

# Stolperfalle Massenentlassungsanzeige – Worauf müssen Unternehmen achten?

**Früher war die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bei betriebsbedingten Kündigungen gemäß § 102 BetrVG eine besondere Fehlerquelle für Unternehmen bei der Wirksamkeit derartiger Kündigungen. Mittlerweile hat das Thema Massenentlassungsanzeige gemäß § 17ff. KSchG aber „aufgeholt“ und bereitet dem Arbeitsrechtler genauso Kopfzerbrechen wie die vorgenannte Anhörung des Betriebsrats. Hintergrund ist, dass die Rechtsprechung die Regeln zur Massenentlassungsanzeige verschärft hat. Was sind die wesentlichen Neuerungen?**

Beabsichtigt ein Arbeitgeber in Betrieben mit mehr als regelmäßig 20 Arbeitnehmern eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb von 30 Kalendertagen zu entlassen, so ist er verpflichtet, zuvor der Arbeitsagentur eine Anzeige gemäß § 17 KSchG zu erstatten. Unterlässt er dies, sind sämtliche anzeigerelevante Kündigungen automatisch gemäß § 134 BGB unwirksam. Etwaige andere Unwirksamkeitsgründe sind dann nicht mehr zu prüfen. Auch wenn die Arbeitsagentur bestätigt, dass die Anzeige vollständig eingegangen ist, kann der Arbeitnehmer die Wirksamkeit der Anzeige innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung gemäß § 4 KSchG durch Einlegung einer Kündigungsschutzklage gerichtlich überprüfen lassen. Maßgeblich ist im Rechtssinne letzten Endes daher die Sichtweise des Arbeitsgerichts, nicht der Arbeitsagentur.

## Wer zählt mit?

Bei der Berechnung der Gesamtzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer zählt ein Fremdgeschäftsführer mit. Sofern beispielsweise der Betrieb regelmäßig 20 Arbeitnehmer und einen Fremdgeschäftsführer beschäftigt, ist unter Hinzurechnung des Fremdgeschäftsführers die Schwelle (mehr als 20 Arbeitnehmer) zum anzeigepflichtigen Betrieb überschritten.

Ob Leiharbeiter bei der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer mitzählen, ist in der Rechtsprechung derzeit unklar. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf ist der Auffassung, dass Leiharbeiter bei der Bestimmung der Betriebsgröße nicht berücksichtigt werden (Urteil vom 08.09.2016). Im zu entscheidenden Fall führte dies dazu, dass der Arbeitgeber im Rechtssinne nicht mehr als 120 Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt hat, was bei 12 ausgesprochenen Kündigungen zu einer Anzeigepflicht geführt hat. Der Betrieb gehörte zur Kategorie des § 17 Abs.1 Nr.2 KSchG, wonach in Betrieben zwischen 60 und 499 Arbeitnehmern zehn Prozent der Beschäftigten oder mehr als

25 Arbeitnehmer entlassen werden müssen, um der Anzeigepflicht zu unterliegen.

Da der Arbeitgeber in jenem Fall die Anzeige nicht durchgeführt hatte, waren die Kündigungen lt. LAG Düsseldorf allesamt unwirksam. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat diese Rechtsfrage jedoch im Revisionsverfahren mit Beschluss vom 16.11.2017 dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt, da § 17 KSchG der Umsetzung einer europäischen Richtlinie dient. Bis zur endgültigen höchstrichterlichen Klärung kann daher den Unternehmen nur angeraten werden, im Zweifel eine Anzeige zu stellen.

Grundsätzlich ist unter „Entlassung“ bereits der Zugang (nicht das Wirksamwerden) einer Kündigung zu verstehen. Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist Entlassung i.S.d. § 17 KSchG jedoch bereits der Eingang des Antrags auf Zulässigserklärung der Kündigung bei der zuständigen Behörde gemäß § 18 BEEG. Hintergrund dieser Sichtweise ist, dass Arbeitnehmern in Elternzeit erst gekündigt werden kann, wenn die zuständige Behörde die Kündigung für zulässig erklärt hat. Da die behördliche Erklärung über die Zulässigkeit der geplanten Kündigung regelmäßig erst nach mehr als 30 Kalendertagen seit Antragstellung auf Zulässigserklärung der Kündigung ergeht, ist die erste Kündigungswelle im Betrieb bereits erfolgt.

