

**Arbeitsrechtliche Fragen der Massenentlassung nach deutschem
und schweizerischem Recht**

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius – Maximilians - Universität
Würzburg**

vorgelegt von

**Rechtsanwalt Volker Stadie
aus Hamburg**

2001

Dank

Mein ehrlicher Dank gilt vor allem meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Michael Wollenschläger für die umfassende und wohlwollende Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit. Herr Prof. Dr. Wollenschläger ließ mir bei der Wahl als auch bei Ausarbeitung des Themas immer den notwendigen Freiraum und stand mir bei Fragen stets mit Rat und Tat zur Seite.

Weiterhin bedanke ich mich auch bei Herrn Rechtsanwalt Dr. Urs Gut, Kanzlei Wenger & Vieli (Zürich) für die freundliche Unterstützung. Ein großer Dank geht auch an meine Kanzlei Nietzer & Häusler, Heilbronn, dort an Herrn Rechtsanwalt und Attorney-at-Law (New York) Wolf M. Nietzer, MBA, LL.M., an Herrn Rechtsanwalt und Notar Günther Häusler und natürlich auch an die übrigen Kanzleimitglieder.

Meinen Eltern und meinen Brüdern Dr. med. Axel Stadie und Kapitänleutnant Ulrich Stadie danke ich für die Unterstützung.

Heilbronn, im Januar 2003

Volker Stadie

Gliederung

I. Einleitung	S.1
A. Problemaufriss	S.1
B. Gang und Methode der Untersuchung	S.3
II. Regelungen Deutschlands	S.6
A. Situation in Deutschland	S.6
1. Arbeitsrecht in der Politik - Arbeitslosigkeit in Deutschland	S.6
a. Arbeitsmarktdaten	S.6
b. Anforderungen an den Arbeitssuchenden	S.8
aa. Ansicht von <i>Streck</i>	S.8
bb. Ansicht von <i>Soltwedel</i>	S.9
cc. Eigene Wertung	S.10
2. Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Kündigung und Aufhebungsvertrag	S.10
3. Grundsatz der Kündigungsfreiheit	S.11
B. Begriff der Massenentlassung	S.11
C. Voraussetzungen der Massenentlassung	S.13
1. Allgemeiner und besonderer Kündigungsschutz	S.13
a. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG	S.13
aa. Bisherige Rechtslage	S.15
(1) Allgemeines	S.15
(2) Prüfung der Sozialwidrigkeit	S.18
(3) § 1 Abs. 4 KSchG	S.19
bb. Aktuelle Rechtslage	S.19
(1) Sozialauswahl	S.19
(2) Neufassung des § 1 Abs. 4 KSchG	S.21
(a) Arbeitgeberrichtlinie	S.21
(b) Auswahlkriterien bei der Sozialauswahl	S.21
b. Besonderer Kündigungsschutz	S.22
2. Anhörung des Betriebsrates	S.23
3. Massenentlassungsschutz nach den §§ 17ff. KSchG	S.24
a. Rechtsnatur der §§ 17ff. KSchG	S.24
b. Anzeigepflichtige Entlassungen	S.24
aa. Anwendungsbereich der §§ 17ff. KSchG	S.25
(1) Betrieblicher Anwendungsbereich der §§ 17ff. KSchG	S.25
(a) Allgemeines	S.25
(b) Betriebsbegriff der §§ 17ff. KSchG	S.25

(aa) Verständnis der <i>h.M.</i>	S.25
(bb) Ansicht von <i>J o o s t</i>	S.27
(cc) Verständnis des <i>E u G H</i>	S.27
(dd) Eigene Wertung	S.29
(c) Die weitere Diskussion um den Betriebsbegriff außerhalb der §§ 17 ff. KSchG – die sog. „Bonner Erklärung“	S.32
(aa) Betriebsbegriff	S.32
(bb) Betriebsbezogenheit	S.33
(cc) Arbeitnehmerbegriff	S.34
(2) Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 17ff. KSchG	S.36
(a) § 17 Abs. 5 KSchG	S.36
(b) Ansicht von <i>W i ß m a n n</i>	S.37
(c) eigene Wertung	S.37
(3) Kündigungen in Arbeitskämpfen	S.38
bb. Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer im Rahmen der §§ 17ff. KSchG	S.38
(1) Bei Kündigungen	S.38
(2) Zwingende Wirkung der §§ 17ff. KSchG bei Aufhebungsverträgen	S.39
(a) Ansicht des <i>B A G</i>	S.39
(b) Eigene Wertung	S.40
c. Zeitrahmen der Massenentlassung nach den §§ 17ff. KSchG	S.41
aa. Begriff der „Durchführung“ der Massenentlassung	S.41
(1) Ansicht von <i>S t e i k e</i>	S.41
(2) Ansicht der <i>h. M.</i>	S.42
(a) Reaktionsargument	S.42
(b) Verzögerungsargument	S.42
(3) Eigene Wertung	S.43
bb. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	S.43
d. Inhalt der Anzeige nach den §§ 17ff. KSchG	S.44
aa. Anzeige gegenüber dem Betriebsrat	S.44
bb. Anzeige gegenüber dem Arbeitsamt	S.44
e. Verlängerung und Verkürzung der Sperrfrist nach den §§ 17ff. KSchG	S.45
f. Nichtbeachtung der §§ 17ff. KSchG	S.46
aa. Ansicht der Rechtsprechung	S.46
bb. Eigene Wertung	S.46
D. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates - Interessenausgleich und Sozialplan	S.47
1. Anwendungsbereich	S.47
2. Interessenausgleich	S.48
a. Betriebsänderung	S.48

b. Begriff des Interessenausgleichs	S.49
aa. Allgemeines	S.50
bb. Funktion des Interessenausgleichs	S.50
cc. Inhalt des Interessenausgleichs	S.51
(1) Genaue Absprache der Betriebsänderung	S.51
(2) Kündigungsverbote	S.51
(3) Versetzungspflichten	S.51
(4) Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen	S.52
(5) Zeitversetzte (stufenartige) Entlassung	S.52
(6) Verbindung mit Auswahlrichtlinien	S.52
c. Verbindlichkeit des Interessenausgleichs	S.52
aa. Ansicht der Rechtsprechung und der Literatur	S.52
bb. Eigene Wertung	S.53
d. Sonderform des Interessenausgleichs – der Interessenausgleich mit Namensliste	S.54
aa. Gesetzliche Regelung des Beschäftigungsförderungsgesetzes	S.54
(1) Allgemeines	S.54
(2) Bedeutung für die Praxis	S.55
(a) Wertung der Literatur	S.55
(b) Wertung des <i>B A G</i>	S.56
(c) Eigene Wertung	S.56
(3) Einzelheiten	S.56
(a) Materieller Prüfungsmaßstab	S.57
(aa) Verständnis der <i>h.M.</i>	S.57
(bb) Eigene Wertung	S.57
(b) Schriftform der Namensliste	S.58
(c) Kündigungsschutz bei Verstoß gegen den Interessen- ausgleich	S.58
(d) Prozessuale Folgen	S.59
bb. Gesetzeslage nach dem Korrekturgesetz – die Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG	S.60
(1) Regelungsinhalt	S.60
(a) Wertung der Literatur	S.60
(b) Eigene Wertung	S.62
(2) Anwendungszeitraum	S.64
(a) Ansicht des <i>B A G</i>	S.64
(b) Ansicht von <i>P a k i r n u s</i>	S.64
(c) Eigene Wertung	S.65
e. Scheitern des Interessenausgleiches	S.65
f. Versuch des Interessenausgleichs	S.66
aa. Ansicht der Literatur	S.66
bb. Eigene Wertung	S.67

3. Sozialplan	S.69
a. Begriff des Sozialplans	S.69
b. Wirkung des Sozialplans	S.69
c. Funktion des Sozialplans	S.70
d. Inhalt des Sozialplans	S.70
aa. Abfindungszahlungen	S.70
bb. Zuschlagsregelungen	S.71
cc. Stichtagsregelungen	S.71
dd. Vorruhestandsregelungen	S.71
e. Erzwingbarkeit des Sozialplans	S.71
4. Gleichzeitige Verhandlung über Interessenausgleich und Sozialplan	S.72
5. Sonderproblem der (teilweisen) ausbleibenden Betriebsänderung	S.73
a. Nicht durchzuführende Betriebsänderung	S.73
b. Nur teilweise durchzuführende Betriebsänderung	S.73
aa. Irrelevante Restmaßnahme	S.73
bb. Relevante Restmaßnahme	S.74
(1) Kündigungsmöglichkeit	S.74
(2) Wegfall der Geschäftsgrundlage	S.74
(3) Externe Entscheidung	S.75
(a) Entscheidung durch die Einigungsstelle	S.75
(b) Entscheidung durch das Gericht	S.76
(aa) Beschlussverfahren	S.76
(bb) Eilverfahren	S.76
(4) Folgen der angepassten Regelung	S.77
6. Sondersituation Insolvenz	S.78
a. Interessenausgleich	S.78
aa. Einfacher Interessenausgleich	S.79
bb. Interessenausgleich mit Namensliste	S.79
b. Sozialplan	S.81
aa. Ansprüche der zu entlassenden Arbeitnehmer	S.81
bb. Einschränkung der Betriebsautonomie	S.81
cc. Masseverbindlichkeit	S.82
dd. Abschlagszahlungen	S.82
ee. Ansprüche der sonstigen Arbeitnehmer	S.83
ff. Sozialplan vor Verfahrenseröffnung – Widerrufsmöglichkeiten	S.83
c. Vermittlung durch den Präsidenten des Landesarbeitsamts	S.84
E. Europäischer Einfluss	S.84
1. Richtlinie 75/129/EWG	S.85
a. Keine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit	S.85
b. Ausgleich nationaler Wettbewerbsvorteile	S.85
c. Konsultation der Arbeitnehmer	S.86
2. Richtlinie 92/56/EWG	S.86

a. Überarbeitung der Richtlinie 75/129/EWG	S.86
b. Ziel der Überarbeitung	S.87
aa. „Beherrschungsklausel“	S.87
bb. Sanktionsmöglichkeiten	S.88
cc. Informations- und Konsultationsrechte	S.89
c. Durchsetzbarkeit	S.89
3. Richtlinie 94/45/EG	S.89
a. Funktion des Europäischen Betriebsrates	S.89
b. Zentralbegriffe der Richtlinie 94/45/EG	S.90
aa. Gemeinschaftsweit operierendes Unternehmen	S.90
bb. Unternehmensgruppe	S.90
cc. Gemeinschaftsweit operierende Unternehmensgruppe	S.90
dd. Herrschendes Unternehmen	S.91
c. Rechte des Europäischen Betriebsrates	S.91
4. Richtlinie 98/59/EG	S.92
F. Sonstige Mitwirkungsrechte des Betriebsrates	S.92
1. Anhörungsrechte	S.92
2. Unterrichts- und Beratungsrechte	S.93
3. Berufliche Bildungsmaßnahmen	S.93
4. Mitwirkung des Wirtschaftsausschusses	S.94
G. Alternativen zur Massenentlassung	S.94
1. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten	S.94
2. Strukturkurzarbeitergeld	S.94
a. Allgemeines	S.94
b. Bezugsvoraussetzungen	S.95
aa. Kein Arbeitsentgelt	S.95
bb. Betriebsorganisatorische Einheit	S.95
cc. Kurzfristige Beschäftigung	S.96
dd. Anordnung durch den Arbeitgeber	S.96
ee. Höhe	S.97
III. Schweizerische Regelungen	S.98
A. Situation in der Schweiz	S.98
1. Arbeitsmarktsituation	S.98
2. Politische Situation	S.99
a. Beitrittsbereitschaft zur EG/EU	S.99
b. Dauerhafte Verkürzung der Arbeitszeit	S.101
3. Programm SWISSLEX	S.101
4. Regelungen der Art. 335d ff. OR	S.102
5. Grundsatz der Kündigungsfreiheit	S.103
B. Begriff der Massenentlassung	S.103

C. Voraussetzungen der Massenentlassung	S.106
1. Voraussetzungen	S.106
a. Besonderer Grund	S.106
b. Mindestzahl an betroffenen Arbeitnehmern	S.107
aa. Betriebsbegriff	S.108
(1) Verständnis der Literatur	S.108
(2) Eigene Wertung	S.109
bb. Regelmäßige Beschäftigtenzahl	S.111
(1) Verständnis der <i>h.L.</i>	S.111
(2) Eigene Wertung	S.112
c. Zeitraum	S.113
2. Weiterer Anwendungsbereich	S.113
a. Änderungskündigungen	S.113
b. Außerordentliche Kündigungen	S.114
aa. Ansicht von <i>G e i s e r</i>	S.114
bb. Eigene Wertung	S.114
c. Streikbedingte Kündigung	S.114
aa. Rechtmäßiger Streik	S.114
bb. Rechtswidriger Streik	S.115
d. Gerichtsbedingte Kündigung	S.116
aa. Gleichstellung mit der behördlichen Entscheidung	S.116
(1) Ansicht der Literatur	S.116
(2) Eigene Wertung	S.117
bb. Konkursverfahren	S.117
(1) Verständnis der <i>h.L.</i>	S.117
(2) Eigene Wertung	S.118
e. Nachlassverfahren	S.118
f. Arbeitnehmerkündigungen	S.119
g. Aufhebungsverträge	S.119
h. Seebetriebe	S.119
D. Rechtsfolgen der Massenentlassung	S.120
1. Individualrechtliche Folgen	S.120
2. Kollektivrechtliche Folgen	S.121
a. Informations- und Konsultationspflichten gegenüber der Arbeitnehmerschaft, Art. 335f OR	S.121
aa. Konsultationszeitpunkt	S.123
bb. Konsultationsfrist	S.124
(1) Angemessenheit	S.124
(2) Fristsetzung durch den Arbeitgeber	S.125
cc. Schriftform der Informationsanzeige	S.126
dd. Notwendiger Inhalt der Informationsanzeige	S.126
b. Anzeigepflicht gegenüber dem kantonalen Arbeitsamt	S.127

aa. Anzeigezeitpunkt	S.127
bb. Inhalt	S.128
cc. Aufgabe der Arbeitsverwaltung	S.128
dd. Unterbleibende Anzeige	S.129
ee. Art. 29 AVG	S.130
c. Sozialplan	S.130
aa. Allgemeines	S.130
bb. Rechtsnatur des Sozialplanes	S.131
(1) Sozialplan als Gesamtarbeitsvertrag (GAV)	S.131
(2) Sozialplan als Betriebsordnung	S.131
(3) einseitig aufgestellter Sozialplan	S.132
E. Praxis	S.132
1. Missbräuchliche Kündigungen und Entschädigungshöhe – Freikaufspraxis?	S.132
2. Verhandlungsposition der Arbeitnehmerschaft	S.134
IV. Gegenüberstellung Deutschland – Schweiz	S.135
A. Allgemeines	S.135
1. Begriff der Massenentlassung	S.135
a. Deutsches Recht	S.135
b. Schweizerisches Recht	S.135
c. Eigene Wertung	S.136
2. Betriebsbegriff	S.136
a. Deutsches Verständnis	S.136
aa. Herrschende Meinung	S.136
bb. Eigene Ansicht	S.137
b. Schweizerisches Verständnis	S.138
aa. Herrschende Meinung	S.138
bb. Eigene Ansicht	S.138
c. Fazit	S.139
B. Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den Voraussetzungen	S.139
1. Anwendbarkeit	S.139
a. Deutsches Recht	S.139
b. Schweizerisches Recht	S.139
c. Fazit	S.140
2. Mindestumfang einer Massenentlassung	S.140
a. Zahlenmäßige Bestimmung	S.140
aa. Deutsches Recht	S.140
bb. Schweizerisches Recht	S.141
cc. Eigene Wertung	S.141
(1) Kleinbetriebe	S.141

(2) Mittelständische Betriebe und Großbetriebe	S.141
b. Zeitlicher Schutz	S.142
aa. Deutsches Recht	S.142
bb. Schweizerisches Recht	S.143
cc. Eigene Wertung	S.143
3. Kollektivrechtliche Einflussmöglichkeiten	S.144
a. Allgemeines	S.144
b. Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerschaft	S.145
aa. Konsultationspflichten	S.145
(1) Deutsches Recht	S.145
(2) Schweizerisches Recht	S.145
bb. Konsultationszeitpunkt	S.145
(1) Deutsches Recht	S.145
(2) Schweizerisches Recht	S.145
cc. Einigungsrechte	S.146
(1) Deutsches Recht	S.146
(2) Schweizerisches Recht	S.146
c. Beteiligung der Arbeitsverwaltung	S.146
aa. Deutsches Recht	S.147
bb. Schweizerisches Recht	S.147
d. Vermittlungstätigkeit der Arbeitsverwaltung	S.147
aa. Deutsches Recht	S.147
bb. Schweizerisches Recht	S.147
e. Gestattung der Einführung von Kurzarbeit	S.148
aa. Deutsches Recht	S.148
bb. Schweizerisches Recht	S.148
f. Sozialplan	S.149
aa. Deutsches Recht	S.149
bb. Schweizerisches Recht	S.149
4. Sondersituation Insolvenz	S.149
a. Deutsches Recht	S.149
b. Schweizerisches Recht	S.149
C. Unterschiede in der Praxis - Verhandlungspositionen der Betriebspartner	S.150
1. Deutsches Recht	S.150
2. Schweizerisches Recht	S.152
V. Endergebnis	S.154
A. EG/EU – Mitgliedschaft	S.154
B. Vergleich Deutschland – Schweiz	S.155
VI. Thesen	S.158

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrates
AnwBl	Anwaltsblatt
Arb	Arbeitsgericht
ArbBeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich)
ArbuR	Arbeit und Recht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel
ArGV	Verordnung zum Arbeitsgesetz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz
AVIG	Gesetz über die obligatorische Arbeitslosenver- sicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz)
AVV	Arbeitsvermittlungsordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsge- richts, Amtliche Sammlung
BAWI	Bundesamt für Aussenwirtschaft
BB	Betriebsberater
BBl.	Bundesblatt
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGer	(schweizerisches) Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGE	Bundesgerichtsentscheid, Amtliche Sammlung
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BV	Bundesverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWA	Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DAngVers	Die Angestelltenversicherung
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DKK	Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 7. Auflage, 2000
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 1. Auflage, 1998
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende Seite
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FKHE	Betriebsverfasungsrecht, 20. Auflage, 2000
ff.	folgende Seiten
FS	Festschrift
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 6. Auflage, 1997
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
HAG	Heimarbeitsgesetz
HAS	Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre

Hrsg.	Herausgeber
idF	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung
iVm	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
KR	Gemeinschaftskommentar zum KSchG, 5. Auflage, 1998
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LG	Landgericht
lit.	Litera (Buchstabe)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MittAB	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
MWSTG	Mehrwertsteuergesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW - Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA - Rechtsprechungsreport
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannte(r)
SozplKonkG	Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSG	Seeschiffahrtsgesetz
u.a.	unter anderem

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WSI-Mitteilungen	Mitteilungen des Wirtschafts- und Sozialwissen- schaftlichen Instituts
ZfS	Zeitschrift für Sozialrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZK	Zürcher Kommentar zum ZGB, 3. Auflage, 1996
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)

Literaturverzeichnis

- A s c h e i d**, Reiner,
Beschäftigungsförderung durch Einbeziehung kollektivvertraglicher Regelungen in das Kündigungsschutzgesetz,
RdA 1997, S. 333ff.
- A u b e r t**, Gabriel,
Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben,
AJP/PJA 1994, S. 699ff.
- dieselbe,
L` internationalisation du droit suisse du travail, in: Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, herausgegeben von Thomas Geiser, Hans Schmid und Emil Walter-Busch, Bern, Stuttgart, Wien 1998, S. 455ff.
- B a b e y**, Dominique,
Innovative Ansätze zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit,
Die Volkswirtschaft, Heft 11 / 1998, S. 26ff.
- B a c h**, Hans-Uwe / **K o c h**, Susanne / **K o h l e r**, Hans / **M a g v a s**, Emil / **P u s s e**, Leo / **S p i t z n a g e l**, Eugen,
Der Arbeitsmarkt in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1999 und 2000,
MittAB 2000, S. 5ff.
- dieselben,
Der Arbeitsmarkt in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 2000 und 2001,
MittAB 2001, S. 5ff.
- B a c h**, Hans-Uwe / **K o h l e r**, Hans / **M a g v a s**, Emil / **P u s s e**, Leo / **S p i t z n a g e l**, Eugen,
Der Arbeitsmarkt in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1998 und 1999,
MittAB 1999, S. 5ff.
- B a c h n e r**, Michael / **S c h i n d e l e**, Friedrich,
Beschäftigungssicherung durch Interessenausgleich und Sozialplan,
NZA 1999, S. 130ff.
- B a c k m e i s t e r**, Thomas / **T r i t t i n**, Wolfgang,
Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, München 2000
- B a d e r**, Peter,
Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsgesetz,
NZA 1996, S. 1125ff.
- dieselbe,
Das Kündigungsschutzgesetz in neuer (alter) Fassung,
NZA 1999, S. 64ff.
- B a e c k**, Ulrich / **R o e d e r**, Gerhard,
Die Ergänzung des § 113 Abs. 3 BetrVG – eine überzeugende Regelung?
BB 1996, Beilage 17, S. 23ff.

- B a e c k**, Ulrich / **S c h u s t e r**, Doris-Maria,
Unwirksame betriebsbedingte Kündigungen bei Anwendung „alter“
Auswahlrichtlinien?
NZA 1998, S. 1250ff.
- B a u e r**, Jobst-Hubertus,
Outsourcing out?
BB 1994, S. 1433ff.
- dieselbe,
Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 5. Auflage, München 1997
- dieselbe,
Neues Spiel bei der Betriebsänderung und der Beschäftigungssiche-
rung?
NZA 2001, S. 375ff.
- dieselbe / **D i l l e r**, Martin / **L o r e n z e n**, Stefanie,
Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“,
NZA 1999, S. 169ff.
- dieselbe / **K l e i n**, Olaf,
Sozialauswahl bei Teilzeitbeschäftigung – Zur Lehre von Äpfeln und
Birnen,
BB 1999, S. 1162ff.
- dieselbe / **R o e d e r**, Gerhard,
Anrechnung von Abfindungen auf das Arbeitslosengeld nach neuem
Recht (§115a AFG, § 140 SGB III),
BB 1997, S. 834ff.
- B a u m a n n**, Hans / **M e i e r**, Margit,
Ja zu Europa – Nach der wirtschaftlichen verlangen die Gewerk-
schaften die soziale Integration,
SGB – Dokumentation Nr. 74, Bern 2001
- B e c k e r**, Friedrich,
Die EG-Richtlinie zur Angleichung des Massenkündigungsschutzes,
NJW 1976, S. 2057ff.
- dieselbe / **E t z e l**, Gerhard / **F r i e d r i c h**, Hans-Wolf u.a.,
Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sons-
tigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 5. Auflage, Neuwied
1998
(zitiert: KR – *Bearbeiter*)
- B e r k o w s k y**, Wilfried,
Neue Perspektiven im Kündigungsrecht,
DB 1996, S. 778ff.
- dieselbe,
Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 3. Auflage, Mün-
chen 1997
- B i e b l**, Josef,
Restmandat des Betriebsrats für Sozialplanmitbestimmung nach Un-
ternehmensbeteiligung,
ArbuR 1990, S. 307ff.

- B i e d e n k o p f**, Sebastian,
Interessenausgleich und Sozialplan unter Berücksichtigung der besonderen Probleme bei der Privatisierung und Sanierung von Betrieben in den neuen Bundesländern, Diss., Berlin 1994
- B o e m k e**, Burkard / **T i e t z e**, Steffen,
Insolvenzarbeitsrecht und Sozialplan,
DB 1999, S. 1389ff.
- B ö h m**, Reinhard,
Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken im Gemeinschaftsrecht, Frankfurt, Bern, New York 1985,
- B r a n d**, Jürgen,
Die sozialrechtlichen Abgrenzungskriterien der „Abhängigkeit / Selbständigkeit / Scheinselbständigkeit“ und die Folgen der Einstufung als Selbständiger bzw. abhängig Beschäftigter,
ZfS 1996, S. 401ff.
- B r u n n e r**, Cristiane / **B ü h l e r**, Jean-Michel / **W a e b e r**, Jean-Bernard,
Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Auflage, Basel, Frankfurt 1997
- B r ü h w i l e r**, Jürg,
Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern, Stuttgart, Wien 1996
- B u c h n e r**, Herbert,
Die Umsetzung der Tarifverträge im Betrieb,
RdA 1990, S. 1ff.
- D ä u b l e r**, Wolfgang,
Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte,
NJW 1999, S. 601ff.
- D ä u b l e r**, Wolfgang (Hrsg.) / **K i t t n e r**, Michael (Hrsg.) / **K l e b e**, Thomas (Hrsg.),
Betriebsverfassungsgesetz, 7. Auflage, Frankfurt 2000
(zitiert: DKK – *Bearbeiter*)
- D i e t e r i c h**, Thomas (Hrsg.) / **H a n a u**, Peter (Hrsg.) / **S c h a u b**, Günther (Hrsg.),
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 1. Auflage, München 1998
(zitiert: EK – *Bearbeiter*)
- D o r n d o r f**, Eberhard / **W e l l e r**, Eberhard / **H a u c k**, Friedrich,
Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Heidelberg 1997
- E h m a n n**, Horst,
Zur Rechtsverbindlichkeit von Betriebsvereinbarungen über den Fortbestand eines Betriebes, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, München 1994, S. 175ff.
- von E i n e m**, Hans-Jörg,
„Abhängige Selbständigkeit“ – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?,
Die Sozialversicherung 1993, S. 314ff.

- Elsner**, Susanne,
Bericht über das 28. Praktikerseminar des Instituts für Sozialrecht der Ruhr – Universität Bochum zum Thema „Franchising“ – Scheinselbständigkeit – Sozialdumping“, NZS 1996, S. 162ff.
- Engels**, Gerd / **Trebingner**, Yvonne / **Löhr-Steinhaus**, Wilfried,
Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes,
DB 2001, S. 532ff.
- Ernst**, Falk,
Aufhebungsverträge zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen,
Diss., Heidelberg 1992
- Fabricius**, Fritz / **Kraft**, Alfons / **Wiese**, Günther,
Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage, Neuwied 1997
(zitiert: GK - *Bearbeiter*)
- Fitting**, Karl / **Kaiser**, Heinrich / **Heither**, Friedrich / **Engels**, Gerd,
Betriebsverfassungsrecht, 20. Auflage, München 2000
(zitiert: FKHE)
- Fischer**, Ulrich,
Interessenausgleich, Unterlassungsanspruch und Gesetzgeber – Der neue § 113 Abs. 3 BetrVG,
A+R 1997, S. 177ff.
- derselbe,
Folgen einer (teilweise) unterlassenen Betriebsänderung,
AuA 1999, S. 258ff.
- derselbe,
Die Vorschläge von DGB und DAG zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes,
NZA 2000, S. 167ff.
- Fischermeier**, Ernst,
Die betriebsbedingte Kündigung nach den Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz,
NZA 1997, S. 1089ff.
- Fritz**, Max,
Das Mitwirkungsgesetz, Zürich 1994
- Fuchs**, Klaus,
Die praktischen Auswirkungen der Europäische Sozialcharta, in: Die Europäische Sozialcharta: Weg zu einer europäischen Sozialordnung?, herausgegeben vom Europarat, Baden-Baden 1978
- Galperin**, Hans / **Löwisch**, Manfred,
Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage Heidelberg 1997
- Geiser**, Thomas,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 1992, S. 481ff.
- derselbe,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 1993, S. 281ff.

- derselbe,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 1994, S. 316ff.
- derselbe,
Massenentlassung, AJP/PJA 1995, S. 1411ff.
- derselbe,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 1995, S. 342ff.
- derselbe,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 1996, S. 276ff.
- derselbe,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 1998, S. 316ff.
- derselbe / **H ä f l i n g e r**, Benedikt,
Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail,
SJZ 2000, S. 341ff.
- G e r m e l m a n n**, Claas-Hinrich / **M a t t h e s**, Hans-Christoph / **P r ü t t i n g**, Hanns,
Arbeitsgerichtsgesetz, 3. Auflage München 1999
- G i t t e r**, Wolfgang,
Die abhängigen Selbständigen – Zur Flucht aus der Sozialversicherungspflicht,
SGB 1996, S. 263ff.
- G o o s**, Wolfgang,
Kommt der Europäische Betriebsrat?
NZA 1994, S. 776ff.
- G o r e t z k i**, Susanne / **H o h m e i s t e r**, Frank,
Scheinselbständigkeit – Rechtsfolgen in Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrecht,
BB 1999, 635ff.
- G r a b i t z**, Eberhard (Begr.) / **H i l f**, Meinhard (Hrsg.),
Kommentar zur Europäischen Union, Altband I, 14. Ergänzungslieferung, München 1999
(zitiert: *Bearbeiter* / Grabitz/ Hilf)
- G r a f e**, Friederike,
Scheinselbständigkeit fordert zum Handeln heraus,
AuA 1997, S. 119ff.
- G r i e b e l i n g**, Gerd,
Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses,
NZA 1998, S. 1137ff.
- G r ü n b e r g e r**, Johannes,
Nachweisgesetz und Änderung des Kündigungsschutzgesetzes,
NJW 1995, S. 2809ff.
- G u h l**, Theo (Begr.),
Das schweizerische Obligationenrecht,
9. Auflage Zürich, 2000
(zitiert: Guhl / *Bearbeiter*)

- Haefelin**, Ulrich / **Haller**, Walter,
Schweizerisches Bundesstaatsrecht – Die neue Bundesverfassung
5. Auflage Zürich, 2001
- Hafner**, Felix,
Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe
und Reformversuche seit 1798
ZSR 2001, S. 11ff.
- Hamm**, Ingo / **Rupp**, Rudi,
Betriebsänderungen – Interessenausgleich – Sozialplan, Neuwied
Berlin 1997
- Hanau**, Peter,
Probleme der Mitbestimmung des Betriebsrats über den Sozialplan
ZfA 1974, S. 89ff.
- derselbe,
Entwicklungslinien im Arbeitsrecht,
DB 1998, S. 69.
- derselbe,
Modernisierung des Betriebsverfassungsgesetzes,
AuA 1999, S. 203ff.
- Haupt**, Susanne / **Wollenschläger**, Michael,
Virtueller Arbeitsplatz – Scheinselbständigkeit bei einer modernen
Arbeitsorganisationsform, NZA 2001, S. 289ff.
- Hess**, Harald / **Glaubitz**, Werner / **Schlochauer**, Ursula,
Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage, Neuwied 1986
- Hinrichs**, Oda
Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen,
Diss. Halle (Saale) 2001.
- Hofstetter**, Karl,
Betriebsschliessungen und Massenentlassungen,
ArbR 1987, S.1ff.
- derselbe,
Globalisierung und Wirtschaftsrecht,
ZSR 2000, S. 361ff.
- Hohenstatt**, Klaus Stefan,
Zur umstrittenen Bindungs- und Normwirkung des Interessenausgleichs,
NZA 1997, S. 345ff.
- von Hoyningen-Huene**, Gerrick,
Neuregelungen des Kündigungsschutzes und befristete Arbeitsverhältnisse,
DB 1997, S. 41ff.
- Hromadka**, Wolfgang,
Rechtsfragen zum Eurobetriebsrat,
DB 1995, S. 1125ff.
- derselbe,
Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht,
NZA 1997, S. 569ff.

- Hromadka**, Wolfgang / **Maschmann**, Frank,
Arbeitsrecht Band 2, Berlin, Heidelberg, New York 1999
- Hueck**, Alfred (Begr.)/ **von Hoyningen-Huene**, Gerrick,
Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 12. Auflage, München
1997
(zitiert: *Hueck/von Hoyningen-Huene*)
- Hueck**, Alfred / **Nipperdey**, Hans Karl,
Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1-2, 7. Auflage, Berlin 1963
- Jaag**, Tobias,
Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen
Union,
ZSR 2000, S. 223ff.
- Jacobs**, Antoine,
Arbeitnehmer und Selbständige – Einige Bemerkungen aus interna-
tionaler Sicht,
NZA 1999, S. 23ff.
- Joost**, Detlev,
Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht,
Habil.-Schrift, München 1988
- Junker**, Abbo,
Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter,
NJW 1994, S. 2527ff.
- Kittner**, Michael,
Das neue Recht der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigun-
gen und die Ausdehnung der Kleinbetriebsklausel,
ArbuR 1997, S. 182ff.
- Kittner**, Michael / **Trittin**, Wolfgang,
Kündigungsschutzrecht, 3. Auflage, Köln 1997
- Kleinhenz**, Gerhard,
Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen
empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?,
Gutachten B zum 63. DJT, 2000
- Klingenberg**, Stephan,
Die Betriebsschliessung, Diss. Zürich 1986
- Klöver**, Karen,
Der Sozialplan im Konkurs: Schutz der Sozialplangläubiger im Kon-
kurs und alternative Regelungsmöglichkeiten in einem neuen Insol-
venzrecht, Frankfurt, Berlin, Bern, New York 1992
- Knorr**, Gerhard / **Bichlmeier**, Gerd / **Kremlhelmer**,
Handbuch des Kündigungsrechts, 3. Auflage München 1991
- Kolvenbach**, Walter,
Europäische Betriebsräte,
NZA 2000, S. 518
- derselbe/ **Kolvenbach**, Dirk,
Massenentlassungen bei Renault in Belgien,
NZA 1997, S. 695ff.

- Konzen**, Horst,
Der Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsreformgesetzes,
RdA 2001, S. 76ff.
- Kothe**, Wolfhard,
Die vertrackte Namensliste,
BB 1998, S. 946ff.
- Krebel**, Eckhard,
Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsbereinigungsge-
setzes,
BB 1995, S. 925ff.
- derselbe,
Anpassung des Betriebsverfassungsrechts an veränderte wirtschaft-
liche Rahmenbedingungen,
AuA 1998, S. 145ff.
- derselbe / **Wollenschläger**, Michael,
Leitfaden zum Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Neuwied, Berlin
1996, Nachtrag 1998
- Kübler**, Bruno (Hrsg.), / **Prütting**, Hanns (Hrsg.),
Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, Köln 1998
- Küttner**, Wolfdieter,
Personalbuch 2000, 7. Auflage, München 2000
(zitiert: Küttner/*Bearbeiter*, Personalbuch 2000, *Stichwort*)
- Lakies**, Thomas,
Zu den seit 1.10.1996 geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften der
Insolvenzordnung,
RdA 1997, S. 145ff.
- Linck**, Rüdiger,
Neuregelungen des Kündigungsschutzes und befristete Arbeitsver-
hältnisse,
DB 1997, S. 41ff.
- Linnenkohl**, Karl,
Selbständigen-Kultur und Arbeitsmarkt,
BB 1999, S. 48ff.
- Lorenz**, Martin,
Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz,
DB 1996, S. 1973ff.
- Löwisch**, Manfred,
Taschenkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage,
Heidelberg 1996
(zitiert: BetrVG)
- derselbe,
Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz,
NZA 1996, S. 1009ff.
- derselbe,
Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 1996
- derselbe,
Kündigung nach altem Recht bis 31.Dezember möglich,
BB 1998, S. 2581f.

- derselbe,
Der arbeitsrechtliche Teil des sogenannten Korrekturgesetzes,
BB 1999, S. 102ff.
- Luchsinger**, Christine,
Arbeitszeit umverteilen – Die Initiative für eine kürzere Arbeitszeit
des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes,
SGB – Dokumentation Nr. 62, Bern 1999
- Mayer**, Udo,
Richtlinie Europäische Betriebsräte – Harmonisierungsprobleme bei
der Umsetzung
BB 1995, S. 1794ff.
- Meyer**, Cord,
Der Interessenausgleich mit Namensliste im Kündigungsschutzrecht,
BB 1998, S. 2417ff.
- derselbe,
Bindungswirkung eines Interessenausgleichs
BB 2001, S. 882ff.
- Meyer**, Lienhard,
Die Massenentlassung, Diss., Basel 1999
- Molkenbur**, Josef / **Schulte**, Wienhold,
Rechtscharakter und –wirkungen des Interessenausgleichs,
DB 1995, S. 270ff.
- Moze**t, Peter,
Kündigungsschutz in Arbeitsverhältnissen – ein Überblick über die
Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union,
NZA 1998, S. 128ff.
- Müller**, Knut,
Zum Ausschluss personenbedingt gekündigter Arbeitnehmer aus
dem Geltungsbereich von Sozialplänen,
BB 2001, S. 255ff.
- Müller**, Roland,
Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen,
ArbR 1995, S. 105ff.
- derselbe,
Die Arbeitnehmersvertretung,
Habil. - Schr., Bern 1999
- Mugglin**, Urs,
Massenentlassungen und Betriebsübergänge – Die gesetzlichen
Schutz- und Mitwirkungsregelungen, SGB – Dokumentation Nr. 48,
Bern 1997
- Neef**, Klaus,
Die Neuregelung des Interessenausgleichs und ihre praktischen
Folgen,
NZA 1997, 65ff.
- Nerlich**, Jörg / **Römermann**, Volker,
Insolvenzordnung, München 1999
(zitiert: Nerlich/Römermann-*Bearbeiter*)

- Nietzer**, Wolf Michael / **Stadie**, Volker / **Hopfenziz**, Gerda,
Scheinselbständigkeit – der Rechtsanwalt in der Situation der Vertragsgestaltung,
NZA 1999, S. 19ff.
- Nikisch**, Arthur,
Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 1961
- Oehmann**, Werner (Hrsg.)/ **Dieterich**, Thomas (Hrsg.),
Arbeitsrechtsblattei, Stuttgart, Losebl.-Ausg. Stand 1998
(zitiert: *Bearbeiter* - AR-Blattei)
- Oetker**, Hartmut / **Wank**, Rolf / **Wiedemann**, Herbert,
Tarifvertragsgesetz, 6. Auflage, München 1999
- Palandt**, Otto (Begr.),
Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Hans Putzo, Hartwig Sprau, Heinz Thomas, Walter Weidenkaff, 60. Auflage, München 2001
(zitiert: Palandt - *Bearbeiter*)
- Parkinus**, Bernd,
Sind die §§ 1, 23 KSchG in der ab 1.1.1999 geltenden Fassung auf vor diesem Tag ausgesprochene Kündigungen anzuwenden?,
DB 1999, S. 286ff.
- Petersen**, Ulrich / **Höpfner**, Eveline,
Scheinselbständigkeit – Ein Beitrag zur aktuellen Situation,
DAngVers 1997, S. 65ff.
- Preis**, Ulrich,
Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996,
NZA 1996, S. 3369ff.
- derselbe,
Auf dem Weg zur Kollektivierung des Kündigungsschutzes,
DB 1998, S. 1614ff.
- derselbe,
Die Verantwortung des Arbeitgebers und der Vorrang betrieblicher Maßnahmen vor Entlassungen (§ 2 I Nr. 2 SGB III),
NZA 1998, S. 449ff.
- derselbe,
Bekämpfung der Arbeitslosigkeit – Eine Herausforderung für Arbeits- und Sozialrecht?
NJW 2000, S. 2304ff.
- Pulte**, Peter,
Änderung des Kündigungsschutzes bei Massenentlassungen,
BB 1978, S. 1268ff.
- derselbe,
Beteiligungsrechte des Betriebsrates außerhalb der Betriebsverfassung,
NZA 2000, S. 234ff.

- Rebmann**, Kurt (Hrsg.) / **Säcker**, Franz Jürgen (Hrsg.) / **Rixecker**, Roland (Hrsg.),
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 3.
Auflage, München 1997
(zitiert: MünchKomm – *Bearbeiter*)
- Rehbinder**, Manfred,
Arbeitsgesetz, 4. Auflage, Zürich 1987
- dieselbe,
Berner Kommentar zu den Art. 331 – 355 OR, Bern 1992
- dieselbe,
Die Mitwirkung der Arbeitnehmer bei betrieblichen Umstrukturierungen,
ArbR 1993, S. 47ff.
- dieselbe,
Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Auflage, Bern 1999
- Reiserer**, Kerstin,
„Scheinselbständigkeit“ – Arbeitnehmer oder Selbständiger?,
BB 1998, S. 1258ff.
- dieselbe,
„Schluß mit dem Mißbrauch der Scheinselbständigkeit“,
BB 1999, S. 366ff.
- Richardi**, Reinhard,
Reform des Betriebsverfassungsgesetzes?,
NZA 2000, S. 161ff.
- dieselbe,
Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage, München 1998
- dieselbe / **Annuß**, Georg,
Neues Betriebsverfassungsgesetz: Revolution oder strukturwahrende Reform?
DB 2001, S. 41ff.
- dieselbe (Hrsg.) / **Wlotzke**, Ottfried (Hrsg.),
Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, München 1993
(zitiert: MünchArbR/ *Bearbeiter*)
- Ruedin**, Philippe / **Christen**, Urs,
Obligationenrecht, Zürich 1996
- Rüppel**, Cornelia / **Kröll**, Michael,
Atypische Beschäftigungsformen und Rentenversicherung,
Die Sozialversicherung 1992, S. 259ff.
- Rüthers**, Bernd,
Zweckverfehlungen im Kündigungsschutz,
BB 1999, Heft 37, S. I
- Rumpenhorst**, Elmar,
Das berechnete betriebliche Interesse i.S. des § 1 III 2 KSchG bei
Massenentlassungen,
NZA 1991, S. 214ff.
- Ruoff**, Axel,
Das Europäische Betriebsräte-Gesetz (EBRG)
BB 1997, S. 2478ff.

- Schaub**, Günter,
Personalanpassung und Personalabbau im Betrieb, 2. Auflage, Köln 1997
- dieselbe,
Arbeitsrechtshandbuch, 9. Auflage, München 2000
- Schiefer**, Bernd,
Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz in der Praxis – Instanzgerichtliche Entscheidungen zu § 1 V KSchG und § 113 III BetrVG
NZA 1997, S. 915ff.
- dieselbe / **Korte**, Walter,
Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes,
NZA 2001, S. 71ff.
- dieselben,
Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes,
NZA 2001, S. 351ff.
- Senti**, Christoph,
Der Schutz vor Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern, Stuttgart 1998
- Sheldon**, George,
Die Langzeitarbeitslosigkeit in der Schweiz: Diagnose und Therapie, Die Volkswirtschaft, Heft 8 1998, S. 45ff.
- Stahelin**, Adrian / **Vischer**, Frank,
Zürcher Kommentar zum ZGB, Das Obligationenrecht, Teilband V 2 c, 3. Auflage, Zürich 1996
(zit. ZK – *Bearbeiter*)
- Stahlhacke**, Eugen / **Preis**, Ulrich,
Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Auflage, München 1995
- Steffan**, Ralf,
Massenentlassungen, in: Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, herausgegeben von Manfred Weiss und Alexander Gagel, Baden-Baden 1997
- Steike**, Jörn,
Die Durchführung der Massenentlassung, DB 1995, S. 674ff.
- Stöckli**, Jean-Fritz,
Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, ZSR 1993 II. Halbband, S. 1ff.
- Streck**, Wolfgang,
Bündnis für Arbeit: Bedingungen und Ziele, GMH 1998, S. 533ff.
- Stumpf**, Hermann,
Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage, München 1998
- Tschudi**, Hans Peter,
Schweizerisches, europäisches und internationales Arbeitsrecht, SJZ 1994, S. 481ff.

- derselbe,
Vom kantonalen zum globalen Arbeitsrecht, in: Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, herausgegeben von Thomas Geiser, Hans Schmid und Emil Walter-Busch, Bern, Stuttgart, Wien 1998, S. 275ff.
- derselbe,
Die Ordnung der Arbeit durch die neue Bundesverfassung, ArbR 2000, S. 9ff.
- V i s c h e r**, Frank,
Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht VII / 1, III, Basel 1994
- derselbe,
Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP/PJA 1995, S. 547ff.
- derselbe,
Entwicklungen des Arbeitsrechts in der Schweiz, in: Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, herausgegeben von Thomas Geiser, Hans Schmid und Emil Walter-Busch, Bern, Stuttgart, Wien 1998, S. 251ff.
- W a n k**, Rolf,
Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, S. 90ff.
- W e b e r**, Christoph,
Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, Diss., Berlin 1992
(zitiert: Arbeitsverhältnis)
- W e b e r**, Ingrid,
Rechtsprobleme beim Massenkündigungsschutz, RdA 1986, S. 341ff.
- W e b e r**, Ulrich / **E h r i c h**, Christian / **H o ß**, Axel,
Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge: Aufhebung von Arbeits- und Dienstverhältnissen mit arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Folgen, 2. Auflage, Köln 1998
- W e i s s**, Manfred,
Die europarechtliche Regelung der Massenentlassung, RdA 1992, S. 367ff.
- W e l l e r**, Bernhard,
Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Heidelberg 1997
- W i l l e m s e n**, Josef,
Zur umstrittenen Bindungs- und Normwirkung des Interessenausgleichs, NZA 1997, S. 345ff.
- W i ß m a n n**, Hellmut,
Probleme bei der Umsetzung der EG-Richtlinie über Massenentlassungen im deutschen Recht, RdA 1998, S. 221ff.
- W o l l e n s c h l ä g e r**, Michael,
Optisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Herne, Berlin 1987

- derselbe,
Betriebsverfassungsrechtliche Fragen des Betriebsüberganges nach § 613 a BGB unter Berücksichtigung des Rechtes der Europäischen Union,
in: Festschrift für Wolfgang Gitter, herausgegeben von Meinhard Heinze und Jochem Schmitt, Wiesbaden 1995, S. 1067ff.
- derselbe,
Arbeitsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1999
- derselbe / **Frölich**, Armin,
Kündigungsschutz nach § 613a BGB beim grenzüberschreitenden Betriebsübergang,
ArbuR 1990, S. 314ff.
- derselbe / **Pollert**, Dirk,
Rechtsfragen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB unter Berücksichtigung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen und des Rechtes der Europäischen Union,
ZfA 1996, S. 547ff.
- Wuttke**, Achim,
Europäische Betriebsräte – Zeitliche Zwänge und Chancen,
DB 1995, S. 774ff.
- Zinief**, Georg,
Massenentlassungen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in:
Österreichische Arbeitsrecht und das Recht der EG, herausgegeben von Ulrich Runggaldier, Wien 1990, S. 283ff.
(zitiert: Massenentlassungen)
- Zöllner**, Wolfgang / **Loritz**, Karl-Georg,
Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998
- Zwanziger**, Bertram,
Der Interessenausgleich – betriebliches Regelungsinstrument oder Muster ohne kollektiven Wert ?, BB 1998, S. 477ff.

I. Einleitung

A. Problemaufriss

Das Arbeitsrecht wird auch als „Sonderprivatrecht der Arbeitnehmer“ bezeichnet¹. Die Charakterisierung des Arbeitsrechts als Sonderprivatrecht lässt vielleicht den falschen Eindruck entstehen, dass dieser Rechtsbereich nur die Rechte und Pflichten einiger weniger regeln würde, obwohl doch ein großer Teil der Bevölkerung in einem Arbeitsverhältnis steht und somit Arbeitnehmer ist. Damit tritt die zentrale Rolle des Arbeitsrechts für den einzelnen hervor. Die Arbeit sichert (meist) die Existenzgrundlage des einzelnen und der von ihm wirtschaftlich Abhängigen². Der persönliche Lebensstandard ist mit dem Arbeitslohn regelmäßig auf das engste verbunden³. Arbeitsrecht ist also „existentielles Recht“. Daraus erwächst aber auch der Frage der Massenentlassung eine existentielle Bedeutung⁴. Wer seine Arbeit verliert, läuft regelmäßig Gefahr, seine einzige Lebensgrundlage⁵ zu verlieren. Bei Entlassungswellen vervielfacht sich dieses Problem⁶. Wie auch im Falle der Einzelkündigung gilt es einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen betroffener Arbeitnehmer am Erhalt ihrer Arbeitsplätze einerseits und dem Interesse des Arbeitgebers an einer zügigen Umsetzung der angestrebten Betriebsänderung andererseits zu finden.

Die Europäische Sozialcharta⁷ von 1961 erkennt den hohen Stellenwert

¹ *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, S. 2.

² *Weber*, Arbeitsverhältnis, S. 287, der auch darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer, der nicht aus wirtschaftlicher Notwendigkeit heraus, sondern wirtschaftlich unabhängig einzig nur aus persönlichem Interesse arbeitet, eine Ausnahme darstellt.

³ *Schaub* formuliert insoweit: „Der Arbeitnehmer ist – von Ausnahmefällen abgesehen – zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes auf die Ausnutzung seiner Arbeitskraft angewiesen.“, Arbeitsrechtshandbuch § 2 Rn. 5.

⁴ Ähnlich auch die Begründung für die schweizerische Parlamentarische Initiative (Thanei), Nationalrat, Frühjahrssession 1998, elfte Sitzung vom 16.3.1998, Amtl. Bull. 1998, S. 577f..

⁵ *Löwisch*, Arbeitsrecht, Rn. 27.

⁶ Siehe auch *Hofstetter*, ArbR 1987, S. 2.

⁷ „Turiner Abkommen“ vom 18.10.1961; BGBl. 1964 II S. 1262ff. Die Europäische Sozialcharta ist ein völkerrechtlicher Vertrag. Als solcher entfaltet die Charta zwischen denjenigen Staaten unmittelbare Rechtswirkung, die sie ratifiziert haben. Die Charta gewährleistet keinen Individualrechtsschutz, siehe *Fuchs*, Sozialcharta, S. 289.

der Arbeit an und formuliert in Art. 4 Nr. 1, dass alle Arbeitnehmer das Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt haben, dass ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard sichert und in Art. 4 Nr. 4, dass allen Arbeitnehmern das Recht auf eine angemessene Kündigungsfrist zusteht.

Es wird beklagt, dass die Börse bereits die Ankündigung von Massenentlassungen mit Kursaufwertungen belohne⁸. Auf Kosten der Beschäftigten werde der Unternehmenswert gesteigert. Massenentlassungen bewirkten eine Verbesserung des „shareholder value“⁹. Dieser Vorwurf mag insoweit berechtigt sein, als Massenentlassungen bzw. deren Ankündigungen in der Tat nicht stets einen Kursverlust zur Folge haben müssen. Die Schaffung einer straffer organisierten Arbeitsstruktur (Verschlankung des Arbeitsprozesses) wird auch als Wettbewerbsvorteil gesehen.

F a r b e r und *H a l l o c k* haben insoweit den Versuch unternommen, festzustellen, ob es einen Zusammenhang zwischen Massenentlassungen und Aktienkursen der entlassenden Unternehmen gibt¹⁰. Zu einem eindeutigen Ergebnis fanden sie nicht. Dennoch stellten sie in einem Großteil der untersuchten Fälle fest, dass in den 70er Jahren die Börsenbewertung im Vergleich zu den Reaktionen in den 80er und 90er Jahren wesentlich negativer ausfiel. Ein möglicher Grund hierfür mag darin zu sehen sein, dass in den 70er Jahren entscheidender Entlassungsgrund eher eine magere Auftragslage war. Die Unternehmen entließen erst dann, wenn es die Auftragslage unumgänglich erscheinen ließ. In den 80er und 90er Jahren scheint sich diese Geschäftspolitik jedoch geändert zu haben. Mehr und mehr wird auch präventiv entlassen, d.h. die Unternehmen versuchen, im Rahmen einer schlankeren Personalstruktur zu mehr Effizienz zu finden.

*P r e i s*¹¹ vertritt ebenfalls die Auffassung, dass Personalreduzierungen

⁸ *P r e i s*, NZA 1998, S. 449.

⁹ *P r e i s*, NZA 1998, S. 449.

¹⁰ FAZ vom 31.8.1999, S. 17. Die Autoren haben ihre Studie aufgebaut auf 3900 Meldungen in 1180 Unternehmen der sog. Forbes-500-Liste. Dabei wurden die Börsenreaktion der nachfolgenden drei Börsentage beobachtet und ausgewertet. Henry S. *F a r b e r* (Princeton) und Kevin F. *H a l l o c k* (Universität Illinois) haben festgestellt, dass ungefähr ein Drittel der Entlassungen auf Betriebsschließungen und 16% auf einem Nachfragerückgang beruhen. Umstrukturierung wurde in weiteren 14% als Grund angegeben, Kostensenkung in 10% der Fälle.

¹¹ *P r e i s*, NZA 1998, S. 449. Er weist in diesem Zusammenhang auch eindringlich darauf hin, dass es nicht das Grundanliegen des KSchG sei, Beschäftigungssicherung durch erleichterte Entlassung zu fördern,

„nicht mehr als Ausweis des Misserfolges eines Unternehmens angesehen, sondern als Erfolg von Kapitalmärkten honoriert“ werden¹². Dieser Prozess verliert an Einmaligkeit. War die Reaktion in den 70er Jahren eine einmalige Reaktion auf eine wegbrechende Auftragsituation, so erscheint mittlerweile die Personalverschlankeung zu einem andauernden Ereignis zu werden.

In diesem Zusammenhang sind auch die sog. „out-sourcing-Bemühungen“ zu sehen. Beim „out-sourcing“ verlagert das Unternehmen die computergestützte Informationsverarbeitung auf Fremdfirmen. Zunehmend wird der Begriff des „outsourcing“ aber auch dann verwendet, wenn eine andere Abteilung eines Unternehmens – beispielsweise die Rechtsabteilung – ausgelagert wird. Das „outsourcing“ erfolgt aus wirtschaftlichen Gründen. Kostensenkung ist das Ziel des „outsourcing“. Für das betroffene Unternehmen ist es oftmals preiswerter, einzelne Aufgaben an ein außenstehendes Unternehmen zu vergeben als stattdessen teures Personal zu bezahlen.

B. Gang und Methode der Untersuchung

Diese Dissertation soll die Grundlinien und Probleme der Massenentlassung im deutschen und schweizerischen Recht darstellen.

Zunächst werden die jeweiligen deutschen und schweizerischen Regelungen im Bereich der Massenentlassung dargestellt.

