3. Kapitel – Ausnahmen von der Unwirksamkeitsfolge

Die Unwirksamkeit der Entlassungen infolge der in Kapitel 2 dargestellten relevanten Fehler belastet die Arbeitgeber insbesondere finanziell stark. Dies mag grundsätzlich interessensgerecht sein, da der Arbeitgeber schließlich das Risiko des ordnungsgemäßen Massenentlassungsverfahrens trägt. Unter bestimmten Umständen sollte aber eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge gewährt werden. Der Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens würde in diesen Fällen durch die Unwirksamkeitsfolge zwar ebenso gestärkt werden, zugleich kann dem Arbeitgeber in diesen Konstellationen das Risiko des ordnungsgemäßen Verfahrens jedoch nicht aufgebürdet werden. Dies ließe sich auch durch die Zweckverwirklichung nicht rechtfertigen.

I. Vertrauensschutz aufgrund ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung

Das Risiko der Unwirksamkeitserklärung sollte der Arbeitgeber nicht tragen müssen, wenn er sich bei der Pflichterfüllung an der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert hat, diese jedoch im Anschluss daran aufgegeben wird. Den Grundsatz des Vertrauensschutzes wandte das BAG bei der relativ unerwarteten Änderung des *Entlassungs*-Verständnisses nach der *Junk*-Rechtsprechung des EuGH an.

Es setzte sich mit der *Junk*-Rechtsprechung intensiv zum ersten Mal in der Entscheidung BAG 23.03.2006 – 2 AZR 343/05 auseinander.[653] Dabei ging es um eine Kündigung vom 30. Juli 2004 mit Ausscheiden zum 30. September 2004. Entlassungshandlung und Entlassungswirkung lagen damit beide lange vor der Entscheidung des EuGH. Die Anzeige hatte der Arbeitgeber – dem damaligen Verständnis entsprechend – erst nach Zugang der Kündigungserklärung erstattet. Nach neuem Verständnis wäre

653 BAG 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, BeckRS 2006, 43267; darin auch zum Folgenden. In zwei zuvor ergangenen Entscheidungen des BAG wurde die Verständnisänderung zwar kurz erwähnt, mangels Relevanz in der Sache aber nicht weiter vertieft. Diverse Instanzgerichte hatten sich zu diesem Zeitpunkt bereits mit der Entscheidung des EuGH befasst, z. B. LAG Köln 25.02.2005 – 11 Sa 767/04, BeckRS 2005, 41407 und ArbG Berlin 01.03.2005 – 36 Ca 19726/02, BeckRS 2005, 41103.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dies verspätet gewesen und hätte somit zur Unwirksamkeit der Entlassung geführt. Hier greife der Vertrauensschutz, führte der 2. Senat in den Rn. 32 ff. des Urteils aus.

Ob Vertrauensschutz zu gewähren ist bestimmt sich danach, wann die eventuell schutzwürdige Handlung vorgenommen wurde. Bei einem bereits ausgeübten Gestaltungsrecht würde die nachträgliche Berücksichtigung einer Rechtsprechungsänderung eine unzulässige echte Rückwirkung darstellen. Treu und Glauben, § 242 BGB, und Art. 20 III GG bzw. Art. 288 III AEUV für den Vertrauensschutz hinsichtlich der unionsrechtlich determinierten Teile des Massenentlassungsrechts stellen die Grenze einer noch zulässigen rückwirkenden Rechtsprechungsänderung dar. Erst einige Jahre vor der Änderung des *Entlassungs*-Verständnisses hatte das BAG selbst ausdrücklich bekräftigt, dass *Entlassung* das tatsächliche Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis meint.[654] „Bei Ausspruch der Kündigung am 30. Juli 2004 war eine Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts im Zuge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen gesetzlichen Regelungen nicht zu erwarten."[655] Das Ende des Vertrauensschutzes sah der 2. Senat frühestens mit der Entscheidungsbekanntgabe des EuGH am 27. Januar 2005. Der 6. Senat stellte in einer späteren Entscheidung auf die Verlautbarungen der deutschen Arbeitsverwaltung als vertrauenszerstörend ab.[656]

Mittlerweile sind zwar keine Verfahren diesbezüglich mehr anhängig. Es ist aber durchaus denkbar, dass diese Möglichkeit der „Rettung" der Entlassungen wieder angewendet werden würde, sollte das BAG, sei es selbstständig oder anknüpfend an eine Konkretisierung der MERL durch den EuGH, seine ständige Rechtsprechung in gewissen Punkten erneut ändern.[657]

---

654 BAG 18.09.2003 – 2 AZR 79/02, BeckRS 2004, 40377, an diversen Stellen.

655 Rn. 37 des Urteils vom 23.03.2006.

656 BAG 30.07.2006 – 6 AZR 198/06 Rn. 41 f., BeckRS 2006, 44917.

657 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Vertrauensschutzes und einem etwaigen Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG s. BVerfG Beschl. v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, insbes. Rn. 32 ff., BeckRS 2015, 40881 unter Aufhebung von BAG 01.02.2007 – 2 AZR 15/06, BeckRS 2011, 72103; zur Entscheidung des BVerfG auch *Sagan*, NZA 2015, 341; ebenso u.a. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 129. Für unionsrechtlich determinierte Teile des Massenentlassungsverfahrens kann nur der EuGH Vertrauensschutz gewähren, so *Weigand/Heinkel*, in: KR KSchG § 17 Rn. 39 für den Betriebsbegriff.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Ursache des Fehlers liegt nicht in der Sphäre des Arbeitgebers

Liegt die Ursache des Fehlers nicht in der Sphäre des Arbeitgebers, hat er ihn also nicht verschuldet, sollte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, § 242 BGB, ebenfalls eine Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge gewährt werden.

