

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 19

Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz

Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung
von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz
in das Massenentlassungsverfahren

Von

Daniel Mazurek



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL MAZUREK

Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 19

Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz

Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung
von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz
in das Massenentlassungsverfahren

Von

Daniel Mazurek



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-19090-4 (Print)
ISBN 978-3-428-59090-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie ist hauptsächlich während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (IDEAS) der Universität zu Köln entstanden. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 30. September 2023 berücksichtigt.

Mein tief empfundener Dank gebührt meinem akademischen Lehrer und Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis. Er hat mich seit meiner Zeit als studentische Hilfskraft am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht durch sein Vertrauen sowie seine motivierende, gutherzige Art bestärkt und in besonderem Maß gefördert. Nicht zuletzt hat er in mir das Interesse am Arbeitsrecht geweckt und meinen Werdegang als auch meine juristische Arbeitsweise durch die gemeinsame Zeit an seinem Institut entscheidend geprägt.

Herrn Professor Dr. Christian Rolfs danke ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die freundliche Aufnahme und schöne Zeit sowie Zusammenarbeit nach seiner Übernahme des Instituts für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht.

Dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbands für die deutsche Wissenschaft danke ich für die großzügige finanzielle und fachliche Unterstützung bei der Anfertigung der Dissertation durch die Vergabe des Promotionsstipendiums.

Meinen früheren und aktuellen Kolleginnen und Kollegen am Institut danke ich herzlichst für die ständige angenehme Atmosphäre, die weit über das berufliche hinausging und geht. Insbesondere möchte ich Felix Buchwald und Matthias Sendner für gewinnbringende Diskussionen und ihren unterstützenden Zuspruch danken. Zudem möchte ich Professor Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) für wertvolle Diskussionen zu Beginn des Dissertationsprojekts sowie für die Möglichkeit danken, mich an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht der Leibniz Universität Hannover weiterhin an der wissenschaftlichen Arbeit beteiligen zu können.

Besonderer Dank gebührt außerdem meiner Lebensgefährtin, Kira Braun. Ohne ihre Geduld und Unterstützung sowohl bei der Korrektur als auch in

den Höhen und Tiefen der Promotionszeit jeglicher Art, wäre die Entstehung der Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen.

Mein letzter Dank gilt meiner Familie. Meiner Schwester, Dominika Rosenberg, möchte ich danken, dass sie mir stets zur Seite stand und mich auf meinem Weg immerzu begleitet hat. Mein größter Dank gilt meinen Eltern, Katharina und Michael Mazurek, die mir nicht nur meine Ausbildung selbst, sondern gerade auch die Promotion durch ihre Unterstützung überhaupt erst ermöglicht haben. Dass ich diese Arbeit schreiben konnte, verdanke ich alleine ihrem Rückhalt, ihrem endlosen Vertrauen sowie der stetigen Gewissheit, dass sie mich in allen Lebensphasen immer bedingungslos unterstützen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Oktober 2023

Daniel Mazurek

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einleitung 27

- A. Einführung 27
- B. Anlass der Untersuchung 30
- C. Gang der Untersuchung 34

Kapitel 2

Grundlagen des Massenentlassungsrechts 36

- A. Begriffsbestimmung und Regelungsanlass 36
- B. Entstehungsgeschichte des Massenentlassungsrechts 38
- C. Konzeption und jüngster Wandel des nationalen Massenentlassungsrechts 55

Kapitel 3

Die Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren 92

- A. Berücksichtigung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz im
Massenentlassungstatbestand 92
- B. Der Entlassungsbegriff in der bisherigen Rechtsprechung 111
- C. Rechtliche Revision des national erweiterten Entlassungsbegriffs 129
- D. Ergebnis und Folgefragen 249

Kapitel 4

Praktische Konsequenzen der Ausweitung des Entlassungsbegriffs 251

- A. Verfahrensrechtliche Bindung der Arbeitsgerichtsbarkeit 252
- B. Reichweite der verfassungskonformen Ausweitung des Entlassungsbegriffs 257
- C. Resultierende Rechtsfragen für das Massenentlassungsverfahren 285
- D. Bilanz der Konsequenzen 299

Kapitel 5

Schlussthesen	301
A. Thesen des 2. Kapitels.....	302
B. Thesen des 3. Kapitels.....	303
C. Thesen des 4. Kapitels.....	309
Literaturverzeichnis	312
Stichwortverzeichnis	337

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung 27

A. Einführung	27
B. Anlass der Untersuchung	30
I. Zugrundeliegender Sachverhalt	31
II. Entscheidungen des BAG und des BVerfG im Überblick	32
III. Problemstellung	32
C. Gang der Untersuchung	34

