

Recht

Anzeigepflichtige Entlassungen

vbw

Info Recht
Stand: Juni 2024

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage www.vbw-bayern.de/InfoRecht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Anzeigepflichten und Verfahrensabläufe bei Massentlassungen

Die wirtschaftlichen Auswirkungen von weltweiten Krisen wie die Corona-Pandemie, der Krieg in der Ukraine und zuletzt der Nahost-Konflikt haben auch Personalabbau- und Umstrukturierungsmaßnahmen zur Folge.

Das Kündigungsschutzgesetz sieht bei Entlassungen einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern, sogenannten Massentlassungen, besondere Anzeigepflichten und Verfahrensabläufe vor. Sie sollen den Agenturen für Arbeit die Möglichkeit geben, arbeitsmarktpolitische Instrumente rechtzeitig und gezielt einzusetzen, und so die wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Betroffenen abzufedern.

Für Arbeitgeber sind die Vorschriften zu diesen anzeigepflichtigen Entlassungen vor allem bei Umstrukturierungsprozessen von großer Bedeutung. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts aus den vergangenen Jahren zeigen erhebliche Auswirkungen in der Praxis.

Unsere Broschüre beschreibt die Erfordernisse bei Erstellen einer Massentlassungsanzeige und erläutert das erforderliche betriebliche Informations- und Konsultationsverfahren.

Bertram Brossardt
05. Juni 2024

Inhalt

1	Einführung	1
2	Risiken bei der Durchführung des Massenentlassungsverfahrens	3
3	Das Massenentlassungsverfahren nach § 17 Abs. 1 KSchG	5
3.1	Betrieblicher Anwendungsbereich	5
3.1.1	Europäischer Betriebsbegriff	6
3.1.2	Nationaler Betriebsbegriff	6
3.2	Arbeitgeber für das Massenentlassungsverfahren	12
3.3	Persönlicher Geltungsbereich: Betroffener Personenkreis	13
3.3.1	Nationaler Arbeitnehmerbegriff	13
3.3.2	Europäischer Arbeitnehmerbegriff	13
3.4	Sachlicher Geltungsbereich	17
3.4.1	Entlassungsbegriff	17
3.4.2	Verhältnis der Entlassungen zur Anzahl der Arbeitnehmer	17
3.4.3	Zeitraum der Entlassungen	28
4	Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG	38
4.1	Überblick über das Konsultationsverfahren	38
4.2	Konsultation der zuständigen Arbeitnehmervertretung(en)	39
4.2.1	Konsultation der Arbeitnehmervertretung bei deckungsgleichem Verständnis des Betriebsbegriffs durch EuGH und BAG	39
4.2.2	Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen bei betriebs- oder unternehmensübergreifendem Personalabbau	40
4.2.3	Vorgehen bei Delegation der Zuständigkeit durch die Arbeitnehmervertretungen	41
4.2.4	Vorgehen bei unterbliebener Delegation der Zuständigkeit	42
4.2.5	Konsultation bei Kündigungen von leitenden Angestellten und Fremdgeschäftsführern	43
4.2.6	Zuständigkeit bei Kündigungen von schwerbehinderten Menschen	44
4.3	Unterrichtung des Betriebsrats	45
4.3.1	Zeitpunkt der Unterrichtung des Betriebsrats	45
4.3.2	Beachtung der Konzernklausel gemäß § 17 Abs. 3a KSchG	46
4.3.3	Inhalt der Unterrichtung	48
4.3.4	Einhaltung der Schriftform	54
4.3.5	Weiterleitung einer Abschrift des Unterrichtungsschreibens an die Agentur für Arbeit	54

4.3.6	Stellungnahme des Betriebsrats	55
4.4	Beratung mit dem Betriebsrat	55
4.5	Ende des Konsultationsverfahrens	56
4.6	Beteiligung des Europäischen Betriebsrats	57
4.7	Fehlen eines Betriebsrats	57
4.8	Verbindung mit weiteren Beteiligungsrechten	57
4.9	Weiterleitung der Stellungnahme des Betriebsrats an die Agentur für Arbeit	59
4.10	Änderung der Sachlage	60
4.11	Rechtsfolgen der fehlerhaften Konsultation	60
5	Die Erstattung der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit (§ 17 Abs. 3 KSchG)	61
5.1	Form der Anzeige	61
5.2	Zuständigkeit der Agentur für Arbeit	62
5.3	Inhalt der Massentlassungsanzeige	63
5.3.1	Auflistung der Pflichtangaben	63
5.3.2	Sollangaben	63
5.3.3	Stellungnahme des Betriebsrats	63
5.4	Rechtsfolgen fehlerhafter Angaben in der Massentlassungsanzeige	66
5.5	Zeitpunkt der Erstattung der Massentlassungsanzeige	67
5.6	Vorsorgliche Erstattung der Massentlassungsanzeige	67
5.7	Rücknahme der Massentlassungsanzeige	67
5.8	Pflicht zur Weitergabe der Massentlassungsanzeige an den Betriebsrat	68
6	Beachtung der Entlassungssperre	69
7	Verhängung und Beginn einer Sperrfrist	70
7.1	Dauer der Sperrfrist	70
7.2	Rückwirkende Zustimmung durch die Agentur für Arbeit	70
7.3	Verlängerung der Sperrfrist	71

7.4	Entscheidungen der Agentur für Arbeit	72
7.5	Kündigungen während der Sperrfrist	72
7.5.1	Hemmung der Wirksamkeit der Kündigung	72
7.5.2	Die Stellung des Arbeitnehmers	73
7.5.3	Besonderheiten bei stufenweiser Entlassung	73
8	Die Freifrist	74
Anhang		75
Ansprechpartner/Impressum		79

1 Einführung

Bedeutung und Voraussetzung des Massenentlassungsverfahrens

Das Massenentlassungsverfahren spielt im Rahmen von größeren Personalabbau- und Umstrukturierungsmaßnahmen eine zunehmend größere Rolle. Sobald der Arbeitgeber innerhalb von 30 Kalendertagen eine bestimmte Zahl von Kündigungen ausspricht oder andere Maßnahmen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen ergreift, sind die Massenentlassungsvorschriften der §§ 17 ff. KSchG zu beachten.

Das Massenentlassungsverfahren besteht aus dem Anzeigeverfahren nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG und dem Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG. Der Arbeitgeber ist nach § 17 Abs. 1 KSchG verpflichtet, gegenüber der zuständigen Agentur für Arbeit eine Anzeige zu der geplanten Massenentlassung zu erstatten, bevor er die Kündigungen erklärt bzw. Arbeitsverhältnisse auf andere Art und Weise beendet (z. B. durch Abschluss von Aufhebungsverträgen).

Bei der Durchführung von Massenentlassungen sind neben den kündigungsschutzrechtlichen Vorgaben der §§ 17 ff. KSchG zusätzlich auch die Vorgaben der europäischen Massenentlassungsrichtlinie (MERL 98/59/EG) zu berücksichtigen, wobei zwischen dem Gesetzeswortlaut des § 17 KSchG und der Auslegung der MERL 98/59/EG zum Teil erhebliche Divergenzen bestehen. Während die Vorschrift des § 17 KSchG nach ihrem Wortlaut und der Systematik im Kündigungsschutzgesetz allein arbeitsmarktpolitische Zwecke – Abfederung der Auswirkungen von Massenentlassungen durch frühzeitige Information der Bundesagentur für Arbeit – verfolgt, stellen der Europäische Gerichtshof (EuGH) und ihm inzwischen folgend das Bundesarbeitsgericht (BAG) (BAG vom 23. März 2006 – 2 AZR 343/05) unter richtlinienkonformer Auslegung der Massenentlassungsrichtlinie (MERL 98/59/EG) den individuellen Schutz der Arbeitnehmer vor Entlassung in den Vordergrund.

Eine parallele Berücksichtigung von nationalen Kündigungsvorschriften und sekundärem EU-Recht führt allerdings gerade bei der Umsetzung von Massenentlassungen zu erheblicher Rechtsunsicherheit und stellt die Rechtsanwender in der betrieblichen Praxis inzwischen vor kaum zu überwindende Hindernisse. Die Rechtsprechung des BAG und des EuGH befindet sich derart „im Fluss“, dass die Auslegung und Bewertung einzelner unbestimmter Rechtsbegriffe in der MERL 98/59/EG und in § 17 KSchG – z. B. Einordnung des Betriebs- und Arbeitnehmerbegriffs – kaum prognostizierbar sind. Hierdurch wird die rechtssichere Durchführung des Massenentlassungsverfahrens nachhaltig erschwert.

Zudem hat die Rechtsprechung die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der zu erhebenden Anzeige in den zurückliegenden Jahren stetig erhöht. Als Folge dieser Entscheidungen wird die nach § 17 KSchG vorzunehmende Anzeige der Massenentlassung nahezu in jedem „betriebsbedingt veranlassten“ Kündigungsschutzprozess von der Arbeitnehmerseite standardmäßig mit Nichtwissen bestritten.

Einführung

Vor Einleitung etwaiger Personalabbaumaßnahmen ist daher bei der Prüfung, ob und inwieweit die Anzeige einer Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit zu erheben ist, nicht nur die Rechtsprechung des BAG, sondern zusätzlich auch die Rechtsprechung des EuGH einzubeziehen. Bei Durchführung etwaiger Personalabbaumaßnahmen ist insbesondere zu klären, ob eine oder mehrere Massenentlassungsanzeigen zu erstellen und bei einer oder mehreren Agenturen für Arbeit einzureichen sind (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19).

Des Weiteren ist der Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 KSchG verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigungen oder anderen Entlassungsmaßnahmen den Betriebsrat zu beteiligen (Konsultationsverfahren). In jüngster Zeit hat ein Landesarbeitsgericht zudem die Auffassung vertreten, dass vor der Entlassung der Arbeitnehmer auch die nach § 177 SGB IX gebildete Schwerbehindertenvertretung vom Arbeitgeber zu konsultieren ist, da diese bei unionsrechtskonformer Anwendung der MERL 98/59/EG eine Arbeitnehmervertretung i. S. d. Art. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Buchstabe b der MERL 98/59/EG sei und damit als „Betriebsrat“ i. S. d. § 17 Abs. 2 KSchG einzustufen sei.

Falls das Massenentlassungsverfahren (Erhebung der Massenentlassungsanzeige und/oder Durchführung des Konsultationsverfahrens) fehlerhaft durchgeführt wird, kann dies nach der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Kündigungen führen. Das vollständige Unterlassen einer rechtlich gebotenen Erhebung einer Massenentlassungsanzeige führt jedenfalls zur Unwirksamkeit der anzeigepflichtigen Entlassungen. Im Übrigen differenziert die Rechtsprechung zwischen fehlenden und fehlerhaften Angaben bei der Erhebung der Massenentlassungsanzeige. Das Fehlen einer Pflichtangabe führt nach § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG zur Unwirksamkeit der Anzeige. Bei lediglich fehlerhafter Angabe einer der Pflichtangaben kommt es auf die Auswirkungen und die Erkennbarkeit der fehlerhaften Angaben an.

2 Risiken bei der Durchführung des Massenentlassungsverfahrens

Praktische und rechtliche Probleme

Im Rahmen des vom Arbeitgeber durchzuführenden Konsultations- und Massenentlassungsanzeigeverfahrens sind zahlreiche Fragen rechtlich ungeklärt und streitig. Dies birgt für die Rechtsanwender (Berater und Unternehmen) erhebliche Risiken in sich. Zur Vermeidung etwaiger Risiken können einzelne ungelöste Rechtsprobleme durch ein doppelgleisiges oder ggf. sogar mehrgleisiges Vorgehen reduziert werden. Beispielsweise stellt sich häufig die Frage, welche Arbeitnehmervertretung vom Arbeitgeber zu konsultieren oder bei welcher Agentur für Arbeit die Massenentlassungsanzeige einzureichen ist. Aus Gründen äußerster rechtlicher Vorsicht wird im Folgenden in diesen Fällen ein doppel- oder mehrgleisiges Verfahren empfohlen (z. B. Konsultation des Betriebsrates und des Gesamtbetriebsrats oder Erstattung von Massenentlassungsanzeigen bei mehreren Agenturen für Arbeit).

Des Weiteren ist auch zu beachten, dass etwaige Aussagen oder schriftliche Erklärungen der Agenturen für Arbeit im Zusammenhang mit der Massenentlassungsanzeige häufig nicht im Einklang mit der Rechtsprechung stehen. Da selbst etwaige Bescheide der Arbeitsagenturen weder gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern noch der Arbeitsgerichtsbarkeit materielle Bindungswirkung erzeugen, können sich die Unternehmen im Massenentlassungsverfahren nicht auf Erklärungen, Durchführungsanweisungen oder Bescheide der Agenturen für Arbeit verlassen, sondern müssen in eigener Verantwortung in Abstimmung mit ihren Beratern eine Anzeigepflicht prüfen und das Massenentlassungsverfahren durchführen.

Ziel ist es, die Unternehmen und ihre Berater für die bestehenden rechtlichen und praktischen Probleme im Massenentlassungsverfahren zu sensibilisieren und möglichst rechtssichere Lösungswege aufzuzeigen. In Anbetracht der drohenden negativen Rechtsfolgen einer fehlerhaften oder unzureichenden Massenentlassungsanzeige oder Konsultation des Betriebsrats (Unwirksamkeit der Entlassungen, also der Kündigungen, Aufhebungsverträge oder dreiseitigen Verträge) müssen sich die Unternehmen im Vorfeld der Betriebsänderung mit den Rechtsfragen und Problemen im Massenentlassungsverfahren befassen. Die Auseinandersetzung mit dieser Materie muss frühzeitig, also deutlich vor den Beratungen zum Interessenausgleichsverfahren erfolgen. Dies ist insbesondere auch deshalb zwingend erforderlich, weil der Arbeitsaufwand für die Personalabteilungen außerordentlich hoch ist und das Massenentlassungsverfahren nur mit Kenntnissen und unter Beachtung der eindringlichen Hinweise seitens der rechtsberatenden Verbände ernsthaft und erfolgreich betrieben werden kann.

Folgende Grundprinzipien in der Beratungspraxis und bei der Umsetzung des Massenentlassungsverfahrens sind zu beachten:

Risiken bei der Durchführung des Massenentlassungsverfahrens

- Zunächst wird unter allen Gesichtspunkten geprüft, ob eine Massenentlassungsanzeige unter irgendeiner in Betracht kommenden Rechtsauffassung notwendig wird.
- Sollte dies unter mehreren Gesichtspunkten notwendig sein, sollten für alle Fallvarianten Konsultationsschreiben angefertigt und Massenentlassungsanzeigen erstattet werden.
- Sind Arbeitnehmer je nach angewandtem Rechtsstandpunkt mitzuzählen bzw. nicht mitzuzählen, stellt sich die Frage, ob dies im Rahmen einer Massenentlassungsanzeige erläutert werden kann (durch weitere Anlagen und Hinweise bei welcher Anlage was berücksichtigt wurde) oder ob eine weitere Massenentlassungsanzeige sinnvoller ist. Auch hier erfolgt das Konsultationsverfahren immer synchron mit der anschließend abzugebenden Massenentlassungsanzeige.
- Auch die Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung oder der Arbeitnehmervertretungen, also im Zweifelsfalle aller in Betracht kommenden Arbeitnehmervertretungen werden für jede Variante im Entwurf gefertigt und von den einzelnen Betriebsratsgremien eingefordert.
- Ziel dieser Vorgehensweise ist es, für jede Massenentlassungsanzeige eine Stellungnahme des jeweiligen Gremiums sowie eine Massenentlassungsanzeige zu erhalten, die exakt das wiedergibt, was in den Konsultationsschreiben an die Arbeitnehmervertretungen mitgeteilt wurde.

Diese Vorgehensweise ist in der Praxis zwar extrem aufwendig und vielfach auch weder für die Arbeitsagentur noch für die Unternehmen nachvollziehbar. Sie ist aber aus Gründen rechtlicher Vorsorge und zur Vermeidung erheblicher rechtlicher und finanzieller Nachteile für die Unternehmen unabdingbar. Die Rechtsberater werden im Hinblick auf das hohe Risiko der Unwirksamkeit der auszusprechenden Kündigungen bzw. der abzuschließenden Aufhebungsverträge oder dreiseitigen Verträge und des damit verbundenen hohen finanziellen Haftungsrisikos bei der Beratung und Begleitung des Konsultationsverfahrens sowie der Erstattung der Massenentlassungsanzeige äußerste und höchstmögliche Vorsicht walten lassen.

3 Das Massenentlassungsverfahren nach § 17 Abs. 1 KSchG

Notwendigkeit der Erhebung der Massenentlassungsanzeige

Eine Massenentlassungspflicht besteht nach § 17 Abs. 1 KSchG nur für Betriebe, in denen in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Die Pflicht zur Erhebung der Massenentlassungsanzeige ergibt sich aus dem in § 17 KSchG festgelegten Verhältnis der Anzahl der i. d. R. beschäftigten Arbeitnehmer des Betriebs zu der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer. Die in § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG genannten Schwellenwerte beziehen sich sowohl auf die jeweilige Betriebsgröße als auch auf die Zahl der Entlassungen der Arbeitnehmer.

Die Notwendigkeit zur Erhebung der Anzeige von Entlassungen ergibt sich aus § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer,
2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern zehn vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.

3.1 Betrieblicher Anwendungsbereich

Die Notwendigkeit der Durchführung des Massenentlassungsverfahrens hängt von der Überschreitung der in § 17 KSchG genannten Schwellenwerte ab. Bezugspunkt für die Feststellung der Massenentlassungspflicht ist zunächst die Größe des Betriebs. Von der Vorschrift des § 17 KSchG werden Betriebe und Verwaltungen des Privatrechts sowie Verwaltungen des öffentlichen Rechts erfasst. Für den betrieblichen Anwendungsbereich des § 17 KSchG ist der anzuwendende Betriebsbegriff von maßgeblicher Bedeutung.

Hierbei ist das nationale Verständnis vom Betrieb vom europäischen Betriebsbegriff zu unterscheiden. Beide Begriffe sind nicht vollständig deckungsgleich und können bei entsprechender Rechtsanwendung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Art. 5 der MERL 98/59/EG regelt, dass es den Mitgliedsstaaten offensteht, für Arbeitnehmer günstigere Rechtsvorschriften zu erlassen. Deshalb könnten die Mitgliedsstaaten an und für sich ihren nationalen Betriebsbegriff beibehalten, wenn seine Anwendung einen großzügigeren

Arbeitnehmerschutz bewirkt. Allerdings hält der EuGH den europarechtlichen Betriebsbegriff für abschließend.

Zum Teil wird deshalb im Schrifttum und in der obergerichtlichen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass der Betriebsbegriff allein nach europarechtlichen Kriterien auszulegen ist. Dies wird damit begründet, dass die nationalen Normen der Umsetzung der MERL 98/59/EG dienen. Andererseits wird die fehlende Praktikabilität dieser Rechtsanwendung im Schrifttum gerügt und der Gesetzgeber zur Reform des Massenentlassungsrechts aufgefordert.

Wird bei der Anzeige der für § 17 KSchG maßgebliche Betriebsbegriff der MERL 98/59/EG verkannt und deswegen die Anzeige nicht für den richtigen Betrieb erstattet, bewirkt dies die Unwirksamkeit der betroffenen Kündigungen (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19).

3.1.1 Europäischer Betriebsbegriff

Nach Ansicht des EuGH ist der Betriebsbegriff unter Anwendung der MERL 98/59/EG unionsrechtlich auszulegen. Der in der MERL 98/59/EG nicht definierte Begriff „Betrieb“ sei ein unionsrechtlicher Begriff. Sein Inhalt könne nicht anhand der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmt werden. Vielmehr sei der Betriebsbegriff nach der europäischen Unionsrechtsordnung autonom und einheitlich auszulegen. Der EuGH versteht unter dem Betrieb diejenige Einheit, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören. Inwieweit diese über eine Leitung verfügt, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann, ist nach diesem Verständnis für die Definition des Betriebsbegriffs nicht entscheidend.

Das europäische und deutsche Verständnis vom Betriebsbegriff war somit bisher nicht deckungsgleich. Das Verständnis des EuGH reichte bislang weiter.

3.1.2 Nationaler Betriebsbegriff

Das BAG ging dagegen bis zum Jahr 2019 vom allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff aus (BAG vom 14. März 2013 – 8 AZR 153/12). Danach ist unter einem Betrieb eine organisatorische Einheit zu verstehen, die sich nicht in der Befriedigung ihres Eigenbedarfs erschöpft, sondern innerhalb derer der Arbeitgeber bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt und hierzu die vorhandenen materiellen und immateriellen Mittel gezielt einsetzt. Hierbei erfolgt der Einsatz der Betriebsmittel unter Steuerung der menschlichen Arbeitskraft, die wiederum von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird (BAG vom 23. November 2016 – ABR 3/15; BAG vom 31. Januar 2018 – 2 AZR 279/16).

In jüngster Zeit hat das BAG seine Rechtsprechung jedoch in Teilen geändert und ebenfalls den unionsrechtlich determinierten Betriebsbegriff angewendet (BAG vom 13. Februar

[Das Massenentlassungsverfahren nach § 17 Abs. 1 KSchG](#)

2020 – 6 AZR 146/19). In seiner Entscheidung hat das BAG festgestellt, dass die Massenentlassungsanzeige bei typisierender Betrachtung bei derjenigen Agentur für Arbeit hätte erhoben werden müssen, in deren Zuständigkeitsbereich die Folgen der Massenentlassung eintreten würden und die durch eine frühzeitige Einschaltung den Auswirkungen der Massenentlassung hätte entgegentreten können. Die Anzeige hätte jedenfalls nicht allein bei der Agentur für Arbeit erhoben werden dürfen, in deren Zuständigkeitsbereich sich der Sitz des Betriebes im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne befand, sondern vielmehr gerade auch dort, wo die von der Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer tätig bzw. eingesetzt würden.

Im konkreten Fall erstattete ein insolventes Flugunternehmen die Massenentlassungsanzeige für den angenommenen „Betrieb Cockpit“ und damit bezogen auf das bundesweit beschäftigte CockpitPersonal. Dieses Betriebsverständnis beruhte auf den bei dem Flugunternehmen tarifvertraglich getrennt organisierten Vertretungen für das Boden-, Kabinen- und Cockpit-Personal (vgl. § 117 Abs. 2 BetrVG). Während der Kläger bei dem Flugunternehmen als Pilot mit Einsatzort Düsseldorf beschäftigt war, erfolgte die Massenentlassungsanzeige wegen der zentralen Steuerung des Flugbetriebs bei der für den Sitz des Flugunternehmens zuständigen Agentur für Arbeit in Berlin-Nord. Nach Ansicht des BAG hätte die Massenentlassungsanzeige für die der Station Düsseldorf zugeordneten Piloten aber bei der dafür zuständigen Agentur für Arbeit in Düsseldorf erfolgen müssen.

Die nach § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG zwingend erforderlichen Angaben im Massenentlassungsverfahren hätten sich nach Ansicht des BAG zudem nicht auf Angaben zum Cockpit-Personal beschränken dürfen, sondern hätten vielmehr auch das der Station Düsseldorf zugeordnete Boden- und Kabinen-Personal erfassen müssen. Für den Betriebsbegriff der MERL sei ohne Belang, dass diese Beschäftigungsgruppen kollektivrechtlich in andere Vertretungsstrukturen eingebettet waren (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19). Diese Entscheidung hat das BAG für das Kabinenpersonal bestätigt (BAG vom 14. Mai 2020 – 6 AZR 235/19).

Ob das BAG zukünftig ausschließlich den europäischen Betriebsbegriff verwenden wird, ist zumindest im Hinblick auf besondere im deutschen Recht geregelte betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen wie den Gemeinschaftsbetrieb nach § 1 Abs. 2 BetrVG oder selbstständige und unselbstständige Betriebsteile nach § 4 BetrVG unklar und löst nach wie vor für die Praxis erhebliche Rechtsunsicherheit aus.

Nach bisherigem Verständnis griff die Anzeigepflicht nach dem nationalen Verständnis vom Betriebsbegriff auch dann ein, wenn zwei selbstständige Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb bildeten, in dem sie mit ihren Arbeitnehmern arbeitstechnische Zwecke innerhalb einer organisatorischen Einheit verfolgen und eine entsprechende rechtliche Bindung besteht (BAG vom 29. Januar 1987 – 6 AZR 23/85).

Verfügte ein Unternehmen über mehrere Betriebsstätten, Nebenbetriebe oder Betriebsteile war anhand von § 4 BetrVG zu prüfen, ob es sich jeweils um selbstständige Betriebe handelte.

Aufgrund der aktuellen Entscheidungen des BAG (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19, BAG vom 14. Mai 2020 – 6 AZR 235/19) spricht vieles dafür, dass bei einer nach § 3 BetrVG gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit gleichwohl der europäische Betriebsbegriff anzuwenden ist. Dies ergibt sich aus der Vergleichbarkeit von § 117 Abs. 2 BetrVG und § 3 BetrVG.

