

Einführung

Das Massenentlassungsverfahren ist als Teil des Kündigungsrechts in den §§ 17 – 22 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) geregelt. § 17 I 1 KSchG lautet: „Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er“ eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern – abhängig von der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer – „innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.“ In den nachfolgenden Sätzen und Absätzen werden diese Voraussetzungen konkretisiert. Dabei wird auch die Konsultation des Betriebsrats gefordert.¹

Auf den ersten Blick scheint die Pflicht zur Durchführung eines Massenentlassungsverfahrens recht klar. In der Praxis sind die Arbeitgeber² dagegen mit einem sehr kleinschrittigen und komplexen Verfahren konfrontiert. Die Voraussetzungen überschneiden oder bedingen sich teilweise gegenseitig, der Richtlinien text und die nationalen Vorschriften sind sehr unterschiedlich formuliert³ und auch die Ausführungen in der Literatur und die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte unterscheiden sich in maßgeblichen Punkten deutlich. Aus diesen Gründen wird das Massenentlassungsverfahren vielfach als sehr fehleranfällig kritisiert.⁴

- 1 Wird in dieser Arbeit der Begriff *Massenentlassungsverfahren* verwendet, so ist damit die Gesamtheit der im Einzelfall erforderlichen Verfahrensschritte gemeint. Sollten die Ausführungen auf einen Teilaspekt, insbesondere auf eines der beiden Teilverfahren beschränkt sein, so wird das sprachlich konkretisiert. Diese Klarstellung ist erforderlich, da „Massenentlassungsverfahren“ teilweise auch als Synonym für das Anzeigeverfahren benutzt wird, wie bspw. von Weiss, RdA 1992, 367, 368 („Das gilt für das Konsultationsverfahren ebenso wie für das eigentliche Massenentlassungsverfahren (...).“)
- 2 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten sind dabei ausdrücklich mitgemeint.
- 3 Spelge weist berechtigterweise auf die Absurdität hin, dass sich die Massenentlassungsrichtlinie einerseits am deutschen Recht orientiert, andererseits ihre reibungslose Umsetzung im nationalen Recht aber schwer möglich erscheint oder jedenfalls „von den deutschen Normanwendern als aufoktroziert empfunden und nicht akzeptiert wird“, NZA-Beilage 2021, 34, 35.
- 4 Genau so bezeichnet von Ludwig/Hinze, NZA 2020, 694, 699 und Schubert/Schmitt, JbArbR, Bd. 59, S. 83; Ernst/Schaller, NZA 2021, 1074 bezeichnen das Massenentlassungsverfahren als „Fallstrick“ (insbesondere unter Bezugnahme auf die Sammelanzeigen), Meinel/Degen, RdA 2022, 41 als „Vabanquiespiel“, Pflästerer, SPA 2021, 145, 146

Unterschieden werden kann dabei zunächst einmal zwischen einem gänzlich *fehlenden*, eigentlich erforderlichen Massenentlassungsverfahren und einem *fehlerhaften* Massenentlassungsverfahren, das nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechend durchgeführt wurde. Beispiele für ein fehlerhaft durchgeführtes Verfahren sind die Folgenden:

- 1) Der Arbeitgeber geht davon aus, dass der Gesamtbetriebsrat das zu konsultierende Organ sei und führt das Massenentlassungsverfahren demgemäß durch. Tatsächlich wäre aber die örtliche Arbeitnehmervertretung richtiger Konsultationsadressat gewesen. Ein Konsultationsverfahren liegt zwar vor, allerdings mit dem falschen Organ und damit kein für die vorliegende Massenentlassung ordnungsgemäßes.⁵
- 2) Der Arbeitgeber erstattet die Massenentlassungsanzeige bei einer unzuständigen Agentur für Arbeit (im Folgenden meist: Agentur). Auch hier hat er die Anforderungen des Anzeigeverfahrens an sich erfüllt, aber aufgrund der fehlerhaften Agenturauswahl für die vorliegende Massenentlassung erneut nicht ordnungsgemäß.⁶

