

Betriebs Berater

14/15 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

3.4.2023 | 78. Jg.
Seiten 769–832

DIE ERSTE SEITE

Dr. Barbara Mayer, RAin/FAinHaGesR, und **Dr. Moritz Jenne**, RA
Digitalisierungsschub – Die virtuelle Versammlung erreicht den Verein

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Frederike Volkmann, LL.B., RAin
Joint Venture – Gemeinsame Chancen, geteiltes Risiko? | 771

Dr. Kai Hasselbach, RA, und **Simon Stepper**, RA
Postbank II – Das Konzept der „Gesamtschau“ beim Kontrollerwerb nach § 30 WpÜG | 777

STEUERRECHT

Dr. Martin Haisch, RA, **Benedikt Rippert**, WP/StB, und **Lisa Kasprowski**, RAin
Jahressteuergesetz 2022 – Änderungen im Immobiliensteuerrecht | 791

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Nico Reile, WP/StB, und **Dr. Holger Seidler**, RA/StB/WP
Angaben zu Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen bei einer Aktiengesellschaft nach HGB und AktG | 810

ARBEITSRECHT

Beatrice Christin Hotze, RAin/FAinArbR, und **Dr. Felicia von Grundherr**, RAin
Das Massenentlassungsverfahren – Stolperstein bei Restrukturierungen | 819

Dipl.-Jur. **Luisa Lorenz**
Wegfall der Meldeobliegenheit – Kein Ruhen des Krankengeldanspruchs im eAU-Verfahren | 827

Beatrice Christin Hotze, RAin/FAinArbR, und Dr. Felicia von Grundherr, RAin

Das Massenentlassungsverfahren – Stolperstein bei Restrukturierungen

Nach § 17 KSchG ist bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte bei Massenentlassungen ein Konsultationsverfahren durchzuführen und eine Massenentlassungsanzeige („MEA“) zu erstatten. Unterlaufen dem Arbeitgeber Fehler, droht die Unwirksamkeit der Entlassungen. Arbeitgeber stehen hier vor erheblichen Herausforderungen: Das BAG hat in den letzten Jahren immer strengere Anforderungen gestellt. Hinzu kommt, dass diverse Fragen bisher höchstrichterlich ungeklärt sind. Das BAG hat jüngst (vgl. die Urteilsbesprechung *Hotze/von Grundherr* in BB 2023, 640) die Anforderungen weiter konkretisiert. Dieser Beitrag soll einen zusammenfassenden Überblick über die geklärten und ungeklärten Rechtsfragen geben und Arbeitgebern Möglichkeiten zur Risikominimierung aufzeigen.

I. Massenentlassungsrichtlinie („MERL“)

Mit Erlass der MERL im Jahr 1975 gewann das Massenentlassungsrecht erheblich an Bedeutung. Sowohl die MERL als auch das deutsche Massenentlassungsrecht wurden seither mehrfach überarbeitet. Spätestens seit der „Junk“-Entscheidung des EuGH¹ wird deutlich, dass das Unionsrecht erhebliche und oft nicht abschließend geklärte Auswirkungen auf das Massenentlassungsverfahren nach §§ 17 ff. KSchG haben kann.

Der in § 17 KSchG geregelte besondere Kündigungsschutz bei Massenentlassungen unterfällt zwei getrennt durchzuführende Verfahren mit jeweils eigenen Wirksamkeitsvoraussetzungen: Die Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats einerseits und die Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit („Afa“) andererseits.²

II. Anwendungsbereich des § 17 KSchG

Der Anwendungsbereich des § 17 KSchG ist eröffnet, wenn die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG durch die Zahl der Entlassungen im Betrieb innerhalb von 30 Tagen überschritten werden.

1. Betrieb

Eine Verkennung des Betriebsbegriffs führt zur Fehlerhaftigkeit der MEA und damit zur Unwirksamkeit der erfolgten Entlassungen.³

Der 6. Senat des BAG hat in den AirBerlin-Entscheidungen⁴ den Betriebsbegriff des § 17 KSchG vollständig vom nationalen Verständnis etwa des BetrVG losgelöst. Der Betriebsbegriff des § 17 KSchG ist autonom und einheitlich nach Maßgabe der MERL auszulegen.⁵

Der EuGH legt den Begriff „Betrieb“ im Sinne der MERL sehr weit aus⁶ und stellt keine hohen organisatorischen Anforderungen an die Leitungsstruktur. Nach seinem Verständnis ist Betrieb die Einheit, der die zu Entlassenden⁷ zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören.⁸ Es muss sich um eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität handeln, die zur Erledigung spezifischer Aufgaben

bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt.⁹ Da die MERL die sozioökonomischen Auswirkungen im örtlichen Kontext betrifft, muss die fragliche Einheit weder rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen.¹⁰ Der Betrieb i. S. d. MERL muss darum auch keine Leitung haben, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann.¹¹ Vielmehr genügt es, wenn eine Leitung besteht, die die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit und die Kontrolle des Gesamtbetriebs der Einrichtungen der Einheit sowie die Lösung technischer Probleme im Sinne einer Aufgabenkoordination sicherstellt.¹² Danach können auch bloße Filialen oder Zweigstellen als eigene Betriebe i. S. d. MERL zu qualifizieren sein.¹³ Eine bestimmte räumliche Entfernung ist – anders als bei § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG – für die Annahme zweier Betriebe nicht erforderlich.¹⁴

Bestehen Zweifel hinsichtlich der Betriebsstruktur, sollte das Massenentlassungsverfahren vorsorglich unter Zugrundelegung aller in Betracht kommender Betriebe durchgeführt werden.¹⁵ Dieses Vorgehen ist transparent gegenüber dem Betriebsrat und der Afa darzustellen. Kommt es hierdurch zur Beteiligung mehrerer Afa, sollte jeder Afa die Beteiligung der anderen offengelegt werden.¹⁶

2. In der Regel beschäftigte Arbeitnehmer

Für Zwecke des § 17 KSchG ist auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff abzustellen.¹⁷ Arbeitnehmer in diesem Sinne sind – von der Wartezeit des § 1 KSchG unabhängig¹⁸ – alle Arbeiter, Angestellte, Auszubildende, Teilzeitbeschäftigte (unabhängig von ihrem Arbeits-

1 EuGH, 27.1.2005 – C-188/03, BB 2005, 331, NZA 2005, 213 – Irmtraut Junk/Wolfgang Kühnel.

2 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 30, BB 2020, 1651 Ls., m. w. N.

3 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 30, BB 2020, 1651 Ls.

4 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 30, BB 2020, 1651 Ls.

5 EuGH, 7.12.1995 – C-449/93, BeckRS 2004, 77312 – Rockfon; EuGH, 15.2.2007 – C-270/05, EuZW 2007, 280, Rn. 23 – Athinaiki Chartopoiia; EuGH, 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669, Rn. 42, RIW 2015, 440 – Rabal Cañas.

6 Die hiermit einhergehende Atomisierung des Betriebsbegriffs (*Maschmann*, EuZA 2015, 488, 495) ist mit der MERL vereinbar (EuGH, 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 – US-DAW).

7 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird durchgehend das generische Maskulinum verwendet; es werden jedoch ausdrücklich alle Geschlechteridentitäten hiervon erfasst.

8 EuGH, 7.12.1995 – C-449/93, BeckRS 2004, 77312, Rn. 32 – Rockfon.

9 EuGH, 15.2.2007, a. A. O., Rn. 27.

10 EuGH, 15.2.2007, a. A. O., Rn. 28.

11 EuGH, 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669, Rn. 44, RIW 2015, 440 – Rabal Cañas.

12 EuGH, 15.2.2007, a. A. O., Rn. 31; EuGH, 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669, Rn. 50, RIW 2015, 440 – Rabal Cañas.

13 *Bissels/Singraven/Alma*, ArbRAktuell 2021, 625, 626.

14 EuGH, 15.2.2007, a. A. O., Rn. 29.

15 *Merath*, GWR 2020, 210.

16 BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175, Rn. 70, BB 2017, 440 m. BB-Komm. *Jesgarzewski*; BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 83, BB 2020, 1651 Ls. Rn. 83.

17 *Kiel*, in: *ErFK*, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 8.