Im deutschen Recht sind dies neben den Mitwirkungsrechten des Interessenausgleichs und des Sozialplans gemäß den §§ 111ff. BetrVG die Konsultationsvorschriften der §§ 17ff. KSchG. Ausführlich wird dabei auf den Betriebsbegriff der §§ 17ff. KSchG, insbesondere auf eine gemeinschaftskonforme Interpretation dieses Zentralbegriffs, eingegangen. Auch die konkreten Auswirkungen des Beschäftigungsförderungsgesetz und des Korrekturgesetzes auf die jeweilige Verhandlungsposition der Betriebsparteien wird herausgestellt, hier vor allem die Diskussion um den Interessenausgleich mit Namensliste, die durch die Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG durch das Korrekturgesetz ausgelöst wurde. Dargestellt wird zudem auch die mit dem Korrekturgesetz verbundene Entfristung des Interessenausgleichsverfahrens, die durch die Streichung des § 113 Abs. 2 und 3 KSchG erreicht wurde und die damit

NZA 1998, S. 449, 456. Beschäftigungssicherung durch erleichterte Entlassung sei „paradox“.

¹² FAZ vom 31.8.1999, S. 17.

verbundene Unsicherheit in der Frage, wann ein Interessenausgleich lange genug versucht wurde, sodass die Durchführung der Betriebsänderung keine Abfindungspflicht nach § 113 Abs. 1 BetrVG zur Folge hat.

Eingegangen wird auch auf das am 22. Juni 2001 vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Reform des BetrVG, das sich allerdings nicht wesentlich auf die Rechtsfragen der Massenentlassung auswirkt¹³.

Im schweizerischen Recht finden sich die Regelungen zur Massenentlassung in den Art. 335d ff. OR. Es wird auch hier der Betriebsbegriff als der zentrale Begriff des Massenentlassungsrechts behandelt. Dargestellt wird zudem die Konsultation der Arbeitnehmerschaft nach Art. 335f OR sowie die Einbindung der kantonalen Arbeitsverwaltung nach Art. 335g OR.

Regelmäßig wird auch mit dem Hinweis auf die Massenentlassungsrichtlinien 75/129/EWG¹⁴, 92/56/EWG¹⁵, 98/59/EG¹⁶ sowie mit der Richtlinie über die Errichtung eines Europäischen Betriebsrates 94/45/EG¹⁷ der EU-rechtliche Bezug zur Problematik der Massenentlassung hergestellt. Ausgangspunkt für die Vorschriften über die Massenentlassungen war sowohl für Deutschland als auch für die Schweiz – trotz ihrer Nicht-EU-Mitgliedschaft – jeweils die Richtlinie des Rates 75/129/EWG¹⁸ vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen¹⁹. Die Umsetzung dieser Richtlinie in den §§ 17ff. KSchG bzw. die Orientierung der

¹³ Siehe hierzu unten II. C. 3. b. (c) (aa).

¹⁴ Richtlinie des Rates vom 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29ff..

¹⁵ Richtlinie 92/56/EWG des Rates vom 24.6.1992 zur Änderung der Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 245 vom 26.8.1992, S. 3 ff..

¹⁶ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 29.6.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 201/88 vom 17.7.1998, S. 16ff.

¹⁷ Richtlinie 94/45/EG vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABIEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 64ff..

¹⁸ ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29f..

¹⁹ *Rehbinder*, ArbR 1993, S. 47, 55.; *Müller*, Arbeitnehmersvertretung, S. 285.

Art. 335d ff. OR daran ist Ausdruck eines wachsenden europäischen Einflusses auf die nationalen Rechtsordnungen²⁰.

In einer daran anschließenden Gegenüberstellung mit dem Nicht-EU-Mitglied Schweiz werden dann zur Verdeutlichung nochmals die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der einzelnen nationalen Regelungen aufgezeigt.

Im Vergleich zur Schweiz und ihren Regelungen fällt dabei die arbeitnehmerfreundlichere Ausgestaltung der deutschen Normen auf. Die Schweiz nimmt im Massenentlassungsrecht zugunsten der Arbeitgeberseite eine deutlich liberalere Haltung ein.

Abschließend werden die wichtigsten Ergebnisse dieser Arbeit in den Thesen aufgeführt.

²⁰

S c h a u b, Arbeitsrechthandbuch § 2 Rn. 28.

II. Regelungen Deutschlands

A. Situation in Deutschland

1. Arbeitsrecht in der Politik - Arbeitslosigkeit in Deutschland

a. Arbeitsmarktdaten

1999 betrug die Arbeitslosenquote in den alten Bundesländern noch 8,8 %, in den neuen Ländern 17,6 % und deutschlandweit 10,5 %²¹. Im Jahr 2000 lag das Bruttoinlandsprodukt in Deutschland bei real 3,1 %²². Damit erfuhr Deutschland im Jahr 2000 einen kräftigen konjunkturellen Aufschwung, der sich auch auf dem Arbeitsmarkt bemerkbar machte. So stieg die Zahl der Erwerbstätigen im Jahr 2000 um 600.000 Personen. In Westdeutschland lag die Zahl der Arbeitslosen bei ca. 2,53 Mio. Personen, in den neuen Bundesländern bei ca. 1,36 Mio.²³. Die Arbeitslosenquote lag in den alten Bundesländern bei 7,8 %, in den neuen Ländern bei 17,8 % und deutschlandweit bei 9,6 %. Im April 2001 waren bundesweit 9,5 % arbeitslos.²⁴

Die Arbeitslosigkeit verharrt damit auf weiterhin hohem Niveau.

Als eine Ursache der immer noch anhaltend hohen Arbeitslosigkeit bewertet *Preis* die Regelungen des Korrekturgesetzes sowie die unglückliche 630-Mark-Debatte²⁵. Auch müsse man die (schädlichen) Auswirkungen der Diskussion um die Scheinselbständigkeit²⁶ bedenken.

²¹ *Bach/Koch/Kohler/Magvas/Pusse/Spitznagel*, MittAB 2001, S. 5f.; für die Jahre 1998 bis 2000 siehe auch *dieselben*, MittAB 2000, S. 5ff. und *Bach/Kohler/Magvas/Pusse/Spitznagel*, MittAB 1999, S. 5ff..

²² *Bach/Koch/Kohler/Magvas/Pusse/Spitznagel*, MittAB 2001, S. 5, 7.

²³ *Bach/Koch/Kohler/Magvas/Pusse/Spitznagel*, MittAB 2001, S. 5f..

²⁴ Siehe *Bundesanstalt für Arbeit*, Arbeitsmarkt in Zahlen - Aktuelle Daten, April 2001, S. 1ff.; *dieselbe*, Presseinformation der Bundesanstalt für Arbeit vom 8.5.2001, S. 1ff..

²⁵ *Preis*, NJW 2000, S. 2304, 2308.

²⁶ Zur ausgiebigen Diskussion der Scheinselbständigkeit siehe *Wollenschläger*, Arbeitsrecht Rn. 7, *Reiserer*, BB 1999, S. 366 ff., *dieselbe* BB 1998, S. 1258ff., *Linnenkohl*, BB 1999, S. 48, 52; *Nietzer/Stadie/Hopfenziz*, NZA 1999, S. 19ff.;

Schätzungen besagen, dass sich in Deutschland zur Zeit ungefähr eine Million bis circa anderthalb Millionen Arbeitnehmer als Scheinselbständige verdingen müssen²⁷. Andere Schätzungen gehen von einem geringeren Umfange aus, nämlich lediglich von 200.000 bis eine Million Beschäftigter. *S c h u m a n n* beschreibt diesen Prozess als die „Demontage der Arbeits- und Sozialgesetzgebung auf eigene Faust“ sowie als „Sozialausstieg“²⁸. Seinen Ausführungen zufolge nehmen bereits Tausende von Unternehmen „den schnellsten Weg zur preiswerten Arbeitskraft“, indem sie ihre Mitarbeiter kurzerhand zu Selbständigen erklären.

*W a n k*²⁹ beschreibt diesen Prozess als arbeits- und sozialpolitischen Kahlschlag, *Z a c h e r t*³⁰ als eine „Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis“.

Die öffentliche Diskussion um die Scheinselbständigkeit ist schädlich für das Einstellungsklima gerade in den Dienstleistungsberufen. Beispielsweise sind viele Rechtsanwälte nicht bereit, junge Assessoren in ihrer Kanzlei als freie Mitarbeiter zu beschäftigen, weil sie befürchten, dass nach § 7 Abs. 4 SGB IV diese Mitarbeiter sozialversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer ihrer Kanzlei gelten. Nach § 7 Abs. 4 SGB IV wird das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vermutet, wenn mindestens drei der nachstehenden fünf Merkmale verwirklicht sind:

- Die betroffene Person beschäftigt regelmäßig keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, deren monatliches Arbeitsentgelt DM 630,00 (ab 1.1.2002 € 325,00) übersteigt.

B r a n d, ZfS 1996, S. 401ff.; *E l s n e r*, NZS 1996, S. 162ff.; *P e t e r s e n / H ö p f n e r*, DAngVers1997, S. 65ff.; *H r o m a d k a*, NZA 1997, 569ff, *G i t t e r*, SGB 1996, S. 263ff.; *R ü p p e l / K r ö l l*, Die Sozialversicherung 1992, S. 259ff.; zum virtuellen Arbeitsplatz siehe auch *H a u p t / W o l l e n s c h l ä g e r*, NZA 2001, S. 289ff..

²⁷ *G r a f e*, AuA 1997, S. 119; *P e t e r s e n / H ö p f n e r*, DAngVers 1997, S. 65, gehen bundesweit von 200.000 bis zu einer Million Fällen aus. *G i t t e r* taxiert 1996 die Gesamtzahl der Scheinselbständigen in Deutschland auf 500.000 bei steigender Tendenz (SGB 1996, 263), *v o n E i n e m* beziffert 1993 das Ausmaß der Scheinselbständigkeit auf 100.000 bis zu einer Million Fälle (SGB 1993, S. 314).

²⁸ *S c h u m a n n*, DER SPIEGEL, Heft 39/1997 S. 96ff..

²⁹ *W a n k*, DB 1992, S. 90.

³⁰ *Z a c h e r t*, WSI-Mitteilungen 1988, S. 457; *D ä u b l e r* spricht von einer „Erosion des Normalarbeitsverhältnisses“, WSI-Mitteilungen 1988, S.457. Zu den Fragen des Sozialversicherungsrechts siehe *K r e ß e l / W o l l e n s c h l ä g e r*, Sozialversicherungsrecht, S. 50ff..

- Sie ist regelmäßig nur für einen Arbeitnehmer tätig.
- Der Auftraggeber lässt vergleichbare Arbeiten regelmäßig durch eigene Arbeitnehmer verrichten.
- Die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen.
- Die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber bislang im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht hatte.

Diese Vermutung erstreckt sich (lediglich) auf die Sozialversicherungspflicht und damit auf das Beschäftigungsverhältnis des § 7 SGB IV. Die Vermutung erfasst nicht das Arbeitsverhältnis. Über die Frage ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, entscheidet vielmehr die persönliche Abhängigkeit³¹.

b. Anforderungen an den Arbeitssuchenden

Die Anforderungen an den Arbeitssuchenden werden steigen. Insbesondere wird die Flexibilität und die Bereitschaft zu ständigem (lebenslangem) Lernen noch stärker in den Vordergrund rücken.

aa. Ansicht von *Streeck*

*Streeck*³² beschreibt insoweit eine ganze Reihe von zukünftigen Entwicklungstendenzen:

- zunehmende Mobilität der Arbeitnehmer

Seiner Ansicht nach werde die Zahl der Dauerarbeitsplätze abnehmen. Die erfolgreiche Arbeitsmarktpolitik müsse diese Mobilität fördern und unterstützen.

- bessere Qualifikation des einzelnen
- fließende Grenzen zwischen Arbeit und Qualifizierung

Zunehmend finde die Qualifizierung verstärkt in der Arbeit statt und nicht mehr nur extern in Schulen und anderen Bildungsanstalten.

³¹ Siehe hierzu unten II. C. 3. b. (c) (cc).

³² *Streeck*, GMH 1998, S. 533ff..

- Vermeidung von Jugend- und Dauerarbeitslosigkeit

Eine weniger qualifizierte Beschäftigung sei immer noch besser als gar keine; schließlich solle sie „Sprungbrett“ oder „Durchgangsstadium“ zu qualifizierterer Beschäftigung sein.

- Abnahme des Anteils der „Normalarbeitsverhältnisse“

S t r e e c k ist der Meinung, dass mehr und mehr Menschen als „Selbständige, Halbselbständige“³³ und „freie Mitarbeiter“³⁴ tätig sein werden.

- Beteiligung der Beschäftigten an Unternehmensentscheidungen und am Unternehmerrisiko

Unternehmerische Elemente werden Einzug in die Rolle des Arbeitnehmers halten. Dabei setzt er sich allerdings nicht mit der Frage auseinander, inwieweit sich das kommende Verständnis vom Begriff des Arbeitnehmers noch mit dem bisherigen juristischen Begriff des Arbeitnehmers verträgt³⁴.

- zunehmender Andrang am Arbeitsmarkt
- Anpassung von Arbeitseinsatz und Einkommensströmen an den Lebenszyklus durch neue Formen der Kombination von Arbeit und Qualifizierung

S t r e e c k führt hierzu die Notwendigkeit der sozialen Absicherung von Teilzeitarbeit, die Konzentration von Vollzeitarbeit in Lebensphasen mit hohem Einkommensbedarf und die Förderung eines gleitenden Überganges in den Ruhestand auf.

bb. Ansicht von *S o l t w e d e l*

*S o l t w e d e l*³⁵ weist darauf hin, dass auch die Währungsunion von den Arbeitnehmern des Euroraumes zunehmende Flexibilität verlangen

³³ Mit dem Terminus „Halbselbständige“ meint er wohl den Scheinselbständigen, siehe GMH 1998, S. 533, 538.

³⁴ Siehe hierzu *G r i e b e l i n g*, NZA 1998, S. 1137ff.; *N i e t z e r / S t a d i e / H o p f e n z i z*, NZA 1999, S. 19ff.; *J a c o b s*, NZA 1999, S. 23f..

³⁵ *S o l t w e d e l*, FAZ vom 12.1.1999, S. 13.

werde. Die Vertragsfreiheit, Markt und Wettbewerb führten unweigerlich zu einem gesteigerten Maß an Eigenverantwortlichkeit.

cc. Eigene Wertung

Im Zeichen einer zunehmenden Internationalisierung³⁶ des Waren- und Dienstleistungsverkehrs – nicht nur in Europa³⁷, sondern weltweit – wird der Arbeitnehmer künftig in zunehmende Konkurrenz mit seinen Kollegen in Europa und in der ganzen Welt treten. Massenentlassungen sind künftig auch Ausdruck einer zunehmend globaleren Wirtschaftsverflechtung³⁸. Für den einzelnen (Arbeitnehmer) bedeutet dies, dass er sich verstärkt um seine laufende Qualifizierung bemühen muss, damit er auch künftig noch im Vergleich zu seinen (weltweiten) Kollegen wettbewerbsfähig bleibt. Das „learning in the job“, die stetige Weiterbildung wird am Arbeitsmarkt immer wichtiger werden. Der Arbeitnehmer wird künftig eigenverantwortlicher handeln müssen.

2. Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Kündigung und Aufhebungsvertrag

Das Arbeitsverhältnis kann neben der (einseitigen) Kündigung auch zweiseitig von den Arbeitsvertragsparteien durch Aufhebungsvertrag beendet werden. Mit dem Aufhebungsvertrag könnten Kündigungsschutzvorschriften umgangen werden. Inwieweit dies rechtlich zulässig sein kann, hängt unter anderem auch von der Dispositionsbefugnis der Parteien ab³⁹.

Ein wirksamer Verzicht auf eine formgerechte Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 3 KSchG beim Arbeitsamt ist beispielsweise nicht zulässig⁴⁰ – die Normen der §§ 17ff. KSchG stehen im öffentlichen Interesse und unterfallen deshalb gerade nicht der Dispositionsbefugnis der verhandelnden Parteien. Die §§ 17ff. KSchG sind zwingend⁴¹.

³⁶ *Vischer*, Entwicklungen, S. 251, 267.

³⁷ Siehe Art. 39, 43, 49, 51, 56 EGV.

³⁸ Siehe auch das Grundsatzprogramm des *DGB*, beschlossen auf dem 5. Außerordentlichen Bundeskongress am 13. bis 16.11.1996 in Dresden, Einleitung.

³⁹ Siehe unten II. C. 3. a.

⁴⁰ *BAG*, NZA 1999, S. 761ff..

⁴¹ Siehe unten II. C. 3. a.

3. Grundsatz der Kündigungsfreiheit

Der „Einstellungsfreiheit“ korrespondiert in einem beschränkten Umfang der Grundsatz der Kündigungsfreiheit⁴².

Zum einen endet nach den §§ 620 Abs. 2, 622 BGB das Arbeitsverhältnis nur unter Beachtung bestimmter Kündigungsfristen. Daneben wird die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers durch Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes wie etwa § 15 BBiG, § 15 KSchG, § 15 SchwbG oder § 9 MuSchG eingeschränkt. Hinzu kommen die Regelungen des KSchG, wonach die Kündigung nur zulässig ist, wenn sie auch sozial gerechtfertigt ist, § 1 KSchG. Eine Einschränkung erfährt die Kündigungsfreiheit insbesondere durch die Form- bzw. Verfahrensvorschriften der §§ 17ff. KSchG und der §§ 111ff. BetrVG.

Diese Einschränkung erfolgt zu Recht, weil das Arbeitsverhältnis für einen Großteil der Bevölkerung die Existenzgrundlage bildet⁴³.

B. Begriff der Massentlassung

Die Massentlassung ist regelmäßig weder personen- noch verhaltens-, sondern vielmehr betriebsbedingt veranlasst⁴⁴. Eine (zahlenmäßige) Definition des Begriffs der Massentlassung findet sich weder im KSchG noch im BetrVG.

Eine Orientierungshilfe bietet insoweit § 112a Abs. 1 BetrVG. Danach ist bei der Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern (Massentlassung) eine Sozialplanregelung im Sinne des § 112 Abs. 4 und 5 BetrVG erzwingbar

- in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern 20 vom Hundert der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer, mindestens aber 6 Arbeitnehmern,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 250 Arbeitnehmern 20 vom Hundert der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder mindestens 37 Arbeitnehmern,

⁴² MünchKomm - *Schwerdtner*, § 620 Rn 1.

⁴³ Siehe oben I. A.

⁴⁴ Im schweizerischen Recht gelten nur Kündigungen, die gegenüber einer gewissen Anzahl betroffener Arbeitnehmer ausgesprochen werden und die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, als Massentlassung, Art 335d OR.

- in Betrieben mit in der Regel mindestens 250 und weniger als 500 Arbeitnehmern 15 vom Hundert der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder mindestens 60 Arbeitnehmern,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer, aber mindestens 60 Arbeitnehmern.

Eine weitere Orientierung ermöglicht § 17 Abs. 1 KSchG. Danach sind anzeigepflichtige Entlassungen solche, bei denen

- ein Betrieb mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer,
- ein Betrieb mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
- ein Betrieb mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

entlässt.

§ 17 KSchG fasst den Betroffenenkreis also weiter als § 112a BetrVG. Die Anzeigepflicht gegenüber der Arbeitsverwaltung entsteht früher als die Pflicht, einen erzwungenen Sozialplan zu erfüllen. Die Arbeitsverwaltung wird somit bereits früher zur Lösung des Problems der anstehenden Entlassung herangezogen, um den Folgen der Freisetzung von Arbeitskräften möglichst effektiv zu begegnen.

Eine weitere Hilfestellung, den Begriff der Massenentlassung zu definieren, bietet die Massenentlassungsrichtlinie 75/129/EWG⁴⁵ bzw. Richtlinie 98/59/EG⁴⁶. Danach sind Massenentlassungen solche Entlassungen, die aus Gründen, die nicht in der Person der betroffenen

⁴⁵ Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen vom 17.2.1975, ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29, geändert durch die Richtlinie 92/56/EWG vom 24.6.1992, ABIEG Nr. L 245 vom 26.8.1992, S. 3ff.; BT-Drucks. 13/688, S. 4, neu zusammengefasst in der Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff..

⁴⁶ Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff..

Arbeitnehmer liegen, vorgenommen werden⁴⁷. Sie müssen zudem innerhalb eines Zeitraumes von 30 Tagen einen bestimmten Umfang erreichen. Ausgehend von der Betriebsgröße ist folgender Entlassungsumfang maßgebend⁴⁸:

- bei einer Betriebsgröße von 20 bis 100
mindestens 10 Arbeitnehmer
- bei einer Betriebsgröße von 100 bis 300
10 % der Arbeitnehmer
- bei einer Betriebsgröße ab 300
mindestens 30 Arbeitnehmer.

Nach Art. 1. Abs. 1 lit. a ii der Richtlinie 98/59/EG⁴⁹ liegt eine Massenentlassung zudem auch dann vor, wenn innerhalb eines Zeitraums von 90 Tagen mindestens 20 Arbeitnehmer entlassen werden sollen, unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer der Betrieb beschäftigt. § 17 Abs. 1 KSchG zieht im Vergleich zu § 112a Abs. 1 BetrVG und Art. 1 Abs. 1 lit. a Richtlinie 75/129/EWG den weitesten Anwendungskreis. Da bereits mit Erreichen der Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG die Anzeigepflicht gegenüber der Arbeitsverwaltung ausgelöst wird, ist es bei der quantitativen Definition der Massenarbeitslosigkeit *m.E.* dann auch konsequent, auf § 17 Abs. 1 KSchG abzustellen. Andernfalls käme man zu dem wertungsmäßig merkwürdigen Ergebnis, dass bereits eine Anzeigepflicht gegenüber der Arbeitsverwaltung nach § 17 KSchG besteht, ohne dass man jedoch zahlenmäßig dies bereits als Massenentlassung verstehen würde.

C. Voraussetzungen der Massenentlassung

1. Allgemeiner und besonderer Kündigungsschutz

a. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

Der Massenkündigungsschutz ist (auch) im Licht des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz zu sehen⁵⁰.

⁴⁷ Siehe auch *Zinziel*, Massenentlassungen, S. 284.

⁴⁸ Art 1 lit. a Richtlinie 75/129/EWG.

⁴⁹ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 29.6.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 201/88 vom 17.7.1998, S. 16ff..

⁵⁰ HAS - *Steffan*, § 19 K Rn.108 .

Die besonderen Vorschriften des Massentlassungskündigungsschutzes verdrängen nicht den allgemeinen Kündigungsschutz. Das *B A G*⁵¹ hat entschieden, dass der allgemeine individualrechtliche Kündigungsschutz des KSchG unberührt bleibt. Für den einzelnen entlassenen Arbeitnehmer bedeutet dies, dass er bei Geltendmachung der Sozialwidrigkeit der Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG unter Erhebung der (punktuellen) Kündigungsschutzklage die Drei-Wochenfrist der §§ 4, 7 KSchG beachten muss. Er muss die Kündigungsschutzklage also binnen dieser Frist anhängig machen.

Die Sperrfrist des § 18 KSchG führt dabei nicht etwa zu einer Verlängerung der Klageerhebungsfrist der §§ 4, 7 KSchG – dies muss der betroffene Arbeitnehmer beachten und fristgerecht die Kündigungsschutzklage erheben.

Das Kündigungsschutzgesetz muss persönlich nach § 1 Abs. 1 KSchG und betrieblich im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG anwendbar sein⁵². Persönlich ist es anwendbar, wenn der zu entlassende Arbeitnehmer länger als sechs Monate ununterbrochen beschäftigt war. Betrieblich ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar, wenn der Arbeitgeber mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt.

Nach dem KSchG ist die Massentlassung von Arbeitnehmern nur sozial gerechtfertigt, wenn die Entlassung personen-, verhaltens-, oder betriebsbedingt ist – im Unterschied zum schweizerischen Recht, wonach die Massenkündigung im Falle der Personen- bzw. der Verhaltensbedingtheit unzulässig ist⁵³. Bei der Massentlassung ist die betriebsbedingte Kündigung der Hauptanwendungsfall. Dabei setzt die betriebsbedingte Kündigung dringende betriebliche Erfordernisse voraus.

*S t e f f a n*⁵⁴ unterscheidet insoweit zusätzlich zwischen außer- und innerbetrieblichen Ursachen.

Zu den außerbetrieblichen zählt er vor allem Absatzschwierigkeiten, Auftragsmangel und Umsatzrückgang.

Innerbetriebliche Ursachen lägen vor, wenn ein wirtschaftlich noch gesunder Betrieb zu bestimmten internen Maßnahmen griffe wie etwa beispielsweise die Änderung oder Einführung neuer Produktionsmethoden, Rationalisierungsmaßnahmen und damit verbundene Betriebseinschränkungen bzw. Betriebsstillegungen. Er weist auch daraufhin, dass sich außer- und innerbetriebliche Ursachen nicht immer streng

⁵¹ *B A G*, DB 1974, S. 1119.

⁵² *S c h a u b*, Arbeitsrechtshandbuch § 128 Rn. 8 und 12.

⁵³ Siehe unten III. C. 1. a.

⁵⁴ HAS - *S t e f f a n*, § 19 K Rn. 108.

auseinander halten ließen, so beispielsweise, wenn ein Produkt vom Markt nicht (mehr) angenommen werde: außerbetrieblich sei dann die fehlende Marktakzeptanz, innerbetrieblich hingegen die mangelnde Fähigkeit, das Produkt – etwa im Rahmen einer Überarbeitung – wieder marktgängig zu machen.

Abgesehen von den Abgrenzungsschwierigkeiten wird *m.E.* jedoch nicht genügend deutlich, weshalb überhaupt zwischen inner- und außerbetrieblichen Ursachen unterschieden werden sollte.

Grundsätzlich ist die der Entlassung zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung nicht mehr gerichtlich überprüfbar. Überprüfbar ist lediglich die Frage, ob diese Entscheidung offensichtlich und unübersehbar unsachlich oder willkürlich erscheint.

aa. Bisherige Rechtslage

(1) Allgemeines

*W e b e r*⁵⁵ hob bereits 1986 hervor, dass eine wesentliche Schwierigkeit in der von § 1 Abs. 3 KSchG verlangten Auswahlentscheidung liege, die wiederum in drei nachfolgenden Schritten zu erfolgen habe.

In einem ersten Schritt sei der Kreis der betroffenen Arbeitnehmer festzulegen.

Weiterhin sei in einem zweiten Schritt die Auswahl unter hinreichender Berücksichtigung der Sozialdaten der Arbeitnehmer zu treffen.

Schließlich seien in einem dritten Schritt die entgegenstehenden betrieblichen Belange zu berücksichtigen.

Insbesondere sprach sich *W e b e r*⁵⁶ für den Einsatz von Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG aus, der ihrer Ansicht nach von großer Bedeutung sei, um bei der zu treffenden Sozialauswahl zu einem möglichst objektiven und für die Belegschaft auch nachvollziehbaren Ergebnis zu finden. Sie verwies in diesem Zusammenhang auf die Mindestanforderungen, die das BAG⁵⁷ an solche Auswahlrichtlinien stellt.

Dies waren:

- eine ausreichende Beachtung der Hauptkriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten,

⁵⁵ *W e b e r*, RdA 1986, S. 341ff..

⁵⁶ *W e b e r*, RdA 1986, 341, 344.

⁵⁷ *B A G*, DB 1995, S. 1084.

- hinreichende Beachtung der betrieblichen Interessen,
- abschließende Einzelfallprüfung.

Gerade im Bereich der ausreichenden Beachtung der betrieblichen Interessen sei bei der vorzunehmenden Sozialauswahl darauf zu achten, dass sie nicht die strukturelle Überalterung des verbleibenden Betriebspersonals zur Folge hat.

*Rumpenhorst*⁵⁸ wies auf dieses betriebliche Interesse mit dem Beispiel des Betriebes im Hoch- und Tiefbau sowie im Bergbaubereich hin. In diesen Unternehmen, die von ihrem Personal einen hohen körperlichen Einsatz verlangen (müssen), komme es entscheidend auf einen nicht allzu hohen Altersdurchschnitt der Belegschaft an. Dieses betriebliche Interesse sei zwingend.

Auch die Rechtsprechung erkannte dieses Bedürfnis an. Zwar sei nun nicht bereits § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG dadurch erfüllt, dass eine jüngere Betriebsbelegung stets einer älteren vorzuziehen wäre; eine bloße „Nützlichkeitsabwägung“ sei insofern nicht ausreichend⁵⁹. Eine Rechtfertigung lasse sich indes über die Leistungskraft finden.

Das *BAG*⁶⁰ anerkannte bislang diesen Auswahlbelang, wenn der geordnete Betriebsablauf die Weiterbeschäftigung des Jüngeren erfordert. Auch stellte § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a.F. die betrieblichen Bedürfnisse⁶¹ über die sozialen Gesichtspunkte des 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG a.F..

Die bisherige Rechtslage zur Sozialauswahl wurde schließlich vom Arbeitsrechtlichen Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 25. September 1996⁶² bestimmt. Es geht zurück auf einen Entwurf der Fraktionen von

⁵⁸ *Rumpenhorst*, NZA 1991, S. 214ff..

⁵⁹ *BAG*, NJW 1984, S. 78.

⁶⁰ *BAG*, NJW 1984, S. 78.

⁶¹ § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG zählt hierzu insbesondere die betriebstechnischen sowie die wirtschaftlichen Interessen.

⁶² BGBl. I 1996, S. 1476.

CDU/CSU und FDP⁶³ und trat am 1. Oktober 1996 gemäß Art. 13 ArbBeschFG in Kraft⁶⁴. Das Beschäftigungsförderungsgesetz führte dazu, dass die Sozialauswahl auf drei Auswahlkriterien beschränkt wurde. Dies waren die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des einzelnen Arbeitnehmers. Keine Aussage machte das Kündigungsschutzgesetz zu einer Gewichtung der drei verbliebenen Auswahlkriterien untereinander. Es erschien jedoch auch weiterhin vertretbar, dem Kriterium der Betriebszugehörigkeit gegenüber den anderen Kriterien ein besonderes Gewicht zuzuerkennen, da der andauernde Bestand des Arbeitsverhältnisses bereits in § 10 KSchG als sachgerechter Differenzierungsgrund hervorgehoben war. Nach § 10 Abs. 2 KSchG ist nämlich die Höhe einer Abfindung für den Arbeitnehmer auch an seiner Betriebszugehörigkeit zu messen.

Die besseren Gründe sprachen jedoch *m.E.* letztlich gegen die Annahme einer besonderen Gewichtung durch den Gesetzgeber. Zum einen ist bei § 1 Abs. 3 KSchG a.F. von einer geschlossenen Regelung auszugehen, mit der Folge, dass alle drei Kriterien gleichrangig nebeneinander stehen⁶⁵, zum anderen kann dem Hinweis auf § 10 Abs. 2 KSchG auch entgegengehalten werden, dass diese Rechtsnorm sich nicht nur auf das Kriterium der Betriebszugehörigkeit, sondern auch auf das Lebensalter des einzelnen Arbeitnehmers erstreckt. § 10 Abs. 2 KSchG setzt nämlich das Lebensalter und die Betriebszugehörigkeit zueinander in Beziehung. Dann ist jedoch nicht einzusehen, weshalb lediglich das Auswahlkriterium der Betriebszugehörigkeit eine herausragende Stellung erfahren sollte. Schließlich kommt ein Arbeitnehmer nur dann gemäß § 10 KSchG in den Genuss einer Abfindungsleistung, wenn er neben einer hinreichenden Betriebszugehörigkeit auch ein bestimmtes Lebensalter erreicht hat. Insoweit stehen Betriebszugehörigkeit und Lebensalter völlig gleichrangig nebeneinander. *Wollenschläger* betont in diesem Zusammenhang, dass sich diese Wertung bereits aus dem Umstand ergebe, dass der Gesetzgeber sehenden Auges auf eine unterschiedliche Gewichtung verzichtete und zum anderen auch daraus, dass die arbeitsrechtliche Rechtsprechung ebenfalls dem Arbeitgeber stets einen selbständigen Entscheidungsspielraum zukommen ließ⁶⁶.

⁶³ BT-Drucks. 13/4612, S. 1ff.

⁶⁴ *Preis* hält die Förderung der Beschäftigung durch eine leichtere Kündigungsmöglichkeit für „paradox“, NZA 1998, S. 449, 456.

⁶⁵ *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 160; auch *BAG*, DB 1985, S. 1083ff..

⁶⁶ *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 160.

Fraglich ist, ob und wenn ja welche Relevanz im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG hingegen den Auswahlkriterien Arbeitsmarktchancen sowie Schwerbehinderteneigenschaft zukommen sollten. Es ist wohl erkennbarer Wille des damaligen Gesetzgebers gewesen, zu einer Begrenzung der Auswahlkriterien bei der Sozialauswahl zu kommen. So sollte dem Arbeitgeber und Unternehmer eine größere Planungssicherheit an die Hand gegeben werden. Durch eine Beschränkung auf drei Auswahlkriterien wurde für den Arbeitgeber zugleich das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG erheblich erleichtert. Die drei verbliebenen Kriterien waren für den Arbeitgeber leichter zu erfassen. Der Arbeitgeber sollte gegenüber dem Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens angesichts dieser Beschränkung auf die drei Kriterien die Kündigungssituation ausreichend vortragen können. So bestand zugleich eine größere Wahrscheinlichkeit, dass der Betriebsrat ausreichend unterrichtet wurde. Damit war die Gefahr unwirksamer Kündigungen erheblich gebannt.

Dennoch fanden sich in der Literatur zunehmend Stimmen, die eine Einbeziehung weiterer Kriterien in die Sozialauswahl fordern. So gingen *Preis*⁶⁷, *Bader*⁶⁸ und *Berkowsky*⁶⁹ von einer ergänzenden Funktion weiterer Auswahlkriterien aus.

*Preis*⁷⁰ führte in diesem Zusammenhang die Berücksichtigung von Berufskrankheiten bzw. Arbeitsunfälle an. Er warnte denn auch vor einer unnötigen Verengung des Beurteilungsspielraumes und wies darauf hin, dass der Arbeitgeber auch künftig weitere Sozialkriterien für die Sozialauswahl heranziehen könne. Er müsse nur darauf achten, dass sie mit dem Arbeitsverhältnis in enger Beziehung stünden und an die besondere Schutzwürdigkeit des einzelnen auch anknüpfen.

(2) Prüfung der Sozialwidrigkeit

Die Sozialwidrigkeit wird (immer noch) in einer Drei–Stufen–Prüfung geprüft:

- Feststellung, welche Arbeitnehmer miteinander verglichen werden können und somit in die Sozialauswahl grundsätzlich einzubeziehen sind

(horizontaler Vergleich)

⁶⁷ *Preis*, NJW 1996, S. 3369ff..

⁶⁸ *Bader*, NZA 1996, S. 1125, 1128.

⁶⁹ *Berkowsky*, DB 1996, S. 778f..

⁷⁰ *Preis*, NJW 1996, 3369, 3371.

- Feststellung, welche Arbeitnehmer aus berechtigten betrieblichen Interessen aus der Sozialauswahl wieder herausfallen
- Sozialauswahl unter den verbliebenen Arbeitnehmern

Bei den betrieblichen Interessen ist vor allem an die betriebliche Altersstruktur sowie an die Leistungsträgerstruktur⁷¹ zu denken. Diese beiden Strukturen mussten nicht immer deckungsgleich sein. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a.F. gewährte dem Arbeitgeber die Möglichkeit, diese Überlegungen mit einzubeziehen. Das unternehmerische Interesse an der Erhaltung einer nach Leistungsstärke und Altersstruktur gleichwertigen Belegschaft wurde somit anerkannt.

(3) § 1 Abs. 4 KSchG

§ 1 Abs. 4 KSchG a.F. wurde durch das Beschäftigungsförderungsgesetz⁷² eingeführt.

§ 1 Abs. 4 KSchG a.F. gewährte dem einzelnen Arbeitgeber eine noch größere Planungssicherheit bei der betriebsbedingten Kündigung, indem die Sozialkriterien für die Sozialauswahl – also Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten – bereits tarifvertraglich bzw. mittels Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien festgelegt werden konnten.

bb. Aktuelle Rechtslage

(1) Sozialauswahl

Aufgrund des Korrekturgesetzes⁷³ wurde § 1 Abs. 3 KSchG zum 1. Januar 1999 neu gefasst. Die Neufassung des § 1 Abs. 3 KSchG weist nicht mehr eine abschließende Aufzählung der maßgeblichen Auswahlmerkmale wie Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten⁷⁴ auf.

Die Sozialauswahl muss nunmehr „arbeitsplatzbezogen“ ausgeübt

⁷¹ *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn.239.

⁷² BGBl. I 1996, S. 1476.

⁷³ Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, BGBl. I 1998, S. 3843ff..

⁷⁴ Die neue Rechtslage gilt für alle Kündigungen, die nach dem 31.12.1998 zugegangen sind, *B A G*, NZA 1999, 702.

werden. Der Zuschnitt der Sozialauswahl wird wieder weiter gefasst. Einen genauen Auswahlmaßstab nennt der Gesetzgeber nicht, die Regelung ist unklar gehalten. Die betriebsbedingte Kündigung ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG auch dann sozial ungerechtfertigt, wenn „soziale Gesichtspunkte“ nicht oder zumindest nicht ausreichend berücksichtigt worden sind.

§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG kommt jedoch dann nicht zum Tragen, wenn betriebstechnische ⁷⁵, wirtschaftliche ⁷⁶ oder sonstige berechnigte Bedürfnisse der Weiterbeschäftigung entgegenstehen, § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Für den Betrieb unentbehrliche Leistungsträger fallen somit nicht unter die engere Sozialauswahlprüfung. Damit respektiert der Gesetzgeber ausdrücklich den betrieblichen Belang, den Personalabbau so vorzunehmen, dass die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes durch die Betriebsänderung erhalten bleiben kann.

§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG setzt keine dringenden betrieblichen Bedürfnisse für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer voraus. Betriebswirtschaftliche Überlegungen werden somit zugelassen, wenn die Weiterbeschäftigung zumindest erforderlich ist.

Betriebliche Bedürfnisse umfassen vor allem den geregelten Betriebsablauf. Es ist das Ziel des KSchG, möglichst viele Arbeitsplätze zu erhalten. Damit sind auch künftig Konstellationen vorstellbar, dass ein älterer Arbeitnehmer anstelle des jüngeren entlassen werden muss, weil der jüngere der nur schwerer ersetzbare Leistungsträger ist ⁷⁷. Mit dem Ziel des KSchG, arbeitsplatzerhaltend zu wirken, wäre es in diesem Falle nicht vereinbar, wenn die Entlassung eines oder mehrerer jüngerer Mitarbeiter dazu führen würde, dass der Betrieb dadurch eine erhebliche Verschlechterung seiner Konkurrenzfähigkeit hinnehmen müsste ⁷⁸, insoweit bestehen also berechnigte anerkennenswerte betriebliche Interessen.

Die Sozialauswahl bleibt schließlich auch weiterhin auf den einzelnen Betrieb beschränkt ⁷⁹.

⁷⁵ Betriebstechnische Belange sind Maßnahmen, die notwendig sind, um den produktionstechnischen Herstellungsprozess aufrecht zu erhalten.

⁷⁶ Wirtschaftliche Bedürfnisse zielen auf eine Verbesserung der Ertragslage ab.

⁷⁷ *B a d e r*, NZA 1996, S. 1125, 1128; *L ö w i s c h*, NZA 1996, S. 1009, 1016.

⁷⁸ *R u m p e n h o r s t*, NZA 1991, S. 214, 216.

⁷⁹ *B A G*, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969.

(2) Neufassung des § 1 Abs. 4 KSchG

(a) Arbeitgeberrichtlinie

Mit Wirkung zum 1. Januar 1999 wurde auch § 1 Abs. 4 KSchG neugefasst. Dabei schafft die gesetzliche Neuregelung die sogenannte „Arbeitgeberrichtlinie“ im betriebsratslosen Betrieb ab. Der Gesetzgeber hält diese Vorschrift für einen „systemwidrigen Einbruch“⁸⁰ in das Betriebsverfassungsrecht.

*L ö w i s c h*⁸¹ sieht in der Abschaffung keinen Nachteil, da er die Arbeitgeberrichtlinie sowieso für unpraktikabel hält.

*D ä u b l e r*⁸² begrüßt die Neuregelung und betont, dass seiner Ansicht nach die bisherige Fassung des § 1 Abs. 4 KSchG Arbeitnehmerrechte in unzulässigerweise Art und Weise beschnitten habe. So kritisiert *D ä u b l e r*⁸³ das Ausbleiben einer Regelung hinsichtlich der Frage, wie die 2/3 - Mehrheit der Arbeitnehmerschaft bestimmt werden sollte und beschreibt die Arbeitgeberrichtlinie ebenso wie schon der Gesetzgeber als einen „systemwidrigen Einbruch“ in das Betriebsverfassungsrecht, weil das Betriebsverfassungsrecht keine „basisdemokratische“ Form der Rechtsetzung kenne.

Beibehalten wurde im Rahmen des § 1 Abs. 4 KSchG die Bewertung (Gewichtung) der sozialen Auswahlkriterien untereinander.

(b) Auswahlkriterien bei der Sozialauswahl

*D ä u b l e r*⁸⁴ spricht sich für die Einbeziehung weiterer Auswahlkriterien wie etwa den Gesundheitszustand, zurückliegende Arbeitsunfälle sowie Arbeitsmarktchancen aus. Auch der Gesetzgeber führe in der Gesetzesbegründung⁸⁵ aus, dass die hinreichende Sozialauswahl neben den Auswahlkriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten auch diejenigen Kriterien berücksichtigen muss, die mit dem Arbeitsverhältnis direkt im Zusammenhang stehen, beispielsweise eine Berufs-

⁸⁰ BT-Drucks. 14/45, S. 17.

⁸¹ *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103.

⁸² *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603.

⁸³ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603.

⁸⁴ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603.

⁸⁵ BT-Drucks. 14/45, S. 16.

krankheit. Dies gelte aber nicht für den Fall des § 1 Abs. 4 KSchG n.F.. Hier legen die Betriebs- bzw. die Tarifvertragsparteien fest, welche Auswahlkriterien maßgeblich sein sollen.

Dies stellt auch *L ö w i s c h*⁸⁶ heraus. Die Berücksichtigung weiterer Auswahlkriterien sei mit dem eindeutigen Wortlaut der Neuregelung keinesfalls vereinbar. *L ö w i s c h*⁸⁷ führt insoweit aus:

„Hätte der Gesetzgeber eine solche Gesamtabwägung sicherstellen wollen, hätte er Tarif- und Betriebsparteien nicht das Recht zubilligen dürfen, zu bestimmen, welche sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.“

Bei der Frage, welche Personen aus der Sozialauswahl ausgeklammert werden können, plädiert *D ä u b l e r*⁸⁸ zudem für eine volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Arbeitgeberentscheidung.

M.E. ist der Wortlaut des neugefassten § 1 Abs. 4 KSchG insoweit jedoch eindeutig. Werden die relevanten sozialen Gesichtspunkte sowie ihre Gewichtung untereinander zwischen den Tarifvertrags- bzw. Betriebsparteien vereinbart, so ist diese Wertung bindend. Nur noch auf die grobe Fehlerhaftigkeit ist die getroffene Auswahl dann arbeitsgerichtlich überprüfbar.

Hierfür spricht auch die amtliche Begründung⁸⁹. Hinsichtlich der Überprüfung der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit führt sie nämlich aus, dass der Arbeitsrichter (lediglich) prüfen muss, ob die drei Hauptkriterien überhaupt nicht oder vollkommen unausgewogen im Verhältnis zueinander stehen würden.

Für eine volle gerichtliche Überprüfung der getroffenen Arbeitgeberentscheidung besteht daher dann im Falle des § 1 Abs. 4 KSchG kein Raum mehr.

b. Besonderer Kündigungsschutz

Besonderer Kündigungsschutz findet sich in § 15 Abs. 2 BBiG, in den §§ 85ff. SGB IX, in § 9 MuSchG sowie in § 15 KSchG. Auch im Bereich der Massenentlassung sind diese Vorschriften zu beachten, allerdings

⁸⁶ *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103.

⁸⁷ *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103.

⁸⁸ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603.

⁸⁹ BT-Drucks. 14/45, S. 16.

nur bei der Prüfung des besonderen Kündigungsschutzes⁹⁰, nicht bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit im Rahmen des KSchG. Die Nichtbeachtung des besonderen Kündigungsschutzes hat die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung zur Folge⁹¹.

2. Anhörung des Betriebsrates

Nach § 102 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Die Kündigungsgründe sind dem Betriebsrat dabei zu offenbaren, § 102 Satz 2 BetrVG. Dabei ist der für die Kündigung wesentliche Lebenssachverhalt so zu umschreiben, dass der Betriebsrat – ohne weitere Nachforschungen anstellen zu müssen – die Stichhaltigkeit der einzelnen Kündigungsgründe prüfen kann⁹². Jedoch ist der entlassungswillige Arbeitgeber nur verpflichtet, die aus seiner Sicht maßgebenden Kündigungsgründe vorzutragen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam, § 102 Satz 3 BetrVG.

Diese Regelung gilt auch für den Fall der Massenentlassung⁹³. Das *B A G* stellt klar, dass auch beim Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 KSchG in der Fassung des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes nach § 102 BetrVG eine Betriebsratsanhörung erforderlich ist⁹⁴. Die Anforderungen an die Anhörungen dürfen nicht gelockert werden; allerdings ist es zulässig, dass der Arbeitgeber diese Anhörung mit den Verhandlungen über den Interessenausgleich verbindet. § 1 Abs. 5 KSchG in der Fassung des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes berücksichtigt das betriebliche „Gesamtkonzept“, während § 102 BetrVG eher die Einzelfallbetrachtung ins Auge fasst. Es ist daher fraglich, ob der Betriebsrat in seiner Beurteilung zum einen zwischen der Einzelfallbetrachtung und zum anderen zwischen der Gesamtbetrachtung auch tatsächlich zu unterscheiden vermag. Werden beide Verfahren miteinander verbunden, so muss der Arbeitgeber hierauf deutlich hinweisen. Selbst wenn die Unterrichtung des Betriebsrates im Rahmen des § 17 Abs. 2 KSchG⁹⁵ sehr ausführlich erfolgte, entbindet dies nicht

⁹⁰ *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 239; *Löwisch*, NZA 1996, S. 1009ff..

⁹¹ *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 243.

⁹² *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch § 128 Rn. 28.

⁹³ *B A G*, DB 1994, S. 381; *Hinrichs*, Kündigungsschutz, S. 118.

⁹⁴ *B A G*, BB 1999, S. 2032ff..

⁹⁵ § 17 Abs. 2 KSchG sieht insoweit eine umfassende Unterrichtungs-

den Arbeitgeber, den Betriebsrat vor Ausspruch der Massenkündigung nochmals anzuhören. Werden beide Verfahren miteinander verbunden, dann sollte unmißverständlich vom Arbeitgeber klargestellt werden, in welchem Beteiligungsverfahren sich die Beteiligten befinden. Unklarheiten hierüber gehen zulasten des Arbeitgebers⁹⁶.

3. Massenentlassungsschutz nach den §§ 17ff. KSchG

a. Rechtsnatur der §§ 17ff. KSchG

Die Rechtsnatur – also die Zuordnung der §§ 17ff. KSchG zum Privatrecht bzw. Öffentlichen Recht – ist in Abhängigkeit von der jeweiligen inhaltlichen Regelung zu bestimmen.

Die §§ 17ff. KSchG weisen eine Doppelnatur auf. Betreffen die §§ 17ff. KSchG Fragen der Rechtsbeziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien, so ist das Verhältnis privatrechtlicher Natur. Bei Streitigkeiten ist dann der Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit gegeben⁹⁷. Bei Streitigkeiten um Beteiligungsrechte des Betriebsrats ist ebenfalls der Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit eröffnet. Insoweit findet das Beschlussverfahren statt⁹⁸. Soweit jedoch die Rechtsbeziehungen des Arbeitgebers zur Arbeitsverwaltung berührt sind, liegt ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vor. In diesem Fall ist eine sozialrechtliche Rechtsbeziehung gegeben⁹⁹.

b. Anzeigepflichtige Entlassungen

Die Anzeigepflicht der §§ 17ff. KSchG stärkt die Rolle der Arbeitsverwaltung¹⁰⁰. Darin liegt kein Selbstzweck. Vielmehr wird so der Arbeitsverwal-

plicht vor; so muss der Grund für die Entlassung, Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl und Berufsgruppen der regelmäßig Beschäftigten, der Entlassungszeitraum, die vorgesehenen Auswahlkriterien sowie die für eine eventuelle Abfindung in Frage kommenden Kriterien dem Arbeitsamt mitgeteilt werden.

⁹⁶ HAS - *Steffan*, § 19 K Rn. 108.

⁹⁷ § 2 Abs. 1 Nr. 3b, Abs. 5 ArbGG (Urteilsverfahren).

⁹⁸ § 2a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ArbGG (Beschlussverfahren)

⁹⁹ Die Eröffnung des Rechtswegs zur Sozialgerichtsbarkeit ergibt sich aus § 51 Abs. 1 SGG, siehe *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG § 17 Rn. 18 und § 20 Rn. 27ff..

⁹⁹ Siehe für das schweizerische Recht Art. 335g OR.

tung die Möglichkeit gewährt, auf die kommenden Veränderungen am lokalen Arbeitsmarkt rechtzeitig reagieren zu können. Die Anzeigepflicht lässt sich mithin als eine Art „Frühwarnsystem“ verstehen.

aa. Anwendungsbereich der §§ 17ff. KSchG

Beim Anwendungsbereich ist zwischen dem betrieblichen und dem persönlichen zu differenzieren.

(1) Betrieblicher Anwendungsbereich der §§ 17ff. KSchG

Der betriebliche Anwendungsbereich scheint fest umrissen zu sein - der Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes und des Kündigungsschutzgesetzes sind jedoch unterschiedlich.

(a) Allgemeines

Die §§ 17ff. KSchG gelten für Betriebe und Verwaltungen des privaten Rechts. Sie gelten ferner auch für Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden, solange sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen, § 23 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

Nach § 22 Abs. 1 KSchG finden auf Kampagnebetriebe bzw. Saisonbetriebe die §§ 17ff. KSchG keine Anwendung.

Saisonbetriebe sind Betriebe, in denen das ganze Jahr über gearbeitet wird. Über bestimmte, periodisch wiederkehrende Zeitabschnitte benötigt der Betrieb jedoch eine gesteigerte Anzahl von Arbeitnehmern. Saisonbetriebe sind beispielsweise Hotels in Kurgebieten¹⁰¹.

Kampagnebetriebe sind Betriebe, in denen nicht das ganze Jahr hindurch gearbeitet wird wie z.B. in einer Getreidemühle oder in einer Zuckerfabrik.

Auf Seeschiffe und ihre Besatzungen finden die Art. 17ff. KSchG ebenfalls keine Anwendung, § 23 Abs. 2 Satz 2 KSchG.

(b) Betriebsbegriff der §§ 17ff. KSchG

(aa) Verständnis der *h.M.*

Zwischen dem Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsrechts und dem des Kündigungsschutzgesetzes wird allgemein kaum unterschieden.

Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsrechts ist nach Ansicht des *B A G*¹⁰² und der *h.L.*¹⁰³ eine „organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit Hilfe seiner Arbeitnehmer mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“.

Dabei wird der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat (Personalleitung) koordiniert¹⁰⁴. Diese Leitungsfunktion umfasst personelle und soziale Angelegenheiten. In kleinen und mittelständischen Unternehmen wird die personelle Leitung entweder vom Betriebsinhaber, Geschäftsführer oder einem Betriebsleiter, in größeren Betrieben von den Personalleitungen ausgeübt¹⁰⁵. Dieser Leitungsapparat ist auch zum Ausspruch von Massenentlassungen befugt.

Daneben tritt nach § 4 BetrVG die Fiktion eines selbständigen Betriebes. § 4 BetrVG setzt – neben der Erfüllung des § 1 BetrVG (Betriebsratsfähigkeit)¹⁰⁶ – räumliche Entfernung¹⁰⁷ bzw. Eigenständigkeit in Aufgabenbereich und Organisation¹⁰⁸ voraus. Aber auch der betriebsratsfähige Betriebsteil bedingt eine eigenständige Personalleitung vor Ort¹⁰⁹.

Dieser Betriebsbegriff des BetrVG (mit seiner Erweiterung in § 4 BetrVG) wird auch von der *h.M.* für die Bestimmung des Betriebsbegriffs des

¹⁰¹ Küttner - *Kania*, Personalhandbuch 2000, Saisonarbeit, Rn 1.

¹⁰² *B A G*, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972, AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972, AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972; DB 1983, S. 1498; DB 1992, S. 231.

¹⁰³ *Richard*, BetrVG, Rn. 16, *GK -Kraft*, § 4 Rn. 5, *EK-Eisemann*, § 23 Rn. 7, *Hueck/Nipperdey*, I S. 93, *Nikisch*, I S. 150ff., *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 394, *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 17 Rn. 3, § 23 Rn. 3; *Kittner/Trittin*, Kündigungsschutzrecht, § 17 KSchG Rn. 5, Palandt/*Putzo*, Einf. vor § 611 Rn. 14.; *Kreβel*, AuA 1998, S. 145.

¹⁰⁴ *B A G*, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972, AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Rn. 54.

¹⁰⁵ *Kreβel*, AuA 1998, S. 145.

¹⁰⁶ Betriebsratsfähigkeit liegt dann nach § 1 BetrVG vor.

¹⁰⁷ § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG.

¹⁰⁸ § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG.

¹⁰⁹ *B A G*, AP Nr. 4 zu § 4 BetrVG 1972; AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG 1972.

§ 17 KSchG beinahe vollständig übernommen¹¹⁰. Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes sei jedoch – und hierin liegt die Abweichung – noch extensiver zu verstehen als die betriebsverfassungsrechtliche Definition¹¹¹. Ein Betrieb sei jedenfalls schon dann gegeben, wenn nur eine einheitliche und eigenständige Leitung vorläge¹¹². Die räumliche Einheit sei dagegen – anders als für den Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes – kein maßgebliches Kriterium. Wesentlich sei insoweit die Befugnis des Arbeitgebers, den arbeitstechnischen Zweck zu bestimmen. Diese Befugnis übe der Arbeitgeber durch die personelle Leitungsmacht – insbesondere durch einen Betriebsleiter – aus¹¹³.