Kapitel 2

Grundlagen des Massenentlassungsrechts 36

A. Begriffsbestimmung und Regelungsanlass	36
I. „Massenentlassung“ und „Massenentlassungsrecht“	36
II. Regelungsanlass – Interessenlage bei Massenentlassungen	37
B. Entstehungsgeschichte des Massenentlassungsrechts	38
I. Nationale Gesetzgebungsentwicklung	39
1. Weimarer Republik als Ausgangspunkt der gesetzlichen Regulie- rung	39
a) Demobilmachungsverordnung	40
b) Erste Modifikationen durch die Betriebsstilllegungsverordnung	41
2. Die Weltwirtschaftskrise 1923 und das Bedürfnis nach einem neuen Massenentlassungsschutz	42
3. Reichseinheitliches Arbeitsrecht durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit	43
4. Der Weg zu einem bundeseinheitlichen Massenentlassungsrecht ...	44
a) Zersplitterung des Massenentlassungsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg	44
b) Vereinheitlichung des Massenentlassungsschutzes	45
c) Formale Änderungen unter Stillstand des materiellen Gehalts ..	46
d) Neuer Impuls durch den Europäischen Gesetzgeber	47
aa) Das Zweite Gesetz zur Änderung des KSchG	47
bb) Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das europäi- sche Recht	48

e) Schlafender Gesetzgeber	49
5. Zwischenergebnis	50
II. Europäische Gesetzgebungsentwicklung	50
1. AKZO-Konzern als „Startschuss“ des europäischen Massenentlassungsrechts	51
2. Massenentlassungs-Änderungsrichtlinie	52
3. ME-RL	53
4. Öffnung der ME-RL für Betriebe der Schifffahrt	54
III. Zwischenfazit	54
C. Konzeption und jüngster Wandel des nationalen Massenentlassungsrechts	55
I. Zielsetzung des europäischen Massenentlassungsrechts	55
1. Arbeitnehmerschutz und wettbewerbsmotivierte Harmonisierung	56
2. Begrenzte Bedeutung arbeitsmarktpolitischer Ziele?	57
II. Traditioneller Zweck des deutschen Massenentlassungsrechts	59
1. Fokussierung auf arbeitsmarktpolitische Ziele	60
2. Keine Berücksichtigung von Individualinteressen der Arbeitnehmer?	61
III. Wandel durch Umsetzung des europäischen Massenentlassungsrechts	62
1. Grundlagen der Richtlinienwirkung	62
a) Verbindlichkeit ohne unmittelbare Wirkung	62
b) Mitgliedstaaten als Adressaten der Umsetzungspflicht	63
c) Umsetzungsmöglichkeiten	64
2. Umsetzung der Richtlinien im deutschen Recht	64
a) Vorläufige Umsetzungsschwierigkeiten auf nationaler Ebene	65
aa) Vergeblicher Ruf nach dem Gesetzgeber	65
bb) Richtlinienkonforme Auslegung als methodischer Motor des Umsetzungsprozesses?	66
cc) Die „Junk“-Entscheidung als Wendepunkt	67
b) Arbeitnehmerschutz als neuer Schwerpunkt des Massenentlassungsrechts	68
aa) Methodologische Sperre durch den Willen des nationalen Gesetzgebers?	69
bb) Vorrang des Arbeitnehmerschutzes im Wege richtlinienkonformer Auslegung	71
(1) Ambivalenz zwischen arbeitsmarktpolitischer und arbeitnehmerschützender Zielsetzung	72
(2) Überwindung des Konzeptunterschiedes	73
cc) Ausprägung des Arbeitnehmerschutzes anhand ausgewählter Aspekte des nationalen Massenentlassungsrechts	74
(1) Arbeitnehmerschutz im Anzeigeverfahren nach § 17 Abs. 1 KSchG – Entgegenstehen des öffentlich-rechtlichen Charakters?	74
(2) Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen im Rahmen des Konsultationsverfahrens	76

Inhaltsverzeichnis	13
(3) Unwirksamkeitsrechtsfolge der Kündigung als Ausprägung des Arbeitnehmerschutzes	79
(4) Weiterentwicklung des Arbeitsmarktes – Bestandsaufnahme der Rechtswirklichkeit im Massenentlassungsrecht	81
c) Zwischenergebnis	85
3. Arbeitnehmerschutz ohne Individualschutz?	85
a) Gesamtheitlicher Arbeitnehmerschutz nach Mauthner	85
b) Stellungnahme	86
IV. Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung	90