18 *Volkering*, in: *BeckOK ArbR*, 66.Ed.2022, KSchG, § 17, Rn. 6.

volumen¹⁹) und Kurzarbeiter. Auch Praktikanten können Arbeitnehmer sein.²⁰ Befristet Beschäftigte sind bei der Ermittlung der Betriebsgröße grundsätzlich zu berücksichtigen.²¹ Etwas anderes gilt nur, wenn sie lediglich zur Vertretung unbefristet Beschäftigter oder zur Abdeckung von Auftragsspitzen tätig werden.²²

Entgegen dem Wortlaut des § 17 Abs. 5 KSchG fallen bei richtlinienkonformer Auslegung²³ auch Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne Sperrminorität unter den Arbeitnehmerbegriff, wenn sie organschaftlichen Weisungen unterliegen und jederzeit abberufen werden können.²⁴

Ungeklärt ist die Einordnung von Leiharbeitnehmern bei der Berechnung der im Betrieb des Entleihers in der Regel Beschäftigten. Nach hiesiger Ansicht ist eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung vorzunehmen: Leiharbeitnehmer zählen mit, wenn ein Arbeitsplatz dauerhaft mit (unterschiedlichen) Leiharbeitnehmern besetzt ist, nicht jedoch wenn sie zur Vertretung des Stammpersonals oder zur Bewältigung von Auftragsspitzen eingesetzt werden.²⁵

Auch die Zuordnung von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen stellt eine Herausforderung dar. Matrixstrukturen zeichnen sich durch ein aufgespaltenes Weisungsrecht aus: Das disziplinarische Weisungsrecht verbleibt beim Vertragsarbeitgeber, die steuernde Einheit verfügt über das fachliche Weisungsrecht. Im Grundsatz besteht weitgehend Einigkeit, dass von der Zugehörigkeit zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers auszugehen ist, da dieser eine Entlassung vornehmen kann.²⁶ Ob darüber hinaus auch eine Berücksichtigung im Betrieb des fachlichen Weisungsgebers erfolgen muss, ist bislang nicht geklärt.²⁷

Im Gemeinschaftsbetrieb ist auf diesen abzustellen, d.h. maßgeblich sind die in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs und nicht nur die eines Vertragsarbeitgebers.²⁸

Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer kommt es auf den „normalen“ Betriebsverlauf, also die regelmäßige Beschäftigungslage, die für den Betrieb kennzeichnend ist, an.²⁹ Diese ist durch einen Rückblick auf die bisherige Situation unter Einbeziehung der zukünftigen Entwicklung (Prognose) festzustellen, ohne dabei Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls zu berücksichtigen.³⁰ Da bei einer Betriebsstilllegung naturgemäß eine Prognose nicht möglich ist, kommt insoweit nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht.³¹

Bei einer sukzessiven Betriebsstilllegung ist der Zeitpunkt maßgeblich, „in dem zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entfaltet wurde“. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die sukzessive Betriebsstilllegung auf mehreren Stilllegungsentschlüssen beruht. Wird der Betrieb in einem solchen Fall zunächst mit verminderter Belegschaftsstärke fortgeführt, wird diese zu der normalen, den Betrieb kennzeichnenden. Dafür ist kein bestimmter Mindestzeitraum erforderlich.³²

Im Hinblick auf die bestehenden Unsicherheiten ist Arbeitgebern zu empfehlen, jeweils vom „Worst-Case“ auszugehen und im Zweifel von der Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 17 KSchG auszugehen.

3. Entlassungen innerhalb eines 30-Tages-Zeitraums

Die Pflichten der §§ 17 ff. KSchG werden durch Entlassungen ausgelöst, die innerhalb eines 30-Tages-Zeitraums die Schwellenwerte überschreiten. Der Begriff der Entlassung ist unionsrechtlich determiniert. Darunter fällt grundsätzlich jede vom Arbeitgeber veranlasste Beendigung des Arbeitsverhältnisses, § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG.

a) Kündigungen

Arbeitgeberseitige Kündigungen sind grundsätzlich als Entlassung anzusehen. Darauf, ob die Kündigung verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt ist, kommt es nicht an.³³

Erfasst sind auch Änderungskündigungen und zwar unabhängig davon, ob und in welcher Form der Arbeitnehmer das unterbreitete Änderungsangebot annimmt.³⁴

Fristlose Kündigungen werden bei Berechnung der Zahl der Entlassungen für die Berechnung der Schwellenwerte nicht mitgerechnet, § 17 Abs. 4 KSchG. Entgegen dem Gesetzeswortlaut ist es irrelevant, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich fristlos beendet wird. Entscheidend ist, ob der Arbeitgeber ein Recht zur fristlosen Beendigung hat und gebraucht. Eine fristlose Kündigung liegt damit auch vor, wenn der Arbeitgeber außerordentlich fristlos kündigen könnte, aber außerordentlich mit Auslaufrfrist kündigt, da andernfalls der Arbeitgeber bei sozialem Entgegenkommen sanktioniert würde.³⁵ Kündigt der Arbeitgeber aber nur ordentlich trotz Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsgrundes, greift die Ausnahme des § 17 Abs. 4 KSchG nicht.³⁶ Kündigt der Arbeitgeber außerordentlich und hilfsweise ordentlich, unterfällt die ordentliche Kündigung § 17 KSchG, wenn die außerordentliche Kündigung unwirksam ist; die Ausnahmeregelung greift nicht.³⁷ Da die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung zum Zeitpunkt des Zugangs der hilfsweisen ordentlichen Kündigung nicht rechtssicher feststehen wird, sollten Arbeitgeber die hilfsweise ordentliche Kündigung stets als von § 17 KSchG erfasst ansehen.

Der Ausnahmetatbestand ist zudem nicht einschlägig, wenn über das Recht zur außerordentlichen Kündigung überhaupt erst möglich wird, ein unkündbares Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen zu kündigen.³⁸

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des 30-Tages-Zeitraums ist nicht der Beendigungstermin, sondern der Zugang der Kündigungserklärung.³⁹

19 Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 23.

20 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, BB 2015, 2554 m. BB-Komm. Lelley, NZA 2015, 861, 863; Volkering, in: BeckOK ArbR, 66.Ed.2022, KSchG, § 17, Rn. 6.

21 EuGH, 11.11.2015 – C-422/14, NZA 2015, 1441, Rn. 28 ff. – Pujante Rivera.

22 Spelge, in: MHDarbR, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 32.

23 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, BB 2015, 2554 m. BB-Komm. Lelley, NZA 2015, 861, 863.

24 Spelge, in: MHDarbR, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 39.

25 In diese Richtung: BAG, 16.11.2017 – 2 AZR 90/17 (A), BB 2018, 764 m. BB-Komm. Jesgarzewski, NZA 2018, 245, 246 (Vorlage zum EuGH durch Einigung der Parteien erledigt); a. A. LAG Düsseldorf, 8.9.2016 – 11 Sa 705/15, BeckRS 2016, 116155.

26 Spelge, in: MHDarbR, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 37; Freckmann/Hendricks, BB 2018, 1205, 1208; Jares/Fuchs, NZA 2020, 1071, 1072.

27 Befürwortend Freckmann/Hendricks, BB 2018, 1205, 1208; Jares/Fuchs, NZA 2020, 1071, 1072; wohl a. A. außer im Falle von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis mit mehreren Arbeitgebern oder im Fall des Doppelarbeitsverhältnisses Spelge, in: MHDarbR, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 37.

28 BAG, 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, BB 2007, 2742 m. BB-Komm. Melot de Beauregard, NZA 2007, 1431, Rn. 35.

29 Volkering, in: BeckOK ArbR, 66.Ed.2022, KSchG, § 17, Rn. 10.

30 BAG, 24.2.2005 – 2 AZR 207/04, NZA 2005, 766, 767.

31 BAG, 24.2.2005 – 2 AZR 207/04, NZA 2005, 766, 767.

32 BAG, 24.2.2005 – 2 AZR 207/04, NZA 2005, 766, 767.

33 LAG Düsseldorf, 15.10.2021 – 7 Sa 405/21, BeckRS 2021, 30709; Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 37; Kiel, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 12.

34 BAG, 20.2.2014 – 2 AZR 346/12, BB 2014, 2683 m. BB-Komm. Bröckner, NZA 2014, 1069; Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 26a.

35 Kiel, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 16 m. w. N.

36 Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 40.

37 Pfeiffer, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, KSchG, § 17, Rn. 29; Hergenröder, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 29.

38 Kiel, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 16; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 41.

39 BAG, 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577, BB 2017, 883 Ls.; BAG, 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BB 2013, 2620 m. BB-Komm. Maßß, NZA 2013, 845; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 31 m. w. N.

b) Aufhebungsverträge

Nach § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG steht jegliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die arbeitgeberseitig veranlasst ist, einer Entlassung gleich. Aufhebungsverträge unterfallen mithin § 17 KSchG, wenn der Arbeitnehmer allein einer betriebsbedingten Kündigung zuvorkommt, etwa weil ein Personalabbau arbeitgeberseitig bereits angekündigt wurde.⁴⁰ Solche Fälle entstehen insbesondere im Kontext von Freiwilligenprogrammen zur Vermeidung nachfolgender betriebsbedingter Kündigungen.

