²⁴³.

d. Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Verfahren

Einige Rechtsordnungen sehen die Möglichkeit der Heilung bestimmter Mängel vor²⁴⁴. Ausnahmslos Abfindungsschutz gewährt im Ergebnis kaum eine Rechtsordnung, weil für bestimmte, mehr²⁴⁵ oder minder²⁴⁶ zentrale und praktisch relevante Verstöße ausnahmsweise Bestandsschutz gewährt wird²⁴⁷. Rechtsordnungen, die bei Verstößen gegen das für Massen-

de gekommen sind sowie wenn Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu Unrecht gewährt werden könnten.

²³⁸ Vgl. etwa Spanien, wo in Art. 124 Ley 36/2011 zuerst das Klagerecht der Arbeitnehmervertreter und erst anschließend in Art. 124 Nr. 13 Ley 36/2011 die individuelle Kündigungsschutzklage erwähnt wird.

²³⁹ So in Belgien, vgl. Art. 67 Abs. 2 Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi du 13 février 1998; dazu *Wéry*, *Le droit du licenciement collectif en Belgique*, 2010, S. 216 ff.

²⁴⁰ Spanien: Art. 51 Nr. 6 UAbs. 1 S. 2 ET.

²⁴¹ Spanien, wo eine Klage der Arbeitnehmervertreter allen anderen möglichen Verfahren vorgeht, vgl. dazu und der jeweiligen rechtlichen Konstruktion *Perrote Escartín*, *Manual de derecho del trabajo*, 7. Aufl. 2017, S. 771 ff.; *Valverde* in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 441, 449 f.

²⁴² Spanien, vgl. *Valverde* in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 450.

²⁴³ So das Vereinigte Königreich in section 189 Abs. 1 TULR(C)A 1992; dazu *Neal*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 485, 498.

²⁴⁴ Italien: Art. 4 Nr. 12 L. 223/1991 durch Kollektivvertrag, also bei späterer Einigung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaftsvertretern; zu den Anforderungen und Grenzen näher *Carinci/Tamajo/Tosi/Treu*, *Diritto del lavoro*, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, S. 497 f.; *Curcuruto*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 247, 265.

²⁴⁵ Spanien: Art. 124 Nr. 11 UAbs. 4 Ley 36/2011, insbesondere wenn der Arbeitgeber das Verfahren nach Art. 51 Nr. 2 ET nicht durchgeführt oder die ihm in Art. 51 Nr. 2 ET auferlegten Informationspflichten nicht eingehalten hat, wenn der Arbeitgeber das bei Kündigung wegen *fuera mayor* in Art. 51 Nr. 7 ET vorgesehene Verfahren nicht einhält oder wenn die unternehmerische Maßnahme Grundrechte verletzt. Daneben noch, wenn gegen die Vorgaben zur Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer (Fn. 131 mit Text) verstoßen wird, Art. 124 Nr. 13 lit. a (4) Ley 36/2011. Österreich: § 45a Abs. 5 AMFG für Kündigungen ohne Anzeige bei der staatlichen Behörde oder nach Anzeige, aber vor Ablauf der Wartefrist.

²⁴⁶ Italien: Nichteinhalten des Schriftformerfordernisses, also mündliche Kündigung, oben Fn. 122.

²⁴⁷ Siehe auch den Überblick von *Countouris/Deakin/Freedland/Koukiadaki/Prassl*, *Report on collective dis-*

entlassungen zentrale Konsultations- oder Massenentlassungsverfahren Abfindungsschutz gewähren, sind: Italien²⁴⁸, das Vereinigte Königreich²⁴⁹ und Irland²⁵⁰. Eine Nichtigkeit oder Unwirksamkeit derartiger Massenentlassungen nimmt neben Deutschland vor allem Spanien²⁵¹ an. Nach französischem Recht besteht Bestandsschutz, wenn ein im Rahmen einer Massenentlassung erforderlicher *plan de sauvegarde de l'emploi* nicht genehmigt worden ist oder die Genehmigung aufgehoben wurde²⁵². Die letztgenannten Rechtsordnungen flankieren und schützen die verfahrensrechtlichen Schritte bei Massenentlassungen in besonderem Maße²⁵³. Im Recht Luxemburgs kann der Arbeitnehmer wie erwähnt zwischen Bestands- und Abfindungsschutz wählen²⁵⁴.

Es finden sich auch von dem Grundmuster Abfindungs- oder Bestandsschutz abweichende Sanktionen, wenn Verstöße ergänzend einen Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand erfüllen²⁵⁵. Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht bei der Behörde wird im Vereinigten Königreich ausschließlich als Straftat geahndet²⁵⁶. Vereinzelt wird in den normativen Grundlagen auch keine Sanktion angeordnet²⁵⁷.