Kapitel 3

Die Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren	92
A. Berücksichtigung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz im Massenentlassungstatbestand	92
I. Verhältnis von Massenentlassungs- und Sonderkündigungsschutz	92
1. Grundprinzipien des Kündigungsschutzrechts	93
2. Verhältnis zum allgemeinen Kündigungsschutz	95
3. Verhältnis zum besonderen Kündigungsschutz	98
4. Zwischenergebnis	99
II. Ausschluss durch den rechtlichen Rahmen des Massenentlassungsrechts?	100
1. Vorliegen einer „Massenentlassung“ – sachlicher Anwendungsbereich	100
2. Persönlicher Anwendungsbereich	102
3. Zwischenergebnis	103
III. Faktischer Ausschluss durch strikte Anwendung der §§ 17 ff. KSchG	103
IV. Anpassungsmöglichkeiten des Anwendungsbereichs	107
1. Anpassung der 30-Tages-Frist	107
a) Ausdehnungsmöglichkeit der 30-Tages-Frist?	107
b) Grenzen der Ausdehnung	108
aa) Wortlaut als Grenze	108
bb) Gesetzgeberische Intention	108
c) Zwischenergebnis: Ausdehnungsuntauglichkeit der 30-Tages-Frist	109
2. Anpassung des Anknüpfungspunktes – der Entlassungsbegriff	110
V. Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung	111
B. Der Entlassungsbegriff in der bisherigen Rechtsprechung	111
I. Ursprüngliche Auslegung durch das BAG	111
II. Entlassungsbegriff nach „Junk“	112

1. Vorgaben der ME-RL	112
2. Klarstellung durch den EuGH in der Sache „Junk“	113
3. Berücksichtigung in der Rechtsprechung des BAG	115
III. Konkretisierung des Entlassungsbegriffs durch den EuGH	116
1. Einseitige Vertragsänderung und Änderungskündigung	116
2. Vertragsaufhebung als zwingende Voraussetzung?	118
3. Zwischenergebnis	119
IV. Maximen der Auslegungsergebnisse	120
V. Zwischenergebnis	122
VI. Nationale Erweiterung des Entlassungsbegriffs in der Rechtsprechung	122
1. BAG v. 25.4.2013 – 6 AZR 49/12	122
a) Entscheidungsgründe	123
b) Zwischenergebnis: Keine Sonderbehandlung bei Sonderkündigungsschutz	124
2. Urteilsverfassungsbeschwerde beim BVerfG v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13	124
a) Entscheidungsgründe	124
aa) Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	125
bb) Mittelbare geschlechtsspezifische Diskriminierung, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	126
cc) Lösung: Verfassungskonforme Auslegung	126
b) Zwischenergebnis: Neudefinition des Entlassungsbegriffs	127
3. BAG v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16	127
a) Entscheidungsgründe	127
b) Zwischenergebnis: Zustimmung und Kritik des BAG	128
VII. Fazit	129
C. Rechtliche Revision des national erweiterten Entlassungsbegriffs	129
I. Unionsrechtskonformität des Vorgehens	130
1. Zuständigkeit für die Auslegung im unionsrechtsdeterminierten Bereich	132
a) Grundsatz der autonomen Auslegung des Unionsrechts	132
b) Zuständigkeit des EuGH für die autoritative Auslegung des Unionsrechts	133
aa) Verteilung der autoritativen Auslegungskompetenz bei Richtlinien	134
bb) Verteilung der Auslegungskompetenzen im Massenentlassungsrecht	135
cc) Zwischenergebnis	137
c) Ausnahmen im Bereich günstigerer Umsetzungsregelungen	137
aa) Überschießende Richtlinienumsetzung und inhaltliche Übererfüllung	138
(1) Überschießende Richtlinienumsetzung und deren auslegungstechnischen Folgen	139

(2) Inhaltliche Übererfüllung	140
bb) Anwendung auf den Untersuchungsgegenstand	141
cc) Auslegungskompetenz vermittelt durch die Öffnungsklausel des Art. 5 ME-RL?	141
(1) Typisierung und Legitimation von Öffnungsklauseln arbeitsrechtlicher Richtlinien	142
(a) Nationale Legitimation der Rechtssetzungskompe- tenz im unionsrechtlichen Gewand	143
(b) Klarstellungs- und Präzisierungsfunktion von Öffnungsklauseln	144
(2) Begriff der „Mitgliedstaaten“ i. S. d. Art. 5 ME-RL	145
(a) Wortlautargument	145
(b) Keine Indikation durch Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten	146
(c) Bestätigung durch primärrechtliche Vorgabe des Art. 153 Abs. 4 AEUV	147
(d) Gewaltenteilung als folgenorientiertes Argument ..	148
(3) Vorlagepflicht bezüglich Art. 5 ME-RL?	149
(a) Grundlagen der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV	149
(b) Acte clair durch primärrechtliche Vorzeichnung des Kompetenzgefüges	151
(c) Zwischenfazit: Nicht verpflichtende Chance zur Klarstellung	152
dd) Zwischenergebnis	153
d) Zwischenfazit: Auslegungszuständigkeit im unionsrechtsdetermi- nierten Bereich	153
2. Grundrechtlicher Auslegungsmaßstab im europäischen Mehrebenen- system	154
a) Überprüfung von Umsetzungsgesetzen an der nationalen Verfas- sung?	155
aa) Anwendungsbereich der Grundrechtecharta	156
(1) „Durchführung von Unionsrecht“, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC	156
(2) Übertragung auf das Massenentlassungsrecht	157
bb) Nationaler und europäischer Grundrechtsschutz im Anwen- dungsbereich des Unionsrechts	158
(1) Geltungsgrund des Anwendungsvorrangs	158
(a) Europarechtliche Theorie des EuGH	159
(b) Theorie der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des BVerfG	160
(c) Auflösung der unterschiedlichen Konzeptionen ...	161
(2) Verfassungsrechtliche Ausnahmen als Konsequenz divergierender Herleitung	162