Weder in den heutigen §§ 17 ff. KSchG noch in den Vorgängervorschriften §§ 15 – 20 des Kündigungsschutzgesetzes vom 10. August 1951⁷ ist ausdrücklich normiert, wie mit Fehlern im Massenentlassungsverfahren umzugehen ist – anders gesagt: welche Rechtsfolge eintritt. Auch in den europäischen Richtlinien des Massenentlassungsrechts – Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen⁸ (kurz: Massenentlassungsrichtlinie; im Folgenden: MERL), die auf die Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten

spricht von „Wirrwar“; besonders kritisch äußert sich auch *Spelge*, RdA 2018, 297 ff.; *Lingemann//Steinhauser* empfehlen, „sich vor jeder anstehenden Massenentlassung mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 17 KSchG vertraut zu machen. Ein Abstellen auf den Gesetzeswortlaut führt hingegen in die Irre.“, NJW 2017, 2245.

5 Dazu in Kap. 2, II., 3., b), ab S. 110.

6 So bspw. geschehen in BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671 und BAG 14.05.2020 – 6 AZR 235/19, BeckRS 2020, 10022; dazu in Kap. 2, II., 4., b), ab S. 147.

7 BGBl. 1951 I S. 499, abrufbar unter: http://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1151s0499.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

8 Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31992L0056> (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

über Massentlassungen⁹ zurück geht – ist diesbezüglich nichts vorgesehen.¹⁰

Die Arbeitsgerichte gehen mit Fehlern im Massentlassungsverfahren relativ einheitlich um. Sehen sie den gerügten Fehler als gegeben an, erklären sie die Entlassung unter Berufung auf § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. V. mit § 17 KSchG für unwirksam.¹¹ Andernfalls bleibt sie – jedenfalls unter dem Aspekt des Massentlassungsverfahrens – wirksam.¹² Eine detaillierte Betrachtung der einzelnen Fehler sowie deren Auswirkung auf den konkreten Einzelfall bleibt dabei oftmals aus. Vielmehr scheinen

9 Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31975L0129> (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023); auf diese Ursprungsversion wird im Folgenden kein Bezug mehr genommen.

10 Der Vorschlag der Kommission, die Vorgängerrichtlinie dahingehend zu ändern, wurde nicht umgesetzt, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen, KOM (91) 292 endg. vom 30.11.1991, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0292&qid=1676443527346&from=EN> (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023), S. 6 Rn. 15 und Formulierungsvorschlag S. 17 Art. 5a: Massentlassungen können „für null und nichtig erklärt werden“.

11 Sowohl in den Urteilen als auch in der Literatur werden die Formulierungen „Unwirksamkeit“ und „Nichtigkeit“ der Entlassung undifferenziert verwendet. Gerade in dem Urteil BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19, BeckRS 2020, 2671 ist das sehr gut zu erkennen. Der amtliche Leitsatz Nr. 3 lautet (die Unterstreichungen wurden zur Hervorhebung der Unterschiede eingefügt) „Geht die Anzeige dort [gemeint ist bei der örtlich zuständige Agentur für Arbeit] vor Zugang der Kündigung nicht ein, ist die Massentlassungsanzeige fehlerhaft und die auf sie bezogene Kündigung unwirksam. Das Gleiche gilt, sofern die Anzeige infolge der Verkennung des Betriebsbegriffs objektiv unrichtige „Muss-Angaben“ enthält.“ Genauso ist auch der 16. Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des BAG formuliert: „Sowohl die Erstattung der Massentlassungsanzeige bei der unzuständigen Behörde als auch falsche ‚Muss-Angaben‘ infolge einer Verkennung des Betriebsbegriffs führen zur Fehlerhaftigkeit der Massentlassungsanzeige und damit zur Unwirksamkeit der auf der Grundlage einer solchen Anzeige erklärten Kündigung (§ 134 BGB)“. Schaut man nun in das Urteil selbst, findet man in Rn. 108, auf die die beiden zuvor zitierten Stellen auch verweisen, folgende Formulierung: „Fehler im Anzeigeverfahren im Hinblick auf die ‚Muss-Angaben‘ des § 17 Abs. 3 Satz 4 KSchG führen zur Unwirksamkeit der Massentlassungsanzeige und damit zur Nichtigkeit der Kündigung (§ 134 BGB).“ Diese – wenn auch eher terminologische – Unsauberkeit kritisiert auch *Nipperdey*, RdA 1960, 285, 286. Zur Vereinheitlichung wird in der vorliegenden Arbeit der Begriff *Unwirksamkeit* verwendet.