Maßgeblicher Zeitpunkt der Entlassung ist bei Aufhebungsverträgen das Zustandekommen, also der Zugang der Annahmeerklärung.⁴¹ Abweichend hiervon stellt allerdings die Bundesagentur für Arbeit („BA“) explizit bereits auf das Angebot des Aufhebungsvertrags ab.⁴² Arbeitgebern ist anzuraten, den betroffenen Arbeitnehmern lediglich einen nicht unterzeichneten Entwurf des Aufhebungsvertrags zu übergeben und diesen ersten nach Erhalt der durch den Arbeitnehmer unterzeichneten Version zu einem bestimmten Stichtag nach Erstattung der MEA selbst zu unterzeichnen. Alternativ kann die MEA vor einem arbeitgeberseitigen Angebot erstattet werden. Dann muss allerdings für den Zeitraum des Zustandekommens des Aufhebungsvertrags unter Einbeziehung dieser erneut geprüft werden, ob hierfür (erneut) eine MEA zu erstatten ist.

c) Eigenkündigungen

Eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers ist als Entlassung anzusehen, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber hierzu veranlasst wurde und einer arbeitgeberseitigen Kündigung des Arbeitgebers zuvorkommt.⁴³ Das ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber lediglich auf eine unsichere Lage des Unternehmens hinweist.⁴⁴

Dass Eigenkündigungen als Entlassung i.S.d. § 17 KSchG gelten können, stellt Arbeitgeber vor erhebliche Gestaltungsprobleme: So ist denkbar, dass die geplanten arbeitgeberseitigen Kündigungen und Aufhebungsverträge sich unterhalb der Schwellenwerte bewegen, diese aber durch das Hinzutreten von Eigenkündigungen überschritten werden. Im schlimmsten Fall können alle zuvor durchgeführten Entlassungen unwirksam sein. Arbeitgebern ist damit anzuraten, die Schwellenwerte nicht voll auszuschöpfen, sondern stets etwas „Sicherheitsabstand“ für etwaige Eigenkündigungen einzukalkulieren. Zudem können Freiwilligenprogramme (sofern entsprechende finanzielle Mittel vorhanden sind) Eigenkündigungen vermeiden und den Abschluss von – zeitlich steuerbaren – Aufhebungsverträgen fördern.

d) Sonstige Beendigungstatbestände

Auch der Wechsel in Transfergesellschaften muss – obwohl Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt gerade nicht unmittelbar zur Verfügung stehen – zur Vermeidung von Rechtsrisiken bis auf Weiteres als Entlassung angesehen werden.⁴⁵

Endet ein befristetes Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder tritt der vereinbarte Befristungszweck ein, liegt keine Entlassung vor (vgl. Art. 1 Abs. 2a MERL),⁴⁶ es sei denn, die arbeitsrechtliche Gestaltung dient dazu, den gesetzlichen Kündigungsschutz zu umgehen.

Arbeitnehmer, die eine Vorruhestandsvereinbarung abschließen, sind bei der Zahl der Entlassungen nicht mitzuzählen, da diese dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung stehen.⁴⁷

Keine Entlassung liegt zudem vor, wenn das Arbeitsverhältnis angefochten wird oder sich sonst als nichtig erweist oder die Hauptleis-

tungspflichten zeitweilig – wie etwa bei Beurlaubung – suspendiert werden.⁴⁸

e) Entlassungszeitpunkt: Besonderheiten bei behördlichen Genehmigungsverfahren

Eine Besonderheit besteht hinsichtlich des Entlassungszeitpunkts, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – wie etwa bei Mutterschutz, Elternzeit, Pflegezeit oder bei Schwerbehinderung/Gleichstellung – einer behördlichen Zustimmung bedarf.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG ist bei Arbeitnehmern in Elternzeit bereits der Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde als maßgeblicher Zeitpunkt der „Entlassung“ anzusehen.⁴⁹ Bisher ist höchstrichterlich jedoch nicht entschieden, ob diese Rechtsprechung zur Elternzeit auch auf andere Arten des Sonderkündigungsschutzes zu übertragen ist. Jedenfalls für Arbeitnehmer im Mutterschutz und Arbeitnehmer in der Pflegezeit dürfte das zu bejahen sein,⁵⁰ da das BVerfG seine Auffassung zur Elternzeit insbesondere mit Art. 6 GG und dem geringeren Schutz des behördlichen Verfahrens gegenüber dem Schutz durch § 17 KSchG begründet hat. Auf Schwerbehinderte/Gleichgestellte und das umfangreiche vor dem Inklusionsamt vorgesehene Genehmigungsverfahren lassen sich diese Erwägungen aber nicht ohne Weiteres übertragen.

Zur Vermeidung von Risiken ist Arbeitgebern dringend zu raten, die Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz sowohl zum Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Zustimmung bei der Behörde als auch beim Zugang der Kündigung zu berücksichtigen. Werden die Schwellenwerte in beiden Zeiträumen unter Berücksichtigung dieser Arbeitnehmer überschritten, sollte der Arbeitgeber diese Arbeitnehmer in beiden Massenentlassungen berücksichtigen und dies gegenüber dem Betriebsrat und der AfA offenlegen.

f) 30-Tages-Zeitraum

§ 17 KSchG stellt auf einen 30-Tages-Zeitraum ab.⁵¹ Bei der Berechnung ist zu beachten, dass es sich um einen rollierenden Zeitraum handelt. Werden an Tag 1 Entlassungen vorgenommen, für die das Massenentlassungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde

40 BAG, 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BB 2012, 2567 m. BB-Komm. Mückl, NZA 2012, 1029, 1034; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 45; Kiel, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 13.

41 Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 45; Johnson, BB 2019, 1909, 1911; Seidel/Wagner, BB 2018, 692, 694; Lembke/Oberwinter, NJW 2007, 721, 729; Mückl/Wittek, BB 2020, 1332, 1332 f.; a. A. Wolff/Köhler, BB 2017, 1078, 1079.

42 Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit vom 20.10.2017 zum KSchG, Ziff. 17.20, 17.24, 17.30, https://www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisung-kschg_ba016401.pdf (Abruf: 21.2.2022); BAG, 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, BeckRS 2015, 70521 betrifft lediglich die arbeitgeberseitige Veranlassung der Entlassung, nicht den maßgeblichen Zeitpunkt.

43 BAG, 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BB 2012, 2567 m. BB-Komm. Mückl; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, 16. Aufl. 2019, KSchG, § 17, Rn. 44.

44 BAG, 20.4.1994 – 10 AZR 323/93, BB 1994, 1938, NZA 1995, 489.

45 In diese Richtung, jedoch offenlassend: BAG, 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, BeckRS 2015, 70521.

46 EuGH, 13.5.2015 – C-392/13, NZA 2015, 669.

47 Kiel, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 14; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 47.

48 Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 48 f.; Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 29.

49 BVerfG, 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939; BAG, 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577, BB 2017, 883 Ls.

50 Ebenso Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 48 f.; Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 34 m. w. N.

51 Zur Berechnung des Zeitraums: Kiel, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 17; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 48 f.; Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 49 d; Spelge, in: MHDabArbR, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 66.

und wird an Tag 29 eine weitere Entlassung durchgeführt, unterfällt auch diese Entlassung § 17 KSchG, wenn sie gemeinsam mit den zuvor erfolgten Entlassungen den Schwellenwert überschreitet. Für diese Entlassung ist daher das Massenentlassungsverfahren erneut durchzuführen.

III. Konsultationsverfahren

Arbeitgeber und Betriebsrat haben im Konsultationsverfahren Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern. Dies entspricht der Konsultationspflicht nach Art. 2 Abs. 1, 2 MERL.

1. Zuständiges Gremium

Für die Frage der Zuständigkeit ist zwingend⁵² auf die allgemeinen Zuständigkeitsregeln und insbesondere auf § 50 BetrVG abzustellen.⁵³ Führt der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren mit dem falschen Gremium durch, ist es fehlerhaft.

Regelmäßig ist der örtliche Betriebsrat für das Konsultationsverfahren zuständig, es sind jedoch auch Konstellationen denkbar, in denen das Konsultationsverfahren mit dem Gesamtbetriebsrat durchzuführen ist. Dies ist der Fall, wenn eine überbetriebliche Angelegenheit vorliegt, zu deren Regelung die örtlichen Betriebsräte außer Stande sind. Betrifft eine Massenentlassung mehrere Betriebe und erfolgt diese auf Grundlage eines unternehmenseinheitlichen Konzepts, ist der Gesamtbetriebsrat originär zuständig.⁵⁴

Theoretisch denkbar ist damit auch eine Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats.⁵⁵

In Grenzfällen ist Arbeitgebern anzuraten, auf eine Delegation vom örtlichen Betriebsrat an den Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG hinzuwirken. Gelingt dies nicht, sollte das Konsultationsverfahren vorsorglich sowohl mit dem Gesamtbetriebsrat als auch dem örtlichen Betriebsrat durchgeführt werden.