1. Grundsatz der subjektiven Determination

Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der subjektiven Determination ist eine Information im Rahmen der Konsultation oder Anzeige nur dann als fehlerhaft anzusehen, wenn der Arbeitgeber es besser wusste oder hätte wissen müssen.[658] Da jedoch alle zu übermittelnden Informationen aus seinem Kenntnisbereich stammen oder er über diese Punkte zumindest Kenntnis haben sollte, wird dieser Grundsatz regelmäßig wohl keine große Rolle spielen.

2. Arbeitnehmervertretung

Entstammt ein Fehler dem Verantwortungsbereich der Arbeitnehmervertretung, als Herrin des Konsultationsverfahrens,[659] ohne dass der Arbeitgeber Einfluss darauf genommen hat oder daran anknüpft, kann daraus – entsprechend der zu § 102 BetrVG vertretenen Sphärentheorie – nicht die Unwirksamkeit der Entlassungen folgen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Arbeitnehmervertretung einen unzureichend bevollmächtigten Vertreter zur Durchführung der Konsultation schickt.[660]

Laut *Freckmann/Hendricks* könne der Arbeitgeber bei mehreren potentiell zuständigen Arbeitnehmervertretungen anfragen, welche von ihnen

658 Dazu *Ferme/Lipinski*, NZA 2006, 937, 945.

659 So bezeichnet von *Naber/Sittard*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 14.122 sowie *Grau/Sittard*, BB 2011, 1845, 1846, jedoch in anderem Zusammenhang; zur Kritik von *Spelge*, woraus sich für die Sphärenbetrachtung im Ergebnis aber nichts anderes ergibt, bereits in Fn. 437.

660 BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 59, BeckRS 2016, 105602; *Lembke*, NZA 2021, 1665, 1672; *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 210. Dass ein Abbruch des Konsultationsverfahrens durch die Arbeitnehmervertretung oder ein Verschließen vor (weiteren) Beratungen keinen relevanten Fehler darstellt, der zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt, wurde bereits in Kap. 2, II., 3., d), ab S. 129 behandelt.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tatsächlich zuständig sei.[661] Allerdings gehen sie nicht weiter darauf ein, ob ein derartiger Zuständigkeitsbeschluss Bindung für eine nachfolgende gerichtliche Überprüfung des Massenentlassungsverfahrens entfaltet. Ausführungen zu einer solchen Bindung gibt es für Zuständigkeitsaussagen der Agentur.[662] Diese können auf die Frage der Bindungswirkung von Aussagen der Arbeitnehmervertretung übertragen werden. Eine ständige Rechtsprechung gibt es hierzu aber (noch) nicht.

Auch über die Relevanz fehlender oder fehlerhafter Angaben kann die Arbeitnehmervertretung nicht eigenmächtig entscheiden.[663]

3. Örtlich zuständige Agentur für Arbeit

Auch aus der Sphäre der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit können Fehler kommen.

a) Angaben zur Zuständigkeit

Wie bereits ausgeführt, kann die Anzeige bei mehreren potentiell zuständigen Arbeitsagenturen erstattet werden, die ihre Zuständigkeit dann intern klären müssen.[664] Solange der Arbeitgeber korrekte Angaben zur Bestimmung der Zuständigkeit macht, kann das Ergebnis der Abstimmung nicht zu seinen Lasten gehen.

---

661 *Freckmann/Henricks*, BB 2018, 1205, 1209.

662 Dazu sogleich in Kap. 3, II., 3, a), S. 168 ff.

663 BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 Rn. 32, BeckRS 2016, 72327, „Eine Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG kann (…) grundsätzlich nicht durch die bloße Erklärung des Betriebsrats, rechtzeitig und vollständig unterrichtet worden zu sein, unbeachtlich werden." Diesem Satz folgen Ausführungen dazu, dass die fehlerhafte Unterrichtung über die Berufsgruppen durch die abschließende Stellungnahme aber dann geheilt werden kann, wenn der Betriebsrat richtigerweise über die Entlassung aller Arbeitnehmer informiert wird und daraus selbst auf die Betroffenheit aller Berufsgruppen schließen kann. Dieser konkrete Einzelfall ist nach dem in dieser Arbeit vertretenen Verständnis jedoch keine „Heilung" sondern die fehlende „Relevanz" eines Fehlers. Dass die abschließende Stellungnahme zur Erfüllung des Beratungsanspruchs generell „heilende Wirkung" hat, kann dem Urteil, gerade mit Blick auf den zu Beginn der Fußnote zitierten Satz, nicht entnommen werden. Vielmehr können die in Kap. 3, II., 3., b), S. 189 folgenden Ausführungen zur (Un-)Beachtlichkeit der Nichtbeanstandung eines inhaltlichen Fehlers durch die Agentur auch auf das Konsultationsverfahren übertragen werden.