12 Meist berufen sich die Kläger nicht nur auf die Fehlerhaftigkeit des Massentlassungsverfahrens. Die in der vorliegenden Arbeit genannten Urteilen werden dennoch nur unter diesem Aspekt ausgewertet.

die Gerichte schlicht an ihrer jahrelangen sehr strengen Rechtsprechung festzuhalten. Erst in einigen jüngeren Urteilen wird die Unwirksamkeitsfolge, insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit, hinterfragt. Dies lässt sich so auch einer aktuellen Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 11.05.2023 wie folgt entnehmen: „Das vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Sanktionssystem steht möglicherweise nicht im Einklang mit der Systematik des Massenentlassungsschutzes, wie er durch die Massenentlassungsrichtlinie (MERL) vermittelt wird, und könnte darum unverhältnismäßig sein.“^{13, 14}

Die vorliegende Arbeit soll zeigen, dass die von der Rechtsprechung angenommene Unwirksamkeitsfolge grundsätzlich die richtige Reaktion auf Fehler im Massenentlassungsverfahren ist, solange bei ihrer Anwendung der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens mit in den Blick genommen wird. Die Konstruktion anderer Rechtsfolgen, wie von Teilen der Literatur vertreten, ist dagegen nicht geboten.

Hierfür wird zunächst ein allgemeiner Maßstab der Fehlerbewertung festgelegt (1. Kapitel).

Sodann werden die im Massenentlassungsverfahren potentiell denkbaren Fehler herausgearbeitet und dargestellt (2. Kapitel). Ein Großteil der Fehler hat seinen Ursprung in den Details des Massenentlassungsverfahrens. Was bislang fehlt – und was in diesem Kapitel erarbeitet wird – ist eine Kategorisierung der möglichen Fehler und die Herausarbeitung der jeweils passenden Rechtsfolge.¹⁵ Auch wenn dem Arbeitgeber bei der Ver-

13 Pressemitteilung des BAG zu Beschluss vom 11.05.2023 – 6 AZR 157/22 (A) (abrufbar unter: <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/ueberpruefung-des-sanktionssystems-fuer-fehler-im-massenentlassungsanzeigeverfahren-aussetzung/>, zuletzt abgerufen, am 17.07.2023).

14 Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit hat der 6. Senat des BAG mit Vorlagebeschluss vom 14.12.2023 (6 AZR 157/22 (B), BeckRS 2023, 36849) verkündet, dass er „beabsichtigt, seine Rechtsprechung, „dass eine Kündigung als Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB verstößt und die Kündigung deshalb unwirksam ist, wenn bei ihrer Erklärung keine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG vorliegt, aufzugeben“. Eine entsprechende Anfrage an den 2. Senat des BAG, ob dieser an seiner Rechtsprechung festhält, wurde gestellt. Ausdrücklich weist der Senat in Rn. 51 des Beschlusses daraufhin, dass die Rechtsprechungsänderung lediglich Fehler im Anzeigeverfahren, nicht aber solche im Konsultationsverfahren betrifft.

15 Die Ausführungen in dieser Arbeit beschränken sich auf Rechtsfolgen, die das Arbeitsverhältnis betreffen. Massenentlassungen fallen in der Praxis häufig mit anderen unternehmerischen Maßnahmen, wie einer Betriebsänderung nach §§ 111 ff. BetrVG zusammen, sodass sich weitere Rechtsfolgen auch aus diesen Regelungsbereichen

fahrendurchführung viele Fehler unterlaufen können, tangiert nicht jeder potentielle Fehler das Massenentlassungsverfahren in einer Weise, die einen den Arbeitgeber belastenden Rechtsfolge bedarf. Demnach ist zwischen *relevanten* und *nicht relevanten* Fehlern zu unterscheiden. Aufgrund seiner Kleinschrittigkeit und Vielschichtigkeit ist das Verfahren ungemein abhängig von den Umständen des Einzelfalles. Dennoch ist es unter Bezug auf den Sinn und Zweck des gesamten Verfahrens beziehungsweise seiner Teilverfahren möglich, die Fehler abstrakt zu betrachten, woraus Rückschlüsse für konkrete Einzelfallsituationen gezogen werden können.