Für leitende Angestellte⁵⁶ ist das Konsultationsverfahren mit dem Sprecherausschuss durchzuführen. Die Schwerbehindertenvertretung ist hingegen nicht zu beteiligen.⁵⁷

Falls für einen Betrieb mehrere Arbeitnehmervertretungen zu beteiligen sind, ist der Arbeitgeber nicht gezwungen, ein einheitliches oder zeitlich paralleles Konsultationsverfahren mit allen Vertretungen gemeinsam durchzuführen. Ergeben sich aus dem Konsultationsverfahren mit einer Arbeitnehmervertretung allerdings für die andere Arbeitnehmervertretung relevante Informationen, etwa durch eine Veränderung der arbeitgeberseitigen Planungen, hat der Arbeitgeber diese mitzuteilen.⁵⁸

2. Verbindung mit Interessenausgleichsverhandlungen

Der Arbeitgeber kann die Pflichten aus § 111 S. 1 BetrVG und § 17 Abs. 2 KSchG gleichzeitig erfüllen, soweit diese übereinstimmen. Voraussetzung ist, dass der Betriebsrat klar erkennen kann, dass die Handlungen des Arbeitgebers (auch) der Erfüllung der Konsultationspflicht dienen.⁵⁹ Arbeitgeber haben darauf zu achten, dass alle für das Konsultationsverfahren erforderlichen Angaben in der Unterrichtung enthalten sind. Alleine der Abschluss eines Interessenausgleichs – selbst wenn dieser den in der Praxis üblichen Hinweis enthält, dass der Betriebsrat das Konsultationsverfahren als ordnungsgemäß und beendet erachtet – genügt nicht.⁶⁰

3. Rechtzeitig

Die Unterrichtung des Betriebsrats muss rechtzeitig erfolgen. Erforderlich ist eine Konsultation des Betriebsrats, wenn sich die Planungen so weit verdichtet haben, dass der Arbeitgeber erwägt, nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen.⁶¹

Die Unterrichtung hat vor den Entlassungen zu erfolgen. Das ergibt sich schon aus § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG, der von *beabsichtigten* Entlassungen spricht.

Ob – vergleichbar dem Interessenausgleich – vor Unterrichtung des Betriebsrats keine unumkehrbaren Maßnahmen wie die unwiderrufliche Freistellung der Arbeitnehmer oder die Kündigung für die Unternehmensfortführung essentieller Verträge erfolgen dürfen, ist ungeklärt,⁶² und bedarf zur Klärung einer Vorlage an den EuGH.⁶³ Diese Rechtslage zwingt Arbeitgeber zur Risikovermeidung entsprechende Maßnahmen zu unterlassen und stattdessen auf eine zügige Durchführung des Konsultationsverfahrens hinzuwirken.

Leitet der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren nicht rechtzeitig ein, kann er dies nachholen.⁶⁴ Andernfalls würde das Versäumnis der frühzeitigen Konsultation dem Arbeitgeber die Entlassungen auf Dauer versperren.⁶⁵ Die MERL lässt das Recht des Arbeitgebers zur freien Entscheidung über Entlassungen jedoch unberührt.⁶⁶ Sanktion für den sich nicht ordnungsgemäß verhaltenden Arbeitgeber ist jedoch die Unwirksamkeit aller Entlassungen, die vor der Beendigung der nachgeholten Konsultation erfolgt sind.

4. „Muss-Angaben“

Arbeitgeber haben dem Betriebsrat die in § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG aufgelisteten Angaben („Muss-Angaben“) in Textform⁶⁷ zu machen. Hierbei stellen sich in der Praxis zahlreiche Fragen.

a) Gründe der geplanten Entlassungen

Zu den Gründen der geplanten Entlassungen gehört zwingend die Angabe des Sachverhalts, mit dem Arbeitgeber die Kündigung begründen wollen.⁶⁸

In der Literatur und instanzgerichtlichen Rechtsprechung besteht weitgehend Einigkeit, dass Arbeitgeber hierbei nicht der strengen Substantiierungspflicht des § 102 BetrVG unterliegen, sondern der

52 BAG, 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399.

53 BAG, 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, NZA 2011, 1108, BB-Entscheidungsreport *Langer*, BB 2012, 519; BAG, 20.9.2012 – 6 AZR 155/11, NZA 2013, 32; *Kiel*, in: *ErfK*, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 19a.

54 BAG, 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, NZA 2011, 1108, BB-Entscheidungsreport *Langer*, BB 2012, 519; BAG 13.12.2012 – 6 AZR 752/11, NJOZ 2013, 1232, BB 2013, 1267 Ls.; LAG Düsseldorf, 12.1.2022 – 4 Sa 843/21 n. v.

55 Offengelassen durch BAG, 22.11.2012 2 AZR 371/11, BB 2013, 2620 m. BB-Komm. *Maiß*, NZA 2013, 845, Rn. 23; ablehnend *Spelge*, in: *MHdbArbR*, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 109.

56 Vgl. zu deren Erfassung trotz § 17 Abs. 5 KSchG: *Ziff*, II.2.

57 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 64 ff., BB 2020, 1651 Ls.

58 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 69, BB 2020, 1651 Ls.

59 BAG, 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, BB 2019, 2554, NZA 2019, 1638, Rn. 42 m. w. N.

60 BAG, 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, BB 2016, 2557, NZA 2016, 1198, Rn. 32.

61 BAG, 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, BB 2019, 2554, NZA 2019, 1638, Rn. 27; EuGH, 10.9.2009 – C-44/08, NZA 2009, 1083, Rn. 38, 46 – *Akavan Eritysalojen Keskusliitto Aek*; BAG, 26.2.2015 – 2 AZR 955/13, NZA 2015, 881, Rn. 18.

62 So aber LAG Berlin-Brandenburg, 11.7.2019 – 21 Sa 1908/18, BeckRS 2019, 23169 unter Verweis auf BAG, 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577, Rn. 25, BB 2017, 883 Ls., das sich jedoch ebenso wie BAG, 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, BB 2019, 2554, NZA 2019, 1638, Rn. 41 zum Inhalt unumkehrbarer Maßnahmen nicht verhält.

63 *Spelge*, in: *MHdbArbR*, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 145.

64 *Spelge*, in: *MHdbArbR*, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 217.

65 *Bayreuther*, in: *Linck/Krause/Bayreuther*, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 130.

66 EuGH, 21.12.2016 – C-201/15, NZA 2017, 167, Rn. 29 – *AGET Iraklis/ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*.

67 BAG, 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, BB 2019, 2554, NZA 2019, 1638, Rn. 47.

68 *Kiel*, in: *ErfK*, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 22.

Maßstab des § 111 BetrVG anzulegen ist.⁶⁹ Dies bedeutet, dass etwa die Angabe, die Entlassungen sollen aus „betrieblichen Gründen“ erfolgen, nicht ausreichend ist.⁷⁰ Arbeitgeber müssen vielmehr das von ihnen festgelegte unternehmerische Konzept nachvollziehbar erläutern. Eine Offenlegung der wirtschaftlichen Motive im Detail kann von Arbeitgebern jedoch nicht verlangt werden.⁷¹

Liegt den geplanten Entlassungen eine den Arbeitgeber bindende⁷² Entscheidung des herrschenden Unternehmens zu Grunde, ist der Arbeitgeber nicht von der Pflicht zur Information über die Gründe der geplanten Entlassungen entbunden, § 17 Abs. 3a KSchG. Insbesondere können sich Arbeitgeber nicht darauf berufen, das herrschende Unternehmen stelle diese Informationen nicht zur Verfügung. Die Informationspflicht kann jedoch nicht weitergehen als bei einer eigenständigen Entscheidung des Arbeitgebers, sodass keine detaillierten Angaben zu den wirtschaftlichen Motiven des herrschenden Unternehmens erforderlich sind.⁷³

b) Berufsgruppen

Sowohl § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 als auch Nr. 3 KSchG nehmen auf die Berufsgruppen der Arbeitnehmer Bezug. Diese ist sowohl für die in der Regel Beschäftigten als auch für die zu Entlassenden anzugeben. Art. 2 Abs. 3 S. 1 b) ii) und ii) MERL sprechen hingegen von der „Kategorie“.