Praxishinweis

Trotz der geänderten Rechtsprechung des BAG zum anzuwendenden Betriebsbegriff erscheint es dennoch geboten, jedenfalls bei den im deutschen Recht geregelten besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsstrukturen wie denen des Gemeinschaftsbetriebs nach § 1 Abs. 2 BetrVG, der selbstständigen und unselbstständigen Betriebsteile nach § 4 BetrVG sowie der nach § 3 BetrVG gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten bis zu einer weiteren Klärung durch das BAG die Prüfung der Notwendigkeit der Erstattung der Massenentlassungsanzeige und Durchführung des Konsultationsverfahrens unter Berücksichtigung des nationalen und europäischen Betriebsbegriffes durchzuführen (sog. Doppelprüfung).

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass dieser Weg äußerst umständlich ist, andererseits aber das hohe Risiko unwirksamer Kündigungen vermeidet.

3.1.2.1 Die einzelnen Betriebseinheiten

Die Anzeigepflicht hängt von der Anzahl der in der Regel Beschäftigten sowie der zu entlassenden Arbeitnehmer im Betrieb ab.

3.1.2.1.1 Betrieb

Nach Änderung der Rechtsprechung des BAG (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19, BAG vom 14. Mai 2020 – 6 AZR 235/19) dürften EuGH und BAG jedenfalls bei Betrieben i. S. d. des § 1 Abs. 1 BetrVG unter Anwendung des unionsrechtlich determinierten Betriebsbegriffs zum gleichen Ergebnis gelangen.

3.1.2.1.2 Selbstständige Betriebsteile

Besteht ein Betrieb dagegen aus mehreren Einheiten, kommt es nach unionsrechtlichem Verständnis insoweit maßgeblich auf den Grad der Verselbstständigung des Betriebsteils an, der sich in dem Umfang der Leitungsmacht widerspiegelt. Ob das BAG in diesem Fall seine bisherige Rechtsprechung ebenfalls modifiziert, ist zumindest ungewiss.

Nach deutscher Rechtslage gelten Betriebsteile mit mehr als fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern bislang als selbstständige Betriebe, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb

entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind (§ 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Dagegen kommt es nach Auffassung des EuGH nicht auf eine räumliche Entfernung oder eine Eigenständigkeit durch Aufgabenbereich oder Organisation an.

Nach Ansicht des EuGH ist die von § 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG geforderte räumliche Entfernung keine Voraussetzung für das Vorhandensein einer eigenständigen Einheit. Dementsprechend kann z. B. auch eine unterscheidbare Einheit auf dem gleichen Betriebsgelände als eigenständiger Betrieb eingestuft werden. Dennoch kann man nach europäischem und deutschem Verständnis zum gleichen Ergebnis gelangen, wenn die Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität ist, die zur Erledigung von konkreten Aufgaben unterhalten wird und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern und Betriebsmitteln sowie eine organisatorische Struktur verfügt. In diesem Fall sind die Betriebsteile selbstständige Betriebseinheiten im Sinne des BetrVG und der MERL 98/59/EG. Dagegen ist nicht maßgeblich, ob sich die Arbeitnehmer eines nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG selbstständigen Betriebsteils dafür entschieden haben, an der Wahl des Hauptbetriebs teilzunehmen (§ 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Nach europäischem Verständnis kann dieser Betriebsteil gleichwohl eine Betriebseinheit i. S. d. MERL 98/59/EG darstellen, der eine Massenentlassungspflicht auslösen kann.

Praxishinweis

Sofern ein Betriebsteil organisatorisch selbstständig, jedoch nicht räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt ist, ist es zur Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken zweckmäßig, bei der Prüfung der Massenentlassungsanzeigepflicht vorsorglich unter Anwendung des erweiterten europäischen Betriebsbegriffs von einem anzeigepflichtigen Betrieb auszugehen. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die räumlich entfernte Einheit eine unterscheidbare Einheit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH darstellt.

Sollte eine Betriebseinheit im Sinne dieser Rechtsprechung vorliegen, empfiehlt es sich die Prüfung der Notwendigkeit der Erhebung einer Massenentlassungsanzeige auch auf diese organisatorische Einheit zu erstrecken.

3.1.2.1.3 Unselbstständige Betriebsteile (z. B. einzelne Niederlassungen)

Falls bei einem Unternehmen mehrere Einheiten vorhanden sind (z. B. Betriebe oder Betriebsteile) stellt sich die Rechtslage ggf. kompliziert dar. Auch hier sind die Begriffsbestimmungen des BAG und des EuGH bislang noch nicht deckungsgleich, wenn ein einfacher Betriebsteil vorliegt. Betriebsratsfähige Kleinbetriebsteile können nach europäischem Verständnis selbstständige Betriebe sein, wohingegen sie nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind (§ 4 Abs. 2 BetrVG i. V. m. § 1 Abs. 1 BetrVG).

Praxishinweis

Es ist nach wie vor zweckmäßig, vorsorglich auch hier eine doppelgleisige Prüfung durchzuführen.

In einem ersten Schritt sollte die Notwendigkeit der Erhebung der Massenentlassungsanzeige unter Zugrundelegung des deutschen Betriebsbegriffs geprüft werden. Anschließend sollte in einem zweiten Schritt zusätzlich untersucht werden, ob unter Zugrundelegung des unionsrechtlichen Betriebsbegriffs des EuGH unter Umständen eine andere Einheit maßgeblich ist und in Bezug auf diese ggf. die Erhebung einer Massenentlassungsanzeige notwendig ist.

3.1.2.1.4 Abweichende Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG

Seit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 besteht gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 b BetrVG die Möglichkeit durch Tarifvertrag oder ausnahmsweise nach § 3 Abs. 2 BetrVG durch Betriebsvereinbarung die Zusammenfassung von Betrieben zu bestimmen. Die auf diese Weise gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten gelten gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG als Betriebe im Sinne des Gesetzes. Das europäische Verständnis vom Betriebsbegriff sieht dagegen keine Möglichkeit zur Schaffung abweichender Betriebsratsstrukturen vor. Vielmehr ist nach Ansicht des EuGH allein entscheidend, ob eine unterscheidbare Einheit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vorliegt. Abweichende Betriebsratsstrukturen erfüllen diese Voraussetzungen nicht. In der Literatur ist deshalb umstritten, ob eine durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG gebildete Organisationseinheit – unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH – überhaupt maßgeblich sein kann. Nach den Entscheidungen des BAG (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19, BAG vom 14. Mai 2020 – 6 AZR 235/19) spricht vieles dafür, dass der europäische Betriebsbegriff anzuwenden ist. Bis zu einer endgültigen Klärung der Frage, ob und wie das BAG den europäischen Betriebsbegriff auf die nach § 3 BetrVG gebildeten Organisationseinheiten anwendet, empfiehlt es sich gleichwohl auch hier “doppelgleisig” zu verfahren.

Praxishinweis

Falls die für die Massenentlassungsanzeige erheblichen Schwellenwerte bei Zugrundelegung des unionsrechtlichen Betriebsbegriffs nicht erreicht werden, sollte die Prüfung der Massenentlassungsanzeigepflicht vorsorglich unter Anwendung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs i. S. d. § 3 BetrVG durchgeführt werden.

3.1.2.1.5 Gemeinschaftsbetrieb

Führen mehrere Arbeitgeber gemeinsam einen Betrieb i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG, so müssen sie für die in ihrem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer ggf. gemeinsam die Anzeige nach § 17 KSchG erstatten.

Erstattet nur einer der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber eine Massenentlassungsanzeige für die von ihm zu Entlassenden, während der andere dies für die von ihm zu Kündigenden – wegen Nichterreichens der Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG bezogen auf „seine Arbeitnehmer“ – unterlässt, stellt dies nach der Rechtsprechung des BAG einen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 KSchG dar. Das BAG begründete diese Rechtsauffassung bisher damit, dass dem Gesetzeszweck (Verhinderung von Massenentlassungen bzw. frühzeitige Information der Agenturen für Arbeit über die anstehenden Entlassungen) nicht hinreichend Rechnung getragen würde, wenn bei Gemeinschaftsbetrieben nur auf das Verhältnis der von den einzelnen Arbeitgebern zu Entlassenden zu ihren in der Regel Beschäftigten abzustellen wäre (BAG vom 14. August 2007 – 8 AZR 1043/06).

Folgerichtig müssten Arbeitgeber, denen als betriebsverfassungsrechtlicher Ansprechpartner nur ein Betriebsrat gegenübersteht, die ihm nach § 17 Abs. 2 KSchG obliegenden Pflichten als „Betriebsarbeitgeber“ nur in Bezug auf den Gemeinschaftsbetrieb wahrnehmen.

Dagegen verlangt der EuGH nicht, dass die fragliche Einheit eine gemeinsame Leitung hat, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann. Vielmehr ist die Anzeigepflicht nach dem weitergehenden europäischen Betriebsbegriff unter Umständen bezogen auf jede kleinere betriebliche Einheit zu prüfen. Inwieweit das BAG zukünftig seine Rechtsprechung auch bei der Interpretation des Begriffs des Gemeinschaftsbetriebs an die Rechtsprechung anpasst, ist ungewiss.

Praxishinweis

Solange das BAG keine Hinweise gibt, wie der Begriff des Gemeinschaftsbetriebs unionsrechtlich auszulegen ist, bietet es sich an, Folgendes zu beachten:

Erstattet nur einer der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen eine Massenentlassungsanzeige für die von ihm zu Entlassenden, während das andere Unternehmen dies für die von ihm zu Kündigenden – wegen Nichterreichens der Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 bezogen auf „seine Arbeitnehmer“ – unterlässt, kann dies ggf. einen Verstoß gegen § 17 KSchG darstellen.

Zur Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken empfiehlt es sich deshalb auch hier, das Anzeigungsverfahren „doppelgleisig“ durchzuführen.

Die Prüfung der Massenentlassungsanzeigepflicht sollte deshalb sowohl unter Zugrundelegung des bisherigen nationalen betriebsverfassungsrechtlichen Verständnisses vom Gemeinschaftsbetrieb als auch unter Anwendung des ggf. abweichenden europarechtlichen Betriebsbegriffs durchgeführt werden. Dies gilt auch dann, wenn eines der beteiligten Unternehmen seine betriebliche Tätigkeit einstellen und damit den Gemeinschaftsbetrieb auflösen will (BAG vom 14. August 2007 – 8 AZR 803/06).

3.1.2.2 Nicht erfasste Betriebe

Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG müssen in dem Betrieb mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sein, so dass Betriebe, in denen weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind (sog. Kleinbetriebe), von der Anzeigepflicht ausgenommen sind. Auf Saison- und Kampagnenbetriebe findet der betriebliche Geltungsbereich des § 17 KSchG ebenfalls keine Anwendung, wenn die Entlassungen durch die Eigenart der Betriebe bedingt sind. Ebenso werden auch öffentlich-rechtliche Körperschaften nicht vom betrieblichen Geltungsbereich erfasst.

3.2 Arbeitgeber für das Massenentlassungsverfahren

Der Vertragsarbeitgeber ist für die Durchführung des Massenentlassungsverfahrens verantwortlich. Dies sind in der Regel der oder die Inhaber des von der Massenentlassung betroffenen Betriebes. Komplizierter ist die Rechtslage bei bestehenden Matrixstrukturen.

Nach § 17 Abs. 3a S. 1 KSchG bleibt auch in den Fällen, in denen das kündigende Unternehmen von einem herrschenden Unternehmen abhängig ist, allein das abhängige Unternehmen für die Erfüllung der aus § 17 KSchG folgenden Verpflichtungen zuständig. Andererseits kann sich das abhängige Unternehmen im Massenentlassungsverfahren nicht darauf berufen, dass ihm die notwendigen Informationen für die Konsultation des Betriebsrats fehlen, weil diese nur bei der Konzernmutter vorhanden sind.

Praxishinweis

Abhängige Unternehmen müssen bei Durchführung des Massenentlassungsverfahrens besondere Sorgfalt walten lassen. Sie sollten die Durchführung des Massenentlassungsverfahrens mit der Konzernmutter eng abstimmen, da das abhängige Unternehmen dem Betriebsrat im Konsultationsverfahren alle für die Konsultation notwendigen Auskünfte und Informationen erteilen muss. Dies gilt auch für den Fall, dass diese Informationen nur bei der Konzernmutter vorhanden sind, weil diese die Entscheidung über die Entlassungen getroffen hat.

3.3 Persönlicher Geltungsbereich: Betroffener Personenkreis

§ 17 KSchG erfasst alle Arbeitnehmer i. S. d. § 1 KSchG, also auch die Auszubildenden. Der Arbeitnehmerbegriff im Massenentlassungsrecht ist nach Ansicht des EuGH unionsrechtlich determiniert. Das nationale Recht ist deshalb europarechtskonform auszulegen. Der EuGH wendet auf Grundlage der MERL 98/59/EG den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff an, der wesentlich weiter als der nationale Arbeitnehmerbegriff reicht.

3.3.1 Nationaler Arbeitnehmerbegriff

Nach der Rechtsprechung des BAG ist Arbeitnehmer, wer weisungsgebunden, fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit beschäftigt ist (BAG vom 11. August 2015 – 9 AZR 98/14). Hierzu zählen nach klassischem nationalem Verständnis des Arbeitnehmerbegriffes in Deutschland alle Angestellten und Arbeiter, Auszubildende und auch Arbeitnehmer, die eine Beschäftigungszeit von weniger als sechs Monaten aufweisen (BAG vom 13. März 1969 – 2 AZR 157/68). Diese Personen sind unabhängig von ihrer Anstellungszeit im Unternehmen zu berücksichtigen.

3.3.2 Europäischer Arbeitnehmerbegriff

Nach dem Verständnis des EuGH sind grundsätzlich alle Personen als Arbeitnehmer anzusehen, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist nach Ansicht des EuGH innerhalb der Unionsrechtsordnung autonom und einheitlich auszulegen und gilt damit zusätzlich zum klassischen deutschen Arbeitnehmerbegriff. Vor diesem Hintergrund ist der von § 17 KSchG betroffene Personenkreis in den vergangenen Jahren durch mehrere Entscheidungen des EuGH erweitert worden. Das BAG hat die Rechtsprechung des EuGH inzwischen weitgehend nachvollzogen.

Bei der Anwendung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs haben sich in der Praxis neben den klassischen Fallgruppen der teilzeitbeschäftigten und befristet beschäftigten Arbeitnehmer insbesondere die nachfolgenden besonderen Fallkonstellationen herauskristallisiert:

- Praktikanten
- Aushilfskräfte und Umschüler
- Fremdgeschäftsführer
- Leitende Angestellte
- Zeitarbeiter

3.3.2.1 Praktikanten

Praktikanten, die im Unternehmen praktisch tätig sind, um berufliche Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen, können als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie angesehen werden. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn sie eine Vergütung erhalten. Der EuGH verwendet das Merkmal „Vergütung“ bei der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes. Selbst wenn Praktikanten keine Vergütung vom Arbeitgeber, sondern „nur“ eine finanzielle Förderung oder Unterstützung erhalten oder eine Anerkennung durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen erfolgt, können auch diese Praktikanten unter den Anwendungsbereich der Massenentlassungsrichtlinie fallen. Sollte der Praktikant beispielsweise finanzielle Unterstützung durch die Bundesagentur für Arbeit erhalten, führt dies dazu, dass er Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie ist.

3.3.2.2 Aushilfskräfte und Umschüler

Aushilfskräfte sind Arbeitnehmer, wenngleich sie bei der Feststellung der Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigten sind, da ihre kurzfristige Tätigkeit im Betrieb für dessen Betriebsgröße im Allgemeinen nicht kennzeichnend ist. Ebenso zählen auch finanziell von der Bundesagentur für Arbeit geförderte Umschüler zu den geschützten Arbeitnehmern.

3.3.2.3 Fremdgeschäftsführer

Während Scheinselbstständige im Massenentlassungsverfahren gemäß § 17 KSchG zu berücksichtigen sind, werden die in § 17 Abs. 5 KSchG aufgeführten vertretungsberechtigten Organmitglieder einer juristischen Person aus dem Anwendungsbereich des § 17 KSchG ausdrücklich ausgenommen. Allerdings steht nach Auffassung des EuGH die in § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG getroffene Regelung dem Art. 1 Abs. 1 Buchstabe a) der MERL 98/59/EG entgegen. Fremdgeschäftsführer einer GmbH sind deshalb nach einer Entscheidung des EuGH bei der Berechnung der Schwellenwerte gemäß § 17 KSchG als Arbeitnehmer i. S. d. MERL 98/59/EG einzustufen. Der EuGH begründet diese Auffassung sinngemäß wie folgt: Das Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringe, die es bestellt habe und in die es eingegliedert sei, welches seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübe und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden könne, sei Arbeitnehmer i. S. d. Unionsrechts. Diese Voraussetzungen erfülle auch ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH. Dieser sei daher bei der Bestimmung des Schwellenwerts zu berücksichtigen. § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG sei insoweit europarechtswidrig.

Die Richtlinienwidrigkeit kann ggf. auch Minderheitsgesellschafter einer GmbH betreffen, die als Geschäftsführer tätig sind. Die Rechtsfolgen des Richtlinienverstößes sind derzeit nicht abschließend geklärt. Eine richtlinienkonforme Auslegung wird in Anbetracht des eindeutigen Gesetzeswortlauts kritisch bewertet. Falls die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG bejaht

[Das Massenentlassungsverfahren nach § 17 Abs. 1 KSchG](#)

wird, folgt daraus nicht zugleich, dass Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne einzuordnen sind. Der EuGH hat wiederholt betont, dass das für die unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft konstitutive Unterordnungsverhältnis in jedem Einzelfall anhand aller Gesichtspunkte und aller Umstände, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten kennzeichnen, geprüft werden muss. Die Einordnung hängt somit von einer Einzelfallprüfung anhand der vom EuGH entwickelten Tatbestandsmerkmale des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ab. Zugleich betont der EuGH ausdrücklich, dass der Arbeitnehmerbegriff innerhalb der Rechtsordnung der europäischen Union einheitlich ausgelegt werden muss und nicht der Disposition der Mitgliedsstaaten zugänglich ist.

Die Rechtsprechung des EuGH zur Einstufung des Fremdgeschäftsführers als Arbeitnehmer wird in der Literatur zwar massiv kritisiert. Dennoch ist davon auszugehen, dass sich die deutschen Arbeitsgerichte voraussichtlich der Rechtsprechung des EuGH zukünftig anschließen werden.

Praxishinweis

Derzeit ist zur Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken zu empfehlen, jedenfalls Fremdgeschäftsführer bei der Ermittlung der nach § 17 KSchG relevanten Schwellenwerte zur Betriebsgröße und der zu entlassenden Arbeitnehmer mitzuzählen.

3.3.2.4 Leitende Angestellte

Im Schrifttum wird in Frage gestellt, ob der Ausschluss der leitenden Angestellten – wie dies vom deutschen Gesetzgeber in § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG normiert ist – zulässig ist, da dies nicht in der MERL 98/59/EG vorgesehen ist. Eine anderslautende nationale Regelung oder Praxis stehe der MERL 98/59/EG entgegen. Im Einzelfall müsse deshalb geprüft werden, ob die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs des EuGH auch im Hinblick auf die leitenden Angestellten erfüllt sind und möglicherweise auch hier eine teleologische Reduktion des § 17 Abs. 5 KSchG vorzunehmen sei.

Praxishinweis

Bis zu einer gerichtlichen Klärung der Rechtslage durch das BAG bzw. durch den EuGH sollten leitende Angestellte in Anbetracht des bestehenden Rechtsrisikos vorsorglich als Arbeitnehmer i. S. d. § 17 Abs. 1 KSchG bzw. der MERL 98/59/EG eingestuft und bei den Schwellenwerten des § 17 KSchG entsprechend berücksichtigt werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass nicht nur etwaige Kündigungen von leitenden Angestellten, sondern auch die Kündigungen anderer Arbeitnehmer bei Nichtberücksichtigung der leitenden Angestellten allein wegen unzureichender oder unterlassener Erhebung einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG rechtsunwirksam sind.

3.3.2.5 Zeitarbeitnehmer

Ungeklärt ist die Frage, ob und ggf. wie Zeitarbeitnehmer im Rahmen der Vorschrift des § 17 KSchG als Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind.

Im Schrifttum wird eine Einbeziehung der Zeitarbeitnehmer in den Arbeitnehmerbegriff überwiegend abgelehnt, weil Zeitarbeitnehmer allein dem Verleihunternehmen zuzuordnen seien und ihnen daher im Betrieb des Entleihers auch keine Kündigung drohe.

3.3.2.6 Weitere (unproblematische) Arbeitnehmergruppen

3.3.2.6.1 Frauen im Mutterschutz

Schwangere und Mütter unterfallen ebenfalls der Vorschrift des § 17 KSchG.

3.3.2.6.2 Ruhende Arbeitsverhältnisse (z. B.: „Elternzeitler“)

Arbeitnehmer, die sich in einem ruhenden Arbeitsverhältnis befinden, unterfallen ebenfalls dem Arbeitnehmerbegriff. Hierzu zählen insbesondere solche Arbeitsverhältnisse, die beispielsweise wegen Elternzeit oder unbezahltem Urlaub für einen bestimmten Zeitraum nicht ausgeübt werden. Arbeitnehmer in Elternzeit sind deshalb bei der Erstellung der Massenentlassungsanzeige zu berücksichtigen (BAG vom 26. Januar 2017 – 6 AZR 442/16; BVerfG vom 08. Juni 2016 – 1 BvR 3634/13). Schwieriger zu beurteilen ist dagegen auch hier die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Massenentlassungsschutz für diese Personengruppen eingreift.

3.3.2.6.3 Anerkannte schwerbehinderte Menschen

Schwerbehinderte Menschen i. S. d. § 2 SGB IX können sich ebenfalls auf die Vorschrift des § 17 KSchG berufen. Fraglich ist dagegen auch hier, wann der Massenentlassungsschutz der Vorschrift eingreift, also ob insoweit auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim schwerbehinderten Menschen oder auf den Zeitpunkt der Antragsstellung beim Integrationsamt abzustellen ist.

3.3.2.6.4 Freie Mitarbeiter, Handelsvertreter und Heimarbeiter

§ 17 KSchG findet dagegen keine Anwendung auf freie Mitarbeiter, selbständige Handelsvertreter i. S. d. § 92a HGB, Heimarbeiter und andere arbeitnehmerähnliche Personen.

3.4 Sachlicher Geltungsbereich

Der Geltungsbereich des § 17 KSchG erfasst zunächst grundsätzlich alle Entlassungen, die auf einer ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers beruhen. Dabei kommt es nicht auf den Grund der Kündigung an. Selbst personen- und verhaltensbedingte Kündigungen können einen anzeigepflichtigen Sachverhalt i. S. d. § 17 KSchG herbeiführen (BAG vom 08. Juni 1989 – 2 AZR 624/88). Ausdrücklich ausgenommen sind nach § 17 Abs. 4 KSchG allerdings fristlose Entlassungen von Arbeitnehmern. Diese sind nach § 17 Abs. 4 S. 2 KSchG auch bei der Berechnung der Mindestzahl der Entlassungen nach § 17 Abs. 1 KSchG nicht mitzurechnen.

3.4.1 Entlassungsbegriff

Unter Entlassung ist grundsätzlich jede vom Arbeitnehmer nicht gewollte, also ohne seine Zustimmung erfolgte Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen (BAG vom 16. November 2017 – 2 AZR 90/17 (A)). Der EuGH stellt insoweit nicht auf die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf die Kündigungserklärung als das maßgebliche Ereignis ab. Während das BAG früher unter Entlassung im Sinne der § 17 ff. KSchG die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses verstanden hatte (BAG vom 18. September 2003 – 2 AZR 79/02), hat sich das BAG inzwischen der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen (BAG vom 20. Januar 2016 – 6 AZR 601/14).

Nach § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG stehen den Entlassungen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden.

3.4.2 Verhältnis der Entlassungen zur Anzahl der Arbeitnehmer

Entlassungen sind erst ab einer gewissen Größenordnung anzuzeigen. Die Anzeigepflicht wird nach § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG nur bei einem bestimmten Verhältnis der Anzahl der Entlassungen zu der Anzahl der i. d. R. beschäftigten Arbeitnehmer ausgelöst. Konkret ist die Verpflichtung zur Anzeige einer Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit nach § 17 KSchG vom Überschreiten bestimmter Schwellenwerte innerhalb von 30 Kalendertagen abhängig. Der Massenentlassungsschutz gemäß § 17 KSchG greift somit nur ein, wenn der Arbeitgeber innerhalb dieses Zeitraums mindestens die in § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 KSchG genannte Anzahl an Kündigungen erklärt oder Entlassungen auf andere Art und Weise eingeleitet hat. Dabei sind alle Entlassungstatbestände zusammenzurechnen (BAG vom 22. April 2010 – 6 AZR 948/08; BAG vom 20. Januar 2016 – 6 AZR 601/14).

In Abhängigkeit von der Betriebsgröße hängt die Anzeigepflicht somit von der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer ab.