Erheben nicht die betroffenen Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, sondern klagen die Arbeitnehmervertreter, der Arbeitgeber oder die staatliche Behörde, kann es um andere Rechtsfolgen wie die Nichtigkeit der Vereinbarung zum Ende des Konsultationsverfahrens gehen²⁵⁸,

missals, 2016, S. 84 ff.

²⁴⁸ Oben Fn. 122.

²⁴⁹ Sog. *protective award*, section 189 TULR(C)A 1992.

²⁵⁰ Section 11A lit. c Protection of Employment Act 1977 (höchstens Lohn von vier Wochen), wobei der Arbeitgeber auch gehalten werden kann, sich an seine Pflichten zu halten, section 11A lit. b Protection of Employment Act. Selbst eine vor der Entlassungssperre erfolgte Kündigung ist aber nicht unwirksam, vgl. *Kerr*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 231, 242.

²⁵¹ Vgl. Fn. 245.

²⁵² Art. L 1233-61 und 62 iVm Art. L 1235-10 und 11.

²⁵³ Zu Spanien, vgl. *Valverde* in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 446.

²⁵⁴ Art. L 166-5 Abs. 1 UAbs. 2 (Bestandsschutz), Art. L 166-2 Abs. 8 UAbs. 4 LCdT; dazu *Putz*, *Das luxemburgische Arbeitsrecht*, 2013, S. 386.

²⁵⁵ Teilweise zusätzlich zu den arbeitsrechtlichen Sanktionen im französischen Recht, vgl. Art. R 1238-2, 1238-5 CdT. Zum belgischen Recht, *Wéry*, *Le droit du licenciement collectif en Belgique*, 2010, S. 250 ff., 261 ff. Zu Irland: Section 11, 13, 18 Abs. 3 Protection of Employment Act 1977.

²⁵⁶ Section 194 TULR(C)A 1992.

²⁵⁷ Belgien, dazu und zu den dennoch möglichen Sanktionen *Wéry*, *Le droit du licenciement collectif en Belgique*, 2010, S. 213 f.

²⁵⁸ Spanien, bei Klage der Behörde (Fn. 237).

die insbesondere dann mittelbar jedoch auch die Kündigungen betreffen können, wenn sie zur Folge haben, dass das Konsultationsverfahren als nicht eingehalten gilt²⁵⁹. Zum Teil werden die Rechtsfolgen solcher Klagen aber auch an das Muster der unrechtmäßigen Kündigung bei Massenentlassung angeglichen²⁶⁰.

IV. Bewertung und Ergebnisse

(1) Dass die MERL wegen ihres begrenzten materiellrechtlichen Gehalts im Gesamtkomplex der mitgliedstaatlichen Herangehensweise an Kündigungen aus betriebsbedingten oder wirtschaftlichen Gründen keine herausragende Bedeutung einnimmt, war zu erwarten. Es überrascht auch nicht, dass die MERL in den Auseinandersetzungen um Lockerungen des Kündigungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen im Zusammenhang mit den Reformen in Spanien, Italien und jüngst Frankreich keine nennenswerte Rolle gespielt hat, weil es um grundlegendere Fragen dieser Rechtsordnungen ging als um die im Grundsatz nicht in Frage gestellten Konsultationspflichten und die Anzeigepflicht bei der staatlichen Behörde.

(2) Die den Mitgliedstaaten von der MERL auferlegten Pflichten sind in sämtlichen untersuchten Rechtsordnungen fester Bestandteil des Rechts der Kündigung aus betriebsbedingtem oder wirtschaftlichem Grund. Dabei geht im rechtlichen Gesamtkomplex durchaus unter, dass diese Pflichten einen unionsrechtlichen Hintergrund haben, wenn man sich etwa die verschiedenen Strukturen vor Augen führt, die das Konsultationsverfahren einnimmt (dreigliedrige Ausgestaltung mit Eingangsinformation durch den Arbeitgeber, Konsultationsprozess und schließlich auch als Grundlage der Kündigungen Einigung mit den Arbeitnehmervertretern, einseitige Schlusserklärung des Arbeitgebers oder zwingendes Schlichtungsverfahren; zweigliedrige Struktur mit Eingangserklärung und Verhandlungen, während die übrigen Fragen dem sonstigen mitgliedstaatlichen Recht vorbehalten bleiben; unterschiedliche Gestaltungen des Verhandlungsprozesses mit Einteilung in verschiedene Phasen oder Verknüpfung mit einem zwingenden Sozialplan). Die MERL lässt auch die unterschiedlichsten Systematisierungen