In der Literatur wird hierbei oft⁷⁴ empfohlen, die DEÜV-Nr.⁷⁵ zu verwenden oder auf das Verzeichnis der Klassifikation der Berufe 2010 (KldB) zurückzugreifen. Eine Auseinandersetzung damit, welche Rechtsqualität diesen Auflistungen zukommt, findet zumeist nicht statt.⁷⁶ Auch die BA verlangt, jedenfalls für die MEA, die Angabe entsprechend dieser Auflistungen.⁷⁷

In der KldB wird eine fünfstellige Nummer angegeben. Hierbei wird die jeweilige Tätigkeit mit jeder weiteren Nummer spezifiziert. Die fünfstellige Nummer gibt hierbei jedoch nicht die Berufsgruppe, sondern die Berufsklasse an. Im Formular der BA und in den Fachlichen Weisungen⁷⁸ wird ausgeführt, dass die Angabe der Berufsgruppe i.S.d. § 17 KSchG den ersten drei Ziffern der fünfstelligen Nummer entspricht, nur diese Angabe sei zwingend und für Arbeitgeber bindend. Mit guten Argumenten lässt sich jedoch auch vertreten, dass zumindest die 4-stellige Berufsuntergruppe anzugeben ist.⁷⁹

Ungeklärt ist auch, ob der Begriff der Berufsklasse im Konsultationsverfahren ein anderer ist als bei der MEA.⁸⁰ Vorerst ist Arbeitgebern daher anzuraten, die fünfstellige Nummer auch im Konsultationsverfahren vollständig anzugeben. Gelingt eine Einordnung in diese Auflistungen nicht, was insbesondere bei modernen Dienstleistungsberufen der Fall sein kann, muss auch eine aussagekräftige Bezeichnung für die Berufsgruppen nebst kurzer Erläuterung der Tätigkeit ausreichen.⁸¹

c) Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen

§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KSchG verlangt, dass Arbeitgeber bei Einleitung des Konsultationsverfahrens dem Betriebsrat den Zeitraum mitteilen, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen.

In der Praxis stellt dies Arbeitgeber vor eine Herausforderung, da unklar ist, wann das zuvor zwingend durchzuführende Konsultationsverfahren beendet sein wird. Folglich genügt es nach dem BAG,⁸² wenn Arbeitgeber zu Beginn des Konsultationsverfahrens über den Monat informieren, in dem die Entlassungen nach den aktuellen Pla-

nungen erfolgen sollen. Wenn Arbeitgeber den Zeitpunkt der Entlassungen im weiteren Verlauf nicht allein wegen der Dauer oder des Ergebnisses des Konsultationsverfahrens, sondern aus Gründen, die der Arbeitnehmervertretung unbekannt sind, verschieben, haben sie den Zeitraum später zu präzisieren.⁸³

d) Vorgesehene Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer

Eine konkrete Angabe zu Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer erübrigt sich, wenn allen Arbeitnehmern des Betriebs gekündigt werden soll.⁸⁴

In allen anderen Fällen ist dem Betriebsrat mitzuteilen, wie der Arbeitgeber die von § 1 Abs. 3 KSchG vorgegebenen Parameter gewichten will.⁸⁵ Ob eine abstrakte Benennung der Auswahlkriterien genügt oder ob darüber hinaus Angaben zur konkreten Durchführung der Auswahl erforderlich sind, ist ungeklärt.⁸⁶

Arbeitgebern ist daher zu empfehlen, detaillierte Angaben zu machen, d.h. anzugeben, ob eine Bildung von Altersgruppen angestrebt wird, ob und warum Leistungsträger aus der Sozialauswahl ausgenommen werden sollen und ob eine Auswahlrichtlinie angewendet werden soll. Im letzteren Fall dürfte ein Verweis genügen, wenn dem Betriebsrat die entsprechende Auswahlrichtlinie – wie regelmäßig der Fall – bekannt ist.⁸⁷

e) Für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehene Kriterien

Die Kriterien für die Berechnung der Abfindung können Arbeitgeber nicht einseitig bestimmen. Diese Kriterien sind entweder Ergebnis der Einigung mit dem Betriebsrat oder sie werden von der Einigungsstelle festgelegt.

Nach dem BAG⁸⁸ genügt es daher zur Einhaltung der Unterrichtungspflicht nach § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 6, wenn der Arbeitgeber darauf ver-

69 LAG Hamm, 21.5.1985 – 7 (5) Sa 1991/84, ZIP 1986, 246; *Salomon*, NZA 2015, 789, 791; *Moll*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 64; *Kiel*, in: *ErfK*, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 22; so auch bereits für die MEA: BAG, 14.8.1986 – 2 AZR 616/85, BeckRS 1986, 5524, Rn. 37.

70 *Krieger/Ludwig* NZA 2010, 919, 921.

71 *Spelge*, NZA Beil. 3/2017, 108, 109.

72 BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175, Rn. 54, BB 2017, 440 m. BB-Komm. *Jesgarzewski*.

73 *Spelge*, NZA Beil. 3/2017, 108, 110, a.A. wohl LAG Berlin-Brandenburg, 26.11.2015 – 10 Sa 1604/15, 10 Sa 1920/15, BeckRS 2016, 66761, Rn. 77; *Jares/Fuchs*, NZA 2020, 1071, 1079.

74 Vgl. etwa *Hergenröder*, in: *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 48; das BAG (9.6.2016, – 6 AZR 405/15, BB 2016, 2557, NZA 2016, 1198, Rn. 29) hat ausdrücklich offengelassen, welche Angaben für Zwecke der § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KSchG erforderlich sind.

75 Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung.

76 Ausführlich dazu *Klump/Holler*, NZA 2018, 408.

77 Ziff. C des Formulars Entlassungsanzeige der BA.

78 Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit vom 20.10.2017 zum KSchG, Ziff. 17.32.

79 *Klump/Holler*, NZA 2018, 408.

80 Für eine unterschiedliche Bedeutung *Spelge*, in: *MHdbArbR* Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 138.

81 *Eckhoff*, in: *MAHdbArbR*, 5. Aufl. 2021, § 50, Rn. 26; *Klump/Holler*, NZA 2018, 408, 412.

82 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, BB 2023, 243 Ls., dazu *Hotze/von Grundherr*, BB, 2023, 640.

83 *Spelge*, in: *MHdbArbR* Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 210 m. w. N.

84 BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267, Rn. 57, BB 2009, 2029 Ls.

85 *Spelge*, in: *MHdbArbR* Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 141.

86 *Moll*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 17, Rn. 68 m. w. N.

87 *Spelge*, in: *MHdbArbR* Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 141.

88 BAG, 18.9.2003 – 2 AZR 79/02, BB 2004, 1223, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14; BAG, 30.3.2004 – 1 AZR 7/03, BB 2004, 1791, NZA 2004, 931; BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267, Rn. 57, BB 2009, 2029 Ls.

weist, dass sich die Kriterien für die Berechnung der Abfindungen aus einem noch abzuschließenden Sozialplan ergeben.

Die Norm hat daher eigenständige Bedeutung allenfalls bei Massenentlassungen, die nicht sozialplanpflichtig sind.⁸⁹

Es kann auch mitgeteilt werden, dass Abfindungen nicht beabsichtigt sind.

f) Veränderungen

Oft ergeben sich zwischen dem Zeitpunkt der Einleitung des Konsultationsverfahrens und dessen Abschluss Veränderungen der Planungen des Arbeitgebers.

In der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des BAG⁹⁰ ist wegen der Dynamik des Konsultationsverfahrens anerkannt, dass die erforderlichen Auskünfte seitens des Arbeitgebers zwar nicht unbedingt zum Zeitpunkt der Eröffnung der Konsultationen zu erteilen sind, er sie aber „im Verlauf des Verfahrens“ zu vervollständigen und alle einschlägigen Informationen bis zu dessen Abschluss zu erteilen hat.

g) Fehler

Maßgeblich ist, dass der Betriebsrat bis zum Abschluss des Konsultationsverfahrens alle erforderlichen Angaben erhalten hat, eine zunächst unvollständige Unterrichtung ist damit unschädlich.⁹¹

Das Konsultationsverfahren ist nicht ordnungsgemäß, wenn die „Muss-Angaben“ dem Betriebsrat nicht erteilt wurden. Entlassungen sind damit grundsätzlich unwirksam.⁹² Bei einer Betriebsstilllegung hat es das BAG⁹³ jedoch offengelassen, ob die Unwirksamkeitsfolge auch eintritt, wenn Angaben zu den Berufsgruppen fehlen. Richtigerweise ist dies zu verneinen. Wenn alle Arbeitnehmer eines Betriebs entlassen werden sollen, ist dem Betriebsrat – anders als der AfA – bekannt, welche Tätigkeitsprofile erfasst werden. Die Angabe der Berufsgruppen generiert für die Aufgaben des Betriebsrats keinen Mehrwert.