Arbeitnehmer im Betrieb	Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 - 3 KSchG
mehr als 20 Arbeitnehmer und weniger als 60 Arbeitnehmer	bei Entlassung von mehr als fünf Arbeitnehmern
mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmer	Bei Entlassung von mehr als 10 Prozent der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmern
mindestens 500 Arbeitnehmer	Bei Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern

3.4.2.1 Gesamtzahl der Arbeitnehmer

Bei der Berechnung der maßgeblichen Schwellenwerte bei einer Massenentlassung ist die Zahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer im Betrieb zu bestimmen. Hierbei kommt es erneut entscheidend auf den zugrunde zu legenden Betriebsbegriff an. Im Prinzip gilt auch hier das zu den beiden Begriffen oben Gesagte. Letztlich geht der europarechtliche Betriebsbegriff vor, soweit nicht der nationale Begriff ausnahmsweise weiterreicht. Für die Ermittlung der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer ist deshalb nicht mehr der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem das Arbeitsverhältnis enden soll, sondern der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung (BAG vom 13. Juli 2006 – 6 AZR 198/06; BAG vom 26. Januar 2017 – 6 AZR 442/16). Dies ist eine Folge der unionsrechtskonformen Angleichung der Begriffe „Kündigung“ und „Entlassung“.

3.4.2.1.1 Anknüpfungspunkt: „In der Regel“ beschäftigte Arbeitnehmer

Bei der Feststellung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer kommt es nicht auf eine Stichtags- oder Durchschnittsberechnung an, sondern darauf, welche Belegschaftsgröße für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Die Belegschaftsgröße ist mit Hilfe eines Rückblicks auf die Personalstärke in der Vergangenheit und einer Prognoseentscheidung bezüglich der zukünftigen Entwicklung zu ermitteln (BAG vom 24. Februar 2000 – 2 AZR 207/05). Eine Stichtagsbezogenheit ist somit ausgeschlossen.

Bei schwankender Belegschaftsstärke ist auf den während des überwiegenden Teils eines Jahres beschäftigten Personalbestand abzustellen. Es kommt insoweit darauf an, ob die Arbeitsplätze regelmäßig – i. d. R. also länger als sechs Monate im Jahr – besetzt sind. Es ist deshalb unerheblich, ob ein Arbeitsplatz zeitweise unbesetzt ist (BAG vom 09. Juni 2016 – 6 AZR 638/15). Erfasst werden nur diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze regelmäßig besetzt sind. Befristet beschäftigte Arbeitnehmer, die nach Auffassung des EuGH grundsätzlich bei Massenentlassungen zu berücksichtigen sind, sind daher nur mitzuzählen, wenn sie auf einem regelmäßig besetzten Arbeitsplatz eingesetzt werden.

Bei einer Stilllegung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils kann nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht kommen. Erfolgt die Betriebsstilllegung in mehreren Entlassungswellen ist für die Feststellung der Belegschaftsstärke ebenfalls der Zeitpunkt der letzten „normalen“ Betriebstätigkeit für die Betriebsgröße maßgeblich (BAG vom 24. Februar 2005 – 2 AZR 207/04). In diesem Fall bleibt der Schwellenwert für alle Stufen des Abbaus unverändert. Damit kommt es hier nicht auf den verringerten Personalbestand aufgrund einer späteren Entlassungswelle an. Im Gegenteil, für die Berechnung der maßgeblichen Belegschaftsstärke sind im weiteren Verlauf auch diejenigen Arbeitnehmer mit zu berücksichtigen, denen bereits aufgrund einer „ersten Entlassungswelle“ gekündigt wurde und über deren Kündigungsschutzklagen noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist. Bei Kündigungswellen können sie ggf. in einem Anzeige- und Konsultationsverfahren zusammengefasst werden.

3.4.2.1.2 Einzelne Fallgruppen

(1) Besonderheiten bei Zeitarbeitnehmern

Im Entleiherbetrieb eingesetzte Zeitarbeitnehmer sind ggf. bei der Bestimmung der für die Betriebsgröße relevanten Beschäftigtenzahl gemäß § 17 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 17 KSchG dürften Zeitarbeitnehmer an und für sich bei der Bestimmung der Schwellenwerte nicht berücksichtigt werden, da § 17 KSchG vorrangig arbeitsmarktpolitische Ziele, aber auch den individualrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers vor dem Ausspruch einer Kündigung verfolgt. Beide Schutzzwecke des § 17 KSchG führen nach überwiegender Auffassung dazu, dass unter den Arbeitnehmerbegriff des § 17 KSchG nur die eigenen Arbeitnehmer des Arbeitgebers und nicht die zusätzlich beschäftigten Zeitarbeitnehmer fallen können. Ob diese Frage auch bei Berücksichtigung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs in gleicher Weise zu beantworten ist, hat der EuGH noch nicht abschließend geklärt. Über diese Frage hätte der EuGH aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BAG entscheiden müssen (BAG vom 16. November 2017 – 2 AZR 90/17). Allerdings ist das Verfahren vor dem EuGH inzwischen „gestrichen“ worden, da das Ausgangsverfahren vor dem BAG beendet worden ist. Infolgedessen ist die vorliegende streitige Frage höchststrichterlich nach wie vor nicht geklärt (BAG vom 16. November 2017 – 2 AZR 90/17 (A)).

Sofern Zeitarbeitnehmer bei der Bestimmung der Belegschaftsstärke zu berücksichtigen wären, stellt sich die Frage der Notwendigkeit der Massenentlassungsanzeigepflicht im Einzelfall völlig anders dar.

Beispiel

Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer bei Feststellung der Betriebsgröße des Entleiherbetriebs und ihre Auswirkung auf die Massenentlassungsanzeigepflicht

Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer bei Feststellung der Belegschaftsstärke des Betriebs	Keine Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer bei Feststellung der Belegschaftsstärke des Betriebs
120 Stamm-AN	120 Stamm-AN
20 Zeit-AN	20 Zeit-AN
= 140 i. d. R. Beschäftigte AN	= 120 i. d. R. Beschäftigte AN
Massenentlassungsanzeigepflicht erst ab: 15 AN	Massenentlassungsanzeigepflicht schon ab: 13 AN

Praxishinweis

Bis zu einer „eventuellen“ Entscheidung des EuGH ist es kaum möglich, die Frage der Massenentlassungsanzeigepflicht rechtssicher zu beantworten, wenn Zeitarbeitnehmer im Entleiherbetrieb tätig sind. Überwiegend wird empfohlen Zeitarbeitnehmer bei der Schwellenwertberechnung für die festzustellende Gesamtzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer im Betrieb dann miteinzubeziehen, wenn sie auf einem regelmäßig besetzten Arbeitsplatz eingesetzt werden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich vorsorglich eine „Schattenrechnung“ durchzuführen, bei der die Verpflichtung zur Erhebung der Massenentlassungsanzeige auch ohne Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer geprüft wird.

Sofern man bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Entlassungen nach § 17 KSchG anzuzeigen sind, ist dem „vorsichtigen Arbeitgeber“ zu raten, bei der Agentur für Arbeit eine Massenentlassungsanzeige vorsorglich zu erheben. Dies empfiehlt sich auch deshalb, weil eine überflüssige Massenentlassungsanzeige nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt (BAG vom 03. Oktober 1963 – 2 AZR 160/63).

Eine andere Frage ist, ob Zeitarbeitnehmer bei der Anwendung der Vorschrift der § 17 KSchG bei der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer mitzurechnen sind.

(2) Befristet Beschäftigte

Befristet Beschäftigte zählen, wenn sie den gewöhnlich vorhandenen Bedarf im Betrieb abdecken. Sie zählen hingegen nicht in Ausnahmefällen wie beispielsweise bei befristeter Beschäftigung zur Abdeckung von Auftragsspitzen. Es erfolgt keine Doppelzählung in Vertretungsfällen.

(3) Ruhende Arbeitsverhältnisse (z. B. Elternzeit, Sabbatical)

Arbeitnehmer in ruhenden Arbeitsverhältnissen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht durch einen zusätzlichen anderen für den Vertretungsfall eingestellten Arbeitnehmer vertreten werden.

(4) Langzeiterkrankte und Erwerbsunfähige

Langzeiterkrankte und Erwerbsunfähige sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Dies gilt auch für den Fall der Vereinbarung des Ruhens des Arbeitsverhältnisses. Anders ist die Rechtslage hingegen zu beurteilen, wenn sie durch einen zusätzlichen anderen für den Vertretungsfall eingestellten Arbeitnehmer vertreten werden.

(5) Teilzeitbeschäftigte

Teilzeitbeschäftigte sind Arbeitnehmer und unterfallen dem § 17 KSchG. Sie sind dabei nicht nur – wie ansonsten bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes gemäß § 23 KSchG – anteilig, sondern vollumfänglich, also „nach Köpfen“ mitzurechnen. Dieser Standpunkt wird jedenfalls im Schrifttum unter Bezug auf den Sinn und Zweck der Vorschriften der §§ 17 ff. KSchG vertreten, wonach es für den Arbeitsmarkt und die weitere Vermittlung keine Rolle spielt, ob ein Vollzeit- oder ein Teilzeitbeschäftigter nach der Entlassung vermittelt werden muss.

(6) Aushilfskräfte und Umschüler

Aushilfskräfte sind Arbeitnehmer, wenngleich sie bei der Feststellung der Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigten sind, da ihre kurzfristige Tätigkeit im Betrieb für dessen Betriebsgröße im Allgemeinen nicht kennzeichnend ist. Ebenso zählen auch finanziell von der Bundesagentur für Arbeit geförderte Umschüler zu den geschützten Arbeitnehmern.

3.4.2.1.3 Besonderheiten bei bestehender Matrixstruktur

Besonderheiten sind auch bei Matrixstrukturen zu beachten. Das besondere Merkmal der Matrixstruktur ist, dass das Weisungsrecht aufgeteilt ist. Das disziplinarische Weisungsrecht verbleibt beim Vertragsarbeitgeber – wie etwa der Ausspruch von Abmahnungen oder die Urlaubsgewährung. Hingegen verfügt die steuernde Einheit (i. d. R. eine andere Konzerngesellschaft) über das fachliche Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer im Konzern. Von der Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zum Vertragsarbeitgeber ist grundsätzlich auszugehen.

Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass durch die Aufgabe der „sog. Zwei-Komponenten-Lehre“ durch das BAG (BAG vom 13. März 2013 – 7 ABR 69/11) eine Zugehörigkeit der

von den Matrixstrukturen betroffenen Arbeitnehmer auch zum Betrieb der steuernden Einheit gegeben sein kann, obgleich zwischen ihnen selbst kein Arbeitsvertrag besteht. Von einer Zugehörigkeit zur steuernden Einheit ist auszugehen, wenn der Arbeitnehmer nicht nur kurzfristig im Rahmen der Matrixstruktur eingesetzt wird und er der steuernden Einheit im Rahmen der fachlichen Weisung zuarbeitet. Entscheidend ist, dass bei Matrixstrukturen infolge der Ausübung des fachlichen Weisungsrechtes durch die steuernde Einheit eine organisatorische Verknüpfung zwischen dieser und dem Arbeitnehmer entsteht, die dazu führt, dass er diesem Betrieb als zugehörig gilt. Folgerichtig kann danach die Situation eintreten, dass der Arbeitnehmer im Einzelfall beiden Betrieben zuzurechnen ist.

Praxishinweis

Arbeitnehmer in Matrixstrukturen sind beim Vertragsarbeitgeber in jedem Fall mit zu berücksichtigen. Inwieweit sie auch bei Abbaumaßnahmen in der steuernden Einheit zu berücksichtigen sind, ist rechtlich bisher nicht abschließend geklärt. Um Zuordnungsfragen zu vermeiden, kann es sich empfehlen, die Matrixstruktur vor dem geplanten Personalabbau im Rahmen einer davon unabhängigen unternehmerischen Entscheidung aufzulösen. Sollte die Matrixstruktur zuvor nicht aufgelöst werden können, empfiehlt sich zur Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken auch hier, das Massenentlassungsverfahren „doppelgleisig“ durchzuführen.

3.4.2.1.4 Besonderheiten bei Massenentlassungen im Gemeinschaftsbetrieb

Bilden mehrere Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb, ist bei Anwendung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs bei der Ermittlung der Schwellenwerte auf den Gemeinschaftsbetrieb abzustellen. Das BAG vertritt den Standpunkt, dass bei einem Gemeinschaftsbetrieb auf die Zahl der insgesamt von allen beteiligten Arbeitgebern zu entlassenden Arbeitnehmer im Verhältnis zur Zahl der im Gemeinschaftsbetrieb in der Regel Beschäftigten abzustellen ist (BAG vom 14. August 2007 – 8 AZR 1043/06). Dagegen ist der EuGH der Auffassung, dass die einzelnen Einheiten eines Gemeinschaftsbetriebes sehr wohl unterscheidbar sein können, wenn sie eine oder mehrere Aufgaben zu bewältigen haben, sowie technische Mittel und eine gemeinsame organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgabe besitzen und somit einen Betriebsteil darstellen. Ob die fragliche Einheit eine Leitung hat, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann, ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht entscheidend.

Praxishinweis

Um Zuordnungsfragen zu vermeiden, kann es sich empfehlen, den Gemeinschaftsbetrieb vor dem geplanten Personalabbau im Rahmen einer davon unabhängigen unternehmerischen Entscheidung aufzulösen.

Bis zu einer endgültigen Klärung des Betriebsbegriffs ist aus Gründen der Rechtssicherheit auch bei einem Personalabbau in einem Gemeinschaftsbetrieb geboten, „zweigleisig“ zu verfahren und die Prüfung der Massenentlassungsanzeigepflicht einmal unter Anwendung des deutschen und einmal unter Anwendung des europäischen Betriebsbegriffs durchzuführen.

Diese Vorgehensweise ist für den Arbeitgeber zwar aufwendig. Sie dürfte aber in Anbetracht des hohen Rechtsrisikos in den Fällen, in denen EuGH und BAG zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, geboten sein, zumal die Erhebung einer überflüssigen Massenentlassungsanzeige – im Gegensatz zu einer fehlenden Massenentlassungsanzeige – keine negativen Folgen nach sich zieht.

Ist der nationale Begriff im Einzelfall weiter als der europäische Betriebsbegriff und ist dies für die Arbeitnehmer zugleich günstiger, dürfte es bei der Anwendung des nationalen betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs bleiben, ohne dass dieser unter europäischen Gesichtspunkten korrigiert werden müsste.

3.4.2.2 Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer

Bei der Festlegung der Anzahl von vorzunehmenden Entlassungen innerhalb eines Betriebes sind nicht nur die beabsichtigten Beendigungskündigungen, sondern auch weitere Sonderfälle zu beachten, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ebenfalls als Entlassung zu bewerten sind. Es kommt insoweit darauf an, ob die Beendigung der Arbeitsverhältnisse durch den Arbeitgeber veranlasst ist. Eine solche Veranlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilt, dass für ihn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht und das Arbeitsverhältnis beendet werde (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10). Falls der Arbeitgeber in dem nach § 17 Abs. 1 KSchG relevanten Berechnungszeitraum Neueinstellungen vornimmt, wirkt sich dies nicht auf seine Anzeigeverpflichtung nach § 17 KSchG aus. Dies gilt selbst dann, wenn dadurch die Anzahl der Arbeitnehmer im Betrieb unverändert bleibt. Es findet somit keine Aufrechnung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer mit etwaigen Neueinstellungen statt.

3.4.2.2.1 Beendigung der Tätigkeit von Zeitarbeitnehmern im Entleiherbetrieb

Im Entleiherbetrieb eingesetzte Zeitarbeitnehmer sind nicht bei dem Unternehmen des Entleiherbetriebs angestellt. Vielmehr begründen Sie lediglich ein Arbeitsverhältnis mit dem Verleihunternehmen. Es ist deshalb mehr als fraglich, ob die bloße Abmeldung des Zeitarbeitnehmers beim Verleihunternehmen als Entlassung i. S. d. MERL98/95/EG bzw. des § 17 Abs. 1 KSchG bewertet werden kann, zumal hierdurch in der Folge nicht zwangsläufig das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers beim Verleihunternehmen beendet wird. Zeitarbeitnehmer sind gleichwohl nach wohl h. M. bei der Berechnung der Gesamtzahl der Beschäftigten im Betrieb mitzuzählen. Nach ganz überwiegender Ansicht im Schrifttum sollen sie jedoch bei der Berechnung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer außer Betracht bleiben. Allerdings ist zu beachten, dass die Frage der Einbeziehung

Das Massenentlassungsverfahren nach § 17 Abs. 1 KSchG

der Zeitarbeiter sowohl im Hinblick auf die festzustellende Betriebsgröße als auch bei der Zahl der im Entleiherbetrieb zu entlassenden Arbeitnehmer bisher höchststrichterlich nicht abschließend entschieden ist.

Die Rechtsfrage bleibt damit bis zu einer Entscheidung des EuGH offen. Diese Ungewissheit löst für die Rechtspraxis erhebliche Rechtsanwendungsprobleme aus.

Beispiel

der Auswirkungen bei Berücksichtigung der eingesetzten Zeitarbeiter bei der Zahl der Entlassungen im Entleiherunternehmen auf die Massenentlassungsanzeigepflicht

Zeitarbeiter bei Feststellung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb	Zeitarbeiter bei Feststellung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb
120 AN/Entlassung von 11 Stamm-AN	120 AN/Entlassung von 11 Stamm-AN
20 Zeit-AN	20 Zeit-AN
Nach h. M. 140 i. d. R. beschäftigte AN i. S. v. § 17 KSchG	Nach h. M. 140 i. d. R. beschäftigte AN i. S. v. § 17 KSchG
Abmeldung von 20 Zeit-AN	Abmeldung von 20 Zeit-AN
Berücksichtigung der Zeit-AN?	Berücksichtigung der Zeit-AN?
(nach ganz überwiegender Ansicht (-), so z. B. APS/Moll, 5. Aufl., 2017, § 17 KSchG Rn. 18 a, KR/Weigand, 12. Aufl. 2019, § 17 KSchG Rn. 44; auch Fuhlrott/Fabritius, NZA 2014,126)	
Folge: Lediglich 11 Entlassungen	Folge: 31 Entlassungen
Anzeigepflicht (-)	Anzeigepflicht (+)

Praxishinweis

Es ist im Einzelfall sorgfältig abzuwägen, ob Zeitarbeiter bei der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer einbezogen werden, wenn sie ihre Tätigkeit im Entleiherbetrieb auf Veranlassung des Entleihers beenden und zum Verleihunternehmen zurückkehren. Es spricht zwar vieles dafür, dass sie deshalb auch nicht bei der Berechnung der Gesamtzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Gleichwohl könnte der

Entleiher aus höchster Vorsorge im Rahmen einer zu erstellenden Schattenrechnung die Zeitarbeitnehmer in die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer aufnehmen und prüfen, ob hierdurch überhaupt erst die Massentlassungspflicht ausgelöst werden könnte. Sollte dies der Fall sein, könnte ein sehr vorsichtiger Arbeitgeber, die Zeitarbeitnehmer vorsorglich bei der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer berücksichtigen und bei Erreichen der Schwellenwerte die Massentlassungsanzeige erheben. Nach der ganz h. M. im Schrifttum ist dies rechtlich jedoch nicht geboten. Das BAG tendiert zu einer gespaltenen Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer (Berücksichtigung bei Betriebsgröße, wenn dadurch der regelmäßige Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird, nicht jedoch bei der Zahl der Entlassungen) (BAG vom 16. November 2017 – 2 AZR 90/17 (A)).

3.4.2.2.2 Die einzelnen Entlassungstatbestände

(1) Ordentliche Kündigungen

Die ordentliche betriebsbedingte Kündigung stellt im Rahmen des § 17 KSchG den Regelfall dar.

(2) Fristlose Kündigungen

Fristlose Entlassungen des Arbeitgebers werden bei der Zahl der Entlassungen dagegen nicht mitgerechnet (§ 17 Abs. 4 KSchG). Unter einer fristlosen Entlassung in diesem Sinne sind nur Entlassungen zu verstehen, die auf einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers nach § 626 BGB beruhen.

Erweiterungen des Rechts zur fristlosen Kündigung durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelnen Vertrag sind insoweit nicht zu berücksichtigen. Solche Entlassungen sind auch bei Vorliegen eines spezifischen außerordentlichen Kündigungsgrundes, der den Anforderungen des § 626 BGB nicht genügt, demzufolge nicht aus der Anzeigepflicht ausgenommen.

(3) Außerordentliche Kündigungen mit sozialer Auslaufzeit

Der Arbeitgeber kann eine außerordentliche Kündigung auch mit einer sogenannten Auslaufzeit erklären. Entscheidend für die Berücksichtigung ist, ob der Arbeitgeber das Recht zur fristlosen Kündigung hat und von diesem Recht auch Gebrauch macht. Eine fristlose Entlassung i. S. d. § 17 Abs. 4 KSchG liegt daher auch dann vor, wenn der Arbeitgeber, obwohl er das Arbeitsverhältnis fristlos beenden könnte, dem außerordentlich gekündigten Arbeitnehmer eine Auslaufzeit einräumt. § 17 Abs. 4 KSchG gilt hingegen nicht, wenn der Arbeitgeber ordentlich kündigt, auch wenn dies im Hinblick auf einen Sachverhalt geschieht, der einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB darstellt. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber deutlich zu verstehen gibt, dass er außerordentlich kündigt, d. h. von einem Beendigungsrecht aus wichtigem Grund Gebrauch macht und dem Arbeitnehmer lediglich eine rechtlich nicht gebotene Auslaufzeit gewährt.

Praxishinweis

Der Arbeitgeber muss bei Ausspruch der Kündigung ausreichend deutlich zu verstehen geben, dass er außerordentlich kündigt, d. h. von einem Beendigungsrecht aus wichtigem Grund Gebrauch macht und dem Arbeitnehmer lediglich eine rechtlich nicht gebotene Auslauffrist gewährt. Nur in diesem Fall kann die auf die Kündigung folgende Entlassung aus der Anzeigepflicht ausgenommen werden.

(4) Änderungskündigungen

Änderungskündigungen unterfallen nach der Rechtsprechung des BAG dem in § 17 Abs. 1 KSchG verwendeten Begriff der „Entlassung“ und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot ablehnt oder – sei es mit oder ohne Vorbehalt – annimmt (BAG vom 20. Februar 2014 – 2 AZR 346/12). Sie sind deshalb bei der Berechnung der für die Anzeige maßgeblichen Anzahl der Arbeitnehmer mitzuzählen.

(5) Eigenkündigung des Arbeitnehmers

Nicht zu den Entlassungen i. S. d. §§ 17 ff. KSchG zählen Eigenkündigungen der Arbeitnehmer sowie der Abschluss von Aufhebungsverträgen oder die Nutzung anderer Beendigungstatbestände, sofern diese nicht vom Arbeitgeber veranlasst sind (§ 17 Abs. 1 S. 2 KSchG). Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitnehmer allein deshalb kündigt, weil der Arbeitgeber ihm zuvor erklärt hat, er werde zum selben Zeitpunkt kündigen, falls der Arbeitnehmer nicht zuvor selbst das Arbeitsverhältnis kündige (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10).

Praxishinweis

Arbeitgeber sollten von Beginn der Personalabbaumaßnahme an dokumentieren, welchen Arbeitnehmern wann und wie signalisiert worden ist, dass sie ggf. von der Betriebsänderung betroffen und ggf. betriebsbedingt gekündigt werden. Diese Dokumentation erschwert es Arbeitnehmern, die später Eigenkündigungen aussprechen ohne vom Arbeitgeber angesprochen worden zu sein, sich anschließend darauf zu berufen, sie seien vom Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung oder zum Abschluss des Aufhebungsvertrages veranlasst worden und deshalb bei der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen gewesen.

(6) Ausscheiden aufgrund von Aufhebungsverträgen

Ein arbeitgeberseitig veranlasster Abschluss eines Aufhebungsvertrages ist als eine andere Beendigung im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG einzustufen. Das vom Arbeitgeber unterbreitete Angebot auf Abschluss von Aufhebungsverträgen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist eine die Veranlassung des Arbeitgebers kennzeichnende unmittelbare

Willensäußerung. Solche auf Veranlassung des Arbeitgebers mittels Aufhebungsverträgen durchgeführte Entlassungen sind deshalb bei der Gesamtzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen (BAG vom 19. März 2015 – 8 AZR 119/14). Arbeitgeberseitig veranlasste Aufhebungsverträge sind auch dann für die bei der Massenentlassungsanzeige erheblichen Schwellenwerte der Entlassungen zu berücksichtigen, wenn sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nahtlos eine freiberufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers anschließt (BAG vom 19. März 2015 – 8 AZR 119/14).

Praxishinweis

Bei der Durchführung von Massenentlassungen – insbesondere auch im Rahmen von sog. Freiwilligenprogrammen – sollte bei arbeitgeberseitig initiierten Abschlüssen von Aufhebungsverträgen sorgfältig geprüft werden, ob die in § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG niedergelegten Zahlengrenzen überschritten werden.