²⁵⁹ Was nicht immer hinreichend klargestellt wird. Wird im spanischen Recht etwa die Vereinbarung zwischen Arbeitnehmervertreter und Arbeitgeber nach Klage durch die Behörde (Fn. 237) für nichtig erklärt und kündigt der Arbeitgeber dennoch, liegt wegen Art. 51 Nr. 2 UAbs. 13 ET zwar nahe, dass der Fall dann behandelt wird wie eine Massenentlassung ohne Einhaltung des Verfahrens – dann Bestandsschutz (Fn. 245) – doch wurde kein ausdrücklicher dahingehender Hinweis gefunden.

²⁶⁰ So Spanien bei Klage der Arbeitnehmervertreter über eine Rechtskraftkonstruktion, vgl. Art. 124 Nr. 11, Nr. 7, Nr. 13 b Ley 36/2011; dazu *Valverde* in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 435, 449.

gen der Kündigungsgründe zu, ist bei der Auswahl der zu konsultierenden Arbeitnehmervertreter offen und lässt sich in verschiedenste Kündigungsschutz- und Sanktionssysteme mit wie auch immer ausgestalteten Vorgaben der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer sowie Abfindungs- oder Bestandsschutz in allen ihren Varianten einbauen. Man kann ein solches Aufgehen im Gesamtregelungskomplex durchaus als gelungenes Zusammenspiel von unionsrechtlicher Vorgabe und mitgliedstaatlichem Recht bezeichnen: Die MERL als solche ist weit genug gefasst, um sich in die Vielfalt der unterschiedlichsten rechtlichen Rahmen einzufügen.

(3) Der EuGH hat das Konsultationsverfahren in seiner Bedeutung überhöht, das Konsultations- und das Massenentlassungsverfahren aber nicht in ihrem Wesen verändert. Die Entscheidung in der Rs. Junk ist durch die MERL schlüssig vorgegeben. Die MERL wurde in der Rechtsprechung des EuGH aber nicht zu einem Instrument umgebaut, dessen unmittelbare Funktion es ist, Massenentlassungen zu verhindern. Der Gerichtshof hat im Gegenteil jüngst betont, dass Niederlassungsfreiheit und unternehmerische Freiheit es umfassen, Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung im Bestimmungsland festzulegen und hierbei gegebenenfalls auch Massenentlassungen als grundlegende Entscheidung im Leben eines Unternehmens vorzunehmen. In diesem Rahmen lässt die MERL den Mitgliedstaaten als Mindestbestimmung in diesem Rahmen breiten Raum, die Anforderungen an das Konsultationsverfahren und das Massenentlassungsverfahren strenger zu formulieren, weitere Personengruppen einzubeziehen oder besonders strenge Sanktionen an die Verletzung von Pflichten aus der MERL zu knüpfen.

(4) Bei bestimmten Aspekten der MERL lässt der Gerichtshof durchaus Vielfalt in den mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechten zu, wenn man etwa an sein Urteil zu eingeschränkten Klagemöglichkeiten der Arbeitnehmer denkt oder sich daran erinnert, dass von ihm nicht verlangt wird, dass eine Kündigung unwirksam sein muss, wenn Verfahrensverstöße vorliegen oder das Verfahren (nicht rechtzeitig) durchgeführt worden ist. Dort, wo der EuGH dann aber Einheitlichkeit über Vielfalt setzt, stößt die Integrierbarkeit der MERL an ihre Grenzen. Der rechtsvergleichende Überblick zeigt, dass die Mitgliedstaaten nicht willens sind, ihr Gesamtsystem an der MERL auszurichten oder Parallelstrukturen für das Konsultationsverfahren vorzusehen. So wird in denjenigen Rechtsordnungen, die den Kündigungsschutz unternehmensbezogen ausgestaltet haben, weitgehend ignoriert, dass die MERL spätestens nach den ein-

schlägigen Urteilen des EuGH an den Betrieb anknüpfen soll²⁶¹, selbst wenn wie jüngst in Frankreich die Struktur der Arbeitnehmervertretung vollständig überarbeitet wurde²⁶². Auch die Entscheidungen des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff stoßen überwiegend auf Schweigen²⁶³, wobei im italienischen Recht die *dirigenti* ausdrücklich in das Umsetzungsgesetz einbezogen worden sind²⁶⁴. Ob die in diesem Punkt verschiedentlich ohnehin unsicheren mitgliedstaatlichen Rechte den Vorgaben zur Änderungskündigung genügen, wird soweit ersichtlich kaum erörtert.