(bb) Ansicht von J o o s t

J o o s t vertritt bereits zum betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff eine andere Definition¹¹⁴. Er verzichtet auf das Kriterium eines einheitlichen Leitungsapparates sowie auf die Merkmale einer organisatorischen Einheit wie Arbeitsmittel und eines arbeitstechnischen Zwecks. Seiner Meinung nach lässt sich Betrieb (räumlich) verstehen als ein „auf gewisse Dauer angelegter Tätigkeitsbereich eines Arbeitgebers, in dem er Arbeitnehmer in räumlicher Verbundenheit beschäftigt.“ Der Betriebsbegriff meine (gruppenspezifisch) „eine Gruppe von Arbeitnehmern, die eine gemeinsame Repräsentation erhalten.“¹¹⁵

(cc) Verständnis des E u G H

Der *E u G H*¹¹⁶ hat im „Rockfon-Urteil“ vom 7. Dezember 1995 bereits ausgeführt, dass der Betriebsbegriff der §§ 17ff. KSchG gemeinschaftskonform auszulegen sei. Der für die §§ 17ff. KSchG maßgebliche Betriebsbegriff könne nicht jeweils unterschiedlich nach nationalem Recht festgelegt werden¹¹⁷. Nach dem Verständnis des *E u G H* ist ein Betrieb lediglich eine organisatorische Einheit, eine Einheit, der ein gewisses

¹¹⁰ *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 17 Rn. 5; *Kittner/Trittin*, Kündigungsschutzrecht, § 17 Rn. 5; *KR - Weigand*, § 17 Rn. 17; *Backmeister/Trittin*, KSchG, § 17 Rn. 6.

¹¹¹ *B A G*, BB 1983, S. 1285.

¹¹² *B A G*, NZA 1994, S. 837.

¹¹³ *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 23 Rn. 6.

¹¹⁴ *J o o s t*, Betrieb, S. 265.

¹¹⁵ *J o o s t*, Betrieb, S. 265.

¹¹⁶ *E u G H*, Slg. 1995, I - S. 4219, 4316ff..

¹¹⁷ *E u G H*, Slg. 1995, I - S. 4219, 4316ff.; so auch *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 223f..

Arbeitnehmerkontingent zur Erfüllung eines Arbeitszweckes zugeteilt sei¹¹⁸. Es komme daher für die Bestimmung des Betriebsbegriffes – wie es auch *J o o s t* anführt – auf das Kriterium der Leitungsmacht nicht an¹¹⁹.

Der *E u G H*¹²⁰ begründet seine Wertung damit, dass der Betriebsbegriff der Richtlinie 75/129/EWG vom 17. Februar 1975 gemeinschaftsrechtlicher Natur sei. Er führt an, dass in den jeweiligen sprachlichen Fassungen des Richtlinien textes unterschiedliche Begriffe verwendet werden, nämlich „Betrieb“ in der deutschen, „establishment“ in der britischen, „centro de trabajo“ in der spanischen, „etablissement“ in der französischen, „stabilimento“ in der italienischen, „plaatselijke eenheid“ in der niederländischen, „estabelecimento“ in der portugiesischen und „arbetsplats“ in der schwedischen Version. Eine jeweilige nationale Interpretation des Betriebsbegriffes der Richtlinie komme nicht in Betracht, da die jeweiligen Begriffe voneinander abweichende Inhalte hätten: entweder Niederlassung, Unternehmen, Mittelpunkt der Arbeit, räumliche Einheit oder Arbeitsort. Vielmehr sei bei der gemeinschaftskonformen Interpretation darauf zu achten, dass sie die Arbeitnehmer schützen will. Die Anwendung der Richtlinie wäre deutlich erschwert, wenn auch die personelle Leitungsmacht maßgebliches Definitionsmerkmal wäre, da der Arbeitgeber die personelle Leitungsmacht einfach verlagern könne und so aus einem Betrieb eine Arbeitsstätte machen, die dann erst mit einer weiteren Arbeitsstätte einen einheitlichen Betrieb bilde. Diese Umgehungsmöglichkeit sei mit dem Zweck der Richtlinie – dem Schutz der Arbeitnehmer – nicht zu vereinbaren¹²¹.

Damit weicht diese Definition erheblich vom deutschen Betriebsbegriff im Sinne der §§ 17ff. KSchG ab¹²², weil sie gerade auf die Merkmale eines einheitlichen Leitungsapparates verzichtet. Die europäische (gemeinschaftskonforme) Auslegung ist weiter gefasst¹²³.

¹¹⁸ *E u G H*, Slg. 1995, I - S. 4219, 4316ff..

¹¹⁹ Der *E u G H* entschied über ein dänisches Unternehmen.

¹²⁰ *E u G H*, Slg. 1995, I - S. 4219, 4316.

¹²¹ *E u G H*, Slg. 1995, I - S. 4219, 4317.

¹²² Siehe oben II. C. 3. b. aa. (1) (b).

¹²³ *W i ß m a n n* weist auf die Rechtsprechung des *E u G H* zu § 613a BGB hin. Dort hatte das Gericht (überraschenderweise) entschieden, dass sogar eine einzelne Person bereits einen kompletten Betriebsteil ausmachen kann, Christel Schmidt, *E u G H*, Slg. 1994 I S. 1311, 1321, auch AP Nr. 106 zu § 613a BGB. Der *E u G H* vertrat dabei die Auffassung, dass ein Betriebsübergang bereits dann anzunehmen sei, wenn die wirtschaftliche Einheit des übergebenen

Im Gegensatz zu *J o o s t* verzichtet der *E u G H* hingegen nicht auf das Definitionsmerkmal einer organisatorischen Einheit.

(dd) Eigene Wertung

Im Bereich der §§ 17ff. KSchG ist es *m.E.* richtig, beim Betriebsbegriff lediglich auf den räumlichen Zusammenhang abzustellen. Die Annahme, die Richtlinie 75/129/EWG gestatte die Definition des Betriebsbegriffs der Richtlinie nach dem jeweiligen nationalen Verständnis, widerspricht dem Streben nach Vereinheitlichung und Vereinfachung des Gemeinschaftsrechts. Die Richtlinie enthält weiterhin keinen Hinweis darauf, dass zudem gerade das deutsche Verständnis¹²⁴ für die Auslegung des Betriebsbegriffs maßgeblich sein sollte – dies wird im übrigen auch so ausdrücklich von niemandem vorgetragen. Im Kontext mit anderen EU-ausländischen Regelungen ist diese Angleichung nur bei einem einheitlichen Verständnis zentraler Begriffe des Arbeitsrechtes möglich. Der Betriebsbegriff ist ein solch zentraler Begriff. Maßgeblich sollte für den Bereich der §§ 17ff. KSchG daher das Gemeinschaftsverständnis sein. Darüber hinaus gibt es im Kündigungsschutzgesetz keine Legaldefinition des Betriebsbegriffes. Der dadurch offen gehaltene Freiraum gibt daher Raum für ein gemeinschaftskonformes Verständnis des Betriebsbegriffes.

Für die Interpretation des Betriebsbegriffs im oben genannten Sinne spricht somit das gemeinschaftsrechtliche Effizienzgebot („*effet utile*“¹²⁵). Danach sind Regelungen des Gemeinschaftsrechtes so auszulegen, dass sie angesichts der Ziele und der Aufgaben der Gemeinschaft ein

Teils gewahrt geblieben sei. Der Einwand Deutschlands, dass ein Betriebsübergang auch eine Vermögensübernahme bedinge, wies der *E u G H* mit dem Argument zurück, dass eine fehlende Vermögensübernahme nicht den Rückschluss zulasse, ein Betriebsübergang liege nicht vor, Slg. 1994 I, S. 1321, 1326. Die *h.L.* weist darauf hin, dass dieses Verständnis den Betriebsbegriff „ins Uferlose“ ausdehne, was den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen deutlich verunsichern und erschweren werde, *W o l l e n s c h l ä g e r*, FS für Gitter, S. 1067, 1077, *d e r s e l b e / P o l l e r t*, ZfA 1996, S. 547, 579f.; *B a u e r*, BB 1994, S. 1433 ff.; *J u n k e r*, NJW 1994, S. 2527ff.; zur Betriebsverlagerung in das Ausland siehe auch *W o l l e n s c h l ä g e r / F r ö l i c h*, ArbuR 1990, S. 314ff..

¹²⁴ Siehe II. C. 3. b. aa. (1) (b) (cc) und (dd).

¹²⁵ Der *effet utile* gehört zur teleologischen Auslegung und somit zu einer Auslegung, die vor allem auf das Ziel und den Zweck der jeweiligen Regelung achtet, siehe *B ö h m*, Kompetenzauslegung, S. 98ff., 403.

Höchstmaß an Wirksamkeit aufweisen¹²⁶. Bei der Umsetzung der Richtlinie 75/129/EWG muss der deutsche Gesetzgeber daher den Regelungsgehalt der Richtlinie zu beachten. Die Richtlinie kennt nicht das einschränkende Kriterium des personellen Leitungsapparates; es findet sich für dieses Verständnis kein einziger Anhaltspunkt. Entscheidend ist vielmehr der Arbeitnehmerschutz¹²⁷ in Verknüpfung mit dem in Art. 136 EGV¹²⁸ niedergelegten Grundsatz der vereinheitlichten Arbeitsbedingungen¹²⁹. Ziel ist die gemeinschaftsweit angegliche Auslegung, was zu einer gemeinschaftsweit einheitlichen Betriebsbegriffsdefinition im Bereich der Massenentlassungsregeln führen muss. Dafür spricht überdies auch der Umstand, dass in den Erwägungsgründen der Richtlinie 75/129/EWG ausdrücklich auf Art. 117 EGV („Maastrichter Fassung“) Bezug genommen wird¹³⁰.

Die Definition des Betriebs im Rahmen der §§ 17ff. KSchG als organisatorische Einheit, der Arbeitnehmer zur Erfüllung von Arbeitsverpflichtungen in räumlich-lokaler Verbundenheit angehören, sollte daher ausreichen. Räumlich-lokale Verbundenheit ist dabei gleichbedeutend mit räumlicher Einheit bzw. räumlicher Nähe. Diese Definition verzichtet auf das Kriterium eines einheitlichen Leitungsapparates, dies erscheint mir auch sachgerecht, weil so sichergestellt wird, dass bei einer Massenentlassung die maßgebliche Zahl der Betroffenen räumlich bestimmt wird und nicht aufgrund der vorgefundenen Arbeitsorganisation bzw. der personellen Leitungsmacht. Diese Auslegung ist zugestandenermaßen ergebnisorientiert. Nur so ist es *m.E.* jedoch zu gewährleisten, dass der Massenentlassungsschutz nicht dadurch (organisatorisch) umgangen wird, dass bei zentralem Leitungsapparat über geographisch getrennte Arbeitsstätten die Gesamtzahl aller Arbeitnehmer der zentral geleiteten Arbeitsstätten als Bezugsgröße für die §§ 17ff. KSchG maßgeblich wäre. In diesem Falle griffen die Schutzvorschriften der §§ 17ff. KSchG nämlich erst bei einer höheren Anzahl zu entlassender Arbeitnehmer ein.

Anders wenn man bei der Betriebsbestimmung – wie vorgeschlagen – auf die räumliche Verbundenheit der Arbeitnehmer abstellt. In diesem Fall kommen die §§ 17ff. KSchG schon früher zum Tragen, weil dann jede einzelne Arbeitsstätte bereits einen Betrieb bildet und somit auch

¹²⁶ Siehe *B ö h m*, Kompetenzauslegung, S. 98ff., 403.

¹²⁷ Siehe auch *Z i n i e l*, Massenentlassung, S. 301.

¹²⁸ Der bisherige Art. 117 EGV („Maastrichter Fassung“).

¹²⁹ *L a n g e n f e l d / J a n s e n*, in: Grabitz/Hilf, EGV Art. 117 Rn. 2.

¹³⁰ *Z i n i e l*, Massenentlassung, S. 283f..

eine geringere Anzahl von zu entlassenden Arbeitnehmern die Anzeigepflicht nach § 17 KSchG auslösen kann.

Ein Beispiel: Ein Unternehmen hat zwei räumlich auseinander liegende Arbeitsstätten in Stuttgart, eine im Norden mit 25 Arbeitnehmern und eine im Süden der Stadt mit 95 weiteren Arbeitnehmern; die Personalleitung erfolgt ausschließlich vom Süden aus. Das Unternehmen will sieben Arbeitnehmer der nördlichen Arbeitsstätte entlassen.

Stellt man auf die Personalleitung als maßgebliches Betriebskriterium ab, so besteht das Unternehmen aufgrund der zentralen Personalleitung nur aus einem einzigen Betrieb, mit der Folge, dass der Arbeitgeber nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG dem Arbeitsamt keine Anzeige zu erstatten hat. Die Anzeigepflicht würde schließlich erst bei zwölf¹³¹ betroffenen Arbeitnehmern eingreifen. Definiert man den Betrieb indes räumlich, so besteht das Unternehmen aus zwei Betrieben – jede Arbeitsstätte ist ein eigener Betrieb. Der Arbeitgeber hat jetzt nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG diese Entlassung der Arbeitsverwaltung anzuzeigen, weil die nördliche Arbeitsstätte (= ein Betrieb) mehr als fünf, nämlich sieben, Arbeitnehmer entlassen will.

Die §§ 17ff. KSchG wurden zur Umsetzung der Richtlinie 75/129/EWG erheblich geändert¹³² – es auch schon deshalb konsequent, zu einer richtlinienkonformen Auslegung des Betriebsbegriffes im oben genannten Sinne zu kommen. Zudem ist es im Rahmen einer immer straffer werdenden Arbeitsstruktur *m.E.* zu erwarten, dass Unternehmen zunehmend dazu übergehen, im Wege der Rationalisierung und Verschlankung ihrer Personalstruktur zentrale Leitungsapparate für mehrere einzelne Arbeitsstätten zu errichten. Die daraus resultierende weitere Verästelung des (noch nationalen) Betriebsbegriffes¹³³ in der deutschen Rechtsordnung ist mit Blick auf eine angestrebte zukünftige europaeinheitliche (Arbeits-)Rechtsordnung *m.E.* hinnehmbar.

¹³¹ 10 % der insgesamt 120 Arbeitnehmer, § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG.

¹³² *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, Vorb. zu §§ 17ff. KSchG Rn. 5.

¹³³ Siehe oben II. 3. b. aa. (1) (b).

(c) Die weitere Diskussion um den Betriebsbegriff außerhalb der §§ 17 ff. KSchG – die sog. „Bonner Erklärung“

(aa) Betriebsbegriff

An dieser Stelle soll auch auf Forderungen nach einer Erweiterung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffes – also um den Betriebsbegriff außerhalb der §§ 17 ff. KSchG – eingegangen werden.

So fordert der *D G B* im Rahmen der sogenannten „Bonner Erklärung für eine moderne Betriebsverfassung“¹³⁴ die Annahme eines Betriebes nicht nur bei räumlicher Nähe, sondern auch bei „organisatorischer Verbundenheit“¹³⁵. In einer Neufassung des § 1 BetrVG wird als Definition vorgeschlagen, den Betrieb als „Tätigkeitszusammenhang von Arbeitnehmern“ zu verstehen¹³⁶. Dieser Tätigkeitszusammenhang beruhe zum einen auf räumlicher Verbundenheit von Arbeitsplätzen oder Arbeitsstätten und zum anderen – neben einer sozialen Verbundenheit – auf miteinander verknüpften Arbeitsabläufen.

Räumliche Verbundenheit liege auch dann vor, wenn die Kommunikation oder der Tätigkeitszusammenhang gewährleistet sei und bei einer wertenden Gesamtbetrachtung der Gesichtspunkt räumlich-geographischer Nähe hinter die übrigen Merkmale zurücktrete.

Diese Betriebsdefinition sei nicht statisch. Sie vereine mit der sozialen und der räumlichen Verbundenheit mehrere Aspekte. Dabei sei diese Definition relativ offen gefasst.

Vergleicht man diese Betriebsdefinition mit dem Verständnis der §§ 17 ff. KSchG, wonach der Betrieb eine organisatorische Einheit, der Arbeitnehmer zur Erfüllung Arbeitsverpflichtung in räumlicher Verbundenheit angehören, ist, fällt auf, dass diese Definitionen nicht allzu weit auseinander liegen. Beide Begriffsverständnisse stellen auf einen räumlichen Zusammenhang ab, wobei allerdings der Betriebsbegriff des *D G B* s sogar soweit gehen will, dass der Tätigkeitszusammenhang räumlich weit auseinanderliegender Arbeitsplätze auch dann noch anzunehmen sei, wenn die Telekommunikation dies ermögliche. Damit geht das Verständnis vom Betriebsbegriff jedoch *m.E.* zu weit. Betriebliche Tätigkeit ist immer von einer räumlich-geographischen Nähe geprägt. Ansonsten besteht die Abgrenzungsschwierigkeit, wann - bei einer wertenden (normativen) Betrachtung – noch ein Betrieb

¹³⁴ Ein Abdruck der Bonner Erklärung findet sich in AuA 1999, S. 203.

¹³⁵ Zur Bonner Erklärung siehe auch *H a n a u*, AuA 1999, S. 203f..

angenommen werden darf und wann nicht, zumal letztlich die Kommunikation als Definitionsmerkmal des Tätigkeitszusammenhangs ausreichen soll. Damit weist diese Auslegung *m.E.* einen zu großen Unsicherheitsfaktor auf.

Übereinstimmend gehen die oben im Rahmen der §§ 17 ff. KSchG bzw. vom *D G B* vorgeschlagenen Definitionen jedoch davon aus, dass die personelle Leitungsmacht kein Definitionsmerkmal sein soll.

Der gewerkschaftliche Vorschlag verzichtet (ebenfalls) bewusst auf dieses Kriterium, weil es ansonsten der Arbeitgeber aufgrund seiner im wesentlichen autonomen Organisationsentscheidung in der Hand hätte, ob eine Arbeitsstätte nun einen Betrieb darstellt oder nicht.

Anders als der Novellierungsvorschlag des *D G B* enthält § 1 BetrVG in seiner Neufassung durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes¹³⁷ keine Konkretisierung des Betriebsbegriffes. Ergänzt wird der bisherige § 1 BetrVG in Abs. 1 mit dem neu hinzugefügten Satz 2 um den gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen¹³⁸. Welche Voraussetzungen aber für die Annahme eines Betriebes vorliegen müssen, regelt das BetrVG auch weiterhin nicht¹³⁹.

(bb) Betriebsbezogenheit

Desweiteren wird zum Teil vorgeschlagen, im Rahmen des § 111 BetrVG nicht auf die Arbeitnehmerzahlen im Betrieb, sondern auf die des gesamten Unternehmens abzustellen¹⁴⁰. Diese Forderung steht im Widerspruch zum bisherigen BetrVG, wonach der einzelne Betrieb stets die maßgebende Bezugsgröße ist¹⁴¹. Sie dehnt *m.E.* den Bezugsrahmen zu weit aus. So gelangt diese Ansicht dann auch bei Kleinstbetrieben – also Betrieben von weniger als sechs Arbeitnehmern¹⁴² – zu dem Ergebnis, dass bei diesen – Zugehörigkeit zu einem größeren Unternehmen vorausgesetzt – die §§ 111ff. BetrVG anzuwenden sind.

¹³⁶ Dagegen *Richard*, NZA 2000, S. 161, 163.

¹³⁷ BGBl. I 2001, S. 1852ff..

¹³⁸ § 1 Abs. 2 BetrVG enthält eine Vermutungsregel, in welchen Fällen ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vermutet werden kann. Diese Regelung entspricht der bisherigen ständigen Rechtsprechung des *B A G*, siehe AP Nr. 9 zu § 23 KSchG sowie FKHE, § 1 Rn. 75.

¹³⁹ Siehe auch *Richard/Ann*, DB 2001, S. 41.

¹⁴⁰ *Hana*, AuA 1999, S. 203, 204.

¹⁴¹ Siehe nur die §§ 1 sowie die §§ 111ff. BetrVG.

¹⁴² Siehe § 1 BetrVG.

Gleiches gilt auch bei zwei Kleinstbetrieben, die zusammen ein Unternehmen bilden.

Mit dem Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes hat sich diese unternehmensbezogene Sicht jedoch durchgesetzt. Bekanntermaßen stellt § 111 Satz 1 BetrVG nunmehr auf das Unternehmen und nicht mehr auf den einzelnen Betrieb ab.

(cc) Arbeitnehmerbegriff

Im Rahmen der Bonner Erklärung wird auch die Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffes gefordert.

Die zunehmende Eigenverantwortung für die eigene Tätigkeit führe dazu, dass die Tätigkeit für das Unternehmen weitestgehend unabhängig von direkter Weisungsgebundenheit ausgeführt werde. Schließlich könne die zunehmende Beschäftigung im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen nicht darüber hinwegtäuschen, dass großenteils wirtschaftliche Abhängigkeit bestehe. Deshalb müsse der Arbeitnehmerbegriff auch die Tätigkeiten, die im Rahmen einer weiterhin bestehenden Abhängigkeit ausgeübt wird, erfassen.

Der Vorschlag des *D G B* lehnt sich an § 7 Abs. 4 SGB IV an¹⁴³.

Diese Abgrenzung greift indes *m.E.* viel zu weit. Heimarbeiter sind z.B. schon über die §§ 29, 29a HAG geschützt. Danach genießt der Heimarbeiter einen speziellen Kündigungsschutz. § 29 HAG sieht bestimmte Kündigungsfristen vor. Nach § 29 a HAG ist die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats oder der Jugend- und Auszubildendenvertretung regelmäßig unzulässig. Heimarbeiter genießen mit in den §§ 10f. HAG Arbeitszeitschutz, in den §§ 12 ff. HAG Gefahrenschutz sowie in den §§ 23ff. HAG Entgeltenschutz.

Abgesehen davon ist das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht geeignet, den Arbeitnehmer vom Selbständigen zu unterscheiden. Der Selbständige trägt unternehmerisches Risiko und das besteht eben auch darin, frei zu entscheiden, ob er von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sein will. Es ist seine freie unternehmerische Entscheidung und auch Ausdruck seiner unternehmerischen Chance.

Kennzeichnend für ein Arbeitsverhältnis ist vielmehr die persönliche Abhängigkeit¹⁴⁴, nicht die wirtschaftliche. Persönliche Abhängigkeit ist

¹⁴³ *Fischer*, NZA 2000, S. 167, 169.

¹⁴⁴ Ständige Rechtsprechung seit *B A G* AP Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit (Bl. 2 R); zuletzt AP Nr. 57 (Bl.2); Nr. 59 (Bl.2); Nr. 68 (Bl. 4R); Nr. 74 (Bl. 2); Nr. 79 (Bl. 2R); Nr. 94 (Bl. 3R); Nr. 95 (Bl. 3R);

gekennzeichnet von der Fremdbestimmtheit der Arbeit¹⁴⁵. Es trifft *m.E.* zu, dass die Arbeitnehmer eigenständiger und mit mehr Eigenverantwortung ihrer Arbeit nachgehen können, nicht richtig ist es jedoch, daraus den Schluss zu ziehen, dass ihre Tätigkeit nicht mehr fremdbestimmt wäre. Dieser Schluss geht zu weit. Umgekehrt drängt sich bei einer Definition des Arbeitnehmerbegriffs über die wirtschaftliche Abhängigkeit nämlich die Frage auf, ob dann überhaupt ein vermögender Mitarbeiter Arbeitnehmer sein kann. Der Vermögende ist schließlich nicht wirtschaftlich vom anderen abhängig. Der (konsequente) Schluss, der Vermögende könne mangels wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht Arbeitnehmer sein, wäre aber doch ein merkwürdiges Ergebnis.

Gegen das gewerkschaftliche Verständnis spricht *m.E.* auch ein arbeitsmarktpolitisches Argument:

Die Definition des Arbeitnehmers über die wirtschaftliche Abhängigkeit schwächt das Existenzgründertum. Viele Unternehmen würden davor zu-

Nr. 96 (Bl.2R); Nr. 97 (Bl. 2); Nr. 102 (Bl. 2R); Nr. 104 (Bl. 3) jeweils zu § 611 Abhängigkeit; *Konzen*, RdA 2001, S. 76, 82; MünchKomm - *Müller - Glöge* § 611 Rn. 141; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch § 8 Rn. 19; Küttner - *Bauer*, Arbeitnehmer (Begriff) Rn. 9; *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 3.

¹⁴⁵ *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 3; *derselbe*, Optisches Arbeitsrecht, Schaubild 1; *BAG*, AP Nr. 24 zu § 611. Für den Bereich des virtuellen Arbeitsplatzes schlagen *Haupt/Wollenschläger* vor, als neues ergänzendes Kriterium zur Definition der „persönlichen Abhängigkeit“ die „informationelle bzw. kommunikationstechnische Abhängigkeit“ heranzuziehen, NZA 2001, S. 289, 292. Informationell abhängig sei derjenige, der „zur Erledigung der Arbeit auf bestimmte Daten des Arbeitgebers zugreifen muss, wobei letzterer zugleich in gewissem Umfang eine Überwachungs- bzw. Kontrollmöglichkeit“ habe. *Weyer* hält hingegen das Kriterium der „persönlichen Abhängigkeit“ für ungeeignet, um dem Arbeitnehmerbegriff zu bestimmen. Entscheidend sei vielmehr der Verlust der Dispositionsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft zugunsten des Arbeitgebers (Fremdnützigkeit der Arbeit). *Weyer* greift dabei auf das „duale Modell der Erwerbstätigkeit“ zurück, wonach der Arbeitgeber als Träger des unternehmerischen Risikos seine unternehmerische Chance am Markt sucht und sich dabei der Arbeitskraft seiner Arbeitnehmer bedient. Die Arbeitnehmer wiederum müssen kein unternehmerisches Risiko tragen und können so ihre Existenzgrundlage absichern, siehe *Weyer*, Arbeitsverhältnis S. 257ff., 433.

rückweichen, Aufträge extern zu vergeben, solange die „rechtliche Gefahr“ bestünde, dass die Auftragnehmer wirtschaftlich von ihnen als Auftraggeber abhängig sind, mit der Konsequenz, dass diese als Arbeitnehmer anzusehen sind. Ähnliche vergleichbare negative Erfahrungen wurden mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte¹⁴⁶ gemacht¹⁴⁷.

(2) Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 17ff. KSchG

(a) § 17 Abs. 5 KSchG

Der persönliche Anwendungsbereich erfasst alle Arbeitnehmer mit Ausnahme derjenigen, die als leitende Arbeitnehmer zur selbständigen Entscheidung über Einstellung und Entlassung von Personal mit entsprechender unternehmerischer Leitungsmacht ausgestattet sind, § 17 Abs. 5 KSchG¹⁴⁸.

Das KSchG findet damit keine Anwendung für Personen, die

1. in Betrieben einer juristischen Person Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans sind,
2. in Betrieben einer Personengesamtheit die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufen sind, § 17 Abs. 5 KSchG.

Ausgenommen vom persönlichen Anwendungsbereich sind auch alle Nichtarbeitnehmer wie beispielsweise die Heimarbeiter¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BGBl. I 1998, S. 3384ff..

¹⁴⁷ *Goretzki/Hohmeister*, BB 1999, 635, 642; *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, S. 169, 177, *Buchner*, DB 1999, S. 146, *Reiserer*, BB 1999, S. 366, *Nietzer/Stadie/Hopfenziz*, NZA 1999, S. 19ff..

¹⁴⁸ Zur Kritik hierzu siehe unten II. C. 3. b.(2) (b) und (c).

¹⁴⁹ Diese gehören zum Kreis der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen. Arbeitnehmerähnliche Person ist, wer, ohne persönlich abhängig und damit Arbeitnehmer zu sein, aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages oder eines ähnlichen Rechtsverhältnisses in wirtschaftlicher Abhängigkeit Dienst- oder Werkleistungen erbringt persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringt und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig ist, KR - *R o s t*, Arbeitnehmerähnliche Person, Rn 9.

(b) Ansicht von *Wißmann*

*Wißmann*¹⁵⁰ weist auf den Umstand hin, dass die EG-Richtlinie 75/129/EWG¹⁵¹ den persönlichen Anwendungsbereich der von einer Massenentlassung Betroffenen nicht um den Kreis der leitenden Arbeitnehmer einschränkt – im Gegensatz zur deutschen Regelung¹⁵². Seiner Meinung nach finde sich kein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, wonach die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs bzw. -kreises Sache des nationalen Gesetzgebers wäre. Eine entsprechend verlässliche Handhabung des *E u G H* liege nicht vor¹⁵³. *Wißmann*¹⁵⁴ sieht insoweit Nachbesserungsbedarf auf deutscher Seite. § 17 Abs. 5 KSchG, der einzelne leitende Arbeitnehmer¹⁵⁵ vom Massenkündigungsschutz herausnimmt, schränke den Anwendungsbereich der Richtlinie in einem unzulässigen Maße ein¹⁵⁶.

(c) Eigene Wertung

Trotz der Nähe des leitenden Arbeitnehmers zur Person des Arbeitgebers bleibt zu berücksichtigen, dass dies nichts an dem Umstand ändert, dass die deutsche Umsetzung von der europäischen Vorgabe abweicht und den Massenkündigungsschutz den leitenden Mitarbeitern unzulässigerweise vorenthält¹⁵⁷.

Die EG-Richtlinie 75/129/EWG unterscheidet gerade nicht zwischen dem leitenden und dem nichtleitenden Arbeitnehmer; sie stellt einzig auf das Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ab.

Es ist *m.E.* nicht einzusehen, weshalb die Gruppe der leitenden Angestellten von Massenkündigungsschutz – wie es § 17 Abs. 5 KSchG vorsieht – ausgeschlossen werden soll, zumal sich auch bei der Entlas-

¹⁵⁰ *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 222f..

¹⁵¹ Richtlinie des Rates vom 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29ff..

¹⁵² Siehe auch *Berscheid* - AR-Blattei SD 1020.2 Rn 76; *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 17 Rn. 8.

¹⁵³ Siehe *E u G H*, Slg. 1985, I S. 2639, 2653 ; Slg. 1985, I S. 1459, 1480; Slg. 1993, I S. 6911, 6930.

¹⁵⁴ *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 222f..

¹⁵⁵ „Leitend“ meint vor allem die Befugnis, Arbeitnehmer selbständig einstellen oder entlassen zu können, § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG.

¹⁵⁶ So auch *Kittner/Trittin*, Kündigungsschutzrecht, § 17 Rn 1.

¹⁵⁷ Auch *Hinrichs*, Kündigungsschutz, S. 206. Zum europäischen Einfluss auf das Massenentlassungsrecht siehe unten II. E.

sung leitender Angestellter in größerer Anzahl für die Arbeitsverwaltung ein erhöhter Vermittlungsaufwand einstellt. Aus Sicht der Arbeitsverwaltung besteht bei der Arbeitsvermittlung insoweit kein Unterschied zwischen leitendem und nicht leitendem Arbeitnehmer.

(3) Kündigungen in Arbeitskämpfen

In Arbeitskämpfen finden die §§ 17ff. KSchG keine Anwendung, sofern die Kündigungen als Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen werden. Der Staat will nicht in den Arbeitskampf eingreifen.

bb. Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer im Rahmen der § 17ff. KSchG

(1) Bei Kündigungen

Besondere Folgen ergeben sich für das einzelne Arbeitsverhältnis und damit für den einzelnen Arbeitnehmer aus den §§ 17 und 18 KSchG.

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem zuständigen Arbeitsamt Mitteilung zu machen, bevor er

- in Betrieben mit regelmäßig mehr als 20 und weniger 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig tätigen Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit regelmäßig 500 oder mehr Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Tagen entlässt. Nach § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG besteht eine Anzeigepflicht für den Arbeitgeber auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis auf andere Weise – also beispielsweise durch gegenseitigen Aufhebungsvertrag oder durch Kündigung des Arbeitnehmers, weil bei Eigenkündigung bessere Arbeitsmarktchancen bestehen – beendet wird, solange die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber veranlasst war ¹⁵⁸.

¹⁵⁸

Pulte, NZA 2000, S. 234, 241.

Nach § 18 KSchG werden Entlassungen, die nach § 17 KSchG anzeigepflichtig sind, vor Ablauf eines Monats nur mit Zustimmung des Arbeitsamtes wirksam.

Die Massenentlassung kann also regelmäßig (frühestens) erst einen Monat nach Anzeige gegenüber dem Arbeitsamt ausgeführt werden ¹⁵⁹.

(2) Zwingende Wirkung der §§ 17ff. KSchG bei Aufhebungsverträgen

(a) Ansicht des B A G

Mit Urteil vom 11. März 1999 hat das B A G entschieden, dass auch Aufhebungsverträge bei entsprechender Anzahl betroffener Arbeitnehmer so lange unwirksam sind ¹⁶⁰, bis eine formgerechte Massenentlassungsanzeige im Sinne des § 17 Abs. 3 KSchG beim Arbeitsamt eingereicht und dessen Zustimmung ¹⁶¹ eingeholt worden ist ¹⁶². Das B A G ¹⁶³ führt aus, dass mittels des Aufhebungsvertrages auf die Geltendmachung des allgemeinen und des besonderen Kündigungsschutzes verzichtet werden könne. Dies gelte jedoch nicht für den Verzicht auf den Kündigungsschutz nach den §§ 17 und 18 KSchG, da insoweit bereits öffentliche Interessen entgegenstehen. Die §§ 17 und 18 KSchG verfolgten in aller erster Linie arbeitsmarktpolitische Ziele, nämlich der Verwaltung eine rechtzeitige Reaktion auf die drohende Massenfreisetzung von Arbeitskräften zu ermöglichen.

¹⁵⁹ Hueck/von Hoyningen-Huene, § 18 KSchG Rn. 3.

¹⁶⁰ So auch Grünberger, NJW 1995, S. 2809, 2813.

¹⁶¹ Diese Zustimmung ist ein Verwaltungsakt des Arbeitsamtes. Er ist feststellender Natur. Will sich der Arbeitgeber gegen die Verwaltungsentscheidung wehren, so muss er nach § 51 SGG den Rechtsweg zu den Sozialgerichten beschreiten. Das Sozialgericht wird dann prüfen, ob die Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung den Anforderungen des § 17 KSchG gerecht geworden ist.

¹⁶² B A G, BB 1999, S.1272ff..

¹⁶³ Ebenso Ernst, Aufhebungsverträge, S. 179f; Weber/Ehrlich/Hoß, Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge, Teil 2 Rn. 12f.; Knorr/Bichlmeier/Kremlhelmer, Handbuch des Kündigungsrechts, Kapitel 7 Rn. 16, S. 784, a.A. Bauer, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, Rn. 888. KR - Weigand, § 17 KSchG Rn. 13.

(b) Eigene Wertung

Die §§ 17 und 18 KSchG mit dem darin enthaltenen Massenentlassungskündigungsschutz unterliegen gerade im Vorfeld der anstehenden Entlassung nicht der Dispositionsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien. Die §§ 17ff. KSchG sind zwingende Rechtsnormen¹⁶⁴. Die Arbeitsverwaltung soll durch die vorzunehmende Anzeige in die Lage versetzt werden, auf die bevorstehende Massenentlassung rechtzeitig und angemessen reagieren zu können. Die Landesarbeitsämter und die Arbeitsämter haben dadurch die Möglichkeit, sich auf den zu erwartenden Vermittlungsaufwand einzustellen. So kann das Arbeitsamt nach § 18 Abs. 2 KSchG im Einzelfall bestimmen, dass die Entlassungen nicht vor Ablauf von längstens zwei Monaten nach Eingang der Anzeige wirksam werden. Will der Arbeitgeber die Entlassungssperre des § 18 Abs. 1 KSchG umgehen, so bedarf es hierzu ebenfalls der Zustimmung des Arbeitsamtes. Dabei hat das Arbeitsamt die Möglichkeit, seine Zustimmung auch rückwirkend bis zum Tag der Antragstellung zu erteilen. Diese Einflussnahme der Arbeitsverwaltung darf nicht durch die Individualparteien eingeschränkt werden können. Das Individualinteresse hat sich insoweit dem Gemeininteresse unterzuordnen. Dies ist auch *m.E.* sachgerecht, da die Allgemeinheit die Kosten der Arbeitsverwaltung samt der drohenden Arbeitslosigkeit zu tragen hat.

Unzulässig ist daher der antizipierte Verzicht des Arbeitnehmers auf seine Rechte aus den §§ 17 und 18 KSchG¹⁶⁵. Ein Verzicht kann frühestens nach der Kündigung bzw. der Aufhebungsvereinbarung wirksam vereinbart werden.

Ein (gleichzeitiger) Verzicht in der Aufhebungserklärung selbst, so führt das *B A G* an, liefe darauf hinaus, dass der Arbeitgeber von vornherein von seiner Anzeigepflicht entbunden werde¹⁶⁶.

Das *B A G* vergleicht die Situation der Aufhebung insoweit mit der Kündigung. Erst der Gekündigte kann wirksam auf seinen Kündigungsschutz verzichten. Eine vorherige bzw. gleichzeitige Absprache ist unwirksam.

¹⁶⁴ Hueck/von Hoyningen-Huene, Vorb. zu §§ 17ff. KSchG Rn. 17.

¹⁶⁵ Hueck/von Hoyningen-Huene, Vorb. zu §§ 17ff. KSchG Rn. 17.

¹⁶⁶ *B A G*, NZA 1999, S. 761, 763.

c. Zeitrahmen der Massentlassung nach den §§ 17ff. KSchG

Bei der Massentlassung ist auch umstritten, in welchem Zeitrahmen sie durchgeführt werden kann. In diesem Zusammenhang ist § 18 Abs. 4 KSchG von Bedeutung.

§ 18 Abs. 4 KSchG wurde mit Wirkung zum 1. Januar 1998 durch Art. 50 Arbeitsförderungsreformgesetz vom 24. März 1997¹⁶⁷ neugefasst. Die Freifrist beträgt nun 90 Tage.

aa. Begriff der „Durchführung“ der Massentlassung

(1) Ansicht von *St i k e*

*St i k e*¹⁶⁸ setzt sich mit der Frage auseinander, wie der Begriff der „Durchführung der Massentlassung“ zu bestimmen ist. Dabei zeigt er drei verschiedene Anknüpfungspunkte auf:

- Absendung der Kündigungserklärung
- Zugang der Kündigungserklärung
- Ablauf der Kündigungsfrist

Er weist vor allem auf das Risiko des Arbeitgebers hin. Ihm werde nämlich das Risiko der Entscheidung des Landesarbeitsamtes übertragen, und das, obwohl er dieses Risiko vorher überhaupt nicht abschätzen könne. Im Zeitpunkt der Kündigungserklärung weiß der Arbeitgeber schließlich noch gar nicht, wann die Freifrist des § 18 Abs. 4 KSchG genau anlaufen werde.

Im Ergebnis spricht er sich dafür aus, die „Durchführung der Massentlassung“ mit der Abgabe der Kündigungserklärung gleichzusetzen. Seiner Ansicht nach ist es deshalb nicht notwendig, dass das Arbeitsverhältnis innerhalb der Freifrist endet; vielmehr reicht es aus, dass im Zeitraum der Freifrist die Kündigung ausgesprochen werde. Er begründet seine Ansicht damit, dass mittels dieser Auslegung für den Arbeitgeber mehr Rechtssicherheit erzielt werden könne. Zugleich führe dieses Verständnis vom Begriff der „Durchführung der Massentlassung“ auch auf Seiten der Arbeitsverwaltung zu einer Verringerung der

¹⁶⁷ BGBl. I 1997, S. 594.

¹⁶⁸ *St i k e*, DB 1995, S. 674.

Bürokratie. Er betont, dass sich die Reaktionszeit der Arbeitsverwaltung verlängere, während es zu einem arbeitgeberseitigen Verzögern der angezeigten Massenentlassung hingegen nicht kommen könne.

(2) Ansicht der h. M.

Die h. M.¹⁶⁹ begründet ihr Verständnis vom Begriff der „Durchführung der Massenentlassung“ vor allem mit zwei Argumenten, einmal mit dem Reaktionsargument und zum anderen mit dem Verzögerungsargument.

(a) Reaktionsargument

Die Sperrfrist hat die Aufgabe, die Kündigung von Arbeitsverhältnissen hinauszuzögern, um damit der Arbeitsverwaltung die Möglichkeit einzuräumen, wirkungsvoll auf die Situation der Massenentlassung reagieren zu können. Die Sperrfrist soll der Arbeitsverwaltung einen angemessenen Zeitrahmen zu gewähren, um sich auf die bevorstehende umfangreichere Arbeitsplatzvermittlung vorzubereiten.

Regelmäßig wird es das Interesse des Arbeitgebers sein, eine möglichst kurze Sperrfrist zu erreichen. Denn je kürzer diese Sperrfrist andauert, desto geringer wird das Unternehmen durch die Lohnkosten belastet. Die Belegschaft ist hingegen an einer langen Sperrfrist interessiert.

*S t e f f a n*¹⁷⁰ weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein sanierungsbedürftiger Betrieb nicht durch eine allzu lange Bindung der zu entlassenden Arbeitnehmer an das Unternehmen so stark mit den einhergehenden Lohnkosten belastet werden dürfe, dass noch weitere Arbeitsplätze verloren gehen. Die Reaktionsfähigkeit müsse bewahrt bleiben.

(b) Verzögerungsargument

Das Verzögerungsargument spricht den Umstand an, dass der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit inne hat, die Massenentlassungen hinauszuzögern. Schließlich habe stets ein bestimmtes rechtlich relevantes Verhalten seitens des Arbeitgebers zu ergehen, sei es nun der Kündigungsausspruch selbst oder der Zugang der Kündigungserklärung innerhalb der Freifrist.

¹⁶⁹ MünchArbR/*B e r k o w s k y*, § 152 Rn. 39; HAS - *S t e f f a n*, § 19 K Rn. 159; *E r m e r*, NJW 1998, S. 1288.

¹⁷⁰ HAS - *S t e f f a n*, § 19 K Rn. 159.

*Berkowsky*¹⁷¹ und *Schaub*¹⁷² stellen bei der Begriffsbestimmung der „Durchführung der Entlassung“ auf die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. Danach müsse die Kündigung so ausgesprochen werden, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch in die Freifrist falle.

*Ermer*¹⁷³ vertritt ebenfalls die Ansicht, dass unter dem Begriff der „Entlassung“ das tatsächliche Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb zu verstehen sei. Er betont, dass Kündigung und Entlassung streng auseinanderzuhalten seien.

(3) Eigene Wertung

Dieser Auslegungstreit hat mittlerweile deutlich an Schärfe und Bedeutung verloren, da der Gesetzgeber den § 18 Abs. 4 KSchG mit Wirkung vom 1. Januar 1998 durch Art. 50 AFRG vom 24. März 1997 geändert hat. Die Freifrist von bislang einem Monat (§ 18 Abs. 4 KSchG a.F.) wurde durch die Neufassung auf 90 Tage erhöht. Dadurch wird das von *Stei ke*¹⁷⁴ kritisierte verkehrte Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 18 Abs. 4 KSchG a.F. aufgehoben.

bb. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Solange die Sperrfrist andauert, dürfen keine Entlassungen vorgenommen werden. Fällt der Kündigungstermin noch in den Lauf der Sperrfrist, ist die Wirksamkeit der Kündigung bis zum Ablauf der Sperrfrist gehemmt¹⁷⁵.

¹⁷¹ MünchArbR/ *Berkowsky*, § 152 Rn 39.

¹⁷² *Schaub*, Arbeitsrechthandbuch, § 142 Rn 41.

¹⁷³ *Ermer*, NJW 1998, S. 1288.

¹⁷⁴ Siehe Fn. 168.

¹⁷⁵ HAS - *Steffan*, § 19 K Rn. 168. *Steffan* begründet die Wirksamkeit der Kündigung mit Ablauf der Sperrfrist unter Anführung „primär arbeitsmarktpolitischer Interessen des Massenentlassungsschutzes“. Seiner Ansicht nach sei der individualrechtliche Schutz lediglich als „Reflex des Massenentlassungsschutzes“ zu werten.

d. Inhalt der Anzeige nach den §§ 17ff. KSchG

aa. Anzeige gegenüber dem Betriebsrat

Die Unterrichtung des Betriebsrats bestimmt § 17 Abs. 2 KSchG. Danach muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat zweckdienliche Auskünfte zukommen lassen. Hierunter fallen vor allem folgende Angaben:

- die Gründe für die angestrebten Entlassungen
- die Zahl und die Berufsgruppen der regelmäßig sowie der zu entlassenden Arbeitnehmer
- den Entlassungszeitraum
- die vorgesehenen Auswahlkriterien.

Anhand dieser Angaben sollen die Betriebsparteien darüber konstruktiv beraten, wie die anstehenden Entlassungen vermieden bzw. begrenzt und abgefedert werden können.

Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat schriftlich informieren.

bb. Anzeige gegenüber dem Arbeitsamt

Die Unterrichtung der Arbeitsverwaltung wird von § 17 Abs. 1 KSchG angeordnet. Die §§ 17 Abs. 2 und 3 Satz 4 KSchG legen den Mindestinhalt der Anzeige fest¹⁷⁶. In § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG finden sich weitere Sollangaben. Die Anzeige muss enthalten:

- den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes
- die einzelnen Gründe für die angestrebte Entlassung
- die Zahl und die Berufsgruppen der zu Entlassenden
- den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen
- die vorgesehenen Kriterien für die zu treffende Sozialauswahl.

¹⁷⁶ Pulte, NZA 2000, S. 234, 241.

Anhand dieser ausführlichen Informationen soll es der Arbeitsverwaltung ermöglicht werden, angemessen und rechtzeitig auf die geplante Massenfreisetzung von Arbeitskräften zu reagieren¹⁷⁷. Die Arbeitsämter erhalten so die Möglichkeit, vorausschauend und planend auf die kommende Freisetzung von Arbeitskräften reagieren zu können¹⁷⁸.

Desweiteren sieht § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG Sollangaben über Alter, Geschlecht, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer vor.

e. Verlängerung und Verkürzung der Sperrfrist nach den §§ 17ff. KSchG

Gemäß § 20 KSchG entscheidet der Direktor des Arbeitsamtes oder ein Ausschuss in den Fällen des § 18 Abs. 1 und 2 KSchG und damit in der Frage, ob anzeigepflichtige Entlassungen auch vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt bzw. ob die Entlassungen nicht vor Ablauf von höchstens zwei Monaten nach Eingang der Anzeige wirksam werden. Nach § 20 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist der Direktor nur zur Entscheidung berechtigt, wenn die Zahl der Entlassungen weniger als 50 beträgt.

Die Entscheidung der Arbeitsverwaltung ist öffentlich-rechtlicher Art im Sinne des § 31 SGB X und Verwaltungsakt¹⁷⁹, da bei der Entscheidung des Landesarbeitsamtes hinsichtlich einer Verlängerung bzw. einer Verkürzung stets ein Betriebspartner benachteiligt wird (rechtsfolgenbegründende Regelung). Die Entscheidung des Arbeitsamtes kann vor dem Sozialgericht angefochten werden, § 51 SGG¹⁸⁰.

Sollte es dem Unternehmer nicht möglich sein, die Arbeitnehmer bis zu dem in § 18 Abs. 1 und 2 KSchG angeführten Zeitpunkt voll zu beschäftigen, so kann das Landesarbeitsamt für die zu überbrückende Zeit die Einführung von Kurzarbeit gestatten. Dies ist nach § 19 Abs. 2 KSchG mit einer entsprechend anteiligen Kürzung des Arbeitsentgelts verbunden. Diese Entscheidung ist wiederum Verwaltungsakt nach § 31 SGB X, der vor dem Sozialgericht angefochten

¹⁷⁷ Hueck/von Hoyningen-Huene, § 17 KSchG Rn. 70.

¹⁷⁸ BR-Drucks. 400/77, S. 8; BT-Drucks. 8/1041, S. 5.

¹⁷⁹ Küttner/Voelzke. Personalbuch 2000, Massenentlassung, Rn. 33.

¹⁸⁰ Küttner/Voelzke. Personalbuch 2000, Massenentlassung, Rn. 33.

werden kann, § 51 SGG ¹⁸¹.

f. Nichtbeachtung der §§ 17ff. KSchG

aa. Ansicht der Rechtsprechung

Verstößt der Arbeitgeber gegen die §§ 17ff. KSchG, so hat der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des *B A G* ¹⁸² ein Wahlrecht inne. Er kann nämlich wählen, ob er sich gegen die Kündigung wehren will oder nicht. Offen ist, welche Frist gewahrt sein muss. *Kreitner* ¹⁸³ und *von Hoyningen-Huene* ¹⁸⁴ verweisen insoweit auf die Grundsätze der Verwirkung. So soll die Frist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt werden. Eine starre Regelung verbiete sich.

Nach Ansicht des *L A G Hamm* ¹⁸⁵ darf der Arbeitgeber selbst dann nicht von einer ordnungsgemäßen Anzeige ausgehen, wenn das zuständige Arbeitsamt die Entlassungsanzeige für ausreichend erachtet hat.

Das *B A G* ¹⁸⁶ findet in einem vergleichbar gelagerten Fall zum gegenteiligen Ergebnis. Stimmt das Landesarbeitsamt einer nach § 17 KSchG anzeigepflichtigen Entlassung zu einem bestimmten Zeitpunkt durch bestandskräftigen Verwaltungsakt zu – darin sieht das *B A G* eine konkludente Billigung der Massenentlassungsanzeige – so ist die Arbeitsgerichtsbarkeit an diese Entscheidung gebunden ¹⁸⁷.

bb. Eigene Wertung

Die Ansicht des *L A G Hamm* ist *m.E.* nicht richtig. Die fehlerhafte Anzeige wird bereits dann geheilt, wenn die zuständige Arbeitsverwaltung die Anzeige für ausreichend erachtet hat. Insoweit muss sich der Arbeitgeber auf die Stellungnahme des Arbeitsamtes verlassen dürfen. Überdies ist ihm die notwendige Wiederholung der Anzeige nicht

¹⁸¹ Küttner / *V o e l z k e*. Personalbuch 2000, Massenentlassung, Rn. 33.

¹⁸² *B A G*, DB 1990, S. 183; NZA 1991, S. 891.

¹⁸³ Küttner / *K r e i t n e r*, Personalbuch 2000, Massenentlassung, Rn. 23.

¹⁸⁴ *H u e c k / v o n H o y n i n g e n - H u e n e*, KSchG, § 18 Rn. 33.

¹⁸⁵ *L A G Hamm*, LAGE Nr.2 zu § 17 KSchG.

¹⁸⁶ *B A G*, NZA 1997, S. 373, 375.

¹⁸⁷ *B A G*, NZA 1997, S. 373, 375.

erkennbar¹⁸⁸. Zudem erscheint es formalistisch, die Anzeige wiederholen zu lassen. Hat die Arbeitsverwaltung Kenntnis von einer geplanten Massenentlassung, dann muss sie sich – wenn sie die Anzeige für ausreichend erachtet – auch um die für ihre Arbeit notwendigen Informationen bemühen. Insoweit kollidiert das Handeln der Arbeitsverwaltung nicht mit den Interessen des Individualschutzes. Aufgabe der Arbeitsverwaltung ist in diesem Falle die Bewältigung der anstehenden Massenentlassung, ggf. durch gezieltes Nachfragen beim Arbeitgeber.

Das vom *B A G*¹⁸⁹ gefundene Ergebnis lässt sich überdies bereits mit dem Umstand begründen, dass die Arbeitsverwaltung schon aufgrund der bloßen Anzeige der angestrebten Entlassung die Möglichkeit hat, nicht ordnungsgemäße Anzeigen zu rügen.

D. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates - Interessenausgleich und Sozialplan

Dem Betriebsrat stehen mit dem Interessenausgleich nach § 111 BetrVG und dem Sozialplan nach den §§ 112, 112a BetrVG verschiedene kollektivrechtliche Einflussmöglichkeiten aus dem BetrVG zur Seite¹⁹⁰.

1. Anwendungsbereich

Die §§ 111ff. BetrVG finden auf Religionsgemeinschaften und auf dazugehörige karitative und erzieherische Einrichtungen gleich welcher Rechtsform¹⁹¹ aufgrund des § 118 Abs. 2 BetrVG keine Anwendung. Auf Tendenzbetriebe können die §§ 111ff. BetrVG nur soweit angewandt werden, als sie den Ausgleich oder die Milderung der drohenden wirtschaftlichen Nachteile für die Arbeitnehmer erfassen, § 118 Abs. 1 BetrVG. Das bedeutet, dass über die anstehende Betriebsänderung lediglich zu unterrichten und zu beraten ist. Ein Interessenausgleich muss indes nicht versucht werden¹⁹².

Für Seebetriebe tritt an die Stelle des Betriebsrats der Seebetriebsrat, §§ 114, 116 Abs. 6 BetrVG.

¹⁸⁸ *B A G*, NJW 1970, S. 2045, NZA 1997, S. 373, 375.

¹⁸⁹ *B A G*, NZA 1997, S. 373.

¹⁹⁰ §§ 111, 112, 112a BetrVG.

¹⁹¹ Beispielsweise eine Stiftung oder ein e.V..

¹⁹² *A r b G Frankfurt*, BB 1996, S.1063.

2. Interessenausgleich

Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 kennt keine Definition des Begriffes „Interessenausgleich“.

Der Interessenausgleich ist die Abstimmung der Betriebsparteien über die Art und Weise der Durchführung der geplanten Betriebsänderung. Er erfasst die Frage, zu welchem Zeitpunkt und auf welche Art und Weise die Betriebsänderung ausgeführt werden soll¹⁹³.

a. Betriebsänderung

Der Interessenausgleich findet anlässlich einer Betriebsänderung statt¹⁹⁴.

Nach § 111 Satz 3 BetrVG gelten als Betriebsänderungen

- die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen,
- die Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen,
- der Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben,
- grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen
- die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren.