(7) Besonderheiten bei Wechsel von Arbeitnehmern in Transfergesellschaften

Fraglich und nicht abschließend geklärt ist, wie die Fälle zu beurteilen sind, in denen Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung dreiseitige Verträge unterschrieben haben und in eine Transfergesellschaft gewechselt sind. Immerhin belasten diese Arbeitnehmer den Arbeitsmarkt zumindest kurzfristig nicht. Ganz überwiegend wird in diesen Fällen dennoch eine arbeitgeberseitige Veranlassung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses angenommen, die zur Entlassung der Arbeitnehmer i. S. d. § 17 KSchG führt.

Das BAG vertritt insoweit die Auffassung, dass jedenfalls diejenigen Arbeitnehmer, die bereits vor Ausspruch der Kündigungen dreiseitige Verträge, die zu einer Auflösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses und zur Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit der Transfergesellschaft führten, unterschrieben hatten, bei der Zahl der entlassenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind und somit bei der Berechnung des nach § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KSchG relevanten Schwellenwerts mitzuzählen sind (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10; BAG vom 19. März 2015 – 8 AZR 119/14). Das BAG begründet seine Auffassung damit, dass der Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG nicht danach differenziert, ob Arbeitnehmer in anderer Weise als durch Kündigung ihr Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Arbeitgebers beenden, und anschließend arbeitslos werden oder nicht. Auch der Wortlaut der MERL unterscheidet in Art. 1 Abs. 1 letzter Satz nicht danach, ob Arbeitnehmer nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages den Arbeitsmarkt belasten oder nicht (BAG vom 19. März 2015 – 8 AZR 119/14).

Praxishinweis

Sofern im Rahmen einer Betriebsänderung Arbeitnehmern der Abschluss eines dreiseitigen Vertrages, der mit einem Wechsel in eine Transfergesellschaft verbunden ist, angeboten wird und i. d. R. zum Zeitpunkt der Anzeige noch nicht feststeht, ob die Arbeitnehmer in

die Transfergesellschaft wechseln, müssen diese bei der Berechnung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer gemäß § 17 Abs. 1 KSchG berücksichtigt werden (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10).

(8) Vorruhestands- und Altersteilzeitvereinbarungen

Vereinbarungen aufgrund derer Arbeitnehmer vorzeitig in den Ruhestand wechseln (sog. Vorruhestandsvereinbarungen), stellen keine Entlassungen gemäß § 17 Abs. 1 KSchG dar, da die Arbeitnehmer sozial abgesichert sind und nicht mehr auf den Arbeitsmarkt gelangen. Dies gilt auch im Hinblick auf ältere Arbeitnehmer, die auf Basis eines Altersteilzeitvertrages im sog. Blockmodell von der aktiven Arbeitsphase in die Freistellungsphase überwechseln.

(9) Beendigung infolge Befristung oder Eintritt einer Bedingung

Soweit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund Fristablaufs oder Eintritt einer auflösenden Bedingung erfolgt, handelt es sich nicht um anzeigepflichtige Entlassungen i. S. d. § 17 KSchG bzw. der MERL/98/59.

(10) Verzicht auf den Kündigungsschutz und Anfechtung

Die Arbeitnehmer können nicht wirksam auf den Massenentlassungsschutz verzichten (BAG vom 11. März 1999 – 2 AZR 461/98). Ebenfalls stellt die erfolgreiche Anfechtung des Arbeitsverhältnisses wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung keine Entlassung i. S. d. § 17 Abs. 1 KSchG dar.

3.4.3 Zeitraum der Entlassungen

Die Verpflichtung zur Erhebung der Massenentlassung besteht nur dann, wenn die Beendigungen der Arbeitsverhältnisse innerhalb von 30 Kalendertagen wirksam werden. Die im Gesetz genannte 30-Tage-Frist beginnt nach der Rechtsprechung des BAG mit dem Tag des Zugangs der Kündigung nach § 130 Abs. 1 BGB und endet nach § 187 Abs. 2, § 188 Abs. 1 BGB (BAG vom 25. April 2013 – 6 AZR 49/12).

Beispiel

Der Arbeitgeber kündigt in einem Betrieb mit 55 Arbeitnehmern am 16. Februar 2024 drei Arbeitnehmern und löst damit den Lauf der Frist von 30 Kalendertagen aus.

Die 30-Tage-Frist endet, da es sich 2024 um ein Schaltjahr gehandelt hat, am 16. März 2024.

Nach dem Wortlaut und Zweck der Vorschrift des § 17 Abs. 1 KSchG ist allein auf den Zeitpunkt der Entlassung – bei Kündigungen also auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer – und damit nicht auf einen zuvor gefassten Kündigungsschluss abzustellen (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18). Gemäß § 130 Abs. 1 BGB wird die Kündigung als Willenserklärung unter Abwesenden erst in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Erklärungsempfänger zugeht. Eine verkörperte Willenserklärung unter Abwesenden i. S. v. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB geht nach der Rechtsprechung des BAG zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist (BAG vom 22. August 2019 – 2 AZR 111/19).

3.4.3.1 Fortlaufender Prüfungszeitraum bei Entlassungswellen

Bei der Prüfung der Massenentlassungsanzeigepflicht sollte von Anfang an prognostiziert werden, wann die auszusprechenden Kündigungen den Arbeitnehmern voraussichtlich zugestellt werden. Es ist zu beachten, dass jede Entlassung i. S. d. § 17 Abs. 1 KSchG eine neue 30-Tage-Frist auslöst. Sowohl frühere als auch spätere Entlassungen sind innerhalb von jeweils insgesamt 30 Tagen zusammenzurechnen. Die 30-Tage-Frist beginnt mit dem Tag der ersten Entlassung und berechnet sich nach §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 1 BGB.

Praxishinweis

Bei Vorliegen einer Betriebsänderung oder mehreren nacheinander folgenden Betriebsänderungen ist je nach zeitlichem Verlauf der Interessenausgleichverhandlungen die Prognose neu zu erstellen. Die letztverbindliche Prüfung der Massenentlassungsanzeigepflicht kann i. d. R. erst erfolgen, wenn feststeht, wann die Kündigungen erklärt und den Arbeitnehmern zugestellt werden.

Kündigungen, die außerhalb dieses 30-Tage-Zeitraums zugestellt werden, lösen keine Anzeigepflicht aus. Dementsprechend können sich diese gekündigten Arbeitnehmer auch nicht auf den Massenentlassungsschutz nach § 17 Abs. 1 KSchG berufen (BAG vom

26. Januar 2017 – 6 AZR 442/16). Spricht der Arbeitgeber die Kündigungen in der Weise zeitlich so gestaffelt aus, dass jeweils der Schwellenwert der zu entlassenden Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen unterschritten wird, liegt darin auch keine Umgehung der §§ 17, 18 KSchG.

Praxishinweis

Unternehmen ist es nicht untersagt, nach Ablauf der jeweiligen 30-Tage-Frist erneut Kündigungen auszusprechen.

Falls der Arbeitgeber ursprünglich Entlassungen in einer für § 17 KSchG nicht relevanten Anzahl geplant hatte, kann die Anzeigepflicht gleichwohl nachträglich auch entstehen, wenn die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Gesamtzahl der Beendigungen von Arbeitsverhältnissen – z. B. durch Ausspruch von weiteren Kündigungen oder Abschluss von weiteren Aufhebungsverträgen – innerhalb von 30 Kalendertagen erreicht wird. Hierbei ist besonders zu beachten, dass in diesem Fall auch die bereits ausgesprochenen, nicht angezeigten Entlassungen nach § 134 BGB unheilbar nichtig sind.

Praxishinweis

Sofern Arbeitgeber im Anschluss an bereits durchgeführte Entlassungsmaßnahmen weitere, ggf. nicht eingeplante Folgekündigungen aussprechen oder Aufhebungsverträge abschließen, muss geprüft werden, ob die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG durch weitere Kündigungen innerhalb von 30 Kalendertagen überschritten werden.

Bitte beachten

In Bezug auf den Verstoß gegen § 134 BGB bei einer fehlenden Anzeige nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG steht eine Änderung der Rechtsprechung des BAG im Raum:

Der Sechste Senat beabsichtigt, seine Rechtsprechung, dass eine Kündigung als Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB verstößt und die Kündigung deshalb unwirksam ist, wenn bei ihrer Erklärung keine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG vorliegt, aufzugeben. Die hierin liegende entscheidungserhebliche Abweichung zur Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts seit dessen Urteil vom 22. November 2012 (2 AZR 371/11 – BAGE 144, 47) erfordert die Anfrage nach § 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält.

Der sechste Senat des BAG hat sich mit der zitierten Rechtsprechung in Form einer Divergenzanfrage an den Zweiten Senat gewandt und diesen gefragt, ob er an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhalten wolle. Vor einer Stellungnahme zur Divergenzanfrage hat der

zweite Senat mit Beschluss vom 01. Februar 2024 – 2 AS 22/23 (A) das Anfrageverfahren jedoch ausgesetzt und den Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen, um zunächst einige Fragen zur Auslegung der Massenentlassungsrichtlinie beantwortet zu bekommen. Dem Beschluss lässt sich auch entnehmen, welche Rechtsauffassung der Zweite Senat des BAG vertritt. Danach halte er es für durchaus möglich, dass die Unwirksamkeit einer Kündigung aufgrund von Fehlern in der Massenentlassungsanzeige eine unverhältnismäßige Rechtsfolge sei. Allerdings halte er es für nicht mit Unionsrecht vereinbar, dass sich Fehler im Anzeigeverfahren gar nicht auswirken. Es sei daher danach zu differenzieren, ob der Arbeitgeber von einer nach Unionsrecht erforderlichen Massenentlassungsanzeige gänzlich abgesehen oder eine solche erstattet hat.

Die Klärung der Divergenz wird erst nach Beantwortung der aufgeworfenen Fragen durch den EuGH erfolgen. Wann der EuGH hierüber befindet, ist derzeit nicht absehbar. Bleiben beide Senate uneins, hat der „Große Senat“ des BAG zu entscheiden.

Dessen ungeachtet hat allerdings das LAG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 09. Januar 2022 – 3 Sa 529/23 die Auffassung des Sechsten Senats des BAG bereits aufgegriffen und ausgeführt, dass die dort streitgegenständliche Kündigung jedenfalls nicht wegen nicht ordnungsgemäßer Massenentlassungsanzeige unwirksam sei, da etwaige Fehler in diesem Zusammenhang keinen Unwirksamkeitsgrund darstellen, weil Zweck der Anzeige nicht der Individualschutz der Arbeitnehmer sei. Ob andere Instanzgerichte bis zur Klärung ähnlich entscheiden, ist natürlich offen.

Die Erstattung einer Massenentlassungsanzeige muss daher nach wie vor sehr sorgfältig erfolgen.

3.4.3.2 Berechnungszeitpunkt bei Abschluss von Aufhebungsverträgen

Bei Abschluss von Aufhebungsverträgen ist unklar, ob bei der Bestimmung des Entlassungszeitpunkts auf den Zeitpunkt des Zugangs des arbeitgeberseitigen Angebots auf Abschluss des Vertrages beim Arbeitnehmer oder auf den Zeitpunkt des Rechtsakts, der rechtsverbindlich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt abzustellen ist. Diese Streitfrage ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Ihre Lösung ist aber für die Frage der Rechtzeitigkeit der Erhebung der Massenentlassungsanzeige sowie für den in § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG festgelegten Zeitraum von 30 Kalendertagen von maßgeblicher Bedeutung. Zwar spricht durchaus einiges dafür auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe abzustellen, da für den Arbeitgeber ansonsten nicht kalkulierbar ist, wann der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag unterzeichnet. Zudem könnte auch bereits die Abgabe des Angebots zum Abschluss von Aufhebungsverträgen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine „Veranlassung des Arbeitgebers“ i. S. v. § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG darstellen. Im Schrifttum wird allerdings überwiegend auf den Zeitpunkt des Rechtsakts, der das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet, abgestellt. Eine „Entlassung“ liegt danach nicht schon bei der Angebotsabgabe des Arbeitgebers, sondern erst bei Zugang der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung vor.

Ein Vertrag unter Abwesenden, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, kommt grundsätzlich nur dann rechtswirksam zustande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugegangen sind (so BAG vom 25. Oktober 2017 – 7 AZR 632/15 zur Schriftform bei der Befristungsabrede). Falls ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein vom ihm unterzeichnetes Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags übersendet, wird der Vertrag wirksam, wenn der Arbeitnehmer den Vertrag unterzeichnet hat und damit die Schriftform des § 623 BGB eingehalten ist. Hat der Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber vorformulierte, aber noch nicht unterschriebene Vertragsurkunde unterzeichnet und anschließend an den Arbeitgeber übersandt, genügt es zur Wahrung der Schriftform nach § 623 BGB nicht, dass der Arbeitgeber die Vertragsurkunde seinerseits unterzeichnet. Vielmehr muss dem Arbeitnehmer in diesem Fall die schriftliche Annahmeerklärung des Arbeitgebers auch zugehen. Der Tag des Zugangs dürfte dann auch als Tag der Entlassung i. S. d. § 17 Abs. 1 KSchG anzusehen sein.

Dementsprechend kann der Arbeitgeber bei Abschluss von Aufhebungsverträgen unter Abwesenden den Zeitpunkt der Entlassung nur dann steuern, wenn er die Aufhebungsverträge zunächst nicht unterzeichnet, sondern den Arbeitnehmern mit Hinweis zuleitet, dass diese Verträge nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums unterschrieben an den Arbeitgeber zurückgesandt werden können (Einladung zur Abgabe eines Angebots durch den Arbeitnehmer = *invitatio ad offerendum*).

Der Arbeitgeber kann den Entlassungszeitpunkt in diesem Fall also dadurch steuern, dass er den genauen Tag der Zustellung seiner Annahmeerklärung des Vertrages an den Arbeitnehmer festlegen kann. Sofern der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dagegen bereits ein von ihm unterzeichnetes Vertragsangebot zuleitet, kann der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Entlassung nicht zuverlässig steuern, da er nicht abschätzen kann, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitnehmer den Vertrag annimmt.

Bei Aushändigung eines von beiden Parteien unterschriebenen Aufhebungsvertrages kommt es dagegen auf den Tag der Übergabe bzw. der Aushändigung des Vertrages an den Arbeitnehmer an (*Angebotsannahme unter Anwesenden*).

Praxishinweis

Bei Abschluss von Aufhebungsverträgen ist im Hinblick auf den zu bestimmenden Zeitpunkt der Entlassung besondere Vorsicht geboten.

Unternehmen ist zu empfehlen, die zeitlichen Abläufe und Bedingungen für den Abschluss der Aufhebungsverträge sorgfältig zu planen und für die Massenentlassungsakte zu dokumentieren. Es bietet sich an, dem Arbeitnehmer einen vom Arbeitgeber nicht unterzeichneten Aufhebungsvertrag unter Festlegung einer Rückgabefrist zu übermitteln (*invitatio ad offerendum*).

Der Arbeitnehmer kann sodann innerhalb der vorgegebenen Frist den Aufhebungsvertrag unterzeichnen und dem Arbeitgeber zustellen (Angebotsabgabe). Der Arbeitgeber kann dann nach Erhalt der unterschriebenen Vertragsurkunde den Zeitpunkt der Entlassung rechtssicher bestimmen, indem er festlegt, an welchem Tag er dem Arbeitnehmer seine Annahmeerklärung zustellt (Wirksamwerden der Vertragsannahme).

3.4.3.3 Berechnungszeitpunkt bei Wechsel in Transfergesellschaften

Der Abschluss eines dreiseitigen Vertrags ohne vorherige Erhebung einer Massenentlassungsanzeige kann zur Unwirksamkeit des dreiseitigen Vertrags führen. Unklar und umstritten ist, wann der Zeitpunkt der Entlassung bei Einschaltung einer Transfergesellschaft eintritt. In der Rechtsprechung wird die Festlegung des Beurteilungszeitpunkts bisher nur am Rande thematisiert. Stattdessen wird nur allgemein von „Arbeitnehmern, die zu einer Transfergesellschaft wechseln“ gesprochen.

Sofern Arbeitnehmer im Rahmen einer Personalabbaumaßnahme auf der Grundlage eines dreiseitigen Vertrages in eine Transfergesellschaft wechseln können, müssen diese danach bei der Berechnung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer berücksichtigt werden, auch wenn zum Zeitpunkt der Einreichung der Anzeige noch nicht feststeht, ob sie tatsächlich in eine Transfergesellschaft wechseln werden (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10). Ähnlich wie bei dem Abschluss von Aufhebungsverträgen dürfte auch hier auf den Zeitpunkt des wirksamen Zustandekommens des Vertrages abgestellt werden. Eine „Entlassung“ läge dann nicht beim tatsächlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses in die Transfergesellschaft, sondern bereits zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des dreiseitigen Vertrages vor.

In der Praxis werden Aufhebungsverträge bzw. dreiseitige Verträge bisher vielfach vom Arbeitgeber (und der Transfergesellschaft) vorunterzeichnet und zur Gegenzeichnung an den Arbeitnehmer übermittelt. Allerdings ist dem Arbeitgeber bei Abgabe des Angebots regelmäßig nicht bekannt, ob bzw. wann der Arbeitnehmer das Angebot annimmt. Bei dieser Vorgehensweise ist es völlig unkalkulierbar, ob bzw. wie viele Arbeitnehmer das Angebot letztlich annehmen. Es kann in diesem Fall deshalb nicht rechtssicher prognostiziert werden, wie viele Personen innerhalb von 30 Kalendertagen entlassen werden.

Treten jedoch bei Abschluss und Zustellung der Aufhebungsverträge bzw. dreiseitigen Verträge zeitliche Verzögerungen mit der Folge ein, dass die Arbeitsverhältnisse nicht innerhalb von 30 Kalendertagen rechtswirksam beendet werden, muss der Arbeitgeber prüfen, ob er bezüglich der später rechtswirksam werdenden Verträge das Konsultationsverfahren erneut durchführen und anschließend eine weitere Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit einreichen muss.

Praxishinweis

Für die betriebliche Praxis bietet es sich auch hier an, dem Arbeitnehmer ein vom Arbeitgeber nicht unterzeichnetes Exemplar des dreiseitigen Verträgen zu übermitteln (invitatio ad offerendum) und um die Rückübersendung des vom Arbeitnehmer unterzeichneten dreiseitigen Vertrags innerhalb einer bestimmten Frist zu bitten (Angebotsabgabe).

Nach Erhalt der unterschriebenen Vertragsurkunde kann der Arbeitgeber auch hier den Zeitpunkt der Entlassung rechtssicher bestimmen, indem er festlegt, an welchem Tag er dem Arbeitnehmer den vom Unternehmen und der Transfergesellschaft unterzeichneten dreiseitigen Vertrag zustellt (Vertragsannahme).

Zum Teil werden die dreiseitigen Verträge in der Praxis auch unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass dem Arbeitnehmer von der Arbeitsagentur Transferkurzarbeitergeld gewährt wird. Aufschiebend bedingte Willenserklärungen werden gemäß § 158 Abs. 1 BGB aber erst mit dem Eintritt der Bedingung rechtswirksam. Dies hat zur Folge, dass hierdurch der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des dreiseitigen Vertrages und damit auch der anzeigepflichtige Zeitpunkt der Entlassung nach § 17 Abs. 1 KSchG nach hinten verlagert wird. Falls der Rechtsanwender die hiermit verbundenen Rechtsunsicherheiten vermeiden will, sollte die Wirksamkeit des dreiseitigen Vertrags deshalb unter eine auflösende und nicht unter eine aufschiebende Bedingung der Förderfähigkeit gestellt werden. Auflösend bedingte Willenserklärungen sind bis zum Eintritt der Bedingung uneingeschränkt rechtswirksam (§ 158 Abs. 2 BGB). In diesem Fall wird der dreiseitige Vertrag im Falle der Zustellung der Annahmeerklärung wirksam, ohne dass dies zu einer Verzögerung des Bedingungseintritts führt. Arbeitnehmer, die den Vertrag über einen Wechsel in die Transfergesellschaft unter der auflösenden Bedingung erhalten, wären alsdann bei der Berechnung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer bereits bei Zugang der Vertragsurkunde mitzuzählen.

3.4.3.4 Berechnungszeitpunkt bei Nutzung von Freiwilligenprogrammen

Falls eine entsprechende Anzahl von Arbeitnehmern im Rahmen eines Freiwilligenprogramms auf der Grundlage von abgeschlossenen Aufhebungsverträgen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, ist das Konsultationsverfahren durchzuführen und eine Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit zu erheben. Ohne Abgabe der erforderlichen Massenentlassungsanzeige und – bei Bestehen eines Betriebsrats – ohne ordnungsgemäß durchgeführtes Konsultationsverfahren sind die geschlossenen Aufhebungsverträge unwirksam.

Sofern nach den Planungen des Unternehmens die fraglichen Schwellenwerte bei Umsetzung eines Freiwilligenprogramms erreicht werden können, wird deshalb z. T. empfohlen, vorsorglich eine Massenentlassungsanzeige zu erstatten, da für die Unternehmen im Vorhinein nicht kalkulierbar ist, wie viele Arbeitnehmer das Arbeitgeberangebot annehmen werden. Diese Vorgehensweise ist unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken durchaus sinnvoll. Allerdings können hierbei der genaue Zeitpunkt der

Entlassungen und damit auch insgesamt die in den 30-tägigen Zeitraum fallenden Entlassungen nur schwer im Vorhinein prognostiziert werden, so dass ggf. ein zweites Massenentlassungsanzeigeverfahren durchzuführen ist. Bei Anwendung der zu den Aufhebungsverträgen und dreiseitigen Verträgen entwickelten Grundsätze, könnte der Arbeitgeber dagegen die Entlassungszeitpunkte durch bestimmte zeitliche Vorgaben eingrenzen.

Praxishinweis

Der Arbeitgeber sollte bei Nutzung von Freiwilligenprogrammen möglichst frühzeitig Kontakt zur zuständigen Arbeitsagentur suchen und sich mit dieser austauschen. Allerdings können sich die Unternehmen nicht allein auf die Aussagen der Agentur verlassen, da ihre Rechtsauffassungen nicht immer mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung übereinstimmen. Die Erklärungen der Agenturen erzeugen keine materielle Bindungswirkung für die Arbeitsgerichte. Die Unternehmen sind letztlich selbst alleinverantwortlich für die Abgabe einer wirksamen Massenentlassungsanzeige und richtige Konsultation des Betriebsrats.

Zu beachten ist also, dass Fehler, die dem Arbeitgeber bei der Erstellung der Anzeige unterlaufen, nicht durch einen Verwaltungsakt oder durch Eingangsbestätigungen oder Sachstandsmitteilungen geheilt werden. Derartige Bescheide der Arbeitsverwaltung entfalten weder gegenüber dem Arbeitnehmer noch gegenüber der Arbeitsgerichtsbarkeit materielle Bestandskraft (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10).

Im Übrigen ist der Arbeitgeber bei Überschreiten der Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG auch bei Einsatz von Freiwilligenprogrammen verpflichtet, den Betriebsrat rechtzeitig zu konsultieren. Im Regelfall werden vor Durchführung eines Freiwilligenprogramms ohnehin Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen zu führen sein.

Der Massenentlassungsanzeige sollte die Vereinbarung zum Freiwilligenprogramm beigelegt werden. Der Arbeitgeber sollte zudem sämtliche Gesprächstermine sowie den Inhalt der Verhandlungen dokumentieren und diese zu Beweis Zwecken der „Massenentlassungsakte“ beifügen.

3.4.3.5 Zeitpunkt der Entlassung bei behördlichen Zustimmungsvorbehalten

Kündigungen von Arbeitnehmern in Elternzeit bedürfen nach § 18 Abs. 1 S. 1 BEEG der vorherigen behördlichen Zustimmung. Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist nach der Rechtsprechung des BAG der Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde bereits als Entlassung i. S. d. § 17 KSchG einzustufen (BAG vom 26. Januar 2017 – 6 AZR 442/16). Das BAG verlagert damit den Massenentlassungsschutz nach § 17 KSchG aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vor, um eine Benachteiligung dieser Personengruppe zu vermeiden. Aufgrund der Dauer des

behördlichen Zustimmungsverfahrens könnten Kündigungen oftmals erst außerhalb des 30-Tages-Zeitraums nach § 17 Abs. 1 KSchG ausgesprochen werden.

Nach Ansicht des BVerfG würden die durch das behördliche Zustimmungsverfahren bedingten Verzögerungen beim Ausspruch der Kündigung und der zugunsten der Arbeitnehmer bestehende Sonderkündigungsschutz im Rahmen der Massenentlassung zu einer Verkürzung der Rechte der betroffenen Arbeitnehmer führen (BVerfG vom 08. Juni 2016 – 1 BvR 3634/13). Es hat deshalb den Zeitpunkt des Massenentlassungsschutzes vorverlagert. Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist deshalb die Entlassung i. S. d. § 17 KSchG bereits der Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde (So BAG vom 26. Januar 2017 – 6 AZR 442/16 im Anschluss an BVerfG vom 08. Juni 2016 – 1 BvR 3634/13).

