

von den Umständen des Einzelfalls dem Erwerb dennoch zustimmen würde. Zöge man aus diesem Umstand jedoch die Konsequenz, in den hier diskutierten Fällen den Eigentumserwerb als rechtlich nachteilhaft zu qualifizieren, bedeutete dies eine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit. In Bezug auf Eigentumsübertragungen an Grundstücken wäre die Unrichtigkeit des Grundbuchs die letzte Konsequenz. Es bleibt abzuwarten, wie diese Fälle künftig behandelt werden.

IV. Resümee und Ausblick

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Entscheidung des BGH im Ergebnis zuzustimmen ist. Dies gilt in besonderem Maße für die Einschränkung der Gesamtbetrachtungslehre, denn die Durchbrechung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips, die mit diesem Ansatz verbunden ist, kann

allenfalls um eines effektiven Minderjährigenschutzes willen, nicht aber in anderen Fällen hingenommen werden. Aber auch die Abkehr von der Differenzierung nach dem Kriterium der Unmittelbarkeit im Rahmen des § 107 BGB ist besonders unter teleologischen Gesichtspunkten zu begrüßen. Auch wenn sich dadurch hinsichtlich der im Beschluss behandelten laufenden öffentlich-rechtlichen Lasten des Eigentums keine Abweichungen von der bislang herrschenden Meinung ergeben haben, so bildet der Beschluss doch wohl den Auftakt zu einer offen durchgeführten typisierend ökonomischen Betrachtungsweise. Man darf daher gespannt sein, ob der Ansatz des BGH künftig auch auf privatrechtliche und außerordentliche öffentlich-rechtliche Pflichten übertragen wird, oder ob bzw. welche Begründungen gefunden werden, um alle Fallgruppen so zu behandeln wie bisher. ■

Rechtsanwalt Dr. Stephan Osnabrügge, Bonn

Massenentlassungen – Kein russisches Roulette für Arbeitgeber*

I. Einleitung

Nach § 17 I 1 KSchG ist ein Arbeitgeber, der mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt, verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er eine im Kündigungsschutzgesetz festgelegte Mindestanzahl von Arbeitnehmern innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG, der Instanzgerichte sowie nach bisheriger Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit wurde unter dem Begriff der „Entlassung“ die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses verstanden. Maßgeblich für die Anzeigepflicht war deshalb nicht der Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs, sondern der Zeitpunkt der tatsächlichen Vollziehung der Entlassung¹. Der EuGH hat demgegenüber am 27. 1. 2005 entschieden, dass „Entlassung“ i. S. der Richtlinie 98/59/EG und damit auch des § 17 KSchG die Kündigungserklärung des Arbeitgebers ist. Demzufolge müssen – so der EuGH – sowohl das Beteiligungsverfahren des Betriebsrats nach § 17 II KSchG als auch die Anzeige an die Arbeitsverwaltung vor Ausspruch der Kündigung abgeschlossen sein.

Dem Urteil des EuGH lag ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG auf Ersuchen des ArbG Berlin² zu Grunde. Ein Arbeitgeber hatte nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG am 29. 6. 2002 ein Arbeitsverhältnis gekündigt. Da es sich um eine Massenentlassung nach § 17 KSchG handelte, hatte der Arbeitgeber zuvor zwar bereits den Betriebsrat nach § 17 KSchG beteiligt. Der Arbeitsverwaltung zeigte der Arbeitgeber die Massenentlassung dann aber erst mit Schreiben vom 27. 8. 2002 an, also nach Ausspruch der Kündigung und vor Auslaufen der Kündigungsfrist. Dieses – bislang in der Praxis gebräuchliche – Vorgehen widerspricht jedoch, so der EuGH auf die Auslegungsfragen des ArbG Berlin, der den §§ 17, 18 KSchG zu Grunde liegenden Richtlinie 98/59/EG. Nach dieser sei unter „Entlassung“ der Ausspruch der Kündigung zu verstehen, was im Übrigen auch der Auslegung in anderen Ländern der EU entspreche.

II. Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH auf §§ 17, 18 KSchG

Das Urteil des EuGH führt zu einer für die betriebliche Praxis äußerst gravierenden Änderung der bisherigen Sach- und Rechtslage. Zwar bindet eine Vorabentscheidung des EuGH auf Grund ihrer formellen und materiellen Rechtskraft nur unmittelbar die Parteien des Rechtsstreits bzw. alle

mit demselben Rechtsstreit befassten Gerichte. Darüber hinaus gilt aber für alle deutschen Gerichte das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung. Das Gebot zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung folgt unabhängig von der Intention eines umsetzungswilligen Gesetzgebers aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue gem. Art. 10 EG in Verbindung mit dem Umsetzungsgebot gem. Art. 249 III EG³. Es verpflichtet die Gerichte, dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen der richterlichen Gesetzesauslegung, die durch die allgemeinen Auslegungsregeln bestimmt wird, weitestgehend Rechnung zu tragen. Lassen also der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang und Sinn und Zweck des Gesetzes mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem verfassungsgemäßen bzw. gemeinschaftsrechtskonformen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz bzw. dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht⁴. Die Gerichte müssen unter Berücksichtigung des gesamten deutschen Rechts alles tun, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten⁵. Grenze der verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist der im Wortlaut niedergelegte klar erkennbare Wille des Gesetzgebers⁶. Diese Auslegungsgrenze steht im Übrigen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH⁷.

* Besprechung von EuGH, Urt. v. 27. 1. 2005 – C-188/03, NJW 2005, 1099 (unter Nr. 1 in diesem Heft) = NZA 2005, 213. – Der Autor ist Partner der Sozietät Pauly Rechtsanwälte, Bonn.

1 BAG, NZA 2004, 375 = AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969 = DB 2004, 2817; NZA 2001, 144 = AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969 = DB 2000, 2175.

2 ArbG Berlin, ZIP 2003, 1265.

3 EuGH, Slg. 1984, I-1891 = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157 – v. Colson und Kamann; Slg. 1990, I-4135 – Marleasing; Slg. 1998, I-5411 (5427) = EuZW 1999, 172 L = NVwZ 1999, 64 L – EvoBus Austria GmbH; BAG, NZA 2003, 742 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft; Schwarze, EUV/EGV, 2000, Art. 10 Rdnr. 27; Gaitanides, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl. (2003), Art. 234 Rdnrn. 92 f.; Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 1 Rdnr. 21.

4 BVerfGE 93, 37 (81) = NVwZ 1996, 574 = NJW 1996, 2149 L; BAG, NZA 2003, 742 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft; BAGE 82, 211 (225 f.) = NJW 1996, 2529.

5 EuGH, NJW 2004, 3547 = NZA 2004, 1145.

6 BAG, NZA 2003, 742 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft.

7 EuGH, Slg. 2000, I-4941 (4963) = NJW 2000, 2571 = EuZW 2000, 506 – Océano Grupo Editorial; Slg. 1996, I-4705 (4719) = EuZW 1997, 318 – Arcaro; Slg. 1984, I-1891 = NJW 1984, 2021 = NZA 1984, 157 – v. Colson und Kamann.

Die in den Reaktionen auf das Urteil des *EuGH* vertretene Ansicht, die Auslegung des *EuGH* sei mit dem Wortlaut der §§ 17, 18 KSchG unvereinbar, so dass es auf die Streitfrage ankomme, ob europarechtswidrige Normen des deutschen Rechts unangewendet bleiben dürfen⁸, überzeugt nicht. Selbstverständlich legt die unterschiedliche Begriffsverwendung „Kündigung“ und „Entlassung“ im Kündigungsschutzgesetz nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen eine unterschiedliche Bedeutung nahe. Dies ist aber nicht entscheidend, denn maßgeblich ist die Frage, ob hierdurch der Wortlaut des Kündigungsschutzgesetzes einer europarechtskonformen Auslegung zwingend entgegensteht. In der gegebenen Konstellation ist nämlich nicht durch Auslegung der Sinn des Gesetzes zu ermitteln, sondern zu prüfen, ob dem gegebenen Wortlaut ein durch die einschlägige Richtlinie vorgegebener Sinn ohne Überdehnung der Wortlautgrenze beigelegt werden kann. Die unterschiedliche Begriffsverwendung erklärt sich zwanglos aus einer (möglicherweise unreflektierten) Übernahme des in der Richtlinie verwandten Begriffs „Entlassung“.