Daran anknüpfend wird untersucht, wann trotz der Relevanz eines Fehlers die Unwirksamkeitsfolge ausnahmsweise zu verneinen ist (3. Kapitel).

Abschließend wird im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgezeigt, dass bei einer Beschränkung der Rechtsfolgen auf die das Massenentlassungsverfahren tatsächlich belastenden relevanten Fehler, die Unwirksamkeit der Entlassungen eine geeignete, erforderliche, angemessene und mit den Vorgaben des Unionsrechts zu vereinbarende Rechtsfolge darstellt (4. Kapitel).¹⁶

Ziel dieser Arbeit ist es, den verfahrensverpflichteten Arbeitgebern aufzuzeigen, worauf sie bei der Durchführung von Massenentlassungen zu achten haben. Auch kann sie betroffenen Arbeitnehmern einen Überblick darüber verschaffen, welche Fehler sie gerichtlich mit Aussicht auf Erfolg rügen können.¹⁷ An einigen Stellen enthält die Arbeit, insbesondere mit

ergeben können. Selbiges gilt für die Verletzung sonstiger Pflichten des BetrVG, wonach dem Betriebsrat ein geschriebener (§ 23 III 1 BetrVG) oder allgemeiner Unterlassungsanspruch zustehen kann. Zur gebündelten Erfüllung gewisser Pflichten s. noch in Kap. 2, II., 3., e), S. 134.

- 16 Die vorstehenden Überlegungen, nach denen die vorliegende Arbeit aufgebaut ist, gelten nicht nur für die Sanktionierung mit der Unwirksamkeitsfolge. Mit Blick auf eine etwaige Rechtsprechungsänderung (s. Fn. 14) ist daher darauf hinzuweisen, dass sich die Ergebnisse dieser Arbeit, insbesondere die im 1. Kapitel dargestellte und in den folgenden Kapiteln inhaltlich ausgefüllte 3-stufige Prüfung, auf die zukünftig anzuwendende Sanktion übertragen lassen. Unabhängig davon, ob Fehler im Anzeigeverfahren zur Unwirksamkeit der Entlassungen oder einer anderen Sanktion führen, sind jedenfalls nur relevante Fehler zu sanktionieren und gewisse Ausnahme zu gewähren.
- 17 Nur der Arbeitnehmer kann Fehler des Massenentlassungsverfahrens – auf kündigungsrechtlicher Basis – gerichtlich geltend machen. Der Arbeitgeber soll aus seinen eigenen Fehlern nichts für ihn Positives ableiten können, so ausdrücklich *Bauer/Powietzka*, DB 2000, 1073. Dies ist aber keine Besonderheit des Massenentlassungsrechts, sondern kann für die Kündigungsschutzklage bereits dem Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG, der nur den Arbeitnehmer als klageberechtigt nennt, entnommen

Blick auf die Modernisierung der Arbeitswelt und einen besseren Gleichlauf zwischen den unionsrechtlichen Vorgaben und der nationalen Umsetzung, auch Impulse für die Rechtsprechung und den Gesetzgeber.¹⁸

werden. Für die allgemeine Feststellungsklage würde dem Arbeitgeber dementsprechend das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Die Arbeitsverwaltung kann im Rahmen der §§ 17 ff. KSchG lediglich mit der Fristverlängerung nach § 18 II KSchG reagieren. Zur relativen Unwirksamkeit schon *Nipperdey*, RdA 1960, 285, 286 f.

- 18 Umfassende Änderungsvorschläge mit Formulierungsbeispielen fanden sich bereits 2005 bei *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445, 450, wobei mittlerweile noch weitere Anpassungen möglich und nötig wären. Dazu auch *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 2 m. w. N., sowie in RdA 2018, 297, 303 ff.