Nach § 17 Abs. 2 KSchG ist für die Kündigung von Schwangeren und Frauen, die sich nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 MuSchG im Mutterschutz befinden, ebenfalls eine behördliche Zustimmung zur Kündigung erforderlich. Im Regelfall wird die Zustimmung von der zuständigen Behörde jedoch nur im Fall der Betriebsstilllegung, und auch nur dann erteilt, wenn im Unternehmen keine anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen.

Praxishinweis

Es ist naheliegend, dass die zu § 18 BEEG ergangene Rechtsprechung des BVerfG und des BAG auch auf andere behördliche Zustimmungsvorbehalte, z. B. bei der Kündigung von Schwangeren und Müttern (§ 17 Abs. 2 MuSchG) sowie für Arbeitnehmer, die sich in Pflegezeit oder Familienpflegezeit befinden (§ 5 PflEG, § 2 Abs. 3 FPZG), entsprechend übertragen wird.

Vor diesem Hintergrund sollte bis zu einer höchstrichterlichen Klärung vorsorglich für alle Arbeitnehmer, deren Kündigung einer behördlichen Zustimmung nach dem MuSchG, BEEG, PflEG oder FPZG bedarf, bei der zu erstellenden Massenentlassungsanzeige der Zeitpunkt der Stellung des Zustimmungsantrags bei der jeweiligen Behörde berücksichtigt werden.

Fraglich ist dagegen, ob dieser Grundsatz auch auf die Zustimmung zur Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer zu übertragen ist. Dies ist keineswegs zwingend. Da das BVerfG in seiner Entscheidung zur Elternzeit den Massenentlassungsschutz nur unter Berufung des für den betroffenen Personenkreis bestehenden Grundrechtsschutzes aus Art. 6 GG vorverlegt hat, ist eine Übertragung dieser Rechtsprechung zum Sonderkündigungsschutz auf schwerbehinderte Menschen nicht ohne weiteres zwingend. Gleichwohl wird dies im Schrifttum vielfach gefordert.

Praxishinweis

Es ist naheliegend, die zu § 18 BEEG ergangene Rechtsprechung auch auf andere behördliche Zustimmungsvorbehalte bei der Kündigung von schwerbehinderten Menschen nach §§ 168 ff. SGB IX zu übertragen.

Da für den Arbeitgeber nicht absehbar ist, wann die Zustimmung zur Kündigung erteilt wird, kann die Übertragung der obigen Grundsätze dazu führen, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Antragsstellung ggf. vorsorglich ein unnötiges Massenentlassungsverfahren durchführt, da er das Massenentlassungsverfahren nach Erteilung der behördlichen Zustimmung – ggf. sogar notwendigerweise nochmals – vor Ausspruch der Kündigung durchlaufen muss.

Zudem werden die Rechte des nach § 168 SGB IX geschützten Arbeitnehmers nicht dadurch verkürzt, dass die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamts nach § 172 Abs. 1 S. 3 SGB IX davon abhängt, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis auf einem anderen Arbeitsplatz in demselben oder einem anderen Betrieb bzw. Dienststelle zumutbar weiterbeschäftigen kann. Es könnte daher erwogen werden, auf die Erstattung einer vorsorglichen Massenentlassungsanzeige zu verzichten.

Gleichwohl ist es bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Rechtsfrage ratsam, bei geplanten Kündigungen von schwerbehinderten Menschen i. S. v. § 2 Abs. 2 SGB IX bei der Feststellung der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer in einem ersten Schritt auf den Tag der Zustellung der Zustimmungsanträge beim Integrationsamt abzustellen.

Sofern im späteren Verlauf das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung erteilt, sollte in einem zweiten Schritt nochmals geprüft werden, ob auch zu diesem Zeitpunkt die in § 17 Abs. 1 Nr. 1 - 3 KSchG vorgegebenen Grenzen innerhalb von 30 Kalendertagen überschritten werden. Sollte dies der Fall sein, empfiehlt es sich, in einem zweiten Schritt erneut ein Massenentlassungsverfahren (Konsultationsverfahren und Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit) durchzuführen.

4 Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG

Beteiligung der Arbeitnehmervertretung(en)

4.1 Überblick über das Konsultationsverfahren

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat bei beabsichtigten anzeigepflichtigen Entlassungen vorab zu beteiligen (Durchführung des sog. Konsultationsverfahrens). Bei beabsichtigten Massenentlassungen ist der Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG schriftlich unter anderem über die Gründe für die geplanten Entlassungen zu unterrichten.

Das Konsultationsverfahren soll dem Betriebsrat Einfluss auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18). Der Betriebsrat soll konstruktive Vorschläge unterbreiten können, um die Massenentlassung zu verhindern oder jedenfalls zu beschränken (BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11). Die Beteiligungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat umfasst hierbei die Unterrichtungspflicht nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG und die Beratungspflicht nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG.

Mit der Vorschrift des § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG setzt der deutsche Gesetzgeber Art. 2 Abs. 3 UAbs.1 lit. b MERL 98/59/EG um. Danach dürfen Kündigungen im Rahmen einer Massenentlassung vom Arbeitgeber erst ausgesprochen werden, wenn das nach Art. 2 MERL 98/59/EG erforderliche Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat durchgeführt ist.

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG bei beabsichtigten Entlassungen rechtzeitig zweckdienliche Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich zu unterrichten, und zwar

- über die Gründe für die geplanten Entlassungen (Nr. 1),
- die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer (Nr. 2),
- die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer (Nr. 3),
- den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen (Nr. 4),
- die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer (Nr. 5) und
- die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien (Nr. 6).

Die Unterrichtung soll dem Betriebsrat ermöglichen, konstruktive Vorschläge zur Vermeidung oder Einschränkung der Massenentlassungen unterbreiten zu können. Sie soll eine sachgerechte Beratung ermöglichen und vorbereiten, die sich nicht zwingend nur auf die Vermeidung der Massenentlassung beziehen muss, sondern sich auf alle Möglichkeiten erstrecken kann, die Entlassungsfolgen durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern (BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11). Hierzu können auch eine anderweitige

Verwendung, Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen zählen (BAG vom 13. Dezember 2012 – 6 AZR 752/11).

4.2 Konsultation der zuständigen Arbeitnehmervertretung(en)

Die Beteiligung des unzuständigen betriebsverfassungsrechtlichen Gremiums führt zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige und damit zur Unzulässigkeit der ausgesprochenen Kündigungen (BAG vom 20. Januar 2016 – 6 AZR 601/14). Es kommt also maßgebend auf die Konsultation der zuständigen Arbeitnehmervertretung an.

4.2.1 Konsultation der Arbeitnehmervertretung bei deckungsgleichem Verständnis des Betriebsbegriffs durch EuGH und BAG

Arbeitgeber müssen den für das Konsultationsverfahren zuständigen Betriebsrat unterrichten und mit ihm die geplante Massenentlassung beraten.

In diesem Zusammenhang muss erneut beachtet werden, dass trotz der modifizierten Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19) im Einzelfall, insbesondere, wenn in einem Unternehmen mehrere Einheiten vorhanden sind (z. B. Betriebsteile), ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen oder eine abweichende betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstruktur vorliegt, nach wie vor die deutsche von der europäischen Rechtsprechung abweichen kann.

Praxishinweis

Es ist davon auszugehen, dass das BAG nach neuer Rechtsprechung bei der Bestimmung des Betriebsbegriffs i. S. d. § 17 KSchG auf den europäischen Betriebsbegriff abstellen wird. Allerdings ist derzeit noch nicht abschließend geklärt, ob und auf welche Weise das BAG in besonderen Fällen, wie z. B. bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs oder unselbstständigen Betriebsteils verfahren wird. Das BAG könnte in diesen Fällen unter Umständen aus systematischen Gründen nach wie vor den deutschen Betriebsbegriff anwenden.

Im Zweifelsfall sollten die Unternehmen deshalb hier „doppelgleisig“ verfahren und sowohl den Betriebsrat des Betriebes, der nach der bislang geltenden Rechtsprechung des BAG (z. B. beim Gemeinschaftsbetrieb) bestimmt wird, als auch zusätzlich den Betriebsrat des Betriebes (sofern vorhanden), der bei Anwendung des europäischen Betriebsbegriff zu beteiligen wäre, nach § 17 Abs. 2 BetrVG konsultieren.

Der von den Unternehmen zu betreibende Aufwand ist zwar immens. Die gerichtliche Praxis (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19) zeigt indes, dass eine fehlerhafte bzw. nicht doppelgleisig betriebene Prüfung und Durchführung des Konsultationsverfahrens

erhebliche finanzielle und wirtschaftliche Auswirkungen für Unternehmen und deren Berater haben kann.

4.2.2 Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen bei betriebs- oder unternehmensübergreifendem Personalabbau

Wird ein geplanter Personalabbau auf der Grundlage eines unternehmenseinheitlichen Konzepts durchgeführt und sind mehrere Betriebe von der Betriebsänderung betroffen, so dass die zu treffenden Maßnahmen nur auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats gelöst und geregelt werden können, ist dieser gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG für den Abschluss eines betriebsübergreifenden Interessenausgleichs zuständig. In diesem Fall dürfte also der Gesamtbetriebsrat die zuständige Arbeitnehmervertretung im Konsultationsverfahren sein, zumal die erforderlichen Kenntnisse des Gesamtbetriebsrats über die regionalen Verhältnisse nach Ansicht des BAG in diesem Fall hinreichend gewährleistet sein sollen, da jeder Betriebsrat mindestens ein Mitglied in den Gesamtbetriebsrat entsendet (BAG vom 07. Juli 2011 – 6 AZR 248/10). Auf Grund dieser Zuständigkeit ist es in einem solchen Fall konsequent, den Gesamtbetriebsrat zu konsultieren.

Praxishinweis

Sofern die Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretung nicht eindeutig ist, sollten aus Gründen äußerster Vorsicht in diesen Zweifelsfällen sowohl der Gesamtbetriebsrat als auch der örtliche Betriebsrat konsultiert werden. Dies gilt erst recht, wenn den Unternehmen keine wirksamen Delegationsbeschlüsse der Arbeitnehmervertretungen vorliegen.

Ungeklärt ist die Rechtslage bei einer Personalabbaumaßnahme in mehreren Betrieben verschiedener Unternehmen desselben Konzerns. In diesem Fall könnte sich eine Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats ergeben. Das BAG hat diese Möglichkeit zwar ausdrücklich angesprochen, die Beantwortung dieser Rechtsfrage aber mangels Entscheidungserheblichkeit in der Sache offengelassen (BAG vom 22. November 2012 – 2 AZR 371/11). Der EuGH hat dagegen angedeutet, dass in diesen Fällen die von der Maßnahme betroffenen Tochterunternehmen diejenigen Arbeitnehmervertretungen zu konsultieren haben, die von den beabsichtigten Massenentlassungen unmittelbar betroffen sein könnten. Dies dürften im Zweifel die örtlichen Betriebsräte sein.

Praxishinweis

Solange nicht abschließend geklärt ist, ob bei unternehmensübergreifenden Personalabbaumaßnahmen der Konzernbetriebsrat für die Durchführung des Konsultationsverfahrens zuständig ist, sollte – soweit möglich – die Zuständigkeit zur Durchführung der

Konsultation von den örtlichen Betriebsräten bzw. Gesamtbetriebsräten auf den Konzernbetriebsrat delegiert werden.

Soweit dies nicht möglich ist, empfiehlt es sich, bei einem vom Konzernbetriebsrat vereinbarten Interessenausgleich diesen vorsorglich auch auf Unternehmensebene durch den Gesamtbetriebsrat bzw. auf Betriebsebene mit den örtlichen Betriebsräte abzuschließen, wobei das aus § 17 Abs. 2 KSchG folgende Konsultationsrecht ausdrücklich mit delegiert werden sollte.

Ist eine Delegation nicht erfolgt oder liegen die Delegationsbeschlüsse der Arbeitnehmervertretungen dem Unternehmen nicht vor, sollten im Zweifel der Konzernbetriebsrat und zusätzlich der Gesamtbetriebsrat bzw. die örtlichen Betriebsräte konsultiert werden (doppelgleisiges Verfahren).

4.2.3 Vorgehen bei Delegation der Zuständigkeit durch die Arbeitnehmervertretungen

In der Regel wird der örtliche Betriebsrat für die Durchführung der Konsultation zuständig sein. Die Zuständigkeit kann gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG auf den Gesamtbetriebsrat bzw. nach § 58 Abs. 1 BetrVG auf den Konzernbetriebsrat verlagert sein, wenn der Personalabbau auf einem unternehmenseinheitlichen bzw. konzerneinheitlichen Konzept beruht. In diesen Fällen kann der für das Interessenausgleichsverfahren nach §§ 111 ff. BetrVG originär zuständige Gesamtbetriebsrat bzw. Konzernbetriebsrat zugleich nach § 17 Abs. 2 KSchG beteiligt werden. Gleichwohl kann über die Zuständigkeit des konsultierten Betriebsratsgremiums im Kündigungsschutzklageverfahren Streit bestehen.

Im Idealfall haben die örtlichen Betriebsräte die Zuständigkeit auf den Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG bzw. die Gesamtbetriebsräte nach § 58 Abs. 2 BetrVG auf den Konzernbetriebsrat auf der Grundlage wirksamer Gremienbeschlüsse delegiert.

Praxishinweis

Falls die Arbeitnehmervertretungen die Zuständigkeit für die Durchführung des Konsultationsverfahrens auf den Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat delegiert haben, sollte die Wirksamkeit dieser Beschlüsse geprüft werden.

Im Delegationsbeschluss der Betriebsräte muss ausdrücklich aufgeführt sein, welche Aufgaben bzw. Rechte und Pflichten an welches Gremium (Gesamtbetriebsrat oder ggf. Konzernbetriebsrat) übertragen werden.

Im Zweifelsfalle sollten hier alle Punkte, die delegiert werden, im Einzelnen aufgeführt werden (z. B. Verhandlungskompetenz zum Abschluss von Interessenausgleich und

Sozialplan sowie zur Beteiligung des Konsultationsverfahrens einschließlich der Kompetenz zur Abgabe der Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 S. 2 und 3 KSchG).

Es kann zweckmäßig sein, den Betriebsräten ein vorformuliertes Muster für einen von ihnen zu treffenden Delegationsbeschluss (auf Wunsch) zur Verfügung zu stellen.

Im Falle der Wirksamkeit der Beschlüsse sollten diese von den Unternehmen zweckmäßigerweise zur zu erstellenden „Massenentlassungsakte“ aus Dokumentations- und Nachweisgründen genommen werden.

Zudem ist zu beachten, dass dem Arbeitgeber die Delegationsbeschlüsse der Arbeitnehmervertretungen häufig nicht rechtzeitig, d. h. zum Zeitpunkt der Anzeigeverpflichtung, vorliegen werden.

Praxishinweis

Im Hinblick darauf, dass zum Zeitpunkt des Konsultationsverfahrens eine Einigkeit über eine Delegation in der Regel noch nicht vorliegt, diese sich aber zu einem späteren Zeitpunkt noch ergeben kann, sollte das Konsultationsverfahren zumindest zweigleisig durchgeführt werden. Es sollte also eine Konsultation gegenüber der originär zuständigen Arbeitnehmervertretung einerseits und eine Konsultation gegenüber der Arbeitnehmervertretung, auf die die Zuständigkeit delegiert wird, erfolgen.

4.2.4 Vorgehen bei unterbliebener Delegation der Zuständigkeit

Soweit die Zuständigkeit der zu beteiligenden Arbeitnehmervertretung unklar ist und die Betriebsräte die Zuständigkeit auch nicht auf den Gesamtbetriebsrat bzw. den Konzernbetriebsrat delegieren, könnte der Arbeitgeber bei Zweifeln über den zuständigen Verhandlungspartner die Arbeitnehmervertreter auffordern, ihre Zuständigkeit vorab intern zu klären. Zu Recht wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass ein solches Vorgehen in der Regel sowohl zeitaufwendig als auch rechtlich unsicher ist.

Praxishinweis

Falls die Zuständigkeit der zu beteiligenden Betriebsratsgremien nicht geklärt ist und auch keine rechtswirksamen Delegationsbeschlüsse der Arbeitnehmervertretungen vorliegen, ist zur Reduzierung etwaiger Rechtsrisiken auch hier ein doppelgleisiges Vorgehen zu empfehlen, da häufig ungeklärt sein wird, ob bei dem geplanten Personalabbau der Betriebsrat, der Gesamtbetriebsrat oder ggf. sogar ausnahmsweise der Konzernbetriebsrat ausschließlich für die nach § 17 Abs. 2 KSchG vorzunehmende Konsultation allein zuständig ist.

Bei dieser Ausgangslage sollten sowohl die örtlichen Betriebsräte als auch der Gesamtbetriebsrat bzw. ggf. der Konzernbetriebsrat konsultiert werden.

Zudem sollte die Massentlassungsanzeige in diesen Fällen aufgrund der Fristregelung des § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG erst nach mehr als zwei Wochen nach Unterrichtung aller in Betracht kommenden Betriebsratsgremien erstattet werden, es sei denn, die Betriebsräte haben alle bereits innerhalb dieser Frist Stellung genommen.

4.2.5 Konsultation bei Kündigungen von leitenden Angestellten und Fremdgeschäftsführern

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei Kündigungen von leitenden Angestellten i. S. d. § 5 Abs. 3 S. 2 BetrVG der Sprecherausschuss oder der Betriebsrat im Rahmen des Massentlassungsverfahrens zu konsultieren ist, ist höchstrichterlich bisher nicht geklärt. Eine gesetzliche Regelung zur Zuständigkeit findet sich hierzu weder im Betriebsverfassungsgesetz noch im Sprecherausschussgesetz. Leitende Angestellte sind zwar in § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des § 17 KSchG ausgenommen. Diese Herausnahme ist jedoch nach Art. 1 der MERL 98/59/EG nicht gestattet.

Zum Teil wird im Schrifttum infolge dieser Ausgangslage die Anhörung des Sprecherausschusses präferiert. Mittels unionsrechtskonformer Auslegung solle § 17 Abs. 2 KSchG dahin ausgelegt werden, dass für die leitenden Angestellten, soweit sie dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unterfallen, der Sprecherausschuss nach §§ 31 Abs. 2, 32 Abs. 2 SprAuG zu beteiligen sei. Konsequenterweise müsste dann kein Konsultationsverfahren durchgeführt werden, wenn kein Sprecherausschuss existiert.

Dagegen wird eingewandt, dass die Beteiligung nach dem Sprecherausschussgesetz hinter der Konsultationspflicht des § 17 Abs. 2 KSchG zurückbleibt, da sie lediglich auf eine Anhörung beschränkt ist. Aus diesem Grunde sei es zweckmäßig, den Betriebsrat bei geplanten Kündigungen von leitenden Angestellten gemäß § 17 Abs. 2 KSchG zu beteiligen.

Praxishinweis

Aufgrund der ungeklärten Rechtslage sollten leitende Angestellte in das nach § 17 Abs. 2 BetrVG gegenüber dem Betriebsrat durchzuführende Konsultationsverfahren einbezogen und vorsorglich auch der Sprecherausschuss zusätzlich konsultiert werden.

Anders ist dagegen bei der Kündigung von Fremdgeschäftsführern zu verfahren. Obwohl diese nach § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG nicht unter den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 KSchG fallen, sind sie nach der Rechtsprechung des EuGH bei Berücksichtigung der MERL 98/59/EG als Arbeitnehmer anzusehen. Gleichwohl dürften sie selbst im Falle ihrer in

Aussicht genommen Kündigung nicht in das Konsultationsverfahren einbezogen werden, da sie einerseits als Verhandlungspartner für die Konsultation zuständig sind und andererseits ihre Interessen auch nicht durch ein Mitbestimmungsgremium der Arbeitnehmer vertreten können.

Praxishinweis

Bei in Aussicht genommenen Kündigungen von Fremdgeschäftsführern dürften aus Rechtsgründen an und für sich weder Betriebsratsgremien noch ein bestehender Sprecherausschuss zu konsultieren sein. Dennoch sollten Arbeitgeber zur Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken vorsorglich sowohl das zuständige Betriebsratsgremium als auch einen bestehenden Sprecherausschuss gemäß § 17 Abs. 2 KSchG konsultieren.

4.2.6 Zuständigkeit bei Kündigungen von schwerbehinderten Menschen

Das LAG Berlin-Brandenburg vertritt die Auffassung, dass bei Entlassungen von schwerbehinderten Menschen zusätzlich zum Betriebsrat auch die Schwerbehindertenvertretung nach § 17 Abs. 2 KSchG zu konsultieren sei. Die Schwerbehindertenvertretung nach § 177 SGB IX sei eine eigenständige zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung i. S. v. § 17 Abs. 2 KSchG. Das LAG Berlin-Brandenburg stützt seinen Standpunkt des Weiteren darauf, dass in Art. 2 der MERL 98/59/EG ganz allgemein von den „Arbeitnehmervertretungen“ die Rede sei, wobei hinsichtlich der Frage, wer Arbeitnehmervertreter i. S. d. Richtlinie ist, in Art. 1 Abs. 1 lit. b der MERL 98/59/EG auf die Rechtsvorschriften und die Praxis der Mitgliedstaaten verwiesen wird.

Die Rechtsansicht des LAG Berlin-Brandenburg ist in rechtlicher Hinsicht fragwürdig. Der Massenentlassungsschutz der schwerbehinderten Menschen wird bereits durch die Konsultation des Betriebsratsgremiums hinreichend und abschließend gewährleistet. Aus den Vorschriften der MERL 98/59/EG lässt sich auch nicht ableiten, dass die Schwerbehindertenvertretung neben dem Betriebsratsgremium gesondert anzuhören sei. Vielmehr wird in Art. 1 Abs. 1 lit. b der MERL 98/59/EG ausdrücklich hervorgehoben, dass die Rechtsvorschriften und die Praxis der nationalen Mitgliedstaaten bestimmen, welche Arbeitnehmervertretung zu konsultieren ist. In Deutschland hat der Gesetzgeber in § 17 Abs. 2 KSchG festgelegt, dass bei Kündigungen von Arbeitnehmern lediglich der Betriebsrat zu konsultieren ist.

Praxishinweis

Obwohl vieles gegen die Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg spricht, ist dem vorsichtigen Arbeitgeber zur Vermeidung etwaiger Rechtsrisiken zu raten, die Schwerbehindertenvertretung vorsorglich parallel zum zuständigen Betriebsratsgremium zu konsultieren.

4.3 Unterrichtung des Betriebsrats

Das Konsultationsverfahren ist vom Arbeitgeber unverzüglich einzuleiten, wenn er beabsichtigt, anzeigepflichtige Entlassungen nach § 17 Abs. 1 KSchG vorzunehmen. Er muss den Betriebsrat insoweit unterrichten und sich mit ihm beraten.

4.3.1 Zeitpunkt der Unterrichtung des Betriebsrats

Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Unterrichtung kommt es nach der Rechtsprechung darauf an, ob der Arbeitgeber bereits die erkennbare strategische oder betriebswirtschaftliche Absicht verfolgt, Massenentlassungen durchzuführen und diese ins Auge fasst (BAG vom 26. Februar 2015 – 2 AZR 955/13). Andererseits muss die Absicht des Arbeitgebers, die massenentlassungspflichtige Maßnahme durchzuführen, bereits so konkret sein, dass ein Konsultationsverfahren überhaupt „erfolgreich“ durchgeführt werden kann (BAG vom 26. Februar 2015 – 6 AZR 601/14).

Vielfach dürfte es jedoch schwer festzustellen sein, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber bereits konkret beabsichtigt, die Massenentlassung durchzuführen, ohne dies schon endgültig beschlossen zu haben. Der EuGH hebt in diesem Kontext hervor, dass eine Konsultationspflicht solange nicht besteht, wie eine Massenentlassung nach den Planungen eher unwahrscheinlich ist und die einschlägigen Faktoren für die Konsultation folgerichtig noch nicht bekannt sind.

Eine Konsultation der zuständigen Arbeitnehmervertretung dürfte somit erst dann sinnvoll sein, wenn das unternehmerische Konzept vorbehaltlich der Beteiligung der zuständigen Arbeitnehmervertretung tatsächlich und rechtlich umgesetzt werden kann. Dies dürfte in der Regel der Fall sein, wenn über einen Interessenausgleich zu verhandeln ist. Keinesfalls darf der Arbeitgeber bei Einleitung des Konsultationsverfahrens bereits unumkehrbare Maßnahmen getroffen haben (BAG vom 26. Januar 2017 – 6 AZR 442/16).

Praxishinweis

Weder Geschäftsleitung noch die bestehenden Aufsichtsratsgremien dürfen vor Einleitung des Konsultationsverfahrens verbindliche, nicht umkehrbare Entscheidungen über die Durchführung des Personalabbaus getroffen haben.