¹⁹³ B A G, DB 1986, S. 279f.; DB 1988 S. 588 ff.; DB 1994, S. 2038f.; D ä u b l e r, BetrVG, §§ 112, 112a Rn 13f.; L ö w i s c h, BetrVG, § 111 Rn. 1; R i c h a r d i, BetrVG, § 112 Rn. 16, 22.

¹⁹⁴ § 111 Satz 2 BetrVG in seiner neuen Fassung durch das Gesetz zur Reform des BetrVG sieht die Möglichkeit vor, dass der Betriebsrat in Unternehmen von mehr als 300 Arbeitnehmern im Falle einer Betriebsänderung zu seiner Unterstützung einen „Berater“ hinzuziehen kann. B a u e r, NZA 2001, S. 375, 376 und S c h i e f e r / K o r t e, NZA 2001, S. 351, 357 sind der Ansicht, dass diese Regelung die Betriebsänderungen erheblich zeitlich verzögern wird. Weiterhin sei die „Beraterregelung“ kostenintensiv und werde die angestrebte Betriebsänderung verteuern. Siehe hierzu auch E n g e l s / T r e b i n g e r /

In einer groben Definition lässt sich also die Betriebsänderung als ein wesentlicher Eingriff in die betriebliche Struktur verstehen¹⁹⁵. Deshalb stellt der Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB und selbst der Insolvenzfall per se keine Betriebsänderung dar¹⁹⁶, weil es insofern (noch) an einer wesentlichen Veränderung der Betriebsstruktur mangelt. Da allerdings mit der Bewältigung des Insolvenzfalls regelmäßig betriebliche Veränderungen wie etwa der Personalabbau einhergehen, liegt dann in diesen Abwicklungsmaßnahmen die Betriebsänderung¹⁹⁷. Aufgrund des Gesetzes zur Reform des BetrVG¹⁹⁸ stellt § 111 BetrVG n.F. nunmehr auf das Unternehmen ab und nicht mehr - wie bisher - auf den Betrieb. Darin besteht für das betriebsorientierte BetrVG, das bislang streng zwischen Betrieb und Unternehmen unterschied¹⁹⁹ - ein gewisser „Systembruch“²⁰⁰.

b. Begriff des Interessenausgleichs

Der Interessenausgleich stellt den Versuch des Gesetzgebers dar, sowohl die Arbeitgeberseite als auch die Arbeitnehmerseite dazu zu bewegen, die kommende Betriebsänderung gemeinsam zu gestalten, ohne dass der Betriebsrat insoweit ein erzwingbares Mitgestaltungsrecht inne hat.

L ö h r-S t e i n h a u s, DB 2001, 532, 539.

¹⁹⁵ *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389.

¹⁹⁶ Zur Frage der Anwendung der §§ 111ff. BetrVG im Rahmen einer Betriebsaufspaltung oder einer Betriebszusammenlegung siehe *K r e ß e l*, BB 1995, S. 925, 927.

¹⁹⁷ *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389.

¹⁹⁸ Der *D I H T* rügt den forcierten Zeitplan für die Änderung des BetrVG. So sollte der Abschlußbericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung zunächst am 27.6.2001 vorgelegt werden. Vorgezogen wurde der Bericht dann auf den 20.6.2001. Er wurde mit besonderer Spannung erwartet, da die Bundesregierung noch eine Woche vor Abschluss der parlamentarischen Beratungen konkrete Änderungen an ihrem Gesetzesentwurf weder bestätigt noch dementiert hatte. Bereits zwei Tage später, am 22.6.2001, erfolgte dann die zweite und dritte Lesung im Bundestag, siehe auch Info-Dienst-Rundschreiben (Arbeitsrecht) des *D I H T* vom 13.6.2001.

¹⁹⁹ Siehe FKHE, § 1 Rn 53ff..

²⁰⁰ Siehe auch *B a u e r*, NZA 2001, S. 375.

aa. Allgemeines

Der Interessenausgleich beinhaltet nach *B A G*²⁰¹ Absprachen zur Ausführung der angestrebten Betriebsänderung²⁰². Der Interessenausgleich regelt damit die Frage,

- ob eine Betriebsänderung durchgeführt werden soll (das „Ob“)
- zu welchem Zeitpunkt (das „Wann“)
- in welcher Form (das „Wie“)²⁰³.

Der Interessenausgleich regelt nicht die sozialen Folgen der Betriebsänderung. Dies ist vielmehr Aufgabe des Sozialplanes²⁰⁴.

Der Regelungsinhalt des Interessenausgleichs lässt sich auch negativ definieren²⁰⁵: Er kann alle die Fragen berühren, die sich auf die Betriebsänderung beziehen und die nicht zugleich vom Sozialplan beantwortet werden.

bb. Funktion des Interessenausgleichs

Der Interessenausgleich hat die Aufgabe, die entgegengesetzten Interessen der Betriebspartner auszugleichen und finanzielle Nachteile der betroffenen Belegschaft abzumildern²⁰⁶.

In der Verhandlung mit seinem Betriebsrat wird der Arbeitgeber die Bedeutung der angestrebten Betriebsänderung für die Aufrechterhaltung

²⁰¹ *B A G*, NZA 1988, S. 203ff..

²⁰² *B o e m k e / T i e t z e*. DB 1999, S. 1389.

²⁰³ Ständige Rechtsprechung des *B A G*, siehe NZA 1986, S. 160; NZA 1988, S. 203ff..

²⁰⁴ Siehe oben II. D. 2.

²⁰⁵ *S c h a u b*, Personalanpassung, Rn. 459.

²⁰⁶ *S c h a u b*, Personalanpassung, Rn. 459; *B A G* NZA 1992, S. 227ff..

des Betriebes herausstreichen (Änderungsinteresse), während der Betriebsrat auf das Interesse der betroffenen Belegschaft am Erhalt ihrer Arbeitsplätze hinweisen wird (Erhaltungsinteresse)²⁰⁷. Beide Seiten werden versuchen, zunächst erst einmal eine Einigung über die Betriebsänderung als solche zu erzielen und dann in einem zweiten Schritt den Ausgleich der damit für die betroffenen Arbeitnehmer Nachteile, insbesondere den Verlust der Arbeitsplätze erörtern. Kann die Arbeitnehmerseite ihr Erhaltungsinteresse nicht durchsetzen, so wandelt sich das Erhaltungsinteresse in ein Kompensationsinteresse, das über den Sozialplan seinen Ausgleich finden soll²⁰⁸.

cc. Inhalt des Interessenausgleichs

Im Rahmen eines Interessenausgleiches können verschiedene Absprachen getroffen werden.

Es können – neben der konkreten Bestimmung der geplanten Betriebsänderung – auch Absprachen über die Abwendung von wirtschaftlichen Nachteilen für die betroffene Arbeitnehmerschaft zum Inhalt gemacht werden²⁰⁹.

(1) genaue Absprache der Betriebsänderung

Im Interessenausgleich kann die genaue Ausführung der Betriebsänderung aufgenommen werden. Die Betriebsparteien können sich beispielsweise darüber einigen, zu welchem genauen Zeitpunkt ein Betrieb bzw. Betriebsteil aufgegeben werden soll. Ferner können Absprachen darüber getroffen werden, ob auf einmal oder stufenweise entlassen werden soll.

(2) Kündigungsverbote

Im Interessenausgleich können auch Kündigungsverbote vereinbart werden – unter Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes²¹⁰.

(3) Versetzungspflichten

Die Betriebsparteien können vereinbaren, dass gegenüber bestimmten

²⁰⁷ *B i e d e n k o p f*, Interessenausgleich, S. 87.

²⁰⁸ Siehe unten II. D. 3.

²⁰⁹ *B A G*, NZA 1988, S. 203.

²¹⁰ *N e e f*, NZA 1997, S. 65, *B A G* NZA 1992, S. 227.

Personenkreisen Versetzungspflichten bestehen sollen.

(4) Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen

Die Betriebsparteien können weiterhin vereinbaren, dass Fortbildungsmaßnahmen für das betroffene Personal gewährt werden²¹¹.

(5) zeitversetzte (stufenartige) Entlassung

Auch kann eine stufenweise Entlassung des Personals zu bestimmten Zeitpunkten vereinbart werden (Staffelung).

(6) Verbindung mit Auswahlrichtlinien

In Verbindung mit Auswahlrichtlinien kann zudem festgelegt werden, welche Punktzahlen für Betriebszugehörigkeit, Alter und Familienstand bzw. Anzahl der unterhaltsberechtigten Kinder angesetzt werden sollen.

c. Verbindlichkeit des Interessenausgleichs

Die Frage der Verbindlichkeit des Interessenausgleichs ist umstritten. Das BetrVG beantwortet diese Frage nicht ausdrücklich, sondern lässt sie offen.

aa. Ansicht der Rechtsprechung und der Literatur

*Z w a n z i g e r*²¹² leitet die Verbindlichkeit des Interessenausgleiches sowohl rechtssystematisch als auch funktional²¹³ her. So sei das Schriftformerfordernis des § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG eine typische Regelung, die im Vertragsrecht dazu diene, die Parteien vor übereilten Bindungen zu schützen, was wiederum nicht notwendig wäre, wenn diese Bindungen nicht rechtsverbindlich wären (systematisches Argument). Ferner entspreche es dem Zweck des BetrVG, die Arbeitnehmer am betrieblichen Geschehen mitzubeteiligen (funktionales Argument). Daher sei es nur konsequent, auch eine Verbindlichkeit den betriebsparteilich getroffenen Vereinbarungen wie dem Interessenausgleich zuzusprechen.

²¹¹ Es besteht dann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG, siehe auch unten II. F. 3.

²¹² *Z w a n z i g e r*, BB 1998, S. 477ff..

²¹³ *Z w a n z i g e r*, BB 1998, S. 477, 478.

Nach *E h m a n n*²¹⁴ kommt dem Interessenausgleich indes kein Rechtsbindungswille zu, da die Betriebsparteien an ihre Erklärungen keinerlei rechtliche Folgen knüpfen wollten.

Zum gleichen Ergebnis findet auch das *B A G*²¹⁵. Es führt aus, dass der Interessenausgleich keinen Anspruch des Betriebsrates auf dessen Einhaltung gewähre. Der Betriebsrat könne nicht gegenüber dem Arbeitgeber die Einhaltung des Interessenausgleiches herbeiführen, weil es sich ihm gegenüber lediglich um eine Naturalobligation handele.

bb. Eigene Wertung

Der Ansicht des *B A G* steht nicht § 113 Abs. 1 BetrVG entgegen. § 113 Abs. 1 BetrVG löst zwar Nachteilsausgleichsansprüche aus und begründet somit schon Rechtsfolgen. Der Schluss, somit handelten die Betriebsparteien beim Interessenausgleich auch mit Rechtsbindungswillen²¹⁶, ist *m.E.* jedoch nicht zwingend. Das Schriftformerfordernis des § 112 Abs. 1 BGB lässt sich nämlich als bloßer Übereilungsschutz verstehen. Die Schriftform zwingt schließlich die Parteien, das erreichte Verhandlungsergebnis zu dokumentieren. Dieser Zwang zur Dokumentation verlangt von beiden Betriebsparteien, dass sie sich über das erreichte Verhandlungsergebnis volle Klarheit verschaffen. Die Gefahr, dass die Betriebsparteien aufgrund fehlender Dokumentation „aneinander vorbeireden“, wird durch das Schriftformerfordernis erheblich verringert. Somit erleichtert und beschleunigt der Dokumentationszwang letztlich das Verfahren. Darin liegt der Zweck der Schriftlichkeit. Ein zwingender Schluß, dass das Dokumentierte auch verbindlich sein soll, kann daraus jedoch nicht gezogen werden.

²¹⁴ *E h m a n n*, Festschrift für Kissel, S. 175, 179ff..

²¹⁵ *B A G*, BB 1991, S. 2306, 2308, DB 1992, S. 380; ferner *H e s s / S c h l o c h a u e r / G l a u b i t z*, BetrVG, § 112 Rn 13, GK - *F a b r i c i u s*, § 112, 112a Rn 22; FKHE, § 112, 112a, Rn. 8; *G a l - p e r i n / L ö w i s c h*, BetrVG, § 112 Rn 13; *M e y e r*, BB 2001, 882, 888; vergleiche auch *B i e b l*, ArbuR 1990, S. 307, 311 rechte Spalte unten; weiterhin *L A G Düsseldorf* DB 1984, S. 511; *L A G Baden-Württemberg* DB 1986, S. 805; *L A G Köln* BB 1995, S. 2115; a.A. *N e e f*, NZA 1997, S. 65, *L A G Hamburg* ArbuR 1982, S. 389; *L A G Frankfurt* DB 1983, S. 613; *K r e i s g e r i c h t Saalfeld* DB 1991, S. 919.

²¹⁶ *Z w a n z i g e r*, BB 1998, S. 477f., vergleiche auch *M o l k e n b u r / S c h u l t e*, DB 1995, S. 270.

Auch der Einwand, dass sich die Betriebsparteien selbständig gegenüber stehen und dass es der Betriebsrat daher nicht hinnehmen müsse, wenn sich der Arbeitgeber über geschlossene Vereinbarungen hinwegsetzen könne, kann *m.E.* nicht überzeugen. Die Entscheidungsfreiheit muss dem Unternehmer gewahrt bleiben. Er muss, wenn er es für erforderlich hält, seine unternehmerische Entscheidung auch revidieren können. Wenn er die sofortige Durchführung einer Betriebsänderung für notwendig und unaufschiebbar erachtet, dann muss er grundsätzlich auch die Möglichkeit innehaben, diese alsbald und nach Anhörung des Betriebsrates durchführen zu können. Der Grund für diese Wertung liegt in dem Umstand, dass nur der Arbeitgeber Träger des unternehmerischen Risikos ist.

Eine Bindung an den Interessenausgleich ergibt sich für den Arbeitgeber einzig über die Regelungen des Nachteilsausgleiches gemäß § 113 BetrVG – und damit allein in wirtschaftlicher Hinsicht. Der Betriebsrat kann vom Unternehmer hingegen nicht die Unterlassung der Betriebsänderung verlangen.

d. Sonderform des Interessenausgleichs – der Interessenausgleich mit Namensliste

Eine Variante des Interessenausgleiches bietet der sogenannte „Interessenausgleich mit Namensliste“.

aa. Gesetzliche Regelung des Beschäftigungsförderungsgesetzes

(1) Allgemeines

§ 1 Abs. 5 KSchG stellte eine Vermutungsregel auf, wonach angenommen wurde, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, wenn die zu entlassenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich namentlich benannt sind.

Ein grober Fehler der Sozialauswahl ist dann gegeben, wenn die Auswahl von einem schweren und ins Auge springendem Fehler gekennzeichnet ist und dieser Verstoß angesichts der Funktion der Sozialauswahl nicht hingenommen werden konnte²¹⁷.

²¹⁷ B a d e r, NZA 1996, S. 1125, 1131.

Nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG konnte die soziale Auswahl der Arbeitnehmer im Falle des Interessenausgleichs mit Namensliste nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Dies war der Fall, wenn die Gewichtung der Betriebszugehörigkeit, des Lebensalters und der Unterhaltspflichten der Arbeitnehmer jede Ausgewogenheit vermissen lässt²¹⁸.

(2) Bedeutung für die Praxis

(a) Wertung der Literatur

*N e e f*²¹⁹ sieht in § 1 Abs. 5 KSchG eine Stärkung der Verhandlungsposition des Betriebsrates²²⁰. Danach gewähre der Interessenausgleich mit Namensliste dem Unternehmer „einen gewissen Schutz“, da er sich bei der Sozialauswahl „auf sicherem Boden“ befinde. Diese Sozialauswahl sei – wenn sie nicht grob fehlerhaft vorgenommen worden sei – quasi „arbeitsgerichtsfest“. *N e e f*²²¹ betonte, dass der Betriebsrat einer solchen Regelung nur zustimmen werde, wenn der Unternehmer seinerseits bereit sei, dem Betriebsrat entgegenzukommen. Somit sei die Verhandlungsposition des Betriebsrates gestärkt worden.

*M e y e r*²²² schließt sich ebenfalls dieser Bewertung an. Der Namensliste komme eine ausgeprägte Richtigkeitsvermutung zu²²³.

Auch *P r e i s*²²⁴ spricht sich für das Institut des Interessenausgleiches mit Namensnennung aus. Er erkennt hierin den Beginn einer „Kollektivierung des Kündigungsschutzes“. Er spricht die große soziale Verantwortung der Betriebsräte an, führt aber auch aus, dass der Gesetzgeber die Betriebsräte mit einem großen Vertrauensvorschuss ausgestattet habe. Ferner geht *P r e i s*²²⁵ davon aus, dass letztlich das Maß der arbeitsrichterlichen Überprüfungsichte der Richtigkeit der Sozialauswahl abhängig sein werde von dem Maße, in dem die

²¹⁸ BT-Drucks. 13/4612, S. 14.

²¹⁹ *N e e f*, NZA 1997, S. 65, 69.

²²⁰ Der Interessenausgleich mit Namensliste ist trotz Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG nicht abgeschafft.

²²¹ *N e e f*, NZA 1997, S. 65, 69

²²² *M e y e r*, BB 1998, S. 2417, 2419.

²²³ *F i s c h e r m e i e r*, NZA 1997, S. 1089, 1096.

²²⁴ *P r e i s*, DB 1998, S.1614.

²²⁵ *P r e i s*, DB 1998, S. 1614, 1619.

Arbeitsrichter die Erfahrung machen müssten, dass Betriebsräte ihrer sozialen Verantwortung nicht nachkämen. Das bedeutet folgendes: Stellten die Arbeitsgerichte fest, dass die getroffene namentliche Benennung von den Betriebsparteien regelmäßig sehr sorgfältig und gewissenhaft vorgenommen werde, dann werde die arbeitsgerichtliche Nachprüfung weniger intensiv ausfallen als wenn sich der Erfahrungswert herausbilden sollte, dass die Namensliste regelmäßig nur mit wenig Sorgfalt erstellt würde. In diesem Fall würden die Arbeitsgerichte die Sozialauswahl intensiver nachprüfen.

(b) Wertung des B A G

Auch das B A G ²²⁶ stellt die Forderung auf, die Sozialauswahl im Bereich der Massenentlassung „kritikfest und rechtssicher“ zu machen.

Dies steht auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des B A G ²²⁷.

(c) Eigene Wertung

§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG in der Fassung des Beschäftigungsförderungsgesetzes schränkte die Kontrolle der Sozialauswahl stark ein. *M.E.* ist die Einschränkung durch § 1 Abs. 5 KSchG aber zulässig gewesen. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG hat den kollektiven Charakter der Massenentlassung gewürdigt. Diese kollektive Struktur verlangt letztlich auch einen kollektivrechtlichen Lösungsansatz. Im Interessenausgleich mit Namensliste besteht ein solches kollektivrechtliches Steuerinstrument. Das Individualarbeitsrecht beherbergt jedoch (zu) wenig Planungssicherheit für den Arbeitgeber. Nur ein einziger materiell-rechtlicher Fehler, wie etwa eine falsche Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG macht u.U. die ganze Massenentlassung anfechtbar.

Der Vorteil des Interessenausgleichs mit Namensliste liegt demnach für den Arbeitgeber in der Planungssicherheit und für die Arbeitnehmerseite in den erfahrungsgemäß höher dotierten Sozialplänen.

(3) Einzelheiten

Beim Interessenausgleich mit Namensliste ist zwischen Prüfungsmaß-

²²⁶ B A G, NJW 1998, S. 3586, 3589.

²²⁷ Etwa B A G, NZA 1990, S. 226.

stab und den prozessualen Auswirkungen²²⁸ zu unterscheiden.

(a) Materieller Prüfungsmaßstab

Dem Arbeitsgericht steht bei einer Überprüfung nur ein grober Maßstab zur Seite.

(aa) Verständnis der h.M.

Der Arbeitsrichter darf die erfolgte Sozialauswahl nur auf grobe Verstöße überprüfen. Diese beschränkte Überprüfung erstreckt sich auf die verschiedenen Sozialindikatoren. Zu diesen Indikatoren zählen Alter, Betriebszugehörigkeit sowie bestehende Unterhaltspflichten²²⁹. Weiterhin erstreckt sich der eingeschränkte Prüfungsmaßstab auch auf die Gewichtung der Sozialindikatoren untereinander. Dies ergab sich im Wege der Auslegung bislang aus § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG. Danach darf die soziale Auswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Konkreter wurde das Gesetz nicht. Wenn aber die Sozialauswahl nur auf grobe Verstöße hin kontrolliert werden konnte, dann bedeutet dies, dass das Arbeitsgericht nicht nur die eingestellten Sozialindikatoren lediglich auf grobe Verstöße überprüfen durfte; gleiches muss vielmehr auch für die Gewichtung der einzelnen Sozialindikatoren untereinander gelten. Schließlich setzt sich eine soziale Auswahl zum einen aus der Heranziehung einzelner Sozialindikatoren und zum anderen aus ihrer Gewichtung zueinander zusammen²³⁰.

Offen gelassen hat das *B A G*²³¹, ob der eingeschränkte Prüfungsmaßstab auch für die Gruppe der „Leistungsträger“ gelten solle. Zu dieser Gruppe zählen Mitarbeiter, deren Weiterbeschäftigung aufgrund ihrer Fachkenntnisse und ihres „know how“ im Interesse des Betriebes liegt. Nach Ansicht von *K a p p e n h a g e n*²³² sei das *B A G* einer Einbeziehung nicht abgeneigt.

(bb) Eigene Wertung

Für eine Einbeziehung spricht schon die vom Gesetzgeber angestrebte

²²⁸ Meyer, BB 1998, S. 2417, 2419.

²²⁹ Meyer, BB 1998, S. 2417, 2419.

²³⁰ Meyer, BB 1998, S. 2417, 2419, Schiefer, NZA 1997, S. 915, 917.

²³¹ B A G, BB 1998, S. 2263, 2265.

²³² K a p p e n h a g e n, BB 1998, S. 2266f..

Rechtssicherheit für den Arbeitgeber²³³. Der Arbeitgeber erlangt ein größtmögliches Maß an Planungssicherheit. Dies liegt auch im Interesse des Betriebsrates. Schließlich würde er dem Interessenausgleich mit Namensliste nur gegen höhere Sozialplandotierungen zustimmen. Der Betriebsrat wird sich seine Zustimmung zur „arbeitsgerichtsfesten“ Sozialauswahl – also zur Namensliste – abkaufen lassen.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass beiden Betriebspartnern ein sehr großes Maß an sozialer Verantwortung übertragen wurde. Denn durch den Interessenausgleich mit Namensliste wurde für den Betroffenen der Rechtsschutz eingeschränkt. Es besteht aber kein Erfahrungswert, wonach die Betriebsparteien mit dieser Verantwortung nicht sorgsam umgingen.

(b) Schriftform der Namensliste

Auf ein weiteres Problem weist *Preis*²³⁴ hin. So verlangt § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für den Abschluss eines wirksamen Interessenausgleiches die Schriftform. Gegen diese Klausel wird oftmals verstoßen. Häufig findet sich nämlich nur eine beigefügte, nicht nochmals gesondert unterzeichnete Namensliste. Das Schriftformerfordernis ist in diesem Fall nur dann gewahrt, wenn die Liste noch dem unterzeichneten Interessenausgleich zugeordnet werden konnte. Diese Zuordnung erwies sich in der Realität oft als recht schwierig. *Preis*²³⁵ führt an, dass die richterliche Formenstrenge ihre Stütze schließlich darin finde, dass eine nachträgliche Namensliste unwirksam ist. Manipulationen sind nicht ausgeschlossen und – so auch das *BAG* „zu groß [sei] – auch für den Betriebsrat – die Versuchung, eine bereits getroffene Entscheidung nachträglich „abzusegnen“²³⁶.

(c) Kündigungsschutz bei Verstoß gegen den Interessenausgleich

Im Rahmen der begrenzten Überprüfung der getroffenen Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit stellt sich schließlich die Frage, ob die namentliche Nennung der zu entlassenden Arbeitnehmer nicht bedeutet, dass für die nicht namentlich angeführten Arbeitnehmer insofern Schutz vor Kündigung besteht²³⁷, was *m.E.* zu bejahen ist. Die Kündigung eines

²³³ *Kappenhagen*, BB 1998, S. 2266f..

²³⁴ *Preis*, DB 1998, S. 1614, 1615.

²³⁵ *Preis*, DB 1998, S. 1614, 1615.

²³⁶ *BAG*, DB 1998, S. 1035.

²³⁷ *Hanau*, DB 1998, S. 69, 76; *Preis*, DB 1998, S. 1614, 1616.

nicht in der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmers ist dann „wegen Verstoßes gegen einen Interessenausgleich“²³⁸ unwirksam.

(d) prozessuale Folgen

Ausführlich nahm das *B A G*²³⁹ zu den prozessualen Auswirkungen, insbesondere zur Darlegungs- und Beweislast, Stellung. Hierzu führt das *B A G* aus:

„Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG musste die Klägerin darlegen, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit für sie nicht weggefallen sei²⁴⁰. Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung führt gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG zur Anwendung des § 292 ZPO. Stellt danach das Gesetz (§ 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG) für das Vorhandensein einer Tatsache – hier Betriebsbedingtheit der Kündigung – eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig. Dieser Beweis des Gegenteils ist seiner Natur nach Hauptbeweis, also erst dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache voll bewiesen ist, aus der sich ergibt, dass der vermutete Rechtszustand – vorliegend die Betriebsbedingtheit der Kündigung – nicht oder anders besteht; ein Anscheinsbeweis (prima-facie-Beweis) reicht also nicht aus. Dabei folgt die Darlegungslast allgemeinen Regeln, das heißt grundsätzlich der Beweislast [...]. Es ist also ein substantiierter Tatsachenvortrag unter Beweis zu stellen, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt, andernfalls liegt der Versuch eines unzulässigen Ausforschungsbeweises vor.“

Damit schließt sich das *B A G* der *h.L.* an, die ebenfalls neben der Beweislastumkehr eine Darlegungslastumkehr annimmt²⁴¹.

²³⁸ So auch *Preis*, DB 1998, S. 1614.

²³⁹ *B A G*, BB 1998, S. 2263f..

²⁴⁰ Darlegungs- und Beweislastumkehr.

²⁴¹ *Ascheid*, RdA 1997, S. 333, 343; *Bader*, NZA 1996, S. 1125, 1133; *Fischermeier*, NZA 1997, 1089, 1096; *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 1 Rn. 484i; *von Hoyningen-Huene*, DB 1997, S. 41, 45; *Dorndorf/Weller/Hauck*, KSchG, § 1 Rn. 952, 1159; *Kohte*, BB 1998, S. 946, 950; *Löwisch*, NZA 1996, 1009, 1011; *Lorenz*, DB 1996, S. 1973f.; *Moll*, MDR 1997, S. 1039; *Preis*, NJW 1996, S. 3369, 3372; *Schiefer*, NZA 1997, S. 915, 916; *Stahlhacker/Preis*, WiB 1996, S. 1025, 1032.

bb. Gesetzeslage nach dem Korrekturgesetz – die Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG

Das Korrekturgesetz²⁴² hat mit Wirkung zum 1. Januar 1999 zur Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG geführt, was aber *m.E.* nicht zur Abschaffung des Interessenausgleichs mit Namensliste führte.

(1) Regelungsinhalt

(a) Wertung der Literatur

*D ä u b l e r*²⁴³ überschreibt zwar Kapitel II 3 seines Aufsatzes mit „Abschaffung der Namensliste“, wobei er bald darauf doch einräumt, dass es dem Arbeitgeber dennoch weiterhin gestattet sei, einen Interessenausgleich mit Namensliste auszuhandeln²⁴⁴. Das Institut des Interessenausgleichs mit Namensliste mit seiner eingeschränkten Überprüfbarkeit ist trotz Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG vom Gesetzgeber nicht abgeschafft. Auch weiterhin steht den Betriebsparteien mit § 1 Abs. 4 KSchG n.F. dieses Instrument zur Seite.

*B a d e r*²⁴⁵ interpretiert § 1 Abs. 4 KSchG n.F. so, dass die Sozialauswahl (weiterhin) lediglich auf grobe Verstöße hin überprüfbar ist. Seiner Ansicht nach beschränke sich dies jedoch nur auf die „Sozialauswahl im engeren Sinne“. Nicht anzuwenden sei § 1 Abs. 4 KSchG n.F. bei der Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer sowie der Prüfung nach § 1 Abs. 3 KSchG. Grobe Fehlerhaftigkeit definiert *B a d e r*²⁴⁶ als „Belastung der letztlich getroffenen Sozialauswahl mit einem schweren und ins Auge springenden Fehler, dessen Nichtberücksichtigung angesichts der Funktion der Sozialauswahl und deren Ausgewogenheit nicht hingenommen werden kann“.

Auch *L ö w i s c h*²⁴⁷ weist daraufhin, dass es dem Arbeitgeber weiterhin unbenommen bliebe, für die anstehende Massenentlassung und der nach § 1 Abs. 3 KSchG vorausgesetzten Sozialauswahl Auswahlrichtli-

²⁴² BGBl. I 1998, S. 3843.

²⁴³ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603f..

²⁴⁴ Siehe auch *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103f..

²⁴⁵ *B a d e r*, NZA 1999, S. 64, 69.

²⁴⁶ *B a d e r*, NZA 1999, S. 64, 69.

²⁴⁷ *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103f..

nien aufzustellen. Die aufgrund der Auswahlrichtlinien in Kombination mit der Namensliste ausgeführte Sozialauswahl kann dann hinsichtlich der Bewertung der sozialen Auswahlkriterien wie auch der Vergleichbarkeit ausgewählter Arbeitnehmer als auch hinsichtlich der Einstellung betrieblicher Belange nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Einen Unterschied zu § 1 Abs. 5 KSchG vermag er bei § 1 Abs. 4 KSchG n.F. nicht zu erkennen, abgesehen einmal davon, dass für eine „arbeitsgerichtsfeste“ Sozialauswahl neben der Aufstellung einer Namensliste auch die Vereinbarung von Auswahlrichtlinien notwendig ist. *L ö w i s c h*²⁴⁸ führt aus, dass der Gesetzgeber § 1 Abs. 4 KSchG an den bisherigen § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG und den § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO angeglichen habe. Dies habe zur Konsequenz, dass die Nachprüfung der getroffenen Sozialauswahl „insgesamt auf grobe Fehlerhaftigkeit“ beschränkt ist bzw. bleibt.

*D ä u b l e r*²⁴⁹ hält ein Ausweichen auf Richtlinien nach § 1 Abs. 4 KSchG dagegen für unzulässig. Er begründet seine Auffassung mit dem generellen Charakter dieser Richtlinien. Wörtlich führt er aus²⁵⁰: „Davon ganz abgesehen, würde eine solche Handhabung ersichtlich die mit der Abschaffung des § 1 Abs. 5 KSchG verbundene Absicht des Gesetzgebers verfehlen.“

Er begrüßt die Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG und weist auf die Intention des Korrekturgesetzes hin, wonach der Gesetzgeber aufgrund des Berichtes des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung²⁵¹ zu dem Ergebnis fand, dass das Ziel einer Stärkung des Betriebsrates bislang nicht erreicht worden sei. Die bisherige Regelung habe der Einzelfallgerechtigkeit und dem individuellen Kündigungsschutz nicht ausreichend Rechnung getragen.

*L ö w i s c h*²⁵² beurteilt dies anders. Er weist darauf hin, dass der Betriebsrat keinesfalls gezwungen gewesen sei, sich auf einen Interessenausgleich mit Namensliste festlegen zu lassen. Vielmehr betont er, dass dieses Verfahren „vielfach“ genutzt worden sei und vielerorts zu „vernünftigen“ und „sachgerechten“ Ergebnissen geführt habe.

²⁴⁸ *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103f..

²⁴⁹ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603f..

²⁵⁰ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603f..

²⁵¹ BT-Drucks. 14/151, S. 1ff..

²⁵² *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 103f..

Immerhin räumt auch *D ä u b l e r*²⁵³ ein, dass die Rechtspraxis „relativ häufig“ auf das Instrument des Interessenausgleichs mit Namensliste zurückgriff.

*D ä u b l e r*²⁵⁴ hat gegenüber der bisherigen Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG verfassungsrechtliche Bedenken. Nach Art. 12 Abs. 1 GG bestehe auch eine Schutzpflicht zugunsten der beruflichen Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers. Art. 12 Abs. 1 GG sei ein Individualgrundrecht, „dessen Wahrung nicht einfach in der betrieblichen Interessenvertretung monopolisiert werden“ dürfe.

(b) Eigene Wertung

M.E. kann aus der bloßen Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Interessenausgleich mit Namensliste abschaffen wollte. Aus der Intention des Korrekturgesetzes ergibt sich die Unzulässigkeit gerade nicht zwingend. Der Gesetzgeber stärkt zwar mit dem Korrekturgesetz die Verhandlungsposition des Betriebsrates, insbesondere mit der Streichung des § 113 Abs. 2 und 3 BetrVG, die zulasten der Verhandlungsposition des Arbeitgebers die Entfristung des versuchten Interessenausgleiches herbeiführen, sodass die Frage, nach welcher Verhandlungszeit ein Interessenausgleich hinreichend im Sinne des § 113 Abs. 1 BetrVG versucht wurde, wieder vollkommen offen ist²⁵⁵ – jedoch geht es *m.E.* zu weit, hieraus die Abschaffung des Interessenausgleichs mit Namensliste herzuleiten. Schließlich belegt § 1 Abs. 4 KSchG n.F., dass es rechtlich (weiterhin) gestattet ist, im Verhandlungswege mittels Tarifvertrag oder auch Betriebsvereinbarung die relevanten Sozialdaten für eine Sozialauswahl zu vereinbaren und darüber hinaus auch ihre Gewichtung zueinander festzulegen. Wenn der Gesetzgeber die Auswahl der maßgeblichen Sozialdaten (weiterhin) der Verhandlungsführung der Tarif- bzw. Betriebsparteien überlässt, dann ist es nur konsequent, wenn es den Betriebsparteien auch gestattet ist, die konkrete Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer vornehmen zu lassen. Es wäre ein widersprüchliches Ergebnis, gestattete man den Betriebsparteien zwar die abstrakte Festlegung relevanter Sozialdaten, nicht jedoch die sich daraus herleitende konkrete Festlegung des betroffenen Arbeitnehmerkreises. Der Gesetzgeber weist zudem in der Begründung zum Korrekturgesetz²⁵⁶

²⁵³ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 603f..

²⁵⁴ *D ä u b l e r*, NJW 1999, S. 601, 604.

²⁵⁵ Siehe hierzu II. D. 2. f.

²⁵⁶ BT-Drucks. 14/45 S. 16.

ausdrücklich daraufhin, dass die Regelung zum Interessenausgleich mit Namensliste inhaltlich beibehalten wird. Weiter führt er aus, dass die Beschränkung der Nachprüfbarkeit der Sozialauswahl durch die Arbeitsgerichte nur der Rechtssicherheit diene. Der Gesetzgeber erkennt darin eine Stärkung der Arbeitnehmer²⁵⁷.

Der Einwand von *D ä u b l e r*²⁵⁸, dass dem Interessenausgleich mit Namensliste das Grundrecht aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit) entgegenstehe, überzeugt *m.E.* nicht. In § 1 Abs. 4 KSchG n.F. bekennt sich der Gesetzgeber (weiterhin) zur Sozialkompetenz der Betriebspartner, indem er es ihnen gestattet, die entscheidenden Auswahlkriterien festzulegen. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb Betriebsparteien mit dieser Sozialkompetenz nicht sollen umgehen können. Ein entsprechender Erfahrungswert besteht einfach nicht – im Gegenteil. Gerade die Betriebsparteien als sachnächste Parteien sind noch am ehesten in der Lage, die zu treffende Sozialauswahl angemessen und sachgerecht vorzunehmen. Beiden Betriebsparteien dient der Interessenausgleich mit Namensliste: der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, einigermaßen zügig und verlässlich die notwendige Sozialauswahl vornehmen zu können, während der Betriebsrat maßgeblich mitbestimmen kann, welche Arbeitnehmer von der bevorstehenden Entlassung betroffen sein sollen. Er kann sich zudem zugunsten der zu entlassenden Arbeitnehmer seine Zustimmung gegen eine höhere Sozialplandotierung abringen lassen. Zudem darf auch nicht außer acht gelassen werden, dass dem Individualgrundrecht des betroffenen Arbeitnehmers aus Art. 12 GG ebenso das Individualgrundrecht des Arbeitgebers aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und aus Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) entgegensteht. Diese Grundrechtspositionen stehen sich *m.E.* gleichwertig gegenüber, weil sich auch Leistung (Erbringung der Arbeitstätigkeit) und Gegenleistung (der Lohn für die erbrachte Arbeitstätigkeit) wertmäßig gleichwertig gegenüber stehen. Abgesehen davon sind die Grundrechte Abwehrrechte des einzelnen gegenüber dem Staat – sie finden in dem Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer gerade keine unmittelbare Geltung. Schließlich hat der betroffene Arbeitnehmer auch die Möglichkeit, gegen eine grob fehlerhafte Sozialauswahl Kündigungsschutzklage zu erheben, § 1 Abs. 4 KSchG n.F.. Einer willkürlichen Entscheidung ist er gerade nicht rechtlos gestellt. Beispiele für eine grob fehlerhafte und damit angreifbare Sozialauswahl sind :

²⁵⁷ BT-Drucks. 14/45 S. 16f.

²⁵⁸ Siehe oben II. D. 2. d. bb. (1) (a).

- mangelhafte Auswahl der einschlägigen Sozialdaten
- zu unscharf umrissene Beschreibung und Bewertung der einschlägigen Sozialdaten.

Darüber hinaus sieht auch die Begründung des Korrekturgesetzes²⁵⁹ kein Verbot des Interessenausgleichs mit Namensliste vor. Hätte der Gesetzgeber den Interessenausgleich mit Namensliste abschaffen wollen, dann hätte er *m.E.* dies zumindest schon aus Klarstellungsgründen in der Begründung ausdrücklich festgehalten.

(2) Anwendungszeitraum

Die Frage, für welchen Zeitraum die bisherige Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG noch zur Anwendung kommen solle, ist ebenfalls umstritten.

(a) Ansicht des B A G

Das *B A G* vertritt die Auffassung, dass das Korrekturgesetz und damit auch der Wegfall des bisherigen § 1 Abs. 5 KSchG erst diejenigen Sachverhalte regeln will, die nach dem Inkrafttreten des Korrekturgesetzes entstanden sind²⁶⁰. Dies ergebe sich schon aus Art. 6 des Korrekturgesetzes, der hinsichtlich des Fortfalles des § 1 Abs. 5 KSchG keinerlei Übergangsregelung vorsehe.

(b) Ansicht von P a k i r n u s

*P a k i r n u s*²⁶¹ verneint dagegen eine Anwendung des § 1 Abs. 5 KSchG auf Fälle, die erst nach dem 31. Dezember 1998 vom Gericht zu entscheiden sind. Er rechtfertigt seine Ansicht damit, dass sich in den Ausschussprotokollen kein Hinweis auf eine weitere Anwendung des bisherigen Rechtes finden lasse²⁶².

²⁵⁹ BT-Drucks. 14/45.

²⁶⁰ *B A G*, NZA 1999, S. 702, 703; a.A. *P a k i r n u s*, DB 1999, S. 286.

²⁶¹ *P a k i r n u s*, DB 1999, S. 286f..

²⁶² *P a k i r n u s*, DB 1999, S. 286, 288.

(c) Eigene Wertung

P a k i r n u s interpretiert *m.E.* dieses Schweigen nicht zutreffend. Seine Ansicht, dass das Vertrauen des Arbeitgebers in den Bestand eines Interessenausgleiches mit Namensliste nicht schützenswert sei, überzeugt *m.E.* nicht. Es ist gerade die Funktion dieses Rechtsinstitutes, dem Arbeitgeber „Planungssicherheit“ an die Hand zu geben. Die Verlässlichkeit einer getroffenen Sozialauswahl stellt eine schützenswerte Vertrauensposition des Arbeitgebers dar. Schließlich ist diese Rechtssicherheit regelmäßig nur gegen eine höhere Sozialplandotierung „erkauft“ worden²⁶³. Weiterhin darf nicht übersehen werden, dass der abgeschlossene Interessenausgleich mit Namensliste nur mit Beteiligung des Betriebsrates zustande kommen konnte. So stärkte § 1 Abs. 5 KSchG die Position des Kollektivorgans und wertete seine Stellung auf. Einen regelmäßigen Erfahrungswert dahingehend, dass der Betriebsrat sachwidrigen Namenslisten zugestimmt hätte, gibt es nicht.

Weder materiell noch prozessualrechtlich kommt daher eine Rückwirkung in Betracht. Dem *B A G* ist zuzustimmen, da der Gesetzgeber im Fall einer gewünschten Rückwirkung eine ausdrückliche Regelung vorgenommen hätte²⁶⁴. Eine Kündigung, die dem Arbeitnehmer vor dem 1. Januar 1999 zugegangen ist, ist daher auch anhand des bisherigen § 1 Abs. 5 KSchG zu beurteilen. Gleiches gilt für die prozessualrechtliche Seite. Die Vermutungswirkung nach § 1 Abs. 5 KSchG betrifft all die Arbeitsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 1999 gekündigt wurden. Die Frage der Darlegungs- und Beweislast kann nicht abhängig von der Frage sein, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsgericht zu entscheiden hat²⁶⁵.

e. Scheitern des Interessenausgleiches

Kommt ein Interessenausgleich nicht zustande, so kann nach § 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG jede Betriebspartei den Präsidenten des Landesarbeitsamtes um Vermittlung bitten. Der Präsident kann sich durch eine geeignete Person vertreten lassen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, die Einigungsstelle anzurufen, § 112 Abs. 2 Satz 3 BetrVG.

²⁶³ Siehe auch unten II D. 4.

²⁶⁴ *B A G*, Urteil vom 21.1.1999 (2 AZR 624/98), ferner *L ö w i s c h*, BB 1998, S. 2581; a.A. *P a k i r n u s*, DB 1999, S. 286ff..

²⁶⁵ *B A G*, NJW 1998, S. 3586ff..

Der Präsident bzw. sein Vertreter kennen den örtlichen Arbeitsmarkt²⁶⁶. Zudem kann er durch Anregung geeigneter Umschulungs- und Weiterbildungsmaßnahmen in der Lösung weiterhelfen²⁶⁷.

f. Versuch des Interessenausgleichs

Der Interessenausgleich war nach § 113 Abs. 3 Satz 1 BetrVG a.F. versucht, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 111 Satz 1 BetrVG a.F. beteiligt hatte und nicht innerhalb von zwei Monaten nach Beratungsbeginn ein Interessenausgleich zustande gekommen war. In dieser Befristungsregelung lag eine klare und unmissverständliche Regelung. Die Betriebsparteien hatten einen festen Zeitplan, um zu einer Lösung zu kommen. Dabei zeigte die Praxis, dass dieser zweimonatige Zeitraum durchaus angemessen gewählt war²⁶⁸.

§ 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 BetrVG wurden jedoch durch das Korrekturgesetz²⁶⁹ mit Wirkung zum 1. Januar 1999 ersatzlos gestrichen²⁷⁰.

Der Gesetzgeber begründet die Streichung mit der Ansicht, dass es dem Betriebsrat wieder möglich sein soll, mit dem Arbeitgeber „in einem Zeitraum zu beraten, der nach Umfang, Schwierigkeit und Tragweite der Umstrukturierung erforderlich ist.“ Eine konkrete zeitliche Mindestvorgabe für die erforderliche Dauer gibt der Gesetzgeber auch nicht in der Begründung²⁷¹.

aa. Ansicht der Literatur

Die Verhandlungsposition des Betriebsrats wurde vom Gesetzgeber deutlich durch das Beschäftigungsförderungsgesetz geschwächt.

*N e e f*²⁷² ist dabei der Ansicht, dass der Gesetzgeber durch die

²⁶⁶ FKHE §§ 112, 112a Rn. 27.

²⁶⁷ *R o l f s*, NZA 1998, S. 20.

²⁶⁸ *L ö w i s c h*, BB 1999, S. 102, 106, *B a u e r*, NZA 2001, S. 375, 379, ähnlich *S c h i e f e r / K o r t e*, NZA 2001, S. 71, 88.

²⁶⁹ BGBl. I 1998, S. 3843.

²⁷⁰ BT-Drucks. 14/45, S. 17, 24.

²⁷¹ BT-Drucks. 14/45, S. 17, 24. Der Gesetzgeber hält die Umstrukturierungsfragen, die mit einer Betriebsänderung regelmäßig für komplex und sehr kompliziert, sodass eine zwei- bzw. dreimonatige Frist für die Ausarbeitung von Alternativvorschlägen durch die Arbeitnehmerseite regelmäßig nicht ausreiche. Eine konkrete Zeitvorgabe enthält aber auch die Begründung nicht.

²⁷² *N e e f*, NZA 1997, S. 65, 67.

Neuregelung von § 113 Abs. 3 BetrVG (durch das Beschäftigungsförderungsgesetz) die Rechtsprechung des B A G, die einen Versuch eines Interessenausgleichs vor der Einigungsstelle verlangt, „mit einem Federstrich“ aufgehoben habe .

*R ö d e r / B a e c k*²⁷³ sahen die Möglichkeit, die das Beschäftigungsförderungsgesetz den Arbeitgebern mit § 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 BetrVG gewährte, dagegen sehr kritisch. Sie warnten davor, dass künftig ein noch vor der Einigungsstelle erzielbarer Kompromiss aufgrund des Beschäftigungsförderungsgesetzes gar nicht erst mehr versucht würde. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass der Arbeitgeber die vorgesehenen Fristen von zwei bzw. drei Monaten schlicht verstreichen lassen würde.

Die Frage, nach welcher Zeit der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich im Sinne des § 113 Abs. 3 Satz 1 BetrVG versucht hat, ist mit dem Korrekturgesetz wieder vollkommen offen. Begründet wird dieser Schritt damit, dass der „Befriedigungseffekt“ des Interessenausgleichsverfahrens wieder hergestellt werden solle²⁷⁴. Ausgreifende und komplexe Betriebsänderungen verlangten nach einem längerfristigen Verfahren. Zwei bis drei Monate seien jedenfalls zu knapp bemessen²⁷⁵.

*L ö w i s c h*²⁷⁶ hält diesem Argument entgegen, dass die bisherige Praxis gezeigt habe, dass ein Interessenausgleich in zwei bis drei Monaten gut und sachgerecht ausgeführt werden könne.

Auch *R ö d e r / B a e c k*²⁷⁷ halten einen Verhandlungszeitraum von zwei Monaten im allgemeinen für völlig ausreichend. Sie weisen daraufhin, dass die Unterrichtsphase den eigentlichen Beratungen vorgeschaltet sei und nicht mitgerechnet werde, so dass dem Betriebsrat regelmäßig de facto fast drei Monate Verhandlungszeitraum zur Verfügung stand.

bb. Eigene Wertung

Das Beschäftigungsförderungsgesetz hat die Verhandlungsposition des Betriebsrates *m.E.* eher insoweit geschwächt, indem es das innerbetriebliche Verfahren beschleunigte, wobei die Verfahrenshöchstdauer von zwei Monaten maximal um einen weiteren Monat überschritten werden

²⁷³ *R ö d e r / B a e c k*, BB 1996, Beilage 17, S. 23, 25.

²⁷⁴ BT-Drucks.14/45 S. 24.

²⁷⁵ BT-Drucks.14/45 S. 24.

²⁷⁶ *L ö w i s c h*, BB 1998, S. 2581.

²⁷⁷ *R ö d e r / B a e c k*, BB 1996, Beilage 17, S. 23ff..

konnte. Die bis dahin dem Betriebsrat gewährte „Verzögerungsmöglichkeit“ wurde erschwert. Je länger sich die Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat hinzogen, desto schwächer wurde die Verhandlungsposition des Betriebsrates. Die Zeit arbeitete für den Unternehmer und gegen den Betriebsrat. Für den Unternehmer brachte das Beschäftigungsförderungsgesetz insofern größere Planungssicherheit. Er wusste, dass er zwei Monate nachdem er den Betriebsrat ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt hatte, die gewünschte Betriebsänderung durchführen konnte. Sanktionen irgendwelcher Art hatte er seitens des Betriebsrats nicht (mehr) zu fürchten. So zeigte auch die Praxis, dass der Arbeitgeber, dem es darauf ankommt, seine geplante Betriebsänderung möglichst bald und mit Blick auf § 113 Abs. 3 BetrVG sanktionslos durchführen zu können, nach drei oder dreieinhalb Wochen die Einigungsstelle anrufen wird, mit der Konsequenz, dass der Interessenausgleich mit Ablauf der zwei Monate ordnungsgemäß versucht ist.

Im Hintergrund der „Entfristungsthematik“ steht der Umstand, dass es dem Betriebsrat mittlerweile wieder möglich ist, aus „verhandlungstaktischen“ Gründen das Interessenausgleichsverfahren hinauszögern zu können. Der Betriebsrat kann wieder auf Zeit setzen²⁷⁸. Damit wird die Verhandlungsposition des Betriebsrates gestärkt. Denn zeitlich konkret fassbare Mindestzeitläufe bestehen nicht mehr. Zwar stellt *L ö w i s c h*²⁷⁹ klar heraus, dass die frühere Rechtsprechung, wonach der Unternehmer erst eine Betriebsänderung sanktionslos ausführen konnte, wenn alle (zeitintensiven) Verfahrensschritte des § 112 Abs. 2 BetrVG durchlaufen waren, nicht wieder auflebt, dennoch benennt auch er keine konkrete Mindestzeit. Angesichts dieser unklar gehaltenen Regelung wird die Verhandlungsposition des Betriebsrates wesentlich und nachhaltig gestärkt; er profitiert von der Rechtsunsicherheit. Denn gerade aufgrund der Ungewissheit, wieviel Zeit verstrichen sein sollte, damit der Arbeitsrichter auch zu der Einschätzung findet, dass ein Interessenausgleich hinreichend versucht wurde, wird sich der Betriebsrat die schnelle Einigung *m.E.* wohl in nächster Zukunft nur gegen erhöhte Sozialplandotierungen „abkaufen“ lassen.

²⁷⁸ *B a u e r* ist der Ansicht, dass Verhandlungen desöfteren von dem Betriebsrat „durchaus bewusst“ verzögert werden, was zum Teil sogar dazu führe, dass Unternehmen die notwendige Betriebsänderung unterließen, NZA 2001, S. 375, 379.

²⁷⁹ *L ö w i s c h*, NZA 1996, S. 1009, 1016.

3. Sozialplan

a. Begriff des Sozialplans

Der Begriff des Sozialplans ist gesetzlich in § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG definiert. Im Sozialplan einigen sich die Betriebsparteien²⁸⁰ über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen.²⁸¹ Die Betriebsparteien können selbst entscheiden, welche Inhalte sie vereinbaren wollen; sie entscheiden betriebsautonom. Nachteile bestehen in Versetzungen und Entlassungen. Der Nachteilsausgleich erfolgt vor allem im Bereitstellen von Abfindungen. Dagegen können Maßnahmen zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile wie etwa Kündigungsverbote und Umschulungsmaßnahmen nicht in den Sozialplan aufgenommen werden²⁸². Sie finden ihre Regelung vielmehr im Interessenausgleich²⁸³.

b. Wirkung des Sozialplans

Dem Sozialplan kommt gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Wirkung einer Betriebsvereinbarung zu. Diese Gesetzesformulierung ist irreführend. Der Sozialplan hat nicht nur die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, er ist Betriebsvereinbarung²⁸⁴.

§ 77 Abs. 3 BetrVG ist nicht auf den Sozialplan anzuwenden²⁸⁵. Das bedeutet, dass Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die üblicherweise Gegenstand eines Tarifvertrages sind, sozialplanfähig sind. Der Tarifvorbehalt greift hier somit nicht ein. Der Sozialplan kann über eine tarifliche Regelung hinausgehen; er darf sie jedoch nicht unterschreiten²⁸⁶.

²⁸⁰ Das *L A G Berlin* hat entschieden, dass der Abschluss von Sozialplänen für mehrere Betriebe eines Unternehmens in die Wahrnehmungsbefugnis (Sachkompetenz) des Gesamtbetriebsrates fällt, § 50 Abs. 1 BetrVG, *L A G Berlin*, NZA-RR 1999, S. 34.

²⁸¹ *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389.

²⁸² *N e e f*, NZA 1997, S. 65.

²⁸³ Siehe oben II. D. 2.

²⁸⁴ Küttner / *E i s e m a n n*, Sozialplan Rn. 2, auch *B A G*, DB 1991, 969.

²⁸⁵ FKHE §§ 112, 112a Rn. 79.

²⁸⁶ *G K - F a b r i c i u s*; § 112, 112a Rn. 68.

c. Funktion des Sozialplans

Der Sozialplan hat die Aufgabe, die wirtschaftlichen Nachteile, die der jeweilige betroffene Arbeitnehmer durch die Betriebsänderung erfährt, auszugleichen²⁸⁷.

Der Sozialplan will für den Verlust des Arbeitsplatzes entschädigen. Dies gilt zum einen für eine vergangenheits- wie auch für die zukunftsbezogene Perspektive²⁸⁸. Vergangenheitsbezogen erfolgt der Ausgleich für den Umstand, dass sich der Betroffene seinen Arbeitsplatz „erarbeitet“ hat, zukunftsbezogen aus der Betrachtung heraus, dass er nun gezwungen ist, in einem neuen Betrieb „wieder von vorne anfangen zu müssen“²⁸⁹.

Das *B A G* geht zunächst von einer zukunftsbezogenen Perspektive aus und betont dabei den Überleitungs- und Vorsorgegedanken des Sozialplans²⁹⁰.

d. Inhalt des Sozialplans

Die Sozialpläne können verschiedene Inhalte haben. Die zulässige Grenze des Einzelanspruches ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Sozialplanes. Der Sozialplan hat die Funktion, diejenigen wirtschaftlichen Nachteile des betroffenen Arbeitnehmers auszugleichen, die Folge der Entlassung sind. Nur diese wirtschaftlichen Nachteile sind im Rahmen eines Sozialplanes erstattungsfähig.

aa. Abfindungszahlungen

Die bekannteste Sozialplanregelung ist sicherlich die Abfindungszahlung für den Verlust des Arbeitsplatzes. Die Abfindungszahlung setzt fest, welcher Abfindungsbetrag dem einzelnen zustehen soll. Diese Abfindungszahlung beträgt ein vielfaches des regelmäßigen Monatseinkommens.