Anders als von der Gegenansicht behauptet, ist insbesondere auch § 18 KSchG unter dem Verständnis des Begriffs „Entlassung“ als „Kündigung“ verständlich, in sich geschlossen und deshalb einer europarechtskonformen Auslegung offen⁹. Die Gegenansicht knüpft an den Wortlaut des § 18 I und IV KSchG an. Wenn § 18 I KSchG aber anordnet, dass Entlassungen erst zu einem bestimmten Zeitpunkt „wirksam werden“, so kann hierunter auch die Anordnung einer aufschiebend bedingten Wirksamkeit der Kündigung zu verstehen sein. Ist die Kündigungsfrist kürzer als ein Monat, so „wirkt“ die Kündigung erst zum Ablauf eines Monats nach Erstattung der Anzeige. Diese Auslegung dürfte den Wortlaut ohnehin besser treffen als die vorherige Auslegung: Der Begriff der „Wirksamkeit“ passt eher zum Rechtsakt der Kündigung als auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nach bisherigem Verständnis. Dasselbe gilt für § 18 IV KSchG: Nach der Anzeige müssen die Kündigungen innerhalb der Zeiträume der Absätze 1 und 2 ausgesprochen werden, ansonsten bedarf es einer neuen Anzeige. Es ist kein erkennbarer Wille des Gesetzgebers im Wortlaut niedergelegt, der eine richtlinienkonforme Auslegung sperren würde. Die Auslegung des *EuGH* ist also auf die deutsche Rechtslage zu übertragen.

III. Unwirksamkeit der Kündigung als Rechtsfolge

Verstößt ein Arbeitgeber gegen die Anzeigepflicht, so sind gleichwohl ausgesprochene Kündigungen rechtsunwirksam¹⁰. Weder der Wortlaut der §§ 17 ff. KSchG noch die systematische Stellung stehen dem entgegen. Dass die Abschnittsüberschrift der §§ 17 ff. KSchG („Anzeigepflichtige Entlassungen“) nicht den Begriff „Kündigungsschutz“ enthält, wäre ein zu oberflächliches Gegenargument. Die Einordnung in das Kündigungsschutzgesetz statt beispielsweise in das Betriebsverfassungsgesetz deutet demgegenüber eindeutig auf individualrechtliche Konsequenzen eines Verstoßes hin. Auch die bisherige Rechtsprechung des BAG gebietet nichts anderes. Das BAG hat die Absage an eine individualrechtliche Unwirksamkeit der Kündigung damit begründet, die sich nach seiner Auslegung ergebende „Entlassungssperre“ reiche aus, den Arbeitgeber zu einer Einhaltung der Rechtsvorschriften anzuhalten¹¹. Dieser Argumentation ist aber mit einer Änderung der Auslegung der Boden entzogen. Schließlich entspricht die Konsequenz einer individualrechtlichen Unwirksamkeit der Kündigung auch der Richtlinie 98/59/EG, die zwar keine ausdrücklichen Sanktionen anord-

net, die nach den in der Richtlinie festgehaltenen Erwägungen des Rats aber dazu dient, den „Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen zu verstärken“¹².

IV. Vertrauensschutz für laufende Kündigungsverfahren?

Die Konsequenz der Unwirksamkeit der Kündigungen wird in der Praxis vor allem dort gravierende Auswirkungen haben, wo derzeit Kündigungen – häufig nach Abschluss eines Interessensausgleichs und Sozialplans – ausgesprochen sind, die nach neuer Rechtslage als Massenentlassungen zu beurteilen sind. Diese Kündigungen sind unwirksam. Die betroffenen Arbeitgeber müssen – unter Vorschaltung eines neuen Anhörungsverfahrens gem. § 102 BetrVG auf Grund der Änderung der Rechtslage sowie unter Vorschaltung des Verfahrens nach § 17 KSchG – neue Kündigungen aussprechen und die sich verschiebenden Beendigungstermine in Kauf nehmen. Ein genereller „Vertrauensschutz“, der für alle bereits ausgesprochenen Kündigungen oder gar auch für zeitnah nach dem 27. 1. 2005 ausgesprochene Kündigungen gälte, ist abzulehnen. Es gibt grundsätzlich keinen Vertrauensschutz in den Fortbestand einer gefestigten Rechtsprechung¹³. Soweit noch nicht abgeschlossene Sachverhalte betroffen sind, ist eine Rückwirkung selbst bei Gesetzesänderungen grundsätzlich unbedenklich. Dies gilt erst recht für eine reine Auslegungsfrage. Gerichte sind nicht an eine feststehende Rechtsprechung gebunden, die sich im Licht besserer Erkenntnis als nicht mehr haltbar erweist¹⁴. Durchbrochen wird dieser Grundsatz nur dann, wenn ein besonderer Vertrauensschutz ausnahmsweise rechtlich geboten ist. Dies soll dann der Fall sein, wenn die Rechtsprechung zu irreversiblen Rechtshandlungen und Dispositionen geführt hat. Die Rechtsprechung müsse einen Ausgleich finden zwischen dem Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage, der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für die Allgemeinheit und der grundrechtmäßigen Ausgewogenheit zwischen den Beteiligten¹⁵. Eine solche besondere Interessenslage ist bislang vor allem in Fällen betrieblicher Altersvorsorge angenommen worden, also dann, wenn erhebliche und existenzielle Interessen der Betroffenen zu berücksichtigen sind. Ob vergleichbare Interessenslagen auch im Falle von (nachholbaren) Kündigungen vorliegen, wird weitestgehend eine Frage des Einzelfalls sein. Jedenfalls nach dem 27. 1. 2005 ausgesprochene Kündigungen dürften aber keinesfalls mehr Vertrauensschutz genießen. Für die Praxis ist daher unbedingt zu empfehlen, in solchen Fällen neue Kündigungen auszusprechen.