Andernfalls besteht nicht nur die Gefahr, dass sich das Unternehmen hierdurch etwaigen Nachteilsausgleichsansprüchen einzelner Arbeitnehmer aussetzt, sondern Betriebsräte ggf. Unterlassungsansprüche gegen die Durchführung der Betriebsänderung gerichtlich geltend machen. Darüber hinaus besteht zusätzlich das Risiko, dass später ausgesprochene Kündigungen wegen eines Verstoßes gegen die Vorschrift des § 17 Abs. 2 KSchG rechtsunwirksam sind.

Arbeitgeber sollten etwaige Beschlüsse dahingehend konditionieren, dass die in Aussicht genommenen Unternehmensentscheidungen zum Personalabbau nur unter dem Vorbehalt der Wahrung der gesetzlichen Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretung getroffen werden.

Die Unterrichtungspflicht wird bereits ausgelöst, wenn noch nicht sämtliche Details feststehen. Der Arbeitgeber ist aber nicht verpflichtet, zu Beginn des Konsultationsverfahrens bereits alle Auskünfte vollständig zu erteilen. Die Auskünfte können der Arbeitnehmervertretung nach Art. 2 Abs. 3 UAbs. 1 MERL 98/59/EG auch noch rechtzeitig im Verlauf der Konsultationen gegeben werden, damit diese konstruktive Vorschläge unterbreiten kann. Da die relevanten Informationen während der gesamten Konsultationen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zur Verfügung stehen können, obliegt dem Arbeitgeber die Pflicht, aber auch das Recht, die Auskünfte im Laufe des Massenentlassungsverfahrens zu vervollständigen bzw. zu ergänzen. Die Unterrichtungspflicht kann daher flexibel gehandhabt werden, jedoch darf der Arbeitgeber noch keine unumkehrbaren Maßnahmen getroffen und damit noch keine vollendeten Tatsachen geschaffen haben (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18).

Praxishinweis

Dem anzeigepflichtigen Arbeitgeber ist zu empfehlen, die zeitlichen Abläufe im Hinblick auf die unternehmerischen Entscheidungsabläufe sowie die gegenüber der oder den Arbeitnehmervertretungen erteilten Auskünfte und Hinweise fortlaufend zu aktualisieren und schriftlich zu dokumentieren. Das zu konsultierende Betriebsratsgremium sollte fortlaufend über etwaige Änderungen im geplanten Massenentlassungsverfahren ergänzend informiert werden.

4.3.2 Beachtung der Konzernklausel gemäß § 17 Abs. 3a KSchG

Des Weiteren ist zu beachten, dass der für die Erhebung der Massenentlassungsanzeige und die Durchführung der Konsultation zuständige Arbeitgeber nicht zwangsläufig selbst die unternehmerische Entscheidung über die vorzunehmende Massenentlassung trifft. Das beherrschte Unternehmen muss infolge der Konzern(zurechnungs)regelung des § 17 Abs. 3a KSchG die Unterrichtungs- und Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat und der Agentur für Arbeit rechtzeitig erfüllen, wenn die maßgebliche Entscheidung über den Personalabbau von der Konzernobergesellschaft getroffen wird.

Der EuGH versteht unter dem Begriff des den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmens i. S. d. MERL 98/59/EG jedes Unternehmen, das mit dem Arbeitgeber durch Beteiligungen an dessen Gesellschaftskapital oder durch andere rechtliche Verbindungen verbunden ist, die es ihm ermöglichen, einen bestimmenden Einfluss in den Entscheidungsorganen des Arbeitgebers auszuüben und ihn zu zwingen, Massenentlassungen in Betracht zu ziehen

oder vorzunehmen. Nach Auffassung des BAG können Angaben und Hinweise zu einer „konzerninternen Kalkulation“ jedoch allenfalls dann verlangt werden, wenn der die Entlassung durchführende Arbeitgeber entsprechende Vorgaben bindend, z. B. aufgrund des zwischen den Unternehmen geschlossenen Beherrschungsvertrages, einzuhalten hat (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16). Sofern das herrschende Unternehmen das abhängige Unternehmen, welches das Konsultationsverfahren durchführt und die Kündigungen ausspricht, nicht rechtzeitig und ausreichend über geplante Massenentlassungen unterrichtet, kann das Konsultationsverfahren somit nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden.

Im Schrifttum wird der vorzunehmende Informationsfluss und Beratungsablauf bei bestehenden verbindlichen Konzernvorgaben gemäß § 17 Abs. 2, 3a KSchG wie folgt dargestellt und die nachfolgende Vorgehensweise empfohlen:

- Wird die Zahl der Entlassungen im herrschenden Unternehmen festgelegt, erfolgt die Konsultation – sofern eine originäre Zuständigkeit eines Konzernbetriebsrats nicht gegeben ist – des Betriebsrats bzw. des Gesamtbetriebsrats im beherrschten Unternehmen.
- Nach Abschluss und unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Konsultationen entscheidet das herrschende Unternehmen – unter Wahrung der im Übrigen bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen (§§ 111 ff. BetrVG) – über die endgültig vorzunehmenden Entlassungen und deren Bedingungen.
- Auf der Grundlage der Direktiven des herrschenden Unternehmens können die Kündigungen durch das beherrschte Unternehmen ausgesprochen werden.

Falls dem beherrschten Unternehmen Umstände hinsichtlich der Massenentlassung erst später aufgrund von Konzernvorgaben bekannt werden, ist es verpflichtet, die Angaben gegenüber dem zuständigen Betriebsratsgremium zu vervollständigen.

Praxishinweis

Die Unternehmensleitungen des herrschenden und abhängigen Unternehmens sollten sich bei geplanten Personalabbaumaßnahmen frühzeitig und fortlaufend über die einzuleitenden rechtlichen Schritte informieren und diese abstimmen.

Das herrschende Unternehmen sollte die von einer Massenentlassung betroffenen und von ihm abhängigen Unternehmen über die in Aussicht genommenen Maßnahmen ständig unterrichten, um sich nicht dem Risiko auszusetzen, dass die ausgesprochenen Kündigungen wegen einer verspäteten oder unzureichenden Konsultation der zuständigen Arbeitnehmervertretung rechtsunwirksam sind.

Die Vertreter des abhängigen Unternehmens sollten die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens frühzeitig auf die bestehende Rechtslage und auf die daraus zwangsläufig folgende Informationsverpflichtung hinweisen.

4.3.3 Inhalt der Unterrichtung

Sobald der Arbeitgeber zur Anzeige der Massenentlassung verpflichtet ist, hat er dem zuständigen Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG auf der Basis seines unternehmerischen Konzeptes rechtzeitig sachdienliche Auskünfte zu erteilen. Die Unterrichtung soll dem Betriebsrat die Möglichkeit eröffnen, dem Arbeitgeber konstruktive Vorschläge zur Vermeidung oder Einschränkung der Massenentlassungen zu unterbreiten. Hierdurch soll dem Betriebsrat eine sachgerechte Beratung ermöglicht werden, damit dieser umfassend prüfen kann, ob Kündigungen z. B. durch Versetzungen oder Umschulung der betroffenen Arbeitnehmer vermieden werden können (BAG vom 13. Dezember 2012 – 6 AZR 752/11).

Der anzeigepflichtige Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 6 KSchG über:

- die Gründe für die geplanten Entlassungen (Nr. 1),
- die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer (Nr. 2),
- die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer (Nr. 3),
- den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen (Nr. 4),
- die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer (Nr. 5),
- die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien (Nr. 6)

schriftlich zu unterrichten. Liegen zum Zeitpunkt der ersten Unterrichtung nicht alle erforderlichen Informationen vor, sind diese (ggf. zeitlich gestaffelt) dem Betriebsrat ergänzend zuzuleiten. Maßgeblich ist, dass die erforderlichen Auskünfte im Verlauf des Konsultationsverfahrens vervollständigt und alle einschlägigen Informationen bis zu dessen Abschluss erteilt werden (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18).

4.3.3.1 Die einzelnen Unterrichtungspflichten gemäß § 17 Abs. 2 KSchG

4.3.3.1.1 Unterrichtung über die Gründe für die geplanten Entlassungen (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr.1 KSchG)

Der Arbeitgeber hat gegenüber dem Betriebsrat zu begründen, aus welchen Gründen die Entlassungen vorgenommen werden sollen. Er ist zwar nicht verpflichtet, die Hintergründe für die Kündigung so detailliert darzustellen und deren Rechtswirksamkeit in der Form und Tiefe zu rechtfertigen, wie dies im Kündigungsschutzprozess notwendig ist. Der Arbeitgeber muss aber Angaben zum Sachverhalt machen, wie er die Kündigung begründen will. Er muss das von ihm geplante wirtschaftliche Konzept nachvollziehbar darlegen und erläutern. Dagegen besteht für ihn keine Verpflichtung, seine wirtschaftliche Motivation zu offenbaren.

4.3.3.1.2 Unterrichtung über die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 KSchG)

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer mitteilen, die nach Entlassung auf den Arbeitsmarkt gelangen. Hierzu zählen auch etwaige Entlassungen, die auf Änderungskündigungen beruhen, soweit im Vorhinein nicht eingeschätzt werden kann, wie die einzelnen Arbeitnehmer auf Änderungsangebote des Arbeitgebers reagieren. Es ist zweckmäßig die Berufsgruppen gemäß der oder in Anlehnung an die Datenbank für Ausbildungs- und Tätigkeitsbeschreibungen der Bundesagentur für Arbeit zu orientieren.

4.3.3.1.3 Unterrichtung über die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KSchG)

Dem Betriebsrat sind die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer mitzuteilen. Diese Angaben muss der Arbeitgeber auch später der Agentur für Arbeit im Anzeigeverfahren übermitteln. Der gesetzliche Begriff der Berufsgruppe ist unbestimmt und auslegungsfähig. Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum sind die Berufsgruppen tätigkeitsbezogen zu bestimmen. Dies entspricht jedenfalls dem von der MERL 98/59/EG vorgegebenen Zweck, Entlassungen auf der Basis der erteilten Informationen zu verhindern bzw. deren Folgen abzumildern.

Das BAG hat allerdings bisher offengelassen, ob der Begriff der Berufsgruppe im Verhältnis zu dem in der MERL 98/59/EG verwendeten Begriff der „Kategorien“ zu eng gefasst ist und daher unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden ist (BAG vom 09. Juni 2016 – 6 AZR 405/15).

Nach dem jeweils aktuellen Formular der Bundesagentur für Arbeit über die Anzeige von Entlassungen (BA-KSchG 1 06/2017) wird derzeit zudem nach Berufsgruppen, Berufsklassen und Berufsgattungen unterschieden. Danach müssen Arbeitgeber die jeweiligen Berufsgruppen der betroffenen Arbeitnehmer angeben. Aus „organisatorischen Gründen“ und zur „Unterstützung der Vermittlungsaktivitäten der Agentur für Arbeit“, sollen jedoch auch die Berufsklassen angegeben werden, was nach Aussage der Bundesagentur für Arbeit – im Gegensatz zum zuvor verwendeten Formular – jedoch keine zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Entlassungsanzeige ist. Die Berufsklassen entsprechen der fünfstelligen DEÜV-Nummer. Die Berufsgruppen bestimmten sich nach den ersten drei Stellen. Ansonsten wird im Schlüsselverzeichnis sehr diffizil differenziert, weil innerhalb der Klassifikation der Berufe (KldB 2010) zwischen 144 Berufsgruppen (dreistellig) und 1284 Berufsgattungen (fünfstellig) unterschieden werden kann. Hinzu kommen noch weitere 700 Berufsuntergruppen (vierstellig).

Beispiel-Auszug aus dem Schlüsselverzeichnis (KldB)

Fremdsprachliche/r Korrespondent/in	71413
Fremdsprachliche/r Wirtschaftskorrespondent/in	71413
Freskomaler/in	93323
Freundschaftspionierleiter/in	83123
Friedhofs- und Ziergärtner/in	12132

Dennoch ist der Begriff der Berufsgruppe ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal, das im Wege der allgemeinen Auslegungsregelungen bestimmt werden muss. Im Schrifttum wird allerdings darauf hingewiesen, dass bei einer Mitteilung der Berufsgruppen durch den Arbeitgeber bezogen auf die vierte Gruppe der KldB 2010 (Berufsuntergruppe), die Anzeige nicht fehlerhaft sein dürfte. Allerdings sollten – soweit möglich – auch die fünfstelligen Berufsklassen angegeben werden.

Praxishinweis

Ogleich die Bestimmung des Begriffs der Berufsgruppe durch die Bundesagentur für Arbeit für die Arbeitsgerichte nicht bindend ist, erscheint es zweckmäßig, die an den Betriebsrat zu erteilenden Angaben an dem jeweils aktuellen Formular der Bundesagentur für Arbeit über die Anzeige von Entlassungen zu orientieren und auch für das Konsultationsverfahren zu verwenden. Dabei sollten die Angaben inhaltlich synchron sein zu der späteren Massenentlassungsanzeige.

Die Unternehmen müssen sich frühzeitig mit der Zuordnung zu den einzelnen Berufsgruppen befassen. Bei der Einordnung der zu entlassenden Arbeitnehmer zu den jeweiligen Berufsgruppen ist in zeitlicher Hinsicht jedoch Vorsicht geboten, die Zuordnung kann und darf nur unter Vorbehalt der Wahrung der Beteiligungsrechte erfolgen, da der Arbeitgeber bei einer nicht entsprechend konditionierten Zuordnung der zu entlassenden Arbeitnehmer Gefahr läuft, dass er bereits den Tatbestand einer unumkehrbaren Betriebsänderung auslöst. Hierdurch könnten zu seinem Nachteil Unterlassungsansprüche des Betriebsrats und Nachteilsausgleichsansprüche der betroffenen Arbeitnehmer nach § 113 BetrVG ausgelöst werden.

Vielfach ergeben sich im Laufe des Verfahrens später noch Änderungen. In diesem Fall sollte dem Betriebsrat in einem weiteren ergänzenden Schreiben nach § 17 Abs. 2 KSchG – wieder unter Verwendung der Anlagen – die finalen Angaben noch einmal zugestellt werden.

Ziel jedes Unternehmens muss es sein, dass der Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens letztendlich dieselben Angaben erhält, die auch an die Agentur für Arbeit übermittelt werden.

Falls der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 Nr. 2, 3 KSchG unzutreffend unterrichtet, geht die Rechtsprechung ausnahmsweise von der Heilung dieses Fehlers aus, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitgeteilt hat, dass alle Arbeitnehmer wegen Betriebsstilllegung entlassen werden sollen und dieser zu der Massenentlassung abschließend Stellung genommen hat (BAG vom 09. Juni 2016 – 6 AZR 405/15). Erfolgt die Unterrichtung nicht, kann dies bei der Entlassung aller Arbeitnehmer keine Folgen für die Prüfung konstruktiver Vorschläge zur Verhinderung oder Beschränkung der Massenentlassung durch den Betriebsrat haben. Dieser kann in Kenntnis der Betriebsstilllegung wegen der offenkundigen Betroffenheit aller Berufsgruppen in der von § 17 Abs. 2 KSchG vorgesehenen Weise am Konsultationsverfahren mitwirken, so dass sich ein Unterrichtungsfehler insoweit nicht zulasten der betroffenen Arbeitnehmer auswirken kann (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18).

4.3.3.1.4 Unterrichtung über den Zeitraum der geplanten Entlassungen (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KSchG)

Hinsichtlich des vom Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 Nr. 4 KSchG anzugebenden Zeitraums, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, kommt es nach der Rechtsprechung des BAG bei unionsrechtskonformer Auslegung auf den Monat an, in dem der Arbeitgeber beabsichtigt, die Kündigungen auszusprechen (BAG vom 28. Mai 2009 – 8 AZR 273/08). Im Schrifttum wird dies dahingehend konkretisiert, dass der Arbeitgeber mitzuteilen hat, wann die Kündigungen erklärt, also wann sie dem zu entlassenden Arbeitnehmer voraussichtlich zugehen werden. In diesem Zusammenhang ist noch nicht geklärt, ob neben der Angabe über den Zeitraum der Erklärung bzw. den Zugang der Kündigungen zusätzlich auch eine Mitteilung im Hinblick auf den konkreten Ablauf der Kündigungsfrist erforderlich ist. Eine Angabe der Kündigungsendtermine dürfte dagegen an und für sich nicht mehr erforderlich sein. Das BAG hat zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen, sondern es bislang ausreichen lassen, wenn der Arbeitgeber neben dem Monat des Ausspruchs der Kündigungen die Kündigungsfristen mitteilt (BAG vom 28. Mai 2009 – 8 AZR 273/08).

Auch nach einer neueren Entscheidung des BAG genügt es nach § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KSchG jedenfalls zu Beginn des Konsultationsverfahrens die Mitteilung des Monats, in dem der Arbeitgeber nach seinem aktuellen Planungsstand die Kündigungen erklären will. Ob der Arbeitgeber im Laufe des Konsultationsverfahrens verpflichtet ist, den geplanten Zeitraum der Entlassungen zu präzisieren, hängt vom Verlauf des Konsultationsverfahrens und des Planungsstands sowie vom Kenntnisstand der Arbeitnehmervertretung ab (BAG, Urteil vom 08. November 2022 – 6 AZR 16/22).

Praxishinweis

Im Rahmen der Unterrichtung des Betriebsrats sollten in jedem Falle die Kündigungsfristen der zu entlassenden Arbeitnehmer angegeben werden. Noch rechtssicherer wäre es, wenn dem Betriebsrat die konkreten Beendigungsendtermine mitgeteilt würden.

Im Konsultationsverfahren sind dem Betriebsrat keine Auskünfte zu Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Unternehmen zu erteilen, wenn der Betriebsrat diese kennt. Ob der Arbeitgeber im Rahmen des Konsultationsverfahrens überhaupt verpflichtet ist, dem Betriebsrat Auskünfte über etwaige Beschäftigungsmöglichkeiten bei anderen (Konzern-) Unternehmen zu erteilen, ist bisher nicht höchstrichterlich entschieden. Aus der Vorschrift des § 17 KSchG lässt sich eine solche Verpflichtung jedenfalls nicht ableiten. Eine Auskunftspflicht besteht jedenfalls dann nicht, wenn der Betriebsrat bereits Kenntnis von den Beschäftigungsmöglichkeiten besitzt.

Wird die Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt ausgesprochen als in der Massenentlassungsanzeige angegeben, berührt die – nicht vorsätzliche – Falschangabe die Wirksamkeit der Kündigung nicht. Bereits aus dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Nr. 4 KSchG ("ausgesprochen werden sollen") ergibt sich, dass insoweit lediglich eine Prognose, wann die Entlassungen vorgenommen werden, mitgeteilt werden soll.

4.3.3.1.5 Unterrichtung über die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 KSchG)

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 KSchG über die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu unterrichten. Der Betriebsrat soll darüber unterrichtet werden, welche Kriterien der Arbeitgeber vor Entlassung der Frage zugrunde legt, welche Arbeitnehmer von der Entlassung betroffen sein sollen. Als Kriterien kommen im Wesentlichen soziale Gesichtspunkte und betriebliche Belange in Betracht, daneben aber auch fachliche und persönliche Belange. Bei den sozialen Auswahlkriterien sind die zu § 1 Abs. 3 KSchG entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Zu den dem Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 Nr. 5 KSchG mitzuteilenden sozialen Kriterien zählen Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen und eine Schwerbehinderteneigenschaft nach § 2 Abs. 2 SGB IX sowie ggf. auch weitere Aspekte wie etwa eine besondere Schutzbedürftigkeit von Schwangeren oder Müttern nach dem MuSchG.

Das LAG Düsseldorf vertritt den Standpunkt, dass es Unternehmen in diesem Zusammenhang verwehrt ist, sich allein auf eine gemäß § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 InsO vereinbarte Namensliste zu berufen, die einem Interessenausgleich beigelegt und als Unterlage der Agentur für Arbeit zur Verfügung gestellt worden ist. Aus der Namensliste ergebe sich allenfalls das Ergebnis der durchgeführten Sozialauswahl, nicht jedoch, welche Kriterien wie eingesetzt worden sind, um zu einem – wie auch immer gearteten – Ergebnis der Sozialauswahl zu gelangen. Vielfach wird die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, der Zeitpunkt für die Entlassungen und das Verhältnis der zu berücksichtigenden Kriterien

zueinander – z. B. über ein Punkteschema – und die zu bildenden Vergleichsgruppen erst im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen abschließend festgelegt. Aus diesem Grund sollte zu diesem Zeitpunkt der Betriebsrat nochmals ergänzend bzw. nunmehr abschließend unter Hinweis auf die im Interessenausgleich verwendeten Formulierungen nach § 17 Abs. 2 KSchG abschließend konsultiert werden.

Praxishinweis

Soweit im Rahmen des zwischen den Betriebsparteien vereinbarten Interessenausgleichs das Verhältnis der zu berücksichtigenden Kriterien – z. B. über ein Punkteschema – oder die zu bildenden Vergleichsgruppen festgelegt wird, sollte der Betriebsrat in Ergänzung der bisherigen Konsultation nochmals über die Kriterien für die Sozialauswahl einschließlich des nunmehr festgelegten Verhältnisses zueinander ergänzend, und damit vollständig konsultiert werden.

Bei einer ergänzenden bzw. auch zweiten Konsultation läuft die zweiwöchige Frist zur Stellungnahme des § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG für den Betriebsrat erneut an. Sie kann durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats verkürzt werden.

Ein etwaiger Verstoß gegen § 17 Abs. 3 S. 6 KSchG steht der Wirksamkeit einer Kündigung nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten. Es handelt sich hierbei nicht um ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB. § 17 Abs. 3 S. 6 KSchG entspricht Art. 3 Abs. 2 EGRL 59/98. Die Weiterleitung der Anzeige dient lediglich der Information der Arbeitnehmervertretung (BAG, Urteil vom 08. November 2022 – 6 AZR 16/22).

4.3.3.1.6 Unterrichtung über die für Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 KSchG)

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 Nr. 6 KSchG die für die Berechnung „etwaiger“ Abfindungen vorgesehenen Kriterien mitzuteilen. In Fällen, in denen eine Sozialplanpflicht besteht und im Sozialplan Abfindungszahlungen vorgesehen sind, genügt der Arbeitgeber den Anforderungen des § 17 Abs. 2 Nr. 6 KSchG, wenn er dem Betriebsrat mitteilt, dass sich die Kriterien für die Berechnung der Abfindung aus dem noch zu schließenden Sozialplan ergeben werden (BAG vom 30. Juni 2004 – 1 AZR 7/03).

Praxishinweis

In der betrieblichen Praxis wird im Unterrichtungsschreiben im Hinblick auf den noch abzuschließenden Sozialplan verwiesen, zumal der Betriebsrat diesen auch in der Regel unterschreiben wird. Zugleich wird der Agentur für Arbeit sodann auch ein Exemplar des

Interessenausgleichs und Sozialplans mit der Massenentlassungsanzeige zur Verfügung gestellt.

Fehlt eine Mitteilung der für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien, führt dies unabhängig davon, ob ein Sozialplan zustande gekommen ist, nicht zur Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung. Enthält die Unterrichtung diesbezüglich keine Angaben, bringt der Arbeitgeber ausreichend zum Ausdruck, dass es keine Abfindung geben soll (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18).

Soweit die Personalabbaumaßnahme nicht sozialplanpflichtig ist und der Arbeitgeber auch nicht freiwillig Abfindungszahlungen anbietet, besteht insoweit keine Mitteilungspflicht.

4.3.4 Einhaltung der Schriftform

Der Arbeitgeber hat nach § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 6 KSchG dem Betriebsrat die Auskünfte „schriftlich“ zu erteilen. Die Wahrung der Textform entsprechend § 126b BGB reicht danach aus (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16; BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18), so dass die Unterrichtung auch durch Telefax oder nur per E-Mail übermittelt werden kann.

Praxishinweis

Arbeitgebern ist zu empfehlen, den Zugang des Unterrichtungsschreibens beim Betriebsrat sicherzustellen und den Zugangsvorgang zu dokumentieren. Sofern die Unterrichtungsschreiben nicht persönlich übergeben werden, sollte sich der Arbeitgeber vom Betriebsrat den Erhalt und den Zugang des Unterrichtungsschreibens vorsorglich bestätigen lassen bzw. den Zugangsvorgang unter Angabe des Beweismittels dokumentieren.

Die jeweiligen Informationen sollten der vom Arbeitgeber geführten „Massenentlassungsakte“ sowie der bei der Agentur für Arbeit einzureichenden Massenentlassungsanzeige beigelegt werden.

4.3.5 Weiterleitung einer Abschrift des Unterrichtungsschreibens an die Agentur für Arbeit

Eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat hat der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit zuzuleiten (§ 17 Abs. 3 S. 1 HS 1 KSchG).

Praxishinweis

Die Weiterleitung der Mitteilung an den Betriebsrat an die Agentur für Arbeit wird in der Praxis oft vergessen. Das Gesetz spricht auch von zeitgleichem Weiterleiten.

Dieser Gesichtspunkt spielt zunehmend eine größere Rolle, da er in gerichtlichen Verfahren vermehrt von den Arbeitnehmervertretern gerügt wird.