Im Sozialplan können auch Modelle für die Bestimmung der Abfindungshöhe festgelegt werden.

²⁸⁷ *H a n a u*, ZfA 1974, S.101; *G K - F a b r i c i u s* §§112,112a Rn. 33; *R i c h a r d i*, BetrVG, §§ 112, 112a Rn. 84; *B A G*, NZA 1989, S. 25; NZA 1995, S. 440.

²⁸⁸ FKHE §§ 112,112a Rn. 79

²⁸⁹ FKHE §§ 112,112a Rn. 79.

²⁹⁰ *B A G*, AP Nr. 66, 71, 85, 103 zu § 112 BetrVG.

bb. Zuschlagsregelungen

Die Betriebsparteien können Zuschläge zur Abfindung für besondere Belastungen vereinbaren, etwa für eine Schwerbehinderung oder für bestehende Unterhaltsverpflichtungen. Zuschläge können auch gewährt werden für Bewerbungs- und Fahrtkosten oder für die Kosten der Umschulung bzw. der Fortbildung.

Pauschalierungen sind nach einem Punktesystem zulässig²⁹¹. Punkte – und damit letztlich Zuschläge – können für verschiedene Sozialindikatoren gewährt werden, beispielsweise für Lebensalter oder die Dauer der Betriebszugehörigkeit.

cc. Stichtagsregelungen

Weiterhin können Stichtagsregelungen für die Auswahlkriterien wie Betriebszugehörigkeit und Lebensalter festgelegt werden²⁹².

dd. Vorruhestandsregelungen

Schließlich können auch Vorruhestandsregelungen Gegenstand eines Sozialplanes sein.

e. Erzwingbarkeit des Sozialplans

Der Betriebsrat ist aufgrund und unter den Voraussetzungen der Regelungen der §§ 112, 112a BetrVG in der Lage, Sozialpläne notfalls zu erzwingen.

Nach § 112 Abs. 4 BetrVG entscheidet die Einigungsstelle über die Aufstellung eines Sozialplanes, wenn es zwischen den Betriebsparteien zu keiner Einigung kommen sollte. Die Bildung der Einigungsstelle richtet sich nach § 76 BetrVG. Gemäß § 112 Abs. 5 BetrVG hat die Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung sowohl die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer als auch auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit ihrer Entscheidung für das Unternehmen zu berücksichtigen.

Die Einigungsstelle hat mithin eine Interessenabwägung vorzunehmen. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung hat der Gesetzgeber in § 112 Abs. 5 BetrVG Regeln aufgestellt. So soll sie wirtschaftliche

²⁹¹ B A G, NJW 1980, S. 83; NZA 1985, S. 628; NZA 1998, S. 203.

²⁹² B A G, NZA 1995, S. 489, NZA 1995, 492.

Nachteile des einzelnen Mitarbeiters insbesondere durch eine Einkommensminderung bzw. Einkommenswegfall oder den Verlust bisheriger Sonderzuwendungen durch den Arbeitgeber berücksichtigen, § 112 Abs. 5 Nr. 1 BetrVG. Ferner sollen auch die Arbeitsmarktaussichten und Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten des einzelnen einfließen, § 112 Abs. 5 Nr. 2 BetrVG und bei der Bestimmung des Gesamtumfanges der Sozialplanleistungen soll auch die Verträglichkeit des Sozialplanes im Hinblick auf den Fortbestand des Unternehmens berücksichtigt werden. Durch das Gesetz zur Reform des BetrVG ist § 112 Abs. 5 Nr. 2a BetrVG ergänzend hinzugekommen. Er ordnet an, dass die Einigungsstelle die im SGB III vorgesehenen Förderungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit berücksichtigt. Sozialplanmittel können künftig beispielsweise für Bewerbungskosten bei einem neuen Arbeitgeber²⁹³, für Qualifizierungsmaßnahmen²⁹⁴ oder für Mobilitätshilfen²⁹⁵ eingesetzt werden.

Die fehlerhafte Besetzung der Einigungsstelle im Sinne des § 76 Abs. 2 und 3 BetrVG kann gemäß § 98 Abs. 1 ArbGG im Beschlußverfahren vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht werden.

4. Gleichzeitige Verhandlung über Interessenausgleich und Sozialplan

Über Interessenausgleich und Sozialplan kann gleichzeitig verhandelt werden. Dabei macht der Betriebsrat seine Zustimmung zum Interessenausgleich regelmäßig von der Ausgestaltung des Sozialplanes geltend. Interessenausgleich und Sozialplan stehen dann (faktisch) in einem Abhängigkeitsverhältnis.

*S c h a u b*²⁹⁶ rät – trotz Unabhängigkeit beider Zustimmungen voneinander – zur Anfertigung zweier Urkunden²⁹⁷, um deutlich zu machen, aus welchen Absprachen – nämlich nur aus denen, die im Sozialplan aufgenommen sind – der einzelne Arbeitnehmer Ansprüche ableiten kann.

²⁹³ § 45f. SGB III.

²⁹⁴ §§ 48, 77 SGB III.

²⁹⁵ § 53 SGB III.

²⁹⁶ *S c h a u b*, Personalanpassung Rn. 483.

²⁹⁷ Also jeweils eine Einzelurkunde über den Interessenausgleich sowie über den Sozialplan.

5. Sonderproblem der (teilweisen) ausbleibenden Betriebsänderung

Es kommt auch vor, dass die bereits abgesprochene und vereinbarte Betriebsänderung doch nicht oder nur zum Teil ausgeführt wird, etwa weil unerwartet ein neuer Auftrag eingegangen ist, welcher die Auftragsbücher schlagartig füllte. In dieser Situation ist zu unterscheiden zwischen der nicht durchzuführenden Betriebsänderung und der nur teilweise durchzuführenden Betriebsänderung.

a. Nicht durchzuführende Betriebsänderung

Wird die avisierte Betriebsänderung überhaupt nicht ausgeführt, so entfällt für den Sozialplan jegliche Regelungswirkung – er ist schlicht wirkungslos²⁹⁸.

Gleiches gilt für den Interessenausgleich – eines besonderen Feststellungsaktes bedarf es nicht.

b. Nur teilweise durchzuführende Betriebsänderung

Bei einer nur teilweise auszuführenden Betriebsänderung ist wiederum zu unterscheiden:

- zum einen zwischen der Situation, dass der noch ausstehende Teil keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG darstellt (irrelevante Restmaßnahme)
- zum anderen, dass er immer noch eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG darstellt (relevante Restmaßnahme).

aa. Irrelevante Restmaßnahme

Soweit keine Betriebsänderung in der Restmaßnahme gesehen werden kann, bestehen auch keine Beteiligungsrechte des Betriebsrates. Der Betriebsrat hat kein (einklagbares) Recht inne, dass die beabsichtigte Betriebsänderung auch durchgeführt wird²⁹⁹.

Diese Bewertung ist *m.E.* auch richtig. Schließlich trägt einzig der

²⁹⁸ B A G , AuA 1997, S. 423.

²⁹⁹ F i s c h e r , AuA 1999, S. 258.

Arbeitgeber und Unternehmer das wirtschaftliche Risiko der Betriebsänderung. Entscheidet er sich letztlich dafür, diese Änderung doch nicht durchzuführen, so muss ihm diese Entscheidungsfreiheit auch zustehen.

bb. Relevante Restmaßnahme

Verbleibt eine relevante Restmaßnahme, so kommt den getroffenen Absprachen weiterhin Regelungsqualität zu. Sie entfallen nicht, da die Restmaßnahme immer noch eine Betriebsmaßnahme im Sinne des § 111 BetrVG verkörpert.

*Fischer*³⁰⁰ vertritt zudem die Ansicht, dass der Arbeitgeber bzw. Unternehmer auch die Möglichkeit innehat, von den getroffenen Regelungen insoweit abzuweichen, als er einer geringeren Anzahl von Arbeitnehmern kündigt.

(1) Kündigungsmöglichkeit

Für den Fall, dass der verbleibende Rest der ursprünglich geplanten Betriebsänderung immer noch eine Betriebsänderung ausmacht, stellt sich die Frage, ob hinsichtlich des irrelevant gewordenen Teiles eine Kündigung seitens des Arbeitgebers erforderlich ist.

Eine Kündigungsmöglichkeit besteht nicht³⁰¹. Eine Anwendung des § 77 Abs. 5 BetrVG (Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten) lehnt *Fischer* ab, da der Sozialplananspruch nicht mit dem Dauerschuldverhältnis einer Betriebsvereinbarung vergleichbar sei.

(2) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Stattdessen plädiert *Fischer*³⁰² für die Anwendung der Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, die letztlich auf der Generalklausel des § 242 BGB beruhen.

Diese Auffassung vertritt auch das *BAG*³⁰³. Das *BAG* verlangt den Abschluss eines neuen Sozialplanes, wenn sich wesentliche Umstände

³⁰⁰ *Fischer*, AuA 1999, S. 258.

³⁰¹ *Fischer*, AuA 1999, S. 258.

³⁰² *Fischer*, AuA 1999, S. 258.

³⁰³ *BAG*, AuA 1997, S. 423ff..

geändert haben sollten. *Fischer*³⁰⁴ schlägt eine Orientierung an § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG a.F. vor, wonach eine mit dem Interessenausgleich vereinbarte Namensliste dann ihren Regelungsgehalt verlor, wenn sich nach Abschluss der Vereinbarung die Einzelumstände wesentlich änderten. Zudem will er sich an § 111 BetrVG orientieren. § 111 BetrVG spricht von wesentlichen Nachteilen der Belegschaft. Wesentlich wird in diesem Zusammenhang an den Zahlenwerten des § 17 KSchG gemessen. *Fischer*³⁰⁵ weist dabei daraufhin, dass diese Zahlenwerte nur Anhaltspunkte für die Wesentlichkeitsprüfung bilden dürfen; ein stures Festhalten an diesen Zahlen verbiete sich.

Zudem stellt *Fischer*³⁰⁶ auch auf einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang ab, wobei er wieder betont, dass es auch hier keine starren und festen Regeln geben könne. Letztlich verbleibe es wieder bei der Einzelfallprüfung.

M.E. ist nicht einzusehen, weshalb für den irrelevanten Teil noch eine Kündigung verlangt werden sollte. Vielmehr haben sich die Rahmenbedingungen – also vor allem die ursprüngliche unternehmerische Entscheidung, in vollem Umfang zu entlassen – geändert. Genau auf diese Situation der Änderung der Rahmenbedingungen sind die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zugeschnitten. Deshalb sollten sie zur Anwendung kommen.

(3) Externe Entscheidung

Kommt es zu Streitigkeiten hinsichtlich der Frage, ob die Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Anwendung finden, so entscheidet hierüber die Einigungsstelle³⁰⁷. Daneben besteht Rechtsschutz durch das Arbeitsgericht³⁰⁸.

(a) Entscheidung durch die Einigungsstelle

Die Einigungsstelle ist dabei nicht gehindert, eine vollkommen neue Regelung anstelle der bisherigen zu treffen. Dabei hat sowohl der Unternehmer wie auch der Betriebsrat die Möglichkeit, die Entscheidung der Einigungsstelle im Beschlussverfahren überprüfen zu lassen.

³⁰⁴ *Fischer*, AuA 1999, S. 258.

³⁰⁵ *Fischer*, AuA 1999, S. 258.

³⁰⁶ *Fischer*, AuA 1999, S. 258.

³⁰⁷ *BAG*, BB 1998, S. 849.

³⁰⁸ Beschlussverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG und Eilverfahren nach § 85 Abs. 2 ArbGG.

Zwar hat der *Große Senat des BAG* entschieden³⁰⁹, dass die Rechtsfrage, ob vertraglich begründete Ansprüche der Arbeitnehmerseite durch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage erloschen sind, nur von der Arbeitsgerichtsbarkeit verbindlich geklärt werden können – dies hindert die Einigungsstelle jedoch nicht daran, eine eigene Bewertung dieser Frage vorzunehmen. Auch muss die Einigungsstelle keinesfalls auf die Entscheidung eines befassen Gerichtes warten. Die Einigungsstelle verfügt vielmehr über eine eigene Regelungskompetenz³¹⁰.

Bei der Besetzung ist § 98 Abs. 1 Satz 4 ArbGG zu beachten. Ein Richter darf nur dann zum Vorsitzenden der Einigungsstelle bestellt werden, wenn aufgrund der Geschäftsverteilung ausgeschlossen ist, dass er mit der Überprüfung des Spruchs der Einigungsstelle befasst wird.

(b) Entscheidung durch das Gericht

Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen einmal im Beschlussverfahren nach den §§ 80ff. ArbGG und zum anderen im Eilverfahren nach § 85 Abs. 2 ArbGG.

(aa) Beschlussverfahren

Das Gericht prüft, ob es Veränderungen gab, die den Wegfall der bisherigen Geschäftsgrundlage für die Sozialplanregelung als möglich erscheinen lassen.

Das angegangene Gericht hat dabei nicht die Befugnis inne, abschließend zu prüfen³¹¹.

Stellt das Gericht fest, dass der abgesprochene Interessenausgleich bzw. Sozialplan noch Bestand haben, wird es seine Unzuständigkeit erklären. Ist hingegen nach Ansicht des Gerichtes die Geschäftsgrundlage tatsächlich weggefallen, so ist es an der Einigungsstelle, zu einer neuen Regelung zu finden, nicht jedoch am Gericht.

(bb) Eilverfahren

Das Eilverfahren ist in § 85 Abs. 2 ArbGG geregelt. Im Wege einer einstweiligen Verfügung kann der Vollzug einer vereinbarten Regelung

³⁰⁹ *Großer Senat des BAG*, BB 1997, Beilage 7.

³¹⁰ *BAG*, BB 1998, S. 849.

³¹¹ *Fischer*, AuA 1999, S. 258f..

ausgesetzt werden ³¹².

(4) Folgen der angepassten Regelung

Ist die Regelung den neuen Umständen angepasst worden, so stellt sich die Frage, was mit den bereits gekündigten Arbeitnehmern geschieht.

Insoweit sollte darauf abgestellt werden, ob die betroffenen Arbeitnehmer bereits das Unternehmen verlassen haben oder ob die Kündigungsfrist noch läuft. Im letzteren Falle besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch, wobei der Anspruch aus dem Sozialplan entfällt ³¹³.

Gleiches gilt auch bei der einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit Blick auf die bevorstehende, vermutete Betriebsänderung. Solange der Arbeitnehmer noch im Betrieb des Unternehmers tätig ist, besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch gegen Fortfall der Sozialplanansprüche ³¹⁴.

Fischer ³¹⁵ gibt zu bedenken, dass es vielerlei Gründe für den betroffenen Arbeitnehmer geben könne, nicht in den Betrieb zurückzukehren.

Hiergegen lässt sich *m.E.* mit Blick auf den wegfallenden Sozialplananspruch entgegenhalten, dass dann die entscheidende Ursache für ein Ende der Beschäftigung gerade nicht in der Betriebsänderung liegt, sondern in der eigenverantwortlichen Entscheidung des einzelnen Arbeitnehmers, den Betrieb zu verlassen, auch wenn die zunächst angestrebte Betriebsänderung der Auslöser hierfür war. Diese selbständige Arbeitnehmerentscheidung kann dann aber auch keinen Sozialplananspruch mehr rechtfertigen. Schließlich besteht der Zweck der Sozialplandotierung allein darin, die wirtschaftlichen Nachteile, die der Arbeitnehmer infolge der Betriebsänderung erleidet, zu kompensieren.

³¹² *Fischer*, AuA 1999, S. 258, 260. Beim Arbeitsrechtsstreit um Sozialplanansprüche ist das Verfahren gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 495, 148 ZPO auszusetzen ist, bis der kollektiv-rechtliche Streit über den Fortfall der Geschäftsgrundlage seinerseits entschieden worden ist. Für den Fall, dass kein entsprechender kollektiv-rechtlicher Streit anhängig ist, muss das angegangene Gericht auch diese kollektiv-rechtliche Frage mitentscheiden, *BAG AP Nr. 1 zu § 111 BetrVG 1972*.

³¹³ *BAG, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4, II 2*.

³¹⁴ *Fischer*, AuA 1999, S. 258, 260.

³¹⁵ *Fischer*, AuA 1999, S. 258ff..

sieren³¹⁶. Dem Sozialplan kommt dann eine Überleitungs- und Vorsorgefunktion zu³¹⁷. Soweit der Arbeitnehmer infolge des Arbeitsplatzwechsels Nachteile erfahren sollte, beruhen diese eben nicht auf der Entscheidung des Arbeitgebers, sondern auf seiner eigenen Entscheidung, den Betrieb zu verlassen. *M.E.* sollte höchstens dann noch ein Sozialplananspruch zugebilligt werden, wenn es dem Arbeitnehmer aufgrund vertraglicher Verpflichtung gegenüber seinem neuen Arbeitgeber nicht mehr oder nur unter Auslösung einer Vertragsstrafe möglich ist, doch noch auf dem bisherigen Arbeitsplatz weiter zu arbeiten.

6. Sondersituation Insolvenz

Im Stadium der Insolvenz gelten die Normen der InsO³¹⁸. Der Insolvenzplan verdrängt nicht etwa die Vorschriften der §§ 111 ff. BetrVG³¹⁹. Das gilt selbst dann, wenn die Betriebsänderung ihre Ursache in der Zahlungsunfähigkeit hat³²⁰. Allerdings tritt der Insolvenzverwalter an die Stelle des Arbeitgebers. Für die Arbeitnehmerseite verhandelt (weiterhin) der Betriebsrat³²¹.

a. Interessenausgleich

§ 122 InsO differenziert zwischen dem Interessenausgleich nach § 112 BetrVG und dem Ausgleich nach § 125 InsO. Insolvenzverwalter und Betriebsrat können neben einem (einfachen) Interessenausgleich (ohne Namensliste) nach § 112 BetrVG auch über einen Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO verhandeln³²².

³¹⁶ Siehe zum Zweck des Sozialplans auch oben II. D. 2. c.

³¹⁷ FKHE, §§ 112, 112a Rn. 78ff..

³¹⁸ Gemäß Art 104 EGIInsO gelten in einem Insolvenzverfahren, das nach dem 31.12.1998 beantragt wird, die Normen der InsO auch für Rechtsverhältnisse und Rechte, die vor dem 1.1.1999 begründet worden sind. Nach Art 103 Satz 1 InsO gelten mit der KO die bisherigen Vorschriften für das Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsverfahren weiter, sofern die Antragstellung vor dem 1.1.1999 erfolgte.

³¹⁹ Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, InsO, § 125 Rn. 5.

³²⁰ Der Insolvenzfall per se ist noch keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG.

³²¹ Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, InsO, § 125 Rn. 19.

³²² Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, InsO, § 122 Rn 2.

aa. Einfacher Interessenausgleich

Der einfache Interessenausgleich sollte gemäß § 122 InsO drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung hierzu zustande kommen. Ist dies nicht der Fall, dann kann der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Arbeitsgerichts beantragen, dass die Betriebsänderung durchgeführt wird, ohne dass der Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG fällig wird.

§ 122 InsO ordnet damit für den Fall der Nichteinigung ein gerichtliches Beschlussverfahren an.

Hintergrund dieser Regelung ist der Umstand, dass die Unternehmenssanierung häufig nach einer schnellen Lösung verlangt. Bestehen nämlich Sanierungsmöglichkeiten, dann sollte der Insolvenzverwalter auch die Möglichkeit haben, verlustbringende Betriebe baldmöglichst zu schließen³²³.

Die gerichtliche Überprüfung im Beschlussverfahren soll dabei den Missbrauch verhindern³²⁴; schließlich soll das Interessenausgleichsverfahren nur in berechtigten Fällen auf drei Wochen abgekürzt werden dürfen.

Nach § 122 Abs. 2 InsO erteilt das Gericht die Zustimmung, wenn die wirtschaftliche Situation des Unternehmens es erfordert, dass die Betriebsänderung sofort durchgeführt wird. Letztlich nimmt das Gericht eine Interessenabwägung vor:

Es wägt ab zwischen dem Verwertungsinteresse der Insolvenzgläubiger und den Interessen der Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz infolge der Sanierung behalten könnten einerseits und andererseits zwischen den sozialen Belangen der zur Entlassung anstehenden Mitarbeitern. Dabei hat das Gericht eine vollumfängliche und eigenständige Wertung vorzunehmen; es ist nicht an die Wertung des Insolvenzverwalters gebunden noch ist es auf eine Prüfung auf offensichtlichen Missbrauch beschränkt.

bb. Interessenausgleich mit Namensliste

§ 125 InsO modifiziert den § 1 KSchG. Ist eine Betriebsänderung geplant

³²³ *Kübler/Prütting*, Bd. I. S. 125.

³²⁴ Der Insolvenzverwalter kann auf die Durchführung des Beschlussverfahrens verzichten; er setzt sich dann jedoch der Gefahr aus, dass er nach § 60 InsO schadensersatzpflichtig wird.

und verständigen sich Insolvenzverwalter und Betriebsrat auf einen Interessenausgleich mit Namensliste, dann wird vermutet, dass dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG die Kündigung rechtfertigen. Die getroffene Sozialauswahl kann dann arbeitsgerichtlich nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Zudem werden in § 125 Abs. 1 InsO die maßgeblichen Kriterien auf die Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltsverpflichtungen beschränkt. Die Unternehmenssanierung setzt oftmals Betriebsänderungen voraus, die in der Entlassung vieler Arbeitnehmer bestehen. Die Sanierung soll dabei nicht durch langdauernde Kündigungsschutzprozesse gefährdet werden³²⁵.

Auch im Insolvenzverfahren ist das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden³²⁶; damit sind auch die §§ 17ff. KSchG zu beachten. Gemäß § 125 Abs. 2 InsO ersetzt jedoch der Interessenausgleich mit Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG.

Die anfängliche Kritik eines Teils der *L e h r e*³²⁷, die die Namensliste sogar als „Hinrichtungsliste“ bezeichnete³²⁸ und der Ansicht war, dass der Betriebsrat in der Praxis die zu entlassenden Arbeitnehmer niemals namentlich aufführen werde, hat sich nicht bewahrheitet. Der Interessenausgleich mit Namensliste³²⁹ wurde von den Betriebsparteien angenommen³³⁰, *m.E.* wohl auch deshalb, weil die Betriebsparteien als sachnächste Parteien „vor Ort“ die größte Regelungskompetenz aufweisen³³¹.

³²⁵ *K ü b l e r / P r ü t t i n g*, Bd. I. S. 326f.; Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, InsO, § 125 Rn. 1.

³²⁶ Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, InsO, § 125 Rn. 1; *K ü b l e r / P r ü t t i n g*, Bd. I. S. 326f.; *L a k i e s*, RdA 1997, S. 145f..

³²⁷ DKK – *D ä u b l e r*, Anh. §§ 111-113 BetrVG § 125 InsO Rn. 2, 5.

³²⁸ *G r u n s k y*, FS Lüke, S. 191, 193

³²⁹ Sowohl nach § 1 Abs. 5 KSchG a.F. als auch nach § 125 Abs. 1 InsO

³³⁰ So auch *Z w a n z i g e r*, ArbuR 1997, S. 427; *K o h t e*, BB 1998, S. 946; *K a p p e n h a g e n*, BB 1998, S. 2266f.

³³¹ *H a m a c h e r* weist zum Beweis der Annahme des Interessenausgleichs mit Namensliste auf die große Anzahl von Entscheidungen zum § 1 Abs. 5 KSchG hin, Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, § 125 Rn. 7, *B e r k o w s k y*, DB 1996, S. 776f..

b. Sozialplan

aa. Ansprüche der zu entlassenden Arbeitnehmer

Nach § 123 Abs. 1 InsO ist der Umfang der Sozialplandotierung zugunsten der Insolvenzmasse beschränkt. Diese Beschränkung gilt für einen Sozialplan, der nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wird. Danach ist höchstens ein Gesamtbetrag von bis zu zweieinhalb Monatsverdiensten (§ 10 Abs. 3 KSchG) zulässig (absolute Grenze). Wird die Berichtigungsgrenze nicht gewahrt, so ist der gesamte Sozialplan unwirksam³³². Diese Regelung erfolgt einzig zum Schutz der Massegläubiger.

bb. Einschränkung der Betriebsautonomie

Zudem schränkt § 123 InsO die Betriebsautonomie im Interesse der Massegläubiger ein. Kommt kein Insolvenzplan zustande, so darf gemäß § 123 Abs. 2 Satz 2 InsO für die Berichtigung der Sozialplanansprüche höchstens ein Drittel der Insolvenzmasse verwendet werden, die ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. § 123 Abs. 2 Satz 3 InsO ordnet an, dass für den Fall, dass die Sozialplanansprüche diesen Kostenrahmen übersteigen, eine anteilige Kürzung zu erfolgen hat.

Nachstehendes Beispiel mag die Regelung verdeutlichen³³³:

Die zu verteilende Masse soll € 3.000.000,- betragen. Ein Insolvenzplan kommt nicht zustande, also darf die im Rahmen der Sozialplandotierung auszureichende Masse höchstens € 1.000.000,- betragen. Sieht der Sozialplan nun eine Dotierung von € 1.200.000,- vor, so ergibt sich eine Berichtigung von insgesamt € 200.000,-. Die Sozialplanansprüche sind somit jeweils um ein Sechstel zu kürzen.

Das bedeutet aber nicht, dass der gekürzte Teil wegfällt. Vielmehr hat der

³³² FKHE BetrVG, 1998, § 2 SozplKonkG Rn. 18; *Boemke/Tietze*, DB 1999, S. 1389, weisen noch auf die Möglichkeit der Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB hin.

³³³ Der Gesetzgeber ist der Ansicht, dass der Betriebsrat (vernünftigerweise) auch bereit wäre, einem niedriger dotierten Sozialplan zuzustimmen, wenn dadurch nur die Sanierung des Betriebs ermöglicht werde, *Kübler/Prütting*, Bd. I, S. 323.

Betroffene die Möglichkeit, seine Ansprüche um den gekürzten Teil gemäß den §§ 201, 215 Abs. 2 InsO weiter zu verfolgen.

Die relative Berichtigungsgrenze findet auf sämtliche Sozialplanansprüche Anwendung³³⁴.

Dies ergibt schon bereits im Wege der grammatikalischen Auslegung. § 123 Abs. 2 Satz 2 InsO spricht ganz allgemein von „Sozialplanforderungen“. Eine Beschränkung auf einen bestimmten Kreis an Sozialplanforderungen enthält § 123 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht. Unter „Sozialplanforderungen“ fallen alle Forderungen. Zudem verlangt aber auch der Zweck des § 123 Abs. 2 Satz 2 InsO eine derartige Interpretation. So liegt der Sinn und Zweck darin, zu einem ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmerschaft und der Massegläubiger zu kommen. Bei einer nur beschränkten Anwendung der relativen Berichtigungsgrenze wäre dieser angemessene Ausgleich nicht mehr gewährleistet.

Das Überschreiten der relativen Grenze hat hingegen nicht wie das Überschreiten der absoluten Grenze³³⁵ die Unwirksamkeit des Sozialplans zur Folge.

cc. Masseverbindlichkeit

§ 123 Abs. 2 Satz 1 InsO legt fest, dass die Sozialplanverbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten darstellen, wenn sie aus einem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestelltem Sozialplan stammen.

*B o e m k e / T i e t z e*³³⁶ befürworten diese Regelung. Sie sehen sie im Einklang mit § 55 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach Masseverbindlichkeiten die Verbindlichkeiten sind, die durch die Handlungen des Insolvenzverwalters entstehen, ohne zugleich zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

§ 123 Abs. 2 Satz 1 InsO ändert damit die bisherige Regelung des § 4 SozplKonG ab.

dd. Abschlagszahlungen

§ 123 Abs. 3 Satz 1 InsO ordnet an, dass Abschlagszahlungen mit Zustimmung des Insolvenzgerichtes geleistet werden sollen, sofern

³³⁴ Nerlich/Römermann - *H a m a c h e r*, § 123 Rn. 27.

³³⁵ Siehe oben II. D. 6. b. aa.

³³⁶ *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389, 1393.

hinreichender Barmittelbestand gegeben ist.

ee. Ansprüche der sonstigen Arbeitnehmer

Die Beschränkung der Sozialplanansprüche auf maximal zweieinhalb Monatseinkommen gilt allerdings nur für diejenigen Arbeitnehmer, die von einer Entlassung betroffen sind. Dies ergibt ganz eindeutig die grammatische Auslegung des § 123 Abs. 1 InsO. Besteht die Betriebsänderung jedoch in einer anderen Maßnahme – etwa in einer Zusammenlegung mehrerer Betriebe desselben Unternehmens, so wird diese Situation nicht von der Beschränkung des § 123 Abs. 1 InsO erfasst.

*B o e m k e / T i e t z e*³³⁷ weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Insolvenzverwalter regelmäßig darauf achten wird, dass ein aufgrund der (ebenfalls sozialplanpflichtigen) Umstrukturierungs-/ Sanierungsmaßnahme weiterbeschäftigter Arbeitnehmer nicht höher entschädigt wird als ein zu entlassender Arbeitnehmer, denn nach § 60 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass er seiner Verwaltungspflicht des Erhaltes der Haftungsmasse schuldhaft nicht nachkommt. *B o e m k e / T i e t z e*³³⁸ gehen davon aus, dass ein solches Fehlverhalten eben regelmäßig dann vorliege, wenn weiterbeschäftigte Arbeitnehmer besser abgefunden werden als zu entlassende. Darin liege erkennbar ein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz³³⁹, der insbesondere auch im Entlohnungsbereich gelte, mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter dieser Regelung nicht zustimmen dürfe.

ff. Sozialplan vor Verfahrenseröffnung - Widerrufsmöglichkeiten

Nach § 124 Abs. 1 InsO kann ein Sozialplan, der vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, frühestens aber drei Monate vor Eröffnungsantrag geschlossen wurde, sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Betriebsrat widerrufen werden³⁴⁰. Der Widerruf führt zur Unwirksamkeit

³³⁷ *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389, 1393.

³³⁸ *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389, 1393.

³³⁹ Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz siehe *W o l l e n - s c h l ä g e r*, Arbeitsrecht, Rn 125, ferner *B A G*, NZA 1996, S. 84, 87.

³⁴⁰ *P u l t e*, NZA 2000, S. 234, 242.

des geschlossenen Sozialplans³⁴¹.

Erfolgt ein solcher Widerruf, so können die bisher berücksichtigten Arbeitnehmer wiederum im neu aufzustellenden Sozialplan berücksichtigt werden.

Widerrufsadressat ist der andere Betriebspartner; der Betriebsrat hat also gegenüber dem Insolvenzverwalter und der Insolvenzverwalter gegenüber dem Betriebsrat zu widerrufen³⁴².

Unterbleibt der Widerruf, so besteht der abgeschlossene Sozialplan auch weiterhin. Die Sozialplanforderungen sind dann keine Massforderungen, § 123 Abs. 1 InsO. Sie stellen vielmehr einfache Insolvenzforderungen dar³⁴³.

c. Vermittlung durch den Präsidenten des Landesarbeitsamts

In Abweichung zu § 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ordnet § 121 InsO an, dass dem Verfahren vor der Einigungsstelle nur dann ein Vermittlungsversuch des Präsidenten des Landesarbeitsamtes vorangeht, wenn der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat gemeinsam um eine solche Vermittlung ersuchen. Hintergrund dieser Regelung ist die Erfahrung, dass die Vermittlung regelmäßig zu einer zeitlichen Verzögerung führt³⁴⁴, sodass diese Vermittlung nur dann in Anspruch genommen werden soll, wenn sie erfolgversprechend ist.

E. Europäischer Einfluss

Auf die Massenentlassungsvorschriften der §§ 17 ff. KSchG³⁴⁵ war die Rechtsetzung der EG nicht ohne Einfluss, im Gegenteil: Maßgeblich für die §§ 17ff. KSchG war die Richtlinie des Rates 75/129/EWG vom 17. Februar 1975. Ihr folgte die Richtlinie des Rates vom 24. Juni 1992 nach. Schließlich verstärkt sich auch der europäische Einfluss auf gemeinschaftsweit operierende Unternehmen mit der Etablierung des „Europäischen Betriebsrates“ durch die Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994³⁴⁶.

³⁴¹ Küttner / *E i s e m a n n*, Personalbuch 2000, Sozialplan Rn. 58.

³⁴² *B o e m k e / T i e t z e*, DB 1999, S. 1389, 1394; *M o l l*, in: Kübler / Prütting, InsO §§ 123, 124 Rn 104f..

³⁴³ Küttner / *E i s e m a n n*, Personalbuch 2000, Sozialplan Rn. 58; *B A G*, NZA 1999, S. 719.

³⁴⁴ *P u l t e*, NZA 2000, S. 234, 241.

³⁴⁵ Siehe oben II. C. 3.

³⁴⁶ ABIEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 64ff..

Die Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998³⁴⁷ führt aus Gründen der Übersichtlichkeit³⁴⁸ die Richtlinien 75/129/EWG und 92/56/EWG inhaltlich zusammen und hebt beide Richtlinien in Artikel 8 Abs. 1 auf.

1. Richtlinie 75/129/EWG

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 27. April 1978³⁴⁹ geht auf die EG-Richtlinie 75/129/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Februar 1975 zurück³⁵⁰. Dieses Gesetz sorgte für die Angleichung des deutschen Rechts an die Massenentlassungsrichtlinie³⁵¹. Zweck dieser Richtlinie ist zum einen der Schutz der betroffenen Arbeitnehmer und zum anderen der Erhalt einer effektiven Arbeitsvermittlung³⁵².

a. Keine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit

Die Richtlinie 75/129/EWG lässt dem Arbeitgeber die Entscheidung hinsichtlich des „OB“ der Massenentlassung offen. So wertet es auch der *E u G H*³⁵³. Die Grenze der unternehmerischen Entscheidung ist jedoch die offensichtliche Unsachlichkeit und Willkür. In diesen engen Grenzen findet eine Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung statt.

b. Ausgleich nationaler Wettbewerbsvorteile

Weiterhin vertritt der *E u G H*³⁵⁴ die Ansicht, dass es auch Sinn der Vereinheitlichung - neben dem Schutz der Arbeitnehmer - gewesen sei, Wettbewerbsunterschiede, die aufgrund der unterschiedlichen Standorte

³⁴⁷ Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff..

³⁴⁸ Erwägung (1) der Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16.

³⁴⁹ BGBl. I 1978, S. 550.

³⁵⁰ Richtlinie 75/129/EWG vom 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29, geändert durch die Richtlinie 92/56/EWG vom 24.6.1992, ABIEG Nr. L 245 vom 26.8.1992, S. 3ff., neu zusammengefasst in der Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff..

³⁵¹ *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, Vorb. zu §§ 17ff. Rn.1.

³⁵² *Pulte*, BB 1978, S. 1268.

³⁵³ *E u G H*, Slg. 1985 I S. 553, 563.

³⁵⁴ *E u G H*, Slg. 1994 I S. 2435, 2466.

in der EU gegeben sind, auszugleichen. Gleicher Massenkündigungsschutz soll die Wettbewerbsunterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten vermindern.

c. Konsultation der Arbeitnehmer

Art. 2 der Richtlinie 75/129/EWG verlangt die Konsultation der Arbeitnehmerseite. Mindestinhalt dieser Konsultation ist nach Art. 2 Abs.2 der Richtlinie 75/129/EWG die Auseinandersetzung darüber, welche Möglichkeiten bestehen, die Massenentlassung gänzlich zu vermeiden bzw. ihre Folgen zu vermeiden.

Deutschland erfüllt diese Konsultationsanforderungen³⁵⁵. So verlangt § 17 Abs. 2 Satz 1 und 2 KSchG die Diskussion der Betriebsparteien darüber, wie die Entlassungen vermieden oder wenigstens sozialverträglich abgefedert werden können³⁵⁶. Gleiche Rechte des Betriebsrates ergeben sich überdies auch aus § 111 BetrVG mit dem Unterrichts- und Beratungsrecht³⁵⁷.

2. Richtlinie 92/56/EWG

a. Überarbeitung der Richtlinie 75/129/EWG

Die Richtlinie 75/129/EWG wurde durch die Richtlinie 92/56/EG vom 24. Juni 1992³⁵⁸ überarbeitet, woraufhin § 17 KSchG durch das Gesetz zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht vom 20. Juli 1995³⁵⁹ wiederum modifiziert wurde.

b. Ziel der Überarbeitung

Die Überarbeitung verfolgt das Ziel eines verbesserten Arbeitnehmerschutzes, was sich aus Art. 1 Ziff. 5 der Richtlinie 92/56/EG ableiten läßt. Danach sind in den Mitgliedsstaaten Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer zulässig, auch wenn dies dazu führt, dass ein unterschiedliches nationales Schutzniveau besteht.

³⁵⁵ Zur unzulässigen Beschränkung durch § 17 Abs. 5 KSchG siehe oben II. C. 3. b. aa. (2).

³⁵⁶ Siehe oben II. C. 3. d.

³⁵⁷ Siehe hierzu auch *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 224.

³⁵⁸ ABIEG Nr. L 245 vom 26.8.1992, S. 3f.

³⁵⁹ BGBl. I 1995, S. 946, hierzu *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 224.

aa. „Beherrschungsklausel“

Die in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 75/129/EWG neu aufgenommene „Beherrschungsklausel“³⁶⁰ wird durch den deutschen Gesetzgeber in § 17 Abs. 3a KSchG wiedergegeben. Danach kann sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen, dass das herrschende Unternehmen die notwendigen Informationen für eine umfassende Unterrichtung des Betriebsrates nicht beigebracht habe. Es soll sichergestellt sein, dass die Informations-, Konsultations- und Meldepflichten des Arbeitgebers unabhängig davon gelten, ob die Entscheidung über die Massenentlassungen vom Arbeitgeber oder von einem den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen getroffen werden.

bb. Sanktionsmöglichkeiten

Ausdrücklich sieht die Massenentlassungsrichtlinie keine Sanktionen für Verstöße vor. Indes verweist *Wißmann*³⁶¹ auf die Entscheidung des *Tribunal de Grande Instance de Nanterre* sowie des *Cour d'Appel Versailles*, die der Massenentlassungsrichtlinie sogar Sanktionscharakter zusprachen³⁶². Die ausgesprochene Kündigung ist danach wegen unterbliebener Anhörung unwirksam³⁶³. Im Fall „Renault“ wurde der Geschäftsleitung des Automobilherstellers von der französischen Rechtsprechung untersagt, in Ausübung ihrer Direktionsgewalt gegenüber ihren Töchtern die Schließung des belgischen Werkes weiter zu forcieren, bis eine hinreichende Konsultation des Europäischen Betriebsrats stattgefunden habe.

Damit geht das französische Verständnis entscheidend weiter als das deutsche – vorausgesetzt, man bejaht die Vergleichbarkeit der Nichtbeteiligung des Europäischen Betriebsrats mit der Nichtbeteiligung des Betriebsrats an der Herbeiführung eines Interessenausgleichs. Wie

³⁶⁰ Art. 1 Ziff. 2 Richtlinie 92/56/EWG. Siehe auch die einleitende Begründung der Richtlinie 92/56/EWG vom 24.6.1992, ABIEG Nr. L 245 vom 26.08.1992, S. 3 .

³⁶¹ *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 224.

³⁶² Fall „Renault“, siehe auch *Kolvenbach/Kolvenbach*, NZA 1997, S. 695ff..

³⁶³ Im Fall „Renault“ entschied das *Tribunal du Travail Bruxelles*, dass die von Renault ergriffenen Maßnahmen unwirksam seien, da es das Unternehmen unterließ, die Arbeitnehmervertretung mit dem Ziel zu konsultieren, die Massenentlassung zu vermeiden oder zumindest auf ein Mindestmaß zu beschränken.

oben bereits dargestellt³⁶⁴, kann die völlige Weigerung des Arbeitgebers, einen Interessenausgleich mit seiner betroffenen Belegschaft zu versuchen, nicht zu einem Unterlassungsanspruch hinsichtlich der angestrebten Betriebsänderung führen – wohl aber zu Entschädigungspflichten³⁶⁵.

*Kolvenbach/Kolvenbach*³⁶⁶ vertreten die Meinung, dass diese Entscheidungen des *Tribunal de Grande Instance de Nanterre* sowie des *Cour d'Appel Versailles* wesentlichen Einfluss auf die künftige Handhabung der Richtlinie über die Massenentlassung und über die Errichtung eines Europäischen Betriebsrats haben werden. So sei es beispielsweise denkbar, dass im Zuge dieser Wertung bis zum Abschluss der Konsultation des Betriebsrats diesem ein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Durchführung der Betriebsänderung zusteht³⁶⁷. Einem Unterlassungsanspruch stehe auch nicht die unternehmerische Entscheidungsfreiheit entgegen, denn es sei dem Unternehmer zumutbar, dass er vor Durchführung der Entlassungsmaßnahme die Konsultationsrechte des Betriebsrates nach § 17 Abs. 2 KSchG wahrt. Nötigenfalls könne er sich hierzu rechtlichen Ratschlag entweder bei seiner Rechtsabteilung oder aber extern einholen.

In der Tat ist auch nach deutscher Ansicht eine Kündigung, die § 17 KSchG – und damit die Konsultationsrechte der Arbeitnehmervertretung – nicht beachtet, unwirksam³⁶⁸; allerdings bedarf es der Geltendmachung der Unwirksamkeit im Arbeitsgerichtsprozess. Dem Betriebsrat steht indes gerade nicht die Kompetenz zu, diese für die einzelnen Arbeitnehmer in einem Arbeitsgerichtsprozess geltend zu machen³⁶⁹.

cc. Informations- und Konsultationsrechte

Der Abschnitt der Arbeitnehmerbeteiligung wurde mit einer genaueren Formulierung und Beschreibung der Arbeitnehmerrechte ausgestaltet. So sieht Art. 2 Abs. 3 lit. b der Richtlinie 75/129/EWG mittlerweile genaue Mindestvorgaben hinsichtlich der Gründe, der Anzahl und der Kategorie

³⁶⁴ Siehe oben II. D. 2. f.

³⁶⁵ § 113 Abs. 3 BetrVG.

³⁶⁶ *Kolvenbach/Kolvenbach*, NZA 1997, S. 695ff..

³⁶⁷ Siehe hierzu auch oben II. D. 1. c.

³⁶⁸ B A G, BAGE 72, S. 310.

³⁶⁹ B A G, BAGE 76, S. 364, 375; siehe auch *Wißmann*, RdA 1998, S. 221, 226.

der betroffenen Arbeitskräfte, den Entlassungszeitraum, den Auswahlkriterien sowie dem Berechnungsmodus der Abfindungen vor. Entsprechend ist zudem die Arbeitsverwaltung zu unterrichten, Art. 2 Abs. 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 75/129/EWG. Weiterhin hat die Vertretung der Arbeitnehmer die Möglichkeit, Sachverständige zu Rate ziehen können, um konstruktive Vorschläge machen zu können.

c. Durchsetzbarkeit

Schließlich fordert die Richtlinie 92/56/EWG die Mitgliedstaaten in allgemeiner Form auf, entsprechende administrative bzw. gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen einzurichten³⁷⁰.

3. Richtlinie 94/45/EG

Weiterhin ist auch die Richtlinie 94/45/EG vom 22. September 1994 von Bedeutung³⁷¹. Sie bestimmt die Rechtsstellung des Europäischen Betriebsrates (EBR)³⁷².

a. Funktion des Europäischen Betriebsrates

Auch in dieser Richtlinie sieht das europäische Recht Informations- und Unterrichtungspflichten vor³⁷³. Hintergrund dieser Richtlinie ist der Wunsch, dass diejenigen Arbeitnehmer³⁷⁴, die gemeinschaftsweit handelnden Unternehmen angehören, auch dann hinreichende Einflussrechte zugestanden bekommen, wenn die Entlassungsentscheidung in

³⁷⁰ Richtlinie 92/56/EWG, ABIEG Nr. L 245 vom 26.8.1992, S. 3f..

³⁷¹ Richtlinie 94/45/EG vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABIEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 64ff..

³⁷² *Wuttke*, DB 1995, S. 774, 777.

³⁷³ *Wißmann*, RdA 1998, S. 221ff., *Kolvenbach*, NZA 2000, S. 518, 521; siehe auch *Goos*, NZA 1994, S. 776; *Hrodmadka*, DB 1995, S. 1125ff.; *Mayer*, BB 1995, S. 1935; *Ruoff*, BB 1997, S. 2478.

³⁷⁴ Die Volkswagen AG errichtete bereits 1990 einen sog. „Weltbetriebsrat“. Dieser genießt zwar keine Mitwirkungsrechte nach dem BetrVG, insbesondere nicht nach den §§ 111ff. BetrVG, befasst sich jedoch u.a. mit Fragen der Standortsicherung und der Beschäftigungspolitik des Unternehmens, siehe auch *Kolvenbach*, NZA 2000, S. 518, 521.

einem anderen EU-Staat getroffen wird³⁷⁵. Diese Einflussnahme soll der Arbeitnehmerschaft durch die Einrichtung eines Europäischen Betriebsrates ermöglicht werden³⁷⁶. Einflussnahme meint insoweit Unterrichtung und Anhörung der zu entlassenden Arbeitnehmer³⁷⁷. Es ist damit Ziel der Richtlinie sowie des Gesetzes über Europäische Betriebsräte³⁷⁸, die Konsultation der Arbeitnehmerschaft grenzübergreifend³⁷⁹ durchzuführen.

b. Zentralbegriffe der Richtlinie 94/45/EG

Die Zentralbegriffe hat die Richtlinie legaldefiniert.

aa. Gemeinschaftsweit operierendes Unternehmen

Der Begriff „gemeinschaftsweit operierendes Unternehmen“ wird in Art. 2 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 94/45/EG definiert. Gemeint ist damit ein Unternehmen mit wenigstens 1.000 Arbeitnehmern im EU-Raum, wobei wenigstens 150 Arbeitnehmer in wenigstens zwei Mitgliedstaaten arbeiten.

bb. Unternehmensgruppe

Mit „Unternehmensgruppe“ ist eine Gruppe bezeichnet, die aus einem herrschenden und dem beherrschten Unternehmen besteht. Insoweit besteht also ein Abhängigkeitsverhältnis³⁸⁰.

cc. Gemeinschaftsweit operierende Unternehmensgruppe

Darunter versteht die Richtlinie eine Unternehmensgruppe mit wenigstens 1.000 Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten und mindestens zwei Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten.

Wenigstens ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen hat zumindest 150 Arbeitnehmer in einem Mitgliedstaat und ein weiteres zugehöriges Unternehmen hat 150 Arbeitnehmer in einem anderem Mitgliedstaat³⁸¹.

³⁷⁵ *G o o s*, NZA 1994, S. 776.

³⁷⁶ *W u t t k e*, DB 1995, S. 774.

³⁷⁷ Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994.

³⁷⁸ Gesetz über europäische Betriebsräte vom 28.10.1996, BGBl. I 1996, S. 1548.

³⁷⁹ *P u l t e*, NZA 2000, S. 234, 241.

³⁸⁰ *P u l t e*, NZA 2000, S. 234, 241.

³⁸¹ Art. 2 Abs. 1 lit. c Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994.

dd. Herrschendes Unternehmen

Der Begriff „herrschendes Unternehmen“ wird von Art. 3 der Richtlinie 94/45/EG festgelegt. Entscheidend ist insoweit die Mehrheit des gezeichneten Kapitals, die Mehrheit der Stimmrechte und die Mehrheit in den Leitungsgremien.

c. Rechte des Europäischen Betriebsrats

Bei einer anstehenden Massenentlassung hat der Europäische Betriebsrat das Recht, darüber informiert zu werden³⁸². Auf Antrag hat er das Recht³⁸³, mit der zentralen Leitung bzw. mit anderen geeigneten Stellen zusammenzukommen, um hinsichtlich der anstehenden Massenentlassung unterrichtet und angehört zu werden. Der Europäische Betriebsrat kann dabei Kompetenz von außen hinzuziehen und sich durch Sachverständige beraten lassen³⁸⁴. Dabei hat der Europäische Betriebsrat aber lediglich ein Mitwirkungs-, nicht jedoch ein Mitbestimmungsrecht³⁸⁵. Er kann den Arbeitgeber nicht zu einer Änderung seiner Pläne zwingen. Dies ergibt sich aus dem im Anhang befindlichen „Subsidiären Vorschriften“³⁸⁶. Die Sitzung zur Unterrichtung und Anhörung erfolgt sofort auf der Grundlage eines Berichts der zentralen Leitung. Der Europäische Betriebsrat hat auch das Recht, auf diesen Bericht eine Gegendarstellung abzugeben.

In Deutschland wurde die Richtlinie mit dem Gesetz über Europäische Betriebsräte³⁸⁷ umgesetzt. Nach § 33 EBRG hat die zentrale Leitung den Europäischen Betriebsrat rechtzeitig über außergewöhnliche Umstände in Kenntnis zu setzen. Dabei gilt als außergewöhnlicher Umstand auch die Massenentlassung, § 33 Abs. 1 Nr. 3 EBRG. Rechtzeitig ist die Unterrichtung dann, wenn die Vorschläge und Kritik des Gremiums in den Entscheidungsprozess mit einfließen und damit die Willensbildung beeinflussen können³⁸⁸. Dabei hat der Arbeitgeber den Europäischen Betriebsrat auch auf Verlangen anzuhören.

³⁸² *Hromadka*, DB 1995, S. 1125, 1128; *Wuttke*, DB 1995, S. 774, 776.

³⁸³ Art. 1 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 3 Satz 3 Richtlinie 94/95 EG vom 22.9.1994.

³⁸⁴ Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994 sowie Anhang Ziffer 3 und 6, ABIEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 71f..

³⁸⁵ *Wuttke*, DB 1995, S. 774, 776.

³⁸⁶ ABIEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 71, Ziffer 3.

³⁸⁷ BGBl. I 1996, S. 1548ff.

³⁸⁸ *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Rn. 312.

Die nicht rechtzeitige Unterrichtung ist durch das EBRG jedoch nicht sanktioniert.

4. Richtlinie 98/59/EG

Die Richtlinie 98/59/EG³⁸⁹ will (ebenfalls) den Arbeitnehmerschutz verbessern³⁹⁰. Sie empfiehlt, gerichtlich veranlasste Entlassungen³⁹¹ nicht mehr aus dem Massentlassungsschutz herauszunehmen³⁹². Angesichts der Komplexität wird den Mitgliedsstaaten zudem nahegelegt, den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu gewähren, Sachverständige hinzuzuziehen³⁹³. Die Richtlinie führt aus Gründen der Übersichtlichkeit³⁹⁴ die Richtlinien 75/129/EWG und 92/56/EWG inhaltlich zusammen und hebt beide Richtlinien in Artikel 8 Abs. 1 auf.

F. Sonstige Mitwirkungsrechte des Betriebsrates

Dem Betriebsrat stehen weitere Mitwirkungsrechte³⁹⁵ zu, wobei diese nur bezogen auf die Situation des Massentlassung kurz dargestellt werden sollen.

1. Anhörungsrechte

Wie oben bereits angesprochen³⁹⁶, ist der Betriebsrat auch bei der Massentlassung nochmals zuvor gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu hören. Unterbleibt die Anhörung, hat dies die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge. Es ist jedoch fraglich, ob der Betriebsrat in seiner Beurteilung zum einen zwischen der Einzelfallbetrachtung und zum

³⁸⁹ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff.

³⁹⁰ Erwägung (2) der Richtlinie 98/59/EG, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16.

³⁹¹ Siehe unten III. C. 2. d. bb. (Konkurssituation nach Schweizer Recht, Art. 335e Abs. 2 OR).

³⁹² Erwägung (9) sowie Art. 2 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16, siehe hierzu auch unten die Ausführungen zu Art. 335 e Abs. 2 OR.

³⁹³ Erwägung (10) der Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16f.

³⁹⁴ Erwägung (1) der Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16.

³⁹⁵ *S c h a u b*, Personalanpassung Rn. 486ff..

³⁹⁶ Siehe oben II. C. 2.

anderen zwischen der Gesamtbetrachtung auch tatsächlich zu unterscheiden vermag. Werden beide Verfahren miteinander verbunden, so muss der Arbeitgeber hierauf deutlich hinweisen. Selbst wenn die Unterrichtung des Betriebsrates im Rahmen des § 17 Abs. 2 KSchG³⁹⁷ sehr ausführlich erfolgte, entbindet dies nicht den Arbeitgeber, den Betriebsrat vor Ausspruch der Massenkündigung nochmals anzuhören.

2. Unterrichtungs- und Beratungsrechte

Nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung von Arbeitsverfahren und Abläufen in Kenntnis zu setzen. Nach § 90 Abs. 2 BetrVG muss der Arbeitgeber die angestrebten Maßnahmen so frühzeitig besprechen, dass er die Stellungnahme des Betriebsrats noch vor endgültiger Willensbildung berücksichtigen kann. Es bleibt dem Arbeitgeber indes unbenommen, auf die Vorschläge des Betriebsrates nicht einzugehen.

Dieses Mitwirkungsrecht ist vom Arbeitgeber auch im Falle der Massenentlassung zu beachten³⁹⁸. Solche Planungen können schließlich auch geeignet sein, Krisen des Betriebes, die ihre (Mit-) Ursache in schlecht koordinierten Betriebsabläufen haben, bereits im Vorfeld vorzubeugen.

Im Unterschied zu § 111 Satz 1 BetrVG besteht das Mitbestimmungsrecht nach § 90 BetrVG auch in Betrieben mit weniger als 21 Arbeitnehmern. § 111 Satz 1 BetrVG bezieht sich dabei allerdings nach der Änderung durch das Gesetz zur Reform des BetrVG nicht mehr auf den einzelnen Betrieb, sondern auf das Unternehmen. So wird der Anwendungsbereich des § 111 BetrVG erweitert³⁹⁹.