(5) Die fehlende Akzeptanz solcher Urteile ist schon angesichts des Verhältnisses der materiellrechtlichen Substanz von MERL auf der einen und mitgliedstaatlicher Gesamtregelung auf der anderen Seite in der Sache nachvollziehbar. Der EuGH hätte andere Bezugsebenen als die des Betriebs zulassen sollen, zumal er selbst den Standpunkt eingenommen hat, dass nicht alle Sprachfassungen der MERL einen Betriebsbezug herstellen. Die Rechtsprechung zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff könnte durch ein dogmatisch im Übrigen treffenderes Institut einer Rechtsmissbrauchskontrolle ersetzt werden, welches daran anknüpft, ob eine Person nach dem einschlägigen mitgliedstaatlichen Recht eigentlich Arbeitnehmer ist, dann in dieser Rechtsordnung aber ohne Grund von dem persönlichen Anwendungsbereich der unionsrechtlich geregelten arbeitsrechtlichen Frage ausgenommen wird.

(6) Bei einer Richtlinie mit begrenztem Regelungsgehalt wie der MERL besteht aus der mitgliedstaatlichen Perspektive Anlass, darüber nachzudenken, die Bruchstellen mit dem mitgliedstaatlichen Recht so zu gestalten, dass unvorhergesehene Entwicklungen auf der unionsrechtlichen Ebene in den Mitgliedstaaten ohne große Verwerfungen aufgefangen werden kön-

²⁶¹ Es finden sich nur einzelne Hinweise, vor allem in Spanien: Urteile des Tribunal Supremo vom 17. 10. 2016 (Nr. 848/2016) und 6. 4. 2017 (Nr. 3566/2015) welche klarstellen, dass in Folge der EuGH-Rechtsprechung der Begriff *empresa* richtlinienkonform (auch) als Betrieb (*centro de trabajo*) ausgelegt werden kann, sofern aufgrund der Anknüpfung an die *empresa* die Schwellenwerte im Einzelfall nicht erreicht werden sollten. Dem Urteil grundsätzlich zustimmend *Basterra Hernández*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 2017, 377, 383, welcher allerdings anregt, dass aus Gründen der Rechtssicherheit der Wortlaut des Art. 51.1 ET geändert werden sollte.

²⁶² In Frankreich ersetzt das *comité social et économique* die bisherigen Arbeitnehmervertretungsstrukturen, vgl. dazu nur *Loiseau*, Dr. soc. 2017, 1044 ff.

²⁶³ Vereinzelt wird in der Literatur auf die fehlende Vereinbarkeit mit dem Arbeitnehmerbegriff des EuGH hingewiesen, Frankreich: *Laulom*, Semaine Sociale Lamy 2015, Nr. 1702 Supplément, S. 12 f.; Irland: *Kerr*, in: *Cosio/Curcuruto/Di Cerbo/Mammone* (Hrsg.), 2017, *Collective Dismissal in the European Union*, S. 231, 233.

²⁶⁴ Art. 24 Nr. 1 L. 223/1991: *compresi i dirigenti*. Seit Ergänzung von Art. 24 Nr. 1 L. 223/1991 durch L. 161/2014. Die Sanktion bei rechtswidriger Kündigung findet sich in Art. 24 Nr. 1-quinquies L. 223/1991.

nen. Eine isolierte Umsetzung wie in § 17 KSchG scheint daher einem vollständigen Einbau in größere Regelungskomplexe vorzugswürdig, weil so die anderen rechtlichen Aspekte wie beispielsweise im deutschen Recht die §§ 111 ff. BetrVG vom Unionsrecht von vornherein auch nicht mittelbar berührt werden. Eine weniger starke, Art. 6 MERL aber noch genügende Sanktionierung trägt ebenfalls zu einem pragmatischen Umgang mit der MERL bei. Für den Umgang mit der Rs. Balkaya weist der rechtsvergleichende Überblick eine die Schaffung zusätzlicher Strukturen vermeidende Lösung auf, wenn immer wieder vorgesehen ist, dass die Arbeitnehmervertreter selbst oder von ihnen für die Konsultation auserwählte Mitarbeiter Partei des Konsultationsverfahrens sein können²⁶⁵.

²⁶⁵ Oben Fn. 200 f.; was im deutschen Recht möglicherweise auch ohne Gesetzesänderung kraft richtlinienkonformer Auslegung möglich wäre. Dafür, dass eine Konsultation nicht möglich ist *Spelge*, EuZA 2018, 67, 73.