(a)	Grundrechtskontrolle	162
(b)	Ultra-vires-Kontrolle	163
(c)	Verfassungsidentität	163
(3)	Übertragung auf die Fallkonstellation	164
cc)	Doppelte Grundrechtsbindung im mindestharmonisierenden Bereich – Verdrängung des Anwendungsvorrangs?	165
(1)	Differenzierung zwischen Vollharmonisierung und Mindestharmonisierung	165
(2)	Analyse der ME-RL hinsichtlich Umsetzungsspielräume beim Entlassungsbegriff	167
(a)	Doppelstufiges Prüfungsprogramm des Determinierungsgrads	167
(b)	Determinierungsgrad der ME-RL im Allgemeinen	168
(c)	Determinierungsgrad des Tatbestands der Massentlassung	169
(3)	Zwischenergebnis	170
dd)	Zwischenfazit	170
b)	Abweichung aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 5 ME-RL ..	170
aa)	Maßgeblichkeit der nationalen Verfassung im Bereich günstigerer Regelungen	172
(1)	Normative Vorgabe des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC	172
(2)	Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	174
(3)	Zwischenergebnis und Übertragung auf die verfassungskonforme Auslegung	176
bb)	Vorliegen einer tatsächlich günstigeren Regelung	177
(1)	Schutzrichtung des Günstigkeitsbegriffs des Art. 5 ME-RL	178
(2)	Inhalt des Günstigkeitsbegriffs – Verbot einer ambivalenten Regelung	178
(3)	Günstigkeitsvergleich als Prüfungsmechanismus	179
(4)	Günstigkeit des verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriffs	180
cc)	Immanente Schranken durch das Gebot des „effet utile“ ..	182
(1)	Ausgestaltung der immanenten Schranken im Massentlassungsrecht	183
(2)	Wahrung der Grenzen durch den verfassungskonform erweiterten Entlassungsbegriff?	185
c)	Zwischenergebnis	186
3.	Allgemeine Prinzipien von Öffnungsklauseln – Abstrahierung der gewonnenen Erkenntnisse	186
4.	Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung	187
II.	Zulässige Ausübung nationaler Rechtsmethoden	188
1.	Wahl der „zutreffenden“ methodischen Grundlage	188

a) Die verfassungsorientierte Interpretation als einschlägiger Lösungsmechanismus?	189
b) Zwischenergebnis	191
2. Die verfassungskonforme Auslegung	191
a) Grundlagen	192
b) Prinzip der Normerhaltung als Legitimation und Pflicht	193
c) Anwendung der verfassungskonformen Auslegung auf den Entlassungsbegriff des § 17 Abs. 1 KSchG	193
d) Verfassungswidrigkeit des „klassischen“ Entlassungsbegriffs ...	195
aa) Notwendigkeit eines Verstoßes gegen spezifisches Verfas- sungsrecht	195
bb) Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	196
(1) Anwendbarkeit neben den speziellen Gleichheitssätzen	197
(2) Vergleichsgruppenbildung	199
(3) Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern mit behörd- lichem Sonderkündigungsschutz	201
(a) Benachteiligung auf tatbestandlicher Ebene	201
(b) Faktische Benachteiligung durch „Herausfallen“ aus dem Anzeige- und Konsultationsverfahren?	202
(c) Faktische Berücksichtigung durch ex-ante-Beurtei- lung des Arbeitgebers	204
(d) Fehlerhaftes Verständnis des BVerfG	206
(e) Benachteiligung auf Rechtsfolgenebene	207
(4) Zwischenfazit: Kritik und Zustimmung	209
cc) Geschlechterspezifische Diskriminierung, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	209
(1) Verbot mittelbarer geschlechterspezifischer Diskriminie- rung?	210
(2) Überwiegende Betroffenheit eines Geschlechts	213
(3) Elternzeit als Anknüpfungspunkt für die mittelbare Benachteiligung	216
(a) Zustand zum Zeitpunkt der Entscheidung	217
(b) Dynamisches Wesen des Verbots mittelbarer Benachteiligung	217
(4) Strukturgleichheit zu Art. 3 Abs. 1 GG: Erhebliche Nachteile als Unterfall der Ungleichbehandlung	218
(5) Zwischenfazit: Methodisch haltbare Realisierung von Geschlechtergerechtigkeit	219
dd) Gerechtfertigte Differenzierung aufgrund des Entlassungs- begriffs	220
(1) Einheitliche Überprüfung	221
(2) Gleichheitsrechtlicher Rechtfertigungsmaßstab	222
(a) Grundkonzept zwischen Willkür- und Verhältnismä- ßigkeitsprüfung	222