Der Arbeitgeber könnte dann auf die Idee kommen, dass die dann auszusprechende Kündigung nicht mehr als Massenentlassung i.S.d. § 17 KSchG gilt, da dann das Quorum innerhalb von 30 Tagen neu gezählt werden muss. Hierin sieht die Rechtsprechung aber eine Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs.1 GG, da damit Arbeitnehmer in Elternzeit dem Schutz der Massenentlassungsvorschriften des § 17 KSchG entzogen werden (BAG, Urteil vom 26.01.2017 mit Hinweis auf BVerfG). Daher ist Unternehmen zur Vermeidung der Unwirksamkeit einer Kündigung dringend zu raten, alle Arbeitnehmer mit gesetzlichem Sonderkündigungsschutz (z. B. Mütter, Elternzeitler, schwerbehinderte Menschen) bereits in das

Anzeigeverfahren aufzunehmen, selbst wenn die Kündigung – nach Erteilung der Zulässigerklärung oder Zustimmung durch die Behörden – später erfolgt.

### Stolperfälle innerbetriebliches Konsultationsverfahren

Von der Anzeige bei der Arbeitsagentur gemäß § 17 Abs. 3 KSchG ist das vorgeschaltete innerbetriebliche Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat (BR) gem. § 17 Abs. 2 KSchG zu unterscheiden. Beide Verfahren unterliegen eigenen Prüfungsvoraussetzungen und müssen prozessual gesehen im Kündigungsschutzprozess vom Arbeitnehmer separat gerügt werden (BAG, Urteil vom 20.01.2016). Hiernach ist der Betriebsrat über die in § 17 Abs. 2 KSchG aufgelisteten Punkte schriftlich zu unterrichten. Hierbei handelt es sich um:

- die Gründe für die geplanten Entlassungen,
- die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer [Anmerkung: Die „Berufsgruppen“ dürfen nicht mit sozialauswahlrelevanten Vergleichsgruppen gemäß § 1 Abs. 3 KSchG verwechselt werden.],
- die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
- den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
- die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sowie
- die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.

Nach der vorgenannten Konsultation bzw. Unterrichtung haben Arbeitgeber und Betriebsrat insbesondere die Möglichkeit zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern. In der Praxis sind dem Konsultationsverfahren aber bereits Interessenausgleichsverhandlungen vorangegangen, sodass die Betriebsparteien im Rahmen des Konsultationsverfahrens in der Regel gar nicht mehr (ernsthaft) verhandeln.

Eine Verhandlungsmindstdauer ist indes auch nicht vorgesehen (BAG, Urteil vom 22.09.2016, Az. 2 AZR 276/16). Das Konsultationsverfahren ist beendet, wenn der Arbeitgeber annehmen darf, es bestehe kein Ansatz mehr für weitere Verhandlungen. Dem Arbeitgeber kommt hier eine Beurteilungskompetenz zu, solange er alle erforderlichen Informationen an den Betriebsrat schriftlich übermittelt hat (s.o.).

Die sicherste Alternative für das Unternehmen ist, dass die Betriebsparteien im Anschluss an das Konsultationsverfahren einen Interessenausgleich mit Namensliste unterzeichnen,

da dieser gemäß § 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG bzw. § 125 Abs. 2 InsO kraft Gesetz als Stellungnahme des Betriebsrates zum Konsultationsverfahren gilt. Diese Stellungnahme wiederum ist zwingend der Arbeitsagentur im Rahmen der Anzeige gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG beizufügen.

Wird von den Betriebsparteien kein Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen, ist darauf zu achten, dass die (abschließende) Stellungnahme des Betriebsrates anders manifestiert wird, z. B. durch gesonderte Erklärung im Interessenausgleich oder durch gesondertes Schreiben des Betriebsrates an den Arbeitgeber.

Wichtig ist, dass klar erkennbar ist, dass es sich um eine Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG und nicht etwa um eine Stellungnahme im Zusammenhang mit dem „allgemeinen“ Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG oder sonstigen Beteiligungstatbeständen handelt. Am besten wird dies in der Stellungnahme mit den entsprechenden Überschriften und Paragraphen versehen.

Es ist durchaus möglich, das Konsultationsverfahren, die Stellungnahme des Betriebsrates und die Massenentlassungsanzeige allesamt an einem Tag zu erledigen, was bisweilen zum Monatsende vorkommt. „Spielt“ der Betriebsrat mit, ist allerdings dringend darauf zu achten, dass die jeweiligen Uhrzeiten der innerbetrieblichen Konsultation, Stellungnahme und sodann Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur schriftlich dokumentiert werden.

So kann qua Urkundsbeweis in einem etwaigen Kündigungsschutzverfahren arbeitgeberseits nachgewiesen werden, dass die „Choreographie“ eingehalten wurde. Wird hier unsauber gearbeitet, reißt jedoch am Ende die gesamte Kündigungskette.

#### Jürgen Bödiger

Rechtsanwalt  
 Fachanwalt für Arbeitsrecht  
 Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte |  
 Steuerberater  
 Schwerpunkte: Kollektives Arbeitsrecht,  
 Individualarbeitsrecht, Prozessführung

Tel. 0211-82 89 77 200  
 juergen.boediger@buchalik-broemmekamp.de