Aus diesem Grund sollte sichergestellt werden, dass die Versendung des Unterrichtschreibens an den Betriebsrat sowie die Weiterleitung der Mitteilung an diesen an die Agentur für Arbeit zeitgleich erfolgt.

Beide Vorgänge sollten aus Dokumentations- und Beweiszielen ebenfalls in der vom Unternehmen zu erstellenden Massenentlassungsakte dokumentiert werden.

Auch dann, wenn zeitversetzt ergänzende Informationen des Betriebsrates erfolgen, sollten diese an die Agentur für Arbeit zeitgleich weitergeleitet werden.

4.3.6 Stellungnahme des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann zu der geplanten Massenentlassung und der hierzu erfolgten Mitteilung des Arbeitgebers gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG Stellung nehmen.

Die Stellungnahme des Betriebsrats ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Anzeige.

Praxishinweis

Es bietet sich an, dem Betriebsrat einen Entwurf einer Stellungnahme zukommen zu lassen.

Vielfach sind sich Betriebsräte und die die Betriebsräte beratenden Rechtsanwälte/Gewerkschaftsvertreter der eigentlichen rechtlichen Problematik nicht bewusst und können – bewusst oder unbewusst – Fehler in die Stellungnahme einbauen.

4.4 Beratung mit dem Betriebsrat

Falls der Arbeitgeber den Betriebsrat hinreichend unterrichtet hat, trifft ihn zusätzlich nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG eine Beratungspflicht. Er hat mit dem Betriebsrat oder mit einem nach §§ 27, 28 BetrVG gebildeten Ausschuss über die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern. Die Beratungen dürfen

nicht allein mit dem Betriebsratsvorsitzenden erfolgen, sondern müssen mit dem Betriebsratsgremium als Kollegialorgan durchgeführt werden. Die Beratung mit dem Betriebsrat ist ebenso wie die ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrates eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Die Beratungspflicht geht über die Pflicht zur bloßen Auskunftserteilung und Unterrichtung hinaus.

Die Beratungspflicht ist aber nicht auf eine abschließende einvernehmliche Lösung ausgelegt, es besteht kein Zwang zur Einigung. Arbeitgeber und Betriebsrat beraten, wenn der Betriebsrat seine Stellungnahme zu den Plänen und Vorhaben des Arbeitgebers abgibt und der Arbeitgeber sich damit im Gespräch bzw. in Verhandlungen mit dem Betriebsrat auseinandersetzt. Er kann zwar die Vermeidung oder Einschränkung von Entlassungen durchaus von bestimmten Bedingungen oder Voraussetzungen abhängig machen, er muss aber bereit sein, sich mit den abweichenden Vorstellungen des Betriebsrats auseinanderzusetzen (BAG vom 21. März 2013 – 2 AZR 60/12; BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16).

Praxishinweis

Es ist dem Arbeitgeber zu empfehlen, dem Betriebsrat auch im Hinblick auf die aus § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG folgenden Pflichten Terminvorschläge zu unterbreiten. Arbeitgeber sollten auf die Einhaltung der vorgeschlagenen Termine drängen und den Zeitpunkt und Inhalt des Beratungsgesprächs dokumentieren und anschließend ihrer „Massenentlassungsakte“ beifügen.

4.5 Ende des Konsultationsverfahrens

Nach der Rechtsprechung des BAG kann die Erstattung der Massenentlassungsanzeige vor Abschluss der Beratungen mit dem Betriebsrat erfolgen. § 17 Abs. 2 KSchG verlangt nicht, dass außer der Unterrichtung des Betriebsrats und der Beratung mit diesem auch eine Einigung über die Durchführung der Massenentlassungen erzielt worden ist (BAG vom 28. Mai 2009 – 8 AZR 273/08).

Der Arbeitgeber erfüllt seine Beratungspflicht jedenfalls dann, wenn er dem Betriebsrat Verhandlungsgespräche über die zu geplanten Entlassungen bzw. über die Möglichkeiten ihrer Vermeidung konkret anbietet und diese auch realisiert (BAG vom 28. Mai 2009 – 8 AZR 273/08). Für die Betriebsparteien ist für die Beratung keine absolute Verhandlungs(mindest)dauer vorgeschrieben (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16).

Der Arbeitgeber kann den Beratungsanspruch des Betriebsrats auch als erfüllt ansehen, wenn er seine Unterrichtungspflichten nach § 17 Abs. 2 KSchG erfüllt hat und keine Reaktion des Betriebsrats auf den arbeitgeberseitigen Vorschlag zu möglichen weiteren Verhandlungen binnen einer zumutbaren Frist erfolgt (BAG vom 26. Februar 2015 – 2 AZR 955/13) oder aus der Sicht des Arbeitgebers auch kein Ansatz oder keine Bereitschaft des

Betriebsrats für weitere, zielführende Verhandlungen besteht (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16).

Das Konsultationsverfahren endet schließlich auch, wenn eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats zu den beabsichtigten Kündigungen vorliegt. Ab diesem Zeitpunkt ist die Beratungspflicht erfüllt, so dass der Arbeitgeber die Massenentlassungsanzeige erstatten kann, und zwar bereits vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG. Dies wird damit begründet, dass der Betriebsrat mit der abschließenden Stellungnahme – soweit diese keine einschränkende Hinweise oder Zusätze enthält – zum Ausdruck bringt, dass er sich für ausreichend unterrichtet hält und die gesetzliche Beratungspflicht erfüllt ist (BAG vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18). Für den Abschluss des Konsultationsverfahrens ist es nicht erforderlich, dass die Betriebsparteien eine Einigung über den Interessenausgleich und den Sozialplan erzielt haben. Der Arbeitgeber unterliegt nach der Rechtsprechung des BAG insoweit keinem Einigungszwang (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16). Scheitern die Verhandlungen über den Interessenausgleich und Sozialplan, wird weder von § 17 Abs. 2 KSchG noch nach Art. 2 Abs. 2 MERL die Anrufung einer Einigungsstelle nach § 112 Abs. 2 BetrVG verlangt (BAG vom 21. Mai 2008 – 8 AZR 84/07).

4.6 Beteiligung des Europäischen Betriebsrats

Bei länderübergreifenden Massenentlassungen ist ungeachtet des Beteiligungsrechts des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG auch ein ggf. errichteter Europäischer Betriebsrat nach § 29 Abs. 2 Nr. 10 EBRG jährlich zu unterrichten und anzuhören. Massenentlassungen stellen im Übrigen auch außergewöhnliche Umstände i. S. d. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EBRG dar, über die der Europäische Betriebsrat der zentralen Leitung rechtzeitig zu unterrichten und auf Verlangen anzuhören ist.

4.7 Fehlen eines Betriebsrats

Soweit in dem von der Massenentlassung betroffenen Betrieb kein Betriebsrat besteht und kein betriebs- oder unternehmensübergreifender Personalabbau vorliegt, der eine Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats begründet, ist kein Konsultationsverfahren durchzuführen.

4.8 Verbindung mit weiteren Beteiligungsrechten

Falls zu Gunsten der Arbeitnehmervertretungen weitere Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte bestehen bleiben diese von den Beteiligungsrechten nach § 17 Abs. 2 KSchG unberührt. Hierzu gehören insbesondere die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 92 Abs. 1, 102 Abs. 1, 106 Abs. 3 Nr. 6, 111, 112 BetrVG. Sofern die dem Arbeitgeber gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG obliegenden Pflichten mit den aus § 111 S. 1 BetrVG folgenden Verpflichtungen übereinstimmen, kann er sie gleichzeitig erfüllen. Dabei muss der Betriebsrat allerdings klar erkennen können, dass die stattfindenden Beratungen (auch) der

Erfüllung der Konsultationspflicht des Arbeitgebers aus § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG dienen sollen (BAG vom 26. Februar 2015 – 2 AZR 955/13; BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11).

Die Verbindung des Verfahrens nach § 111 BetrVG mit der Unterrichtung des (Gesamt-)Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG verletzt nach der Rechtsprechung keine unionsrechtlichen Vorgaben (BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11). Diese Frage ist durch den EuGH auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG geklärt (BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11). Es handelt sich danach um ein von der Richtlinienvorgabe der MERL 98/59/EG gewährleistetes kollektives Informationsrecht der Arbeitnehmervertretung und nicht um ein individuelles Recht der einzelnen Arbeitnehmer. Die Verbindung des Interessenausgleichsverfahrens nach § 111 BetrVG mit der schriftlichen Unterrichtung nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG ist deshalb richtlinienkonform (BAG vom 10. September 2009 – 10 AZR 543/09).

Beispielformulierung (Formulierungsvorschlag auf der Grundlage des Urteils des BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 151/11) für eine Regelung im Interessenausgleich mit dem Betriebsrat

„Im Hinblick auf die erforderlich werdenden betriebsbedingten Kündigungen besteht zwischen den Parteien ferner Einigkeit darüber, dass der Betriebsrat [bzw. Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat]* noch im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen umfassend gemäß § 17 Abs. 2 KSchG unterrichtet und beteiligt worden ist. Ihm sind insbesondere die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, der Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer und die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehen Kriterien, mitgeteilt worden.

Der Arbeitgeber und der Betriebsrat [bzw. Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat]* haben insbesondere auch die Möglichkeiten beraten, Entlassungen zu vermeiden oder zumindest einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

Die Parteien sehen deshalb das Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG damit als abgeschlossen an.“

*Unzutreffendes bitte streichen

Hinweis

Es ist darauf zu achten, dass neben dem den Interessenausgleich unterzeichnenden Gremium, auch die parallel angehörten weiteren Gremien eine entsprechende abschließende Erklärung unterzeichnen.

Allerdings kann der Betriebsrat nicht von vornherein auf die Durchführung des Konsultationsverfahrens zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer verzichten, weil die Konsultationspflicht eine individualschützende Komponente enthält (BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11).

Schon während der Beratungen nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG könnten rechtstheoretisch die Betriebsratsanhörungen nach § 102 Abs. 1 BetrVG wirksam erfolgen (BAG vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11). Gegen diese Vorgehensweise wird jedoch zu Recht eingewandt, dass die Gründe für die beabsichtigten Kündigungen in der Regel noch nicht hinreichend feststehen und mithin nicht in der gebotenen Weise mitgeteilt werden können.

Praxishinweis

Im Regelfall sollten Arbeitgeber die Betriebsratsanhörungen erst nach Abschluss des Konsultationsverfahrens vornehmen.

Sollen die Pflichten aus § 17 Abs. 2 S. 1 und aus § 102 Abs. 1 BetrVG ausnahmsweise gleichzeitig erfüllt werden, hat der Arbeitgeber dies in jedem Falle ausdrücklich klarzustellen.

Darüber hinaus muss dem Betriebsrat im Konsultationsverfahren die Gelegenheit gegeben worden sein, über eine Vermeidung der geplanten Entlassungen mit dem Arbeitgeber zu beraten. Dagegen erfordern die Anhörungen nach § 102 Abs. 1 BetrVG keine Beratungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

Hieraus ergibt sich folgender zeitlicher Ablauf:

- Schritt 1: Durchführung des Konsultationsverfahrens
 - Schritt 2: Abschluss des Interessenausgleichs
 - Schritt 3: Erhebung der Massenentlassungsanzeige
 - Schritt 4: Durchführung der Betriebsratsanhörungen mit Bezugnahme auf alle erteilten Informationen im Rahmen der Verhandlungen zum Interessenausgleich, Sozialplan und Konsultationsverfahren einschließlich der Bezugnahme auf den der Betriebsratsanhörungen beigefügtem Interessenausgleich
-

4.9 Weiterleitung der Stellungnahme des Betriebsrats an die Agentur für Arbeit

Weitere Mitwirkungsrechte des Betriebsrates ergeben sich aus § 17 Abs. 3 KSchG. Hierunter fallen u. a. die Möglichkeit der Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme des Betriebsrates zu den beabsichtigten Entlassungen (§ 17 Abs. 3 S. 2 KSchG) sowie das aus § 17 Abs. 3 S. 7 KSchG abzuleitende Recht zu weiteren Stellungnahmen.

4.10 Änderung der Sachlage

Nach Abschluss der Beratungen kann durch eine nachträgliche Veränderung der Sachlage eine erneute Konsultationspflicht ausgelöst werden. Dieser Fall tritt aber nur dann ein, wenn durch die nachträglichen Entwicklungen zusätzlich weitere Kündigungen innerhalb der 30-Tage-Frist des § 17 Abs. 1 KSchG ausgesprochen werden sollen, die im bereits erfolgten Konsultationsverfahren nicht angesprochen worden sind.

4.11 Rechtsfolgen der fehlerhaften Konsultation

Falls der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren nicht mit der zuständigen Arbeitnehmervertretung oder die Konsultation als solche nicht ordnungsgemäß durchführt bzw. die Stellungnahme des Betriebsrats bei der Agentur für Arbeit überhaupt nicht einreicht oder den Stand der Beratungen irreführend darstellt, verletzt der Arbeitgeber die ihm nach § 17 Abs. 2 KSchG obliegenden Pflichten. Hierdurch wird die Massentlassungsanzeige unwirksam (BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19).

Dies führt nach der Rechtsprechung des BAG zugleich zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16).

5 Die Erstattung der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit (§ 17 Abs. 3 KSchG)

Form und Inhalt der Massentlassungsanzeige

Der Arbeitgeber ist bei Überschreiten der in § 17 Abs. 1 Nr. 1 - 3 KSchG genannten Schwellenwerte nach § 17 Abs. 1 KSchG verpflichtet, der zuständigen Agentur für Arbeit die Massentlassung anzuzeigen. Hierdurch soll diese in die Lage versetzt werden, sich frühzeitig auf die als Folge der Massentlassung bedingte zusätzliche Belastung des Arbeitsmarktes einzustellen sowie die Folgen der Entlassungen für die Betroffenen möglichst zu mildern. Der Arbeitgeber darf die Massentlassungen erst nach dem Ende des Konsultationsverfahrens und nach der Erstattung der Anzeige vornehmen.

Falls der Arbeitgeber die Massentlassung nicht anzeigt, beginnen weder die Sperrfrist noch die Freifrist nach § 18 KSchG zu laufen. Nach § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG muss der Arbeitgeber gleichzeitig, also grundsätzlich am selben Tag eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat der Agentur für Arbeit zuleiten. Die Massentlassungsanzeige muss nach § 17 Abs. 3 S. 1 HS 1 KSchG zumindest die in § 17 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 5 KSchG vorgeschriebenen Angaben enthalten. Dagegen erstreckt sich die Unterrichtung der Agentur für Arbeit nicht auf die Angaben nach § 17 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 KSchG (Berechnungskriterien für Abfindungen). Demzufolge dürfte ein Verstoß gegen diese Pflicht nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.

5.1 Form der Anzeige

Die Anzeige ist vom Arbeitgeber bei der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 KSchG schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen vom Arbeitgeber zu erstatten. Eine mündliche oder telefonische Anzeige genügt nicht. Die Anzeige bedarf nicht zwingend der Schriftform i. S. v. § 126 BGB, da der Zweck des § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG nicht die Übermittlung eines vom Arbeitgeber oder seinem Bevollmächtigten eigenhändig unterzeichneten Schriftstücks verlangt. Die Unterrichtung des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 2 S. 1 HS 2 Nr. 1 bis Nr. 6 KSchG kann in Textform (§ 126b BGB) erfolgen (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16).

Praxishinweis

Es empfiehlt sich aus Gründen der Rechtssicherheit nicht nur das von der Agentur für Arbeit bereitgestellte Formular zur formgerechten und vollständigen Anzeige der Massenentlassung zu nutzen, sondern auch ein unterschriebenes Exemplar der Agentur für Arbeit zuzustellen.

5.2 Zuständigkeit der Agentur für Arbeit

Die Anzeige ist an die Agentur für Arbeit zu richten, in deren Bezirk der Betrieb liegt. Dagegen ist der Sitz des Unternehmens nicht maßgebend. Allerdings muss hierbei besonders sorgfältig geprüft werden, welcher Betrieb die Massenentlassungsanzeige erheben muss. Falls die Unternehmen unter Anwendung des unrichtigen Betriebsbegriffs die Anzeige für den falschen Betrieb erstatten, ist nach der Rechtsprechung des BAG die Kündigung nach § 17 Abs. 1 KSchG, § 134 BGB rechtsunwirksam (BAG vom 14. März 2013 – 8 AZR 154/12, BAG vom 13. Februar 2020 – 6 AZR 146/19). Beachten Sie bitte zur Nichtigkeit des § 134 BGB jedoch bitte auch die Ausführungen unter 3.4.3.1 am Ende.

Praxishinweis

Soweit sich Unklarheiten bzgl. des anzeigeerstattungspflichtigen Betriebes infolge der ggf. unterschiedlichen Auslegung des nationalen und europäischen Betriebsbegriffes ergeben, sollten Massenentlassungsanzeigen vorsichtshalber sowohl bei der Agentur, die nach Anwendung des europäischen Betriebsbegriffs zuständig ist, als auch bei der Agentur, die bei Anwendung des nationalen Betriebsbegriffs zuständig ist, erstattet werden (doppelgleisige Erstattung der Massenentlassungsanzeige).

Die Zuständigkeit der Agentur für Arbeit ergibt sich aus dem nationalen Verwaltungsrecht, insbesondere aus den Festlegungen des Verwaltungsrats der Bundesagentur für Arbeit. Die Anzeige wird mit Eingang bei der zuständigen Agentur für Arbeit nach § 130 Abs. 1 und 3 BGB wirksam.

Dagegen führt die Einreichung der Massenentlassungsanzeige bei zwei unterschiedlichen Agenturen für Arbeit nicht zur Nichtigkeit (§ 134 BGB) einer nachfolgend ausgesprochenen Kündigung, wenn die Anzeige vollständige und zutreffende Angaben zu den für die örtliche Zuständigkeit möglicherweise relevanten Umständen enthält und der Arbeitgeber auf die mehrfache Einreichung hinweist (BAG vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16). Vielmehr ist es Sache der angegangenen Behörden, sich über die örtliche Zuständigkeit für die Entscheidung nach §§ 18, 20 KSchG abzustimmen. Beachten Sie bitte zur Nichtigkeit nach § 134 BGB jedoch bitte auch die Ausführungen unter 3.4.3.1 am Ende.

Praxishinweis

Falls der Arbeitgeber unsicher ist, welche Agentur für Arbeit für die Entgegennahme der Massentlassungsanzeige zuständig ist, sollte er bei allen in Betracht kommenden Agenturen eine Massentlassungsanzeige einreichen und die Agenturen hierauf hinweisen.

5.3 Inhalt der Massentlassungsanzeige

5.3.1 Auflistung der Pflichtangaben

Die Anzeige muss nach § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG zumindest die in § 17 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 5 KSchG vorgeschriebenen Angaben enthalten (sog. Pflichtangaben). Hierzu zählen:

- Name des Arbeitgebers
- Sitz und Art des Betriebs
- Zahl und die Berufsgruppen der zu kündigenden und in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer
- Gründe für die geplanten Kündigungen (Bezug: allgemein auf alle Kündigungen)
- Vorgesehene Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer
- Zeitraum – nach Kalendertagen –, in dem die Kündigungen vorgenommen werden sollen

Zeigt der Arbeitgeber die Massentlassung nicht an, beginnen weder die Sperrfrist noch die Freifrist nach § 18 KSchG zu laufen.

5.3.2 Sollangaben

Zusätzlich sollen im Einvernehmen mit dem Betriebsrat in der Anzeige gemäß § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG folgende Angaben zu den zu entlassenden Arbeitnehmern enthalten sein:

- Angaben über Geschlecht und Alter
- Angaben über Beruf und Staatsangehörigkeit

5.3.3 Stellungnahme des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann zu der geplanten Massentlassung und der hierzu erfolgten Mitteilung des Arbeitgebers gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG Stellung nehmen. Die Stellungnahme des Betriebsrats ist der Anzeige beizufügen und ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Anzeige. Die Stellungnahme muss eine eindeutige und abschließende Meinungsäußerung des Betriebsrats zu den angezeigten Kündigungen enthalten (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR

780/10). Schließen die Betriebsparteien einen Interessenausgleich mit Namensliste, so ersetzt dieser gemäß § 1 Abs. 5 S. 4 KSchG bzw. § 125 Abs. 2 InsO die Stellungnahme des Betriebsrats.

5.3.3.1 Form und Inhalt der Stellungnahme

An die Form und den Inhalt der Stellungnahme des Betriebsrats werden keine besonderen Anforderungen gestellt (BAG vom 21. März 2012 – 6 AZR 596/10). Neben der abschließenden Meinungsäußerung zu den angezeigten Kündigungen muss aus der Stellungnahme hervorgehen, dass der Betriebsrat sich für ausreichend unterrichtet hält und seinen Beratungsanspruch als erfüllt ansieht (BAG vom 26. Februar 2015 – 2 AZR 955/13; BAG vom 09. Juni 2016 – 6 AZR 405/15).

5.3.3.1.1 Integration der Stellungnahme in einem Interessenausgleich

Die in einem beigefügten Interessenausgleich integrierte Stellungnahme des Betriebsrats zu den beabsichtigten Entlassungen genügt den Anforderungen des § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG. Selbst ein Interessenausgleich ohne Namensliste, der im Unterschied zu einem Interessenausgleich mit Namensliste mangels gesetzlicher Anordnung die Stellungnahme des Betriebsrats nicht ersetzen kann, erfüllt die Anzeigepflicht, wenn der Betriebsrat damit zu der beabsichtigten Massenentlassung abschließend Stellung genommen hat (BAG vom 21. März 2012 – 6 AZR 596/10; BAG vom 22. November 2012 – 2 AZR 371/01).

Die ursprüngliche Ansicht des BAG, eine zunächst fehlende Stellungnahme des nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG ordnungsgemäß unterrichteten Betriebsrats könne nachgereicht werden mit der Folge, dass die Voraussetzungen des § 17 KSchG ab Vorlage der Stellungnahme an die Agentur für Arbeit erfüllt seien (BAG vom 21. Mai 2008 – 8 AZR 84/07), ist vom BVerfG aufgehoben worden.

Beispiel einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats zur arbeitgeberseitigen Konsultation

„Der Betriebsrat erklärt abschließend als Stellungnahme zu den geplanten Entlassungen gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG:

Wir sind im Hinblick auf die erforderlich werdenden betriebsbedingten Kündigungen im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen umfassend gemäß § 17 Abs. 2 KSchG unterrichtet und beteiligt worden. Uns sind insbesondere die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, der Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer und die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehen Kriterien, mitgeteilt worden.

Wir haben mit dem Arbeitgeber insbesondere auch die Möglichkeiten beraten, Entlassungen zu vermeiden oder zumindest einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

Wir sehen daher abschließend keine Möglichkeiten, die geplanten Entlassungen zu vermeiden und sehen damit das Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG als abgeschlossen an.“

5.3.3.1.2 Glaubhaftmachung der Unterrichtung und Einhaltung der Zweiwochenfrist bei fehlender Stellungnahme des Betriebsrats (§ 17 Abs. 3 S. 3 KSchG)

Gibt der Betriebsrat keine ausreichende oder abschließende Stellungnahme ab, muss der Arbeitgeber gemäß § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG mit seiner Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit glaubhaft machen, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG unterrichtet hat, und selbst den Stand der Beratungen mitteilen.

Voraussetzung hierfür ist aber, dass es dem Betriebsrat durch ausreichende Unterrichtung möglich war, konstruktive Vorschläge zur Vermeidung der Massenentlassung zu unterbreiten. Bei Abgabe der Anzeige vor dem Fristablauf ist diese nicht wirksam. Zu beachten ist hierbei, dass es sich bei der Frist nach § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG um eine Frist handelt, die rückwärts (vom Erstattungsdatum der Anzeige) analog §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 1. Alt. BGB zu berechnen ist.

Die Unterrichtung sollte spätestens zwei Wochen und einen Tag vor Erstattung der Anzeige erfolgen.

Auch wenn der Betriebsrat – bewusst oder unbewusst – eine den gesetzlichen Anforderungen nicht genügende Stellungnahme abgibt, kann der Arbeitgeber rechtssicher kündigen, wenn er vorsorglich nach § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG verfährt (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10).

Beispiel für zeitlichen Ablauf bei ausbleibender Antwort des Betriebsrates

Berechnungsbeispiel

Geplanter Ausspruch Kündigungen	Dienstag, den 30. April 2024 (ab 09:00 Uhr)
unmittelbar nach Zugang der Entscheidung der Arbeitsagentur	
Erstattung Anzeige und Zugang bei der Arbeitsagentur	Dienstag, den 30. April 2024 (bis 09:00 Uhr)
Fristbeginn (Berechnung rückwärts gewandt)	Montag, den 29. April 2023
Fristende	Dienstag, den 16. April 2024
Unterrichtung Betriebsrat	Montag, den 15. April 2014

Praxishinweis

Falls der Betriebsrat nicht Stellung nimmt, hat der Arbeitgeber unbedingt die Zwei-Wochen-Frist verstreichen zu lassen, bevor er die Anzeige bei der Agentur für Arbeit erhebt.