664 Dazu bereits in Kap. 2, II., 4., b), S. 147 ff. unter Bezugnahme auf BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 Rn. 69, BeckRS 2016, 105602.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wurde die Anzeige dagegen nur gegenüber einer Agentur erstattet und ist diese nicht zuständig, stellt das nach ständiger Rechtsprechung einen relevanten Fehler dar, der zur Unwirksamkeit der Entlassungen führt, auch wenn sich die kontaktierte Agentur für zuständig hält und die Arbeit aufnimmt.[665] Der Eingangsbestätigung können keine für das Gericht bindende Aussagen entnommen werden. Auch durch eine Entscheidung nach § 20 I, II KSchG können Zuständigkeitsfehler nicht geheilt werden. Eine Ausnahme von der Relevanz der fehlerhaften Erstattung und damit von der Unwirksamkeit der Entlassungen ist auch dann nicht zu gewähren, wenn der Arbeitgeber vor Durchführung der Entlassungen eine Reaktion der Agentur abwartet, um die Anzeige notfalls noch bei der tatsächlich zuständigen erstatten zu können. Dies ist mit dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens vereinbar, schließlich betrifft die zu erwartende Belastung des Arbeitsmarktes eine andere Arbeitsagentur, die mangels Anzeige gerade nicht gewarnt wird. Des Weiteren trägt der Arbeitgeber als Verfahrensverpflichteter das Risiko der fehlerfreien Anzeige.

Anders sollten Aussagen zur Zuständigkeit jedoch dann behandelt werden, wenn der Arbeitgeber noch vor Beginn des Massenentlassungsverfahrens eine Agentur direkt anspricht, um unter Schilderung der betrieblichen Gegebenheiten die Frage nach der Zuständigkeit für die Anzeigenerstattung mit ihr zu klären. Die geschilderte Situation war der Ausgangspunkt der Unwirksamkeitserklärung der (ursprünglichen) Entlassungen der Air Berlin Insolvenz. Die Air Berlin hatte vor Beginn des Massenentlassungsverfahrens bei der Agentur Berlin Nord unter Schilderung der bei ihr vorherrschenden Gegebenheiten anfragte, bei welcher/welchen Arbeitsagentur(en) sie die Massenentlassungsanzeige zu stellen habe. Dabei wurde ihr mitgeteilt, dass die drei Mitarbeitergruppen jeweils als *Betriebe* gesehen werden können und die Agentur Berlin Nord zuständig sei. Nach dieser Maßgabe wurden drei Massenentlassungsanzeigen bei der Agentur Berlin Nord erstattet, was in zahlreichen gerichtlichen Verfahren als fehlerhaft angesehen wurde. Alle Entlassungen wurden für unwirksam erklärt.[666]

Mit Blick auf den Ursprung des Fehlers sollte man hier aber eine Ausnahme von der Rechtsfolge der Unwirksamkeit annehmen. Diese Ausnahme ließe sich über die Annahme einer Bindungswirkung zu Gunsten des Arbeitgebers oder zumindest über die Gewährung von Vertrauensschutz

665 Dazu ebenfalls bereits ausführlich in Kap. 2, II., 4., b), S. 147 ff.

666 S. ausführlich zu den Verfahren der Air Berlin Insolvenz bereits in Kap. 2, I., 2., b), ii) ab S. 65, m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

konstruieren. Die Überlegungen zur Bindungswirkung eines Verwaltungsaktes lassen sich auf eine generell informatorische Aussage wie vorliegend nicht übertragen. Mit der bindenden Wirkung einer solchen Aussage der Agentur beschäftigte sich das LAG Sachsen-Anhalt.[667] In diesem Fall fragte der Arbeitgeber bei der zuständigen Agentur telefonisch an, ob die Anzahl der beabsichtigten Entlassungen die Anzeigepflicht des § 17 I 1 KSchG auslöse. Die Agentur verneinte dies fälschlicherweise. Im Vertrauen auf die Auskunft der Arbeitsagentur verzichtete der Arbeitgeber auf das Massenentlassungsverfahren. Die gekündigten Arbeitnehmer erhoben Kündigungsschutzklage. Das ArbG Stendal[668] sah erstinstanzlich keine Verletzung des § 17 KSchG unter Berücksichtigung der Anfrage an die Agentur. Dabei bezog es sich im Ergebnis auf die Urteile des BAG vom 21.05.1970 – 2 AZR 294/69, BeckRS 1970, 106744 und vom 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, BeckRS 1997, 40090. Das LAG lehnte in der Berufung die Gleichstellung einer fernmündlichen Auskunft eines Sachbearbeiters mit einem Verwaltungsakt, wie in den zuvor zitierten Urteilen des BAG, ab. Eine bindende Entscheidung könne dieser Auskunft nicht entnommen werden, vielmehr stelle sie eine bloße „informelle Rechtsauskunft"[669] dar. Auch in der Air Berlin Entscheidungen verneinte das BAG eine Bindungswirkung aus dem Grund, dass der Auskunft keine Zusicherung oder Anweisung entnommen werden kann.[670] Die herrschende Meinung in der Literatur sieht das genauso.[671]