Ungeklärt ist, ob geringfügige Fehler im Konsultationsverfahren zu dessen Fehlerhaftigkeit im Ganzen führen. Informiert der Arbeitgeber etwa bei einer Betriebsstilllegung, dass er beabsichtigt, 2000 Arbeitnehmer zu entlassen, sind im Betrieb jedoch in Wahrheit 2001 Arbeitnehmer beschäftigt, erscheint es widersinnig, davon auszugehen, das Konsultationsverfahren sei insgesamt fehlerhaft. Andererseits ist unklar, wo die Grenze zu ziehen ist. Gilt dies auch, wenn in Wahrheit 3000 Arbeitnehmer dem Betrieb angehören? – wohl kaum. Generelle Aussagen zur (Un-)Schädlichkeit von „marginalen“ Fehlern lassen sich daher – zum Leidwesen von Arbeitgebern – bis zu einer Klärung durch das BAG nicht treffen.⁹⁴

Im Beispiel wurde jedenfalls für den 2001. Arbeitnehmer kein Konsultationsverfahren durchgeführt. Jedenfalls dessen Entlassung ist unwirksam. Um diesen 2001. Arbeitnehmer zu identifizieren, muss der Arbeitgeber jedoch belegen, auf welche 2000 Arbeitnehmer sich seine Angabe bezog. Gleiches gilt, wenn bei einem Arbeitnehmer die Angabe der Berufsgruppe unzutreffend ist. Arbeitgeber sollten daher bei Angaben zu den Arbeitnehmern eine Liste beifügen, anhand derer diese identifiziert werden können. Nur so können Arbeitgeber belegen, für welche Arbeitnehmer ein ordnungsgemäßes Konsultationsverfahren durchgeführt wurde.

5. Ergebnisoffen

Im Konsultationsverfahren besteht kein Einigungszwang und erst recht kein Zwang für den Arbeitgeber, die Vorstellungen des Betriebs-

rats zu übernehmen.⁹⁵ Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber mit dem ernsthaften Willen zur Einigung in die Verhandlungen mit dem Betriebsrat geht⁹⁶ und bereit ist, dessen abweichende Vorschläge ins Kalte zu ziehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Dem steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber die Vermeidung oder Einschränkung von Entlassungen von bestimmten Bedingungen abhängig macht.⁹⁷

Konkret dürfen Arbeitgeber beispielsweise die Wiedereröffnung des Betriebs von der zeitnahen und rechtssicheren Absenkung der Vergütung ihrer Beschäftigten auf das Niveau des Flächentarifvertrags abhängig machen,⁹⁸ sich jedoch nicht generell gegen die Vermeidung von Entlassungen „sperren“.

Nachfragen des Betriebsrats muss der Arbeitgeber beantworten,⁹⁹ sofern dies für sinnvolle Vorschläge seitens des Betriebsrats notwendig ist.¹⁰⁰ Liegt etwa kein Betriebsübergang vor, müssen Arbeitgeber auf diesbezügliche Nachfragen des Betriebsrats nicht eingehen.¹⁰¹ In der Praxis ist es für Arbeitgeber teils schwierig zu beurteilen, ob und welche Nachfragen des Betriebsrats zu beantworten sind. So ist etwa höchstrichterlich ungeklärt, ob Arbeitgeber zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei anderen Unternehmen Auskünfte zu erteilen haben.¹⁰² Arbeitgeber sollten in Grenzfällen daher auf die Nachfragen des Betriebsrats eingehen.

6. Dauer/Stellungnahme des Betriebsrats

Eine Mindestdauer des Konsultationsverfahrens ist nicht vorgeschrieben.¹⁰³

Das Konsultationsverfahren wird in der Regel durch die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats beendet.¹⁰⁴ Diese ist jedenfalls dann abschließend, wenn der Betriebsrat deutlich macht, dass er sich als ausreichend informiert und das Konsultationsverfahren als beendet ansieht.

Die Konsultation ist ohne abschließende Stellungnahme des Betriebsrats beendet, wenn der Arbeitgeber annehmen darf, es bestehe kein Ansatz für weitere, zielführende Verhandlungen.¹⁰⁵ Denkbar sind Konstellationen, in denen der Betriebsrat Informationen begehrt, die für das Konsultationsverfahren nicht zweckdienlich sind oder sich weiteren Verhandlungen vor Erfüllung unzulässiger Bedingungen verwehrt. Dem Arbeitgeber kommt eine Beurteilungskompetenz zu,

89 Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 6. Aufl. 2021, KSchG § 17, Rn. 69.

90 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 58, BB 2023, 243 Ls.

91 Spelge, in: MHdbArbR Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 217.

92 BAG, 21.3.2013 – 2 AZR 60/12, BB 2013, 2875 m. BB-Komm. Hennes, NZA 2013, 966.

93 BAG, 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, NZA 2016, 1198, Rn. 30 f.

94 Spelge, in: MHdbArbR Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 215; Boemke, in: Boecken u. a., KSchG, 2016, § 17, Rn. 97.

95 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 64, BB 2023, 243 Ls.

96 BAG, 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, BB 2012, 2567 m. BB-Komm. Mückl, NZA 2012, 1029, 1034, Rn. 57.

97 BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175, Rn. 70, BB 2017, 440 m. BB-Komm. Jesgarzewski

98 BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175, Rn. 70, BB 2017, 440 m. BB-Komm. Jesgarzewski.

99 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 62, BB 2023, 243 Ls.

100 Spelge, NZA-Beil. 3/2017, 108, 109.

101 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 65, BB 2023, 243 Ls.

102 Zu Recht ablehnend: LAG Hamm, 16.8.2019 – 18 Sa 232/19, BeckRS 2019, 22958, Rn. 124 ff.; allenfalls in Konstellationen mit Einflussnahmemöglichkeit Spelge, in: MHdbArbR Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 143.

103 BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175, Rn. 50, BB 2017, 440 m. BB-Komm. Jesgarzewski; BAG, 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, BB 2008, 53 m. BB-Komm. Schnitker/Grau, NZA 2007, 1296, Rn. 42.

104 BAG, 26.2.2015 – 2 AZR 955/13, NZA 2015, 881, Rn. 29.

105 BAG, 26.2.2015 – 2 AZR 955/13, NZA 2015, 881.

wann er den Beratungsanspruch des Betriebsrats als erfüllt ansieht.¹⁰⁶ Im Streitfall haben allerdings die Arbeitsgerichte diese Annahme des Arbeitgebers zu überprüfen.¹⁰⁷

Arbeitgeber sind daher gut beraten, bei unklaren Stellungnahmen oder einer Weigerung des Betriebsrats zur (Fort-)Führung der Verhandlungen darauf hinzuwirken, dass dieser sich klar erklärt. Erfolgt keine klare Stellungnahme, sollten Arbeitgeber zur Risikominimierung vom Fehlen einer abschließenden Stellungnahme ausgehen. Gleiches gilt im Hinblick auf die Konkretisierung weiterer Nachfragen des Betriebsrats. Alle Vorgänge sollten dokumentiert werden.

7. Involvierung der AfA – § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG

Der Arbeitgeber hat gleichzeitig mit der Unterrichtung des Betriebsrats eine Abschrift der Mitteilung an die AfA zuzuleiten. Diese muss bis auf die Kriterien zur Berechnung etwaiger Abfindungen die gleichen Angaben enthalten, die dem Betriebsrat gemacht wurden.

Ob auch eine Zuleitung an die AfA wenige Tage nach der Unterrichtung des Betriebsrats ausreichend ist, ist ungeklärt.¹⁰⁸

Das BAG hat die Frage, ob eine Verletzung dieser Pflicht zur Unwirksamkeit späterer Entlassungen führt, dem EuGH vorgelegt.¹⁰⁹ Nach hiesiger Ansicht ist dies zu verneinen. Zweck der frühzeitigen Unterrichtung der AfA ist deren rechtzeitige Vorbereitung auf die Vermittlung. Individualschützender Charakter kann in einem so frühen Zeitpunkt der Konsultation der Zuleitung jedoch nicht zukommen; es steht zu diesem Zeitpunkt weder fest, wie viele, noch welche Arbeitnehmer überhaupt entlassen werden.¹¹⁰

IV. MEA

1. Erstattung der MEA vor Entlassung

Die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1, 3 KSchG ist eigenständige Wirksamkeitsvoraussetzung der damit in Zusammenhang stehenden Entlassung.¹¹¹ Sie muss nach Abschluss des Konsultationsverfahrens und vor den Entlassungen erfolgen, § 17 Abs. 1 KSchG.

2. Zuständige AfA

Wird die Anzeige bei der unzuständigen AfA eingereicht, wird sie erst bei Zuleitung an die zuständige AfA auf dem Dienstweg – und damit in der Regel zu spät – wirksam.

Örtlich zuständig ist die AfA, in deren Bezirk der Betrieb liegt.¹¹² Die Bestimmung des Betriebsortes kann Probleme bereiten, wenn sich dieser über mehrere Bezirke erstreckt, wie oft bei virtuellen Betrieben. Abzustellen ist dann wohl darauf, von wo aus die Betriebsleitung in der Regel die Leitung ausübt.¹¹³

Risiken lassen sich nur vermeiden, indem bei allen in Betracht kommenden AfA parallel MEA erstattet werden, wobei jede AfA über die weiteren MEA zu informieren ist. Es ist dann Sache der AfA ihre Zuständigkeit zu klären.¹¹⁴

Zuletzt besteht für große Unternehmen die Möglichkeit sog. Sammelanzeigen. Bei diesen erstattet der Arbeitgeber mehrere MEA, für die eigentlich unterschiedliche AfA zuständig wären, gesammelt bei der AfA am Unternehmenssitz. Von einem solchen Vorgehen, wie es auch die Fachlichen Weisungen zum KSchG vorsehen,¹¹⁵ ist bis auf Weiteres jedoch abzuraten.¹¹⁶ Auch wenn das BAG in einem *obiter dictum* diese Möglichkeit für zulässig hielt,¹¹⁷ haben sich weder das BAG noch der EuGH bislang abschließend positioniert.