(b) Festlegung auf einen stufenlosen Maßstab	222
(3) Intensivierung des Rechtsfertigungsmaßstabs aufgrund von Art. 6 Abs. 1 GG	223
(4) Rechtfertigender Nachteilsausgleich aufgrund von § 18 Abs. 1 S. 4 BEEG?	225
(a) Schutzkonzept des elternzeitrechtlichen Kündigungsschutzes im Vergleich	226
(b) Zwischenfazit: Keine Differenzierung anhand der unternehmerischen Maßnahme	227
(5) Abwägung anhand des aufgestellten Rechtfertigungsmaßstabs	228
(a) Geeignetheit und Erforderlichkeit des Differenzierungsmittels „Massenentlassungszusammenhang“	229
(b) Entzug individualschützender Position des Arbeitnehmers	231
(c) Keine Indikation einer Korrektur durch Art. 12 Abs. 1 GG	232
(d) Mangelndes massenentlassungsrechtliches Schutzbedürfnis	234
(e) Keine massenentlassungsrechtliche Willkürlichkeit des Ausschlusses	237
e) Zwischenfazit: Keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit	238
3. Überschreitung methodischer Grenzen	239
a) Überschreitung der Grenzen verfassungskonformer Auslegung	239
aa) Wortlautgrenze des Entlassungsbegriffs	240
bb) Prinzipielle Zielsetzung	241
b) Überschreitung der Grenzen verfassungskonformer Rechtsfortbildung	242
4. Zwischenergebnis und Kritik des BVerfG	243
III. Lösung de lege ferenda: Anpassung der Verwaltungsvorschriften zum BEEG	244
1. Kündigungsschutz des § 18 Abs. 1 S. 4 BEEG als Anpassungsgegenstand	244
2. Anpassung des inhaltlichen Prüfungsmaßstabs nach § 18 Abs. 1 S. 4 BEEG	245
3. Schaffung von Entscheidungsfristen	246
4. Zustimmungserklärung unter Vorbehalt	247
5. Zwischenfazit	248
D. Ergebnis und Folgefragen	249

Kapitel 4

Praktische Konsequenzen der Ausweitung des Entlassungsbegriffs	251
A. Verfahrensrechtliche Bindung der Arbeitsgerichtsbarkeit	252

I.	Grundsätzliche Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG ...	252
II.	Umfang der Bindungswirkung	253
1.	Rechtlicher Umfang der Bindungswirkung	253
2.	Faktische Bindung bei verfassungskonformer Auslegung?	254
III.	Ausweg oder unerschütterliches Präjudiz?	255
1.	Eigenmächtige Änderungen der Rechtsprechung durch einzelne Senate	255
2.	Möglichkeit der Selbstkorrektur durch das BVerfG	256
IV.	Zwischenergebnis und Folgen für die Praxis	257
B.	Reichweite der verfassungskonformen Ausweitung des Entlassungsbegriffs	257
I.	Unklarheiten durch einzelfallspezifische Argumentation des BVerfG ..	258
II.	Erfordernis des fehlenden „gleichwertigen Schutzes“	259
III.	Umfasste Arten von Massenentlassungen	260
1.	Beschränkung auf Massenentlassungen im Rahmen von Betriebs- schließungen?	260
2.	Ausweitung auf jegliche unternehmerische Durchführung von Massenentlassungen?	261
3.	Keine Pauschalität der Übertragbarkeit	262
IV.	Umfasste Formen des Sonderkündigungsschutzes	262
1.	Beschränkung auf präventive Kündigungsverbote unter behörd- lichem Erlaubnisvorbehalt	263
2.	Übertragbarkeit auf § 18 Abs. 1 S. 4 BEEG	264
a)	Keine Beschränkung des Vergleichsmaßstabs auf die Regelhaf- tigkeit der Kündigungszustimmung	265
b)	Höherer Schutz des BEEG bei Massenentlassungen ohne Be- triebsschließung	266
aa)	Sonstige Fälle regelhafter Zustimmung	266
bb)	Ausgeschlossene Fälle regelhafter Zustimmung	267
cc)	Abstrakter Vergleich der Schutzniveaus	268
c)	Zwischenergebnis	270
3.	Übertragbarkeit auf § 5 Abs. 2 PflegeZG und § 2 Abs. 3 FPfZG ...	271
a)	Vergleichbarkeit des Kündigungsschutzes nach § 18 Abs. 1 S. 4 BEEG und § 5 Abs. 2 S. 1 PflegeZG	271
b)	Schutzidentität aufgrund des Verweises nach § 2 Abs. 3 FPfZG	272
c)	Vergleichbares verfassungsrechtliches Schutzbedürfnis	273
4.	Übertragbarkeit auf § 17 Abs. 2 S. 1 MuSchG	273
a)	Ausschluss wegen des Charakters als kündigungsvorbereitende Maßnahme?	274
b)	Begrenzte Belastbarkeit der VwV-BEEG zur Regelhaftigkeit der Zulässigkeitserklärung	275
c)	Abstrakter Vergleich der Schutzniveaus	277
d)	Vergleichbares verfassungsrechtliches Schutzbedürfnis	278
e)	Zwischenergebnis	279