Dagegen führt in abgeschlossenen Kündigungsschutzverfahren bzw. durchgeführten Massenentlassungen die Rechtsprechung des BAG, wonach sich betroffene Arbeitnehmer auf die Verletzung des § 17 KSchG berufen müssen, um in den Genuss eines zusätzlichen Kündigungsschutzes zu gelangen¹⁶, zu Rechtssicherheit.

8 So *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445.

9 So auch *Nicolai*, NZA 2005, 206.

10 *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445 (448); *Nicolai*, NZA 2005, 206.

11 BAG, AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969.

12 Richtlinie 98/59/EG des Rates v. 20. 7. 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 225 v. 12. 8. 1998, S. 16.

13 *BVerfG*, NZA 1987, 347; *BGHZ* 132, 119 = NJW 1996, 1467.

14 *BGHZ* 132, 119 = NJW 1996, 1467.

15 *BVerfG*, NZA 1987, 347 (348); BAG, NZA 1991, 477 = AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung = VersR 1991, 608; *BGHZ* 132, 119 = NJW 1996, 1467; *ErFK/Dieterich*, 5. Aufl. (2004), Art. 3 GG Rdnr. 19.

16 BAG, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

V. Handlungsempfehlung der Bundesagentur für Arbeit

Die Bundesagentur für Arbeit hat auf die geänderte Rechtslage bereits reagiert und unter dem Datum 20. 2. 2005 eine Handlungsempfehlung herausgegeben. Hiernach ist dem Urteil des *EuGH* in der Verwaltungspraxis ab sofort Rechnung zu tragen, was bedeute, dass in anhängigen Verfahren der Arbeitgeber gegebenenfalls eine erneute Kündigung auszusprechen habe. Bereits erstattete Anzeigen seien gegebenenfalls zu korrigieren bzw. neu zu erstatten. Eine Übergangsfrist ist nicht vorgesehen. Zwar ist nach wie vor das ungeänderte Merkblatt Nr. 5 „Anzeigepflichtige Entlassungen“ im Internet abrufbar, worauf auch *Bauer/Krieger/Powietzka*¹⁷ hinweisen. Die Bundesagentur hat jedoch einem hierauf gegründeten Vertrauensschutz durch Pressemitteilung Nr. 43/2005 vom 9. 3. 2005 den Boden entzogen¹⁸. Für laufende Verfahren gibt die Handlungsempfehlung den Arbeitsagenturen lediglich auf, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob von der Zustimmung sowie von der rückwirkenden Zustimmung umfänglich und rasch Gebrauch gemacht werden kann.

VI. Massenentlassungen als russisches Roulette?

Nach dem Urteil wird weitläufig die verbleibende Rechtsunsicherheit beklagt¹⁹. Diese befürchtete Unsicherheit, die die Durchführung einer Massenentlassung derzeit zum arbeitgeberseitigen russischen Roulette machen könnte, gibt es für zukünftige Massenentlassungen meines Erachtens nicht, nachdem nun die Bundesagentur für Arbeit reagiert hat.