Dieses Ergebnis ist jedoch selbst unter Berücksichtigung des zu verwirklichenden Sinn und Zwecks sehr unverhältnismäßig. Der Arbeitgeber erkundigt sich bei der Agentur gerade deshalb, weil er ein ordnungsgemäßes Massenentlassungsverfahren durchführen möchte – er möchte dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens Rechnung tragen. Aus diesem Grund erstattet er die Anzeige auch nach Maßgabe der Agenturauskunft. Wenn diese Auskunft nun falsch war und die Agentur ihre Arbeit deshalb nicht ordnungsgemäß durchführen kann, dann kann dieser Fehler doch nicht dem Arbeitgeber angelastet werden. Der Fehler kommt schließlich aus den eigenen Reihen der Agentur. Verstärkt wird dieser Widerspruch dadurch, dass in dem von der Bundesagentur für Arbeit herausgegebenen

667 LAG Sachsen-Anhalt 18.11.2009 – 5 Sa 179/09, Juris; darin auch zum Folgenden.
668 ArbG Stendal 03.03.2009 – 3 CA 882/08, online nicht abrufbar; dies lässt sich den Rn. 33 f. der nachgehenden Entscheidung des LAG Sachsen-Anhalt entnehmen.
669 Rn. 54 des Urteils des LAG.
670 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 112, BeckRS 2020, 2671.
671 U.a. *Ludwig/Hinze*, NZA 2020, 694, 698. Dies ist auf alle Äußerungen der Agentur für Arbeit übertragbar.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Merkblatt für Arbeitgeber 5 – Anzeigepflichtige Entlassungen" unter 3.1 die kostenlose Service-Rufnummer der Bundesagentur vermerkt und mit dem Hinweis versehen ist, Arbeitgeber können darüber Informationen über die für deren Betrieb zuständige Agentur erhalten. Auch die Fachlichen Weisungen geben die Möglichkeit der „Erstberatung zur Anzeigepflicht bei geplanten Massenentlassungen"[672]. Das Vertrauen in diese Auskunft sollte stärker geschützt werden, indem sie auch für ein späteres gerichtliches Verfahren Bindung entfaltet.

b) Nichtbeanstandung eines inhaltlichen Fehlers

Beanstandet die Agentur eine inhaltlich fehlerhafte Anzeige nicht, schafft das beim Arbeitgeber weder Vertrauen in eine ordnungsgemäße Erstattung noch kann dies einen geschehenen Fehler heilen oder ihn der gerichtlichen Kontrolle entziehen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Vertrauen über die Eingangsbestätigung der Anzeige,[673] über die Verkürzung oder Verlängerung der Entlassungssperre[674] oder über eine sonstige Äußerung der Agentur nach Anzeigenerstattung begründet werden soll.[675]

Dieses Ergebnis steht mit der Risikoverteilung des Massenentlassungsverfahrens im Einklang. Der Arbeitgeber hat aus seiner Sicht alles Erforderliche, in der für das Massenentlassungsverfahren ordnungsgemäßen Art und Weise, getan und das ohne Einbeziehung der Agentur. Es ist auch nicht die Aufgabe der Agentur, die bei ihr eingegangenen Anzeigen inhaltlich zu prüfen und gegebenenfalls zu beanstanden, bevor sie sich ihrer eigentlichen Arbeit widmet. Die inhaltlich ordnungsgemäße Erstattung verbleibt daher vollständig im Risikobereich des Arbeitgebers.[676]

672 S. 3 der Fachlichen Weisungen.

673 BAG 13.02.2020 – 6 AZR 146/19 Rn. 111, BeckRS 2020, 2671.

674 BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 Orientierungssätze 7 – 10 und Rn. 62 ff., BeckRS 2012, 72741; *Reinhard*, RdA 2007, 207, 214.

675 Dazu insgesamt *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 234; *Lembke/Oberwinter*, NJW 2007, 721, 728; früher noch anders, s. BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95 Amtlicher Leitsatz, sowie in den Gründen, BeckRS 1997, 40090.