3. Berufliche Bildungsmaßnahmen

Werden betriebliche Bildungsmaßnahmen im Rahmen der geplanten Massenentlassung avisiert, so bestehen zusätzlich nach § 98 BetrVG

³⁹⁷ § 17 Abs. 2 KSchG sieht insoweit eine umfassende Unterrichtungspflicht vor. So muss der Grund für die Entlassung, Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl und Berufsgruppen der regelmäßig Beschäftigten, der Entlassungszeitraum, die vorgesehenen Auswahlkriterien sowie die für eine eventuelle Abfindung in Frage kommenden Kriterien dem Arbeitsamt mitgeteilt werden.

³⁹⁸ Das Unterrichtungs- und Beratungsrecht „überschneidet“ sich insoweit mit § 90 BetrVG, *L ö w i s c h*, BetrVG, § 90 Rn. 9.

³⁹⁹ Siehe auch *B a u e r*, NZA 2001, S. 375, 376.

zugunsten des Betriebsrates Mitbestimmungsrechte⁴⁰⁰. Nach § 98 Abs. 3 BetrVG kann der Betriebsrat Vorschläge machen, welche Arbeitnehmer an diesen Maßnahmen teilnehmen sollen⁴⁰¹.

4. Mitwirkung des Wirtschaftsausschusses

Massenentlassungen gehören nach § 106 Abs. 3 Nr. 6 BetrVG zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten. Der Wirtschaftsausschuss hat dann nach § 106 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Aufgabe, diese Angelegenheit mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat hierüber zu unterrichten. § 106 Abs. 3 Nr. 6 BetrVG kennt dabei nicht wie § 111 Satz 3 Nr. 2 bzw. 4 BetrVG die Beschränkung der Mitwirkungsrechte auf „wesentliche“ bzw. „grundlegende“ Änderungen. Damit besteht das Unterrichtsrecht des Wirtschaftsausschusses bereits schon dann, wenn die maßgeblichen Zahlen des § 17 KSchG noch nicht erreicht wurden⁴⁰². Der Wirtschaftsausschuss besteht nach § 106 Abs. 1 BetrVG in Unternehmen mit mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern.

G. Alternativen zur Massenentlassung

Zur Massenentlassung kommen mehrere Alternativen in Betracht, beispielsweise anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten sowie die Gewährung von Strukturkurzarbeitergeld.

1. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten

Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten werden auch von der Arbeitsverwaltung für die betroffenen Arbeitnehmer gesucht. Zum einen kommen Beschäftigungen im bereits schon ausgeübten Tätigkeitsfeld in Betracht, zum anderen aber auch Fortbildungen und Umschulungen.

2. Strukturkurzarbeitergeld

Eine weitere Alternative besteht im Strukturkurzarbeitergeld.

a. Allgemeines

Das strukturelle Kurzarbeitergeld⁴⁰³ fand seine gesetzliche Regelung

⁴⁰⁰ *L ö w i s c h*, BetrVG, § 98 Rn. 5.

⁴⁰¹ *L ö w i s c h*, BetrVG, § 98 Rn. 5.

⁴⁰² *L ö w i s c h*, BetrVG, § 106 Rn. 24.

⁴⁰³ Anderer Terminus hierfür: Strukturkurzarbeitergeld.

bislang in § 63 Abs. 4 AFG. Seit der Eingliederung des AFG als Drittes Buch des Sozialgesetzbuches zum 1. Januar 1998 normiert nunmehr § 175 SGB III das Strukturkurzarbeitergeld

Das Strukturkurzarbeitergeld ist ein gangbarer Weg, den gegenläufigen Interessen des Arbeitgebers sowie der Arbeitnehmer bis zu einem gewissen Maße gerecht zu werden⁴⁰⁴.

§ 175 Abs. 1 SGB III stellt nicht (mehr) wie noch § 63 Abs. 4 AFG auf Strukturveränderungen einer ganzen Wirtschaftsbranche ab, sondern vielmehr auf Strukturveränderungen des einzelnen Betriebes. *Bachner/Schindeler*⁴⁰⁵ verstehen dies als deutliches Signal des Gesetzgebers an Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, das Instrument des Strukturkurzarbeitergeldes zur Vermeidung von Entlassungen verstärkt einzusetzen.

Das Ziel der Zahlung von Kurzarbeitergeld ist in § 175 Abs. 1 Satz 2 SGB III ausdrücklich formuliert: Es soll dazu beitragen, die Schaffung und Besetzung neuer Arbeitsplätze zu erleichtern. Arbeitsausfallzeiten sollen zur Weiterbildung – zeitlich begrenzt sogar auch durch Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber – genutzt werden, § 175 Abs. 1 Satz 3 SGB III. Ausfallende Arbeitszeit soll nicht nutzlos verstreichen. Arbeitsausfall soll Ausbildungszeit werden. Dabei gilt als Weiterbildung auch die zeitlich befristete Qualifizierung bei einem anderem Arbeitgeber.

*Bachner/Schindeler*⁴⁰⁶ beschreiben diese „außer-Haus-Qualifizierung“ auch als „learning in the job“.

b. Bezugsvoraussetzungen

aa. Kein Arbeitsentgelt

Der Leistungsempfänger darf kein Arbeitentgelt beziehen.

bb. Betriebsorganisatorische Einheit

§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III verlangt, dass die vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zusammengefasst sind. Diese Einheit kann vom bisherigen Arbeitgeber geführt werden. Es besteht daneben aber auch die

⁴⁰⁴ *Bachner/Schindeler*, NZA 1999, S. 130ff..

⁴⁰⁵ *Bachner/Schindeler*, NZA 1999, S. 130ff..

⁴⁰⁶ *Bachner/Schindeler*, NZA 1999, S. 130ff..

Möglichkeit, diese Einheit von einem neuen Rechtsträger leiten zu lassen. Diese neue Einheit bildet dann eine sogenannte „Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft“.

Gemäß den Durchführungsanweisungen zum Sammelerlass Kurzarbeit der Bundesanstalt ⁴⁰⁷ für Arbeit ist es im Falle der Errichtung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft für die Gewährung von Strukturkurzarbeitergeld Voraussetzung, dass der bisherige Arbeitgeber zumindest an der Bildung dieser Gesellschaft mitgewirkt hat, um drohende Entlassungen noch zu verhindern. Offen ist jedoch, was genau unter dem Begriff der Mitwirkung zu verstehen ist, ob ein bestimmtes aktives Tun seitens des Arbeitgebers zu verlangen ist oder ob bereits ein gewisses passives Verhalten ausreichend erscheint. *B a c h n e r / S c h i n d e l e* ⁴⁰⁸ vertreten hierzu die Auffassung, dass der bisherige Arbeitgeber schon seinen Mitwirkungspflichten genüge, wenn er mit einer bereits existenten Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft die Übernahme der betroffenen Beschäftigten vereinbare.

cc. Kurzfristige Beschäftigung

§ 177 SGB III regelt die Bezugsdauer. Nach § 177 Abs. 1 Satz 3 SGB beträgt die Dauer längstens sechs Monate, beim Kurzarbeitergeld in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit längstens zwölf Monate. Dabei besteht in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit über die Dauer von sechs Monaten ein Leistungsanspruch nur dann, wenn für die betroffenen Arbeitnehmer Maßnahmen der beruflichen Qualifizierung oder andere geeignete Maßnahmen zur Eingliederung vorgesehen sind, § 177 Abs. 1 Satz 3 SGB III.

dd. Anordnung durch den Arbeitgeber

Nicht bereits die Erlaubnis des Landesarbeitsamtes, Kurzarbeit einzuführen, führt dazu, dass das Kurzarbeitergeld auch tatsächlich zu zahlen ist. Vielmehr kommt es darauf an, dass der Arbeitgeber die Einführung anordnet. Diese Anordnung ist Ausfluss des arbeitsrechtlichen Direktionsrechtes nach § 315 BGB ⁴⁰⁹. Wie die gekürzte Arbeitszeit

⁴⁰⁷ Sammelerlass Kurzarbeitergeld nebst Durchführungsanweisungen zu materiellem und Verfahrensrecht, Bundesanstalt für Arbeit, Referat II a 5, Loseblattsammlung, Stand 27. Februar 1998, S. 122f..

⁴⁰⁸ *B a c h n e r / S c h i n d e l e*, NZA 1999, S. 130ff..

⁴⁰⁹ Zum Direktionsrecht siehe *W o l l e n s c h l ä g e r*, Arbeitsrecht Rn. 36.

im Betrieb eingesetzt wird, unterliegt ebenfalls dem Entscheidungsrecht des Unternehmers. Er kann die gekürzte Arbeitszeit beispielsweise zusammenfassen und an einzelnen Werktagen überhaupt nicht arbeiten lassen. Der Arbeitgeber hat jedoch zuvor das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu beachten⁴¹⁰. Nach § 87 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat die Entscheidung darüber von der Einigungsstelle erzwingen, wenn eine Einigung zwischen den Betriebsparteien nicht erzielt wird⁴¹¹. Die Entscheidung der Einigungsstelle ersetzt dann die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, § 87 Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

Anders liegt es jedoch bei der Einführung von struktureller Kurzarbeit. Insoweit hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kann der Betriebsrat bei einer vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit mitbestimmen. Anders als bei der Kurzarbeit, die einen vorübergehenden Arbeitsausfall voraussetzt, verlangt die strukturelle Kurzarbeit einen strukturbedingten längerfristigen Ausfall. Der längerfristige Ausfall ist jedoch nicht von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG umfasst. Auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kommt dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht zu, weil dem Betriebsrat über die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit keine Mitbestimmung zusteht⁴¹².

ee. Höhe

§ 178 SGB III regelt die Höhe des Strukturkurzarbeitergeldes. Es liegt für Arbeitnehmer, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen würden, bei 67 Prozent, für die übrigen Arbeitnehmer bei 60 Prozent der Nettoentgeltdifferenz.

⁴¹⁰ B A G, NZA 1986, S. 224, 232; S c h a u b, Personalanpassung, Rn. 486.

⁴¹¹ B A G, AP. Nr. 32 zu § 611; GK - W i e s e Rn. 383.

⁴¹² B A G, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG; GK - W i e s e Rn. 275; MünchArbR - M a t t h e s, § 326 Rn. 3, B u c h n e r, RdA 1990, S. 1.

III. Schweizerische Regelungen

A. Situation in der Schweiz

1. Arbeitsmarktsituation

Die Situation auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt stellt sich im Vergleich zu Deutschland wesentlich besser dar.

1999 betrug die Arbeitslosenquote in der Schweiz lediglich 2,7 %, im Jahr 2000 2,0 % und im März 2001 1,8 %⁴¹³.

Immer noch besteht zwischen den deutschsprachigen und den lateinischen Kantonen ein deutliches regionales Gefälle⁴¹⁴. So weist im März 2001 der Kanton Basel-Stadt mit einer Quote von 2,0 % bereits die höchste Arbeitslosenquote im Bereich der deutschsprachigen Schweiz auf. Der Kanton Appenzell Innerrhoden liegt sogar nur bei einer Quote von 0,3 %. In der lateinischen Schweiz (Kantone Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf, Jura) liegt die Arbeitslosenquote höher. Im März 2001 beträgt die Arbeitslosigkeit im Kanton Tessin bei 2,7 %, in Waadt 2,8 % und in Genf 4,1 %.

Von der Kurzarbeit waren in der gesamten Schweiz im Februar 2001 lediglich 691 Personen in 111 Betrieben betroffen⁴¹⁵.

Die Zahl der Langzeitarbeitslosen⁴¹⁶ lag im März 2001 bei 16,3 %⁴¹⁷.

⁴¹³ Staatssekretariat für Wirtschaft, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt März 2001 vom 20.4.2001, Tabelle 2b, S. 11.

⁴¹⁴ Staatssekretariat für Wirtschaft, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt März 2001 vom 20.4.2001, Tabelle 2b, S. 11.

⁴¹⁵ Pressemitteilung des Staatssekretariats für Wirtschaft vom 6.4.2001.

⁴¹⁶ Staatssekretariat für Wirtschaft, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt März 2001 vom 20.4.2001, S. 5.

⁴¹⁷ Zur Langzeitarbeitslosigkeit siehe auch *S h e l d o n*, Die Volkswirtschaft Heft 8 / 1998, S. 45ff. *S h e l d o n* weist darauf hin, dass sich die Langzeitarbeitslosigkeit bei Wiedereingliederung in den Erwerbsprozeß negativ auswirke. So seien die Höhe des Arbeitsentgelts und finanzielle Aufstiegsmöglichkeiten unterdurchschnittlich. Auch erweise sich die Erwerbstätigkeit als weniger dauerhaft. *S h e l d o n* spricht sich für eine reduzierte Taggeldbezugsdauer aus. Schlecht bezahlte Arbeit müsse darüber hinaus finanziell attraktiver sein als staatlich unterstützte Arbeitslosigkeit. Dies schließe auch die Möglichkeit nicht aus, „gesellschaftlich unerwünschte Lohnunterschiede etwa durch eine negative Einkommensteuer nachträglich zu korrigieren“.

Wirtschaftsminister Pascal *C o u c h e p i n* räumt ein, dass es kein Patentrezept gebe, wie die Massenarbeitslosigkeit letztlich zu bekämpfen sei. Er betonte, dass man auf eine verbesserte Bildung, Öffnung nach außen und mehr berufliche Flexibilität nicht verzichten könne ⁴¹⁸.

2. Politische Situation

a. Beitrittsbereitschaft zur EG/EU

Am 6. Dezember 1992 stimmte die Schweiz – Volk und Stände – über den Beitritt zum EWR ab. Bei einer sehr hohen Stimmbeteiligung von 78,7 % sprach sich eine knappe Bevölkerungsmehrheit von 50,3 % dagegen aus; bei den Ständen fiel die Abstimmung deutlicher gegen einen Beitritt aus: 16 NEIN - Stimmen standen 7 JA - Stimmen gegenüber. Bei den Ständen sprachen sich für den Beitritt neben den französischsprachigen Kantonen nur noch die Kantone Basel-Stadt und Basel-Land aus. Der abgelehnte EWR-Beitritt kann auch als „Nein“ zu einem EG/EU-Beitritt verstanden werden, zumal die EWR-Beitrittsfrage mit dem EG/EU-Beitritt im Vorfeld der Abstimmung eng verbunden wurde ⁴¹⁹.

Auch die Volksinitiative „Ja zu Europa!“ über den EU-Beitritt der Schweiz wurde in der Volksabstimmung vom 4. März 2001 mit 77% NEIN - Stimmen deutlich verworfen. Selbst in der traditionell europafreundlicheren französischsprachigen Schweiz kam keine Mehrheit zustande ⁴²⁰.

M r u s e k ⁴²¹ untersucht die Beitrittswilligkeit zur EG/EU der Schweizer und kommt letztlich zu dem Resümee, dass sich die Schweiz, wenn überhaupt, nur auf einem sehr langwierigen Annäherungskurs befinde. Er erkennt eine ökonomische Integration der Schweiz in den EU-Raum. Diese Integration werde bereits durch bilaterale Abkommen ermöglicht. Zudem bestehe auch eine faktische politische Integration der Schweiz in

siehe Die Volkswirtschaft Heft 8 / 1998, S. 45, 50f.

⁴¹⁸ *C o u c h e p i n*, Die Weltwoche vom 18.3.1999, S. 34 f..

⁴¹⁹ *C h r i s t e n*, NZZ vom 30.12.1999, S. 15.

⁴²⁰ In Genf sprachen sich 41 % für Beitrittsverhandlungen mit der EU und 59 % dagegen aus.

⁴²¹ *M r u s e k*, FAZ vom 26.8.1999, S. 13.

der EU. So sei es gelebte Politik der Schweiz, EU-Rechtsströmungen auf „autonome“ Art und Weise umzusetzen – nicht nur im Bereich der Massentlassung.

Ein Beispiel für diese „autonome“ Umsetzung stellt in der Tat die Massentlassungsrichtlinie 75/129/EWG⁴²² dar. Sie bildet die Grundlage und die Ausgangsbasis für die Art. 335d ff. OR – obwohl sich die Schweiz gegen die Zugehörigkeit zum EWR aussprach.

Als Ablehnungsgründe gegen den EU-Beitritt kommt sicherlich nicht nur der finanzielle EU-Beitrag in Betracht⁴²³. Ablehnungsgründe liegen auch in einer befürchteten Beschneidung der Souveränitätsrechte und dem Wegfall der Neutralität.

Die Chemieindustrie, insbesondere die Unternehmen *Novartis* und *Roché*, lehnt einen EU-Beitritt ausdrücklich ab⁴²⁴.

Die Vorteile eines ausbleibenden Beitritts könnten gesehen werden in nachfolgenden Punkten:

- ein niedrigerer Steuersatz⁴²⁵
- ein Finanz- und Bankenplatz, auf den die EU jedenfalls keinen direkten Einfluss ausüben kann
- ein flexiblerer Arbeitsmarkt⁴²⁶.

Für *Christen*⁴²⁷ wird eine zentrale Rolle für einen EU-Beitritt die Frage der künftigen Entwicklung der Währungsunion spielen. Die Wirtschaftsverfassung des EURO-Raumes hänge eng mit dieser Frage zusammen. Erweise sich die Gemeinschaft – insbesondere die EURO-Zone – als wirtschaftlich stark und gefestigt, so werde das Ansehen des

⁴²² Siehe auch oben II. E. 1.

⁴²³ Die Schweiz wäre ein „Nettozahler“.

⁴²⁴ *Mrussek*, FAZ vom 26.8.1999, S. 13.

⁴²⁵ Der Mehrwertsteuersatz beträgt in der Schweiz regelmäßig lediglich 7,5 %, Art. 36 Abs. 3 MWSTG.

⁴²⁶ *Mrussek*, FAZ vom 26.8.1999, S. 13. Im Bereich der Massentlassung stellt sich die schweizerische Regelung der Art. 335d ff. OR im Vergleich zur deutschen Regelung wesentlich arbeitgeberfreundlicher dar, siehe unten V. B..

⁴²⁷ *Christen*, NZZ vom 30.12.1999, S. 15.

EUROs als Zahlungsmittels steigen. Ein Verzicht auf den starken Schweizer Franken würde vielen dann leichter fallen. Der EU-Beitritt läge auch im Interesse der EU. Zum einen wäre die Schweiz „Nettozahler“, zum anderen brächte das Land beträchtliche Erfahrungen im Zusammenleben verschiedener Sprach- und Kulturgruppen ein.

b. Dauerhafte Verkürzung der Arbeitszeit

Der *S G B* sieht einen Ausweg aus der Arbeitslosigkeit in einer generellen Verkürzung der Arbeitszeit.

*L u c h s i n g e r*⁴²⁸ schlägt die Einführung der 36-Stunden-Woche vor. Die Bruttolöhne bis zu einem monatlichem Einkommen von SFR 7.200,00 sollten trotz geringer Wochenarbeitszeit nicht gekürzt werden, da die gesteigerte Produktivität der Unternehmen die ausbleibende Lohnreduktion „problemlos“ auffangen könne. Auch für die höheren Lohngruppen sei eine Lohngarantie realistisch⁴²⁹.

Zudem spricht sich *L u c h s i n g e r*⁴³⁰ für verschiedene flexible Arbeitszeitmodelle aus, beispielsweise für das 5-Schicht-Modell⁴³¹, 4-Tage-Woche oder 4,5-Tage-Woche⁴³² oder auch für verschobene tägliche Arbeitszeiten⁴³³.

3. Programm SWISSLEX

Nachdem sich die schweizerische Bevölkerung und die Stände in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992 gegen den Anschluss an den

⁴²⁸ *L u c h s i n g e r*, Arbeitszeit umverteilen, SGB-Dokumentation Nr. 62, S. 5.

⁴²⁹ *L u c h s i n g e r*, Arbeitszeit umverteilen, SGB-Dokumentation Nr. 62, S. 26.

⁴³⁰ *L u c h s i n g e r*, Arbeitszeit umverteilen, SGB-Dokumentation Nr. 62, S. 21.

⁴³¹ Beim 5-Schicht-Modell wird die Schichtzulage zum großen Teil in Freizeit umgelegt. Die Schichtpläne werden dabei von vier auf fünf Schichtequipe umgestellt, wodurch wiederum größere Freizeitblöcke von bis zu vier Tagen möglich werden. Die Schichtzulage wird dann nur noch zu 25 % in Arbeitslohn ausgeglichen.

⁴³² Die tägliche Arbeitszeit liegt bei der 4-Tage-Woche bei neun Stunden, bei der 4,5-Tage-Woche bei täglich acht Stunden bzw. einmal wöchentlich bei vier Stunden.

⁴³³ Bei einer 5-Tage-Woche reduziert sich die tägliche Arbeitszeit auf 7,2 Stunden.

EWR ausgesprochen hatte, beschloss der Bundesrat, 27 Erlasse als sogenanntes Programm SWISSLEX wiederaufzugreifen⁴³⁴. Im Rahmen dieses Programms wurde das Arbeitsvertragsrecht um die Massenentlassungsregeln der Art. 335d ff. OR ergänzt. Weiterhin führte u.a. es zur Schaffung des Mitwirkungsgesetzes (MwG)⁴³⁵. Das Mitwirkungsgesetz bestimmt in Art. 5 MwG, unter welchen Voraussetzungen eine Arbeitnehmervertretung gebildet werden muss; in Art. 10 lit.b und c MwG wird zur Klarstellung auf die besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretung nach den Art. 335d ff. OR verwiesen.

4. Regelungen der Art. 335d ff. OR

Im schweizerischen Arbeitsrecht⁴³⁶ finden sich zu den Rechtsfragen bei Massenentlassungen Regelungen in den Art. 335d bis 335g, 336 und 336a OR⁴³⁷.

Die Ausführlichkeit dieser Regelungen führt *Rehbinder*⁴³⁸ auch auf die große volkswirtschaftliche Bedeutung der Massenentlassungen zurück.

Die Art. 335d bis g OR beruhen (überraschenderweise) – wie oben schon kurz angesprochen⁴³⁹ – auf der Massenentlassungsrichtlinie 75/129/EWG vom 17. Februar 1975. Im Bereich des Massenentlassungskündigungsschutz orientiert sich das schweizerische Recht am EG-Recht, was auch vom schweizerischen Gesetzgeber gewollt war⁴⁴⁰ – trotz der negativen EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992⁴⁴¹. Keinen

⁴³⁴ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 106.

⁴³⁵ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, AS 1994, S. 1037, *Tschudi*, Entwicklungen, S. 275, 288.

⁴³⁶ Ein Überblick über aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Arbeitsrecht findet sich bei *Geiser*, SJZ 1992, S. 481ff.; SJZ 1993, S. 281ff.; SJZ 1994, S. 316ff.; SJZ 1995, S. 324ff.; SJZ 1996, S. 276ff. SJZ 1998, S. 316ff. sowie bei *derselbe/Häflinger*, SJZ 2000, S. 341ff..

⁴³⁷ Eingefügt durch Ziffer I des Bundesgesetzes vom 17.12.1993, in Kraft seit 1.5.1994 (AS 1994, 804, 807; BBl. 1993 I 805).

⁴³⁸ *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 134.

⁴³⁹ Siehe oben III. A. 2. a.

⁴⁴⁰ *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699.

⁴⁴¹ Darauf weist *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699 deutlich hin. Ferner ist er der Auffassung, dass die Schweizer Unabhängigkeit „weitgehend illusorisch“ sei. Der Annäherungskurs der Schweiz an die EU habe

Einfluss nahm hingegen die spätere Massenentlassungsrichtlinie des Rates vom 24. Juni 1992⁴⁴².

Die Vorschriften der Art. 335d bis Art. 335g als auch Art. 336 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 OR wurden durch Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 eingeführt. Sie traten am 1. Mai 1994 in Kraft.

5. Grundsatz der Kündigungsfreiheit

Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit besitzt in der Schweiz einen sehr hohen Stellenwert⁴⁴³.

*S e n t i*⁴⁴⁴ beschreibt ihn als einen „zentralen Aspekt des schweizerischen Arbeitsrechts“. Ein absolutes Kündigungsverbot aus wirtschaftlichen Gründen käme seiner Ansicht nach einem Systembruch gleich. Einen derart weiten Schritt sei die Schweiz nicht gegangen.

*S t ö c k l i*⁴⁴⁵ bezeichnet die Kündigungsfreiheit als einen Grundpfeiler der schweizerischen Wirtschaftsverfassung.

*R e h b i n d e r*⁴⁴⁶ kritisiert die weite Kündigungsfreiheit, wie sie Art. 335 Abs. 1 OR normiert. Er hält die Schweiz insoweit nicht für „europafähig“, weil die Kündigungsfreiheit zu „extrem“ und weitgehend sei.

B. Begriff der Massenentlassung

Die Aufnahme des Begriffes der Massenentlassung in das schweizerische Recht erfolgte zum einen aus Anpassungsgründen – die Schweiz will sich im Rahmen des Programms SWISSLEX europäischen Regeln annähern – und zum anderen auch deshalb, um dem einzelnen Arbeitnehmer einen besseren Arbeitsplatzschutz zukommen zu lassen⁴⁴⁷.

Eine Legaldefinition sieht das Obligationenrecht in Art. 335d OR vor;

letztlich die ungefähre Übernahme der EU-Richtlinie in das nationale Recht erfordert. Ohne diesen sanften Druck wäre es jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt nicht zur Verbesserung des Kündigungsschutzes bei Massenentlassungen gekommen.

⁴⁴² ABIEG Nr. L 245 vom 26.8.1992, S. 3.

⁴⁴³ *M e y e r*, Massenentlassung, S. 5 ff..

⁴⁴⁴ *S e n t i*, Der Schutz vor Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen S. 279.

⁴⁴⁵ *S t ö c k l i*, ZSR 1993, 1, 84.

⁴⁴⁶ *R e h b i n d e r*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 123.

⁴⁴⁷ *B r u n n e r / B ü h l e r / W a e b e r*, Arbeitsvertragsrecht, S. 182.

zudem findet sich der Begriff der Massentlassung auch an anderen Stellen⁴⁴⁸. Danach gelten Kündigungen als Massentlassung, die der Arbeitgeber binnen einer Frist von 30 Tagen in einem Betrieb ausspricht, wobei diese Kündigungen weder personen- noch verhaltensbedingt sind und eine gewisse Mindestanzahl von Gekündigten – abhängig von der jeweiligen Betriebsgröße voraussetzen. Die Kündigungen müssen in einem direktem Zusammenhang mit der eigentlichen Betriebsführung stehen, was (natürlich) bei einer Betriebsschließung der Fall ist, aber auch bei neuen Betriebsstrukturen sowie bei Rationalisierungsmaßnahmen.

Nicht ausreichend sind dagegen Gründe, die ausschließlich im Verhalten oder in der Person der betroffenen Arbeitnehmer liegen⁴⁴⁹. Unterdurchschnittlicher Arbeitseinsatz berechtigt z.B. nicht zur Massentlassung⁴⁵⁰.

*Brunner/Bühler/Waeber*⁴⁵¹ nennen für die Annahme einer Massentlassung nachstehende drei Voraussetzungen⁴⁵²:

- besonderer Grund
- eine Mindestzahl an betroffenen Arbeitnehmern
- einen gewissen Entlassungszeitraum⁴⁵³.

*Aubert*⁴⁵⁴ und *Geiser*⁴⁵⁵ nehmen noch ein viertes Kriterium an: nämlich den Umstand, dass der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht und nicht der Arbeitnehmer. Nur für den Fall, dass die Arbeitnehmer aufgrund genügenden Druckes seitens des Arbeitgebers von sich aus die

⁴⁴⁸ Siehe Art. 29 AVG sowie Art. 53 AVV, wobei Art. 29 AVG von einer „größeren Anzahl“ zu Entlassender spricht und Art. 53 Abs. 1 AVV hierunter zehn Betroffene versteht.

⁴⁴⁹ *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S. 183; *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 700.

⁴⁵⁰ *Mugglin*, Massentlassungen und Betriebsübergänge, SGB - Dokumentation Nr. 48, S. 7

⁴⁵¹ *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S.182.

⁴⁵² Siehe auch weiter unten III. C. 1. a.

⁴⁵³ Eine gestaffelte Entlassung, die erkennbar den Zweck hat, die Anzeigepflicht des Art. 335g OR zu umgehen, ist missbräuchlich im Sinne des Art. 336a Abs. 2 OR.

⁴⁵⁴ *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 700.

⁴⁵⁵ *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1414.

Kündigung aussprechen, ist *A u b e r t* bereit, auch die Schutzvorschriften eingreifen zu lassen. *G e i s e r* ist hierzu aus Gründen der Rechtssicherheit nur bereit, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer angedroht hatte, ihn andernfalls zu entlassen.

Der Ansicht von *G e i s e r* lässt sich *m.E.* der Einwand entgegen halten, dass sich bei dieser restriktiven Handhabung wohl bald die Verhandlungspraxis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einstellen würde, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer zum Aufhebungsvertrag drängt, ohne ihm jedoch ausdrücklich die Entlassung bei Nichtabschluss anzudrohen.

Bei der zahlenmäßigen Festlegung der Massenentlassung fällt auf, dass Art. 335d OR erst mit der Auflistung von Betrieben über 20 Arbeitnehmern beginnt.

Dies bedeutet jedoch nach Ansicht von *B r u n n e r / B ü h l e r / W a e b e r*⁴⁵⁶ nicht im Rückschluss, dass der Massenentlassungsschutz erst in Betrieben mit 21 oder mehr Arbeitnehmern einsetzt. Vielmehr bestehe der Schutz auch für kleinere Betriebe, jedoch müsse auch hier die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer mindestens zehn betragen. Der schweizerische Massenentlassungsschutz setze also bei einer Entlassung von mindestens zehn Arbeitnehmern ein, entsprechend kleine Betriebsgröße vorausgesetzt⁴⁵⁷.

Diese Wertung ist *m.E.* nicht zwingend. Der schweizerische Gesetzgeber will vielmehr dem Kleinbetrieb – ebenso wie auch das deutsche Recht für den Bereich der anzeigepflichtigen Entlassung und der damit verknüpften Konsultation des Betriebsrats sowie der Arbeitsverwaltung⁴⁵⁸ – nicht die Unterrichts- und Konsultationspflichten verbunden mit der 30-tägigen Entlassungssperre nach Art. 335g Abs. 4 OR auferlegen. Der Kleinbetrieb mit regelmäßig nicht mehr als 20 Arbeitnehmern ist insofern privilegiert⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ *B r u n n e r / B ü h l e r / W a e b e r*, Arbeitsvertragsrecht, S. 183; a.A. wohl *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105, 112, wonach die Art. 335d ff. OR keinerlei Anwendung finden sollen.

⁴⁵⁷ *B r u n n e r / B ü h l e r / W a e b e r*, Arbeitsvertragsrecht, S. 183.

⁴⁵⁸ Siehe § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG.

⁴⁵⁹ *R e h b i n d e r*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 134.

C. Voraussetzungen der Massenentlassung

1. Voraussetzungen

Die Massenentlassung ⁴⁶⁰ ist betriebsbedingt. Ferner bedarf es einer Mindestanzahl an zu Entlassenden und eines bestimmten Entlassungszeitraumes .

a. Besonderer Grund

Art. 335d OR verlangt, dass der Kündigungsgrund in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers oder seinem Verhalten steht. Ein Fall einer Massenentlassung kann nur dann vorliegen, wenn letztlich betriebliche Gründe maßgeblich sind, wie beispielsweise Rationalisierungen (Restrukturierungen) von Betriebsabläufen oder Teil- bzw. Vollbetriebsschließungen ⁴⁶¹ .

Unzulässig ist die Anwendung der Art. 335d ff. OR bei Massenentlassungen aufgrund kollektiven Fehlverhaltens wie beispielsweise der Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik ⁴⁶² .

⁴⁶⁰ *M ü l l e r* weist auf den Umstand hin, dass das schweizerische Recht den Begriff der Massenentlassung wie selbstverständlich mit dem Begriff der Massenkündigung gleichsetzt, ArbR 1995, S. 105, 112; *d e r s e l b e*, Arbeitnehmervertretung, S. 289.

⁴⁶¹ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994; S. 699f..

⁴⁶² *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699. Für den Fall der beabsichtigten Kündigung wegen Unzulänglichkeit fordert *A u b e r t* eine genaue Sachverhaltsprüfung, ob die Kündigung im Zusammenhang mit der Person (Erkrankung, Überforderung) steht oder mit (technischen) Veränderungen am Arbeitsplatz. Soweit auch die Arbeitsplatzveränderung stattfindet, verlangt *A u b e r t* die Einbeziehung der Art. 335d ff. OR.

Das deutsche Recht kennt eine solche Einschränkung nicht. Die Schutzregeln sind in Deutschland auch dann anwendbar, wenn personen- oder verhaltensbedingte Gründe vorliegen⁴⁶³.

b. Mindestzahl an betroffenen Arbeitnehmern

Wie oben bereits ausgeführt⁴⁶⁴, orientiert sich der Massenentlassungsschutz an der EG-Richtlinie 75/129/EWG. Sie überließ den Anwenderstaaten bei der Bestimmung der relevanten Mindestzahl die Wahl zwischen der absoluten und der relativen Betrachtung⁴⁶⁵.

Im schweizerischen Recht bestimmt Art. 335d OR den Mindestumfang einer Massenentlassung. Danach ist eine Massenentlassung anzunehmen, wenn

- mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen,
- mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen,
- mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen,

entlassen werden sollen.

Bei der Feststellung der beschäftigten Arbeitnehmer wird nicht zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten unterschieden⁴⁶⁶. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Beschäftigten im Betrieb ist die Zustellung der Massenkündigung und nicht etwa der Zeitpunkt der Beendigung der Arbeitsverhältnisse, mit anderen Worten: Die zuvor bereits Gekündigten, die noch im Betrieb tätig sind, werden bei der Bestimmung der Betriebsgröße mitgezählt.

⁴⁶³ Siehe *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch § 142 II N 3.

⁴⁶⁴ Siehe oben III. A. 2. a.

⁴⁶⁵ Art. 1 der Richtlinie 75/129/EWG ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29.

⁴⁶⁶ *Müller* spricht insoweit vom „Kopfprinzip“, siehe ArbR 1995, S. 105, 119.

Schließlich werden die Kündigungen, die binnen eines 30-Tages-Zeitraumes zugehen, zusammengezählt.

aa. Betriebsbegriff

(1) Verständnis der Literatur

Bezugspunkt für die Bestimmung der Arbeitsstättengröße ist der einzelne Betrieb, nicht das Unternehmen⁴⁶⁷. Dabei ist der Betriebsbegriff in den Art. 335d ff. OR nicht legaldefiniert⁴⁶⁸.

Der Betrieb lässt sich für den Bereich der Art. 335d ff. OR nach schweizerischem Verständnis als Arbeitsstätte verstehen, die eine örtliche und organisatorische Einheit bildet⁴⁶⁹. *S t a e h e l i n*⁴⁷⁰ und *R e h b i n d e r*⁴⁷¹ definieren den Betriebsbegriff als „eine organisatorische Zusammenfassung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks“.

In Art. 1 Abs. 2 ArG findet sich indes eine Betriebsdefinition: danach setzt ein Betrieb (lediglich) die Beschäftigung eines bzw. mehrerer Arbeitnehmer voraus. Dieses Begriffsverständnis wird jedoch nicht von der *h.M.*⁴⁷² auf die Art. 335d ff. OR übertragen, weil diese Auslegung zu undifferenziert, unklar und somit ungeeignet sei.

Umstritten ist in der Literatur schließlich die Frage, ob räumlich dicht beieinander liegende Betriebe im Rahmen des Massenkündigungsschutzes – wie es *A u b e r t* vorschlägt – als ein Betrieb zu werten sind⁴⁷³. Auch *G e i s e r*⁴⁷⁴ spricht sich dafür aus, im Falle der geographischen Nähe zweier Betriebe eine einheitliche Betrachtung anzustellen.

⁴⁶⁷ Zumindest irreführend *B r u n n e r / B ü h l e r / W a e b e r*, Arbeitsvertragsrecht S.183, die die Begriffe „Unternehmen“ und „Betrieb“ gleichsetzen.

⁴⁶⁸ *R e h b i n d e r*, Schweizerisches Arbeitsgesetz, Art. 1 Rn. 3; *d e r s e l b e* Arbeitsrecht, S. 29, ferner *M e y e r*, Massenentlassung, S. 63f..

⁴⁶⁹ *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1417.

⁴⁷⁰ ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335d Rn. 3.

⁴⁷¹ *R e h b i n d e r*, Arbeitsgesetz, Art. 1 Rn. 3.

⁴⁷² *R e h b i n d e r*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 29; *M e y e r*, Massenentlassung, S. 57; ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335d Rn. 3.

⁴⁷³ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 701; so auch *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105, 119.

⁴⁷⁴ *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1417.

Räumliche Nähe liege dann vor, wenn für beide Betriebe ein- und dasselbe Arbeitsamt zuständig sei⁴⁷⁵.

(2) Eigene Wertung

Der Wortlaut der Art. 335d ff. OR bietet keinen Anlass, von einem einzigen Betrieb auszugehen, wenn zwei Arbeitsstätten nur räumlich dicht beieinander liegen.

Der Betrieb ist zum einen gekennzeichnet von einer organisatorischen und örtlichen Einheitlichkeit. Wenn nun nach dieser Definition zwei Betriebe (trotz räumlicher Nähe zueinander) bestehen, erscheint es *m. E.* nicht zwingend, dann in einem zweiten Schritt von nur noch einem Betrieb zu sprechen. Vielmehr bestehen auch in diesem Falle zwei Betriebe, die jeweils eigene Arbeitszwecke verfolgen. Sie bleiben schließlich organisatorisch voneinander abgrenzbar. Diese Unterschiedlichkeit rechtfertigt *m.E.* auch die Annahme zweier Betriebe im Rahmen der Art. 335d ff. OR - trotz räumlicher Nähe.

Im Bereich der Art. 335d ff. OR ist es *m.E.* zudem richtig, beim Betriebsbegriff neben der organisatorischen auf einen räumlichen Zusammenhang abzustellen. Organisatorische Einheitlichkeit sollte daher nicht zwingend eine Personalleitung „vor Ort“ – also direkt in der jeweiligen Arbeitsstätte mittels eines Betriebsleiters – erfordern. Organisatorische Einheitlichkeit bezeichnet vielmehr die Verfolgung eines eigenen Arbeitszwecks.

Zwar ist die Schweiz kein Mitglied der EG/EU, allerdings sollte *m.E.* bei der Betriebsbegriffsbestimmung der Art. 335d ff. OR nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die Art. 335d ff. OR im Rahmen des Programmes SWISSLEX⁴⁷⁶ an der Richtlinie 75/129/EWG bewusst orientieren wollen⁴⁷⁷. Die Annahme, die Richtlinie 75/129/EWG gestatte die Definition des Betriebsbegriffs der Richtlinie nach dem jeweiligen nationalen Verständnis, widerspricht jedoch gerade dem Streben nach Vereinheitlichung und Vereinfachung des Rechtes. Das EU-Recht will Regelungen mit einem einheitlichen Verständnis zentraler Begriffe des Arbeitsrechtes schaffen – dies dokumentiert auch Art. 136 EGV⁴⁷⁸, der

⁴⁷⁵ Insoweit nähert sich *G e i s e r* auch der Forderung des *D G B* an, die im Fall des Kündigungsschutzes nicht auf den einzelnen Betrieb, sondern vielmehr auf das ganze Unternehmen abstellen will, siehe oben II. C. 3. b. aa. (1) (c).

⁴⁷⁶ Zum Programm SWISSLEX siehe oben III. A. 3.

⁴⁷⁷ Siehe oben III. A. 2. a.

⁴⁷⁸ Bisheriger Art. 117 EGV („Maastrichter Fassung“).

als allgemein gefasstes Gemeinschaftsziel die Angleichung der Arbeitsbedingungen postuliert⁴⁷⁹. Der Betriebsbegriff ist ein solch zentraler Begriff. Maßgeblich sollte daher das Gemeinschaftsverständnis sein, dies wäre auch konsequent, weil sich die Schweiz bei der Übernahme der Massenentlassungsrichtlinie doch gerade bewusst am EG-Recht orientiert.

Im übrigen hat der schweizerische Gesetzgeber auf eine eigene Definition in den Art. 335d ff. OR verzichtet; es gibt insoweit keinen legaldefinierten Betriebsbegriff. Der dadurch geschaffene Freiraum gestattet daher – wie auch in Deutschland – ein gemeinschaftskonformes Verständnis des Betriebsbegriffes. Die Definition des Betriebs – wie im Rahmen der §§ 17 ff. KSchG – als betriebliche Einheit, der Arbeitnehmer in Verfolgung eines gemeinsamen arbeitsorganisatorischen Zwecks zur Erfüllung Arbeitsverpflichtung in räumlich-lokaler Verbundenheit angehören, sollte daher ausreichen. Diese Definition verzichtet auf das Kriterium eines einheitlichen Leitungsapparates, dies erscheint mir auch sachgerecht, weil so sichergestellt wird, dass bei einer Massenentlassung die maßgebliche Zahl der Betroffenen räumlich bestimmt wird und nicht aufgrund der Arbeitsorganisation sowie der personellen Leitungsmacht. Ansonsten wären die Schutzvorschriften erst bei einer höheren Anzahl zu entlassender Arbeitnehmer anzuwenden, anders jedoch, wenn man stattdessen auf die räumlich-lokale Verbundenheit der Arbeitnehmer abstellt. Räumlich-lokale Verbundenheit ist dabei gleichbedeutend mit räumlicher Einheit bzw. räumlicher Nähe. In diesem Fall greifen die Art. 335d ff. OR schon früher ein, was *m.E.* auch richtig ist, weil auch in der Schweiz im Rahmen einer immer straffer werdenden Arbeitsstruktur zu erwarten ist, dass – ebenso wie die deutschen – auch die schweizerischen Unternehmen verstärkt dazu übergehen werden, zentrale Leitungsapparate für mehrere einzelne Arbeitsstätten zu errichten. Gerade vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Art. 335d ff. OR – die Art. 335d ff. OR sollen ebenso wie die §§ 17ff. KSchG die Richtlinie 75/129/EWG umsetzen⁴⁸⁰ – ist es *m.E.* nur konsequent, insoweit zu einer richtlinienkonformen Auslegung des Betriebsbegriffes im oben genannten Sinne zu kommen, zumal diese Auslegung auch dem „effet utile“ entspricht⁴⁸¹.

Die daraus resultierende weitere Verästelung des Betriebsbegriffes in der

⁴⁷⁹ *Langenfeld/Jansen/Grabitz-Hilf*, Art. 117 Rn.2.

⁴⁸⁰ *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, Vorb. zu §§ 17ff. KSchG Rn. 5.

⁴⁸¹ Zum deutschen Betriebsbegriff oben II. C. b. aa. (1) (b) (dd).

schweizerischen Rechtsordnung ist *m.E.* mit Blick auf eine angestrebte zukünftige europaeinheitliche Rechtsordnung ebenso wie in Deutschland akzeptabel.

bb. Regelmäßige Beschäftigtenzahl

(1) Verständnis der *h.L.*

Weiterhin stellt Art. 335d OR bei der zu unterstellenden Betriebsgröße auf die regelmäßige Beschäftigtenzahl ab; das bedeutet konsequenterweise, dass nicht die im Zeitpunkt der angestrebten Massenentlassung aktuelle Größe des Betriebes maßgeblich ist⁴⁸², sondern eben die regelmäßige. Wie das Kriterium der Regelmäßigkeit auszulegen ist, ist wiederum umstritten.

*Aubert*⁴⁸³ und *Fritz*⁴⁸⁴ verstehen „regelmäßig“ im Sinne von „seit einiger Zeit“.

*Brunner/Bühler/Waeber*⁴⁸⁵ legen dieses Kriterium dahingehend aus, dass darunter die Anzahl der Arbeitsplätze zu verstehen sei, die der Betrieb „normalerweise“ anbiete. Diese Definition wirft immer noch Auslegungsfragen auf.

*Aubert*⁴⁸⁶ plädiert dafür, „regelmäßig“ nachprüfbar zu definieren – „regelmäßig“ meine länger als sechs Monate⁴⁸⁷. Dieser Wertung schließt sich *Müller*⁴⁸⁸ an.

Gegen diesen Vorschlag wendet sich *Geiser*⁴⁸⁹. So würde der Betrieb mit einem rascheren Personalwechsel ohne sachlichen Grund gegenüber dem mit geringeren Fluktuationen privilegiert werden. Stattdessen schlägt *Geiser* vor, die durchschnittliche Zahl der Beschäftigten als maßgebliche Zahl heranzuziehen. Für den Fall, dass ein Saisonbetrieb zur Beurteilung anstehe, sei nur die Saisondauer zu berücksichtigen.

⁴⁸² *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S. 183.

⁴⁸³ *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 701.

⁴⁸⁴ *Fritz*, Mitwirkungsgesetz, S. 37.

⁴⁸⁵ *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S. 183.

⁴⁸⁶ *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 701.

⁴⁸⁷ Zustimmend *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 120.

⁴⁸⁸ *Müller*, Arbeitnehmersvertretung, S. 294.

⁴⁸⁹ *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1417f..

Der Ansicht von *Aubert* widerspricht auch *Staehelein*⁴⁹⁰. Die Anzahl der Beschäftigten „bei regelmäßigem Gang“ sei ausschlaggebend, nicht jedoch die Dauer.

*Müller*⁴⁹¹ stellt heraus, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung sei. „Regelmäßig“ versteht er dahingehend, dass die Zahl der im „Normalfall“ beschäftigten Arbeitnehmer zugrunde zu legen sei. Damit meint er die Personalstärke, die für den Betrieb charakteristisch sei. Zudem sei insoweit auch die künftige Entwicklung zu berücksichtigen (Prognose).

Dieser Bewertung schließt sich auch *Meyer*⁴⁹² an.

(2) Eigene Wertung

Das Kriterium der Regelmäßigkeit sollte *m.E.* anhand der Zahl der Arbeitnehmer, die der Betrieb länger als sechs Monate beschäftigt, bestimmt werden⁴⁹³. Kurzzeitige Mitarbeit einzelner Arbeitskräfte kann keine Auswirkungen zeigen, es sei denn, dass es betriebsüblich ist, dass kurzfristige Mitarbeiter in einer bestimmten Anzahl eingesetzt werden (z.B. beim Saisonbetrieb).

Diese Definition hat den Vorteil, dass sie einfach zu handhaben ist. Wer länger als die maßgeblichen sechs Monate beschäftigt ist, lässt sich relativ einfach feststellen⁴⁹⁴. Das zeitliche Kriterium der sechs Monate macht die Auslegung praktikabel und sicher.

Die Vorgehensweise, auf die bisherige typische Personalstärke abzustellen und zudem die künftige Entwicklung anhand einer Prognoseentscheidung mit einfließen zu lassen⁴⁹⁵, ist *m.E.* in der Handhabung wenig praktikabel. So gesteht auch *Meyer* ein, dass beispielsweise eine allzu lange zurückblickende Betrachtung der Personalentwicklung zu „unbefriedigenden“ Ergebnissen führen würde. Die Frage, über welchen Zeitraum nun die Personalentwicklung angestellt werden soll, bleibt letztlich unbeantwortet und führt somit zur

⁴⁹⁰ ZK - *Staehelein*, OR Art. 335d Rn. 4.

⁴⁹¹ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 119f..

⁴⁹² *Meyer*, Massenentlassung, S. 84.

⁴⁹³ *Müller* will auch Praktikanten miteinbeziehen, sofern sie eine gewisse Zeit beschäftigt sind, ArbR 1995, S. 105, 119.

⁴⁹⁴ *Meyer*, Massenentlassung, S. 83.; er schließt sich dieser Wertung indes nicht an.

⁴⁹⁵ *Meyer*, Massenentlassung, S. 84; *Müller* ArbR 1995, S. 105, 119.

Rechtsunsicherheit.

c. Zeitraum

Art. 335d OR begrenzt den maßgeblichen Entlassungszeitraum auf 30 Tage⁴⁹⁶. Unerheblich ist dabei die Frage, zu welchem Zeitpunkt die ausgesprochenen Kündigungen wirksam werden. Gleich ob rück- oder vorwirkend, es kommt insoweit lediglich auf den Zeitpunkt des Zuganges der Kündigungserklärung an.

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer so zu wählen, dass die maßgeblichen Zahlen im jeweiligen Beurteilungszeitraum der 30 Tage nicht überschritten werden (Staffelung). Hierin kann keine unberechtigte Umgehung der maßgeblichen Schutznormen gesehen werden, denn die Art. 335d ff. OR sind in diesem Punkt eindeutig. Der Zweck der Art. 335d ff. OR – genügende Vorbereitungszeit für die Arbeitsverwaltung, um den anstehenden gesteigerten Vermittlungsaufwand effektiv zu bewältigen – wird aufgrund der geringeren Freisetzung von Arbeitskräften und des damit verbundenen geringeren Vermittlungsaufwandes nicht umgangen.

2. Weiterer Anwendungsbereich

a. Änderungskündigungen

Der Anwendungsbereich der Art. 335d ff. OR wird nicht nur auf den Bereich der Beendigungskündigung, sondern auch auf den der Änderungskündigung erstreckt⁴⁹⁷. Es kommt dabei jedoch entscheidend auf die Reaktion der betroffenen Arbeitnehmer an⁴⁹⁸. Schließlich entspricht das mögliche Szenario exakt dem der Beendigungskündigung, wenn die betroffenen Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen nicht annehmen⁴⁹⁹. Dann werden nämlich viele Arbeitskräfte auf dem Arbeitsmarkt freigesetzt. In diesem Falle sollte die ganze Sachkunde von Arbeitnehmerschaft (Art. 335f OR) und Arbeitsverwaltung (Art. 335g OR) eingesetzt werden, um die drohende Massenentlassung zu vermeiden oder wenigstens zu lindern.

M.E. spricht in diesem Falle nichts dafür, bei der Änderungskündigung

⁴⁹⁶ Kalendertage sind hier gemeint.

⁴⁹⁷ *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1414.

⁴⁹⁸ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 114.

⁴⁹⁹ Die Änderungskündigung lässt sich als bedingte Beendigungskündigung verstehen.

die Art. 335d ff. OR nicht anzuwenden.

b. Außerordentliche Kündigungen

Fraglich ist, ob die Normen der Art. 335d ff. OR auch im Falle außerordentlicher Kündigungen eingreifen sollen. Ein Fall einer solchen Kündigung wäre beispielsweise die wirtschaftlich bedingte fristlose Kündigung⁵⁰⁰.

aa. Ansicht von Geiser

*Geiser*⁵⁰¹ ist der Ansicht, dass der Zweck der Regelungen dies jedenfalls zulasse. Er führt aus, dass die zu Unrecht ausgesprochene fristlose Kündigung jedenfalls nicht dazu missbraucht werden darf, die Schutznormen der Art. 335d ff. OR zu umgehen.

bb. Eigene Wertung

M.E. sollte auch die außerordentliche Kündigung unter die Bestimmungen der Art 335d ff. OR fallen, weil auch sie zur Folge hat, dass eine Vielzahl von Beschäftigten ihren Arbeitsplatz verliert. Auch in diesem Falle steht die Arbeitsverwaltung vor der Aufgabe, auf die große Zahl freigesetzter Arbeitskräfte angemessen zu reagieren. Es spricht nichts dafür, im Falle der außerordentlichen Kündigung – wie bei Änderungskündigung auch – auf die Sachkunde der Arbeitsverwaltung zu verzichten.

c. Streikbedingte Kündigung

Bei der rechtlichen Zulässigkeit der streikbedingten Kündigung ist zwischen dem rechtmäßigen und dem rechtswidrigen Streik zu differenzieren:

aa. Rechtmäßiger Streik

Der rechtmäßige Streik liefert keinen tauglichen Kündigungsgrund⁵⁰²,

⁵⁰⁰ *Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 287. Im deutschen Recht werden die außerordentlichen Kündigungen gemäß § 17 Abs. 4 KSchG nicht von den §§ 17 ff. KSchG erfaßt.

⁵⁰¹ *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1415.

⁵⁰² BGE 111 II 245; ferner *Vischer*, Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1,III, S. 180.

weil die Arbeitnehmer ein von der schweizerischen Rechtsordnung schon bislang zumindest stillschweigend anerkanntes Streikrecht rechtmäßig wahrnehmen⁵⁰³. Das Streikrecht ist bislang vor allem aus der Vereinsfreiheit⁵⁰⁴ abgeleitet worden⁵⁰⁵. In Art 28 BV hat der schweizerische Gesetzgeber nunmehr die Koalitionsfreiheit ausdrücklich in der Verfassung aufgeführt⁵⁰⁶.

Art 28 Abs. 3 BV garantiert damit Streik (und Aussperrung) als letztes Mittel zur Wiederherstellung des Arbeitsfriedens⁵⁰⁷.

bb. Rechtswidriger Streik

*A u b e r t*⁵⁰⁸ ist der Ansicht, dass beim rechtswidrigen Streik kein Bedarf für die Aufstellung eines Sozialplanes bestehe, da diese Kündigungen aus disziplinarischen Gründen ausgesprochen würden.

*G e i s e r*⁵⁰⁹ differenziert beim rechtswidrigen Streik: Verfolgt der Arbeitgeber die Intention, die Arbeitskonditionen zu verschlechtern, so erinnere dies zumindest an die Situation der Änderungskündigung. Darin liege immer auch eine „wirtschaftliche Umstrukturierungsmaßnahme“⁵¹⁰, mit der Folge, dass die Art. 335d ff. OR anzuwenden seien.

Keine Berücksichtigung fänden die Schutzvorschriften jedoch dann, wenn

⁵⁰³ *R e h b i n d e r*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 230; *O G e r Zürich* JAR 1984, S. 205, wonach der rechtmäßige Streik keinen Verstoß gegen den Arbeitsvertrag darstellt; *ZK - V i s c h e r*, Vorb. zu Art. 356-360 Rn. 9ff..

⁵⁰⁴ BGE 111 II S. 245, JAR 1984, S. 205; JAR 1982, S. 277; *G e i s e r*, SJZ 2000, S. 314.

⁵⁰⁵ Zudem hat die Schweiz mehrere internationale Abkommen ratifiziert, die wiederum die Koalitionsfreiheit anerkannten, etwa Art. 11 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 8 des internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I), Art. 22 des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), siehe hierzu *G e i s e r / H ä f l i g e r*, SJZ 2000, S. 314. Ferner BGE 125 III S. 280, 284. Das *B G e r* schließt sich darin der Bewertung der Zulässigkeit des (Warn-) Streiks an und verweist neben dem mittlerweile in Kraft getretenen Art. 28 Abs. 3 BV insoweit auch (auf die oben angeführten) ratifizierten internationalen Abkommen.

⁵⁰⁶ Volksabstimmung vom 18.4.1999, BBl. 1999, S. 5986.

⁵⁰⁷ *H ä f e l i n / H a l l e r*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rn. 566ff.; *T s c h u d i*, ArbR 2000, S. 9, 14f.; zur Entwicklung der neuen Bundesverfassung siehe auch *H a f n e r*, ZSR 2001, S. 11ff..

⁵⁰⁸ *A u b e r t*, S. 699, 700f..

⁵⁰⁹ *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1416.

⁵¹⁰ *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1416.

die rechtswidrig Streikenden eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen herbeiführen wollen.

d. Gerichtsbedingte Kündigung

aa. Gleichstellung mit der behördlichen Entscheidung

(1) Ansicht der Literatur

Nach Art. 335e Abs. 2 OR gelten die Bestimmungen über Massenentlassungen bislang nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen. Hauptanwendungsfall ist der Konkurs⁵¹¹.

*Brunner/Bühler/Waeber*⁵¹² rechtfertigen diese gesetzliche Wertung mit dem Argument, dass der Arbeitgeber schließlich keine „Herrschaft“ über seinen Betrieb habe.

Art. 1 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 75/129/EWG, wonach Arbeitnehmer, die von der Einstellung des Betriebs betroffen sind, ausgenommen sind, wenn die Betriebseinstellung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung erfolgt, ist damit dem Wortlaut nach in vollem Umfange umgesetzt.

*Geiser*⁵¹³ kritisiert jedoch diese Formulierung und plädiert für folgende Auslegung: „Sie gelten nicht für Betriebseinstellungen infolge behördlicher Verfügung.“ Für die Anwendung des Art. 335e OR lässt er es genügen, wenn die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde möglich ist.

So ist auch die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde, den Betrieb wegen erheblicher Umweltverschmutzung⁵¹⁴ zu schließen, der gerichtlichen Entscheidung gleichzustellen, wenn die Entscheidung bestandskräftig ist, mit der Folge, dass die Art. 335d ff. OR keine Anwendung finden.

⁵¹¹ *Müller*, Arb 1995, S. 105, 111; ferner *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁵¹² *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S. 185.

⁵¹³ *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1417.

⁵¹⁴ *Mugglin*, Massenentlassungen und Betriebsübergänge, SGB-Dokumentation Nr. 48, S. 8.

(2) Eigene Wertung

M.E. erscheint es einerseits schon konsequent, die behördliche Entscheidung, den Betrieb zu schließen, mit der gerichtlichen Entscheidung gleichzustellen. Beide Entscheidungen haben nämlich diese Schliessung aufgrund einer „obrigkeitlichen“ Entscheidung zur Folge. Insoweit besteht zwischen beiden Anordnungen kein Unterschied. Andererseits bedeutet die Gleichstellung jedoch zugleich auch, dass der Anwendungsbereich der Art. 335d ff. OR eingeschränkt wird. Dagegen spricht wiederum die Überlegung, dass (auch) bei einer Betriebsschliessung infolge einer behördlichen Entscheidung eine größere Zahl von Arbeitskräften freigesetzt wird. Diese Arbeitskräfte lösen bei der Arbeitsverwaltung einen höheren Vermittlungsaufwand aus, so dass es *m.E.* sachgerechter wäre, wenn die Arbeitsverwaltung bereits frühzeitig – wie es Art. 335g OR auch vorsieht – in den Entlassungsprozess eingebunden wäre.

bb. Konkursverfahren

(1) Verständnis der *h.L.*

Die Anwendbarkeit der Art. 335d. ff. OR in der Situation des Konkurses wird mit Blick auf Art. 335e OR von der ganz *h.L.* abgelehnt⁵¹⁵. Hierin liegt ein gravierender Unterschied zur deutschen Regelung der §§ 121 ff. InsO, wonach auch in der Insolvenzsituation der Massenentlassungsschutz Anwendung findet, allerdings eingeschränkt unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen⁵¹⁶.

Begründet wird die schweizerische Ansicht mit Art. 335e Satz 2 OR. Danach seien die Art. 335d ff. OR nicht für Betriebseinstellungen und daraus resultierende Entlassungen anzuwenden, die auf einem gerichtlichen Entscheid beruhen.

*Stae helin*⁵¹⁷ führt an, dass der Arbeitgeber in der Konkursituation

⁵¹⁵ *Brühwiler*, Einzelarbeitsvertrag, 1996, N. 2 zu Art. 335f. und Art. 335e OR; ZK - *Stae helin*, OR Art. 335e Rn. 3; *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1416f.; *Müller*, ArbR 1995, S. 111; *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁵¹⁶ Siehe oben II. D. 6.

⁵¹⁷ ZK - *Stae helin*, OR Art. 335e Rn. 3.

keinen Einfluss mehr auf die Weiterbeschäftigung habe. Dabei sei es auch gleichgültig, ob noch der Arbeitgeber oder der ihm nachfolgende Konkursverwalter gekündigt habe. Auch *Brunner / Bühler / Waebler*⁵¹⁸ begründen die Nichtanwendung der Art. 335d ff. OR mit der „fehlenden Herrschaft“ bzw. fehlenden Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers auf die Betriebsorganisation.

(2) Eigene Wertung

Diese Begründung für die Nichtanwendung der Massenentlassungsregeln ist nicht zwingend. Es mag einmal dahingestellt bleiben, worauf letztlich die Kündigungen beruhen⁵¹⁹; dennoch bleibt in der schweizerischen Argumentation doch die Frage unbeantwortet, ob es im Verhältnis zu den Gläubigerinteressen nicht auch zu einer Berücksichtigung von Abfindungsansprüchen kommen sollte.

Aus schweizerischer Sicht erscheint die Begründung der fehlenden Herrschaftsmöglichkeit indes tragfähiger und überzeugender, da die Art. 335ff. OR keine erzwingbaren Abfindungsansprüche im Rahmen einer Sozialplandotierung kennen und somit konsequenterweise nur auf die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers abgestellt wird⁵²⁰.

Gegen die Nichtanwendung der Massenentlassungsvorschriften spricht jedoch *m.E.* der Umstand, dass auch – oder erst recht – im Konkursfalle eine größere Zahl Arbeitssuchender auf den Arbeitsmarkt drängt, daher wäre es auch in diesem Falle richtig, wenn die Arbeitsverwaltung frühzeitig über Art. 335g OR eingebunden wäre.

Ein weiteres Argument für die Anwendung der Art. 335d ff. OR im Konkursfalle findet sich auch in den Erwägungen der Richtlinie 98/59/EG⁵²¹. In Erwägung (9) wird empfohlen, die Regeln für den Massenentlassungsschutz auch auf Entlassungen anzuwenden, die aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung erfolgen⁵²². Der Status der Schweiz als Nicht-EG/EU-Mitglied und die damit verbundene bisherige freiwillige und autonome Umsetzung von EG/EU-Vorgaben stünde dem *m.E.* nicht zwingend entgegen, weil es ein weiterer Schritt in Richtung europäischer Rechtsvereinheitlichung wäre.

⁵¹⁸ *Brunner / Bühler / Waebler*, Arbeitsvertragsrecht, S. 185.

⁵¹⁹ Arbeitgeber oder Gericht.

⁵²⁰ *Geiser*, AJP/PJA 1995, S.1411, 1417.

⁵²¹ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.07.1998, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff..

⁵²² Siehe hierzu auch oben II. E. 4.

e. Nachlassverfahren

Werden dem Betrieb fällige Zahlungen im Rahmen eines Nachlassverfahrens gestundet, damit er die Krisenzeit überstehen kann⁵²³, gelten auch in dieser Zeit auch die Normen der Art. 335d ff. OR⁵²⁴. Denn gerade auch in dieser Krisenzeit macht es Sinn, sowohl die Arbeitnehmerschaft über Art. 335f OR als auch die Arbeitsverwaltung bei der Suche nach Auswegen aus einer drohenden Entlassungssituation einzubinden⁵²⁵.

f. Arbeitnehmerkündigungen

Auch wenn die Massenkündigung von Arbeitnehmerseite ausgesprochen wurde, sind die Regeln der Art. 335d ff. OR anzuwenden, sofern der Arbeitgeber der Arbeitnehmerseite zuvor erklärt hat, dass er andernfalls selbst die Kündigungen aussprechen würde. Ein bloßer (Mit-)Verursachungsbeitrag genügt indes noch nicht⁵²⁶.

g. Aufhebungsverträge

Auch der Aufhebungsvertrag fällt unter den Regelungsbereich der Art. 335d ff. OR, wenn der Vertrag unter dem Einfluss geschlossen wurde, dass der Arbeitgeber andernfalls die Kündigung aussprechen würde⁵²⁷. Diese Wertung ist *m.E.* auch sachgerecht, da im Falle des erzwungenen Aufhebungsvertrages ansonsten die Gefahr bestünde, dass der Arbeitgeber die Art. 335d ff. OR umgehen könnte.

⁵²³ Das Nachlassverfahren soll die Durchführung eines Konkursverfahrens vermeiden. Während einer Nachlassstundung kann gegen den zahlungsschwachen Arbeitgeber eine Betreuung grundsätzlich weder eingeleitet noch weiter fortgeführt werden, Art. 297 Abs. 1 SchKG. Nach Art. 298 Abs. 1 Satz 1 SchKG kann der Schuldner unter der Aufsicht eines Sachwalters seine Geschäftstätigkeit fortführen. Handelt der Arbeitgeber wider den Weisungen des Sachwalters, so kann ihm der Nachlassrichter entweder die Verfügungsbefugnis entziehen oder die Stundung widerrufen.

Siehe auch *Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 288.

⁵²⁴ *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S. 185.

⁵²⁵ So wohl auch das *BGer*, BGE 123 III S. 178f..

⁵²⁶ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 114.

⁵²⁷ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 114.

h. Seebetriebe

In Art. 68 Abs. 2 Satz 2 SSG wird die Anwendung der Art. 335d ff. OR für Seebetriebe – also für Seeleute auf schweizerischen Hochseeschiffen⁵²⁸ – vollständig ausgeschlossen. Mit dieser Regelung entspricht der schweizerische Gesetzgeber Art. 1 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 75/129/EWG⁵²⁹, die ebenfalls keine Anwendung der Massenentlassungsvorschriften auf die Besatzungen von Seeschiffen vorsieht.

D. Rechtsfolgen der Massenentlassung

Die Massenentlassung hat individualrechtliche und kollektivrechtliche Folgen. Zum einen beendet die Kündigung als individualrechtliche Folge das einzelne Arbeitsverhältnis. Zum anderen knüpfen die Art. 335d ff. OR bei der Massenentlassung an Konsultationspflichten gegenüber der Arbeitnehmerschaft sowie der kantonalen Arbeitsverwaltung an.

1. Individualrechtliche Folgen

Das Arbeitsverhältnis ist erst nach Beachtung der kollektivrechtlichen Pflichten beendet. Es endet frühestens 30 Tage⁵³⁰ nach der von Art. 335 g Abs. 1 OR geforderten Anzeige⁵³¹, Art. 335g Abs. 4 OR.

Kommt der Arbeitgeber dieser Anzeigepflicht nicht nach, so enden die betroffenen Arbeitsverhältnisse erst 30 Tage nach der nachgeholtten Anzeige⁵³².

Die Kündigungsfristen bestimmt Art. 335c OR. Danach kann das Arbeitsverhältnis im

- ersten Dienstjahr mit einer Frist von einem Monat,
- zweiten bis zum neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und
- darüber hinaus mit dreimonatiger Frist zum Monatsende gekündigt werden.

In der Frühjahrssession 1998 des Bundesrates schlug *von Felten*⁵³³

⁵²⁸ Obwohl die Schweiz keinen Zugang zum Meer hat, fahren auch Hochseeschiffe unter schweizerischer Flagge.

⁵²⁹ Richtlinie 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen vom 17.2.1975, ABIEG Nr. L 48 vom 22.2.1975, S. 29.

⁵³⁰ Kalendertage sind gemeint.

⁵³¹ *Rehbinde*r, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 135.

⁵³² *Ruedin/Christen*, OR, S. 412.

⁵³³ Elfte Sitzung des Nationalrats vom 16.3.1998, Amtl. Bull. 1998, S. 587.

namens der Kommission für Rechtsfragen eine Initiative vor, wonach im Falle einer Massenentlassung die Kündigungsfrist für die Arbeitgeberseite stets mindestens sechs Monate betragen solle. Zudem solle den betroffenen Arbeitnehmern das Recht eingeräumt werden, dass bereits gekündigte Arbeitsverhältnis mit einer Frist von lediglich 14 Tagen auf das Monatsende vorzeitig beenden zu können.

So wünschenswert eine Linderung der Folgen einer Massenentlassung auch ist, stets bleibt doch auch *m.E.* zu beachten, dass zu rettende Betriebe bzw. Betriebsteile einer vorherigen Sanierung zu unterziehen sind. Eine unabänderliche Kündigungsfrist von wenigstens sechs Monaten würde die Sanierungsfähigkeit zu rettender Betriebe beeinträchtigen. Gerade in dieser Krisenzeit bedarf es einer schnellen und flexiblen Reaktionsmöglichkeit. Diese Reaktionsmöglichkeit wäre durch eine sechsmonatige Kündigungsfrist erheblich eingeschränkt, da die Lohnkosten in diesem Zeitraum weiterhin aufgebracht werden müssten.

Die Mehrheit der Kommission sah in diesem Vorschlag damit eine Gefährdung der weiteren Arbeitsplätze desselben Betriebes bzw. Unternehmens⁵³⁴ und lehnte ihn ab.

2. Kollektivrechtliche Folgen

Die kollektivrechtlichen Folgen sind weitreichend. Die Massenentlassung löst – wie auch im deutschen Recht – Unterrichts- und Anzeigepflichten aus⁵³⁵.

a. Informations- und Konsultationspflichten gegenüber der Arbeitnehmerschaft, Art. 335f OR

Sobald der Arbeitgeber eine Massenentlassung anstrebt, hat er hiervon die Betriebskommission oder, in Ermangelung einer Arbeitnehmervertretung, die Arbeitnehmerschaft zweckdienlich in Kenntnis zu setzen. Es sind stets sämtliche Mitglieder der Vertretung in Kenntnis zu setzen. Zweckdienlich meint, dass zumindest über Möglichkeiten der Umbesetzung sowie einer anderen Ausgestaltung der (noch) anfallenden

⁵³⁴ Mit 15 zu acht Stimmen wurde die Initiative abgelehnt, Amtl. Bull. 1998, S. 579.

⁵³⁵ *R e h b i n d e r*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 135

Arbeit informiert werden muss⁵³⁶. Der Arbeitgeber muss nach Art. 335f Abs. 3 OR die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer, die Zahl der regelmäßig Beschäftigten und den Kündigungszeitraum angeben⁵³⁷. Zur zweckdienlichen Unterrichtung zählen aber auch ggf. Hinweise zur Konzern- und Finanzverfassung, zu Reorganisationsmöglichkeiten oder auch Marktanalysen.

Das Gesetz beantwortet nicht die Frage, wie die Arbeitnehmerschaft – wenn keine Vertretung (Betriebskommission) besteht – unterrichtet werden soll. Sie kann schließlich einzeln, gruppenweise oder auf einer Betriebsversammlung unterrichtet werden.

Müller schlägt vor, dass in diesem Fall ein Belegschaftssprecher bzw. eine „ad-hoc-Delegation“ aufgestellt werden sollte⁵³⁸.

M.E. lässt sich eine effektive Arbeitnehmereinbindung nur über die Beteiligung einer (gewählten) Arbeitnehmerdelegation erreichen. Dies gilt vor allem für große und sehr große Betriebe. Diese Delegation kann in der Konsultation mit dem Arbeitgeber auch geschlossener und überzeugender auftreten. Sie wird auch effektiver arbeiten als die große Gruppe der einzelnen Arbeitnehmer.

Der Sinn und Zweck dieser Regelung lässt sich Art. 335f Abs. 2 OR entnehmen. Die Arbeitnehmervertretung (Betriebskommission) oder, falls ein solches Gremium nicht vorhanden ist, die Arbeitnehmerschaft selbst, erhält so die Möglichkeit, auf die unternehmerische Entscheidung Einfluss zu nehmen. Die Arbeitnehmerschaft hat dabei die Gelegenheit Alternativlösungen aufzustellen, um die Entlassungen zu vermeiden. Als Alternativmöglichkeiten kommen beispielsweise vorgezogener Altersruhestand, freiwilliges Ausscheiden einzelner Arbeitnehmer, Kurzarbeit, Versetzung oder auch die Verkürzung der Arbeitszeit mit anteiliger Lohnreduzierung in Betracht⁵³⁹.

*Brunner/Bühler/Waeber*⁵⁴⁰ führen aus, dass es weiterhin

⁵³⁶ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 122.

⁵³⁷ *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 134.

⁵³⁸ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 121; *derselbe*, Arbeitnehmervertretung, S. 298. § 17 Abs. 2 KSchG stellt hingegen nur auf die Konsultation des Betriebsrates ab. Besteht ein solcher nicht, so sieht das KSchG weder die Bildung einer ad-hoc-Kommission noch die Konsultation der Arbeitnehmerschaft vor.

⁵³⁹ *Mugglin*, Massenentlassungen und Betriebsübergänge, SGB-Dokumentation Nr. 48, S. 11.

⁵⁴⁰ *Brunner/Bühler/Waeber*, Arbeitsvertragsrecht, S. 187.

erkennbar das Ziel des Gesetzgebers gewesen sei, die Betriebsparteien dazu zu bewegen, eine Vereinbarung über Maßnahmen zur Verhinderung der bevorstehenden Massenentlassung zu schließen. Erzwingbar ist die Abwendung nicht.

Damit spricht Art. 335f OR der Sachkunde der Arbeitnehmerschaft eine aktive Rolle bei der Entscheidungsfindung und der Suche nach Alternativlösungen zu. Die Arbeitnehmerschaft hat auch die Möglichkeit, einen kompletten Sozialplan vorzuschlagen. Eingaben sind vom Arbeitgeber zu prüfen. Kommt der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nach, so ist die ausgesprochene Kündigung bereits nach Art. 336 Abs. 2 lit. c OR missbräuchlich⁵⁴¹. Bindend sind diese Vorschläge für den Arbeitgeber damit nicht⁵⁴².

Die missbräuchliche Kündigung ist wirksam; allerdings ist sie nach Art. 336a Abs. 3 OR mit einem Entschädigungsbetrag von bis zu zwei Monatslöhnen⁵⁴³ sanktioniert⁵⁴⁴. Die Wirksamkeit der missbräuchlichen Kündigung ist wiederum Ausdruck der weiten Kündigungsfreiheit⁵⁴⁵.

aa. Konsultationszeitpunkt

Der Arbeitgeber kann den Konsultationszeitpunkt nicht beliebig wählen. Vielmehr ist er verpflichtet, die Arbeitnehmerschaft bereits dann zu konsultieren, sobald er die Massenentlassung als eine von mehreren denkbaren Lösungen zur Änderung seiner Betriebsstruktur heranzieht⁵⁴⁶. Die Arbeitnehmerschaft muss also frühzeitig konsultiert werden⁵⁴⁷.

Eine möglichst frühe Einbindung und Beteiligung der Arbeitnehmerseite ist auch wünschenswert. Schließlich sind die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmerschaft auf den Entscheidungsprozeß über die Massenentlassung mit der Konsultation und dem Recht, auch gegenüber der Arbeitsverwaltung Bemerkungen einzureichen, bereits erschöpft. Schon in Anbetracht der Begrenztheit der Einflussmöglichkeiten erscheint es

⁵⁴¹ *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1419.

⁵⁴² ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335f Rn. 3; *R u e d i n / C h r i s t e n*, OR, 1996, S. 411.

⁵⁴³ Zur Frage des Sanktionscharakters des Art. 336a OR siehe auch IV. B. 3. b. cc. (2).

⁵⁴⁴ *B r u n n e r / B ü h l e r / W a e b e r*, Arbeitsvertragsrecht, S. 201.

⁵⁴⁵ Siehe oben III. A. 5.

⁵⁴⁶ *G e i s e r*, SJZ 1998, S. 316, 318.

⁵⁴⁷ *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105, 125; *d e r s e l b e*, Arbeitnehmervertretung, S. 299.

m.E. gerechtfertigt, die Arbeitnehmerschaft möglichst bald in den Entscheidungsprozeß mit einzubinden. Besteht eine Arbeitnehmervertretung, dann ist es aber im Interesse einer vertrauensvollen und erfolgreichen Zusammenarbeit unerlässlich, dass sich die Arbeitnehmervertretung gegenüber Dritten verschwiegen zeigt⁵⁴⁸.

Das *Bundesgericht* führt zum Konsultationszeitpunkt aus⁵⁴⁹:

„Der Arbeitgeber hat die Konsultation nicht erst unmittelbar vor den Kündigungen, sondern so frühzeitig einzuleiten, dass sie abgeschlossen werden kann, bevor er sich endgültig entschliessen muss, ob und in welcher Form er die in Aussicht genommene Massenentlassung vornimmt. Eine Pflicht zur Einleitung besteht zwar nicht schon, wenn der Arbeitgeber entfernt mit der Möglichkeit rechnet, in der nächsten Zeit zu einer Massenentlassung schreiten zu müssen, wohl aber dann, wenn er sie konkret in Aussicht nimmt. [...] Als beabsichtigt im Sinne von Art. 335f OR hat daher eine Massenentlassung insbesondere auch dann zu gelten, wenn der Arbeitgeber sie zwar nur, aber immerhin für den Fall konkret plant, dass andere Pläne sich nicht verwirklichen lassen.“

bb. Konsultationsfrist

(1) Angemessenheit

Einen Zeitrahmen für die Konsultation der Arbeitnehmerschaft sehen die Art. 335d ff. OR nicht vor.

Als angemessene Konsultationsfrist soll nach Ansicht des *Arbeitgeberverbandes der Maschinenindustrie*⁵⁵⁰ ein Zeitraum von bereits fünf Arbeitstagen genügen. *Müller* spricht sich ebenfalls für eine fünftägige Konsultationsfrist aus⁵⁵¹.

Die kantonalen Arbeitsämter⁵⁵² verlangen dagegen teilweise eine Frist

⁵⁴⁸ Darauf weist *Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 299, hin.

⁵⁴⁹ BGE 123 III S. 176, 180f.

⁵⁵⁰ *Arbeitgeberverband der Schweizer Maschinenindustrie*, Mitwirkungsgesetz – Vereinbarung in der Maschinenindustrie, S. 4.

⁵⁵¹ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 128, *derselbe*, Arbeitnehmervertretung, S. 300.

⁵⁵² *Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn*, Massenentlassungen und Betriebsschliessungen, AWA-Schriftenreihe 1, S. 9 Fn. 5.

von 30 Tagen⁵⁵³.

Auch der *S G B*⁵⁵⁴ hält eine Konsultationsfrist von 30 Tagen für angemessen.

Ein Zeitraum von lediglich fünf Tagen erscheint mir jedoch zu kurz. Angemessen erscheint mir vielmehr ein Zeitraum von 30 Tagen, weil so sichergestellt ist, dass die Arbeitnehmerseite genug Zeit hat, ein eigenes Lösungskonzept zu entwerfen.

Ergänzend hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, der Arbeitnehmerseite eine angemessene Antwortfrist zu setzen⁵⁵⁵. Mit dem Einverständnis der Arbeitnehmerseite kann die Konsultationsfrist auch verkürzt werden⁵⁵⁶.

(2) Fristsetzung durch den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, der anderen Seite zusätzlich eine Frist zu setzen⁵⁵⁷. Diese Fristsetzung ist dem Arbeitgeber auch zuzubilligen, da es ihm gestattet sein muss, in Anbetracht des von ihm allein zu tragenden unternehmerischen Risikos auch zu einer baldigen Lösung zu finden. Die gesetzte Antwortfrist muss angemessen sein⁵⁵⁸. Sie unterliegt dem Grundsatz von Treu und Glauben⁵⁵⁹.

*S t a e h e l i n*⁵⁶⁰ weist ferner darauf hin, dass die Frist erst mit ausreichender Information der Arbeitnehmerschaft zulaufen beginne.

Entscheidend für die Frage der Angemessenheit der Frist ist der Sinn und Zweck der Fristensetzung. Die gegenseitige Interessenlage sollte dabei berücksichtigt werden. Der Arbeitgeber hat (vorrangig) eher ein großes Interesse an einer schnellen und zügigen Änderung der Wirtschaftsstruktur seines Betriebes.

Die Arbeitnehmerschaft hat dagegen natürlich ein sehr großes Interesse am Erhalt ihrer Arbeitsplätze. Sie wird regelmäßig versuchen, ihre

⁵⁵³ *M ü l l e r*, Schweizer Arbeitgeber 1996, S. 833.

⁵⁵⁴ *M u g g l i n*, Massenentlassungen und Betriebsübergänge, SGB-Dokumentation Nr. 48, S. 10.

⁵⁵⁵ Amtl. Bull. NR 1993, S. 1719.

⁵⁵⁶ *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105, 129.

⁵⁵⁷ ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335f Rn. 3; *B r ü h w i l e r*, Einzelarbeitsvertrag, 1996, N. 2 zu Art. 335f und 335e OR; *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 111; *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702; ferner BGE 123 III S. 176, 181.

⁵⁵⁸ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁵⁵⁹ *G e i s e r*, SJZ 1998, S.316, 318, BGE 123 III S. 176, 181.

⁵⁶⁰ ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335f Rn. 3.

Sachkunde anhand von Alternativvorschlägen als Lösungsmodell mit einzubringen.

Der Arbeitnehmerschaft muss daher genügend Zeit eingeräumt werden, um zu brauchbaren Lösungsvorschlägen zu kommen⁵⁶¹. Gewährt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht genug Zeit, so ist die Konsultation unzureichend. Darauf aufbauende Kündigungen sind nach Art. 336 Abs. 2 lit. c OR missbräuchlich. Diese missbräuchliche Kündigungen bleiben damit zwar wirksam, lösen aber eine Entschädigungspflicht von (höchstens) zwei Monatslöhnen aus, Art. 336 Abs. 2 lit. c, Art. 336a Abs. 3 OR.

In einem Falle hatte das *Bundesgericht* entschieden, dass eine Konsultationsfrist von 24 Stunden nicht ausreicht⁵⁶². Auch der Hinweis auf wirtschaftliche Zwänge, die eine schnelle Anpassung des Betriebes erforderten, rechtfertigt eine derart kurze Konsultationszeitspanne nicht. Orientiert man sich an einer Konsultationsdauer der Arbeitnehmerseite von 30 Tagen, dann kann die arbeitgeberseitige Fristsetzung nicht dazu führen, dass diese Frist unterschritten würde. Die arbeitgeberseitige Frist kann dann konsequenterweise nur bei 30 Tagen oder aber darüber liegen. Daher kommt diesem Institut dann aber nur noch eine klarstellende Wirkung zu.

cc. Schriftform der Informationsanzeige

Nach Art. 335f Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmern gegenüber zweckdienliche schriftliche Auskünfte zu erteilen.

Die bloße mündliche Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung genügt nicht⁵⁶³, es sei denn, dass die Arbeitnehmerseite sich damit erkennbar zufrieden gibt⁵⁶⁴.

dd. Notwendiger Inhalt der Informationsanzeige

An den Inhalt der Mitteilung sind höhere Anforderungen zu stellen. So muss sie neben der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer und der Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer auch den geplanten

⁵⁶¹ BGE 123 III S. 176, 181.

⁵⁶² BGE 123 III S. 176ff.

⁵⁶³ *Müller*, ArbR 1995, S. 105, 123.

⁵⁶⁴ Bei einer mündlichen Unterrichtung bestehen jedoch u.U. in einem späteren Prozess Beweisprobleme. Es sollte also zumindest dann ein entsprechender schriftlicher und gegengezeichneter Vermerk angefertigt werden.

Entlassungszeitraum beschreiben.

*A u b e r t*⁵⁶⁵ verlangt darüber hinaus Hinweise auf Umbesetzungsmöglichkeiten, mögliche Andersverteilung von vorhandener Arbeit und mögliche Entschädigungszahlungen.

Auch diese Informationen sollten schriftlich erteilt werden. Bereits auf der ersten Stufe der Konsultation sollte jedmögliche Information hinsichtlich der geplanten Entlassung der Arbeitnehmerschaft zugänglich gemacht werden. Dazu zählt eben auch die Frage, ob und wenn ja, welche Alternativlösungen in Betracht kommen könnten. So ist es möglich, sich die ganze Sachkunde der Belegschaft zu Nutze zu machen.

b. Anzeigepflicht gegenüber dem kantonalen Arbeitsamt

Nach Abschluss der Konsultation wird der Arbeitgeber dem kantonalen Arbeitsamt⁵⁶⁶ die angestrebte Massenentlassung schriftlich anzeigen, Art. 335g Abs. 1 und 2 OR. Auch zu diesem Zeitpunkt haben die Betroffenen aber noch kein Kündigungsschreiben erhalten⁵⁶⁷.

Die Anzeigepflicht hat öffentlich-rechtlichen Charakter⁵⁶⁸.

aa. Anzeigezeitpunkt

Die Anzeige darf erst nach Konsultation der Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung gegenüber der Verwaltung erfolgen⁵⁶⁹. Dies stellt auch die Regelung des Art. 335g Abs. 2 OR unmissverständlich klar, wonach die Anzeige die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmervertreter enthalten muss⁵⁷⁰. Die Aufführung der zweckdienlichen Angaben ist jedoch nur dann notwendig, wenn der Arbeitgeber dem kantonalen

⁵⁶⁵ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁵⁶⁶ Seit dem 1.7.1999 besteht das Staatssekretariat für Wirtschaft („seco“). Es besteht aus dem Zusammenschluss des Bundesamtes für Wirtschaft und Arbeit (BWA) und dem Bundesamt für Aussenwirtschaft (BAWI). Das neu errichtete Staatssekretariat ist sowohl mit der Binnen- als auch der Außenwirtschaft betraut. Dem Staatssekretariat für Wirtschaft ist die Direktion für Arbeit unterstellt, welche als obere Behörde die kantonalen Arbeitsämter überwacht und Weisungen erteilt.

⁵⁶⁷ Auf diesen Punkt weist *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 703 ausdrücklich hin.

⁵⁶⁸ So auch ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335g Rn. 1.

⁵⁶⁹ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 703.

⁵⁷⁰ So auch *M ü l l e r*, Arbeitnehmervertretung, S. 302.

Arbeitsamt entgegen Art. 335f Abs. 4 OR keine Kopie seiner schriftlichen Auskunftserteilung gegenüber der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern zukommen ließ.

bb. Inhalt

Die zweckdienlichen Angaben legt Art. 335f Abs. 3 OR fest⁵⁷¹.

Dem kantonalen Arbeitsamt soll die Möglichkeit eingeräumt werden, nach Lösungen für die Probleme, die die bevorstehende Massenentlassung aufwerfen wird, rechtzeitig im Vorfeld suchen zu können, Art. 335g Abs. 3 Satz 1 OR. Daher erscheint es angebracht, dass die Arbeitsverwaltung bereits mit dem Erhalt der Kopie der schriftlichen Auskunftserteilung ihre Tätigkeit aufnimmt⁵⁷². Darin liegt eine gewisse Durchbrechung des zweistufigen Konsultationssystems.

Weiterhin können auch die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmervertretung weitergehende Bemerkungen bei der Arbeitsverwaltung einreichen, Art. 335g Abs. 3 Satz 2 OR. Insoweit kann man Art. 335g Abs. 3 Satz 2 OR sogar als eine nochmalige Aufforderung an die Arbeitnehmerschaft verstehen.

Auf diese Art und Weise soll die vorhandene Sachkenntnis und Kompetenz der Arbeitsverwaltung genutzt werden. Ferner ist auch denkbar, dass die Arbeitsverwaltung - bei Bedarf - zwischen den Betriebsparteien vermitteln⁵⁷³ könnte.

cc. Aufgabe der Arbeitsverwaltung

Die kantonale Arbeitsverwaltung hat die Aufgabe, nach Lösungen zu suchen und Vermittlungsvorschläge auszuarbeiten⁵⁷⁴.

Das Arbeitsamt nimmt dabei eine beratende und vermittelnde Rolle ein⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Botschaft, BBl. 1992 V, S. 412.

⁵⁷² ZK - *StaeHELin*, OR Art. 335g Rn. 2.

⁵⁷³ *Ruedin/Christen*, OR, S. 412.

⁵⁷⁴ Soweit das kantonale Arbeitsamt seinen Pflichten nicht nachkommt, besteht die Möglichkeit, dass im Rahmen der Aufsicht die Direktion für Arbeit aufsichtsrechtliche Weisungen erlässt.

⁵⁷⁵ *Brunner/Bühler/Waebler*, Arbeitsvertragsrecht, S. 190; *Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 303.

Das Arbeitsamt wird den Betriebsparteien im Ergebnis regelmäßig zum Abschluss eines Sozialplans raten, auch wenn der Gesamtarbeitsvertrag einen entsprechenden Schritt überhaupt nicht vorsieht⁵⁷⁶. Es kann indes die ausgesprochenen Kündigungen nicht ungeschehen machen. Auch kann die Arbeitsverwaltung nicht – wie etwa im deutschen Recht⁵⁷⁷ – die 30-Tages-Frist des Art. 335d Abs. 1 OR verlängern⁵⁷⁸.

Der schweizerische Gesetzgeber wählt also einen zweistufigen Beratungs- und Konsultationsaufbau:

- in einer ersten Stufe kommt es zur Konsultation der Arbeitnehmerschaft als der sachnäheren Gruppe
- um in der abschließenden zweiten Stufe nach Abschluss der Konsultation der Arbeitnehmerschaft⁵⁷⁹ dann die Sachkunde der Arbeitsverwaltung einzuholen, wobei es der Arbeitnehmerschaft auch weiterhin unbenommen bleibt, weitere Lösungsvorschläge bei der Arbeitsverwaltung einzureichen. Die Arbeitsverwaltung hat nicht zu prüfen, ob die Konsultationsnormen seitens des Arbeitgebers eingehalten worden sind⁵⁸⁰.

*A u b e r t*⁵⁸¹ sieht die neutrale Moderation eines Dialoges als eine wesentliche Aufgabe des kantonalen Arbeitsamtes⁵⁸².

dd. Unterbleibende Anzeige

Art. 335g OR sieht keine Regelung für den Fall vor, dass die Arbeitsverwaltung nicht oder nicht im notwendigen Umfang seitens des Arbeitgebers informiert wird⁵⁸³.

Verstößt der Arbeitgeber gegen diese Konsultationsvorschrift, so löst dies

⁵⁷⁶ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 703.

⁵⁷⁷ Siehe § 18 KSchG.

⁵⁷⁸ *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105, 123

⁵⁷⁹ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁵⁸⁰ *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1419.

⁵⁸¹ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 703.

⁵⁸² Auch *R u e d i n / C h r i s t e n*, OR, S. 412.

⁵⁸³ *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105, 135.

für ihn keine Sanktion aus⁵⁸⁴.

ee. Art. 29 AVG

Art. 29 AVG regelt eine Meldepflicht bei Massenentlassungen⁵⁸⁵. Zu Art. 29 AVG wurde noch eine Verordnung erlassen⁵⁸⁶ – die Arbeitsvermittlungsordnung (AVV). Art. 53 AVV sieht nun vor, dass eine Meldepflicht besteht, sobald wenigstens zehn Arbeitnehmer entlassen werden sollen. Abweichungen hiervon sind zulässig.

Daraufhin haben zwei Kantone – nämlich der Kanton Obwalden und der Kanton Tessin – von dieser Ausnahmeregelung Gebrauch gemacht⁵⁸⁷. Somit besteht in Obwalden und im Tessin bereits bei Entlassung von mindestens sechs Arbeitnehmern gegenüber dem Arbeitsamt eine Meldepflicht⁵⁸⁸.

c. Sozialplan

Im schweizerischen Recht kann die Aufstellung eines Sozialplanes nicht erzwungen werden, es sei denn, dass sich der Arbeitgeber bereits in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) besonderer Art hierzu verpflichtet hat⁵⁸⁹.

Wird dennoch ein Sozialplan aufgestellt, so kann dies einseitig oder zweiseitig geschehen.

aa. Allgemeines

Anders als in den deutschen Regelungen der §§ 111 ff. BetrVG, wonach der – unter Umständen sogar erzwingbare – Sozialplan zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in der Rechtsform einer Betriebsvereinbarung geschlossen wird, sind im schweizerischen Recht mehrere „Vertragspartnerpaare“ möglich⁵⁹⁰. So ist es denkbar, dass sich auf Ebene der Spitzenorganisationen Arbeitgeber und Gewerkschaft(en) bzw. auf Betriebsebene Arbeitgeber und Betriebskommission über den

⁵⁸⁴ Der *S G B* schlägt vor, Art. 335g OR mit einer Strafe zu bewehren, siehe Vernehmlassung vom 26.4.2000 zur Parlamentarischen Initiative Jost Gross.

⁵⁸⁵ AVG vom 6.10.1989, in Kraft seit dem 1.7.1991.

⁵⁸⁶ AVV vom 16.1.1991, SR 823.111.

⁵⁸⁷ *S t ö c k l i*, ZSR 1993 II., S. 1, 83.

⁵⁸⁸ *S t ö c k l i*, ZSR 1993 II., S. 1, 83.

⁵⁸⁹ *M e y e r*, Massenentlassung, S. 2f.

⁵⁹⁰ *K l i n g e n b e r g*, Betriebsschliessung, S. 230f.

Abschluss eines Sozialplanes einigen. Ein Einigungszwang besteht nicht. Daneben ist es auch möglich, dass der Sozialplan einseitig vom Arbeitgeber aufgestellt wird.

bb. Rechtsnatur des Sozialplanes

Es gibt im schweizerischen Recht keine eindeutige Rechtsnatur des Instituts „Sozialplan“. Die Rechtsnatur ist daher anhand der Einzelumstände zu bestimmen.

(1) Sozialplan als Gesamtarbeitsvertrag (GAV)

Wird der Sozialplan als GAV geschlossen ⁵⁹¹, so kann er neben schuldrechtlichen Regeln auch normative beinhalten. Die Rechtsnatur ist jeweils vom Regelungsinhalt zu bestimmen ⁵⁹².

Von der Geltung sind alle gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer erfasst, wobei es jedoch möglich ist, mittels Anschlussvertrages auch die Nichtorganisierten zu erfassen.

Klingenberg ⁵⁹³ weist auf die Rechtspraxis hin, dass üblicherweise Sozialpläne auf GAV - Ebene hinsichtlich der Nichtorganisierten als Verträge zugunsten Dritter geschlossen werden.

Diese GAVs gehen einer wie auch immer gearteten Betriebsordnung vor. Das Günstigkeitsprinzip findet insofern keinerlei Beachtung. Anderes gilt nur für den Fall, dass ein einzelner Arbeitsvertrag günstigere Regelungen vorsieht. Dann greift der Günstigkeitsgrundsatz in vollem Umfange ein.

(2) Sozialplan als Betriebsordnung

Sollte der Sozialplan auf Betriebsebene geschlossen worden sein, so kann er in Form einer Betriebsordnung ebenfalls normative und schuldrechtliche Elemente enthalten.

Dieser Sozialplan darf gemäß Art. 38 Abs. 2 ArbG nur solche Elemente enthalten, die typischerweise durch GAV geregelt sind.

Für den Fall der Kollision mit dem Einzelarbeitsvertrag gilt wiederum das

⁵⁹¹ *Klingenberg*, Betriebsschliessung, S. 218.

⁵⁹² Insoweit besteht eine gewisse Vergleichbarkeit mit § 3 Abs. 2 TVG. Danach gelten die Betriebs- bzw. die Betriebsverfassungsnormen für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden sind.

⁵⁹³ *Klingenberg*, Betriebsschliessung, 1986, S. 220.

Günstigkeitsprinzip und nicht etwa – wie sich vermuten ließe – das Aktualitätsprinzip⁵⁹⁴. Auch im Verhältnis zum Individualvertrag kommt der Günstigkeitsgrundsatz zum Tragen.

(3) Einseitig aufgestellter Sozialplan

Der einseitig aufgestellte Sozialplan bindet den Arbeitgeber⁵⁹⁵. GAV, Betriebsordnung sowie Individualverträge sind dabei vom Arbeitgeber zu beachten. Günstigere Regelungen sind nicht zu beanstanden. *Klingenberg*⁵⁹⁶ weist darauf hin, dass der (auch im schweizerischen Recht geltende) arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁵⁹⁷ insoweit zu berücksichtigen ist. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber darauf zu achten hat, nicht einzelne Mitarbeiter ohne sachlichen Grund schlechter oder besser zu stellen.

E. Praxis

1. Missbräuchliche Kündigungen und Entschädigungshöhe - Freikaufspraxis?

Massenentlassungen, die gegen die in Art. 335f OR normierte Konsultationspflichten verstoßen, sind nicht unwirksam, sondern (nur) missbräuchlich. Sie bleiben wirksam⁵⁹⁸, lösen jedoch eine Entschädigungspflicht in Höhe von bis zu zwei Monatsgehältern⁵⁹⁹ aus, Art. 336a Abs. 3 OR.

Die genaue Höhe der Entschädigung wird vom Gesetzgeber nicht vorgeschrieben. Es ist vielmehr Aufgabe des Gerichtes, die angemessene Höhe festzusetzen.

Die Entschädigung für eine missbräuchliche Kündigung liegt in Einzelentlassungsfällen maximal bei sechs Monatslöhnen, Art. 322 und 336a Abs. 2 OR. Anders jedoch, wenn das Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt wird und das Konsultationsverfahren nicht eingehalten wurde: in diesem Fall ist der Entschädigungsanspruch auf maximal zwei Monate begrenzt, Art. 336a Abs. 3 OR. Das

⁵⁹⁴ *Klingenberg*, Betriebsschliessung, S. 223.

⁵⁹⁵ *Klingenberg*, Betriebsschliessung, S. 224.

⁵⁹⁶ *Klingenberg*, Betriebsschliessung, S. 224

⁵⁹⁷ *Rehbinder*, Arbeitsrecht, S. 92.

⁵⁹⁸ *Guhl/Koller*, § 46 Rn. 142, 151.

⁵⁹⁹ Eine vorgesehene Entschädigung in Höhe von drei Monatslöhnen wurde vom Nationalrat abgelehnt, Amtl. Bull. NR 1994, S. 2346.

Massenentlassungsverfahren ist also zugunsten des Arbeitgebers privilegiert⁶⁰⁰.

Obwohl der Wortlaut entgegensteht, sind *Brunner/Bühler/Waebler*⁶⁰¹ der Ansicht, dass Art. 336a Abs. 2 OR die Arbeitsvertragsparteien explizit zur Vertragsfortsetzung auffordern würde. Auf diese Weise könnten die vertragsmäßigen Rechte der missbräuchlich gekündigten Partei noch bewahrt werden. Sie kritisieren insoweit, dass es ansonsten dem Arbeitgeber viel zu leicht gemacht werde, sich ohne weiteres aus dem Arbeitsverhältnis zu lösen. Der Ausstieg aus dem Arbeitsvertrag wäre für den Arbeitgeber wirtschaftlich kalkulierbar⁶⁰².

In ihrer Kritik ist *Brunner/Bühler/Waebler* zuzustimmen. Die Regelung des Art. 336 Abs. 2 lit. c OR ist ein stumpfes Schwert. Der Sanktion von lediglich zwei Monatslöhnen kommt kaum eine abschreckende Wirkung zu. Der Arbeitgeber hat es in der Hand, ob er sich von der ihm vielleicht lästig erscheinenden Konsultationspflicht freikaufen möchte. Die Interessen der Arbeitnehmerschaft an der Durchführung einer ordnungsgemäßen Konsultation werden zurückgedrängt. Eine einmalige Entschädigung von maximal zwei Monatsgehältern deckt kaum das wirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz ab.

Aus Sicht des Arbeitgebers ist diese Regelung hingegen von Vorteil, weil er ohne längeres Konsultationsverfahren schnell auf wirtschaftliche Veränderungen reagieren kann.

Die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmervertretung sind damit

⁶⁰⁰ Siehe hierzu auch unten IV. C.

⁶⁰¹ *Brunner/Bühler/Waebler*, Arbeitsvertragsrecht, S. 199.

⁶⁰² *Brunner/Bühler/Waebler*, Arbeitsvertragsrecht, S. 200, weisen darauf hin, dass die schweizerischen Gerichte im Falle der Einzelentlassung den Entschädigungsanspruch statt in Höhe von sechs Monatslöhnen allzu oft nur in Höhe von ein bis zwei Monatslöhnen angeordnet haben. Diese Praxis sei ebenfalls viel zu bescheiden. Sie betonen den pönalen und zugleich auch präventiven Charakter der Entschädigungsregelung. Bei regelmäßigen Entschädigungshöhen von ein bis zwei Monatslöhnen komme dieser Charakter aber überhaupt nicht zur Geltung.

Zur Entschädigungshöhe selbst macht das *B G e r* in BGE 119 II 157 folgende Ausführungen:

„Entsprechend ihrer pönalen Funktion hat sich die Entschädigung entscheidend nach der Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers zu richten, die insbesondere durch den Anlass der Kündigung, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, das Vorgehen bei der Kündigung und die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses bestimmt wird.“

verhältnismäßig begrenzt. Die Arbeitnehmerseite kann letztlich nur auf die Kooperationswilligkeit der Betriebsführung zu setzen. „Konfrontationsmittel“ zur Durchsetzung bzw. zur Beachtung ihrer Lösungsvorschläge bestehen angesichts der „Freikaufsmöglichkeit“ nur in einem begrenztem Maße.

2. Verhandlungsposition der Arbeitnehmerschaft

Im Massenentlassungsverfahren ist die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer nicht sehr stark ausgeprägt. Verzögerungsmöglichkeiten stehen der Arbeitnehmerschaft nicht als Druck- und Verhandlungsmittel zur Verfügung.

Daher muss die Arbeitnehmerschaft verstärkt auf die Kooperation mit dem Arbeitgeber setzen.

Im Rahmen der Konsultation sollten dann auch die Fragen der eventuellen Weiterführung des Betriebs, einer Umstrukturierung oder einer Betriebsübernahme erörtert werden. Sind Kündigungen unvermeidlich, dann muss die Arbeitnehmerseite versuchen, Lösungen über einen (nicht erzwingbaren) Sozialplan, über Frühpensionierungen, verlängerte Kündigungsfristen usw. zu erlangen.

In Kooperation mit der Arbeitsverwaltung soll dann über Weiterbildungsmöglichkeiten und Stellenvermittlungen zu einer weiteren „Abfederung“ der anstehenden Massenentlassung gefunden werden.

IV. Gegenüberstellung Deutschland - Schweiz

Nachfolgend sollen anhand einer Gegenüberstellung der wesentlichen Punkte des Massenentlassungsrechts die Unterschiede und die Gemeinsamkeiten der jeweiligen nationalen Regelungen aufgezeigt werden.

A. Allgemeines

Sowohl die deutschen wie auch die schweizerischen Regelungen gehen auf die EG-Richtlinie 75/129/EWG zurück⁶⁰³.

1. Begriff der Massenentlassung

a. Deutsches Recht

Weder im Kündigungsschutzgesetz noch im Betriebsverfassungsgesetz gibt es eine gesetzliche Definition des Begriffs Massenentlassung.

In Abweichung zur Schweiz verlangt die deutsche Rechtsordnung nicht das Vorliegen eines bestimmten oder besonderen Grundes. Die Massenentlassung kann personen-, verhaltens- oder – und dies ist der Hauptanwendungsfall – betriebsbedingt sein. Es gelten folgende Kriterien:

- gewisse Mindestzahl Betroffener (§ 17 Abs. 1 KSchG)
- gewisser Zeitrahmen (§ 17 Abs. 1 KSchG, 30 Tage)
- arbeitgeberseitig veranlasste Beendigung (Kündigung und Aufhebungsvertrag, § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG)

b. Schweizerisches Recht

Das schweizerische Recht hat den Begriff der Massenentlassung in Art. 335d OR legaldefiniert. Massenentlassungen sind nach schweizerischem Verständnis Kündigungen, die der Arbeitgeber innerhalb einer Frist von 30 Tagen in einem Betrieb ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und von denen eine gewisse Anzahl von Arbeitnehmern betroffen sind.

⁶⁰³ Siehe oben II. E. 1. und III A. 2. a.

Der Begriff selbst findet sich zudem in Art. 29 AVG. Für die Definition einer Entlassung als Massenentlassung gelten vier Kriterien⁶⁰⁴:

- Vorliegen eines besonderen Grundes
- eine Mindestzahl betroffener Arbeitnehmer
- ein gewisser Entlassungszeitraum
- arbeitgeberseitige Kündigung bzw. arbeitgeberseitig veranlasster Aufhebungsvertrag.

c. Eigene Wertung

Der Anwendungsbereich der Massenentlassungsschutzvorschriften geht im deutschen Recht weiter. Die §§ 17 ff. KSchG erfassen nicht nur den Bereich der betriebsbedingten Kündigung. Sie gelten – im Gegensatz zu den Art. 335d ff. OR – auch dann, wenn die Massenentlassung personen- oder verhaltensbedingt ist. Insoweit erfährt der deutsche Arbeitnehmer einen stärkeren Schutz als sein schweizerischer Kollege.

Beide Rechtsordnungen stellen auf den Begriff der Massenentlassung – und nicht auf die Massenkündigung – ab. Entlassung steht für das Freisetzen von Arbeitskräften und das damit verbundene Drängen auf den Arbeitsmarkt (die Kündigung für den Entlassungsausspruch).

Die Richtlinie 98/59/EG⁶⁰⁵ verlangt jedoch in Art. 1 lit. a nur einen betriebsbedingten Entlassungsgrund. Der deutsche Anwendungsbereich geht hier über die Richtlinie hinaus.

2. Betriebsbegriff

a. Deutsches Recht

aa. Herrschende Meinung

Betrieb im Sinne des BetrVG ist nach Ansicht des *B A G*⁶⁰⁶ und der *h.L.* eine „organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder

⁶⁰⁴ *Brunner/Bühler/Waebler*, Arbeitsvertragsrecht, S. 183.

⁶⁰⁵ ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16ff..

⁶⁰⁶ *B A G*, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972, AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972, AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972; DB 1983, S. 1498; DB 1992, S. 231.

gemeinsam mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“⁶⁰⁷. Dabei wird der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat koordiniert⁶⁰⁸.

bb. Eigene Ansicht

Der Betriebsbegriff der §§ 17 ff. KSchG weicht von der sonst gebräuchlichen Definition ab.

Im Bereich der §§ 17ff. KSchG ist es *m.E.* richtig, beim Betriebsbegriff - neben der Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks - einzig auf den räumlichen Zusammenhang abzustellen. Auf das Kriterium der personellen Leitungsmacht sollte hingegen verzichtet werden. Die Annahme, die Richtlinie 75/129/EWG gestatte die Definition des Betriebsbegriffs der Richtlinie nach dem jeweiligen nationalen Verständnis, widerspricht dem europäischen Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung. Maßgeblich sollte daher die gemeinschaftskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs sein. Die Definition des Betriebs im Rahmen der §§ 17ff. KSchG als betriebliche Einheit, der Arbeitnehmer zur Erfüllung der Arbeitsverpflichtung in räumlicher Verbundenheit angehören, sollte daher genügen. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass bei einer Massenentlassung die maßgebliche Zahl der Betroffenen räumlich bestimmt wird und nicht aufgrund der Arbeitsorganisation sowie der personellen Leitungsmacht.

Die §§ 17 ff. KSchG wurden zur Umsetzung der Richtlinie 75/129/EWG nachhaltig geändert⁶⁰⁹ – es ist auch konsequent, insoweit zu einer richtlinienkonformen Auslegung des Betriebsbegriffes im oben genannten Sinne zu kommen.

⁶⁰⁷ *Richardt*, BetrVG, Rn. 16; *GK - Kraft*, § 4 Rn. 5; *EK-Eisemann*, § 23 Rn. 7; *Hueck/Nipperdey*, I S. 93; *Nikisch*, I S. 150ff.; *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, Rn. 394.; *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, § 17 Rn. 3; *Kittner/Trittin*, Kündigungsschutzrecht, § 17 KSchG Rn. 5.; *Palandt/Putzo*, Einf. vor § 611 Rn. 14.

⁶⁰⁸ *BAG*, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972, AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969.

⁶⁰⁹ *Hueck/von Hoyningen-Huene*, KSchG, Vorb. zu §§ 17ff. KSchG Rn. 5.

b. Schweizerisches Recht

aa. Herrschende Meinung

Betrieb wird von der *h.M.*⁶¹⁰ definiert als „eine organisatorische Zusammenfassung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks“.

bb. Eigene Ansicht

Im Bereich der Art. 335d ff. OR ist es *m.E.* – ebenso wie im deutschen Recht bei den §§ 17 ff. KSchG – konsequent, beim Betriebsbegriff ausschließlich auf den räumlichen Zusammenhang abzustellen. Zwar ist die Schweiz keine EU-Mitglied, dennoch ist es von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Art. 335d ff. OR auf der Richtlinie 75/129/EWG beruhen sind. Die Anlehnung an die EG-Richtlinie ist vom schweizerischen Gesetzgeber bewusst gewählt. Die Annahme jedoch, die Richtlinie 75/129/EWG gestatte die Definition des Betriebsbegriffs nach dem jeweiligen nationalen Verständnis, widerspricht dem Streben nach Vereinheitlichung und Vereinfachung des Rechtes. Es gilt (konsequenterweise) dieselbe Argumentation wie beim deutschen Betriebsbegriff nach den §§ 17 KSchG. Das EU-Recht will zentrale Begriffe des Arbeitsrechtes vereinheitlichen, Art. 136 EGV⁶¹¹. Auch weist die Massentlassungsrichtlinie ausdrücklich auf Art. 117 EGV („Maastrichter Fassung“) hin. Maßgeblich sollte daher *m. E.* auch für das schweizerische Rechtsverständnis die gemeinschaftskonforme Auslegung sein, dies wäre auch folgerichtig, weil sich die Schweiz bei der Übernahme der Massentlassungsrichtlinie bewusst am EG-Recht orientiert. Überdies hat auch der schweizerische Gesetzgeber auf einen legaldefinierten Betriebsbegriff verzichtet. Der dadurch geschaffene Freiraum gestattet daher – wie auch in Deutschland – ein gemeinschaftskonformes Verständnis des Betriebsbegriffes. Die Definition des Betriebs im Rahmen der Massentlassungsvorschriften als betriebliche Einheit, der Arbeitnehmer zur Erfüllung Arbeitsverpflichtung in räumlicher Verbundenheit angehören, sollte daher ausreichen.

⁶¹⁰ ZK - *S t a e h e l i n*, OR Art. 335d Rn. 3; *R e h b i n d e r*, Arbeitsgesetz, Art. 1 Rn.3; *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1417.

⁶¹¹ Art. 117 EGV („Maastrichter Fassung“).

c. Fazit

Beide Rechtsordnungen enthalten keine Legaldefinition des Betriebsbegriffes.

Er sollte sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz gemeinschaftskonform interpretiert werden. In Deutschland schon aus dem Wissen heraus, dass der *E u G H*⁶¹² dieses Verständnis letztlich zwingend vorgibt und in der Schweiz aus der Konsequenz heraus, auch die Massentlassungsrichtlinie 75/129/EWG freiwillig umsetzen zu wollen.

B. Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den Voraussetzungen

1. Anwendbarkeit

a. Deutsches Recht

Die §§ 17ff. KSchG gelten für Betriebe und Verwaltungen des privaten Rechts. Sie gelten ferner auch für Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden, solange sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen, § 23 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

Die §§ 17ff. KSchG finden nach § 22 Abs. 1 KSchG auf Kampagnebetriebe bzw. Saisonbetriebe keine Anwendung.

Auf Seeschiffe und ihre Besatzungen finden die Art. 17ff. KSchG ebenfalls keine Anwendung, § 23 Abs. 2 Satz 2 KSchG.

b. Schweizerisches Recht

Auch im schweizerischen Recht finden die Art. 335d ff. OR keine Anwendung auf Seeschiffe und ihre Besatzungen. Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 68 Abs. 2 Satz 2 SSG, wonach die Art. 335f und 335g OR nicht auf den Heuervertrag anzuwenden sind⁶¹³. Mit dieser Regelung entspricht der schweizerische Gesetzgeber Art. 1 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 75/129/EWG, die keine Anwendung der Massentlassungsvorschriften auf die Besatzungen von Seeschiffen vorsieht.

⁶¹² Siehe oben II. C. 3. b. aa. (b) (cc).

⁶¹³ Siehe auch *Me yer*, Massentlassung, S. 70.

Die Art. 335d ff. OR gelten für private Betriebe. Weiterhin erfassen sie auch die öffentliche Verwaltung, solange die Betroffenen Arbeitnehmer sind und somit (privatrechtliche) Arbeitsverträge abgeschlossen haben. Auf die Frage, ob der öffentliche Betrieb einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, kommt es nicht an.

c. Fazit

Sowohl Deutschland als auch die Schweiz beachten Art. 1 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 75/129/EWG und schließen die Anwendung ihrer Massenentlassungsvorschriften auf Besatzungen ihrer Seeschiffe konsequent aus.

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung geht das schweizerische Recht weiter. Es unterscheidet nicht wie das deutsche Recht danach, ob der Betrieb der öffentlichen Verwaltung wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Beiden Rechtsordnungen bleibt indes gemeinsam, dass sie die Massenentlassungsvorschriften überhaupt auf die Betriebe der öffentlichen Verwaltung ausdehnen, obwohl dies Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 75/129/EWG gerade nicht vorsieht.

2. Mindestumfang einer Massenentlassung

a. Zahlenmäßige Bestimmung

aa. Deutsches Recht

Im deutschen Recht orientiert sich die zahlenmäßige Relevanz an § 17 KSchG sowie einem zeitlichen Moment (Entlassungszeitraum 30 Tage). Zudem lehnt sich diese Bestimmung an der Betriebsgröße an.

Unter Massenentlassungskündigungsschutz stehen daher in Betrieben mit in der Regel

- mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
- mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 % der im Betrieb regelmäßig Beschäftigten oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,

- in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer,

wenn die Entlassung der Betroffenen binnen 30 Kalendertagen erfolgt.

bb. Schweizerisches Recht

Im schweizerischen Recht gibt Art. 335d OR Auskunft über den Mindestumfang einer Massenentlassung.

Danach ist eine Massenentlassung anzunehmen, wenn

- mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen,
- mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen,
- mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen,

entlassen werden sollen.

cc. Eigene Wertung

(1) Kleinbetriebe

In Deutschland greifen die Regeln über den Massenentlassungskündigungsschutz früher ein. Entsprechender Schutz besteht bereits bei der Entlassung von sechs Arbeitnehmern, wenn der Betrieb mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt.

In der Schweiz besteht dieser Schutz erst ab zehn Betroffenen. Schweizerische Kleinbetriebe sind insofern privilegiert.

(2) Mittelständische Betriebe und Großbetriebe

Sie werden hingegen im Ländervergleich einigermaßen gleich behandelt.

So gilt für die deutschen mittelständischen Unternehmen (60 bis 499

Beschäftigten) eine Entlassungsquote von 10 % oder mehr als 25 Personen als relevante Größe.

In der Schweiz (100 bis 299 Beschäftigte) gilt ebenfalls der Prozentsatz von 10%, nicht jedoch alternativ die Entlassung von 25 Personen.

Damit ergeben sich Unterschiede für den Fall, dass ein Unternehmen mit einer Beschäftigtenzahl von 261 bis 299 weniger als 10% der Belegschaft, jedoch mehr als 25 Personen entlässt.

Ein Beispiel: Ein mittelständisches Unternehmen mit 280 Beschäftigten will 27 Beschäftigte zugleich entlassen. Nach der deutschen Regelung unterfällt dieses Unternehmen dem Massenkündigungsschutz, da zwar nicht 10% der Beschäftigten, wohl aber mehr als 25 Beschäftigte entlassen werden sollen. Nach der schweizerischen Regelung unterfällt das Unternehmen hingegen nicht dem Massenkündigungsschutz, da nicht mindestens 10% der Beschäftigten entlassen werden sollen. Der Massenkündigungsschutz ist insoweit für die schweizerischen Betroffenen ungünstiger.

Ab einer Betriebsgröße von 300 Beschäftigten gilt in beiden Ländern die Entlassung von 30 oder mehr Personen als Massenentlassung.

In Deutschland genügt für diese Annahme bei einem Betrieb von 60 bis zu 499 Beschäftigten bereits die Entlassung von 25 Personen.

Ab einer Betriebsgröße von 500 Beschäftigten bestehen dann insoweit keine Unterschiede mehr zwischen den Ländern, da beide Rechtsordnungen die Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern voraussetzen.

b. Zeitlicher Schutz

aa. Deutsches Recht

Im deutschen Recht werden die betroffenen Arbeitnehmer einer Massenentlassung durch die Entlassungssperre des § 18 KSchG geschützt. Der regelmäßige zeitliche Schutz beträgt einen Monat. Ausnahmsweise kann der zeitliche Schutz mit Zustimmung des Arbeitsamtes verkürzt⁶¹⁴ bzw. auf längstens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt verlängert werden⁶¹⁵. Diese Verlängerungsmöglichkeit stellt keinen Selbstzweck dar. Vielmehr hat sie die Aufgabe, der Arbeitsverwaltung einen ausreichenden Zeitrahmen für die Bewältigung der anstehenden Massenentlassung zur

⁶¹⁴ § 18 Abs. 1 KSchG.

⁶¹⁵ § 18 Abs. 2 KSchG.

Verfügung zu stellen.

Der Arbeitgeber muss dann binnen einer Frist von 90 Tagen, gerechnet ab dem Zeitpunkt, an dem Sperrfrist gemäß § 18 KSchG abläuft, die Entlassung durchführen.

Der Begriff der „Durchführung der Entlassung“ ist vieldeutig. Er lässt sich auf verschiedene Art und Weise interpretieren⁶¹⁶:

- Absendung der Kündigungserklärung
- Zugang der Kündigungserklärung
- Ablauf der Kündigungsfrist

Der Auslegungsstreit hat an Schärfe und Bedeutung verloren, da der Gesetzgeber den § 18 Abs. 4 KSchG mit Wirkung vom 01. Januar 1998 durch Art. 50 AFRG vom 24. März 1997 geändert hat. Die Freifrist von bisher einem Monat gemäß § 18 Abs. 4 KSchG a.F., gültig bis zum 31. Dezember 1997, wurde durch die Neufassung auf 90 Tage erhöht.

bb. Schweizerisches Recht

Im schweizerischen Recht endet das Arbeitsverhältnis, das im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt wurde, frühestens 30 Tage nach Anzeige der angestrebten Entlassung beim kantonalen Arbeitsamt, Art. 335 g Abs. 4 OR.

Die Kündigungsfrist bestimmt sich nach Art. 335c OR, wobei Abs. 2 festlegt, dass anderslautende Kündigungsfristen mittels schriftlicher Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden können.

cc. Eigene Wertung

In beiden Rechtsordnungen endet das gekündigte Arbeitsverhältnis im Falle der Massenentlassung frühestens einen Monat nach Anzeige beim Arbeitsamt, § 18 Abs. 1 1. HS KSchG, Art. 335g Abs. 4 OR.

Im Gegensatz zur schweizerischen Arbeitsverwaltung hat das deutsche

⁶¹⁶ Siehe hierzu oben II. C. 3. c. aa.

Arbeitsamt nach § 18 Abs. 2 KSchG aber zudem die Möglichkeit, die Entlassung erst nach zwei Monaten – gerechnet vom Eingang der Massentlassungsanzeige – wirksam werden zu lassen, indem es eine entsprechende Bestimmung erlässt. Zudem verlangt § 18 Abs. 4 KSchG vom Arbeitgeber, dass dieser die Massentlassung binnen 90 Tagen nach dem frühestmöglichen Entlassungszeitpunkt des § 18 Abs. 1 und 2 KSchG durchführt. Hält sich der deutsche Arbeitgeber nicht daran, so beginnt das Schutzverfahren erneut. Der Arbeitgeber hat dann zunächst wieder eine Anzeige dem Arbeitsamt zu erstatten.

Die deutsche Regelung ist damit „arbeitnehmerfreundlicher“ ausgestaltet als die der Schweiz.

3. Kollektivrechtliche Einflussmöglichkeiten

a. Allgemeines

Die deutschen kollektiven Mitbestimmungsrechte in Form des Interessenausgleiches sowie des Sozialplanes stärken die Interessen der Arbeitnehmer.

Die schweizerischen Regelungen kennen kein dem Interessenausgleich vergleichbares Rechtsinstitut. Die Art. 335d ff. OR stellen nicht ausdrücklich – wie etwa § 112 BetrVG – auf eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung über die durchzuführende Betriebsänderung ab. Das schweizerische Recht spricht insoweit lediglich von der Konsultationspflicht gegenüber der Arbeitnehmervertretung, Art. 335f OR. Es wird der Arbeitnehmerschaft die Möglichkeit eingeräumt, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen möglichst vermieden werden können. Dabei sollte die Konsultationsfrist *m.E.* wenigstens 30 Tage betragen⁶¹⁷.

Einen (erzwingbaren) Sozialplan⁶¹⁸ kennen die Art. 335d ff. OR ebenfalls nicht.

⁶¹⁷ Siehe oben III. D. 2. a. bb.

⁶¹⁸ § 112a BetrVG.

b. Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerschaft

aa. Konsultationspflichten

(1) Deutsches Recht

Nach § 111 S. 1 BetrVG trifft den Unternehmer – wenn sein Unternehmen mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt – eine umfassende Unterrichts- und Beratungspflicht. Eine Unterrichtungspflicht ergibt sich zudem für den Arbeitgeber auch aus § 17 Abs. 2 KSchG.

(2) Schweizerisches Recht

Vergleichbares gilt auch in der Schweiz. Nach Art. 335f. OR muss der Arbeitgeber ebenfalls die Betriebskommission bzw. die Vertretung der Arbeitnehmerschaft konsultieren. Dabei hat er ausführlich und nachhaltig über die ausstehende Änderung zu informieren. Allerdings stellt die schweizerische Regelung nicht auf das Unternehmen ab.

bb. Konsultationszeitpunkt

(1) Deutsches Recht

Nach der deutschen Regelung muss die Unterrichtung „rechtzeitig“ erfolgen. Rechtzeitigkeit liegt vor, wenn der Betriebsrat auf die Willensbildung des Arbeitgebers noch Einfluss nehmen kann. Die Unterrichts- und Beratungspflichten auf Unternehmerseite bestehen allerdings nur, wenn auch im betroffenen Betrieb ein Betriebsrat existiert.

(2) Schweizerisches Recht

Anders jedoch die Regelung im schweizerischen Recht: Danach bestehen die Konsultationsrechte nicht nur gegenüber der Arbeitnehmervertretung (Betriebskommission), sondern auch für den Fall, dass eine solche nicht zuvor errichtet wurde, gegenüber der gesamten Arbeitnehmerschaft. In diesem Punkt geht das schweizerische Modell deutlich weiter als das deutsche – es ist insoweit „arbeitnehmerfreundlicher“.

cc. Einigungsrechte

(1) Deutsches Recht

Nach den §§ 112 Abs. 2 und Abs. 4, 112a BetrVG ist die Einigung über die auszuführende Betriebsänderung (Interessenausgleich) nicht erzwingbar. Der Betriebsrat hat also keine rechtliche Möglichkeit, seine Vorstellungen von der anzustrebenden Betriebsänderung gegen den Willen des Unternehmers durchzusetzen.

Allerdings muss der Arbeitgeber die Regelung des § 113 Abs. 3 BetrVG stets beachten: Führt der Unternehmer nämlich die Betriebsänderung durch, ohne über sie zuvor einen Interessenausgleich versucht zu haben, so löst er damit Abfindungspflichten aus. § 10 KSchG ist insoweit entsprechend anzuwenden. Entsprechend § 10 Abs. 1 KSchG kann ein Betrag von bis zu zwölf Monatsverdiensten festgesetzt werden. Als Maßstab kann die Formel dienen, dass pro Beschäftigungsjahr ein Abfindungsanspruch von einem halben Monatsgehalt anzusetzen ist. Nach § 10 Abs. 2 KSchG sind die zwölf Monatsgehälter maximaler Abfindungshöhe auf 15 zu erhöhen, wenn der betroffene Arbeitnehmer das 50. Lebensjahr vollendet hat und wenigstens 15 Jahre für den Arbeitgeber tätig war. Ist der Arbeitnehmer 55 Jahre oder älter und hat das Arbeitsverhältnis wenigstens 20 Jahre bestanden, so kann ein Betrag von bis zu 18 Monatsgehältern als Abfindungssumme bestimmt werden.

(2) Schweizerisches Recht

Zu einer anderen Wertung findet die schweizerische Regelung in Art. 336 Abs. 2 lit. c OR. Danach ist die Kündigung, die unter Verletzung der Konsultationspflicht ausgesprochen wurde, missbräuchlich, dennoch bleibt sie wirksam. Sie löst jedoch gemäß Art. 336a Abs. 3 OR eine Entschädigungspflicht von höchstens zwei Monatslöhnen aus. Die maximale Entschädigungshöhe fällt somit im schweizerischen Recht wesentlich geringer aus. Sie kann im Vergleich zur deutschen Regelung um bis zu 16 Monatsgehälter differieren.

c. Beteiligung der Arbeitsverwaltung

Gemeinsam ist sowohl der deutschen wie auch der schweizerischen Regelung die neutrale und unparteiische Beteiligung der Arbeitsverwaltung. In beiden Ländern nimmt sie eine moderierende Stellung ein. Beide Länder setzen damit – neben der Sachkunde der Arbeitnehmer – auch auf die Sachkunde der Arbeitsämter.

aa. Deutsches Recht

Im deutschen Recht wird die Arbeitsverwaltung über die §§ 17 ff. KSchG eingebunden. Nach § 17 Abs. 3 KSchG hat der Arbeitgeber dem zuständigen Arbeitsamt eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten⁶¹⁹. Weiterhin ist auch die Stellungnahme des Betriebsrates beizufügen.

b. Schweizerisches Recht

Im schweizerischen Recht ordnet Art. 335g Abs. 1 OR ähnliches an. Die Anzeige der beabsichtigten Entlassung ist dem kantonalen Arbeitsamt in Schriftform mitzuteilen. Nach Art. 335g Abs. 2 OR enthält diese Anzeige die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmervertretung.

d. Vermittlungstätigkeit der Arbeitsverwaltung

aa. Deutsches Recht

Nach § 112 Abs. 2 BetrVG können die Betriebsparteien⁶²⁰ in der Auseinandersetzung um Interessenausgleich und Sozialplan den Präsidenten des Landesarbeitsamtes um die Vermittlung (Vermittlungsversuch) bitten. Der Präsident kennt den regionalen Arbeitsmarkt und kann daher beurteilen, welche Möglichkeiten der Arbeitsmarkt bietet, um die drohende Entlassung möglichst sozialverträglich aufzufangen.

Weiterhin besteht nach § 112 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auch die Möglichkeit, dass der Vorsitzende der Einigungsstelle⁶²¹ den Präsidenten zur Teilnahme an der Verhandlung auffordert. Der Vorsitzende wird hierzu jedoch nur greifen, wenn er der Ansicht ist, dass der Präsident in der jeweiligen Konstellation auch eine realistische Vermittlungschance hat.

bb. Schweizerisches Recht

Das schweizerische Recht kennt hingegen keine weiteren Regelungen zur Vermittlungstätigkeit der Arbeitsverwaltung. Die vermittelnde und beratende Rolle des Arbeitsamtes bei der Suche nach Lösungen erfasst bereits Art. 335g Abs. 3 OR.

⁶¹⁹ § 17 Abs. 2 KSchG.

⁶²⁰ Also Arbeitgeber und Betriebsrat.

⁶²¹ § 76 BetrVG.

e. Gestattung der Einführung von Kurzarbeit

aa. Deutsches Recht

Gemäß § 19 Abs. 1 KSchG kann das Landesarbeitsamt – nicht das Arbeitsamt – zulassen, dass der Arbeitgeber im Zeitraum der Entlassungssperre Kurzarbeit einführt, wenn er seine Arbeitnehmer nicht voll beschäftigen kann. Der Arbeitgeber ist dann berechtigt, Lohn bzw. das Gehalt anteilig der gekürzten Arbeitszeit zu kürzen, § 19 Abs. 2 KSchG.

bb. Schweizerisches Recht

Auch nach schweizerischem Recht unterfällt die Betriebsstörung wirtschaftlicher Art – etwa wegen ausbleibender Aufträge – dem Betriebsrisiko, das grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragen ist. Der Arbeitgeber hat danach den vollen Arbeitslohn zu entrichten⁶²².

Allerdings bleibt es beiden Seiten unbenommen, im Einvernehmen Kurzarbeit einzuführen. Der Arbeitgeber wird dann teilweise von der Lohnzahlungspflicht befreit. Der Arbeitnehmer hat für den teilweise entfallenen Lohn eine Ausgleichsforderung gegen die Arbeitslosenversicherungskasse inne, Art. 31 ff. AVIG.

Die Kurzarbeitsentschädigung hat den Zweck, die Arbeitsplätze zu erhalten, Art. 31 Satz 1 lit. d AVIG. Nach Art. 34 Satz 1 AVIG beträgt die Kurzarbeitsentschädigung 80 % des (anrechenbaren⁶²³) Verdienstaufalles.

Der Arbeitgeber hat nach Art. 36 Satz 1 AVIG seine Absicht, Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, wenigstens zehn Tage vorher der kantonalen Arbeitsstelle schriftlich anzuzeigen. Gemäß Art. 36 Satz 2 AVIG muss die Anzeige u.a. die Anzahl der im Betrieb Tätigen und die Zahl der von der Kurzarbeit Betroffenen sowie die voraussichtliche Dauer enthalten.

⁶²² *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 84f..

⁶²³ Nach Art. 32 Satz 1 AVIG ist Arbeitsausfall dann anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückgeht und mindestens 10 % der üblichen Arbeitszeit ausmacht.

f. Sozialplan

aa. Deutsches Recht

Aus dem Sozialplan – nicht aus dem Interessenausgleich – leiten die betroffenen Arbeitnehmer ihre Ansprüche ab. Der Sozialplan regelt die wirtschaftlichen Folgen, die sich für die betroffene Arbeitnehmerschaft aus der Massenentlassung ergibt.

Es gelten die §§ 112 Abs. 4 und 5 sowie § 112a BetrVG. Sind deren Voraussetzungen gegeben, so kann die Arbeitnehmerseite unter Einschaltung der Einigungsstelle einen Sozialplan – und damit vor allem Abfindungsregelungen – durchsetzen⁶²⁴. Diese Rechte sind dann erzwingbar.

bb. Schweizerisches Recht

Das schweizerische Recht kennt in seinen Art. 335d ff. OR hingegen keine erzwingbare Mitbestimmung.

Im Konfrontationsfalle ist ein Sozialplan nicht gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzbar.

4. Sondersituation Insolvenz

a. Deutsches Recht

Nach den §§ 121ff. InsO sind auch in der Insolvenzsituation die Massenentlassungsvorschriften anzuwenden, allerdings unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen⁶²⁵. Damit besteht unabhängig von der Finanzverfassung des Unternehmens ein Schutzmechanismus der Arbeitnehmerschaft. Die InsO berücksichtigt somit auch in der Insolvenzsituation (eingeschränkt) die Belange der Arbeitnehmerschaft.

b. Schweizerisches Recht

Die Anwendbarkeit der Art. 335d. ff. OR in der Situation des Konkurses wird von der *h.L.* abgelehnt⁶²⁶. Dabei beruft sich die *h.L.* auf Art. 335e

⁶²⁴ Siehe oben II. D. 3. e.

⁶²⁵ Siehe oben II D. 6.

⁶²⁶ *Brühwiler*, Einzelarbeitsvertrag, Rn. 2 zu Art. 335f. und Art. 335e

Satz 2 OR, wonach die Bestimmungen über Massenentlassungen nicht für Betriebseinstellungen und damit verbundene Entlassungen gelten. Die schweizerische Lösung räumt somit in der Konkursituation eindeutig den Gläubigerinteressen den Vorzug ein.

In den Erwägungsgründen⁶²⁷ führt die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG indes an, dass diese Normen auch dann gelten sollten, wenn die Massenentlassung auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht.

Bei streng gemeinschaftskonformem Verständnis müssten dann auch in der Konkursituation die Art. 335d ff. OR Anwendung finden⁶²⁸.

C. Unterschiede in der Praxis - Verhandlungspositionen der Betriebspartner

1. Deutsches Recht

Unternehmer und Betriebsrat verfolgen naturgemäß unterschiedliche Interessen. Der Unternehmer hat ein großes Interesse an einer schnellen Durchführung der angestrebten Betriebsänderung. Denn gerade bei einer geplanten Massenentlassung von Arbeitnehmern kommt es erfahrungsgemäß zu erheblichen Unruhen, die sich auch im alltäglichen Arbeitsablauf stark bemerkbar machen. Der Betriebsrat wird dagegen versuchen, für die betroffenen Arbeitnehmer den Erhalt der Arbeitsplätze, zumindest aber eine höhere Sozialplandotierung durchzusetzen.

Dabei hat das am 1. Oktober 1996 in Kraft getretene Beschäftigungsförderungsgesetz⁶²⁹ die Verhandlungsposition des Betriebsrates geschwächt⁶³⁰.

Vor dem Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetz ließ sich mit der Ansicht von *Neef*⁶³¹ die Verhandlungsposition des Betriebsrats „auf eine einfachen Nenner [bringen]: Zeit oder Geld.“ Bisher stand der Arbeitgeber in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat vor der Wahl, entweder eine schnelle Einigung mit dem Betriebsrat über die geplante Betriebsänderung gegen eine verhältnismäßig hohe Sozialplandotierung zu erzielen, mit der Konsequenz, dass er seine Betriebsänderung

OR; ZK - *Staehelein*, OR Art. 335e Rn. 3; *Geiser*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1416f.; *Müller*, ArbR 1995, S. 111; *Aubert*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁶²⁷ Erwägung (9), ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16.

⁶²⁸ Siehe oben III. C. 2. d. bb.

⁶²⁹ BGBl. I 1996, S. 1476.

⁶³⁰ *Neef*, NZA 1997, 65, 66ff..

⁶³¹ *Neef*, NZA 1997, 65, 66ff..

durchführen konnte oder aber den Interessenausgleich hinreichend lange zu versuchen. War der Betriebsrat nicht zu einer schnellen Einigung bereit, so konnte er die Durchführung der Betriebsänderung blockieren.

Die ständige Rechtsprechung des *B A G*⁶³² kam dem Betriebsrat dabei entgegen. Das *B A G* verlangte nämlich für die ordnungsgemäße Durchführung eines Einigungsversuchs die Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens gemäß § 76 BetrVG. Die Installation einer Einigungsstelle sowie das anschließende Procedere kostete jedoch wertvolle Zeit. Zwar ist das Verfahren zur Bestellung eines Einigungsstellenvorsitzenden als Schnellverfahren konzipiert, dennoch ist dessen Bestellung mit erfahrungsgemäß über einem halben Jahr⁶³³ immer noch lang. In diesem Zusammenhang war die Frage der Errichtung einer Einigungsstelle im Wege einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO sehr umstritten⁶³⁴.

Nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz war dann der Interessenausgleich nach § 113 Abs. 1 BetrVG a.F. versucht, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 111 Satz 1 BetrVG beteiligt hatte und nicht innerhalb von zwei Monaten nach Beratungsbeginn ein Interessenausgleich zustande gekommen war. Der Vorteil dieser Lösung lag nun darin, dass die Betriebsparteien einen festen Zeitplan vorgegeben bekamen. Dabei zeigte die Praxis, dass der zweimonatige Zeitraum ausreichte⁶³⁵.

Mit dem Korrekturgesetz ist die Verhandlungsposition des Betriebsrates gestärkt worden. § 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 BetrVG wurden mit Wirkung zum 1. Januar 1999 ersatzlos gestrichen. Dadurch wurde die Verhandlungsposition des Betriebsrats wieder gestärkt, weil die Frage, wann ein Interessenausgleich zeitlich hinreichend versucht wurde, wieder vollkommen offen ist⁶³⁶. Im deutschen Recht hat der entlassungswillige Arbeitgeber keine Möglichkeit, die Konsultation des Betriebsrates in den Verhandlungen über den Interessenausgleich gemäß § 111 BetrVG mittels Fristsetzung im Zeitablauf zu beschleunigen und dadurch kalkulierbarer zu machen. Seit dem Korrekturgesetz ist es ungewiß, ob der Arbeitgeber – trotz längerer ergebnisloser Verhandlungen mit dem Betriebsrat – ausreichend lange verhandelt hat, um einer Entschädi-

⁶³² *B A G*, NZA 1989, S. 894; ferner NZA 1985, S.400.

⁶³³ *N e e f*, NZA 1997, 65, 66ff..

⁶³⁴ Ablehnend: FKHE § 76 Rn 20; *G e r m e l s m a n n / M a t t h e s / P r ü t t i n g*, ArbGG, § 98 Rn 21; *L A G Niedersachsen*, AuR 1989, 290; befürwortend: *L A G Düsseldorf*, LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr.19.

⁶³⁵ Siehe oben II. D. 2. f. bb.

⁶³⁶ Siehe II. D. 2 f.

gungspflicht aus § 113 Abs. 3 BetrVG zu entgehen. Die Streichung des § 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 KSchG durch das Korrekturgesetz führt insoweit zu einer unklaren Rechtslage. Bislang hatte der Arbeitgeber nach § 113 Abs. 3 KSchG a.F. den Interessenausgleich mit dem Betriebsrat ordnungsgemäß versucht, wenn die Verhandlungen länger als zwei Monate andauerten. Mittlerweile setzt sich der Arbeitgeber nach § 113 Abs. 3 KSchG der Klage auf Zahlung von Abfindungen aus, weil ein Mindestzeitraum für diesen Versuch nicht (mehr) benannt wird. Der Arbeitgeber wird also länger mit dem Betriebsrat über den Interessenausgleich verhandeln. Insoweit schafft das Korrekturgesetz somit eine unklare Rechtslage, was sich zugunsten der Verhandlungsposition des Betriebsrates auswirkt. Will sich der Arbeitgeber diesem Druck entziehen, so läuft er Gefahr, dass er die Abfindungsansprüche begleichen muss. Er wird also – um diese Gefahr zu meiden – länger als bislang verhandeln.

Erst die Praxis wird beispielsweise anhand von Urteilen gewisse verlässliche Erfahrungswerte anbieten können.

Die Streichung des § 1 Abs. 5 KSchG löste eine Diskussion über die Frage aus, ob der Gesetzgeber mit der Streichung zugleich auch das Institut des Interessenausgleichs mit Namensliste abschaffen wollte. Die Begründung zum Korrekturgesetz⁶³⁷ stellt jedoch fest, dass von einer Fortgeltung, nunmehr nach § 1 Abs. 4 KSchG, auch weiterhin auszugehen ist.

2. Schweizerisches Recht

Die Verhandlungsposition der schweizerischen Arbeitnehmerschaft ist dagegen deutlich schwächer ausgestaltet. Die Arbeitnehmerseite kann ihre Vorstellungen und Wünsche den Arbeitgebern und der Arbeitsverwaltung vortragen. Insoweit hat die Arbeitnehmerschaft auch die Möglichkeit, auf die Willensbildung des Unternehmers Einfluss zu nehmen. Einen letztlich entscheidenden Einfluss auf die Entlassungssituation hat sie indes nicht.

Im schweizerischen Recht sehen die Art. 335d ff. OR ebenfalls keinen Zeitrahmen für die Konsultation der Arbeitnehmerschaft vor. Allerdings bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, der anderen Seite eine Frist zu setzen⁶³⁸. Jedoch muss die gesetzte Antwortfrist angemessen sein⁶³⁹.

⁶³⁷ BT-Drucks. 14/45, S. 16.

⁶³⁸ So auch *G e i s e r*, AJP/PJA 1995, S. 1411, 1416f., *ZK - S t a e h e l i n*, OR Art. 335f Rn. 3; *B r ü h w i l e r*, Einzelarbeits-

Mit dieser Regelung erscheint die schweizerische Regelung der deutschen überlegen, sofern man die Planbarkeit einer Massenentlassung auch in zeitlicher Hinsicht für ein erstrebenswertes Ziel hält. *M.E.* ist es ein richtiges Ziel, da es dem Unternehmer - als Träger des wirtschaftlichen Risikos des Betriebes bzw. des Unternehmens - nicht zugemutet werden sollte, wirtschaftlich notwendige Betriebsänderungen nur aus Gründen einer gesetzlich unklar gehaltenen Regelung unnötig lange verzögern zu müssen.

vertrag, Rn. 2 zu Art. 335f und 335e OR; *M ü l l e r*, ArbR , S. 111;
A u b e r t, AJP/PJA 1994, S. 699, 702; ferner BGE 123 III S. 176, 181.

V. Endergebnis

A. EG/EU - Mitgliedschaft

Es bleibt weiterhin fraglich, ob die Schweiz wirklich die EU-Mitgliedschaft anstrebt⁶⁴⁰. Die Volksinitiative vom 4. März 2001, die sich für EU-Beitrittsverhandlungen aussprach, wurde mit mehr als $\frac{3}{4}$ der Stimmen verworfen⁶⁴¹. Statt der Integration bleibt ihr schließlich auch die Möglichkeit der Kooperation auf bilateraler Ebene. So wäre die Schweiz – unter Beibehaltung ihres „Inselstatus“ – in Europa (weiterhin) integriert⁶⁴². Europäischen Rechtsentwicklungen wird sie sich auch auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht verschließen⁶⁴³.

Allerdings ist die Schweiz nicht direkt an der Ausgestaltung des Gemeinschaftsrechts beteiligt⁶⁴⁴, sie kann keinen direkten Einfluss nehmen⁶⁴⁵.

⁶⁴⁰ Der schweizerischer Botschafter in Deutschland *C h e n a u x - R e p o n d* ist der Ansicht, dass ein Scheitern der europäischen Integration mittlerweile so gut wie ausgeschlossen sei. Er warnt davor, dass eine beitriffsunwillige Schweiz für die EU immer entbehrlicher werde. Schließlich habe die EU die bilateralen Verträge mit der Schweiz nur geschlossen, weil sie langfristig von einem Beitritt ausgehe. Insgesamt sei der bilaterale Weg zu kostspielig und benachteilige zudem beitriffswillige Kandidaten. *C h e n a u x - R e p o n d* spricht sich daher für eine rasche Aufnahme von EU-Beitrittsverhandlungen auf, siehe NZZ vom 10.7.1999, S. 10.; *T s c h u d i* hält diese Frage offen, Globales Arbeitsrecht, S. 275, 288ff..

⁶⁴¹ Siehe oben III. A. 2 a.

⁶⁴² Siehe auch *M r u s e k*, F A Z vom 26.08.1999, S. 21.

⁶⁴³ *T s c h u d i*, SJZ 94, S. 481, 483; *d e r s e l b e*, Globales Arbeitsrecht, S. 275, 288ff.; siehe auch *M ü l l e r*, ArbR 1995, S. 105f. sowie *H o f s t e t t e r*, ZSR 2000, S. 361, 372f..

⁶⁴⁴ *A u b e r t*, L' internationalisation, S. 455, 456, 467, meint hierzu: „Paradoxalement, l'on constatera que les normes qui jouent, pour la Suisse, le rôle le plus marquant sont celles édictée par l' Union européenne et les Nations Unies, dont notre pays ne fait pas partie.“

⁶⁴⁵ *T s c h u d i*, Globales Arbeitsrecht, S. 275, 288ff.. *J a a g* weist ebenfalls darauf hin, dass die Schweiz aufgrund ihrer Nichtmitgliedschaft an der Ausarbeitung und Gestaltung von Rechtsnormen der EU nicht direkt beteiligt ist. Der „autonome Nachvollzug“ von EU-Recht sei lediglich eine „Notlösung“. Souveränität und Unabhängigkeit der Schweiz blieben zwar gewahrt, aber nur um den hohen Preis des Verzichts auf die aktive Mitgestaltung von EU-Rechtsnormen. Damit erfol-

B. Vergleich Deutschland - Schweiz

Sowohl Deutschland als auch die Schweiz setzen für den Fall der drohenden Massenentlassung auf eine Bündelung der Kompetenzen der Betriebspartner als auch der lokalen Arbeitsverwaltung.

Kündigungsschutz ist Arbeitnehmerschutz⁶⁴⁶. In beiden Rechtsordnungen wird die Kündigungsfreiheit durch die Massenentlassungsregeln der §§ 111 ff. BetrVG, 17 ff. KSchG sowie der Art. 335d ff. OR eingeschränkt. Dabei gehen die deutschen Regelungen jedoch weiter. Die deutschen Regelungen zur Massenentlassung sind insgesamt wesentlich arbeitnehmerfreundlicher ausgeprägt als die der Schweiz; das schweizerische Recht ist insofern liberaler geprägt.

Die Arbeitnehmerschaft in Deutschland hat stärkere Einflussrechte.

So sind die §§ 17ff. KSchG nicht nur im Falle der betriebs-, sondern auch bei der zugegebenermaßen seltener vorkommenden personen- bzw. verhaltensbedingten Kündigung anzuwenden. In der Schweiz greifen die Art. 335d ff. OR indes nur bei der betriebsbedingten Kündigung ein. In Deutschland kommt überdies der Massenentlassungsschutz schon bei sechs betroffenen Arbeitnehmern zum Tragen; in der Schweiz erst bei zehn.

Schließlich sind auch die kollektivrechtlichen Mitbestimmungsmöglichkeiten des Betriebsrates mit Interessenausgleich und (teilweise sogar erzwingbarem) Sozialplan nach den §§ 111ff. BetrVG erheblich stärker ausgeprägt. Die schweizerischen Regelungen der Art. 335d ff. OR kennen ein solches Verständnis vom Sozialplan überhaupt nicht; einzig die mangelhafte Konsultation der Arbeitnehmerschaft ist sanktioniert⁶⁴⁷.

ge die Weiterentwicklung des europäischen Rechts unter Ausschluss der Schweiz, ZSR 2000, S. 223, 251f.

B a u m a n n und *M e i e r* sehen in einem EU-Beitritt einen Gewinn an Mitbestimmung und Souveränität und sprechen sich daher für den Beitritt aus, siehe Ja zu Europa, SGB - Dokumentation Nr. 74, S. 16.

⁶⁴⁶ *P r e i s* betont das dem Kündigungsschutz innewohnende ultima-ratio-Prinzip. Das darauf aufbauende Stufensystem einer angemessenen Reaktion sieht erst als letztes Mittel die Zulässigkeit der Beendigungskündigung vor, NZA 1998, S. 449, 456.

⁶⁴⁷ Diese Sanktion (zwei Monatslöhne Entschädigungsleistung bei dennoch wirksamer Kündigung) geht jedoch nicht soweit, dass es dem Unternehmer untersagt würde, den Personalabbau durchzuführen.

Weiterhin kennt die Schweiz – im Gegensatz zur deutschen Regelung⁶⁴⁸ – auch keine Sozialplanrechte im Konkursfalle⁶⁴⁹. Von praxisrelevanter Bedeutung sind schließlich auch die Entschädigungssummen, die der Arbeitgeber bei nicht ordnungsgemäß durchgeführtem Einigungsversuch über einen Interessenausgleich bzw. unterbliebener Konsultation zu entrichten hat: in der Schweiz sind dies höchstens zwei, in Deutschland dagegen bis zu 18 Monatslöhne.

Die vom deutschen Gesetzgeber unbeantwortete Frage, wann ein Interessenausgleich zeitlich hinreichend versucht wurde und die daran anknüpfende Ersatzpflicht des Arbeitgebers führt zu Verunsicherungen auf Arbeitgeberseite. Die Streichung des § 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 BetrVG nimmt § 113 Abs. 1 BetrVG die Normenklarheit. Die Nachteilsausgleichspflicht des § 113 BetrVG ist für den Arbeitgeber zeitlich nicht mehr konkret berechenbar.

Die schweizerische Lösung bietet dem Unternehmer und Arbeitgeber an, der Arbeitnehmerschaft insoweit eine angemessene Erklärungsfrist zu setzen⁶⁵⁰. Mit dieser Regelung ist die schweizerische Regelung der deutschen gegenüber insofern im Vorteil, als die Massenentlassung auch in zeitlicher Hinsicht für den Unternehmer berechenbar bleibt und ihm so Planungssicherheit schafft. Aus Arbeitgebersicht ist die schweizerische Regelung vorteilhafter. Sie ermöglicht eine zeitlich kaum verzögerte Reaktion des Unternehmers auf Marktveränderungen. Demgegenüber wirkt die deutsche Regelung eher träge und starr. Sie verzögert anstatt dem Unternehmer eine schnelle Reaktionsmöglichkeit zu gestatten.

Handlungsbedarf besteht auf deutscher Seite *m.E.* bei § 17 Abs. 5 KSchG, der – im Gegensatz zu den Art. 335d ff. OR – die Gruppe der leitenden Arbeitnehmer⁶⁵¹ vom Massenkündigungsschutz vollständig herausnimmt und damit den Anwendungsbereich der Richtlinie in einem unzulässigen Maße einschränkt⁶⁵².

Zwar mag man nun die Nähe des leitenden Arbeitnehmers zur Person

Diese Sanktion schreckt *m.E.* nicht wirklich ab.

⁶⁴⁸ Siehe die §§ 121ff. InsO.

⁶⁴⁹ Die schweizerische Rechtsordnung spricht im Falle der Überschuldung eines Gemeinschuldners vom „Konkurs“. In Deutschland bezeichnet man diesen Zustand (mit Einführung der InsO) als „Insolvenz“.

⁶⁵⁰ *A u b e r t*, AJP/PJA 1994, S. 699, 702.

⁶⁵¹ „Leitend“ meint vor allem die Befugnis, Arbeitnehmer selbständig einstellen oder entlassen zu können, § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG.

⁶⁵² So auch *K i t t n e r*, Kündigungsschutzrecht, § 17 Rn 1.

des Arbeitgebers anführen, dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass die deutsche Umsetzung von der europäischen Vorgabe abweicht und den Massenkündigungsschutz für die leitenden Mitarbeiter unzulässigerweise ausklammert.

Die schweizerische Lösung begrenzt indes den Kreis der einzubeziehenden Arbeitnehmer nicht; eine dem § 17 Abs. 5 KSchG vergleichbare Regelung findet sich in den Art. 335d ff. OR nicht.

Aus Arbeitgebersicht erscheinen die schweizerischen Regelungen vorteilhafter, aus Arbeitnehmersicht die deutschen.

VI. Thesen

1. Auf die §§ 17ff. KSchG und Art. 335ff. OR war die Richtlinie des Rates 75/129/EWG vom 17. Februar 1975 von maßgeblichem Einfluss. Sie bot die Vorlage für die jeweiligen nationalen Regelungen der Massenentlassung und deren Auslegung. Diese Richtlinie legte den Anwendungsbereich fest, beschrieb die vorgeschaltete Konsultation der Arbeitnehmer und das sich anschließende Massenentlassungsverfahren, das die Einbeziehung der Arbeitverwaltung vorsah. Die Richtlinie 75/129/EWG, geändert durch Richtlinie 92/56/EWG, wurde durch die Richtlinie 98/59/EG ersetzt.
2. Die Massenentlassung ist nach deutschem Verständnis regelmäßig weder personen- noch verhaltens-, sondern betriebsbedingt veranlasst. Im Schweizer Recht müssen die Entlassungen in einem direktem Zusammenhang mit der eigentlichen Betriebsführung stehen, was bei einer Betriebsschließung, bei Schaffung neuer Betriebsstrukturen sowie bei Rationalisierungsmassnahmen regelmäßig der Fall ist.
3. Verstößt der Arbeitgeber gegen die §§ 17ff. KSchG, so kann der Arbeitnehmer wählen, ob er sich gegen die Kündigung wehren will oder nicht. Auf die Rüge hin hat das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen. Der Verstoß gegen die Konsultationspflicht der Arbeitnehmerschaft nach Art. 335f. OR ist mit lediglich zwei Monatslöhnen sanktioniert. Nach schweizerischem Verständnis ist die Kündigung zwar mißbräuchlich, aber dennoch wirksam.
4. Im Bereich der §§ 17ff. KSchG ist beim Betriebsbegriff lediglich auf den räumlichen Zusammenhang abzustellen. Die Annahme, die Richtlinie 75/129/EWG gestatte die Definition des Betriebsbegriffs der Richtlinie nach dem jeweiligen nationalen Verständnis, widerspricht dem Streben nach einer Vereinheitlichung und Vereinfachung des Gemeinschaftsrechts. Die Definition des Betriebs im Rahmen der §§ 17ff. KSchG als organisatorische Einheit, der Arbeitnehmer zur Erfüllung von Arbeitsverpflichtungen in räumlich-lokaler Verbundenheit angehören, genügt. Räumlich-lokale Verbundenheit ist dabei gleichbedeutend mit räumlicher Einheit bzw. räumlicher Nähe.
Zwar ist die Schweiz kein Mitglied der EG/EU noch des EWR,

jedoch darf bei der Betriebsbegriffsbestimmung der Art. 335d ff. OR nicht außer Acht gelassen werden, dass sich diese Normen im Rahmen des Programmes SWISSLEX an der Richtlinie 75/129/EWG bewusst orientieren wollen. Insoweit gilt dieselbe Argumentation wie zum deutschen Betriebsbegriff der §§ 17ff. KSchG. Das EU-Recht will Regelungen mit einem einheitlichen Verständnis zentraler Begriffe des Arbeitsrechtes schaffen – dies dokumentiert Art. 136 EGV, der als Gemeinschaftsziel die Angleichung der Arbeitsbedingungen postuliert. Der Betriebsbegriff ist daher in Übereinstimmung mit dem *E U G H* gemeinschaftskonform – und nicht nach dem jeweiligen nationalen Verständnis – auszulegen.

Auch im Schweizer Recht sollte (vor dem Hintergrund der bewussten Orientierung an der Richtlinie des Rates 75/129/EWG vom 17. Februar 1975) daher konsequenterweise – im Bereich der Art. 335d ff. OR – der Betrieb räumlich als organisatorische Einheit, der Arbeitnehmer zur Erfüllung von Arbeitsverpflichtungen in räumlicher Verbundenheit angehören, verstanden werden.

5. Dem Betriebsrat stehen mit dem Interessenausgleich und dem Sozialplan verschiedene kollektivrechtliche Einflußmöglichkeiten aus dem BetrVG zur Seite.

Im Schweizer Recht beschreiben die Art. 335d ff. OR die Konsultationspflichten gegenüber der Arbeitnehmerschaft sowie der kantonalen Arbeitsverwaltung. Das Schweizer Recht kennt keinen Interessenausgleich mit einer Sanktionsklausel wie § 113 Abs. 1 BetrVG. Der Sozialplan ist kein Bestandteil der gesetzlich vorgesehenen Kollektivrechte, kann aber im Rahmen eines GAV oder einer Betriebsordnung vereinbart werden.

Deutsche Regelungen

6. Der Interessenausgleich kann die genaue Durchführung der Betriebsänderung aufnehmen.

In Verbindung mit Auswahlrichtlinien kann festgelegt werden, welche Punktzahlen für Betriebszugehörigkeit, Alter und Familienstand bzw. Anzahl der unterhaltsberechtigten Kinder angesetzt werden sollen.

7. Dem Interessenausgleich kommt keine zwingende Wirkung zu. Die Annahme eines Erfüllungsanspruches auf Durchführung

der Betriebsänderung beschränkt die unternehmerische Betätigungsfreiheit zu sehr. Diese Betätigungsfreiheit muss dem Arbeitgeber gewahrt bleiben, da er allein das unternehmerische Risiko trägt. Er muss, wenn er es für erforderlich hält, seine unternehmerische Entscheidung auch revidieren können. Wenn er die sofortige Durchführung einer Betriebsänderung für notwendig und unaufschiebbar erachtet, dann muss er regelmäßig auch die Möglichkeit haben, diese alsbald und nach Anhörung des Betriebsrates durchführen zu können.

8. § 1 Abs. 4 KSchG n.F. ist so zu verstehen, dass die Sozialauswahl (weiterhin) lediglich auf grobe Verstöße hin überprüfbar ist. Aus der bloßen Streichung des 1 Abs. 5 KSchG kann nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Interessenausgleich mit Namensliste abschaffen wollte. Der Interessenausgleich mit Namensliste hat sich entgegen der anfänglichen Kritik („Hinrichtungsliste“) in der Praxis bewährt.
9. Der Interessenausgleich war nach § 113 Abs. 3 Satz 1 BetrVG a.F. versucht, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 111 Satz 1 BetrVG beteiligt hatte und nicht innerhalb von zwei Monaten nach Beratungsbeginn ein Interessenausgleich zustande gekommen war. In dieser Befristungsregelung lag eine klare und unmissverständliche Regelung. Die Betriebsparteien hatten einen festen Zeitplan, um zu einer Lösung zu kommen. Dabei zeigte die Praxis, dass dieser zweimonatige Zeitraum angemessen gewählt war. § 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 BetrVG wurden durch das Korrekturgesetz mit Wirkung zum 1. Januar 1999 ersatzlos gestrichen. Zur Zeit besteht in Rechtsprechung und Literatur Unsicherheit darüber, wann ein Interessenausgleich hinreichend versucht wurde.
10. Der Begriff des Sozialplans ist gesetzlich in § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG definiert. Im Sozialplan einigen sich die Betriebsparteien über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen. Die Betriebsparteien können selbst entscheiden, welche Inhalte sie vereinbaren wollen; sie entscheiden also betriebsautonom. Nachteile bestehen in Versetzungen und Entlassungen. Der Nachteilsausgleich erfolgt vor allem im Bereitstellen von Abfindungen. Dagegen können Maßnahmen zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile wie et-

wa Kündigungsverbote und Umschulungsmaßnahmen nicht im Sozialplan aufgenommen werden. Sie finden ihre Regelung vielmehr im Interessenausgleich.

11. Der Betriebsrat kann bei Massenentlassungen unter den Voraussetzungen der §§ 112, 112a BetrVG Sozialpläne notfalls zu erzwingen. Nach § 112 Abs. 4 BetrVG entscheidet die Einigungsstelle über die Aufstellung eines Sozialplanes, wenn es zwischen den Betriebsparteien zu keiner Einigung kommen sollte.
Die Bildung der Einigungsstelle richtet sich nach § 76 BetrVG. Gemäß § 112 Abs. 5 BetrVG hat die Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung sowohl die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer als auch die wirtschaftliche Vertretbarkeit ihrer Entscheidung für das Unternehmen zu berücksichtigen.
12. Über Interessenausgleich und Sozialplan kann gleichzeitig verhandelt werden. Dabei macht der Betriebsrat seine Zustimmung zum Interessenausgleich regelmäßig von der Ausgestaltung des Sozialplanes geltend. Interessenausgleich und Sozialplan stehen dann (faktisch) in einem Abhängigkeitsverhältnis.
13. Stimmt das Landesarbeitsamt einer nach § 17 KSchG anzeigepflichtigen Entlassung zu einem bestimmten Zeitpunkt durch bestandskräftigen Verwaltungsakt zu, liegt darin eine konkludente Billigung der Massenentlassungsanzeige; die Arbeitsgerichtsbarkeit ist an diese Entscheidung gebunden – auch wenn die Anzeige nicht allen Formalien entspricht.
14. Der Betriebsrat ist auch bei der Massenentlassung nochmals zuvor gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu hören. Unterbleibt die Anhörung, hat dies die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge. Es ist jedoch fraglich, ob der Betriebsrat in seiner Beurteilung zwischen der Einzelfallbetrachtung einerseits und der Gesamtbetrachtung andererseits auch tatsächlich zu unterscheiden vermag. Werden beide Verfahren miteinander verbunden, so muss der Arbeitgeber hierauf deutlich hinweisen. Selbst wenn die Unterrichtung des Betriebsrates im Rahmen des § 17 Abs. 2 KSchG sehr ausführlich erfolgte, entbindet dies nicht den Arbeitgeber, den Betriebsrat vor Ausspruch der Massenkündigung nochmals anzuhören. Unterbleibt die Anhörung, so ist die Kündigung unwirksam, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

Schweizer Regelungen

15. Das regelmäßige Beschäftigtenzahl (Art. 335d OR) sollte anhand der Anzahl der Arbeitnehmer, die der Betrieb länger als sechs Monate beschäftigt sind, bestimmt werden. Kurzzeitige Mitarbeit einzelner Arbeitskräfte kann keine Auswirkungen zeigen, es sei denn, dass es gerade betriebsüblich ist, dass kurzfristige Mitarbeiter in einer bestimmten Anzahl eingesetzt werden (z.B. beim Saisonbetrieb). Für dieses Verständnis der Regelmäßigkeit spricht die Praktikabilität und die damit verbundene sichere Rechtsanwendung.
16. Sobald der Schweizer Arbeitgeber eine Massenentlassung anstrebt, hat er hiervon die Betriebskommission oder, in Ermangelung einer Arbeitnehmervertretung, die Arbeitnehmerschaft zweckdienlich und umfassend in Kenntnis zu setzen. Eine effektive Arbeitnehmereinbindung ist *m.E.* nur über eine (gewählte und derzeit nicht vorgeschriebene) Arbeitnehmerdelegation erreichen. Dies gilt vor allem für große und sehr große Betriebe. Diese Delegation kann in der Konsultation mit dem Arbeitgeber auch geschlossener und überzeugender auftreten. Sie wird auch effektiver arbeiten als die große Gruppe der einzelnen Arbeitnehmer.
17. Die Unterrichtung der Schweizer Belegschaft muss zweckdienlich erfolgen. Zweckdienlich meint, dass zumindest über Möglichkeiten der Umbesetzung sowie einer anderen Ausgestaltung der (noch) anfallenden Arbeit informiert werden muss. Der Arbeitgeber muss nach Art. 335f Abs. 3 OR die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer, die Zahl der regelmäßig Beschäftigten und den Kündigungszeitraum angeben. Zur zweckdienlichen Unterrichtung zählen aber auch ggf. Hinweise zur Konzern- und Finanzverfassung, zu Reorganisationsmöglichkeiten oder auch Marktanalysen.
18. Für die Arbeitnehmerkonsultation ist ein Zeitraum von 30 Tagen anzusetzen, weil so sichergestellt ist, dass die Arbeitnehmerseite genügend Zeit hat, ein eigenes Lösungskonzept zu entwerfen.

19. Nach Abschluss der Konsultation wird der Arbeitgeber dem kantonalen Arbeitsamt die angestrebte Massenentlassung schriftlich anzeigen, Art. 335g Abs. 1 und 2 OR. Die Anzeige darf erst nach Konsultation der Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung gegenüber der Verwaltung gemacht werden.
Die kantonale Arbeitsverwaltung hat die Aufgabe, nach Lösungen zu suchen und Vermittlungsvorschläge auszuarbeiten. Das Arbeitsamt nimmt dabei eine beratende und vermittelnde Rolle ein.

20. Nach Schweizer Recht kann die Aufstellung eines Sozialplanes nicht erzwungen werden, es sei denn, dass der Arbeitgeber sich bereits in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) besonderer Art hierzu verpflichtet hat.