Bei zukünftigen Massenkündigungen i.S. der §§ 17, 18 KSchG hat der Arbeitgeber bereits vor Ausspruch der Kündigung das besondereeteiligungsverfahren nach § 17 II KSchG gegenüber dem Betriebsrat durchzuführen. Erst wenn eine Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt, kann der Arbeitgeber die nach § 17 I KSchG vorgeschriebene Anzeige an die Arbeitsverwaltung erstatten. Äußert sich der Betriebsrat nicht, müssen zwischen der Beteiligung des Betriebsrats und der Erstattung der Anzeige mindestens zwei Wochen liegen. Da nach § 18 I KSchG die Zustimmung der Arbeitsverwaltung zur Entlassung rückwirkend nur bis zum Tag der Antragstellung erteilt werden kann, sind ohne Beachtung dieses Verfahrens vor der Antragstellung ausgesprochene Kündigungen auch zukünftig endgültig unwirksam und damit rechtswidrig. Eine Heilung durch eine später vorgenommene Beteiligung des Betriebsrats und eine Anzeige an die Arbeitsverwaltung scheidet aus²⁰. Während der sich an die Anzeige

anschließenden Sperrfrist ist der Ausspruch einer Kündigung allerdings auch nach neuer Rechtslage nicht ausgeschlossen. Lediglich können die Rechtsfolgen der Kündigung – unter Anrechnung der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfrist – frühestens einen Monat nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt eintreten.

Der betrieblichen Praxis schafft die neue Rechtslage sogar Gestaltungsmöglichkeiten. Ist der Arbeitgeber in der Situation, dass er die notwendigen Beteiligungsverfahren ohne Zeitdruck rechtzeitig vor Umsetzung der betrieblichen Maßnahme durchführen kann, kann er nun die individuell unterschiedlichen Kündigungsfristen und -termine der Arbeitnehmer dazu nutzen, durch Beendigung aller Arbeitsverhältnisse zu demselben Termin und gleichzeitiger Entzerrung des Zeitpunkts des Ausspruchs der Kündigungen eine anzeigepflichtige Massenentlassung zu vermeiden. Die individuell unterschiedlichen Kündigungsfristen können dann im Einzelfall dazu führen, dass unter Beachtung der Rechtsauffassung des *EuGH* keine Massenentlassung vorliegt, wo man diese nach der bisherigen Rechtsprechung des *BAG* hätte annehmen müssen. Nimmt der Arbeitgeber hingegen bei zeitgleichem Ausspruch der Kündigungen die unterschiedlichen Endtermine in Kauf, steht nach der neuen Rechtslage zumindest bereits vor Ausspruch der Kündigung abschließend fest, ob es sich um eine Massenentlassung handelt oder nicht. Früher zum Beispiel wegen denkbarer Falschberechnungen von Kündigungsfristen sich ergebende Risiken bestehen nun nicht mehr. Schließlich muss darauf hingewiesen werden, dass nach neuer Rechtslage lediglich das Beteiligungsverfahren nach § 17 II KSchG und die Anzeige an die Agentur für Arbeit vor Ausspruch der Kündigungen abzuschließen sind. Über einen eventuell erzwingbaren Sozialplan kann auch auf Grundlage des *EuGH*-Urteils noch nach Ausspruch der Kündigungen verhandelt werden. Existiert ein Interessensausgleich mit Namensliste, ersetzt dieser zudem nach § 1 V 4 KSchG das Beteiligungsverfahren nach § 17 II KSchG. ■

¹⁷ *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445.

¹⁸ www.arbeitsagentur.de.

¹⁹ *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445 (446); *Nicolai*, NZA 2005, 206 (208).

²⁰ So i.E. *BAG*, NZA 2001, 144 = NJW 2001, 94 L; vgl. schon zur bisherigen Rechtslage *LAG Düsseldorf*, BB 1956, 751; *ErfKAscheid* (o. Fußn. 15), § 18 KSchG Rdnr. 11; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Aufl. (2002), § 18 KSchG Rdnr. 33; *APS/Moll*, KündigungsR, 2. Aufl. (2004), § 18 KSchG Rdnr. 59.

Kommentar

Rechtsanwalt Dr. Peter Sieben, Stuttgart

Verfassungswidrige Kündigungsbeschränkungen

I. Es gibt tarifvertragliche Regelungen, welche die ordentliche Kündbarkeit von Angestellten nach einer bestimmten Dauer des Anstellungsverhältnisses ausschließen, wie etwa § 55 III BAT. Mögliche Verfehlungen des Arbeitnehmers führen in diesen Fällen erst dann zur Kündbarkeit, wenn Gründe für eine außerordentliche Kündigung vorliegen. Ob dies der Fall ist, kann im Einzelfall sehr umstritten sein. In der Praxis wird

die Kündigung auch vielfach daran scheitern, dass die zweiwöchige Kündigungsfrist nicht eingehalten wird. Für den Arbeitnehmer besteht gem. § 13 I 3 KSchG im Falle einer rechtswirksamen außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit, einen Auflösungsantrag zu stellen, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für den arbeitgebersei-