Die ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats wird in der Regel durch Vorlage einer Durchschrift der Mitteilung an den Betriebsrat und einer Empfangsbestätigung des Betriebsratsvorsitzenden glaubhaft gemacht. Daneben kommen die nach § 294 ZPO zulässigen Beweismittel (Zeugen-, Urkundenbeweis, Parteivernehmung, eidesstattliche Versicherung) in Betracht.

5.4 Rechtsfolgen fehlerhafter Angaben in der Massenentlassungsanzeige

Fehler in der Massenentlassungsanzeige können zur Unwirksamkeit der Kündigungen führen. Dies gilt für Fehler, die die Muss-Angaben der Anzeige nach § 17 Abs. 3 S. 4 i. V. m. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 - 5 KSchG betreffen. Der Arbeitgeber kann die Anzeige nicht heilen, in dem er diese Angaben nachholt. Auf eine zu niedrige Angabe der Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer können sich nach der Rechtsprechung des BAG aber nur diejenigen Arbeitnehmer berufen, die von der Anzeige nicht erfasst sind. Mit dem Zweck der Massenentlassungsanzeige stünde es nicht im Einklang, wenn die fehlende Angabe einer einzigen Entlassung auch die Auflösung der Arbeitsverhältnisse aller anderen von der Anzeige erfassten Arbeitnehmer hinderte (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10).

Die Erstattung der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit (§ 17 Abs. 3 KSchG)

Für die Erfüllung der Kriterien des § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG genügt es nicht, sich ausschließlich auf eine Namensliste zu berufen, die einem Interessenausgleich beigelegt ist. Die Namensliste bildet nur das Ergebnis der durchgeführten Sozialauswahl ab. Eine vollständige Darstellung der Sozialauswahl einschließlich der Bildung von Altersgruppen kann nicht verlangt werden. Allerdings muss für die Agentur für Arbeit erkennbar sein, auf welchen sozialen Kriterien die Sozialauswahl beruht.

Vor dem Zeitpunkt der wirksamen Erstattung der Anzeige dürfen keine Kündigungen erklärt oder Aufhebungsverträge rechtswirksam geschlossen werden. Fehlerhafte Angaben oder Unvollständigkeiten der Muss-Angaben führen grundsätzlich unmittelbar zur Unwirksamkeit der Massentlassungsanzeige und dadurch mittelbar zur Unwirksamkeit der Kündigung (BAG vom 28. Juni 2012 – 6 AZR 780/10).

5.5 Zeitpunkt der Erstattung der Massentlassungsanzeige

Die Massentlassungsanzeige kann somit nach § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG frühestens zwei Wochen nach Unterrichtung und Beratung des Betriebsrats erhoben werden. Sie ist vor Ausspruch der massentlassungsrelevanten Kündigungen zu erheben. Eine frühere Erstattung der Anzeige kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat hinreichend nach § 17 Abs. 2 KSchG konsultiert und der Betriebsrat abschließend zu den geplanten Entlassungen Stellung genommen hat.

5.6 Vorsorgliche Erstattung der Massentlassungsanzeige

Eine vorsorgliche Erstattung der Anzeige ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Sie kommt insbesondere in den Fällen in Betracht, in denen der Arbeitgeber nicht übersehen kann, ob im maßgeblichen 30-tägigen Entlassungszeitraum, der Schwellenwert der zu entlassenden Arbeitnehmer überschritten wird. Die Erhebung einer vorsorglichen Anzeige bietet sich ebenfalls an, wenn der Arbeitgeber Änderungskündigungen aussprechen will, bei denen er nicht absehen kann, ob und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmer die angebotenen Änderungsangebote annehmen oder das Arbeitsverhältnis durch die in der Änderungskündigung integrierte Beendigungskündigung beendet wird.

5.7 Rücknahme der Massentlassungsanzeige

Die bereits erhobene Massentlassungsanzeige kann zurückgenommen werden. Selbst wenn die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer unter die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 Nr. 1 - 3 KSchG absinken sollte, kann der Arbeitgeber auch ohne Rücknahme der Massentlassungsanzeige die Kündigungen aussprechen. Die erhobene Anzeige schränkt den Handlungsspielraum des Arbeitgebers nicht ein, insbesondere läuft in diesem Fall nicht die Sperrfrist des § 18 KSchG.

5.8 Pflicht zur Weitergabe der Massenentlassungsanzeige an den Betriebsrat

Die Pflicht des Arbeitgebers, dem Betriebsrat nach § 17 Abs. 3 S. 6 KSchG eine Abschrift seiner Anzeige an die Agentur für Arbeit zuzuleiten, dient der Feststellung, in welchem Umfang der Arbeitgeber auf seine Vorschläge eingegangen ist. Im Bedarfsfall kann der Betriebsrat gegenüber der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 3 S. 7 KSchG eine weitere Stellungnahme abgeben. Diese ersetzt allerdings nicht die erste Stellungnahme, die der Arbeitgeber der Anzeige nach § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG beizufügen hat.

Damit der Arbeitgeber entsprechend unterrichtet bleibt, hat der Betriebsrat diesem nach § 17 Abs. 3 S. 8 KSchG eine Abschrift der weiteren Stellungnahme zuzuleiten. Ein Verstoß gegen die in § 17 Abs. 3 S. 6 bis 8 KSchG vorgesehenen Verpflichtungen führt nicht zur Unwirksamkeit der Anzeige.

6 Beachtung der Entlassungssperre

Wirksamkeit der Anzeige

Entlassungen, die nach § 17 Abs. 1 KSchG anzuzeigen sind, werden nach § 18 Abs. 1 S. 1 KSchG vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit nur mit deren Zustimmung wirksam. Die Zustimmung kann auch rückwirkend bis zum Tag der Antragstellung erteilt werden (§ 18 Abs. 1 S. 2 KSchG).

7 Verhängung und Beginn einer Sperrfrist

Dauer, Verlängerung und Kündigungen während der Sperrfrist

Die Kündigungen könnten zwar grundsätzlich schon unmittelbar nach dem Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit erklärt werden. Sie entfalten allerdings bis zum Ablauf dieser Frist keine Wirkung im Sinne der tatsächlichen Beendigung der Arbeitsverhältnisse, wenn die Kündigungsfristen kürzer als ein Monat bemessen sind. Zudem macht eine solche Vorgehensweise nach der Änderung der Rechtsprechung zum Entlassungsbegriff im Grunde genommen auch keinen Sinn mehr, da eine vor Erhebung der Massenentlassung zugestellte Kündigung rechtsunwirksam ist. Mit der Sperrfrist wird der Mindestzeitraum, der zwischen wirksamer Erstattung der Anzeige und der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen muss, beschrieben (BAG vom 28. Mai 2009 – 8 AZR 273/08). Die Wirkungen der Kündigung sollen erst nach Ablauf der Sperrfrist eintreten können.

7.1 Dauer der Sperrfrist

Die normale Sperrfrist beträgt einen Monat. Falls die Agentur für Arbeit lediglich den Eingang der Massenentlassungsanzeige bestätigt oder gar nicht zu der Anzeige Stellung nimmt, wird die Kündigung nach Ablauf des Monats wirksam, wenn nicht eine längere individualvertragliche Kündigungsfrist den Zeitraum bis zur tatsächlichen Beendigung verlängert.

7.2 Rückwirkende Zustimmung durch die Agentur für Arbeit

Auf Antrag des Arbeitgebers kann die Sperrfrist mit Zustimmung der Agentur für Arbeit verkürzt werden. Ebenso kann die Agentur für Arbeit die Zustimmung zum Ausspruch der Kündigung erteilen. Allerdings hängt die Entscheidung über eine rückwirkende Zustimmung von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Entscheidung über die Rückwirkung der Zustimmung kann nur bis zum Tag der Erhebung der Anzeige bei der Agentur für Arbeit erfolgen.

Die rückwirkende Zustimmung gewinnt insbesondere an Bedeutung, wenn im Anschluss an bereits wirksam erklärte Kündigungen weitere Kündigungen innerhalb von 30 Kalendertagen anzeigepflichtig sind. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall erneut eine Massenentlassungsanzeige stellen, die allerdings auch in diesem Fall die Rückwirkung auf den Tag der Antragstellung beschränkt.

Praxishinweis

Bei stufenweisen Kündigungen sollte der Arbeitgeber sorgfältig prüfen, ob im Laufe eines kurzen Zeitraumes weitere Entlassungen (sog. Folgekündigungen) notwendig werden. Ist dies ausnahmsweise nicht zu vermeiden, sollte er ggf. eine zweite Massenentlassungsanzeige erheben.

Der Arbeitgeber hat zu beachten, dass nach Ausspruch von Folgekündigungen die bereits ausgesprochenen Kündigungen ggf. rechtsunwirksam werden, wenn die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 – 3 KSchG überschritten und die bereits erfolgte Kündigung nachträglich massenentlassungsanzeigepflichtig werden.

7.3 Verlängerung der Sperrfrist

Im Einzelfall kann die Agentur für Arbeit die Sperrfrist verlängern und bestimmen, dass Kündigungen nicht vor Ablauf von einer Frist von mindestens zwei Monaten nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit wirksam werden (§ 18 Abs. 2 KSchG). Bei der zwei-monatigen Sperrfrist handelt es sich um eine Höchstfrist, die nicht verlängert werden kann.

Die Agentur für Arbeit hat für jede Anzeige gesondert zu prüfen, ob die Verlängerung erforderlich ist, um den arbeitsmarktpolitischen Zweck des § 18 Abs. 2 KSchG, die Vermittlungsmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt für die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zu verbessern, zu erreichen. Inwieweit die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Sperrfrist vorliegen, hat der bei der Agentur für Arbeit nach § 20 Abs. 2 KSchG gebildete Ausschuss unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen. Die Geschäftsführung der Agentur für Arbeit oder der nach § 20 Abs. 2 KSchG bei ihr gebildete Ausschuss können die Sperrfrist verkürzen oder verlängern. Sie können ihre Zustimmung zur vorzeitigen Kündigung von bestimmten Voraussetzungen – wie zum Beispiel der Zahlung einer Abfindung an die betreffenden Arbeitnehmer – abhängig machen.

Allerdings ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Bedingungen zu erfüllen. Er kann stattdessen die einmonatige Sperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG verstreichen lassen und die Kündigungen zu einem Zeitpunkt wirksam werden lassen, der nach Ablauf der Sperrfrist liegt. Die Agentur für Arbeit hat deshalb letztlich kein Mittel, den Arbeitgeber zur Zahlung von Abfindungen oder zu einer späteren Wiedereinstellung zu zwingen. Falls der Arbeitgeber der Auffassung ist, dass die Entscheidung der Agentur für Arbeit, lediglich die bedingte Zustimmung zur vorzeitigen Entlassung zu erteilen, ermessensfehlerhaft ist, steht ihm der Klageweg zu den Sozialgerichten offen.

7.4 Entscheidungen der Agentur für Arbeit

Die Geschäftsführung der Agentur für Arbeit oder der nach § 20 Abs. 2 KSchG bei ihr gebildete Ausschuss können nach § 20 KSchG folgende Entscheidungen treffen:

- Verkürzung der Sperrzeit auf Antrag des Arbeitgebers, also Genehmigung der Entlassung vor Ablauf der Sperrfrist (§ 18 Abs. 1 S. 1 KSchG)
- Verlängerung der Sperrfrist (§ 18 Abs. 2 KSchG)
- bei fehlendem Antrag des Arbeitgebers: Klarstellende Mitteilung an den Arbeitgeber, dass nach Ablauf der Sperrzeit die Entlassungen erfolgen können.

Die Geschäftsführung darf allerdings nur entscheiden, wenn die Zahl der Entlassung weniger als 50 Arbeitnehmer beträgt (§ 20 Abs. 1 S. 2 KSchG).

Bei der Entscheidung handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der vor den Sozialgerichten auf seine Rechtswirksamkeit überprüft werden kann. Vor Klageerhebung hat der Arbeitgeber zunächst das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren einzuleiten (§§ 77 ff. SGG). Die Klage ist gegen die Bundesagentur für Arbeit zu richten.

7.5 Kündigungen während der Sperrfrist

7.5.1 Hemmung der Wirksamkeit der Kündigung

Die nach § 17 KSchG anzuzeigenden Kündigungen werden, was ihr tatsächliches Ende mit Ablauf der Kündigungsfrist angeht, erst mit Ablauf der Sperrfrist oder Zustimmung der Agentur für Arbeit wirksam (BAG vom 28. Mai 2009 – 8 AZR 273/08).

Kündigungen, deren Kündigungsfristen vor dem Zeitpunkt gemäß § 18 Abs. 1 KSchG ablaufen, sind nicht endgültig unwirksam. Nach der Rechtsprechung des BAG bleiben sie als Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam, sind aber in ihrem Vollzug gehemmt (BAG vom 06. November 2008 – 2 AZR 935/07). Aus diesem Grund wirkt sich die Regelung des § 18 Abs. 1 KSchG – vorbehaltlich der behördlichen Abkürzung oder Verlängerung der Sperrfrist – bei kürzeren vierwöchigen Kündigungsfristen wie eine Mindestkündigungsfrist aus. Die Vorschriften der §§ 17 ff. KSchG bestimmen, dass die Kündigungsfrist auch einer ansonsten privatrechtlich wirksamen Kündigung durch rechtsgestaltenden Verwaltungsakt der Agentur für Arbeit festgelegt wird (BAG vom 18. September 2003 – 2 AZR 79/02).

Allerdings könnte die Änderung der Rechtsprechung des EuGH und des BAG zum Entlassungsbegriff bedeuten, dass das Wirksamwerden der Kündigung gemäß der Formulierung in § 18 Abs. 1 KSchG die Wirksamkeit der Kündigung als Rechtsgeschäft betreffen soll. Demzufolge würde die Regelung gemäß § 18 Abs. 1 KSchG im Hinblick auf die Kündigung als aufschiebende Rechtsbedingung wirken mit der Folge, dass die Kündigungsfrist erst mit dem Ende der Sperrfrist zu laufen beginnen würde. In diesem Fall würde die Freifristenregelung nach § 18 Abs. 4 KSchG ins Leere laufen. Insoweit wird jedoch darauf hingewiesen,

dass diese Auslegung nicht dem Sinn und Zweck der Sperrfristenregelung entspricht, die eine Mindestkündigungsfrist gewährleisten soll, um dem arbeitsmarktpolitischen Ziel der Massenentlassungsanzeige gerecht zu werden. Es ist deshalb eine einschränkende teleologische Auslegung der Vorschrift des § 18 Abs. 1 KSchG geboten (So BAG vom 06. November 2008 – 2 AZR 935/07). Falls die Kündigung nur zu einem bestimmten Termin erklärt werden kann – zum Beispiel zum Monatsende – und zu einem solchen in der Sperrfrist liegenden Termin fristgerecht gekündigt worden ist, läuft das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Sperrfrist, und nicht erst zum möglichen Kündigungsendtermin aus.

7.5.2 Die Stellung des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, über den Zeitpunkt der fristgerechten Kündigung hinaus weiterzuarbeiten, wenn er dies nicht will. Nach den zwischen ihm und dem Arbeitgeber allein maßgebenden arbeitsvertraglichen Regelungen ist dies der Termin, zu dem er ohne weiteres aus dem Vertragsverhältnis ausscheiden kann. In dieses Recht des Arbeitnehmers greifen die §§ 17 ff. KSchG nicht ein.

7.5.3 Besonderheiten bei stufenweiser Entlassung

Nach § 18 KSchG werden vor Ablauf der Sperrzeit alle nach § 17 Abs. 1 KSchG anzuzeigenden Kündigungen von der Unwirksamkeit erfasst. Dies gilt in jedem Falle, wenn es sich um Kündigungen handelt, die zusammen angezeigt werden. Da nach § 17 Abs. 1 KSchG bei der Zahl der anzeigepflichtigen Entlassungen aber auf einen Zeitraum von 30 Kalendertagen abzustellen ist, sind die in dieser Zeit beabsichtigten Kündigungen jeweils zusammenzurechnen. Dies kann dazu führen, dass bei Ausspruch von Kündigungen mit kurzen Kündigungsfristen die Kündigungen vom Arbeitgeber zunächst rechtswirksam und in einer nicht anzeigepflichtigen Größenordnung erklärt werden.

Folgen jedoch in dem Zeitraum von 30 Kalendertagen weitere Kündigungen, sind diese mit den bereits ausgesprochenen Kündigungen zusammenzurechnen und führen ggf. zu einer Massenentlassungsanzeigepflicht. Da § 18 Abs. 1 KSchG auf Kündigungen abstellt, die nach § 17 Abs. 1 KSchG anzuzeigen sind, werden in diesem Fall die zunächst nicht angezeigten Kündigungen nunmehr anzeigepflichtig und können erst mit Ablauf der Sperrfrist wirksam werden. Die eindeutige Regelung des § 17 Abs. 1 KSchG lässt insoweit keine andere Auslegung zu.

8 Die Freifrist

Erneute Erstattung einer Anzeige an die Agentur für Arbeit

Nach Ablauf der Sperrfrist bleiben für den Arbeitgeber 90 Tage Zeit, die Entlassungen durchzuführen. Vor dem Hintergrund der geänderten Rechtsprechung zum Entlassungsbegriff ist unter Durchführung der Entlassung die Kündigungserklärung zu verstehen (BAG vom 09. Juni 2016 – 6 AZR 638/15). Infolgedessen ist der Arbeitgeber nach § 18 Abs. 4 KSchG in diesem Fall erneut zur Erstattung einer Anzeige an die Agentur für Arbeit verpflichtet, wenn er von der Möglichkeit des Ausspruchs der Kündigung bis zum Ablauf der Freifrist keinen Gebrauch gemacht hat. Gleiches gilt entsprechend für den Abschluss von Aufhebungsverträgen bzw. dreiseitigen Verträgen.

Der Ausspruch einer zweiten Kündigung des Arbeitsverhältnisses (sog. Nachkündigung) im Zusammenhang mit der 30-Tage-Frist gemäß § 17 Abs. 1 KSchG innerhalb der Freifrist gemäß § 18 Abs. 4 KSchG ist unzulässig, wenn dieses Arbeitsverhältnis bereits einmal nach einer ordnungsgemäßen Massentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG gekündigt worden ist (BAG vom 22. April 2010 – 6 AZR 948/08).

Praxishinweis

Häufig wird der Arbeitgeber aufgrund von formellen Fehlern „Nachkündigungen“ aussprechen und zustellen müssen. Im Falle von Nachkündigungen muss der Arbeitgeber bei erneuter Überschreitung der Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG sowohl das Konsultationsverfahren, die Massentlassungsanzeige als auch die Betriebsratsanhörung erneut durchführen, bevor diese Kündigungen ausgesprochen werden können.

Anhang

Kapitelübersicht

A.1	Grobe Systematik für das Massenentlassungsverfahren	76
A.2	Zeitplan für das Konsultationsverfahren	77

Anhang 1 Grobe Systematik für das Massenentlassungsverfahren

Zeitablauf der einzelnen Schritte	Praktische Erwägungen	Formelle Anforderungen
Unternehmerische Vorüberlegung zu einer geplanten Personalabbaumaßnahme: Maßnahme wird zu einer Massenentlassung i. S. v. § 1 KSchG führen (vorbehaltlich der Beteiligung des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG)	Vermeidung der Anzeigepflicht durch Ausspruch von Entlassungen in „Wellen“?	
Beginn des schriftlichen Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 2 KSchG mit dem Betriebsrat Gleichzeitig: Zuleitung einer Abschrift an die Arbeitsagentur (§ 17 Abs. 3 S. 1 KSchG)	Zweckdienliche und schriftliche Information und Beratung mit dem Betriebsrat über die geplante Maßnahme Sinnvoll ist die Verwendung der Formulare der späteren Massenentlassungsanzeige!	Mindestens zwei Wochen vor geplanter Entlassung Frühere Einreichung nur bei abschließender Stellungnahme des Betriebsrats
Erstattung der ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige (§ 17 Abs. 1 KSchG)	Information über die Entlassungsgründe, Zahl und Berufsgruppen der regelmäßig beschäftigten und zu entlassenden Arbeitnehmer, Entlassungszeitraum und Auswahlkriterien sowie für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien	Nach Erhalt einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats bzw. bei Nichtäußerung nach Ablauf einer Wartezeit von zwei Wochen
Zustellung der Kündigungen	Planung und Koordinierung der Zustellung der Kündigungen an die Arbeitnehmer und Festlegung des Zustellungszeitpunkts	Frühestens nach Zugang der Entscheidung der Agentur für Arbeit

Anhang 2 Zeitplan für das Konsultationsverfahren

1. Information des Wirtschaftsausschusses und sodann des Betriebsrates bzw. weiterer Gremien
2. Übergabe des „ersten“ Konsultationsschreibens gemäß § 17 Abs. 2 KSchG und zeitgleiches Weiterleiten des Konsultationsschreibens an die Agentur für Arbeit
 - a. Angaben erfolgen unter Verwendung des Formulars der Agentur für Arbeit, ggf. mit ergänzenden Erläuterungen (z. B. zum Arbeitnehmerbegriff) auf einem Beiblatt
 - b. Ggf. doppelgleisiges Vorgehen je nach Betriebsbegriff etc.
 - c. Bei Angaben zu den Gründen für die geplanten Entlassungen können ggf. bereits feststehende Textbausteine des Interessenausgleichs übernommen werden und/oder aber die Präsentationen, die dem Wirtschaftsausschuss bzw. den Arbeitnehmergremien gezeigt wurden, als Anlage beigelegt werden. Dies vermeidet widersprüchliche Angaben.
 - d. Angaben zu Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, Zahl und Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Angaben erfolgen durch das Unternehmen. Sofern Punkte streitig sind, werden gegebenenfalls unterschiedliche Varianten/Anlagen beigelegt. Es müsste dann noch ein erläuternder Text dazu kommen, warum es zu unterschiedlichen Angaben kommt.

- e. Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden:
 - Verweis darauf, dass die Kündigungen nach Abschluss des Interessenausgleichs/Sozialplans sowie nach erfolgter Massenentlassungsanzeige und Durchführung der Betriebsratsanhörung und Einholung von behördlichen Zustimmungen ausgesprochen werden
 - zusätzlich Angabe eines realistischen Zeitraums/Monats
- f. Angabe der vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer:
 - Verweis auf die Verhandlungen und den noch abzuschließenden Interessenausgleich
 - sowie pauschale Angabe der Kriterien Betriebszugehörigkeit/Lebensalter/Unterhaltungspflichten/Schwerbehinderung

Anhang

- soweit beabsichtigt ist bereits der Entwurf eines Interessenausgleichs an den Betriebsrat zu übergeben, gegebenenfalls Kopie des Textbausteins zur Sozialauswahl in das Konsultationsschreiben einfügen
 - g. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien
 - h. Verweis auf den noch abzuschließenden Sozialplan
3. Ggf. ergänzendes „zweites“ Konsultationsschreiben und zeitgleiches Weiterleiten dieses Konsultationsschreibens an die Agentur für Arbeit

Soweit sich im Rahmen der Verhandlungen an dem beabsichtigten Umfang der Betriebsänderung (Anzahl der Kündigungen etc.), am Punkteschema der Sozialauswahl oder aber dem Zeitraum der Entlassungen oder anderen oben genannten Kriterien etwas ändert, erfolgt ein ergänzendes Konsultationsschreiben gemäß § 17 Abs. 2 KSchG, in dem dann die Unterlagen entsprechend angepasst und erneut dem Schreiben beigelegt werden.

Hinweis

Bei der Planung muss berücksichtigt werden, dass dieses Schreiben spätestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige an den Betriebsrat zugestellt wird.

Einfordern einer abschließenden Stellungnahme bei dem zuständigen Gremium (im Zweifelsfall bei mehreren Gremien, wie BR/GBR oder KBR)

4. Erhebung der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit nach Abschluss des Konsultationsverfahrens entsprechend den erforderlichen Vorgaben und zeitgleiches Weiterleiten der Massentlassungsanzeige an den Betriebsrat
- Im Idealfall decken sich die dort gemachten Angaben 1:1 mit den Angaben aus dem „ersten“ oder aber aus dem „ergänzenden“ Schreiben gemäß § 17 Abs. 2 KSchG.
 - Zustellung der Massentlassungsanzeige gegenüber der zuständigen Agentur, im Zweifelsfall gegenüber mehreren Agenturen, Dokumentation der Zustellung
5. Betriebsratsanhörung und ggf. Einholung von behördlichen Zustimmungen
6. Ausspruch/Zustellung der Kündigung

Ansprechpartner/Impressum

Dr. Sandra Beck

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-229
sandra.beck@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw
Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Juni 2024

Autoren

Regine Klingberg, Carolin Vesper,
Dr. Björn Steinat, Prof. Dr. Franz-Josef
Rose, Jasmin Markhof, Walter Korte,
Jessica Longard, Steffen Schöne
unter Federführung des Gesamt-
verbands der Arbeitgeberverbände
der Metall- und Elektro-Industrie e. V.