676 Eine andere Beurteilung kann sich selbstverständlich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben. S. dazu LAG Baden-Württemberg 16.09.2010 – 11 Sa 35/10 Rn. 19, BeckRS 2010, 75257, wo der Sachbearbeiter der Agentur die Beschäftigtenzahl fehlerhaft abänderte.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Reinhard weißt richtigerweise aber auf Folgendes hin:

„Zu praxistauglichen Ergebnissen kommt man auch ohne eine Bindungswirkung der Verwaltungsentscheidung. Gerade weil die Anzeige – auch – im Interesse der AfA liegt, kann einer Anerkennung der Anzeige durch die Behörde eine *prima-facie*-Wirkung zukommen. Der Arbeitgeber, dem im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast einer ordnungsgemäßen Anzeige obliegt, kann auf die Verwaltungsentscheidung verweisen. Es ist dann Aufgabe des Arbeitnehmers, im Einzelnen darzulegen, warum die Anzeige fehlerhaft oder unvollständig war. Auch auf diesem Weg ließen sich angemessene Ergebnisse erzielen."[677]

c) Disposition der Agentur für Arbeit

Ebenso wenig kann die Agentur mit Bindung für die Gerichte darüber entscheiden, ob eine Massenentlassung vorliegt oder nicht. Kommt sie nach den vom Arbeitgeber geschilderten Umständen zum Ergebnis, eine Massenentlassung liege nicht vor und erteilt sie dem Arbeitgeber einen sogenannten Negativattest[678], können die Gerichte das dennoch anders beurteilen und die ohne Massenentlassungsverfahren durchgeführten Entlassungen für unwirksam erklären.[679]

Wurde das Negativattest jedoch erst nach der Erstattung der Anzeige erteilt, kommt die Agentur aufgrund einer Fehleinschätzung ihrerseits ihren Aufgaben selbstverschuldet nicht nach. Der Arbeitgeber dagegen hat seine Pflichten vollumfänglich erfüllt. Mit Blick auf den Ursprung des Fehlers können die Entlassungen in dieser Situation nicht zu seinen Lasten für unwirksam erklärt werden.

4. Bundesagentur für Arbeit

Eine Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge könnte sich aus der Ungenauigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Unterlagen (Formulare und Merkblätter) der Bundesagentur für Arbeit ergeben.

677 *Reinhard*, RdA 2007, 207, 214.
678 Zu dem Begriff u.a. *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 18 Rn. 29 m. w. N.
679 *Spelge*, in: MHdB ArbR § 121 Rn. 235 m. w. N.; *Lembke/Oberwinter*, NJW 2007, 721, 728.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Ungenauer beziehungsweise fehlerhafter Entlassungsbegriff in den Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit

Die *Entlassung* ist (nach der in dieser Arbeit vertretenen und der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur) bei der arbeitgeberseitigen Kündigung der Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer und beim Aufhebungsvertrag dazu entsprechend der Zugang der Angebotsannahme (der Vertragsschluss). Nun schreibt die Bundesagentur für Arbeit in ihrem Merkblatt für Arbeitgeber zu Anzeigepflichtigen Entlassungen[680] unter 2.1:

> *„Als Arbeitgeber sind Sie verpflichtet, der zuständigen Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten,* ***bevor*** *Sie in größerem Umfang Kündigungen* ***aussprechen*** *oder Aufhebungs- bzw. Änderungsverträge* ***anbieten****.*“,

sowie in Fußnote 2 dieses Dokuments:

> *„Der Begriff der* ***Entlassung*** *im Sinne des Dritten Abschnitts des KSchG meint nach aktuellem Rechtsverständnis den* ***Ausspruch*** *ordentlicher Kündigungen oder das* ***Angebot*** *von Aufhebungs- bzw. Änderungsverträgen. Im Folgenden wird der Begriff ‚Entlassung/en' in dieser Bedeutung verwendet.*“

Unter 4.1 mit Verweis auf Abschnitt 3 des Formulars zur Entlassungsanzeige heißt es:

> *„Entlassungszeitraum = Zeitraum, in dem die angegebenen Kündigungen* ***ausgesprochen*** *werden sollen bzw. Aufhebungs- oder Änderungsverträge* ***angeboten*** *werden sollen.*“.

In Abschnitt 3 (C.) des Entlassungsanzeigenformulars findet sich dann der Hinweis, dass

> *„(…) AN, denen innerhalb von 30 Kalendertagen die Kündigung* ***erklärt*** */ ein Aufhebungs- oder Änderungsvertrag* ***angeboten werden soll*** *(…)“*

in die Anzeige aufzunehmen sind.

In allen vier Formulierungen wird sprachlich an die Erklärung der Kündigung und das Angebot des Aufhebungsvertrags angeknüpft und damit an Zeitpunkte, in denen mangels Wirksamwerden dieser/dieses noch keine

680 https://www.arbeitsagentur.de/datei/Merkblatt-5-Entlassung_ba015380.pdf (zuletzt abgerufen, am 17.07.2023). Die Hervorhebungen wurden zur Verdeutlichung der folgenden Ausführungen vorgenommen.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entlassung vorliegt. Es ist nochmal auf die genauen Zeitpunkte der Teilverfahren zu achten:

Arbeitgeberseitige Kündigung	**Arbeitgeberseitig veranlasster Aufhebungsvertrag**
1) Beabsichtigung der Kündigung	1) Beabsichtigung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags durch den Arbeitgeber
2) Ausspruch der Kündigungserklärung	2) Angebot eines Aufhebungsvertrags
	2.5) Zugang des Angebots beim Arbeitnehmer
3) Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer	3a) Abschluss des Aufhebungsvertrags durch Annahme des Angebots oder 3b) Ablehnung des Aufhebungsvertrags
4) Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis	4a) Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis oder 4b) Keine (unmittelbare) Folge

Damit der Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens, Entlassungen zu vermeiden, einzuschränken und ihre Folgen zu vermindern, verwirklicht werden kann, setzt die Pflicht zur Verfahrensdurchführung an ein Moment an, in dem noch keine endgültige Entlassungsentscheidung getroffen ist, insbesondere noch keine bindende Handlung vorgenommen wurde. Bei Entlassung durch einseitige Willenserklärung ist der Arbeitgeber mit Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer gebunden, § 130 I 1 BGB (s. Punkt 3 der linken Spalte). Für die Arbeitgeberkündigung kämen die Konsultation und die Anzeige erst nach dem Zugang der Erklärung zu spät. Bei der Entlassung durch Aufhebungsvertrag ist der Arbeitgeber mit Zugang des Angebots auf Vertragsschluss beim Arbeitnehmer gebunden, § 145 BGB (s. Punkt 2.5 der rechten Spalte). Dieses Ereignis stellt damit die Grenze einer rechtzeitigen Konsultation dar.

Angezeigt werden muss die Massenentlassung, bevor der Arbeitgeber die Arbeitnehmer entlässt. Eine Entlassung liegt erst mit der rechtlichen

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Existenz nach Maßgabe der jeweiligen Entlassungsart vor. Dies ist bei der Kündigung als einseitige Willenserklärung der Moment des Zugangs, § 130 I 1 BGB (s. Punkt 3 der linken Spalte) und damit identisch[681] mit der Grenze der zulässigen Konsultation. Bei einem Aufhebungsvertrag dagegen existiert die Entlassung erst mit Annahme des Angebots auf Abschluss des Vertrags, §§ 145, 147 I 1 BGB (s. Punkt 3a der rechten Spalte).[682] Die Anzeige muss also zumindest eine juristische Sekunde vor Punkt 3/3a erstattet werden.[683] Das Risiko der rechtzeitigen Anzeige trägt der Arbeitgeber.

Die Formulierung der Bundesagentur unter 2.1, dass die Anzeige vor Kündigungsausspruch beziehungsweise vor dem Angebot von Änderungsverträgen erforderlich sei, setzt damit an einem viel früheren Zeitpunkt (an ein Ereignis bereits vor Punkt 2) als gesetzlich vorgesehen an. Erstattet der Arbeitgeber die Anzeige orientiert an dieser Formulierung der Bundesagentur, wäre das unproblematisch. Er würde die Anzeige lediglich zu einem Zeitpunkt erstatten, zu der es gesetzlich (noch) nicht erforderlich wäre, jedenfalls wäre er aber nicht zu spät. Aber auch wenn er die Anzeige entsprechend dem Gesetzeswortlaut erstatten würde, wäre das ordnungsgemäß. Das Handeln entgegen der Formulierung der Bundesagentur stellt keinen relevanten Fehler dar. Maßgeblich ist allein der Gesetzeswortlaut.

Problematisch sind aber die anderen Formulierungsbeispiele. Eine *Entlassung* existiert im rechtlichen Sinne erst ab dem in der Tabelle aufgezeigten Punkt 3/3a. Erst damit beginnt der 30-Tages-Zeitraum. Die Formulierungen der Bundesagentur in Fußnote 2 und 4.1 des Merkblatts für Arbeitgeber zu Anzeigepflichtigen Entlassungen stellen jedoch ebenso wie die Formulierung in Abschnitt 3 (C.) des Entlassungsanzeigenformulars abweichend davon auf den Ausspruch/die Erklärung der Kündigung beziehungsweise das Angebot des Aufhebungsvertrags ab. Dies ist gerade deshalb verwunderlich, weil in Abschnitt 3, Ziffer 35 des Anzeigenformulars bei der Frage nach vorherigen Entlassungen eindeutig auf die Unterschrift des Aufhebungsvertrags als *Entlassung* abgestellt wird. Diese ungenauen, streng genommen sogar falschen und innerhalb der verschiedenen Dokumente uneinheitlichen Formulierungen begünstigen eine fehlerhafte Bestimmung des Entlassungsbegriffs durch den Arbeitgeber.