5. Übertragbarkeit auf § 168 SGB IX	279
a) Keine Regelmäßigkeit der Zustimmungserklärung	279
b) Vergleich der Schutzniveaus auf Grundlage der Ermessenseinschränkungen nach §§ 171, 173 SGB IX	280
c) Fehlende verfassungsrechtliche Notwendigkeit?	282
d) Zwischenergebnis	283
V. Umfasste Arten der Entlassung	284
VI. Zwischenfazit: Fragmentarische Übertragbarkeit	285
C. Resultierende Rechtsfragen für das Massenentlassungsverfahren	285
I. Massenentlassungsschutz bei behördlicher Antragsstellung außerhalb des 30-Tage-Zeitraums	286
1. Auslösen des Massenentlassungsschutzes durch Hinzurechnung eines Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz	286
2. Keine Unzulässigkeit absichtlicher Staffelung von Kündigungen? ..	287
a) Staffelung der Kündigungen	288
b) Staffelung der Zustimmungsanträge	289
II. Behandlung des Entlassungsbegriffs bei Massenentlassungen in mehreren Wellen	292
1. Keine Doppelberücksichtigung	292
2. Zweistufige Prüfung als Lösung	294
3. Zwischenergebnis	296
III. Herausfallen der behördlichen Zustimmung aus der Freifrist des § 18 Abs. 4 KSchG	297
D. Bilanz der Konsequenzen	299

Kapitel 5

Schlussthesen	301
A. Thesen des 2. Kapitels	302
B. Thesen des 3. Kapitels	303
C. Thesen des 4. Kapitels	309
Literaturverzeichnis	312
Stichwortverzeichnis	337

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Auffassung
ABl.	Amtsblatt
ABl. AHK	Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission in Deutschland
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union
ABl. KR	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
ArbAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbRB	Der Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRG	Betriebsrätegesetz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
CONV	Dokument des Europäischen Konvent
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DB-Beil.	Der Betrieb Beilage (Zeitschrift)
ECLR	European Constitutional Law Review (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Review (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH-VerfO	Verfassungsordnung des Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende Seite/Randnummer
ff.	folgenden Seiten/Randnummern
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote

FPfZG	Familienpflegezeitgesetz
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt (EuGH)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
h. M.	herrschende(n) Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis
ILJ	Industrial Law Journal (Zeitschrift)
ILO	Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization)
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne einer/eines
i. S. v.	im Sinne von
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte
lit.	Buchstabe
LVwVfG	Landesverwaltungsverfahrensgesetz
m. Anm.	mit Anmerkung
Mot. I	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Band I Allgemeiner Teil)
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer(n)

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RsprEinhG	Rechtsprechungs-Einheitlichkeitsgesetz
RT	Rechtstheorie (Zeitschrift)
S.	Seite(n)
SGB III	Sozialgesetzbuch – SGB III: Arbeitsförderung
SGB IX	Sozialgesetzbuch – SGB IX: Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt(e)
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Ts.	Teilsatz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem/und andere
Urt.	Urteil
u. v. w.	und viele weitere
v.	von
VDDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Verf.	Verfasser
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
z. B.	zum Beispiel
ZDG	Zivildienstgesetz

ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Kapitel 1

Einleitung

A. Einführung

Das Massenentlassungsverfahren ist ein exemplarisches Beispiel dafür, wie eine nationale Regelungsmaterie des Arbeitsrechts durch europäische Richtliniensetzung und die Rechtsprechung des EuGH trotz eines schlafenden nationalen Gesetzgebers und eines starren gesetzlichen Rahmens eine völlige Neuausrichtung erfahren kann. Zugleich ist das Massenentlassungsrecht aber auch ein Exempel dafür, dass eine Mindestharmonisierung des Rechts im Wege von europäischen Richtlinien in den Mitgliedstaaten nicht immer einen schnellen und reibungslosen Prozess darstellt. Oft ergeben sich aufgrund des Schnittstellencharakters zwischen nationalem und europäischem Recht von Richtlinien bei deren nationaler Umsetzung Friktionen.¹ Hierfür ist lediglich ein kurzer Blick auf das nationale Massenentlassungsrecht und dessen Entwicklung in Deutschland zu werfen.

Die Geschichte des Massenentlassungsrechts in Deutschland reicht weit zurück. Bereits 1920 wurde das Massenentlassungsrecht in seiner rudimentären Form durch die Demobilmachungsverordnung² gesetzlich eingeführt.

¹ Als ein weiteres namhaftes Beispiel ist hier das Betriebsübergangsrecht (§ 613a BGB) anzuführen. Für einen langen Zeitraum konzentrierte sich die Rechtsprechung bei der Auslegung lediglich auf die nationalen Auslegungsmethoden unter Nichtbeachtung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts und damit der RL 77/187/EWG (ABl. EG Nr. L 61 v. 14.2.1977, S. 26 ff.), siehe *Kokott*, in: BeckOGK, § 613a BGB Rn. 35 ff.; *Winter*, in: EuArbRK, RL 2001/23/EG Vorb. Rn. 25; ausführlich hierzu *Preis/Povedano Peramato*, in: FS Willemsen 2018, S. 359; *Willemsen*, in: WHSS, Kap. G Rn. 5 ff. Damit einhergehende Friktionen waren damit unausweichlich. So bezeichnet *Winter* auch spätere Kurskorrekturen des BAG zum Betriebsübergang als Spätfolge der verzögerten Einbeziehung des europäischen Rechts, siehe *Winter*, in: EuArbRK, RL 2001/23/EG Vorb. Rn. 25. Vgl. auch *Di Fabio*, RdA 2012, 262 (265 f.), der das Spannungsfeld von nationalem Arbeitsrecht und supranationalem Recht abstrakt beleuchtet und Reibereien zwischen diesen Rechtsquellen als Folge des kooperativ verflochtenen Mehrebenensystems sieht. Zu möglichen Gründen des Versagens der Arbeitsrechtsharmonisierung *Böning*, Europäische Arbeitsrechtsangleichung, 2011, S. 223 ff.

² Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 12.2.1920, RGBl. 1920, S. 218 ff. (im Folgenden: DemobilmachungsVO).

Über mehrere Gesetzesnovellen fand das Massenentlassungsrecht letztlich seinen Platz in den heutigen §§ 17 ff. KSchG³. Doch trotz der mehrfachen Überarbeitung in der Vergangenheit wurde der nationale Massenentlassungsschutz in Deutschland für einen langen Zeitraum lediglich spärlich beachtet und ihm wurde in der Praxis nur geringe Bedeutung zugeschrieben.⁴ An der Betrachtungsweise dieser Rechtsmaterie des Kündigungsschutzrechts hat sich in Deutschland durch die ersten Vorstöße des Europäischen Gesetzgebers zunächst faktisch nichts Substanzielles geändert. Bereits seit den 1970er Jahren wurde versucht, dem Verlangen nach einem einheitlichen Massenentlassungsrecht für die Mitgliedstaaten in Form von mehreren Richtlinien nachzugehen.⁵ Letztlich ist das Vorhaben der Harmonisierung und Schaffung eines Mindeststandards des Massenentlassungsrechts in der Massenentlassungsrichtlinie RL 98/59/EG⁶ vom 20.7.1998 gemündet.⁷ Ungeachtet dieser gesetzgeberischen Anstrengungen aus Brüssel war der unionsrechtliche Massenentlassungsschutz bis Anfang 2005 im deutschen Arbeitsrecht praktisch nicht existent.⁸

³ Kündigungsschutzgesetz in der Fassung v. 25.8.1969, BGBl. I 1969, S. 1317 ff. Im Folgenden ist mit der Gesetzesangabe KSchG jeweils das KSchG 1969 gemeint.

⁴ Auf eine geringe Anzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen und lediglich oberflächliche Reflexionen verweisend *Hinrichs*, Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen, 2001, S. 16; *Mauthner*, Die Massenentlassungsrichtlinie der EG und ihre Bedeutung für das deutsche Massenentlassungsrecht, 2004, S. 47 ff. Mit einer ähnlichen retrospektiven Einschätzung *Spelge*, EuZA 2018, 67 (68).

⁵ Zunächst durch die Richtlinie 75/129/EWG des Rates v. 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG Nr. L 48 v. 22.2.1975, S. 29 ff. (im Folgenden: RL 75/129/EWG). Erhebliche Modifikationen folgten durch die Richtlinie 92/56/EWG des Rates v. 24.6.1992 zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG Nr. L 245 v. 26.8.1992, S. 3 ff. (im Folgenden: RL 92/56/EWG). Zu dieser Entwicklung näher Kap. 2, B. II.

⁶ Richtlinie 98/59/EG des Rates v. 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG Nr. L 225 v. 12.8.1998, S. 16 ff.

⁷ Zur Zielsetzung der Harmonisierung des Massenentlassungsrechts der einzelnen Mitgliedstaaten vgl. RL 98/59/EG Erwägungsgrund Nr. 7; siehe auch *Alber*, in: FS Wissmann, 2005, S. 507 (508); *Böning*, Europäische Arbeitsrechtsangleichung, 2011, S. 54; *Spelge*, in: EuArbRK, RL 98/59/EG Vorb. Rn. 5 f. Allgemein zum Harmonisierungszweck von europäischen Richtlinien siehe nur *Kocher*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 153 AEUV Rn. 67 ff.

⁸ *Spelge*, EuZA 2018, 67 (68); v. *Hoyningen-Huene/Kneip*, in: FS Wank, 2014, S. 161. So bereits in der Vergangenheit *Mauthner*, Die Massenentlassungsrichtlinie der EG und ihre Bedeutung für das deutsche Massenentlassungsrecht, 2004, S. 19; *Wißmann*, RdA 1998, 221. Zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten *Krebber*, RdA 2018, 271.

Zum Paradigmenwechsel im Massenentlassungsrecht kam es erst durch den Paukenschlag des EuGH in Form der „*Junk*“-Entscheidung⁹, in welcher der EuGH seine Gestaltungsmacht als Rechtsprechungsorgan der Union darlegte.¹⁰ In dieser Entscheidung hat der EuGH den Entlassungsbegriff endgültig als Zugang der Kündigungserklärung definiert.¹¹ Die nationale Rechtsprechung *in persona* des 2. Senates des BAG hat sich daraufhin von ihrer vorherigen Definition des Entlassungsbegriffs verabschiedet und § 17 Abs. 1 KSchG entsprechend der EuGH-Judikatur unionsrechtskonform ausgelegt.¹² Damit wurde der Startschuss des Transformierungsprozesses des Massenentlassungsverfahrens von einem zuvor ausschließlich arbeitsmarktpolitisch orientierten, hin zu einem zusätzlich arbeitnehmerschützenden Schutzsystem gesetzt.¹³

Dieser Prozess wurde infolgedessen durch Definitionen des Betriebs-¹⁴ oder Arbeitnehmerbegriffs¹⁵ der ME-RL¹⁶ weiter vorangetrieben. Erstaunlich ist, dass trotz der grundlegenden Bedeutung der EuGH-Entscheidungen für das Massenentlassungsrecht und der grundsätzlichen Bindung an das Unionsrecht bisweilen eine gesetzgeberische Reaktion auf diese supranationalen Einflüsse aussteht. Die letzte relevante gesetzgeberische Tätigkeit hinsichtlich der §§ 17 ff. KSchG, welche die Auswirkungen des Unionsrechts zu berücksichtigen versucht, ist datiert auf das Jahr 1995.¹⁷ Der Wortlaut der

⁹ EuGH Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 (*Junk*). Soweit nicht anders gekennzeichnet werden im Folgenden alle Urteile des EuGH nach der Datenbank des EuGH zitiert, vgl. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

¹⁰ Vgl. *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445; *Dornbusch/Wolff*, BB 2005, 885 (888); *Wolter*, AuR 2005, 135; *Lembke/Oberwinter*, NJW 2007, 721; *Spelge*, EuZA 2018, 67 (68); *Brams*, Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung, 2019, S. 35 f. Hierzu näher Kap. 2, C. III.

¹¹ EuGH Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 Rn. 26 ff., 31 ff. (*Junk*).

¹² St. Rspr. seit BAG Urt. v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, BAGE 117, 281; Urt. v. 13.7.2006 – 6 AZR 198/06, BAGE 119, 66; Urt. v. 26.2.2015 – 2 AZR 955/13, BAGE 151, 83; zuletzt Urt. v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, BAGE 169, 362.

¹³ Siehe *Brams*, Unionsrechtliche Impulse für das Recht der Massenentlassung, 2019, S. 35 f. Vgl. insofern auch die Rechtsprechung der letzten Jahre BAG Urt. v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47 (53 ff.); Urt. v. 27.2.2020 – 8 AZR 215/19, BAGE 170, 98 (170 f.). So schon vor der „*Junk*“-Entscheidung des EuGH *Hinrichs*, Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen, 2001, S. 108 ff. Zum Wandel des Massenentlassungsrecht noch ausführlich Kap. 2, C.

¹⁴ EuGH Urt. v. 30.4.2015 – C-80/14, ECLI:EU:C:2015:291 (*USDaw und Wilson*).

¹⁵ EuGH Urt. v. 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 (*Balkaya*).

¹⁶ Im Folgenden wird ausschließlich die RL 98/59/EG als „ME-RL“ bezeichnet.

¹⁷ Mit dem Gesetz zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht v. 20.7.1995 (BGBl. I 1995, S. 946 ff.) wurde § 17 Abs. 2 KSchG eingeführt. Damit reagierte der Gesetzgeber auf die RL 92/56/EWG, vgl. BT-Drs. 13/1753, S. 1.