3. Abschließende Stellungnahme des Betriebsrats/ Mitteilung zum Stand der Beratungen

Eine MEA ist erst nach ordnungsgemäßer Beendigung des Konsultationsverfahrens zulässig, arg. e. § 17 Abs. 3 S. 2, 3 KSchG. Der MEA vorausgehen muss daher entweder eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats oder die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG. Im letzteren Fall muss der Arbeitgeber gegenüber der AfA glaubhaft machen, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige unterrichtet hat und den Stand der Beratungen mitteilen; dazu gehört insbesondere die Angabe, ob, wann und warum der Betriebsrat weitere Verhandlungen abgelehnt hat.¹¹⁸ Ferner ist anzugeben, dass, wann und wie das Verfahren aus Sicht des Arbeitgebers beendet wurde.¹¹⁹

Besteht Unsicherheit, ob eine etwaig abgegebene Stellungnahme des Betriebsrats abschließend ist, sollten Arbeitgeber neben der Übermittlung der Stellungnahme des Betriebsrats die vorgenannten Aspekte in der MEA schildern.

4. Form

Die Anzeige muss gem. § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG „schriftlich“ erstattet werden. Dafür ist die Textform des § 126b BGB ausreichend.¹²⁰ Die Übermittlung der Anzeige per Telefax genügt mithin.¹²¹ Seit Ende Mai 2022 kann die MEA auch online erstattet werden.¹²² Eine mündliche Anzeige ist hingegen nicht ausreichend.

Die BA stellt für die MEA ein Formular zur Verfügung, dessen Benutzung nicht verpflichtend, jedoch ratsam ist.¹²³ In der Praxis ist es empfehlenswert, ein Begleitschreiben beizufügen, in dem weitere Erläuterungen¹²⁴ enthalten sind.

5. Inhalt und Fehlerfolgen

Zwingend hat die MEA die „Muss-Angaben“ zu enthalten. Andernfalls sind die Entlassungen grundsätzlich unwirksam.¹²⁵ Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen in zwei Konstellationen:

– Unerhebliche Abweichungen können nicht die Unwirksamkeit aller Entlassungen zur Folge haben.¹²⁶ Wo hier die Grenze für eine unerhebliche Abweichung zu ziehen ist, ist unklar.

106 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, BB 2023, 243 Ls. m. w. N.

107 *Spelge*, in: MHdbArbR Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 149.

108 *Dafür Spelge*, in: MHdbArbR Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 191; LAG Niedersachsen, 24.2.2021 – 17 Sa 890/20, ZIP 2021, 592, Rn. 47, Revision anhängig unter 6 AZR 155/21; *Voronova*, EuZA 2022, 372, 375.

109 Vorlagebeschluss des BAG, 27.1.2022 – 6 AZR 155/21 (A), NZA 2022, 491, BB 2022, 755 Ls.

110 Zu weiteren Argumenten: Vorlagebeschluss des BAG, 27.1.2022 – 6 AZR 155/21 (A), NZA 2022, 491, Rn. 26 ff., BB 2022, 755 Ls.; *Voronova*, EuZA 2022, 372, 375.

111 BAG, 20.1.2016 – 6 AZR 601/14, NZA 2016, 490, BB 2016, 755 Ls.

112 *Langer*, in: StichwortKommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2023, Massenentlassung, Rn. 38.

113 So zu § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG: LAG Baden-Württemberg, 7.8.2009 – 3 Sha 2/09, BeckRS 2009, 69258.

114 So bei einer Betriebsstillegung: BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175, Rn. 70, BB 2017, 440 m. BB-Komm. *Jesgarzewski*.

115 Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit vom 20.10.2017 zum KSchG, Ziff. 17.43.

116 *Offener Bissels/Singraven/Alma*, ArbRaktuell 2021, 625; *Ernst/Schaller*, NZA 2021, 1074.

117 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 89 ff.

118 *Kiel*, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, KSchG, § 17, Rn. 32.

119 BAG, 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1091, Rn. 136 ff., BB 2020, 1651 Ls.

120 *Spelge*, in: MHdbArbR Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 121, Rn. 170 m. w. N.

121 BAG, 18.1.2012 – 6 AZR 407/10, NZA 2012, 817, Rn. 3, 41 ff., BB 2012, 315 Ls.

122 Weisung 202205002 des Bundesagentur für Arbeit vom 9.5.2022, https://www.arbeitsagentur.de/datei/weisung-202205002_ba147527.pdf (Abruf: 21.2.2022).

123 *Bayreuther*, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 17, Rn. 113.

124 Etwa bei Erstattung mehrerer MEA für denselben Betrieb, hinsichtlich den Berufsgruppen oder zur Beteiligung anderer Gremien als dem lokalen Betriebsrat.

125 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 108, BB 2020, 1651 Ls.

126 BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 77, BB 2023, 243 Ls., für die marginal zu geringe Angabe bei der Zahl der zu Entlassenden (358 statt 359); offengelassen nach von BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 109, BB 2020, 1651 Ls.

- Auf falsche Angaben bei der Anzahl der zu Entlassenden¹²⁷ oder bei den Berufsgruppen können sich nur die betroffenen Arbeitnehmer berufen.

In der MEA sollen ferner im Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden („Soll-Angaben“), § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG. Das Fehlen der „Soll-Angaben“ führt aber nicht zur Unwirksamkeit der Entlassungen.¹²⁸ Unterlässt der Arbeitgeber jedoch jegliche diesbezügliche Angaben gegenüber der AfA, wird es bei einer falschen Angabe der Zahl oder Berufsgruppe der zu Entlassenden kaum gelingen darzulegen, dass die Angabe für alle anderen Arbeitnehmer zutreffend war oder bei welchem konkreten Arbeitnehmer der Fehler bestand.

6. Involvierung des Betriebsrats – § 17 Abs. 3 S. 6 bis 8 KSchG

Ein etwaiger Verstoß gegen § 17 Abs. 3 S. 6 KSchG, wonach der Arbeitgeber dem Betriebsrat eine Abschrift der gegenüber der AfA erstatteten MEA zuzuleiten hat, führt nicht zur Unwirksamkeit der betroffenen Kündigungen.¹²⁹

Nach § 17 Abs. 3 S. 7 KSchG kann der Betriebsrat gegenüber der AfA weitere Stellungnahmen abgeben, wobei er nach § 17 Abs. 3 S. 8 KSchG dem Arbeitgeber jeweils eine Abschrift der Stellungnahme zuzuleiten hat.

V. Nachkündigungen

Das BAG¹³⁰ hat klargestellt, dass – bei Überschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte durch Nachkündigungen – das Massenentlassungsverfahren (erneut) vollständig durchzuführen ist.

VI. Praktische Tipps

In der Beratungspraxis der Autorinnen haben sich folgende Strategien als hilfreich erwiesen:

- Verzögern sich Interessenausgleichsverhandlungen, sollten für Entlassungen im Rahmen eines Freiwilligenprogramms und später erfolgende Kündigungen jeweils eigene Massenentlassungsverfahren durchgeführt werden. So kann – bei Einverständnis des Betriebsrats – mit dem Freiwilligenprogramm vor Abschluss der Interessenausgleichsverhandlungen gestartet werden. Im Rahmen von Freiwilligenprogrammen stehen die zu entlassenden Arbeitnehmer regelmäßig jedoch erst fest, wenn diese ihr Interesse an einer Teilnahme erklärt haben. Im Rahmen eines bereits zuvor eingeleiteten Konsultationsverfahrens sind die durch den Arbeitgeber erfolgten Angaben dann entsprechend zu konkretisieren bzw. anzupassen.
- In Zweifelsfällen bei der Bestimmung des Betriebsbegriffs sollten stets vorsorglich mehrere MEA für die in Betracht kommenden Konstellationen erstattet werden. Es ist hierbei auf Transparenz gegenüber dem Betriebsrat und den AfA zu achten.
- Die AfA sind teils geneigt, auf den Inhalt der Anzeige Einfluss zu nehmen und etwa auf einen abweichenden Betrieb zu bestehen. Da die finale Beurteilungskompetenz über die Wirksamkeit einer MEA bei den Arbeitsgerichten liegt,¹³¹ sollten sich Arbeitgeber hiervon nicht beirren lassen.

VII. Fazit

Das Massenentlassungsverfahren bleibt für Arbeitgeber eine Herausforderung. Vor dem Hintergrund der drohenden Unwirksamkeit aller Entlassungen bei Fehlern, sollten Arbeitgeber bei Restrukturierungen ausreichend Zeit für das Massenentlassungsverfahren einplanen.

Höchstrichterlich geklärt sind folgende Fragen:

- Der Betriebsbegriff ist unionsrechtlich determiniert, d.h. unabhängig von BetrVG und KSchG zu bestimmen.
- Arbeitgeber müssen Rückfragen des Betriebsrats im Konsultationsverfahren nicht beantworten, wenn diese ersichtlich auf einem rechtlich nicht zutreffenden Sachverhalt basieren. Hierbei kommt ihnen ein Entscheidungsspielraum zu.
- Die Schwerbehindertenvertretung ist im Konsultationsverfahren nicht zu beteiligen.
- Eine nur marginale Abweichung bei den „Muss-Angaben“ i.S.d. § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG führt jedenfalls bei der Zahl der zu Entlassenden nicht zur Unwirksamkeit der Anzeige.
- Fehlende „Soll-Angaben“ in der Anzeige haben auf die Wirksamkeit der Entlassungen keinen Einfluss.
- Eine Verletzung der Pflichten nach § 17 Abs. 3 S. 6 KSchG hat auf die Wirksamkeit der Entlassungen keinen Einfluss.
- Bei Überschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte durch geplante Nachkündigungen ist das Massenentlassungsverfahren (erneut) vollständig durchzuführen.

Ungeklärt sind jedoch insbesondere die folgenden Fragen:

- Sind Leiharbeiter bei der Zahl der in der Regel im Betrieb Beschäftigten mitzuzählen?
- In welchem Betrieb erfolgt eine Berücksichtigung von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen?
- Was ist der maßgebliche Zeitpunkt der Entlassung bei Aufhebungsverträgen?
- Kommt es bei Arbeitnehmern, für deren Kündigung ein behördliches Verfahren erforderlich ist (außerhalb der Elternzeit), für den Zeitpunkt der Entlassung auf den Zeitpunkt der Antragstellung bei der Behörde an?
- Liegt bei Wechsel in eine Transfergesellschaft eine Entlassung vor?
- Darf der Arbeitgeber vor Abschluss des Konsultationsverfahrens unumkehrbare Maßnahmen wie unwiderrufliche Freistellungen durchführen?
- Welche Angaben muss der Arbeitgeber hinsichtlich der Berufsgruppen im Einzelnen machen und bestehen insoweit Unterschiede zwischen dem Konsultationsverfahren und der MEA?
- Genügt eine abstrakte Benennung der Auswahlkriterien für die zu entlassenden Arbeitnehmer oder sind Angaben zur konkreten Durchführung der Auswahl erforderlich?
- Führen geringfügige Fehler im Konsultationsverfahren zu dessen Fehlerhaftigkeit im Ganzen?
- Haben Arbeitgeber dem Betriebsrat zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei anderen Unternehmen Auskunft zu erteilen?

¹²⁷ BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 77, BB 2023, 243 Ls. m.w.N.

¹²⁸ BAG, 19.5.2022 – 2 AZR 467/21, ZfR 2022, 756, anders noch: LAG Hessen, 18.6.2021 – 14 Sa 1228/20, BeckRS 2021, 55301, dazu Hotze, BB 2022, 63.

¹²⁹ BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 79 ff., BB 2023, 243 Ls.

¹³⁰ BAG, 8.11.2022 – 6 AZR 15/22, NZA 2023, 166, Rn. 79, BB 2023, 243 Ls.

¹³¹ BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006, Rn. 111, BB 2020, 1651 Ls.

- Wie ist der Sitz des Betriebs zu bestimmen, wenn sich die Betriebsleitung auf mehrere Zuständigkeitsbezirke der AfA erstreckt?
- Wie bestimmt sich eine nur marginale Abweichung bei der Zahl der zu Entlassenden?
- Ist auch eine Zuleitung der Unterrichtung des Betriebsrats an die AfA wenige Tage nach der Unterrichtung des Betriebsrats ausreichend?
- Führt die fehlende oder verspätete Zuleitung der Unterrichtung des Betriebsrats an die AfA zur Unwirksamkeit der Entlassungen?
- Wann und unter welchen Voraussetzungen sind Sammelanzeigen zulässig?

Beatrice Christin Hotze, RAin/FAinArbR, Senior Associate bei Allen & Overy LLP (München), berät nationale und internationale Unternehmen in allen Angelegenheiten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, wobei sie über besondere Erfahrung im Zusammenhang mit Reorganisationen, Umstrukturierungen und Betriebsübergängen verfügt.



Dr. Felicia von Grundherr, RAin, Associate bei Allen & Overy LLP (München), berät nationale und internationale Unternehmen in allen Angelegenheiten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



Dipl.-Jur. Luisa Lorenz

Wegfall der Meldeobligenheit – Kein Ruhen des Krankengeldanspruchs im eAU-Verfahren

– Anmerkung zu LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16.11.2022 – L 10 KR 245/22
BBL2023-827-1

Wird die Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten nicht oder nur verspätet an die Krankenkasse gemeldet, weil ein Vertragsarzt entgegen seiner Pflicht aus § 295 SGB V nicht am elektronischen Verfahren (eAU-Verfahren) teilnimmt, ist zu klären, in wessen Verantwortungsbereich eine solche unterbliebene respektive verzögerte Meldung einer festgestellten Arbeitsunfähigkeit liegt – in dem des betreffenden Versicherten oder in dem der Krankenkasse? Eine Frage, die bereits wegen § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V, der ein Ruhen des Krankengeldanspruchs anordnet, solange die Arbeitsunfähigkeit der Krankenkasse nicht gemeldet ist, enorme Praxisrelevanz hat, und deren Beantwortung außerdem eine Entscheidung darüber erfordert, ob eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung der Vertragsärzte zur Datenübermittlung – hier ab dem 1.1.2021 – durch eine „Übergangsvereinbarung“ der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und des GKV-Spitzenverbandes zulasten der Versicherten als Dritter aufgeschoben werden konnte.

I. Das Problem

Die Einführung einer elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU-Bescheinigung) ist wiederholt angestrebt, letztlich aber erst maßgeblich im November 2019 durch das sog. Dritte Bürokratienteilungsgesetz¹ realisiert worden.² Dabei sind die Informationsverläufe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Art geändert worden, dass Vertragsärzte und Krankenkassen stärker als bisher in das nun elektronische Meldeverfahren einbezogen sind. Zum einen wurde § 5 EFZG um einen Absatz 1a ergänzt, der in seinem S. 1 bestimmt, dass § 5 Abs. 1 S. 2 bis 5 EFZG – darin normiert ist die Pflicht eines arbeits-

unfähigen Arbeitnehmers zu Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der AU sowie deren voraussichtliche Dauer – nicht für gesetzlich krankenversicherte Arbeitnehmer gilt, denn diese sind – außer in Fällen von S. 3 Nr. 1 oder Nr. 2, – nach S. 2 der Norm (nur) verpflichtet, zu den in § 5 Abs. 1 S. 2 bis 4 EFZG genannten Zeitpunkten das Bestehen einer AU sowie deren voraussichtliche Dauer feststellen und sich eine entsprechende ärztliche Bescheinigung aushändigen zu lassen. Zum anderen geändert worden ist § 295 SGB V,³ nach dessen Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. S. 10 die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen verpflichtet sind, die von ihnen festgestellten AU-Daten aufzuzeichnen und diese unter Nutzung des sicheren Übermittlungsverfahrens nach § 311 Abs. 6 SGB V über die Telematikinfrastruktur und Angabe der Diagnose unmittelbar elektronisch an die Krankenkasse zu übermitteln (außer, es handelt sich um nicht an die Telematikinfrastruktur angeschlossene Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen). Entsprechend bestimmt der ebenfalls neu gefasste § 49 Abs. 1 Nr. 5 Hs. 2 Alt. 2 SGB V, dass das in Hs. 1 angeordnete Ruhen des Krankengeldanspruchs (§ 44 SGB V), solange die AU der Krankenkasse nicht gemeldet wird, nicht gilt, wenn die AU-Daten im elektronischen Verfahren nach § 295 Abs. 1 S. 10 SGB V übermittelt werden. Die dritte relevante Änderung betrifft § 109 SGB IV, der nunmehr regelt, wie schließlich der Arbeitgeber von der festgestellten AU Kenntnis erlangt, nämlich durch selbstständigen Abruf der entspre-

¹ Drittes Gesetz zur Entlastung insb. der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie, BGBl. 2019 I 1746.

² Zum Ganzen etwa *Knorr*, NZA 2022, 1652.

³ Art. 2 Nr. 1 Terminalservice- und Versorgungsgesetz (TSVG), BGBl. 2019 I 646, 682.