681 Auf das bereits dargestellte zeitliche Verhältnis von Konsultation und Anzeige ist dennoch zu achten.

682 Die Annahme muss dem Arbeitgeber auch noch zugestellt werden, wenn nicht § 151 S. 1 BGB anzuwenden ist.

683 BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 u.a. Rn. 33, BeckRS 2019, 21908.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch *Johnson*[684] kritisiert dies, differenziert für den Aufhebungsvertrag dabei allerdings nicht deutlich zwischen der Frage, ab wann eine *Entlassung* vorliegt und wann die Anzeige zu erstatten ist. Er führt aus, dass die Anzeige für den Aufhebungsvertrag erst nach dessen Abschluss erstattet werden müsse – schließlich wäre das Tätigwerden der Agentur nicht nötig, wenn das Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags nicht angenommen wird. Dieses Ergebnis irritiert, schreibt er doch im nachfolgenden Absatz vom „intendierten Gleichlauf der Entlassungstatbestände". Er übersieht, dass der Arbeitgeber mit Vollendung des Punktes 2.5 seine Willenserklärung nicht mehr beeinflussen kann, § 145 BGB. Auch wann oder ob es zu einer *Entlassung* kommt, kann er nicht steuern – dies hängt schließlich von der Angebotsannahme durch den Arbeitnehmer ab. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig und besagt, dass die Anzeige vor der Entlassung erfolgen muss. *Johnsons* Ausführung, beim Aufhebungsvertrag habe der Arbeitgeber zu warten, bis der Arbeitnehmer den Vertrag unterschrieben hat, entspricht somit gerade nicht dem Gleichlauf der Entlassungstatbestände und ist insbesondere nicht mit dem Wortlaut des § 17 I 1 KSchG zu vereinbaren.

Unterstellt, der Arbeitgeber wartet die Reaktion des Arbeitnehmers ab und dieser nimmt das Angebot auf Aufhebungsvertrag nicht an, liegt keine Entlassung vor. Einer Anzeige bedarf es dann in der Tat nicht. Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot aber an, besteht ab diesem Moment eine massenentlassungsrechtlich relevante Entlassung. Hat der Arbeitgeber noch keine Anzeige erstattet, käme sie jedenfalls jetzt zu spät. Der Zeitpunkt der Anzeige bedarf für die Entlassung durch Aufhebungsvertrag daher eine Modifikation in der Hinsicht, dass sie zumindest eine juristische Sekunde vor Annahme des Angebots auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu erstatten ist. Dass durch diese zeitliche Vorverlagerung möglicherweise eine Entlassung angezeigt wird, zu der es mangels Annahme dann doch nicht kommt, ist aufgrund des im Massenentlassungsverfahren enthaltenen Prognosecharakters hinzunehmen. Auch bei der arbeitgeberseitigen Kündigung sind Situationen denkbar, in denen die Anzeige „umsonst" erstattet wird, beispielsweise dann, wenn ein Arbeitnehmer zwischen Absenden der Kündigungserklärung und Zugang verstirbt.

684 *Johnson*, BB 2019, 1909, 1911 f.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Auswirkung auf die Unwirksamkeitsfolge

Die dargestellten Ungenauigkeiten der Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit können ein fehlerhaftes Massenentlassungsverfahren begünstigen.[685] Dies könnte auch hier zur Unwirksamkeit der Entlassungen führen. Mit Blick darauf, dass die eintretende Rechtsfolge verhältnismäßig sein muss, ist hier jedoch eine Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge anzunehmen.

Ein Beispiel: Der Arbeitgeber eines Betriebs im Sinne des § 17 I 1 Nr. 1 KSchG gibt am 31. Mai eine Kündigungserklärung in die Post, die dem Arbeitnehmer am 2. Juni zugeht. Somit ist potenziell eine *Entlassung* im Sinne des Massenentlassungsrechts gegeben. Am 2. Juli erklärt er 5 weiteren Arbeitnehmern die Kündigung, übergibt das Kündigungsschreiben allerdings persönlich, sodass Zugang und *Entlassung* an diesem Tag vorliegen. Nach ständiger Rechtsprechung und entsprechend der vorherigen Ausführung fallen damit so viele *Entlassungen* in einen 30-Tage-Zeitraum, dass eine Massenentlassung vorliegt. Hat der Arbeitgeber den oben zitierten Auszügen folgend auf seine Erklärung als Auslöser abgestellt und die 5 weiteren Entlassungen bewusst auf den 2. Juli gelegt, um sich nicht in einem 30-Tage-Zeitraum zu befinden, könnte es unbillig sein, wenn der Fehler, der allein durch die Unterlagen der Bundesagentur hervorgerufen wurde, zur Unwirksamkeit aller 6 Entlassungen führt.

Für die Beachtlichkeit des Fehlers und damit eine Unwirksamkeit der Entlassungen, § 134 BGB i. V. mit § 17 KSchG, spricht zwar, dass das Verständnis zum Entlassungsbegriff durch Literatur und Rechtsprechung mittlerweile sehr eindeutig herausgearbeitet wurde. Jeder Arbeitgeber ist für die Ordnungsmäßigkeit seines Massenentlassungsverfahrens selbst verantwortlich und muss bei Fehlern die Konsequenzen tragen. Auch ist er zur Verwendung des Anzeigeformulars nicht verpflichtet. Des Weiteren haben die Auskünfte der Bundesagentur/der örtlichen Arbeitsagenturen keine (gerichtliche) Bindungswirkung. Dass dies dann bei einem fehlerhaften/ungenauen Merkblatt beziehungsweise Anzeigeformular anzunehmen ist, wäre unstimmig.

Für die Unbeachtlichkeit eines Fehlers, dessen Ursache allein in der Ungenauigkeit der Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit liegt, spricht jedoch, dass fehlerhafte Massenentlassungsverfahren fast schon billigend

685 Umfassende Kritik am Anzeigenformular üben auch *Wolff/Köhler*, BB 2017, 1078. Sie bieten letztlich allerdings nur eine Handlungsempfehlung zum Umgang mit diesem Formular.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Kauf genommen werden. Die Unterlagen sind, abgesehen vom Gesetzeswortlaut, die offiziellen Informationen zur Durchführung des Massenentlassungsverfahrens und die Formularverwendung wird – auch wenn sie nicht verpflichtend ist – von der Agentur stark angeregt. Dem Arbeitgeber kann zunächst einmal unterstellt werden, dass er das Anzeigeverfahren ordnungsgemäß durchlaufen will. Verwendet er dabei auch noch das Anzeigeformular, will er es der Arbeitsagentur zusätzlich noch besonders leicht machen. Wenn ihm dieser Wille zum Nachteil gereicht, dann hat das schon einen sonderbaren Beigeschmack. Verstärkt wird dieser dadurch, dass es sich bei der Bundesagentur für Arbeit um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung handelt, § 367 I, II SGB III, und sie somit an Art. 20 I, III GG in Ausprägung des Rechtstaatsprinzips gebunden ist.

Soweit ersichtlich wurden Folgen möglicher Fehler oder Uneinheitlichkeiten der Unterlagen der Bundesagentur gerichtlich bislang nicht diskutiert oder gar entschieden. Die besseren Argumente sprechen dafür, dass Fehler, soweit sie allein auf der Ungenauigkeit der Dokumente der Bundesagentur für Arbeit beruhen, keine Auswirkung auf die Ordnungsmäßigkeit des Massenentlassungsverfahrens und in der Folge auch nicht auf die Wirksamkeit der Entlassungen haben. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Entlassungen wäre in dieser Konstellation eine dem Arbeitgeber gegenüber unangemessene Behandlung – eine Ausnahme davon ist zu gewähren. Auch können die Ungenauigkeiten und insbesondere die Uneinheitlichkeiten zwischen den verschiedenen Unterlagen durch Anpassung an den geltenden Entlassungsbegriff leicht beseitigt werden. Damit wäre jedenfalls ein Aspekt der Fehleranfälligkeit des Massenentlassungsverfahrens beseitigt.

Ob sich die Ursächlichkeit auf die Ungenauigkeiten der Formulare isolieren lässt, ist eine Frage des Einzelfalls, insbesondere hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast. Es handelt sich daher wohl eher um eine theoretische Diskussion.

III. Heilung geschehener Fehler

Die im Massenentlassungsverfahren geschehenen Fehler können vor Durchführung der Entlassungen[686] geheilt werden – sei es durch Nachholung fehlender Angaben oder Ausbesserung fehlerhaft gemachter Angaben.

686 Die Vertreter in der Literatur, die für einige Fehler die dauerhafte Entlassungssperre als passendere Rechtsfolge ansehen, setzen genau hier an. Die Heilung eines Fehlers

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dies wurde bereits bei einigen Fehlern ausgeführt. Die Heilung wirkt ex nunc, sodass erst ab diesem Moment ein ordnungsgemäßes Massenentlassungsverfahren vorliegt.[687] Darauf ist vor allem mit Blick auf den Beginn der Entlassungssperre des § 18 KSchG zu achten.

IV. Fazit zu den Ausnahmen von der Unwirksamkeitsfolge

Die dargestellten Ausnahmen von der Rechtsfolge der Unwirksamkeit sind als Korrektur der Rechtsfolgenbetrachtung erforderlich. Auch wenn die ordnungsgemäße Durchführung des Massenentlassungsverfahrens Sache des Arbeitgebers ist, kann es nicht sein, dass er in den geschilderten Situationen mehr oder weniger unverschuldet ein fehlerhaftes Verfahren durchführt, aus dem die Unwirksamkeit der Entlassungen folgt. Der Arbeitsmarkt- und der Arbeitnehmerschutz bei Massenentlassungsverfahren sind zwar zwei sehr gewichtige Interessen, können eine derartig unangemessene Behandlung des Arbeitgebers aber dennoch nicht rechtfertigen.[688]

soll nach ihnen nicht nur bis zur Durchführung der Entlassungen möglich sein, sondern auch darüber hinaus, s. dazu *Schubert/Schmitt*, JbArbR, Bd. 59, S. 95.

687 *Moll*, in: APS Kündigungsrecht KSchG § 17 Rn. 100a zu den „Muss-Angaben"; dies lässt sich allerdings auf das Nachholen erforderlicher Angaben generell übertragen.

688 Auch der Nachteilsausgleich oder die dauerhafte Entlassungssperre als alternativ angenommene Rechtsfolgen wären in den geschilderten Situationen nicht angemessener.

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748943655-183, am 12.11.2024, 15:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb